

Zbornik radova

PRAVNOG FAKULTETA U SPLITU



SPLIT 2008.
GOD. 45, BROJ 1 (87)

SADRŽAJ

RADOVI SA ZNANSTVENOG SKUPA

Jean-Marc Sauvé, Conseil d'Etat, potpredsjednik Rad i utjecaj francuskog Državnog savjeta (Izlaganje sa znanstvenog skupa).....	1
Dr. sc. Neven Šimac Regrutiranje i obrazovanje kadrova za Državni savjet i za državnu upravu u Francuskoj (Izlaganje sa znanstvenog skupa).....	11
Prof. dr. sc. Arsen Bačić O engleskom "nerazumijevanju" francuskog upravnog prava i Conseil d'Etata (Izvorni znanstveni rad)	31
Mr. sc. Petar Bačić Uloga i doprinos francuskog Državnog savjeta u legislativi (Izvorni znanstveni rad)	49
Doc. dr. sc. Boris Ljubanović Doc. dr. sc. Boris Bakota Aktualna pitanja uređenja novog hrvatskog opće upravnog postupka (Izvorni znanstveni rad)	67
Doc. dr. sc. Dario Đerđa Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj (Izvorni znanstveni rad)	75
Ljiljana Karlovčan-Đurović, sutkinja Upravnog suda Upravni spor u praksi upravnog suda Republike Hrvatske (Izlaganje sa znanstvenog skupa).....	95
Doc. dr. sc. Snježana Pehar Razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu (Izvorni znanstveni rad).....	101

Mr. sc. Bosiljka Britvić Vetma Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Čl. 6) i upravni spor (Izvorni znanstveni rad)).....	129
Mr. sc. Marko Šikić Primjena pravnih fikcija u institutu zaštite građana od šutnje uprave (Izvorni znanstveni rad)).....	149
Prof. dr. sc. Damir Aviani Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora - harmonizacija hrvatskog prava s <i>Acquis communautaire</i> (Izvorni znanstveni rad)).....	175
Dr. sc. Branko Babac Problematiziranje 'javno-privatnoga ortaštva' u suvislosti uređivanja 'javne nabave' i 'koncesioniranja' - predhodni iskazi (Izvorni znanstveni rad)).....	197
PRIKAZI:	
Southern European parliaments in democracy Routledge, London & New York, 2005., str. 191., Edited by Cristina Leston-Bandeira prikazao: mr. sc. Petar Bačić.....	251
Kriza i transformacija političkih stranaka, Anđelko Milardović, Dražen Lalić, Zoran Malenica (priređili): Centar za politološka istraživanja Zagreb, 2007. prikazala: mr. sc. Jadranka Polović.....	255
mr. sc. Zorislav Kaleb: "Gospodarska kaznena djela iz područja vrijednosnih papira i trgovačkih društava", izdavač "Zgombić & Partneri", Zagreb, 2006. prikazala: Renata Pražetina, dipl. iur.	261

CONTENT

SYMPOSIUM PAPERS

Jean-Marc Sauvé, Conseil d'Etat, vicepresident On activity and influence of the Conseil d'Etat (symposium lecture).....	1
Neven Šimac, Ph. D. Recruitment and education of personnel for Conseil d'Etat and for government administration in France (symposium lecture).....	11
Arsen Bačić, Professor of Constitutional Law The English's 'incomprehension' of French administrative law and Conseil d' Etat (Original scientific paper)	31
Petar Bačić, Assistant of Constitutional Law On role and contribution of the Conseil d' Etat in legislation (Original scientific paper)	49
Boris Ljubanović, Ph. D., Boris Bakota, Assistant Professors Current questions of the regulation of the new Croatian general administrative procedure (Original scientific paper)	67
Dario Đerđa, Ph. D., Assistant Professor Directions of reform of the institutional structure of administrative judiciary in the Republic of Croatia (Original scientific paper)	75
Ljiljana Karlovčan-Đurović, Mrs. Judge Administrative dispute resolution and Administrative Court practice of the Republic of Croatia (symposium lecture).....	95
Snježana Pehar Ph. D., Assistant Professor Reasons why the administrative act can overrule in administrative disputes (Original scientific paper)	101

Bosiljka Britvić Vetma, LL. B., Assistant of Administrative Law
European Convention for protection of human rights and fundamental freedoms (art 6) and administrative dispute resolution
(Original scientific paper) 129

Marko Šikić, LL. B., Assistant of Administrative Law
Application of legal fiction in the institution of citizen protection from administrative silence
(Original scientific paper) 149

Damir Aviani, Professor of Administrative Law
Legal protection in awarding public contracts proceedings- Harmonisation of Croatian Law with the *Acquis communautaire*
(Original scientific paper) 175

Dr. sc. Branko Babac, Professor of Administrative Law
Problematisation of public-private contract of partnership in reasonable regulation of public procurement and concessionship -precursory statements
(Original scientific paper) 197

REVIEWS:

Southern European parliaments in democracy
Edited by Cristina Leston-Bandeira Routledge, London & New York, 2005., p. 191.
Reviewed by: mr. sc. Petar Bačić..... 251

Kriza i transformacija političkih stranaka,
Anđelko Milardović, Dražen Lalić, Zoran Malenica (priređili): Centar za politološka istraživanja Zagreb, 2007.
Reviewed by: mr. sc. Jadranka Polović 255

mr. sc. Zorislav Kaleb
“Gospodarska kaznena djela iz područja vrijednosnih papira i trgovačkih društava”,
izdavač “Zgombić & Partneri”, Zagreb, 2006.
Reviewed by: Renata Pražetina, dipl. iur. 261

**RADOVI SA ZNANSTVENOG
SKUPA**

Uvodna bilješka:

U organizaciji Sveučilišta u Splitu i Sveučilišta Panthéon Assas (Paris 2) održan je 22. i 23. listopada 2007. godine međunarodni simpozij na temu: *Prema suvremenoj javnoj upravi – Tradicija i tranzicija - Djelo i utjecaj francuskog Državnog savjeta*. Simpozij se je održavao pod pokroviteljstvom francuskog Državnog savjeta (*Conseil d'Etat*) i predsjednika Republike Hrvatske. U radu simpozija sudjelovalo je više sudionika iz Francuske i Hrvatske. U ovom broju *Zbornika radova Pravnog fakulteta u Splitu* objavljujemo doprinose hrvatskih sudionika simpozija. Njihovim tekstovima prethodi uvodno slovo potpredsjednika Državnog savjeta gospodina **Jean-Marc Sauvéa**. Svi referati biti će objavljeni u posebnoj publikaciji francuskih prijatelja. Zahvaljujemo prof. dr. sc. **Marc Gjidari** i dr. sc. **Nevenu Šimcu** na trudu i entuzijazmu kojim su uspjeli hrvatskoj akademskoj javnosti predstaviti ugledne članove Državnog savjeta i druge istaknute pravnike sadašnjeg trenutka francuske V. Republike.

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr. sc. Arsen Bačić

Jean-Marc Sauvé
Conseil d'Etat, potpredsjednik

RAD I UTJECAJ FRANCUSKOG DRŽAVNOG SAVJETA

UDK: 342 (44)

Primljeno: 20. XII. 2007.

Izlaganje sa znanstvenog skupa

U tekstu autor iznosi sažetu povijest i sadašnji značaj Državnog savjeta jedne od najznačajnijih pravno-političkih institucija francuske države. Autor posebno ističe njegove dvije uloge: savjetovanje i suđenje te kriterije koje institucija koristi u svom radu. Govoreći o značaju upravnog sudovanja u Francuskoj i Hrvatskoj autor ističe potrebu boljeg međusobnog poznavanja koje uveliko doprinosi kvaliteti i efikasnosti društva i prava u tim zamljama.

Ključne riječi: *Državni savjet, upravno sudovanje, utjecaj*

Nasljednika Kraljevskog vijeća, Državni savjet u njegovu modernom obliku 1799. ustrojio je Napoléon Bonaparte. Miješanjem starih tradicija i zahtjeva proizašlih iz Revolucije, ono je tada bilo dio vrlo jasnog projekta internog samoograničenja države: uloga Državnog savjeta, kojemu se nije jamčila neovisnost i koje se je sastojalo od državnih službenika bila je pripremati prijedloge zakona i propisa i vladi predlagati rješenja za sporove nastale između države i građana, kao što je predviđao članak 52 Ustava iz godine VIII. (točan izraz bio je „rješavati teškoće koje iskrсну u upravi“).

Poput neke britanske institucije koja se može iz korijena promijeniti ali zadržati privid Državni savjet je savjetnik vlade, ali je potpuno neovisni savjetnik za pripremu prijedloga normativnih tekstova.

U isto vrijeme postalo je sudac u potpunosti : u stvari postalo je vrhovni sudac za upravne sporove, budući da su francuski revolucionari zabranili sudskim vlastima miješanje u rad uprave i njezin nadzor. Državni savjet je prema tome posljednji sudac rada izvršne vlasti, jedinica lokalne samouprave, neovisnih vlasti, upravnih javnih ustanova ili radnji tijela koja imaju isključivo pravo javne vlasti. Tako je on sudac koji sudi bez priziva o uredbenim ili osobnim odlukama Predsjednika Republike, predsjednika Vlade i članova Vlade sve do najneznatnijih radnji ili djelovanja lokalnih vlasti.

Aktivnosti savjeta i aktivnosti suca su, dakako, potpuno različite unutar savjeta i na istom predmetu ih ne obavljaju iste osobe. Član Državnog savjeta koji je sudjelovao u vijećanju (raspravi) o mišljenju ne može biti u sastavu vijeća koje će suditi o istom predmetu. Mora, dakle „prognati samog sebe“, ako akt koji je donesen poslije tog mišljenja izazove spor koji će doći pred odjel za sporove.

Svojom dvostrukom funkcijom, sudbenom i savjetodavnom, Državni savjet osigurava stvarno pokoravanje francuske uprave pravu: ono je, dakle jedno od bitnih mjerila pravne države u našoj zemlji.

I – Savjetovanje Vlade povijesno je prva funkcija Državnog savjeta. On tome posvećuje trećinu svog radnog kapaciteta, to jest na tome radi 60 članova podijeljenih u 5 odjela. Savjetodavna dužnost je izričito upisana u nekoliko članaka Ustava.

Državni savjet daje mišljenje o nacrtima zakona i odredbama (od 110 do 250 ovisno o godinama) i o odlukama koje su donesene u Državnom savjetu (od 600 do 900, ovisno o godinama).

Kad ispituje nacrt teksta zakona, odredbi ili odluka Državni savjet očituje se o njegovoj (pravnoj) zakonitosti (suglasnosti s Ustavom i kompatibilnosti s međunarodnim konvencijama i europskim pravom za nacрте zakona; suglasnost o istim propisima i, osim toga, sa zakonom i općim načelima prava za odredbe i odluke). Očituje se isto tako o strukturi podnesenih mu tekstova (kako je test napisan...), o njihovoj internoj povezanosti (suvislosti) i o onome što se naziva njihovom „upravnom uputnošću“ to jest o istoznačnošću načina provođenja i ciljeva koji se žele postići, budući da su oni podatak za Državni savjet.

U okviru svoje savjetodavne funkcije Državni savjet mora također odgovarati na zahtjeve Vlade i dati mišljenje o pravnim pitanjima (oko 30 godišnje), i na njezin zahtjev ili po službenoj dužnosti radi studije o upravnim pitanjima ili pitanjima javne politike. Državni savjet je nedavno napravio studije o sljedećim temama:

- Jačanje privlačne snage francuskog teritorija za međunarodne organizacije ;
- Poboljšanje mehanizma za preuzimanje smjernica Europske unije ;
- Komunikacijsko pravo

U tijeku je izrada studije o pravu prvokupa i o javnim ustanovama (kako bi se preispitala ova kategorija pravnih osoba po javnom pravu i izvukli zaključci iz promjena u upravnoj praksi i pravosudnoj praksi Državnog savjeta i Ustavnog savjeta (Ustavnog suda).

U prošlosti je Državni savjet izradio važnu studiju o etičkim pitanjima koja je izravno nadahnula francusko zakonodavstvo o bioetici.

Kao što sam rekao, Državni savjet potpuno neovisno obavlja svoju savjetodavnu zadaću. Naime, s obzirom na ciljeve koje si Vlada zadaje bitno je da Državni savjet može davati najkorisnija mišljenja za učinkovito upravljanje javnom akcijom. Isto je tako bitno da mišljenje koje je dalo Vladi može u potpunosti objasniti opasnosti kojima se izlaže: njezini akti ili njezini nacrti mogu, naime, kad je riječ o nacrtima zakona, pošto ih Parlament izglasa kasnije biti predani ustavnom sucu, upravnom sucu i sucima Europskog suda. Bitno je, dakle, da Državni savjet uopće ne pokazuje uslužnost prema Vladi i da joj govori istinu.

Zauzvrat, Državni savjet potpuno je slobodan u svom savjetodavnom djelovanju, jer mišljenja koje daje imaju tajni karakter: jedino Vlada može odlučiti

o tome hoće li ona biti javno objavljena, što ona čini sve sustavnije i preuranjeno, u svakom slučaju kad je riječ o studijama i mišljenjima o nacrtima zakona. Državni savjet, uz pristanak Vlade, u svom javnom izvješću svake godine sve detaljnije govori o svom savjetodavnom djelovanju.

II – Suditi upravi nije banalna sudska djelatnost. Ova funkcija, naime, stavlja suca u središte odnosa javnih vlasti i građana, ona je, dakle bitan element socijalnog ugovora. Ova zadaća je od odlučujuće važnosti u vrijeme kad se ljudska prava jako priznaju i štite i kad je državna vlast po zakonu zadužena za višestruke javne interese, na koje se ovisno o slučaju, pozivaju oni koji traže pravdu ili koji im se suprotstavljaju. To je razlog zbog kojeg francuska ustavna načela utvrđuju postojanje, nadležnosti i neovisnost upravnog pravosuđa. Jedino sudac upravnog suda, primjenjujući ova načela, a uz ogradu da neke nadležnosti mogu biti nešto ograničene u korist dobrog upravljanja pravosuđem, može poništiti ili promijeniti odluke izvršne vlasti, njihovih službenika, jedinica lokalne samouprave ili javnih ustanova pod njihovom vlašću ili njihovim nadzorom.

A – Kao u većini država u Europi napravljen je izbor da se jedan sud specijalizira za djelovanje javnih vlasti: od 27 članica Europske unije, njih 15 uvelo je upravno pravosuđe koje je odvojeno od građanskog, trgovačkog ili kaznenog pravosuđa. Osim Francuske to su Njemačka, Austrija, Belgija, Bugarska, Finska, Grčka, Italija, Latvija, Luksemburg, Nizozemska, Poljska, Portugal, Republika Češka. Ako uzmemo u obzir samo kontinentalnu Europu, izbor upravnog pravosuđa odvojenog od građanskog još je uočljivije: prevladava, jer je ono činjenica u 2/3 država. Polovica drugih država ima u jedinstvenom pravosudnom poretku sudove specijalizirane za upravne predmete i/ili vijeća za upravne sporove na Vrhovnim sudovima: to su Španjolska, Estonija, Mađarska, Letonija, Rumunjska i Slovačka.

B – Položaj francuskog upravnog suca u središtu javnog života, ugled koji je stekao kod građana, ali i njihova velika sklonost tome da se brane, objašnjava porast i raznolikost upravnih sporova: u Francuskoj je posljednjih godina taj porast bio veći od 10%. Pred 30 godina pred upravnim sudovima bilo je 18000 zahtjeva o kojima su u prvoj instanci sudili suca općeg prava za upravne sporove. Sada ih ima 170 000, skoro 10 puta više. Tradicionalna područja za upravne sporove su i dalje dinamična, kao što su porezi (15%), državni službenici (17%), javne slobode i upravna policija – u smislu mjera kojima se uređuje javni red – (26% zbog politike upravljanja migracijskim tokovima). Ali preispitivanje načina djelovanja države i obnavljanje javne politike su, paradoksalno, izazvali napetosti na polju primjene javnog prava i na području nadležnosti upravnog suca ili su, jednostavno, izazvali povećanje broja upravnih sporova.

Ova promjena očituje se s razvojem politike davanja poslova poduzećima izvana (eksternalizacija) koju provode javne osobe, što izaziva veliki porast ugovora i javnih nabava ili zbog sve jačeg prava o zaštiti okoliša – osobito specijalnih policija koje je provode – i odgovornosti za zaštitu okoliša. Osjeća se s promjenom propisa o prostornom uređenju i urbanizmu. Osjeća se također i na području

jedinica lokalne samouprave (regije, departmani, općine, prekomorske jedinice lokalne samouprave ili jedinice s posebnim statusom...) čije se nadležnosti i ovlasti odlučivanja stalno povećavaju. Ona je na djelu s uređenjem audiovizualnih medija i zaštitom građana što se tiče zaštite osobnih podataka. Isto tako na području socijalnog prava (javno zdravstvo, pomoć i socijalna akcija) i gospodarskog prava, bez obzira da li se radi o državnom vlasništvu ili privatizacijama, gospodarskim intervencijama, uređenju sektora koji se otvaraju javnom natjecanju (na primjer telekomunikacije ili energija) ili nadzoru gospodarskih koncentracija.

C- Sudac upravnog suda je zbog svoje zadaće suočen s istaknutim političkim i društvenim ulozima. Povećanje njegova pravosudnog zadatka je objašnjenje zašto Državni savjet imenuje 2/3 svojih ljudi u pravni odjel (odnosno oko 125 članova) i koliko sredstava koristi.

Svake godine on prima oko 12 000 žalbi: $\frac{3}{4}$ žalbe kasacijskom sudu ; malo više od 20% su žalbe na rješenja u prvoj i zadnjoj instanci (bez priziva). Ostatak su druge žalbe. Žalbe kasacijskom sudu ulažu se na presude prizivnih upravnih sudova, neke presude upravnih sudova (u prvoj i zadnjoj instanci) i presuda specijaliziranih upravnih sudova, osobito za politički azil (Povjerenstvo za žalbe izbjeglica), socijalnu pomoć (Povjerenstvo za socijalnu pomoć) ili u vezi discipline zdravstvene struke.

Osim bitnih postupaka, prosječno trajanje suđenja Državnog savjeta je najmanje godinu dana (11 mjeseci i 12 dana). U četiri godine taj rok smanjen je za 17%.

Zakonom od 31. prosinca 1987. postupno je sa Državnog savjeta na prizivne upravne sudove prenesena nadležnost ulaganja priziva koju je on ranije imao. Na osam prizivnih sudova ima 250 sudaca. 2006. godine sudovi su donijeli 26 000 odluka, a primili su samo 21000 žalbi. Prosječna dužina trajanja suđenja na tim sudovima spektakularno je smanjena: 2000. godine bila je duža od 3 godine, a 2006. godine smanjila se je na 12,5 mjeseci.

Na kraju, 40 upravnih sudova su prve instance za upravne sporove. Na njima radi 720 sudaca. Prosječno trajanje suđenja je još uvijek previše dugo : 21 mjesec (osim hitnih postupaka). Ali je u posljednje četiri godine skraćeno za 18%. Upravnim sudovima će u godinama koje slijede biti dodijeljena dodatna sredstva.

D – Da bi uprava bila stvarno podčinjena pravu Državni savjet i upravno pravosuđe osobito budno paze na to da se poštuje šest kriterija ili standarda kvalitetnog sudstva:

1) prvi je jedinstvo, koherentnost, stabilnost i predvidivost sudbene prakse;

Državni savjet pridonosi upravljanju cjelokupnim francuskim upravnim pravosuđem: on, osobito omogućava, koncipiranje organizacijskih mjera i postupovnih pravila potrebnih za cjelokupni dobar rad. Osigurava optimalnu raspodjelu sredstava i potiče provođenje kvalitetne politike sudbenih odluka (osobito zbog obrade niza predmeta koji izazivaju isto pravno pitanje ili zbog suđenja predmeta koji izazivaju nova pravna pitanja).

Ono isto tako pridonosi kvaliteti odluka, zbog režima zajedničkog vijećanja da bi se presudila većina predmeta, čak u prvoj instanci, i zalaže se da se svaki predmet više puta prouči (dva puta u prvoj instanci – izvjestitelj povjerenik Vlade – i tri – izvjestitelj, revizor i povjerenik Vlade – pred prizivnim upravnim sudovima i Državnim savjetom) i za postojanje zajedničke istražne sjednice. Interne procedure svakog suda ili zajedničke za cjelokupno upravno sudstvo imaju za cilj izbjeći razmimoilaženje (nesuglasnosti) u pravosudnoj praksi između sudskih sastava i osigurati jedinstvo i koherentnost upravnog pravosuđa. Ovi napori se isplate budući da je stopa žalbi i priziva kasacijskom sudu relativno niska (16% i 12,7%), a stopa poništenja ili preinačenje presuda je isto tako niska. Ukupno manje od 4% presuda upravnih sudova pobija se na razini kasacijskog suda.

2) Drugi kriterij ili standard kvalitete je upravljanje rokovima suđenja koji su jako skraćeni tijekom posljednjeg desetljeća, iako se još valja potruditi. Da bismo uspjeli na tom putu, treba naglasiti ograničeno pojačanje ljudskih i materijalnih sredstava sudova, već obraćanje sudaca suradnicima, pomoćnom pravosudnom osoblju zbog lakšeg donošenja odluka, i na prilagodbu postupaka i metoda rada: potrebno je, naime, dobro uskladiti napore zbog zaloga i stvarne teškoće u predmetima.

Porast prethodnih upravnih žalbi (pitanje treba li se uopće raspravljati) trebao bi također sucu omogućiti da jednostavno i brzo presudi mnogo sporova bez ulaganja žalbe. Poželjno je spriječiti spor čiji ishod je izvjestan, a s kojim uprava zateže.

3) Treći kriterij je dostupnost suca : pristup sucu je besplatan ; mogućnost žalba na upravne akte, ne samo pojedinačne, nego i na opće propise, je širom otvorena; akti o kojima se ne raspravlja u sporu su praktički nestali, a pravna pomoć je prilično izdašna. Sve ove karakteristike su takve da jamče stvarni pristup sucu upravnog suda.

4) Četvrti kriterij je stvarni i temeljiti nadzor uprave: opća pravna načela stalno se obogaćuju sudskom praksom, a posljednja stvar, pravna sigurnost bila je regulirana odlukom od 24. ožujka 2006.; poštovanje hijerarhije (stupnjevanja) normi stvarno je osigurano od 1989.; kontrola osnove upravnih akata („kontrola pravne kvalifikacije činjenica“) vrlo je temeljita i može se usporediti sa stvarnom kontrolom proporcionalnosti; isto je i s „bilančnom teorijom“ (koja se sastoji u tome da se javni interes neke operacije uređenja suprotstavi teškoćama svih vrsti : povreda vlasništva, par prirode...) koja se primjenjuje na izjave o javnoj koristi koje prethode operacijama (prostornog) uređenja koje obuhvaćaju izvlaštenja; odgovornost državne vlasti, u slučaju greške, ili kad nema greške, može se lako dovesti u pitanje, a kontrola javnih ugovora je sada krajnje učinkovita : potpisivanje ugovora može se odgoditi (prekinuti) u slučaju kršenja pravila o javnosti i konkurentnosti, a ugovor može biti poništen, raskinut ili preinačen na poticaj isključenog konkurenta, ako sadrži nezakonite odredbe.

Temeljitu kontrolu koju provodi sudac upravnog suda prati stopa potpune ili djelomične zadovoljštine tužitelja od 21% na upravnim sudovima i 12% pred Državnim savjetom kad sudi u prvoj instanci.

5) Peti kriterij je učinkovitost hitnih postupaka koji sada predstavljaju skoro 10% sporova pred upravnim sudovima i koji se rješavaju u nekoliko dana; u hitnom slučaju i kad postoji ozbiljna sumnja što se tiče zakonitosti, sudac za hitne postupke može obustaviti upravni akt. Taj sudac može, isto tako, u hitnom slučaju narediti svaku mjeru koja može prekinuti teško kršenje koje je očito nezakonito i protivno temeljnoj slobodi. Ove reforme uvedene zakonom od 30. lipnja 2000. duboko su promijenile odnos uprave sa sućem i s načelom zakonitosti, jer sudac može sada intervenirati u realnom vremenu i izravno utjecati, često preventivno, na ponašanje uprave.

6) Šesti kriterij je izvršavanje odluka upravnog pravosuđa: ovlasti nalaganja i prisile koju sudac ima na temelju zakona od 16. srpnja 1980. i 8. veljače 1995. jamče da će uprava potpuno i brzo izvršiti presude i odluke, jer sada sudac može upravi dostaviti nalog čim je presuda izrečena, čak i prije nego što se ustanovi nečinidba ili neizvršenje ove presude od strane uprave. Sudac upravnog suda pridonosi također dobrom izvršenju svojih odluka ako u njima jasno navede posljedice do kojih će doći ako se ne provede ono što je on presudio, čak se stavlja na mjesto naredbodavne vlasti kad je posljedica njegovih odluka unaprijed određena. Isto tako raspoláže sredstvima koja mu omogućuju da učinke svojih odluka prilagodi raznim zalozima : na takav način si je sudac osigurao moć da može vremenski uskladiti učinke svojih spornih poništenja (sudbena praksa AC od 11. svibnja 2004.).

Svrha ovog pregleda šest kriterija za ocjenjivanje kvalitete pravosuđa nije veličati savršenstvo koje je, po definiciji, nedostižno. Samo smo željeli ocijeniti koliki smo put prešli i razmisliti o napretku koji još treba ostvariti.

E – Sa svim svojim savjetodavnim i sudbenim djelovanjem Državni savjet izgradio je javno pravo koje, unatoč opsegu i rastu zakonodavstva, ima u velikoj mjeri pravne korijene. Ovdje se radi o stvarnom paradoksu. Premda je ovo ustanova države koja ima tradiciju građanskog prava i koja pridaje veliku važnost zakonu – izrazu nacionalnog suvereniteta – i uzakonjenju zakona, Državni savjet je, naime, iz temelja preradio kontrolu zakonitosti upravnih akata, režima upravnih ugovora i odgovornosti državne vlasti, jer su zakonski propisi i uredbe samo pojasnili i upotpunili ove režime.

Svojom savjetodavnom i sudačkom ulogom, zahvaljujući svojoj sudbenoj praksi koja se stalno obogaćuje i prilagođava, Državni savjet ne obavlja samo funkciju socijalnog reguliranja. Ne samo da jamči pravilan rad uprave on štiti građane od nepravilnosti, čak samovolje. Osigurava svakodnevno poštovanje demokratskih obećanja, to jest jamstvo temeljnih prava pojedinaca i poštovanje općeg interesa.

III – Sada bih htio naglasiti važnost susreta kao što je naš današnji i sutrašnji susret. Za to postoje dva međusobno povezana razloga.

1 – Prvi je taj da upravni sudac igra, ili treba igrati, bitnu ulogu na važnim područjima: zaštititi temeljnih ljudskih prava i javnog interesa, a s tim je blisko povezana primjena prava iz Europske konvencije o ljudskim pravima i pravu Europske unije.

U Francuskoj je to jasno kao što pokazuju naše statistike: u 32 do 45% presuda Državnog savjeta, ovisno o godini, primjenjuje se pravo Europske unije i europsko pravo, a za Kasacijski sud taj postotak je između 4 do 6%. Velikom većinom najvažnijih presuda Državnog savjeta odlučno se rješavaju pitanja hijerarhije (stupnjevanja) normi, kako domaćih tako i europskih, i izvlače zaključci o uključivanju domaćeg pravnog poretka u europske pravne poretke.

Ne sumnjam u to da se to već događa i u Hrvatskoj, državi-strani (potpisnici) Europske konvencije o ljudskim pravima, niti da će se to kretanje još pojačati kad Hrvatska postane punopravni član Europske unije.

Javna prava koja su u našim pravnim sustavima bila nešto najnacionalnije i nisu propuštala vanjske utjecaje postupno su se nadahnjivala, obnavljala i mijenjala iz dva izvora europskog prava, što se tiče i materijalnog i postupovnog prava.

2 – Drugo opravdanje za naš susret jest to da nas postupno uključivanje pravnih poredaka država članica, Europske unije i Europska konvencija o ljudskim pravima čini vrlo odgovornima: dužnost nam je da pridonesemo konvergentnosti (istosmjernosti, usklađenosti) naših domaćih javnih prava, i uzajamno uvjetovano, pojavi europskog javnog prava koje će primjenjivati sve države na kontinentu. Buduće stupanje na snagu Povelje o ljudskim pravima Europske unije samo će pojačati nastojanje da sva javna prava država na kontinentu idu u istom smjeru. Ne možemo, naime ostati nepokretni pred promjenama koje se ponavljaju. U okviru globalizacije prava, Europa ima svoj znak i tradiciju koje mora obraniti : to je europski humanizam koji se temelji na zahtjevnoj koncepciji prava ljudske osobe i njezina dostojanstva i, istodobno, na određenoj ideji obveza i prava društva (zajednice). Postoji skrivena duboka zajednička koncepcija ljudske osobe i javnog interesa koju dijelimo.

Iskustvo koje je naš kontinent stekao s dva totalitarna režima u XX. stoljeću ne samo da mu daje pravo, nego i prijeku obvezu, da brani ovu tradiciju koja ima istaknutu pravnu dimenziju. Upravni sudovi moraju odigrati važnu ulogu u očuvanju i promicanju europskog pravnog sustava.

3 – Postoje dva načina za promicanje tog sustava:

- prvi je pravna disciplina i suradnja ustanova: temelji se na obvezi koju imaju nacionalni (domaći) sudovi da poštuju europske obveze i, posebice, odredbe Ugovora o stvaranju Europske zajednice, koje jamče stvarno jedinstveno tumačenje prava Europske unije. Nacionalni (domaći) sudovi moraju tumačiti europsko pravo, a, Sud pravde Europskih zajednica mora ocijeniti njegovu valjanost u okviru prethodnih pitanja (koja treba riješiti prije glavne rasprave – prejudicijalna pitanja) (članak 234. Ugovora o Europskoj zajednici). U prošlosti je bilo protivljenja ili poteškoća posebice zbog odnosa domaćih ustavnih poredaka – koji su na vrhu

hijerarhije normi u državi – i prava Europske unije koje je, u europskom prostoru, iznad internog poretka. Ali ove poteškoće, koje ne treba prešutjeti, ograničene su veličine i suci su ih dijalogom mogli prevladati. Vidjeli smo da nije bilo sukoba, nego naprotiv išlo se je u istom smjeru i tražilo zajedničko gledište : domaći suci postupno su postajali otvoreni prema pravosuđu Luksemburškog suda, a Luksemburški sud je posvećivao više pozornosti njihovim brigama.

- drugi način koji omogućava promicanje europskog pravnog sustava je razvoj neformalne suradnje nas europskih sudaca, kako bismo postupno razradili zajedničku kulturu i metode rada, što je više od suradnje ustanova koju sam upravo spomenuo.

Ova suradnja – koja mora dovesti do nastanka stvarne zajednice europskih sudaca – proizlazi iz dva činjenična stanja: s jedne strane, dijelimo zajednički fond vrijednosti, načela i referentnih normi koje svi moraju primjenjivati, a s druge strane, domaći sudac je postao sudac općeg prava tog fonda, to jest prava Europskih zajednica i europskog prava.

Prema tome moramo usporediti naše metode rada i naše sudove kako bismo došli do zajedničke vizije primjene tog prava i kako bi naša kontrola išla u istom smjeru. Moguće je da danas u europskom prostoru ne primjenjujemo na potpuno isti način pravo koje nam je zajedničko.

Imajući ovo u vidu, razmjene informacija, iskustva, pravosudne prakse ili sudaca, bilateralno, ili kroz europske udruge vrhovnih sudova, vrlo su važne i moraju se pojačati.

Suradnja, pojačani dijalog između europskih sudaca ne smiju se nikada pobrkati s odricanjem ove ili one nacionalne specifičnosti, ili, suprotno tome, sa željom da se pod svaku cijenu „izveže“ ovaj ili onaj nacionalni model. Prije se radi o tome da se otvorimo prema pogledu izvana i da se dragovoljno podvrgnemo ocjenjivanju onih koji su nam jednaki. Otvaranje i podvrgavanje su načela naše odgovornosti i u temeljima su našeg autoriteta. Vjerujem da ćemo svi imati koristi ako zajednički razmišljamo o pitanjima koja su u središtu kad je riječ o kvaliteti i učinkovitosti pravosuđa, kako se je uostalom počelo raditi u raznim forumima Vijeća Europe i Europske unije, gdje se radi na kriterijima za njihovo mjerenje i ocjenjivanje. Takav način ocjenjivanja odgovara očekivanjima onih koji traže pravdu i može omogućiti jačanje legitimnosti pravosuđa: u tom smislu Europa može igrati ulogu katalizatora.

Upravno pravosuđe i način na koji sudimo okupilo nas je u Splitu.

Želim da naša razmjena bude što plodnija i omogućí nam da se bolje upoznamo i cijenimo, i da bolje ocijenimo naše metode rada i naše rezultate.

Siguran sam da će nam ovaj susret omogućiti da zaključimo da više od pola stoljeća poslije usvajanja Europske konvencije o ljudskim pravima i Rimskih ugovora, a u godini usvajanja Povelje o ljudskim pravima Europske unije javno pravo još nije završilo s Europom, i obrnuto, Europa još nije završila s javnim pravom. Pred nama se otvaraju novi obzori do kojih moramo doći.

ON ACTIVITY AND INFLUENCE OF THE CONSEIL D'ETAT

Conseil d'Etat is one of the most famous institution of legal and constitutional history of France. In his introductory remarks Mr. Jean-Marc Sauvé described in short history and present significance of this glorious institution. There are two most important roles of the Conseil d'Etat: counseling and judging. Author tells us about importance of criterions of the Conseil d'Etat work and how they relate to the activities of the institution. He describes the essentials of the administrative law and tribunals in France and Croatia while making an important point about how the administrative justice is of importance for quality and efficiency of law in respective countries like France and Croatia.

Keywords: *Conseil d'Etat, Administrative justice, influence, France*

Dr. sc. Neven Šimac, savjetnik
Potpredsjednik Centra za europsku dokumentaciju i istraživanja
Robert Schuman u Zagrebu

REGRUTIRANJE I OBRAZOVANJE KADROVA ZA DRŽAVNI SAVJET I ZA DRŽAVNU UPRAVU U FRANCUSKOJ

UDK: 342 (44)

Primljeno: 15. XII. 2007.

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Iza svakog "djela i utjecaja" pa tako i iza ovoga, francuskog Državnog savjeta, nalaze se ljudi koji ga stvaraju i vrše. Cilj ovog kratkog izlaganja je prikazati način odabira i prethodnog obrazovanja njegovih kadrova. A kako je taj način *grosso modo* istovjetan i za državnu upravu, to smo, obzirom na izvrsnost jednih i drugih kadrova, kao i na profesionalnu uspješnost i stalnost francuske državne uprave, smatrali da je upravo ovdje - u ovom žarištu hrvatske znanstvene izvrsnosti - od interesa za pravno-upravnu javnost ukazati na okolnosti i uvjete koji odlučujuće pridonose izvrsnosti "djela i utjecaja" francuskog Državnog savjeta i francuske državne uprave.

Ključne riječi: *Državni savjet, kadrovi, Francuska*

I – REGRUTIRANJE UPRAVNIH SUDACA DRŽAVNOG SAVJETA

1. Upravni suci, njihov rad, regrutiranje, napredovanje

1.1 Po posljednjim objavljenim podacima¹, francuski Državni savjet broji **319 upravnih sudaca**, od kojih 186 na radu u samom Državnom savjetu, a 133 izvan Savjeta. Evo razdiobe tih kadrova po stupnjevima i vrstama:

<i>Stupnjevi</i>	<i>Na radu u Savjetu</i>	<i>Na radu izvan Savjeta</i>	<i>Ukupno</i>
<i>Potpredsjednik</i>	1		1
<i>Predsjednici Odjela*</i>	6		6

¹ Podatci ažurirani s početka travnja 2007. godine, objavljeni na web-site Državnog savjeta: www.conseil-etat.fr

Savjetnici / <i>Conseillers</i>	104	69	173
<i>Maître de requêtes</i>	59	64	123
<i>Auditeurs</i>	16	-	16
<i>Ukupno upravnih sudaca</i>	186	133	319

(*) U Državnom savjetu postoji sljedećih šest odjela: za upravne sporove, za izvješće i studije, te četiri tzv. upravna odjela: za financije, za socijalu, za unutarnje poslove i za javne radove. Osim odjela, postoje još i četiri tzv. "ćelije": za izvršenje odluka pravosuđa, za vrjednovanje radova Državnog savjeta, za međunarodnu suradnju i za pravo EU.

Sudačkih članova Savjeta, tj. onih koji su "magistrati", odnosno *upravni suci*², ima dakle ukupno nešto više od 300, od kojih je stalno na radu u Savjetu 2/3, dok 1/3 radi izvan Savjeta, na drugim poslovima javne, ali i privatne naravi. Uz ovaj, *magistratski*, tj. sudački dio, u Savjetu radi još 359 dugih osoba. To je stručno, tehničko i "logističko" osoblje, navlastito ono koje radi u knjižnici, arhivu i dokumentacijskom centru Savjeta i koje omogućuje dobro funkcioniranje Savjeta.

Uz ovo sudačko i nesudačko osoblje, u Državnom je savjetu privremeno još i 13 državnih službenika i sveučilišnih profesora, koji nemaju status *magistrata*, tj. upravnih sudaca, pa se njihova uloga svodi na stručne savjete i pripremu različitih izvješća.

1.2 S ovakvim brojnim stanjem upravnih sudaca na radu u Savjetu, ova institucija je u posljednje tri godine, u svoje dvije osnovne funkcije - kao najviše upravno sudište i kao pravni savjetnik Vlade - obradio sljedeći **broj predmeta**³:

² Po čl. L. 233.- Kodeksa upravnog pravosuđa (*Code de justice administrative*), *upravni suci* se u pravilu regrutiraju od završenih pitomaca ENA-e, ali i na druge načine (v. čl. 233-2 et ss).

³ U ovoj tabeli nije prikazana djelatnost *Odjela za izvješća i studije*, koji se bavi izvršenjem odluka upravnog sudstva, koji je u posljednje tri godine (zaprimio i) riješio sljedeći broj predmeta: 2004 (224) 208; 2005: (171) 177; 2006: (168) 159.

<i>Funkcija Savjeta</i>	<i>Odjel</i>	<i>Vrsta</i>	<i>2004.</i>	<i>2005.</i>	<i>2006.</i>
<i>Vrhovno upravno sudište</i>	Odjel za sporove	zaprmljeni predmeti	12.074	11.196	10.271
		riješeni predmeti	11.001	11.270	11.242
<i>Pravni i upravni savjetnik Vlade</i>	4 upravna Odjeli (*)	nacrti pravnih norma i zahtjevi za mišljenje	1.292	1.390	1.411

(*) Dio savjeta Vladi (o nacrtima zakona, na pr.) obvezno se raspravlja i formulira u plenarnom sastavu, tj. u Općoj skupštini Savjeta.

1.3 **Regrutiranje** kadrova Savjeta vrši se na dva načina. Prvi je putem natječaja, a to je opće pravilo za srednje i više kadrove francuske državne i općenito javne uprave. Ovim se načinom regrutira godišnje od 5 do 7 tzv. *auditeurs*⁴ / "slušača", koji dolaze isključivo iz *Ecole nationale d'administration* - ENA / *Državne upravne škole*, a koji su s najboljim uspjehom završili obuku u toj školi. Ovi *auditeurs* / "slušači" zatim napreduju, u pravilu po godinama službe, u stupanj *maître de requêtes*, pa zatim *savjetnika*.

Drugi način regrutiranja je takozvani *tour extérieur* / "vanjski krug", tj. imenovanje na osnovi diskrecijske odluke Vlade. Ovim drugim načinom Vlada imenuje četvrtinu *maître de requêtes* i trećinu *savjetnika*, ali valja odmah naglasiti da za sva ova imenovanja Vlada mora tražiti *mišljenje* Potpredsjednika Državnog savjeta, ili pak njegov *prijedlog* kad se radi o sucima Upravnih i Prizivnih upravnih sudova..

1.4 Što se **napredovanje** u karijeri tiče, minimalni uvjet za imenovanje u stupanj *maître de requêtes* jest biti stariji od 30 godina i imati iskustvo od najmanje 10 godina rada u javnoj upravi. Četvrtina ovih imenovanja rezervirana je za suce

⁴ U doslovnom, ali nezgrapnom prijevodu - "slušača", ali od ovog prijevoda nema vajde. Još je međutim teže, pače neizvedivo prevesti, a da to bude razumljivo, termin *maître de requêtes* - "meštar zahtjeva / priziva". Jedino je naziv *conseiller d'Etat* lako i razumljivo prevesti u *državni savjetnik*.

Upravnih sudova i Prizivnih upravnih sudova. Za imenovanje u stupanj *savjetnika* jedini je uvjet biti stariji od 45 godina, ali je jedna šestina ovih imenovanja rezervirana za suce *Upravnih sudova* i *Prizivnih upravnih sudova*.

I, na koncu, spomenimo još i to da je francuski **Premijer** - predsjednik Državnog savjeta, po funkciji, dok je Potpredsjednika Savjeta⁵ njegov stvarni ravnatelj i voditelj. Potpredsjednika imenuje Predsjednik Republike dekretom, usvojenim u Vijeću ministara, i to između *savjetnika* i predsjednika Odjela Savjeta.

2. Status, nezavisnost, karijera i funkcije

2.1 Bilo bi za očekivanje da je u pravno temeljito reguliranoj državi kao što je Francuska status članova Državnog savjeta vrlo striktno i precizno reguliran, ali tome nije tako. Ovaj *status* je međutim više praktično, nego li pravno uređen i zajamčen. Naime, Uredba od 30. srpnja 1963. o statusu članova Državnog savjeta ne razlikuje bitno drugačije ovaj status od onog drugih državnih službenika. Tako Uredba formalno ne predviđa, tj. ne jamči njihovu nesmjernjivost, odnosno nezavisnost, ali zato izričito određuje da se članove Savjeta ne ocjenjuje, niti postoji neka lista napredovanja u karijeri. U praksi, članovi Savjeta napreduju automatski, s godinama službe, a u svrhu ravnornjernog i ravnopravnog napredovanja ustanovljena je jedna posebna savjetodavna komisija. Od "vrste" *auditeur* do *maître de requêtes* prelazi se u pravilu u 3 godine stalnog rada u Savjetu, a od savjetnikom se postaje nakon 12 godina rada kao *maître de requêtes*.

Zakon od 13. rujna 1984. odredio je da članovi Savjeta odlaze u mirovinu s 65 godina, ali isto tako da mogu odlučiti sami nastaviti raditi do 68. godine. Ove se dvije granice u određenim slučajevima mogu pomaknuti još samo za jednu godinu. Na taj način se u Savjetu susreću i surađuju tri naraštaja, u rasponu od 23-24, pa do 69 godina.

2.2 Praktična rješenja i jamstva *nezavisnosti* članova Savjeta svode se na sljedeće: upravljanje Savjetom vrši samostalno, bez vanjskih utjecaja, Ured Državnog savjeta koji se sastoji od Potpredsjednika, šest predsjednika Odjela i glavnog tajnika Savjeta. Iako nijedan tekst ne jamči nesmjernjivost članova Savjeta, ona u praksi postoji⁶ i poštuje se, pa se na taj način stvarno jamči njihova. Na stabilnost i nezavisnost Državnog savjeta ukazuje i činjenica da je od 1944. pa do danas, dakle kroz 63 godine, bilo ukupno samo 9 Potpredsjednika Savjeta, od kojih je zacijelo najpoznatiji René Cassin (ravnatelj od 1945. do 1960.), jedan od vodećih redaktora *Opće deklaracije prava čovjeka UN* i nositelj Nobelove nagrade za mir (1958.). velika nezavisnost, kako u odnosu na političku klasu, tako i na hijerarhiju samog Savjeta.

⁵ Funkciju Potpredsjednika ustanovljena je zakonom od 24. svibnja 1872.

⁶ Do smjenjivanja nekih članova Državnog savjeta bilo je došlo u vrijeme i nakon II. svjetskog rata, zbog političke angažiranosti, tj. suradnje s njemačkim okupatorom.

2.3 Kao što je već rečeno, tijekom *karijere*, članovi Savjeta mogu provesti dio svog radnog vijeka i izvan Savjeta, tj. bilo drugdje u državnoj, odnosno javnoj upravi, bilo u para-javnom sektoru, pa i u privatnom sektoru. Uz ove konstatacije se odmah nameće pitanje: zašto *izvan* Savjeta? Odgovor se nalazi ne samo u pravu, nego i u obvezni mobilnosti kadrova u francuskoj državnoj upravi. Dio karijere većine članova odvija se dakle i izvan Savjeta. Tako oni mogu biti stavljeni na raspolaganju Predsjedniku Republike ili ministrima, ili pak detaširani da bi obavljali neki izborni mandat (zastupnika, senatora), ili pak neku upravnu funkciju - ravnatelja središnjih uprava⁷, prefekta, poklisara... I, na koncu, oni mogu po vlastitoj želji neko vrijeme raditi u para-javnom ili privatnom sektoru, pa se opet vratiti u Savjet.

2.4 U Savjetu, njegovi članovi, bez obzira na stupanj - *auditeurs, maître de requêtes, savjetnik* - mogu obavljati gotovo sve *funkcije* izvjestitelja u Odjelima i komesara Vlade⁸. Međutim, što se tiče funkcije prisjednika (*assesseur*) u pod-odjelima i predsjednika pod-odjela i Odjela, njih mogu obavljati samo *savjetnici*. K tome valja napomenuti, da su dvije od funkcija - predsjedanje Odjelom i funkcija Potpredsjednika Savjeta - ujedno i upravni stupnjevi.

II – OBRAZOVANJE KADROVA FRANCUSKE DRŽAVNE UPRAVE

Redoviti put i način ulaska u Državni savjet jest *Ecole nationale d'administration*, jer imenovanje od strane Vlade je aleatorni način. Međutim, ni samo školovanje u tom učilištu upravne izvrsnosti nije jamstvo za ulazak u Državni savjet jer, vidjeli smo, Savjet godišnje nudi 5 do 7 mjesta, a ova u pravilu izabiru i zauzimaju prvoplasirani abiturijenti ENA-e.

ENA pruža obrazovanje za gotovo *sve vodeće funkcije u francuskoj državnoj upravi*⁹, a time i za Državni savjet, pa ćemo se u dijelu koji predstoji pozabaviti nastankom te institucije i njezinoj početnoj namjeni, načinom odabira njezinih pitomaca, obrazovanjem i mentorsko-pedagoškim kadrom koje ona pruža, kao i rangiranjem pitomaca, ustrojem i osobljem, te cijenom obrazovanja i međunarodnom suradnjom, da bismo se na koncu kritički osvrnuli na bilancu njezina postojanja i djelovanja.

⁷ Po osnovnom ustroju, francuska se ministarstva sastoje od uprava, ove od pod-uprava, a ove pak od odjela i ureda.

⁸ Ovaj naziv ne smije zavarati, jer "*komesar Vlade*" je potpuno nezavisni upravni sudac u Savjetu, koji je ustvari odvjetnik zakona i prava općenito.

⁹ I, što je jedini izuzetak u odnosu na državnu upravu, još i za *Grad Pariz*. Ovu "anomaliju", koju bi se moglo interpretirati kao zadiranje u prava lokalnih samouprava, objašnjava činjenica da je Država upravljala Parizom sve do novijih vremena (1975.-1977.) izravno, preko svog prefekta i imenovanih, a ni i izabranih načelnika 20 pariških okruga (*arrondissements*).

1. Nastanak, predpovijest i razvoj ENA-e

1.1 Za razliku od drugih francuskih *visokih škola*¹⁰, koje su nastale mahom nakon Francuske revolucije¹¹, ENA se rađa tek **nakon II. svjetskog rata**. Stanje u Francuskoj je tada, 1944.-1945. godine sličilo na ne tako davne hrvatske prilike. Zemlju je trebalo obnoviti, a to nije bilo moguće bez školovanih i vrsnih kadrova. Tada je Michel Debré¹², mladi *maître de requêtes* koga je general de Gaulle¹³ zadužio da prouči način i mogućnost obrazovanja upravnih kadrova, ovako opisao stanje Francuske: "*To, što zbog nepostojanja demografske i higijenske politike francusko pučanstvo već dugi niz godina opada kvantitativno i kvalitativno; što je zbog nepostojanja programa i plana francusko gospodarstvo, poljodjelstvo i industrija bilo u zaostatku i mnogo prije stradanja iz ovog rata; što su se tijekom dvadeset minulih godina naši veliki gradovi povećali u neredu, prljavštini i ružnoći, to je sve u dobroj mjeri krivnja javne uprave. I tko zna, za koliko drugih područja bi se mogla izraziti ista tvrdnja*".

Zbog takvog stanja zemlje, Michel Debré je ovako nastavio svoje izvješće generalu de Gaulleu: "*Pa premda je Republika uvijek formirala svoje vojnike, časnike i dočasnike, svoje inženjere svih tehničkih vrsta, svoje učitelje i profesore, ona nije nikad do sad formirala, što je veliki propust, ni svoje upravne službenike, ni svoje financijere*", da bi zaključio sljedećom konstatacijom: "*Da bi država imala službenike sebe dostojne, ona ih treba najprije obrazovati*"¹⁴.

Ono što je važno ovdje istaknuti i naglasiti jest da su francuski vodeći političari i državnici shvatili, da je javna uprava **poseban posao**¹⁵, **profesija** i "zanat", za koji treba stvoriti posebno učilište i poseban način izobrazbe, te da na nj valja privući putem natječaja najbolje kadrove nacije. A kako se u upravnom poslu radi o

¹⁰ Francuska ima "dvostrani" sustav javnog visokog obrazovanja: s jedne strane, pluridisciplinarna sveučilišta, na koja se slobodno upisuje nakon mature, a s druge sustav "visokih škola", u koje se ulazi natječajem.

¹¹ Najvažnije su od ovih *Ecole polytechnique* (Politehnika) i "primjenbene" škole, koje ju nastavljaju (rudarstvo, građevina, naoružanje...), a koje orijentiraju na razne vojne i državne inženjerske poslove, zatim *Ecole normale supérieure* (ovaj je naziv nemoguće razumljivo prevesti na hrvatskim op. aut.), koja upućuje na profesuru i, mnogo kasnije, *Ecole nationale de la magistrature* (Državna sudbeno-odvjetnička škola), koja obrazuje suce, tužitelje i odvjetnike.

¹² Francuski političar (1912.-1996.) i ministar, bliski suradnik generala de Gaullea još od vremena II. svjetskog rata; ministar pravde 1958.-1959. i jedan od autora polupredsjedničkog ustava francuske V. Republike.

¹³ Francuski general i državnik (1890.-1970.), predsjednik Privremene vlade (1944.-1946.) i predsjednik Republike (1958.-1969.).

¹⁴ V. "*Colloque du cinquantenaire de l'ENA*" (Kolokvij o pedesetoj obljetnici ENA), str. 11, 7. i 16., posebno izdanje *La revue administrative*, Pariz, 1996. Ovaj zbornik radova će biti, u tekstu koji slijedi, više puta citiran pod kraticom Kol-ENA.

¹⁵ U novije vrijeme snažnih, neoliberalnih pritisaka u pravcu privatizacije javnih služba, sve je više glasova, rasprava i analiza o tome da li postoje i koje su (opravdane) razlike između upravljanja, organizacijskog ustroja i učinkovitosti između javnog i privatnog managementa. Cf. na komparativnu studiju prof. Christophera Demmke: *Are Civil Servants Different Because They Are Civil Servants?*, predstavljenu na 44. sastanku glavnih ravnatelja javnih služba država članica EU u Luxembourg, u lipnju 2005. godine, ed. Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 2005.

temeljnoj odgovornosti za javni interes i budući da su na tom području očekivanja građana opravdana i legitimna - jer se radi o njihovim pravima, slobodama, o pripremi zakona, kao i o korištenju javnog novca - to je bilo isto tako potrebno i legitimno, da sa za taj poziv i posao privuku najkvalitetniji kadrovi.

Tako je odlukom (*ordonnance*) predsjednika Privremene vlade, generala de Gaullea, od 9. listopada 1945. osnovana je ENA kao formacijska ustanova pod vodstvom i nadzorom Vlade¹⁶, i na taj način su stvoreni temelji za novu, moderno vođenu javnu upravu. U obrazloženju e odluke stoji da francuska "*sveučilišta ne pružaju dovoljno prostora podučavanju političkih i socijalnih znanosti*", te da "*isto tako ne postoji nikakvo prethodno obrazovanje za zanat službenika*"¹⁷

1.2 Ovdje valja primijetiti da ovo uspjelo osnivanje učilišta za naročito obrazovanje viših kadrova državne uprave nije bio i prvi pokušaj u tom pravcu u francuskoj povijesti. **Prvi pokušaji** u tom smislu propadaju zbog političkih antagonizama. Tako, *Upravnu školu* koju osniva II. francuska republika revolucionarne, 1848. godine, već sljedeće godine ukida Louis-Napoléon Bonaparte, budući Napoléon III. 1872. pak godine protestantska buržoazija osniva u Parizu *Slobodnu škola političkih znanosti*, koja priprema studente za natječaje za visoku javnu upravu (Državni savjet, Proračunski sud, financijski nadzor, diplomaciju), a nakon toga slijedi više pokušaja osnivanja upravnog učilišta koje bi demokratiziralo regrutiranje i ukinulo praktički monopol na visoku javnu upravu visoke pariške buržoazije, bliske desničarkom pokretu *Francuske akcije*. Ovi pokušaji, posebice u vrijeme *Narodnog fronta* (1936.) su obojeni izrazito lijevo, ali bez obzira na taj ideološki predznak, zahtjev za demokratizacijom kadrova javne uprave ostaje valjan. Taj je zahtjev samo pojačala činjenica dosta široke pasivnosti, ili kolaboracije francuske javne uprave s njemačkim okupatorom u vrijeme II. svjetskog rata¹⁸.

Zbog toga i tako obrazloženje Odluke predsjednika Privremene francuske vlade, generala de Gaullea, od 9. listopada 1945. o osnivanju ENA-e izričito

¹⁶ Točnije Premijera, pa je ENA i proračunski uključena u stavke Predsjedništva vlade.

¹⁷ Odluka br. 45-2283, objavljena 10. listopada 1945., kojom se osniva ENA i *Centar za visoke upravne studije*.

¹⁸ Ministar obrazovanja u Vladi Narodnog fronta, Jean Zay, koji je 1936. predlagao osnivanja Državne upravne škole, ovako je opisao stanje francuske javne uprave u II. svjetskom ratu: "*Nedostatak karaktera koji je pokazalo toliko visokih republikanskih funkcionara od lipnja 1940. (tj. francuskog poraza i kapitulacije pred njemačkim zavojevačem, op.p./, lakoća s kojom su podnosili nove gospodare, provodili bez pobune savjesti sve zadaće koje im se nametalo, na tužan su način ilustrirali nedostatak njihova građanskog i stručnog obrazovanja. Republika je zbog njihova zatajivanja platila jednom od svojih najmučnijih slabosti. Ona je bila zanemarila nadzirati njihovo regrutiranje, kao i to da sama osigurava njihovo obrazovanje: a oni je nisu obranili. Odakle su dolazili naši visoki službenici u vrijeme III. republike/od 1875. do 1940., op.p./ Bilo iz jedne velike privatne škole, tj. Slobodne škole političkih znanosti, koja je raspolagala stvarnim monopolom i jedina isporučivala na primjer diplomate, obrazujući ih u klasnom, da ne kažem u kastinskom duhu, opskrbljujući ih vrlo slabom demokratskom gorljivošću, bilo od previše specijaliziranih natječaja..... bilo od upravne improvizacije i političkog pogodovanja...". V. Jean Zay: *Souvenirs et solitude*, Editions de l'Aube, ponovno izdanje 2004., navedeno po Le Monde, naročito izdanje pariškog dnevnika Le Monde, *Les Archives du Monde*, 17. prosinca 2005. pod naslovom *L'école nationale d'administration a 60 ans – ENA, énarques, énararchie*, str. 63.*

navodi demokratizaciju regrutiranja i profesionalizaciju obrazovanja kadrova visoke javne uprave kao jedan od osnovnih ciljeva osnivanja ovog učilišta¹⁹.

1.3 Tijekom proteklih šest desetljeća, ENA je doživjela više **značajnih promjena**:

- 1971.: kandidati imaju pravo izbora između pretežno ekonomskih, ili pravnih materija
- 1972.: kandidati imaju izbor između pretežito upravnih, ili pak više ekonomskih predmeta, pa se razdvaja na dva dijela i njihov poredak uspješnosti na koncu školovanja
- 1983. i 1990.: zakonom se ustanovljuje treći natječaj, uz "studentski" i "službenički": taj se otvara za osobe koje su obavljale neki izborni mandat, za sindikaliste, zaposlenike iz privatnog sektora i aktiviste nevladinih organizacija
- 1991.: odluka Vlade da se ENA preseli u Strasbourg
- 2002.: spajanje ENA-e i *Međunarodnog instituta javne uprave*
- 2004.: sva tri natječaja se otvaraju za sve građane zemalja članica EU
- 2005.: dovršeno preseljenje ENA-e u Strasbourg
- 2006.: stupila na snagu velika reforma obrazovanja u ENA-i

Tijekom proteklih 62 godine ENA-om je upravljalo ukupno samo 12 ravnatelja, što isto tako, kao i u slučaju Državnog savjeta ukazuje na stabilnost javne uprave u jednoj urednoj demokratskoj državi. Dodajmo ovdje još i to da je Potpredsjednik Državnog savjeta po funkciji predsjednik Upravnog vijeća ENA-e.

2. Namjena, operativnost i etička dimenzija ENA-e

2.1 **Osnovna vokacija**, tj. poziv ENA-e je, dakle regrutirati, putem strogog natječaja - po načelu izvrsnosti (*le principe du mérite*)²⁰ - mlade ljude i obrazovati ih na *pluridisciplinarni* način, tj. kao *polivalentne upravne generaliste*, da budu u stanju dinamizirati i mijenjati Javnu upravu te tako odgovoriti na legitimna očekivanja građana, kao i potrebe države u konkretnom međunarodnom okružju.

2.2 U smislu **konkretne operativnosti**, ENA je osnovana kao primjedbena ustanova²¹ (*établissement d'application*), pod upravnom *tutellom*

¹⁹ Odluka ovako objašnjava tu potrebu: "Slobodna škola političkih znanosti je danas jedina koja nudi sustavnu cjelinu nastave i predavanja koja pripremaju za visoke javne funkcije; ona je međutim dostupna samo imućnijim studentima koji žive u Parizu", te ovaj način pripreme "prečesto eliminira mlade bez imetka". Ibidem, kao gore, str. 59.-69.

²⁰ Teško je na hrvatski dobro prevesti "*le principe du mérite*", pošto imenica *merite* označava i zaslugu i vrsnoću, pa može sugerirati i - podobnost, što je u suštji opreci onom što ona kazuje u francuskom, pa čak i u engleskom jeziku (*principle of merit*).

²¹ Ova kvalifikacija ukazuje na to da se osigura izravnu operativnost pitomaca na koncu prethodnog obrazovnog procesa. Primjera radi, *Ecole polytechnique* nije "primjedbena ustanova", nego škola prethodne izobrazbe (matematika, fizika...), nakon koje se pitomci upućuju u "primjenbene ustanove", tj. visoke škole (v. bilješku 10).

francuskog Premijera, koja na jednak način pruža prethodnu izobrazbu "učenicima koji su već stekli visoku spremu, navlastito u institutima", kao i službenicima koji su iskustvo stekli "na upravnim funkcijama koje su obavljali". ENA-i je zadaća prethodno obrazovati "za početna zaposlenja korpusa visokih službenika"²². U tu svrhu Odluka stvara korpus "civilnih administratora"²³ za sva ministarstva i visoke javne funkcije²⁴, kojim je zadaća "prilagoditi vođenje javnih poslova općoj politici Vlade, pripremati nacрте zakona ili uredaba i ministarskih odluka, kao i smjernica za njihovo izvršavanje, usklađivati i poboljšavati djelovanje javnih služba".

2.3 Ono, što je u današnje vrijeme dominantnog relativizma i *anomije* potrebno posebno istaknuti jest da je Obrazloženje Odluke predsjednika Privremene vlade inzistiralo na **etičkoj dimenziji** javne uprave. "Obrazovanje – ne treba to kriti – je isto tako i od moralnog reda. Nije poziv Škole baviti se politikom ili nametati koju doktrinu. Ali Škola mora učiti svoje buduće službenike smislu Države; ona mora postići da oni shvate odgovornost Uprave, da osjete veličinu te profesije i prihvate njezine služnosti. Ali ona mora učiniti još i više". Ona mora učenicima prenijeti smisao za "neke osnovne vrline: smisao ljudskoga... odlučivanja... imaginacije... vrijednost podučavane i shvaćene moralne vrline"²⁵.

3. Regrutiranja ENA-e i program natječaja

3.1 Već se iz prije navedenog moglo razabrati da se u ENA-u ulazi u pravilu **putem natječaja**²⁶, da su u početku postojale samo dvije vrste, a da je tijekom vremena uvođena, pa ukidana i ponovo uvođena i treća vrsta natječaja. Cilj natječaja bio je uvijek isti: dobiti vrsne i motivirane kadrove za vodeću funkcije u državnoj upravi koji će znati biti, kako je to rekao Aristotel, "i gospodari i službenici".

Prvi i drugi natječaj postoje od samog početka. Prvi, takozvani "vanjski" natječaj²⁷ odnosi na studente sa završenom drugim stupnjem studija različitih vrsta (matura + 3). Bilo bi očekivati, da su jedino pravници, ekonomisti i politolozi kandidati na ovom natječaju, ali praksa pokazuje da je pravnikа manje nego diplomanata raznih humanističkih studija.

²² Ibidem, *Obrazloženje*.

²³ Čime ih razlikuje od vojnih, operativnih funkcija. Ovo međutim ne znači da mnoge funkcije u Ministarstvu obrane ne obavljaju "civilni administratori".

²⁴ "u Državnom savjetu, Proračunskom sudu, karijeri diplomata i prefekata, općem financijskom nadzoru..." Cf. na Obrazloženje navedene Odluke.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Neko vrijeme, do 1986. godine, postojala je mogućnost ulaska u ENA-u bivšim pitomcima dviju drugih visokih škola, *Ecole polytechnique* i *Ecole normale supérieure* na osnovi "titula", tj. zbog činjenice da su ti kandidati već prošli kroz jedan veoma strog natječaj za vrsno javno učilište.

²⁷ Jer se odnosi na kandidate koji su statusno izvan javne uprave.

Drugi, "interni" natječaj otvoren je javnim službenicima, bez uvjeta diplome, ali koji imaju najmanje 4 godine prakse u javnoj upravi.

Treća vrsta natječaja otvarana i ukidana u razna vremena, za razne kategorije kandidata. Prvih nekoliko godina postojanja ENA-e funkcionirala su, uz dva prva i tri naročita natječaja, otvorena za sudionike pokreta otpora, deportirce i ratne zarobljenike. 80-tih godina pojavio se opet nakratko poseban natječaj za sindikalne aktiviste, ali nije bio duga vijeka.

Danas postoje sve tri navedene vrste, s tim da je treći natječaj otvoren, bez uvjeta diploma, osobama koje su tijekom najmanje 8 godina obavljale neku profesiju. Osim toga sve tri vrste natječaja otvorene su i za sve državljane drugih zemalja članica EU.

3.2 **Broj kandidata** na natječajima varira iz godine u godinu, ali kandidata je uvijek 10 do 20 puta više nego ponuđenih mjesta. Što se ponuđenih mjesta tiče, njih određuje Ministarstvo nadležno za javnu upravu, ovisno o potrebama popunjavanja kadrovskih mjesta određenih za "civilne administratore". U prosjeku, ENA godišnje prima 100-120 pitomaca. Primjera radi, 2006. godine bilo je 1.598 upisanih kandidata za 90 mjesta triju natječaja, što znači 14 kandidata za jedno mjesto. Od ovih 1.598 kandidata, 1.016 je apliciralo za "vanjski" natječaj, 462 za "interni", a 120 za treći natječaj. Ukratko, prošle je godine bilo u prosjeku 18 kandidata za jedno ponuđeno mjesto²⁸.

Dobni i obrazovni, odnosno profesionalni uvjeti za ove natječaje su sljedeći:

- za "vanjski" natječaj – imati manje od 28 godina, te obrazovnu razinu "matura + 3";
- za "interni" – imati manje od 40 godina, bez obveze diplome, ali najmanje 4 godine staža u javnoj upravi;
- za treći natječaj – najviše 39 godina, ali najmanje 8 godina profesionalnog iskustva ili izbornog mandata.

Srednja dob kandidata varira ovisno o vrsti natječaja. U posljednjih šest godina prosjek godina za "vanjski" natječaj kretao se između 23 i 25 godina; za "interni" između 32 i 34 godine, a za treći natječaj između 37 i 38 godina²⁹. Od 90 primljenih kandidata, 50 ih je rođeno van Pariške regije³⁰. Postotak uspješnih ženskih kandidata 2006. godine iznosio je 28% i premda taj postotak jako varira iz godine u godinu³¹, on je u porastu posljednjih desetljeća.

28 Prosjek uspješnosti varirao je u minulom desetljeću od 8 do 12%. V. *Rapport annuel de la fonction publique, Volume 1, Faits et chiffres 2006.-2007.*, str. 354., ed. Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, Paris, 2007.

29 Za sve podatke o ENA-i cf. na www.ena.fr

30 Ovo valja istaknuti zbog čestog prigovora da je i ENA, poput nekadašnje *Slobodne škole političkih znanosti*, postala "*škola osorne pariške buržoazije*".

31 Ovo se posebno odnosi na "vanjski natječaj", gdje je u posljednjih 15 godina postotak ženskih pitomaca varirao od 16% (1991.) do 44% (2005.). Izvor isti kao fusnota 29, str. 359.

Na svaku vrstu natječaja može se izlaziti najviše tri puta, a na sve vrste jedna te ista osoba smije izići ukupno najviše pet puta. Ovdje valja naglasiti da se većina kandidata posebno priprema, u okviru raznih pripremnih studija – u pravilu na institutima političkih znanosti, ali i u okviru posebnih pripremnih centara – tijekom 1-2 godine za izlaženje na ove natječaje. ENA je objavila jednu indikativnu listu referentnih djela i udžbenika koje preporučuje za pripremanje natječaja³².

3.3 *Program natječaja*³³ prilagođen je ne samo potrebi znanja za javnu službu, nego i volji da se ne privilegira ni jednu od tri skupine natjecatelja. Sve se tri vrste natječaja sastoje od dva kruga, tj. od dvije sukcesivne selekcije: eliminacijske (*épreuves d'admissibilité* – "pripuštenost") i druge koja dovodi do prihvatanja uspješnih kandidata (*épreuves d'admission* – "prihvaćenost").

"Vanjski" i "interni" natječaji su slični, ali ne i istovjetni. Kod oba ova natječaja, prvi, eliminacijski dio sastoji se od 5, većinom pismenih ispita, koji se boduju, a od kojih su prva 3 obvezna i jednaka za "vanjski" i za "interni" natječaj: javno pravo (4 boda), ekonomija (4) i opća kultura (4). Za 4. ispit kandidati imaju izbor između dvaju predmeta: Europska unija (4) i socijalna pitanja (4). Z 5. ispit (2 boda) izbor je jako širok, ali nije istovjetan za oba natječaja³⁴.

Drugi krug ispita, u koji ulazi u prosjeku jedna trećina kandidata, sastoji se od 6 sljedećih usmenih ispita, istovjetnih za prva dva natječaja: javne financije (2), međunarodne teme (2), europska pitanja ili socijalna pitanja (2), jedan od 13 živih jezika³⁵, razgovor s ispitnim juryjem (3) i sport (1).

Program trećeg natječaja potpuno je različit od dva prethodna. On se sastoji od prvog, eliminacijskog pismenog ispita o nekoj aktualnoj političkoj, ekonomskoj, socijalnoj ili međunarodnoj temi. Kandidati koji uspiju u ovom eliminacijskom krugu obvezni su zatim polaziti, ovisno o prethodnoj izobrazbi, 1 ili 2 godine pripremnog ciklusa obrazovanja u jednom od 5 regionalnih instituta političkih znanosti. Drugi krug ispita sastoji se od razgovora s ispitnim juryjem. Ovdje je potrebno napomenuti da uspješni kandidati prihvaćeni

Ispit pred juryjem, ili mitski "veliki usmeni ispit" (*le grand oral*) trebao bi izvršiti procjenu ne samo kulture, nego i, te još i osobnosti kandidata. Do početka 70-tih godina radio se o neformalnom razgovoru, kome je cilj bio procijeniti ljudske kvalitete. Od 1971. godine uveden je 10-minutni komentar nekog teksta

³² Na ovoj listi preporučuje se naslove s 9 sljedećih područja: opća kultura, ustavno pravo i političke institucije, upravno pravo i institucije, lokalna uprava, ekonomija, socijalna pitanja, europska pitanja i međunarodne teme. V. web-site ENA-e: www.ena.fr

³³ Određen ministarskom odlukom od 13. listopada 1999.

³⁴ "Vanjski" natječaj: jedan od 13 živih jezika, pravo po izboru (poslovno ili građansko ili kazneno), političke i upravne znanosti ili sociologija, ekonomski zemljopis ili povijest, računovodstveno i financijsko upravljanje poduzećem, informacijska i komunikacijska tehnologija, matematika ili statistika. "Interni" natječaj: upravljanje središnjom upravom i dekoncentriranim službama države, upravljanje lokalnim zajednicama, upravljanje javnim poduzećima, upravljanje obrazovnim sustavom.

³⁵ Klasični arapski, engleski, suvremeni grčki, hebrejski, japanski, kineski, nizozemski, njemački, poljski, portugalski, ruski, španjolski i talijanski.

od strane kandidata, a od 1982. godine ovom ispitu je cilj još i ispitati motivaciju kandidata.

Školovanje na ENA-i je besplatno, a svi kandidati primljeni na natječaju automatski postaju državni službenici i primaju odgovarajuću plaću³⁶.

4. Klasični obrazovni sustav ENA-e, ocjenjivanje i poredak

Obrazovanje u ENA-i tradicionalno počinje sa slobodnim izborom imena svakog naraštaja pitomaca za svoju "promociju" (*promotion*), tj. "generaciju". Pitomci tako uzimaju ime bilo koje povijesne, kulturne, političke, znanstvene ličnosti, bilo koje zemlje ili kontinenta, bilo pak događaj ili pojma³⁷. 90 francuskih pitomaca i 35 stranih "generacije" 2007.-2009. izabralo je tako ime Willyja Brandta.

4.1 Tradicionalno obrazovanje u ENA-i koje je bilo na snazi od njezinih početaka pa sve do 2006. godine sastojalo se dva jasno odvojena dijela: 12 mjeseci prakse / staževa, te 15 mjeseci studija. *Radnim staževima*³⁸ / praksi je cilj bio uključiti pitomca u konkretni upravni rad, navlastito u pripremu i u donošenje odluka, te praćenje njihova izvršavanja. Obvezni staževi su tzv. "institucionalni staževi", koji su se odvijali uz prefekta regije ili departmana³⁹, ili uz francuskog poklisara u inozemstvu⁴⁰. Njima je cilj bio pružiti što širu viziju svih dimenzija države, predstaviti njezine inter-ministerijalne aspekte i naučiti pitomce, kako se na osnovi strateških analiza donosi javna odluka⁴¹. Zato su se ti staževi i odvijali u neprekidnoj radnoj vezi s prefektima i poklisarima. Nakon tog "institucionalnog" staža slijedila je "praksa u poduzeću", po izboru, u upravi koje veće tvrtke ili banke. Cilj ovih dviju vrsta staževa je bio pripremiti pitomce ENA-e za njihov poziv visokih državnih službenika, tj. naučiti, kako se lucidno analizira, kako se

³⁶ Kandidati, koji su primljeni na osnovi "vanjskog" natječaja – 1.375 € mjesečno osnovne plaće, uz koju idu i neke kompenzacije za staž i stanovanje; službenici - iznos svoje prethodne plaće, ukoliko je on veći od 2.086 € mjesečno; kandidati izabrani po trećem natječaju - 2.086 € mjesečno.

³⁷ Navedimo samo nekoliko primjera: Francuska koja se bori (1945.-1946.), Ujedinjeni narodi (1947.-1949.), Europa (1949.-1951.), Francuska - Afrika (1955.-1957.), Albert Camus (1960.-1962.), Thomas More (1969.-1971.), Guernica (1974.-1976.), Prava čovjeka (1979.-1981.), Solidarnost (1981.-1983.), Antoine de Saint-Exupéry (1992.-1994.), Kopernik (2000.-2002.), Republika (2005.-2007.). Generacija 2007-2009. izabrala je između imena Winstona Churchilla i Willyja Brandta.

³⁸ Pridjev "radni" ovdje označava da se pitomac ne ograničava na promatranje, nego aktivno sudjeluje u radu.

³⁹ Prefekt departmana je predstavnik Vlade u departmanu, te voditelj svih "dekoncentriranih" služba države u departmanu. On je ujedno i nadzornik poštivanja zakona od strane lokalnih zajednica,

⁴⁰ Ovi se staževi odvijaju u poklisarstvima, bilo pri stranim državama, bilo pri međunarodnim organizacijama, navlastito OUN i EU.

⁴¹ Ili, kako to iznosi jedan od bivših upravitelja studijskog dijela školovanja Jean-Marie Duffau.: "razviti sposobnost preuzimanja odgovornosti, što podrazumijeva sigurnost u prosudbi, poznavanje okruženja, sposobnost najboljeg mogućeg informiranja i ispravnog analiziranja... ali i razviti etičke sposobnosti službenika, u vrijeme, kad korupcija postaje endemičko zlo u svim zemljama; deontološka formacija je postala neophodna, bez obzira na sustav javne uprave, na koji se poziva pojedina zemlja". V. Kol-ENA, str.17.

uzima u obzir razne čimbenike i kako se odlučuje u javnoj upravi i u privatnim tvrtkama.

Studijski dio se obavljao dijelom u sjedištu ENA-e, najprije u Parizu, a zatim od 90-tih godina dijelom u Strasbourgu, a dijelom u Parizu⁴², da bi od 2006. godine sve aktivnosti ENA-e konačno prešle u Strasbourg. Osnovna karakteristika ovog pedagoškog dijela je intelektualna nezavisnost i politička neutralnost predavača i voditelja seminara⁴³. Sama predavanja predstavljaju manji dio studijskog dijela formacije, dok je veći dio vremena posvećen seminarima, radu u skupinama, vježbama, izlaganjima učenika i kritičkim osvrtima.

4.2 Treba naglasiti, da se već tijekom staževa, a zatim posebno tijekom drugog, studijskog dijela formacije pitomce ENA-e stalno ocjenjuje i da se *poredak* učenika stalno objavljuje. Ovo objavljuje se s jedne strane izvanredan podsticaj za rad, ali s druge strane stvara atmosferu često nesmiljenog natjecanja i nezdravog suparništva. Treba odmah naglasiti da je poredak učenika (*classement*) na koncu školovanja presudan za njihovu buduću upravnu karijeru. Učenici naime po završetku studijskog dijela sami izabiru⁴⁴, po poretku na koncu školovanja, radna mjesta s liste, koja im u tom času nudi državna uprava. Tako prvi izabiru najprestižnija ili najzanimljivija mjesta, dok ona manje privlačna ostaju za slabije uspješne učenike. Važno je primijetiti da se kasnija karijera diplomanata ENA-e najčešće odvija u okviru institucije / ministarstva, koje su izabrali na početku⁴⁵.

4.3 ENA je od početka zamišljena - i takva je ostala do danas - kao primjedbena obrazovna institucija izvršne vlasti / Vlade, tj. ona koja pruža formaciju za

⁴² ENA-e je od 1991. godine postupno "delokalizirana", tj. iz Pariza premještena u Strasbourg. Ovu delokalizaciju je, usprkos priličnom otporu pariških birokrata, ali i dijela učenika, provela socijalistička Vlada. Strasbourg je izabran zbog njegova smještaja, u blizini granica sa susjednom Njemačkom, Švicarskom i Belgijom, ali navlastito zbog činjenice da je taj sveučilišni grad sjedište Vijeća Europe, Europskog suda prava čovjeka i, povremeno, Europskog parlamenta (EU).

⁴³ Krivo bi bilo pomisliti, da je ENA politički i idejno "sterilizirana". To dokazuje i već navedeni izbor imena svake "generacije". Evo par rječitih primjera: dok je pisac ovih redaka bio pitomac ENA-e (1969.-1971.), ime tadašnje "generacije" je bilo Thomas More, a prethodne Robespierre, dok je sljedeća nosila ime Charles de Gaulle. Napomenimo još i to, da se dio učenika tijekom školovanja učlanjuje u sindikate, koji su u Francuskoj u pravilu ideološki obojeni. Međutim, statistike pokazuju da se tek 1% bivših pitomaca ENA-e posvećuje politici. U mnogim minulim francuskim vladama, velik broj ministara bio je "podrijetlom" iz ENA-e, dok ih je u sadašnjoj Vladi premijera Fillona od 15 samo 2.

⁴⁴ Najtraženija, a to znači i najcjenjenija su mjesta, koja nude Državni savjet (*Conseil d'Etat* - zakonodavni savjet vlade i najviše upravno sudište), Financijska inspekcija, Proračunski sud (*Cour des comptes*), vanjski poslovi, gospodarstvo i financije itd. Ovo je ustvari vrlo rijedak, gotovo jedinstven primjer, gdje zaposlenici sami biraju svog poslodavatelja.

⁴⁵ Ovo je faktičko stanje usprkos "obveze mobilnosti", koja je pravilo za upravne kadrove u Francuskoj i koje traži, da se nakon tri prve godine upravne karijere radi barem godinu dana u nekom drugom upravnom sektoru. U francuskoj državnoj upravi u cjelini 4,9% službenika ne radi u svojoj "izvornoj" upravnoj strukturi. V. *Rapport annuel de la fonction publique, Volume 1, Faits et chiffres 2006.-2007.*, str. 103., ed. Ministère du budget, des comptes publiques et de la fonction publique, Paris, 2007. Od otprilike 4.800 bivših pitomaca ENA-e koji su radno aktivni, oko 75% ih u državnoj upravi, oko 200 radi u javnim i međunarodnim ustanovama i lokalnim samoupravama, a 600 ih je u javnim poduzećima. Samo ih je oko 250 "prebjeglo" u privatne tvrtke. U prethodnoj legislaturi (stanje 1995. godine) 9 ministara i 40 zastupnika je bilo prošlo kroz ENA-u. Spomenimo još i da su bivši predsjednik Republike, Jacques Chirac i čitav niz premijera, također bivši učenici ENA-e.

praktični rad vođenja upravnih jedinica⁴⁶. Studijski dio je obuhvaćao sljedeća stalnija, šira područja: javno pravo, ekonomiju, javne financije, socijalnu tematiku i međunarodne odnose. Međutim, kako su funkcije francuske države kroz proteklih šest desetljeća evoluirale, ovisno o promjenama u svijetu i društvu, to su se uz ove osnovne teme pojavile i druge, koje su odgovarale zahtjevima vremena. Tako se u ENA-i posebna već poodavna posvećuje značajna pozornost Europskoj uniji i njezinom pravu; lokalnim samoupravama, (na pr. prostorno i gospodarsko planiranje, delegiranje i koncediranje javnih usluga), socijalnim problemima - nezaposlenosti, demografiji, problemima urbanih sredina (stranci, droga, kriminal, marginalizacija); izazovima i kušnjama globalizacije i međunarodnih financija - deregulacija, prljavi novac, korupcija; zatim sredstvima suvremenog upravljanja i komuniciranja - upravni *management*⁴⁷ i dobro upravljanje (*bonne gouvernance* - *good governance*), informatika i telekomuniciranje; te još i partnerstvu javnog i privatnog sektora. Prisjetimo, međutim još jednom na važnost, koja se od samog početka postojanje ove škole predavala općoj kulturi, a koju je ovako izrazio Michel Debré: "*Opća kultura je prava škola zapovijedanja*"⁴⁸.

U zaključku valja ponovo naglasiti da je opći cilj formacije, koju pruža ENA bio i ostao:

- s jedne strane, odabrati i obrazovati najvrsnije kandidate za visoke državne službenike⁴⁹;
- zatim, kao inter-ministerijalno učilište, pružiti im odličnu formaciju upravnih polivalentnih ta, jer se ne zna unaprijed, na kojem će upravnom području raditi; a što znači na jednaki obrazovati ih za sve državne upravne funkcije - socijalne, diplomatske, ekonomske i financijske;
- i na koncu, uputiti ih na odgovorna mjesta u državnoj upravi na osnovi poretka, odnosno njihova osobnog izbora na koncu školovanja.

⁴⁶ U Francuskoj je pojedino ministarstvo, kao osnovna sastavnica državne uprave, u pravilu podijeljeno na "horizontalne" (opće) i "vertikalne" (tematske) *uprave*, ove na *poduprave*, a ove pak na *urede*. Zakonom o javnoj upravi određeno je, da voditelje uprava, poklisare, rektore i prefekte imenuje Vlada, na osnovi svog diskrecijskog prava, dok poduprave i uprave u pravilu trebaju voditi bivši pitomci ENA-e u okviru njihovih normalnih napredovanja u službi. Najveće personalne promjene vrhova francuske državne uprave dogodile su se tijekom prvih dviju godina nakon izbora predsjednika Mitterranda i dolaska socijalističke većine na vlast 1981. godine. Tada je od 144 ravnatelja državnih uprava promijenjeno njih 103. V. prilog prof. Eugena Pusića: Upravno-politički sistem - Problemi integracije i centralne koordinacije u zborniku radova Pravo i društvo, str. 38., izd. HAZU, Zagreb, 1991.

⁴⁷ Treba znati, da je javni *management* u velikoj mjeri različit od privatnog *managementa*. Kad bi ovaj potonji prevagnuo u javnim poslovima, on bi mogao ugroziti političku nepristranost javne uprave. Imperativi produktivnosti i efikasnosti pod svaku cijenu teško su naime spojivi s nepristranošću javne uprave i jednakošću građana. Međutim, neke metode privatnog *managementa* (vođenje projekata, šire delegiranje ovlasti, individualizacija odgovornosti, diferencirano nagrađivanje) moguće je i korisno primjenjivati i u Javnoj upravi.

⁴⁸ Navedeno po prilogu Jean-Jacques Kesler, Kol-ENA, str. 13.

⁴⁹ Budući da postoji već 62 godine i kako je u tom razdoblju formirala oko 5.800 visokih državnih službenika, od kojih je oko 4.800 još djelatno, ENA je već gotovo potpuno "istisnula" sa svih vodećih mjesta kadrove drugog formacijskog porijekla. Tako je danas gotovo svih 160 ravnatelja uprava u ministarstvima izišlo iz ENA-e, kao uostalom i dobar dio prefekata u regijama i departmanima te poklisara u stranim državama i međunarodnim organizacijama.

5. Velika reforma obrazovnog sustava ENA-e 2006. godine

5.1 Promjene u funkcijama države i javne uprave u europskom kao i svjetskom okruženju, tražile su isto tako da se razmotri kako prilagoditi ENA-u tim promjenama. Prisjetimo se samo da se, sukladno *načelu subsidijarnosti*, demokratska država povukla s velikog broja funkcija⁵⁰ te da su se pojavile i neke potpuno nove funkcije⁵¹; da je Europska unija od 6 država osnivača narasla na 27 članica; da se broj i opseg "politika" EU značajno povećao i proširio; da se dobar dio pravila međunarodne trgovine određuje u Svjetskoj trgovinskoj organizaciji; da je dio sudskog suvereniteta prenesen na Europski sud prava čovjeka i na Međunarodni kazneni sud; da pitanja okoliša i energetike nije više moguće rješavati na nacionalnoj razini; da europska pitanja nisu više vanjsko-politička, nego dio unutarnje politike; da je pad Berlinskog zida značajno izmijenio politiku obrane; da je decentralizacija *jakobinske* Francuske na dnevnom redu već tri puna desetljeća itd. itd.

5.2 Sve ove promjene i izazovi - teritorijalni unutar Francuske, te europski i svjetski - zahtijevali su isto tako *reformu* obrazovanja kadrova državne uprave⁵², pa tako i ENA-e, da bi evoluirala i postala primjereno učilište nacionalne, europske i međunarodne vokacije. Reforma koja je započeta 2003. godine i koja se u cijelosti primjenjuje od 2006. godine prilagodila je ciljeve obrazovanja novim potrebama i stubokom izmijenila obrazovni *cursus*. S tom reformom ENA smjera obrazovati pitomce u dva osnovna pravca: *ekspertize* i *javnog managementa*.

Pitomci ENA-e trebaju postati *stručnjaci* za sva bitna područja javnog djelovanja: pravo, primijenjena ekonomija, javne financije, europski i međunarodni problemi, javne politike lokalnih zajednica, elektronska javna uprava. Oni moraju pored toga još steći znanja i razviti vrline *javnih managera*, tj. znati voditi ekipe i ljudske resurse, upravljati projektima, pratiti i mjeriti učinak javnih politika, nadzirati troškove...

Razvijanju ovih sposobnosti trebaju bitno pridonijeti, s jedne strane, *staževi* s operativnom odgovornošću, studije slučajeva koji se ponavljaju, stavljanje u konkretne situacije ili simuliranje situacija i t. sl. S druge strane, od ove reforme čitavo obrazovanje je promijenjeno: novim alternacijama staž - studij, novom organizacijom i ocjenjivanjem polugodišnjih modula, novim predmetima, novim mjestima za institucionalni staž (lokalne zajednice), novim evaluacijskim ispitima i novim oblicima suradnje s drugim ustanovama. Tako su u središte obrazovanja

⁵⁰ Kroz decentralizaciju, delegiranje i koncediranje javnih usluga, te privatizaciju.

⁵¹ Na pr. sigurnosti prehrane, kontrole migracija, borbe protiv organiziranog kriminaliteta i međunarodnog terorizma

⁵² V. izvješća koja su prethodila reformi: Yves-Thibault de Silguy: *Moderniser l'Etat – le cas de l'ENA*, ed. Documentation française, Pariz 2003.; Bernard Stirn, Edouard Crepey: *Rapport sur le status de l'Ecole nationale d'administration*, ed. Documentation française, Pariz 2004.

stavljene, pored središnje državne uprave i *javnog managementa*, još dvije druge teme / modula: *Europa i teritorij*⁵³. Učenje engleskog jezika postaje obvezno, kao i staž u nekom privatnom poduzeću. Javni management postaje jedna od odrednica školovanja. Uvodi se novi način ocjenjivanja staževa, a svim pitomcima se omogućuje na koncu studija, prije nego izaberu svoje radno mjesto, personalizirana bilanca njihovih sposobnosti, znanja, ali i slabosti, kao i profesionalna orijentacija uz pomoć specijaliziranih privatnih stručnjaka.

Ukupno školovanje i opet traje 27 mjeseci te započinje s jednim, svima zajedničkim dijelom od 24 mjeseca tijekom kojih alterniraju studij i staževi triju osnovnih *modula*: Europa, teritoriji i javni management i upravljanje. Tri posljednja mjeseca posvećena su seminarima, po osobnom izboru, sa svrhom produbljenja znanja na jednom od sljedećih 5 područja: na pravnom, na ekonomskom i financijskom, na socijalnom, na teritorijalnom te, na koncu, na međunarodno-političkom.

5.3 U okviru ove reforme ENA-i je stavljeno u zadaću razvijati pet područja visoke stručnosti:

- početno obrazovanje visokih francuskih i stranih upravnih kadrova;
- stalno obrazovanje i usavršavanje ovih kadrova
- bilateralna i multilateralna suradnja na području upravljanja (*gouvernance*) kroz partnerstvo škola, javnih uprava, regija i država
- istraživanja na području upravnih znanosti, uz pomoć specijaliziranih publikacija
- obrazovanje za europsku problematiku i priprema za europske natječaje u okviru Centra za europske studije u Strasbourg.

Na taj način ENA treba osnažiti svoju međunarodnu dimenziju i postati model pedagoške upravne inženjerije. Podsjetimo da već više od 50 godina ENA sudjeluje u obrazovanju i *stranih* studenata i javnih službenika, pa je već oko 2.600 takvih pitomaca - iz 105 zemalja, od kojih i iz Hrvatske - prošlo kroz obrazovni sustav ENA-e. S ovom reformom ustanovljuju se tri strana obrazovna ciklusa, duži ciklusi (7 ili 9 ili 18 mjeseci), kraći ciklusi (2 do 4 tjedna) i Međunarodni ciklus javne uprave. Selekcija se obavlja samo za duži ciklus, gdje je na pr. 2006. godine bio 421 kandidat, predstavljen od ambasada stranih zemalja, a primljena su, nakon eliminacijskih ispita 103 pitomca.

5.4 I, na koncu, valja naglasiti da je ENA već od početka 80-tih godina stvorila svoju jedinicu za *stalnu izobrazbu*, pa kroz nju godišnje prolazi oko 2.500 francuskih funkcionara, a uz to još i 1.300 stranih, dok se 3.500 kandidata priprema za natječaje za europske institucije u okviru strasbourškog *Centra za europske*

⁵³ "Učenje Europe" olakšava povezivanje s *Centrom europskih studija* u Strasbourg od 2005. godine. Pojam "teritorij" ovdje podrazumijeva odnose i partnerstva države s lokalnim zajednicama, navlastito s velikim gradovima, pitanja decentralizacije i dekoncentracije, zatim upravljanje i raspolaganje teritorijem kao trajnim dobrom, a sve to u tijesnoj suradnji s *Državnim institutom za teritorijalne studije* koji se isto tako nalazi u Strasbourg.

studije, koji je od 2005. godine integriran u ENA-u. Uz to, Škola redovito izdaje zbornike kolokvija i studijskih dana, koje sama organizira⁵⁴.

6. Ustroj i osoblje ENA-e, proračun i cijena obrazovanja

6.1 Prividni paradoks ENA-e koji se često navodi jest da ta velika obrazovna ustanova ima samo 2 stalna nastavnika: za francuski kao strani jezik⁵⁵ i nastavnik sporta. ENA inače ima oko 220 stalno zaposlenih osoba, a uz to svake godine angažira više od 1.000 nastavnika i stručnjaka za svoje nastavne programe. Potrebno je naglasiti da je nastavno osoblje tek djelomice sveučilišno. Većina nastavnika su visoki državni funkcionari, političari, stručnjaci različitih profila, intelektualci, pače umjetnici.

Ustrojstveno, ENA-e se sastoji od pet uprava: za studije, za staževu, za stalno obrazovanje i istraživanje, za međunarodne odnose i, Glavno tajništvo kao posebnu upravu. U okviru Škole osnovan je u prosincu 2006. godine *Centar stručnosti i upravnog istraživanja*, a strasbourški *Centar europskih studija* je od 2005. godine integriran u sustav ENA-e, premda je sačuvao svoj status i funkcionalnu samostalnost. ENA-om upravljaju Ravnatelj i Upravno vijeće, koje imenuje Vlada, a kojem predsjedava Potpredsjednik Državnog savjeta. U Vijeću sjede i kvalificirani predstavnici Narodne skupštine, Senata, raznih ministarstava, ali i Europskog parlamenta⁵⁶, što ENA-i daje dodatnu međunarodnu dimenziju.

6.2 Godišnji proračun ENA-e je značajno varirao posljednjih godina, posebice zbog istovremenog upravljanja zgradama u Parizu i u Strasbourgu, tako i zbog troškova vezanih za promjenu dijela osoblja, kao i za smještaj pitomaca. Podsjetimo da je proračun u vrijeme spajanja ENA-e i *Međunarodnog instituta javne uprave* 2002. godine iznosio oko 35 milijuna eura. Značajno je međutim da je jedinična cijena koštanja 27 mjeseci početnog obrazovanja pitomaca posljednjih godina značajno smanjena i da je 2006. godine iznosila 56.303 €.

⁵⁴ Evo tema nekoliko takvih skupova i seminara u posljednje četiri godine: država dioničar, reforma uprave pravosuđa, javna uprava i međunarodne organizacije, cijena koštanja i dobit od javne uprave, zdravstvena politika, socijalni dijalog, stambena politika, zaštita djetinjstva.

⁵⁵ Za pedagošku pomoć stranim studentima.

⁵⁶ Dva posljednja predstavnika Europskog parlamenta još su uvijek članovi Upravnog vijeća.

7. Međunarodna suradnja, primjer i utjecaj ENA-e u svijetu

7.1 ENA je posljednja tri desetljeća stvorila, ili sudjelovala u nastanku široke mreže ne samo sličnih škola i učilišta, u Francuskoj⁵⁷, Europi⁵⁸ i u svijetu, nego je uspostavila veze s javnim upravama 120 država na 5 kontinenta. U tom okviru, ENA sudjeluje u stručnim misijama u inozemstvu, prima strane delegacije, pomaže stranim institucijama u pedagoškoj inženjeriji, organizira tematske seminare u inozemstvu, staževe za strane funkcionare, kao i programe tehničke pomoći. S brojnim sveučilištima i stranim institucijama ENA je potpisala bilateralne ugovore o suradnji. Uz to, ENA sudjeluje u "stalnoj izobrazbi" stranih, visokih javnih službenika. Ova je djelatnost značajno pridonijela europskoj *upravnoj konvergenciji* i postupnom stvaranju, *de facto*, iako ne i *de iure*, europskog *upravnog prostora*.

7.2 Od tranzicijskih zemalja, francuski je primjer slijedila *Poljska* u kojoj, za razliku od većine tranzicijskih zemalja, ne postoji posebni status državne uprave⁵⁹. Poljska se od 1991. godine u velikoj mjeri inspirirala francuskim primjerom te je osnovala Državnu školu javne uprave. Ova je škola vjerna kopija ENA-e i po školovanju i po ocjenjivanju pitomaca i po organizaciji natječaja - osim što ne postoji natječaj za službenike. Problem ove inspirativne "kopije" jest u tome, što diplomanti poljske ENA-e u početku nisu imali pravo na odgovorne javno-upravne funkcije, nego samo mogućnost dobivanja ugovora u nekom od ministarstava.

U 90-tim godinama još je i Kina, zemlja vrlo stare, naravno pred-komunističke, javne uprave slijedila isti primjer, zatim su posljednjih godina slijedile Tajland, Sirija i zemlje Maghreba, a u ožujku ove godine još i Rusija, gdje je inicijativa za takvim obrazovnim učilištem krenula od jednog bivšeg pitomca francuske ENA-e⁶⁰.

8. Kratka bilanca i kritički osvrt na francusko iskustvo

8.1 Na početku ovog nezahvalnog pokušaja bilance jedne javne institucije poput ENA-e, nameće se usporedba s Europom i njezinim *socijalnim modelom*. Naime, europske integracije i "europski" socijalni model - koji postoji *de facto*, iako ne i kao politika EU - mnogo su cjenjenije gledane izvana, iz svijeta koji zavidi Europi na njezinim ostvarenjima. Europu se opravdano drži povlaštenim kontinentom, a europske građane privilegiranim u odnosu na druge. Nešto slično bi se moglo

⁵⁷ To su mreže *Konferencije visokih škola*, *Europskog pola javne uprave* i *Mreže škola javne uprave*, ali to je i stotinjak "privilegiranih partnera" (ministarstva, akademije, instituti) u 17 europskih zemalja, od kojih Slovenija i Srbija od zemalja bivše Jugoslavije.

⁵⁸ To su *Europska skupina javne uprave*, Europska udruga za akreditaciju javne uprave i *Mreža instituta i škola javne uprave* u srednjoj i istočnoj Europi, ali to je i stotinjak "privilegiranih partnera" (ministarstva, akademije, instituti) u 17 europskih zemalja, od kojih Slovenija i Srbija od zemalja bivše Jugoslavije.

⁵⁹ Tamo, još od vremena komunizma, javni službenici imaju *obične radno-pravne ugovore* s državom, ili s lokalnim samoupravama.

⁶⁰ Program ruskog učilišta za kadrove javne uprave odvija se, po ugledu na ENA-u u dvije godine i usredotočen je na upravljanje državom, gospodarstvom, na upravno pravo i na strane jezike.

ustvrditi i za ENA-u. Ona je pružila vrsnu prethodnu, pluridisciplinarnu izobrazbu tisućama francuskih i stranih funkcionara, polivalentnih upravnih generalista, *kormilara* i *kapetana* javne uprave, stvorila jedinstvenu upravnu kulturu, održala ideju poziva / vokacije služenja građanima i *rei publicae* / državi, utemeljenu na prvenstvu prava i na javnom interesu. Ona je prestižna ustanova i primjer mnogim drugim državama. U tom okviru, ENA je sudjelovala i u obrazovanju kadrova Državnog savjeta, u njegovu djelu i utjecaju, pa time i u francuskom upravnom pravu, pa i europskom, u mjeri u kojoj ono postoji.

8.2 ENA je međutim u Francuskoj često bila predmetom kritike i to pretežito s političkih, pače ideoloških stajališta. Ona je to i dan-danas pa je tako bila jedna od tema nedavnih predsjedničkih izbora, kad je jedan od kandidata⁶¹ predlagao da se ova ugledna institucija ukine. Jedna od češćih zamjerka ENA-i pripisuje *elitizam* i ukazuje na ono isto, što se prije 70 godina zamjeralo *Slobodnoj školi političkih znanosti*, a to je postupno faktičko zatvaranje u odnosu na defavorizirane kategorije društva. Činjenica je naime da je nakon šest desetljeća postojanja ENA-e udio kandidata iz imućnijih i utjecajnijih društvenih kategorija - djeca iz obitelji liberalnih profesija i funkcionara - porastao od trećine, u prvo vrijeme, na gotovo dvije trećine posljednjih desetljeća (2006.: 63%)⁶². Od svih primljenih kandidata tijekom posljednjih godina, više od polovice (2006.: 52%) ih je prošlo kroz klupe *Institutâ političkih znanosti*, najčešće upravo onog pariškog, koji je faktički nasljednik nekadašnje *Slobodne škole političkih znanosti*. ENA-i se zbog toga prigovara, da postaje škola "*osorne i samodostatne pariške buržoazije*" i da se zatvara ne samo u odnosu na manje imućne kategorije, nego i na francusku provinciju općenito⁶³.

Jedan drugi, marginalniji prigovor ističe da ENA kao formacija i etiketa služi mnogima, da bi "*izdali svoj javni poziv*" i što prije se prodali privatnom sektoru⁶⁴. Drugi prigovor koji se često iznosi, odnosi se na sustav ocjenjivanja i poretka, koji postoji u ENA-i i on se iskazuje u sljedećem pitanju: da li su ljudi, koji su prisiljeni tijekom više od godine dana svog obrazovanja biti u stalnom odnosu konkurencije, u stanju sutra surađivati i *teamski* djelovati? Kadrovima koji su prošli kroz obrazovni ciklus ENA-e upućuje se isto tako opći prigovor svim birokracijama, a to je njezin utjecaj na političke odluke. koji stvarno postoji, ali ne više od mjere, u kojoj svaka priprema odluke može utjecati na samu političku

⁶¹ François Bayrou, trećeplasirani kandidat *Demokratskog pokreta* na predsjedničkim izborima 2007. godine

⁶² U Njemačkoj ovaj postotak iznosi 62%.

⁶³ Ovaj potonji prigovor ne stoji, barem što se tiče mjesta rođenja kandidata, iako ne i prebivališta. Tako je od primljenih pitomaca 2006. godine samo njih 40% rođeno u pariškoj regiji, iako ih je ipak 73% prebivalištem iz te regije. V. navedeno godišnje izvješće o javnoj upravi za 006-22007. godinu, str.360.

⁶⁴ Ovaj prigovor ne stoji, jer je tek oko 5% od svih djelatnih bivših pitomaca ENA-e napustilo javnu upravu i prešlo u privatni sektor, usprkos činjenice da su plaće takvih "prebjega" u privatnom sektoru i do 65% veće nego u javnom. Oni koji iznose ovaj prigovor, podsjećaju na oglas koji je 25 pitomaca ENA-e objavilo, više kao šalu, u pariškom dnevniku *Le Monde*, 4. travnja 1984. godine, pod naslovom: *Offrez-vous un énarque* (Priušтите si jednog *enarka*)

odluku. ako je s vremenom nastala kovanica *énarquie* i *énarque*⁶⁵ / "enarkija" i "enark".

8.3 I, na koncu, važno je što o ENA-i misli francusko javno mnijenje. U ispitivanju prije 22 godine⁶⁶, od 60% ispitanika koji su izjavili da znaju što je to ENA, 74% su imali povjerenja u nju, dok je 5% smatralo da je treba ukinuti. Međutim samo 19% anketiranih je odgovorilo da bi je preporučili svojoj djeci. Anketa iz 2002. godine⁶⁷ pokazuje da 56% ispitanika smatra da bi ukidanje ENA-e bilo loša, te da 70% misli da je treba reformirati i prilagoditi. U toj anketi, 55% ispitanika misli da "*enarsi imaju previše vlasti*", a 66% ih smatra da su oni "*previše bliski političkoj vlasti*". I, konačno, anketa o francuskim visokim školama iz 2004. godine⁶⁸ pokazuje da je kod anketiranih osoba mišljenje o ENA-i nešto lošije nego o drugim školama (*Politehnika, Ecole normale supérieure, Visoki trgovački studij - HEC*), ali ipak ostaje pozitivno, te da je 62% ispitanika ponosno što Francuska ima jednu takvu školu.

RECRUITMENT AND EDUCATION OF PERSONNEL FOR COUNCIL OF STATE AND FOR GOVERNMENT ADMINISTRATION IN FRANCE

Behind every 'work and influence', and so too behind this one, the French Government Council seeks people who create and implement it. The aim of this short paper is to show the method of selecting and previous training of this personnel. Furthermore, as that way is *grosso modo* the same for state administration we, given the excellence of both personnels as well as the professional success and stability of the French government administration, have considered that it is precisely here, in this focus of Croatian scientific excellence, in the interests of the legal administrative public to point out the circumstances and conditions which decide the contributors to the excellences of 'work and influence' of the French Government Council and French Government Administration.

Keyword: Conseil d'Etat, personnel, France

⁶⁵ Termin su skovala trojica bivših pitomaca ENA-e, od kojih je najpoznatiji Jean-Pierre Chvènement, kasniji ministar u više vlada francuske ljevice. Pod simboličnim pseudonomom, Jacques Mandrin, u knjizi *Enarkija (Enarchie, Editions de la Table Ronde, Pariz, 1967.)*, sarkazam i kritika trojice mladih ljevičara ide vrlo daleko. Po njima su bivši pitomci ENA-e ustvari "*mandarini buržuskog društva*", a ENA je tek "*slavna stražnjica*" pariškog *Instituta političkih znanosti* (poznatijeg pod kraticom *Sciences Po*), koja "*pruža minimum znanja djeci iz bogatih četvrti, a maksimum znanja-življenja sinovima sitne buržoazije*", koji svi polako postaju "*sive životinje, isprazne i spremne služiti*", a koji bi od "*intendanata kapitalizma*" trebali postati "*husari socijalizma*". Ima u toj knjizi međutim i ozbiljnih prijedloga: ukidanje "*obveznog prolaska kroz Sciences Po*", otvaranje pripremnih tečajeva za ENA-u, otvaranje regionalnih škola za srednje kadrove javne uprave, ukidanje poretka uspješnosti u ENA-i itd.

⁶⁶ Srpanj 1985. godine, agencija IFOP, 1.208 ispitanika.

⁶⁷ Agencija Sofres Cardinal, 1.000 anketiranih osoba.

⁶⁸ Agencija TNS Sofres, 1.000 ispitanika.

Dr. sc. Arsen Bačić
Redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

O ENGLESKOM "NERAZUMIJEVANJU" FRANCUSKOG UPRAVNOG PRAVA I CONSEIL D'ETATA O jednoj povijesnoj epizodi u razvoju komparativnog ustavnog i upravnog prava

UDK: 342 (410.1)

Primljeno: 12. XI. 2007.

Izvorni znanstveni rad

U okolnostima povijesno određene političko-pravne rasprave koja je tijekom XIX. i XX. stoljeća pratila tranziciju liberalne ustavnodemokratske države klasičnog postanja u oblik socijalne države (*welfare state, l'état providence*) jedna je uticajna struja pravnih pisaca tvrdila da je administrativno pravo - iz perspektive javnog prava u potpunosti različito od privatnog prava, budući da ono regulira odnose između države i privatnih građana. Kako je u tradiciji *common lawa* u društvu postojalo samo jedno jedino pravo, to se je u engleskoj pravnoj misli s kraja XIX st. posebno u okvirima ustavnog prava, izričito odbijala mogućnost razvitka posebnog upravnog prava. Najautoritativnije stajalište je pritom iznosio *A. V. Dicey* pisac klasičnog djela *The Law Of the Constitution* (1885.) koje je bilo vrlo uticajno u orijentaciji engleske pravne teorije i prakse i to ne samo u vrijeme nastanka nego i kasnije. Suština Diceyevog argumenta ističe nepostojanje bilo kakve potrebe za posebnim administrativnim pravom. Ipak, to je stajalište kasnije odbačeno razvojem teorije i prakse države blagostanja koja je u svojim okvirima upravo potakla razvitak upravnog prava. U tekstu autor rasvjetljava Diceyevu kontroverziju, te ukazuje na aktualnost stanovitih argumenata iz te značajne povijesne epizode tradicionalnog, ali i konstruktivnog konfrontiranja engleskog i francuskog "pogleda na svijet" prava i politike.

Ključne riječi: *Ustavno pravo, upravno pravo, A. V. Dicey, Conseil D'Etat*

1. Uvodna napomena. U suvremenoj ustavnodemokratskoj državi upravno pravo korespondira s velikim brojem javnih političkih mjera koje vlada nastoji realizirati u različitim područjima života države i društva (okolina, energija, komunikacije, infrastruktura, obrazovanje, zdravlje, kultura, znanost, socijalna sigurnost, "pravo i poredak"...). U jednom od brojnih izdanja autoritativnog *Wade & Bradleyevog* izdanja knjige *Constitutional and Administrative Law* (1993.) navodi se da je upravno pravo: - "grana javnog prava koja se odnosi na sastav, procedure, ovlasti, dužnosti, prava i odgovornosti različitih organa vlasti koji su angažirani u upravljanju javnim

poslovima".¹ Prof. **I. Borković** definirao je upravno pravo u nizu izdanja svog udžbenika *Upravnog prava* kao "skup pravnih pravila kojima se reguliraju opća pitanja vezana uz javnu upravu kao što su: organizacija uprave, njeno djelovanje i ovlasti, procedura postupanja, odgovornost nosilaca upravnih funkcija, njihov položaj i prava, pravna sredstva koja subjekti mogu koristiti prema upravi i način njihova korištenja kao i sustav kontrole koji se nad upravom provodi"².

Upravno pravo proizlazi iz ustavnog prava, a širi se i dovršava u svekolikim detaljnim regulama koje nastaju sredstvima delegiranog zakonodavstva. Zato se i uočava distinkcija između općeg i posebnog upravnog prava. Opće upravno pravo sadrži opća pravila koja trebaju slijediti svi djelovi javne uprave kada donose i primjenjuju odluke, uključujući i mogućnosti korištenja pravnih lijekova i sudbene kontrole uprave. Posebno upravno pravo sadrži separatne propise koji reguliraju područja poput zdravstvenog osiguranja, korištenje električne energije, pitke vode, itd.

Suvremeno javno pravo je danas na kušnji s obzirom na različita mišljenja o tome koliko daleko država može ići sa sredstvima upravnog prava prema regulaciji društva. Dokazivalo se je da previše administrativnog propisivanja otežava pojedincima da određene probleme u društvu razriješuje pregovaračkim solucijama. To zato jer u društvu doista postoje određeni problemi koje građani mogu rješavati dobrovoljnim međusobnim sporazumima. Drugim riječima, učinkoviti rezultati traže se u pregovorima sve dotle dok se ne stigne do međusobno korisnih učinaka. Na takvim se pregovorima radi jednostavno zato jer administrativne rutine mogu društvu nametnuti nepotrebne transakcijske troškove, odlažući rješenja i propuštajući ostvarivati prva najbolja rješenja. Tako američki sudac i pravni pisac **Richard Posner** dokazuje u svojim ekonomskim analizama prava da metod *common lawa* nudi najučinkovitiji metod za rješavanje pravnih problema oko vlasničkih prava i zahtjeva za naknadom štete. Taj je pristup poželjniji iz jednostavnog razloga što institucijama stvara niže transakcijske troškove. Zakoni trebaju administrativne agencije koji stvaraju pravila koja su neefikasna i rezultate koji su visoki glede transakcijskih troškova. U redovitim sudovima pak upotreba prava na naknadu štete i nametanja dužnosti da se kompenzacije plate prema odgovornosti za štetu minimaliziraju troškove svih uključenih stranaka.³

Javno pravo se osporava iz više razloga, jedan od njih je forma. Na jednoj strani postoji francuski pristup upravnom, administrativnom pravu (*droit*

¹ **Bradley, A.W. & Ewing, K.**, (Eds.), *WADE AND BRADLEY: CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW*, Harlow, 1993., p. 603. S posebnim se zadovoljstvom koristim napomenama prof. A.W. Bradleya. Koristim priliku da podsjetim kako je pisac ovog već "klasičnog" djela iz ustavnog i upravnog prava jedan od najistaknutijih članova International Association of Constitutional Law (IACL-a) u razdoblju od 2004. do 2007. godine. Tada je prof. A.W. Bradley vodio Membership Commission Izvršnog odbora IACL-a. Kao i drugi članovi EC IACL-a u mandatnom razdoblju između VI. i VII. Kongresa IACL-a imao sam osobitu čast upoznati i raditi s profesorom Anthony (Tony) Bradleyem na poslovima Membership Commissiona čije je vodstvo, veliko iskustvo i znanje uveliko olakšavalo rad i funkcioniranje Komisije, a posebno Izvršnog odbora IACL-a.

² **Borković, I.**, *UPRAVNO PRAVO*, Zagreb 2002., str. 57.

³ **Posner, R.**, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, Boston 1992.

administratif) koji za jedan broj autora predstavlja nekodificirano pravo različito od privatnog prava i koje poznaje sustav sudova od najnižeg administrativnog tribunala (*Tribunal Administratif*) do najvišeg Državnog vijeća (*Conseil d'Etat*). Postoji grupa prava, dužnosti i privilegija koje javni dužnosnici imaju u odnosu prema građanima, a koji proizlaze iz pravnih načela koja su u cjelosti drugačija od prava i dužnosti koje građani imaju u odnosu jednog naspram drugoga, tj. oni su podvrgnuti jurisdikciji posebnih sudova, što znači da redovni sudovi nemaju ovlasti nad pitanjima koja uključuju odnos Države i njenih državljana. S druge strane, postoji i engleski pristup administrativnom pravu prema kojemu nema oštre razlike između javnog i privatnog prava i prema kojemu ultimativna pravna kontrola nad administracijom i velikim brojem posebnih tribunala pripada sudovima *common lawa* koji odlučuju o djelovanjima javnih dužnosnika i to po osnovi istih načela prirodnog prava ili pravednosti koje ordinarni sudovi primjenjuju u pitanjima koja se tiču međusobnog odnosa građana.

Iz perspektive javnog prava, administrativno pravo je temeljno različito od privatnog prava, budući da ono regulira odnose između države i privatnih građana. Kako u tradiciji općeg prava (*common lawa*) u društvu postoji samo jedno jedino pravo, u engleskoj se je pravnoj tradiciji, posebno tradiciji ustavnog prava izričito odbijao razvitak posebnog upravnog prava. Takvo je najautoritativnije stajalište pritom iznosio **A.V. Dicey** (1835.-1922.) a ono je bilo vrlo uticajno u orijentaciji engleske prakse i to ne samo u XIX. već i u XX. stoljeću. Suština Diceyevog argumenta je u tome da nema nikakve potrebe za posebnim administrativnim pravom.⁴ Ipak, to je stajalište odbačeno razvojem teorije i prakse države blagostanja koja je u svojim okvirima dala maha i razvoju upravnog prava. U ovome tekstu zanima nas teorijsko-praktična kontroverzija u vezi sa stajalištima A.V. Diceya o *droit administratif* kao i određeni kasniji doprinosi koji su bacili drugačije svjetlo na problematiku pojave "engleskog sustava 'administrativnog prava' à la française"⁵. Na poslijetku, zanima nas i mogući širi okvir za tumačenje i razumijevanje te kontroverzije kao povijesne epizode u razvitku i odnosima engleskog i francuskog "pogleda na svijet".⁶ Vidjet će se da je sastavni dio te kontroverzije bio i *Conseil d'Etat* pa nas zanima s obzirom na kontekst našeg

⁴ **Rohr, J.A.**, DICEY'S GHOST AND ADMINISTRATIVE LAW, *Administration & Society*, Vo. 34, No. 1, 8-31, 2002.; U našoj literaturi upravnog prava o A.V. Diceyu v. nije pisano izuzev pola stranice u udžbeniku **I. Borkovića**, UPRAVNO PRAVO, Zagreb 2002., str. 46.

⁵ **Lindseth, P.**, RECONCILING WITH THE PAST: JOHN WILLIS AND THE QUESTION OF JUDICIAL REVIEW IN INTERWAR AND POSTWAR ENGLAND, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 55, 3/2005., p. 657.-689.; Broj UTLJ posvećen je englesko-kanadskom piscu J. Wilisu i njegovoj klasičnoj knjizi THE PARLIAMENTARY POWERS OF THE ENGLISH GOVERNMENT DEPARTMENTS. Harvard 1933.; koristili smo *draft* verziju RECONCILING WITH THE PAST: JOHN WILLIS AND THE QUESTION OF JUDICIAL REVIEW IN INTERWAR AND POSTWAR ENGLAND P. Lindsetha koja je objavljena u *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Year 2004, Paper 28, <http://lsr.nellco.org/uconn/ucwps/papers/28>, p. 15

⁶ O istom pitanju usp. **Lindseth, P.**, 'ALWAYS EMBEDDED' ADMINISTRATION: THE HISTORICAL EVOLUTION OF ADMINISTRATIVE JUSTICE AS AN ASPECT OF MODERN GOVERNANCE, u THE POLITICAL CONSTRUCTION OF MODERN CAPITALISM, C. Jorges, B. Strath & P. Wagner (Eds.) London, Glass House Press.

interesa na mah vidjeti čime je to tijelo zadužilo komparativno ustavno i upravno pravo.

2. O posebnosti engleskog ustava i pravcima razvoja administrativne države i prava. Poznata je rasprava o tome je li i koliko je *Montesquieu* pogriješio u svome opisu engleskog ustava u XVIII. stoljeću. Sve je više onih koji dokazuju da ono što je predstavljalo posebnu odliku britanskog sustava vlasti nije bilo "nužno – harmonično - kretanje stvari" već činjenica da je čitav aparat vlasti bio u rukama jedne društvene (zemljoposjedničke) klase. Tzv. dioba vlasti bila je dugo izvor konfuzije o prirodi funkcije vlade unutar britanskog sustava. Nakon restauracije i Revolucije 1688. godine pravac razvoja nije podrazumijevao diobu i podjelu vlasti već ostvarivanje formalnog jedinstva državne službe. A to je bilo ostvareno tako da je kruna ostala suštinski element parlamenta, a krunski su ministri, što je daleko od diobe izvršne i zakonodavne vlasti, bili obvezni imati svoju poziciju unutar legislature. Ideja - *the king can do no wrong* cvjetala je kao maksima tijekom XVIII. stoljeća prije svega zato što je priznato da kralj službeno može djelovati jedino tako da se vladina akcija osigura i temelji na povjerenju parlamenta. Vitalni dio u tim odnosima i rješenjima bila je pojava kabineta kao institucije kolektivnog odlučivanja vlade. Ekstenzivni i zamršeni karakter odnosa između legislativne i egzekutivne, uz formalnu neovisnost i sudbene funkcije, ključna su odlika britanskog sustava. Jurističko jedinstvo vlasti, simbolizirano u kruni, izražava temeljnu razliku između britanskog sustava vlasti i modernih ustavnih institucija koje su osiguravale okvir vladajućih režima u drugim europskim sustavima. U britanskom sustavu modernizacija je prije evolutivno nego li revolucionarno postignuće. To znači između ostaloga i to da su se umjesto fundamentalnog rekonstituiranja strukture državne službe zapravo događale samo promjene i premještanja u poziciji dominantnog partnera u vlasti. Upravo po tome engleski primjer pokazuje da je modernizacija uvijek političko, a ne juridičko podešavanje.

Posebnost engleskog razvoja nosila je za sobom dvosmisleno nasljeđe. Pojava moderne države unutar formalnog jedinstva državne službe ostavila je Engleze u konfuziji glede subjekta javnog prava. Fundamentalna legalna doktrina britanskog ustava, omnipotencija krune u vijeću, u parlamentu značila je posebno u rukama analitičkih pozitivista – da su pravници malo doprinjeli u razumijevanju modernih aranžmana vlasti. Naročito se to vidi na primjeru *A. V. Diceya* i njegovih stajališta i temeljnim elementima engleskog ustava.

Jedna je od definirajućih odlika moderne države u posljednjih 150 godina razvitka i sve dramatičnija ekspanzija raspona njenih zadaća do koje je došlo prije svega kao posljedica širenja njenih administrativnih odgovornosti. Rezultat je nezabilježeni stupanj interakcije između države, ekonomije i društva. Ljudi počinju živjeti u visoko reguliranom društvu. Budući da se je taj rast odvijao preko instrumenata legislative, pojava administrativne države imala je značajan utjecaj na karakter modernog pozitivnog prava.

Formiranje administrativne države rezultiralo je u eksploziji zakonodavnog djelovanja, u zakonima se formuliraju zadaće, a formiraju se i nove institucije kako bi realizirale te zadaće čija impelencija rađa i nove odgovornosti. Od kraja XIX. st. zakoni postaju duži, mjenjaju oblik, i postaju sve tehnički kompleksniji. Međutim, još brojnije postaje delegirano zakonodavstvo, i takva poplava propisa ne traži još više općenitijih propisa već usmjeravanje prema specifičnim, često visoko tehniciziranim pristupima posebnih tijela. U tom smislu uspon administrativne države rezultiralo je pojavom ekstenzivnog tijela administrativnog prava, institucija koje dobijaju jurisdikcijske kompetencije, ovlasti i dužnosti, i koje bivaju podređene detaljnim zakonskim proceduralnim aktima.

Širenje volumena administrativnog prava imalo je važan utjecaj na djelovanje engleskog sudstva. Još 1880. godine glasoviti pravni povjesničar **F.W. Maitland** bilježi da je među odlukama *Queens Bench divisiona* sve više predmeta koji su obilježeni pravilima administrativnog prava. Međutim, rastuće tijelo administrativnog prava stvorilo je velike probleme engleskom sudstvu. Budući su Englezi povijesno vrlo rano uspostavili autoritet svojih centraliziranih institucija vlasti, oni za razliku od većine europskih sustava – prije svega francuskog – nikada nisu mislili da je nužno izgraditi posebnu jurisdikciju koja bi se bavila pravnim sporovima koji se tiču države. Taj je čimbenik uz neuobičajeni stupanj kontinuiteta oblika vladajućih institucija imao važne pravne posljedice. To je značilo npr. da državi Engleskoj nije nikada dodjeljen formalni pravni status. A činjenica da su još od vladavine **Henryja II.** svi (državni) dužnosnici bili podređeni jurisdikciji *High Court-a* davao je konceptu vladavine prava posebno značenje. Prema **E. Barkeru** – "posebnost i drugačijost engleske države oblikovala je vladavina sudstva a ne parlament ili kabinet"⁷. No, tijekom XX. stoljeća ta je *common law* tradicija vladavine prava i njeno izbjegavanje bilo koje formalne jurisdikcijske podjele između političkog prava i privatnog prava došla pod udar.

Evolutivni karakter britanskog ustava označuje zapravo stanje u kojemu su administrativne funkcije moderne države rasle na nesistematski način. Razvoj moderne države donio je za sobom razvoj mnogobrojnih uprava, agencija, odbora, inspekcija i inspektora, ali u engleskim okolnostima bez ikakvog vidljivog i primjernog institucionalnog modela. Sve je to generiralo određenu pravnu konfuziju. Problem se je naslijedio otkada su – prema formulaciji **A.V. Diceya** – sudovi bili obvezni da djelovati u suglasnosti sa "striktnim pravnim propisima" iako su ti propisi bili neodgovarajući za "upravljanje masom javnoga posla".⁸ Posljedica je bila da su s jedne strane administrativna tijela koji su prema zakonima dobila velike ovlasti za odlučivanje sada u značajnoj mjeri mogli utjecati na prava i interese građana, dok su s druge strane sudovi bili loše pripremljeni kako proceduralno i kulturalno-temperamentalno za ostvarivanje adekvatne sudbene kontrole. Vidjet ćemo da je sudstvo tek nakon više pokušaja i to tek krajem 1960.

⁷ **Barker, E.**, THE RULE OF LAW, *Political Quarterly* 1/1914, p. 118.

⁸ **Dicey, A.V.**, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, London 1915., 8th Ed., 198-199.

godina postalo sposobno razviti efikasnije procedure i efikasnije principe za kontrolu administrativnog djelovanja. To nam unekoliko otkriva i sljedeći kratki prikaz razvoja i rezultata kontroverzije o engleskom administrativnom pravu.

3. A. V. Dicey: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Chapter XII.: Rule of Law Compared with Droit Administratif.* Jedno od najutjecajnijih djela komparativne ustavnopravne literature uopće, a posebice one o engleskom ustavu je **A. V. Diceyeva** klasična knjiga *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885.). Njen značaj leži u tome što je u njoj na autoritativni način istražena priroda i utjecaj vladavine prava (*rule of law*) kao vodećeg načela engleskog prava. Vladavina prava označuje podređenost pravu svih osoba uključujući i osobe koje obnašaju državne ovlasti. Formulacija toga načela – *be you ever so high, the law is above you* – bila je i ostala zastava svih zastupnika boraca za načelo vladavine prava. Istražujući načelo *rule of law* kao vodeće načelo engleskog ustava **A.V. Dicey** je zaključio da njega ustvari čine tri elementa: (a) apsolutna supremacija regularnog prava kao protivnost utjecaju arbitrarne vlasti i koja isključuje postojanje arbitarnosti, prerogative te šire diskrecione ovlasti na strani vlasti; - *a man may be punished for a breach of the law, but for nothing else*; (b) jednakost pred zakonom, ili jednaka podređenost svih klasa ordinarnom pravu zemlje kojim administriraju ordinarni sudovi (*law courts*); (c) ustav je rezultat ordinarnog prava zemlje.

Pod načelom (a) Dicey je zapravo mislio na to da vlast nije ništa drugo nego jedan od aspekata vladavine prava. Takav je aspekt npr. ovlast da se nekoga uhiti ili zatoči, ali važno je da ta ovlast bude podređena jasnom pravnom pravilu (regularnog prava) i ograničenjima. Druga je strana tog načela odsustvo diskrecionih ovlasti (arbitrarne vlasti) koje su znale biti toliko široke da je posljedica bila odsustvo zapravo podređenost jasnim pravnim pravilima i ograničenjima.

Načelo pod (b) je označavalo potrebu da sve osobe budu podređene ordinarnom pravu, što je imalo za posljedicu nemogućnost postojanja nekakvih posebnih sudova koji bi administrirali različita pravila za posebne ljude – što je bio npr. slučaj s francuskim administrativnim sudovima.

Načelo pod (c) Dicey je upućivalo na to da iz prva dva načela (a) i (b) proizlazi još jedan aspekt vladavine prava prema kojemu su sva ustavna načela UK zapravo derivirana iz ordinarnog prava (zakona, općeg prava).

Dicey je u *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* posvetio čitavo XII. poglavlje usporedbi vladavine prava i administrativnog prava koje je po njegovom mišljenju počivalo na idejama potpuno nepoznatim temeljnim pretpostavkama engleskog općeg prava (*common law*), a posebno onome što su Englezi nazivali vladavinom prava. Ta je razlika bila posebno evidentna u zaštiti koja se je izvan Engleske pružala državnim službenicima, koji djelujući u službenom kapacitetu, ili u *bona fide* pokušaju obnašanja državnih dužnosti, budu krivi za djela koja su po sebi pogrešna ili nezakonita. Širina te zaštite se je s vremenom mjenjala. No to je pitanje predstavljalo samo jedno područje sustava administrativnog prava (*droit administratif*) o kojemu je Dicey želio govoriti

engleskim čitateljima. Dicey je u svojoj knjizi zapravo govorio o dvije stvari. Izlagao je prirodu i povijesni razvitak administrativnog prava, a zatim usporedio vladavinu prava s administrativnim pravom⁹. Suštinu Diceyevog originalnog pogleda predstavlja zaključak da je upravno pravo potpuno strano engleskoj i američkoj pravnoj tradiciji i da zbog toga treba reagirati. Svoju formulaciju problema on je utemeljio na dobro znanom argumentu da zakon postaje arbitran i birokratski kada ga administriraju upravne agencije.

Diceyevu odbijanje mogućnosti administrativnog prava nije prouizlazilo iz nesposobnosti da se razazna pojava i rast administrativnih institucija tijekom godina kada je radio na svom glasovitom tekstu (1885.-1915.), već prije svega zbog logičkog zaključka na kojemu su inzistirali svi pozitivisti. Naime, Dicey je pravo definirao kao "svako pravilo koje se može ostvariti na sudu". Ako administrativno pravo ostvaruju druge institucije, a ne sudovi onda je od početka bilo logično negirati njegov status kao prava. Zato je Dicey i govorio kakao je pojam administrativnog prava nepoznat engleskim sucima. U tom smislu zanimljivo je istaći kako Dicey u svome djelu uopće ne prevodi izraz *droit administratif* kao da – "konstantnom uporabom francuskog pojma pojačava njegovo strano podrijetlo i njegovu neprikladnost za common law zemlje".¹⁰

4. Lord Hewart, the Lord Chief Justice of England: *New Despotism* (1929.). Diceyevi zaključci imali su utjecaj i nakon njegove smrti 1922. godine. Unatoč nastojanju engleskih progresista koji su ga nastojali otpisati kao "ubogog starog Whigovca koji se nije uspio osloboditi svog individualističkog dogmatizma" njegov je duh legitimno napajao ideologiju njegovih istomišljenika. Jedan od njih bio je i Chief Justice **Lord Hewart** koji je 1929. godine objavio knjigu *The New Despotism* u kojoj je dokazivao da delegacija zakonodavnih i sudbenih ovlasti izvršnoj vlasti predstavlja najveću ugrozu "dvjema vodećim odlikama" engleskog ustava: suverenitetu Parlamenta i vladavini prava. Ta je delegacija izvršnoj vlasti prema Hewartovoj procjeni bila "ingeniozni" i "avanturistički" način da se "zasposlenjem jednog porazi drugi". Naslov knjige – *The New Despotism* – imao je zadaću podsjetiti na engleske političke konflikte u XVII. stoljeću koji su kulminirali Revolucijom 1688. godine koja je uništila "stari despotizam" i definitivno uspostavila parlamentarni suverenitet kao središnje organizirajuće načelo engleskog Ustava. S trijumfom je povezan i usputni razvitak: poraz Krune i njenog zahtjeva da monopolizira presuđivanje administrativnih sporova srodnih onima što ih je u istom razdoblju francuska monarhija već bila uspješno riješila i koji su osigurali utemeljenje autonomnog francuskog sustava administrativnog sudstva koji traje do današnjih dana.

Revolucionarna nagodba koju je moderna Engleska naslijedila iz XVII. stoljeća uključivala je dvostruku kontrolu vladinog djelovanja: kontrolu zakonitosti u

⁹ Usp. A. V. Dicey: INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, CHAPTER XII. : RULE OF LAW COMPARED WITH DROIT ADMINISTRATIF, Tenth Edition, London 1961, p. 328-405.

¹⁰ Rohr, J.A., DICEY'S GHOST AND ADMINISTRATIVE LAW, *Administration & Society*, Vol. 34, 1/2002, p. 9

sudovima i političku kontrolu u Parlamentu. Upravo je to bila ona "dioba vlasti" i posebno podjela izvršne i sudbene vlasti koju je *Montesquieu* u *Duhu zakona* uočio kao središnju osobinu engleskog ustava. Ipak, tijekom XIX. st. počela su se množiti pitanja koliko je zapravo Montesquieuova konstrukcija korespondirala s engleskom zbiljom. Stoljeće nakon Montesquieua na tu je zbilju upućivao i *F.W. Maitland*:

- "Zanimljivo je da bi neki politički teoretičari željeli vidjeti da je njihov omiljeni ideal potpuna dioba administracije od sudstva realiziran u Engleskoj; no, u Engleskoj je to dvoje, kao uostalom u čitavom svijetu, izmješano već stoljećima... Greška dolazi otuda što se gleda samo na površinu i na vidljive djelove ustava".¹¹

A dublju je ustavnu realnost – uprkos očitim postignuća *Glorious Revolution* 1688. – činilo to da su administrativni službenici u Engleskoj izvršavajući svoje zakonodavno dodjeljene ovlasti nastavili istraživati i uručivati presude glede određenih činjenica u svjetlu općih zakonskih normi – drugim riječima – da su presuđivali u svemu osim po imenu – često puta i bez obraćanja ordinarnim sudovima. *J. Willis* će kasnije ustvrditi da – "istraživače stvarne vlade Montesquieuov i Diceyov doprinos nije zaslijepio u tolikoj mjeri da nisu mogli uočiti činjenicu da je zakonom već odavno vladinim odjelima bilo dozvoljeno obnašati zakonodavne ovlasti i sudbene odluke što ih je delegirao parlament".

Prema engleskom profesoru *Williamu Robsonu* taj je oblik administrativnog sudovanja postajao još prominentniji – "s širenjem, za vrijeme XIX. i XX. st., funkcija vlade s jednog područja na drugo", što je stvorilo potrebu za tehnikom suđenja koje bolje odgovaraju socijalnim zahtjevima vremena nego razrađeni i skupi sustav sporenja na ordinarnim sudovima. U Engleskoj se je kao i drugdje za suđenje u upravnim sporovima tražilo tumačenje regulatornih normi koje su nastale u administrativnoj sferi ali u provođenju parlamentarnog legislativnog mandata. Takvo je *case-by-case* tumačenje regulatornih normi nužno oblikovalo efektivni sadržaj zakonodavstva jer je popunjavalo praznine ili pojašnjavalo značenja preširokih pojmova. U tom je smislu administrativno sudovanje usko vezano uz političke svrhe kako bi se uz regulatornu shemu osposobilo i samo zakonodavstvo. Upravno sudovanje služilo je kao "predani mehanizam" koji je imao osigurati da se svrha ostvarivanja takve sheme ne podredi rješavanju partikularnih sporova. Tako su porastom državnog intervencionizma u ekonomske i socijalne poslove tijekom XIX. st. sudbene ovlasti uvelike bile prevaljene na službenike ili tribunale koji nisu bili klasično "sudski" po prirodi već su prije bili dio administrativne hijerarhije na čijem se vrhu nalazi odjelni ministar odgovoran pred parlamentom.

Dakle, knjiga najvišeg engleskog suca *Lorda Hewarta* bila je inspirirana *A. V. Diceyevim* pogledima u smislu da je Hewart tvrdio kao i Dicey dugo prije njega da je nastajuća administrativna država izokrenula najčasnija načela engleskog ustava, prije svega suverenitet parlamenta i vladavinu prava kako su je realizirali ordinarni sudovi općeg prava. Hewart je tvrdio sljedeće. Parlament je za vrijeme i

¹¹ *Maitland, F.W.*, cit. pr. *Robson, W.A.*, JUSTICE AND ADMINISTRATIVE LAW: A STUDY OF THE BRITISH CONSTITUTION, London 1928, p. 26.

nakon I. svjetskog rata koristio svoj ničim osporavani suverenitet da zakonodavnu vlast skrene izvan parlamentarnog okvira da bi raznim statutornim mehanizmima lišio redovne sudove njihove zakonite jurisdikcije i obnašanja njihove vlasti. Posljedica je urušavanje vladavine prava kao kamena temeljca engleskog ustava još od XII. stoljeća.

5. John Willis: *The Parliamentary Powers of the English Government Departments* (1933.). Neposredni odgovor na Hewitov *Novi despotizam* predstavljala je knjiga Johna Willisa *The Parliamentary Powers of the English Government Departments* ključno djelo za razumijevanje povijesne debate o zakonodavnoj delegaciji i administrativnom pravu u među ratnoj Engleskoj. U knjizi prof. J. Willis tvrdi da administrativna država u Engleskoj ima povijesni pedigree i vlastito normativno opravdanje koje se umnogome razlikuje kako o Diceyevog tako i Hewartovog stajališta. Administrativne strukture nisu se razgolitile za vrijeme I. svjetskog rata ili poslije, one su prije proizvod – "dugog razdoblja neprimjetnog razvitka" u XIX. st. iza kojega je usljedio početak XX. st. "ubrjavajući nastojanje da se izađe u susret potrebama nove Socijalne Države", i koje su "procvjetale" za vrijeme rata, a sazrele nakon rata.¹² Metod kojeg je parlament koristio u delegaciji zakonodavnih i sudbenih ovlasti vladinim odjelima bio je funkcionalistički: Za parlament je ta zadaća dodjeljivanja ovlasti "stvar efikasnosti, a ne prava ili formalne logike".¹³ Parlament je dodjeljivao ovlast "tijelu koje je svojim iskustvom pokazalo da je najbolje pripremljeno izvesti zadatak u pitanju". Tad se uopće nije pitalo niti se je vodilo računa o tome prelazi li takva alokacija ovlasti tradicionalne ustavne granice između legislative, egzekutive i sudbene vlasti.

U funkcionalističkoj analizi moderne administrativne države J. Willis se je povezao s širim akademskim pokretom u međuratnoj Engleskoj (vođe su mu bili *Harold Laski, William Robson, Ivor Jennings*) koji se je odlučio suprostaviti napadima iz sudačkih redova na administrativno upravljanje. Funkcionalisti su skeptičnoj engleskoj javnosti nastojali objasniti i opravdati modernu administrativnu državu bilježeći istodobno da su sve brojniji zahtjevi javnosti za državnom interevencijom i sami poticali uspon funkcionalističke ekspanzije administrativnih struktura. U tom pravcu Willisovo djelo jednostavno je označilo ulazak novog i uvjerljivog glasa u već uzavrelu legalno-političku diskusiju.

Sudbena kritika ministarskih ovlasti u međuratnom razdoblju – poput one Hewartove zapravo je došla nakon stoljeća urušavanja ustavne pozicije ordinarnog sudstva u odnosu na vlast ministara, a taj se proces širio neopazice i neosporavano do početka XX. stoljeća. Iako bi bilo pogrešno kazati da je rezultat

¹² Lord Hewart of Bury, *THE NEW DESPOTISM*, London 1929, p. 5.

¹³ Willis, J., THREE APPROACHES TO ADMINISTRATIVE LAW: THE JUDICIAL, THE CONCEPTUAL, AND THE FUNCTIONAL, *University Toronto Law Journal* Vol. 53, 1/2005, p. 75; cit. pr. Lindseth, P., RECONCILING WITH THE PAST: JOHN WILLIS AND THE QUESTION OF JUDICIAL REVIEW IN INTERWAR AND POSTWAR ENGLAND, *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Year 2004, Paper 28, <http://lsr.nellco.org/uconn/ucwps/papers/28>, p. 2

u vidu autonomnog sustava administrativnog sudovanja srodan onome što su Francuzi razvili tijekom XVIII. i XIX. st. (s *Conseil d'Etat* kao vrhovnog upravnog suda na vrhu hijerarhije subordiniranih administrativnih tribunala), ipak postoji stanovita konvergencija s francuskim iskustvom, u kojemu je čitavo jedno područje administrativnog ponašanja koje se tiče prava privatnih interesa bilo isključeno iz jurisdikcije ordinarnih sudova. Sudbene odluke engleskih administrativnih službenika bile su ponekad podvrgnute sudbenom nadzoru (*judicial review*), ali ne nužno; širina je nadzora zavisila od regulatornog domena i odredaba vladajuće legislative. Kako Willis navodi u *Parliamentary Powers* upravo je rastuća svijest sudaca o stanju stvari početkom 1920-tih dakle "narasla svijest da državna organizacija nije više u skladu s pravnom teorijom" dovela da suci počnu žestoko kritizirati ministarske ovlasti.

6. Učinci kritike i razdoblje poslije A.V. Diceya? Vidjeli smo da je *Law of the Constitution* (1885.) zapravo Diceyeva generalizacija koju čina dva glavna elementa. (1) Prvi govori o tome da se ovlasti engleske Krune "moraju obnašati u skladu s načelima ordinarnog općeg prava (*ordinary common law*) koje regulira odnos jednog Engleza s drugim."¹⁴ (2) Drugi govori o tome da je sama ideja o posebnom skupu načela koja bi rukovala javnom radnjom – *droit administratif* – "apsolutno strana engleskom pravu" jer po definiciji stvari elaboriranje takvih načela "ne spada u jurisdikciju ordinarnih sudova".¹⁵ Za Diceya – "ta je esencijalna razlika – naime obnašanje sudske vlasti negdje drugdje, a ne na sudu – onemogućavalo bilo koju identifikaciju *droit administratif* s nekom granom engleskog prava".¹⁶

Ipak, ni A. V. Dicey više nije mogao da pri kraju svoje duge karijere ignorira težinu dokaza da se je i u Engleskoj pojavio oblik autonomnog administrativnog prava, i da se razvitak uvelike odvija izvan jurisdikcije sudova *common law*. To se je "prosvjetljenje" izrazilo u glasovitom Uvodu osmog izdanja njegovog *Ustavnog prava* iz 1915. godine u kojemu je Dicey ustvrdio:

Nor is it quite certain that the ordinary law courts are in all cases the best body for adjudicating upon the offences or the errors of civil servants. It may require consideration whether some body of men who combined official experience with legal knowledge and who were entirely independent of the Government of the day might not enforce official law with more effectiveness than any Division of the High Court.¹⁷

Ipak, Diceyeva promjena kursa nije bila posve doprla do svih njegovih sljedbenika i drugih pravnika. Zato Lord Justice **Hewart** 1927. godine u svom obraćanju američkoj odvjetničkoj komori još uvijek tvrdi kako *common law* "ne priznaje nikakvo *droit administratif*." Svaka je osoba bez obzira kakav položaj ona može zauzimati u državi podređena zemaljskom pravu, te ne postoje

¹⁴ Dicey, A.V., LAW OF THE CONSTITUTION, p. 387

¹⁵ Ibid, p. 388

¹⁶ Ibid, p. 389

¹⁷ Usp. E.C.S. Wade, INTRODUCTION, p. cxiv, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, Tenth Ed. 1961

nikakvi posebni tribunali za suđenje u stvarima koji se tiču javnih departmana ili državnih ministarstava. Dok su moderne pristaše izvršne vlasti željele preći na engleski sustav administrativnog prava u nastajanju, Hewart je govorio o sustavu "administrativnog bespravlja" kojega karakterizira odsustvo proceduralne zaštite prava i pravo žalbe redovitim sudovima.

Krajem 1920- tih godina jačanje kritike prema administrativnom sudstvu u Engleskoj rezultiralo je još snažnijim pomicanjem administrativne sfere u središnje područje ordinarnih sudova – naime, prostor zaštite prava privatnog vlasništva i garancije *common lawa*. Primjeri su za to sporovi iz stambenog prava u kojemu su se sudarali sudovi s intervencionističkim ciljevima administrativne države u Britaniji. Kada je po nalogu *Lord Chancellor* 1929. osnovan Odbor kojemu je zadaća bila istražiti pitanje delegiranog zakonodavstva i sudbenog nadzora njegovi su članovi trebali odgovoriti na temeljno pitanje: - *Koji su čuvari poželjniji ili nužniji za osiguranje ustavnih principa suvereniteta parlamenta i supremacije Zakona?* Odbor je bez oklijevanja savjetovao protiv usvajanja autonomnog sustava administrativnog sudstva organski spojenog uz egzekutivu prema francuskom modelu.¹⁸ Odbor je sudbene garancije smatrao važnim, ali je prije svega naglašavao potrebu efektivnih oblika parlamentarne kontrole. Fenomen delegacije nije inherentno opasan, ali difuzija autoriteta traži garancije koje bi ih pomirile s vrednotama parlamentarnog suvereniteta i vladavinom prava koji su nasljeđe prošlosti. Odbor je sugerirao da legalna i politička formula za to pomirenje uključi i određenu kombinaciju izravne zakonodavne kontrole, ministarske odgovornosti i sudbenog nadzora. Ti bi elementi osiguravali da administrativni službenici koji djeluju u fuziji zakonodavnih, egzekutivnih i sudbenih funkcija ostanu unutar granica "bitno subordinirane" delegirane ovlasti; te će maksimalno poštivati privatna prava kako bi osigurali zakonski definirane javne ciljeve. Općenito se je situacija počela mijenjati nakon II. svjetskog rata, ali na način da su zajedljivi američki komentatori pitali: *Cannot Marshall Plan Aid include 'administrative law'?*

7. O utjecaju *Conseil d'Etat* na englesko upravno pravo?

Krajem veljače 1951. godine **Jack Hamson** profesor s Cambridgea objavio je u *The Timesu* članak o vladavini prava u Francuskoj. Taj mu je članak kasnije širom otvorio vrata pripremi i izlaganju svojih teza u seriji glasovitih *Hamlyn Lectures* pod naslovom "Executive Discretion and Judicial Control: an Aspect of the *Conseil d'Etat*". I u jednoj i drugoj prilici J. Hamson je naglašavao sljedeće:

Od svih francuskih državnih institucija *Conseil d'Etat* je engleskom promatraču možda najzanimljivija. Stabilna i stalna ali empirijski otvorena prema svojoj promjenljivoj okolini, ta je institucija razvila sustav *case lawa* koji je elabiriran poput *common law-a*; pomoću toga sustava stvoreno je za francusku naciju rješenje za kritični politički problem današnjice – izmirenje ovlasti egzekutive s pravom građanina i vladavinom prava.¹⁹

¹⁸ REPORT OF THE COMMITTEE ON MINISTERS' POWERS (1932.), cit. pr. P.L. Lindseth, op. cit. p. 21.

¹⁹ Usp. **Brown, L.N.**, THE INFLUENCE OF THE CONSEIL D'ETAT ON ENGLISH ADMINISTRATIVE LAW AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, u JUDICIAL REVIEW IN INTERNATIONAL

Hamsonovo je predavanje imalo veliki utjecaj na pravne, sudbene i akademske krugove u kojima se je raspravljalo o potrebi iznalaženja adekvatnih rješenja za velike probleme u životu socijalne i administrativne države toga vremena. Iako nije bilo konsenzusa o tome da se *Conseil d'Etat* "transplantira" u Britaniju s vremenom se je došlo do određenih pomaka.

Prije svega temeljem *The Tribunals and Inquiries Act-a* (1958.) formira se Vijeće tribunala (*Council on Tribunals*). Do njegova osnivanja dolazi nakon *Franks Reporta* koji je predstavljao prekretnicu za povijest administrativnog sudstva u Britaniji i koji je u potpunosti izmijenio percepciju o tribunalima. Ono što se prije nastojalo sagledati kao "ekstenzija izvršne grane vlasti, Franks je čvrsto smjestio na stranu sudstva. Franksova načela otvorenosti, fer postupka i neovisnosti postali su zaštitni znakovi mogućeg rada tribunala".²⁰

Drugo, devet godina kasnije usvajanje *Parliamentary Commissioner Act-a* (1967.) omogućuje se uspostava parlamentarnog povjerenika za administraciju (*Parliamentary Commissioner for Administration*) koji je ustanovljen 6 godina prije francuskog *Médiateura* – ombudsmana zaduženog za pritužbe na loš rad administracije.²¹

Međutim, još uvijek nema onoga - što **L. Neville Brown** naziva "British Conseil d'Etat". Ali, kako su su Britanci više nego ikad postali svjesniji vrijednosti specijaliziranih administrativnih sudaca početkom 1981. godine došlo je do treće - doduše manje institucionalne promjene – uvođenja tzv. *Crown Office Liste* (*Queens Bench Division*) koja je Britancima dala specijalizirano sudstvo za administrativna pitanja na razini High Courta.

Što se tiče procedura i pravnih lijekova postupak sudbenog nadzora u svom današnjem obliku uvelike se naslanja na model kojega je J. Hamson u predmetu *Barel* opisivao kao *recours pour excès de pouvoir*. To je jednostavno i opće francusko sredstvo ubrzalo promjenu i potvrdu Naredbe 53. (*Application for Judicial Review*) u zakonskom aktu iz 1981. godine. Nakon odluke House of Lords u predmetu *Anisminic* (1969.) promijenilo se nabolje i pravo obraćanja sudu (koje je šire u francuskom administrativnom pravu), a suci imaju robustniji nastup prema klauzulama koje traže isključenje sudbenog nadzora. Situacija se je zakomplicirala nakon kontroverzne odluke House of Lordsa (u kapacitetu Vrhovnog suda, op. A.B.) kojom je ukinuta Odluka 53. a njime i procedura sudbenog nadzora. Odlukom se objektivno još jednom ukazalo na odsustvo jasne doktrinalne razlike između javnog i privatnog prava u Engleskoj.²² Sudovi se zapravo sada izuzimaju

PERSPECTIVE, *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Vol. II, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 294

²⁰ Usp. COUNCIL ON TRIBUNALS, <http://www.council-on-tribunals.gov.uk/about/origins.htm>

²¹ PARLIAMENTARY AND HEALTH SERVICE OMBUDSMAN, <http://www.ombudsman.org.uk/>

²² **Cornford, T.**, 'THE NEW RULES OF PROCEDURE FOR JUDICIAL REVIEW', [2000] 5 Web JCLI <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue5/rtf/cornford5.rtf>

iz onoga što su neki pisci opisivali kao "proceduralno minsko polje" položeno da bi se donjela odluka u predmetu *O'Reilly v. Mackman*.²³

L. Neville Brown smatra da su osnove sudbenog nadzora kojim se služi *Conseil d'Etat* centrirane u doktrini *principles généraux du droit* koji stupanj generalizacije englesko pravo još nije doseglo i u kojemu se još uvijek nastavlja misliti u djelovima, bili to prirodno pravo ili *ultra vires*.²⁴ Polazišta koje je priredilo francusko upravno pravo odvelo je 1964. godine, u najmanju ruku neizravno, do oživljavanja "prirodne pravednosti" u *Ridge v. Baldwin* (1964.) nakon njenog bacanja u sjenu tijekom pedesetih godina XX. stoljeća. Danas pak taj pojam postoji u ekspanziranom i fleksibilnom pojmu *fairnessa* koji još od *Franks Reporta* služi za suđenja u tribunalima, itd.²⁵

No, ako su doktrine o *ultra vires* i *natural justice* omogućile očuvanje vrednota koje je Dicey imao na umu kada je otvorio svoju famoznu polemiku protiv *droit administratif*, iskustvo britanskog članstva u Europskoj uniji do temelja je uzdrmalo dva kardinalna načela Diceyevе jurisprudencije: suverenitet Parlamenta i vladavinu prava. Odluke Doma lordova u *Factortame I* (1990.) i *Equal Opportunity Commission, et al. V. Secretary of State for Employment* dramatičan su otklon od veličanih Diceyevih načela. A prema tim odlukama –

parlament više nije suveren, a vladavina prava se je transformirala na takav način da je akt Parlamenta ništav zato što je propustio uskladiti se s jednom administrativnom regulacijom međunarodne organizacije".²⁶

8. Zaključno o konstitucionalizmu i administraciji. Ustavna i politička povijest moderne države-nacije pokazuje da je pitanje administrativnog sudstva počesto bila osporavana tema. Razlozi za to možda leže u tome što je u modernoj državi administrativna sfera – kako je to slikovito izrazio **P. Lindseth**

područje gdje se 'auto-guma susreće s cestom'. Riječ je o točki susreta između države i društva gdje naponi implementiranja posebnih zakonodavnih ciljeva generiraju trenje socijalnog i političkog otpora. Kao dio napora da se taj otpor reducira ili prevaziđe zakonodavne se norme često preusmjeravaju u razne pravce – što je – rekli bi – krajnje priznanje jačanja difuznog 'upravljanja' (*governance*) nad hijerarhijskom 'vladom'.

U traženju uzroka i razloga različitih oblika otpora pojavi administrativnog sudstva posebno je zanimljivo povijesno iskustvo Francuske i Britanije jer su nacionalne elite odgovorne za artikuliranje modela administrativnog sudstva –

²³ **Dexter, R.S.**, O'REILEY V. MACKMAN-FURTHER CONFUSION IN JUDICIAL REVIEW, *Liverpool Law Review*, Vol. 5, No. 2, 1983-

²⁴ **Brown, N.L.**, op. cit., p. 296

²⁵ Idem. p. 297, usp. više kod **Rohr, J.A.**, op. cit. p. 12-15

²⁶ Rohr, J.A., op. cit. p. 17

prema **P. Lindsethu** – svoje teorijske i praktične pristupe definirali u "svjesnoj opoziciji prema onome drugome".²⁷ Na koji način?

Najuočljivija je razlika na razini načela. Vodeća ideja iza francuskog sustava administrativnog sudovanja je *juger l'administration, c'est encire administrer* – suditi administraciji još uvijek znači administrirati. Ta fraza upućuje na jedan od najtrajnijih načela francuskog javnog prava – da je legalna kontrola administrativne radnje još uvijek oblik administracije, i to ona kontrola koja je izvan dosega ordinarnih sudova. Povijesno to isključenje reflektira sumnju (nastalu još za vrijeme *Starog režima*) da su ordinarni suci na izraziti način povezani uz prerogative ne-državnih faktora i zato nedovoljno osjetljivi na potrebe "općih interesa" koje definira administracija. S druge strane, gotovo na istoj dionici povijesnog događanja, engleski je Parlament eksplicitno odbio sličan pokušaj monarhije da izgradi separatan sustav administrativnog sudstva. Umjesto njega u Engleskoj se je dogodilo podvrgavanje službenika krune jurisdikciji *common law* sudova, pa su oni kao i svi ostali sudionici u sporovima gradili temeljnu karakteristiku "vladavine prava" po kojoj ideja "privatnog vlasništva" dominira nad idejom "općeg interesa". To odbijanje reflektiralo se je naposljetku i na materijalno pravo, u smislu da je njegovan opći trend kako nema razloga da se izgradi jedno posebno tijelo prava – *droit administratif* – koje bi u Engleskoj služilo za uređivanje ponašanja oficijelnih čimbenika.

S pravom se ističe da je još zanimljivije usporediti kako su se tijekom vremena te suprotne (kontrastne) ideološke premise (privatno vlasništvo v. opći interes) prenjele u insitucionalnu zbilju. Zato su zahtjevi za administrativnom efikasnosti uprkos različitog ideološkog starta u Engleskoj i Francuskoj zahtijevali "dejudicijalizaciju" procesa administrativnog nadzora i kontrole. Ipak taj je proces u obje zemlje izazvao protuproces "rejudicijalizacije" koji je iako ponovno različit po formi zapravo bio vrlo sličan u suštinskim ciljevima, i kojega je zapravo pokretala zajednička želja da se oficijelno djelovanje podvrgne tradicionalnim normama prava kojega u Engleskoj ostvaruju *common law* sudovi ili u Francuskoj institucije nalik na sudove (*jurisdictions administratives*). Proces dejudicijalizacije je bio puno uspješniji u Francuskoj, jer je doveo do separatnog sustava administrativnog sudstva (na čijem je vrhu *Conseil d'Etat*) i koji i do danas formalno ostaje pripojen uz egzekutivu. No, u Francuskoj je opstanak tog sustava administrativnog sudstva ovisio od daljnjeg insitucionalnog odvajanja od "aktivne administracije", odnosno birokracije koja je odgovorna za implementaciju aktualne politike.

Pojmove *dejudicijalizacije* i *rejudicijalizacije* originarno je koristio **Karl Polany** u djelu *The Great Transformation* (1944.) kojim se zapravo konvergencija između engleskog i francuskog sustava administracije uprkos njihove formalne različitosti povezuje s političkom konstrukcijom modernog kapitalizma, koja se na poseban način odvija upravo preko države. Cilj "dejudicijalizacije" koja se javila u

²⁷ **Lindseth, P.**, 'ALWAYS EMBEDDED' ADMINISTRATION: THE HISTORICAL EVOLUTION OF ADMINISTRATIVE JUSTICE AS AN ASPECT OF MODERN GOVERNANCE, u THE POLITICAL CONSTRUCTION OF MODERN CAPITALISM, C. Jorges, B. Strath & P. Wagner (Eds.) London, Glass House Press.

obje zemlje je stvaranje samo-regulirajuće administrativne sfere koja je odvojena od tradicionalnih vrednota pravde, i koju u konstrukciji i regulaciji tržišta vodi samo vlastiti osjećaj političke racionalnosti i vlastita procjena javnog interesa. "Rejudicijalizacija" s druge strane sljedi proces ponovnog ukopavanja ekonomije; riječ je zapravo o općem "kontra-pokretu" kojega je ona dio; rejudicijalizacija je konkretni izraz kulturnog vjerovanja da administrativno upravljanje, ništa manje nego i sama tržišna ekonomija, mora ostati "zauvijek ukopana" u vrednotama prava i legitimnosti koji su naljeđeni iz prošlih vremena.

U Engleskoj je nakon propasti inicijalnog pokušaja dejudicijalizacije u XVII. stoljeću kad je Parlament *Slavnom revolucijom* 1688. godine uspješno preoteo supremaciju Kruni, ona ponovno postala aktualna tijekom XIX. stoljeća mada *sub silentio* i to zahvaljujući snazi dominirajuće kulture *Rule of Lawa*. Početkom XX. stoljeća s dramatičnom ekspanzijom regulatornih sposobnosti države ordinarni su engleski sudovi postali svjesni nove zbilje pa su počeli energično osporavati isključivanje sudbenog nadzora administrativnog djelovanja. Na poslijetku, neposredno nakon II. svjetskog rata engleski su suci bili prisiljeni prihvatiti zbilju posebnih oblika administrativnog sudstva, ali tek nakon što je Parlament ozakonio opće pravo žalbe sudovima u administrativnim sporovima. Tako je suština starog *Rule-of-Law* ostala netaknuta.

U francuskoj povijesti izdvajanje državne administracije izvan sudbenog nadzora bio je središnji dio političke borbe od XVII. do XIX. stoljeća da se država pretvori u što efektivnijeg agenta za konstrukciju nacionalne tržišne ekonomije i kohezivne nacionalne političke zajednice. Francuska je politička elita oba zadatka smatrala od suštinske važnosti za projekciju državne vlasti na međunarodnoj razini, posebno u smislu natjecanja s Britancima, a kasnije i s Njemcima. U engleskoj povijesti, naponi za dejudicijalizacijom zbilja se pojavljuju tek s pojavom "socijalne države" krajem XIX. i početkom XX. stoljeća. Iako je ta zakašnjela potraga za dejudicijalizacijom u Engleskoj također želja da se država učini efikasnijim agentom socijalne intervencije, ta se intervencija sada ostvaruje zaobilaznjem ordinarnih sudova kao regulatornih tijela jer se oni i dalje shvaćaju da su ekskluzivno prikačeni uz tradicionalne prerogative privatnog vlasništva i *laissez fairea*.

Drugim riječima, englesko je iskustvo s kraja XIX. i početka XX. stoljeća paralelno s francuskim iskustvom XVII. i XVIII. stoljeća po tome što svako posebno iskustvo reflektira želju da se u legalnoj kontroli djelovanja administracije zaobiđu ordinarni sudovi. Ipak, što se tiče ranijeg francuskog iskustva administrativna je dejudicijalizacija služila vrlo različitim političkim ciljevima.²⁸

Iskustvo Engleske i Francuske dragocjeni su izvor i temelj suvremene ustavnodemokratske vlade. Jedan je promatrač zabilježio da je

politički liberalizam stvorio dva remek djela (*chefs-d'oeuvre*), od kojih su oba rezultat ne a priorne elaboracije stanovite intelektualne konstrukcije, već prirodne i

²⁸ Usp. Lindseth, P., op. cit. 3-4

sretne kulminacije posebne povijesne evolucije: parlamentarizma u Velikoj Britaniji i administrativnog sudovanja u Francuskoj²⁹.

Moderna ustavna vlada započela je s postavljenjem sudskih ograničenja izvršnoj grani vlasti. To se ima zahvaliti činjenici da su takva sudska ograničenja označila početak diobe vlasti u zajednici koju su odbijali zagovaratelji i graditelji apsolutne monarhije. Imajući u vidu Diceyevu istraživanje povijesnog konteksta i evoluciju načela vladavine prava C.J. Friedrich zaključuje da nije nimalo čudno da je za pisca *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* administrativno pravo, odnosno upravljanje određenim pravnim tijelima pomoću upravnih agencija, u vrijeme pripreme prvog izdanja predstavljalo nesumnjivi korak u pravcu koncentriranja vlasti. Tu su pojavu zapravo pozdravljali svi koji su podržavali primjenu diktatorskih metoda koje su služile kao podrška odabranim ciljevima. Ipak, s druge strane ne može se s ničim zornim ili faktičnim dokazom tvrditi da postojanje administrativnog prava, odnosno obnašanje sudske funkcije od strane administrativnih agencija u ograničenim područjima obilježava nestajanje "supremacije prava" ili ustavne vlade (*Rechtstaat*). Sasvim suprotno – zaključuje **C.J. Friedrich** – razvitak je administrativnog prava u Francuskoj i drugdje definitivno ostvarivanje ustavnog razdoblja. To je zbog toga jer taj razvitak nije označivao supremaciju administrativnih službenika nad zakonom, već sasvim obrnutu stvar – naime, standardizaciju svekolikog administrativnog ponašanja u skladu s pravnim pravilima. Središnja briga administrativnog prava je legalno ograničavanje administrativne "diskrecije". To znači da je prvo načelo administrativnog prava da nema administrativne mjere kojom se nameće teret bilo kome bez legalne autorizacije. Zahvaljujući tome načelu "diskrecija" je zadržana unutar najužih mogućih granica. Ustvari, moglo se je tvrditi da je u povijesnoj perspektivi obnašanje sudske funkcije putem upravnih službenika – čega se je toliko bojao Dicey – indikacija činjenice da su velika područja formalno administrativne aktivnosti ustvari po prirodi sudska ili su u procesu judicijalizacije.

Za Friedricha su metode koje se koriste radi ispunjavanja sudbene funkcije kao jedne od najtrajnijih državnih funkcija od velike važnosti za svaki politički sustav. U tom smislu puno razumijevanje razlike između anglo-američkog i kontinentalnog političkog razvitka nije moguće bez uzimanja u obzir velikih razlika u položaju kojega su imali sudbena tijela i tehnika kojima su se služili. Neprijateljstvo prema administrativnom pravu (*administrative justice*) proizišlo je zbog toga što su se postojeći sudovi opirali ekstenziji sudskih metoda. Međutim, administrativno pravo predstavlja još jedan korak u evoluciji moderne vlade. Za Friedricha je ključno sljedeće:

Konstitucionalizam je aplikacija sudskih metoda na temeljne probleme države; administrativno pravo, proširujući tu aplikaciju, pokušava proširiti sudske metode na šire

²⁹ Sandevor, P., ÉTUDES SUR LE RECOURS DE PLEINE JURISDICTION, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 11, cit. pr. Lindseth, P., ALWAYS EMBEDDED..., p. 12

sfere aktivnosti kojima se država danas bavi. U tom smislu radi se o ekstenziji samog konstitucionalizma.³⁰

Na kraju, nema nikakve sumnje da su francuski upravni pravnici ponosni na organizaciju upravnog sudovanja kao njihovog posebnog doprinosa razvitku liberalne ustavnodemokratske države. U tom smislu oni itekako mogu biti zadovoljni što su u usporedbi s modelom koji se stvarao u koljevci političkog liberalizma preko Kanala stvorili daleko napredniji model. U tom smislu francuski bi sustav upravnog sudovanja kao "divljenja vrijedna institucija" i "dragocjeni korektiv centralizacije" kako ga je znao titulirati *M. Hauriou*³¹ trebao biti respektabilni primjer za ugled i za druge sustave uključujući i novi ustavnodemokratski poredak Republike Hrvatske.

THE ENGLISH'S 'INCOMPREHENSION' OF FRENCH ADMINISTRATIVE LAW AND THE CONSEIL D'ETAT

One historical episode in the development of comparative constitutional and administrative law

Within the circumstances of the historically determined political legal discussion which during the XIXth and XXth century followed the transition of a liberal constitutionally democratic state of classical existence into the form of a social state (*welfare state, l'etat providence*), one influential wave of legal writers held that administrative law, from the perspective of public law, was completely different from private law, given that it regulates relations between states and private citizens. Because in the *common law* tradition there existed only one law, in English legal thought from the end of the XIX century, especially within the framework of constitutional law, the possibility of the development of a special administrative law was expressly rejected. A.V. Dicey, writer of the classical work *The Law of the Constitution* (1885) outlined thereby the most authoritative standpoint which very much influenced the direction of English legal theory and practice, not only at the time of its inception, but also later. The crux of Dicey's argument emphasises the non-existence of any kind of need for special administrative law. However, that viewpoint was later rejected with the development of the theory and practice of a state of prosperity which, within its own framework, actually encouraged the development of administrative law. In this paper, the author enlightens Dicey's controversy and points out the relevance of certain arguments from that important historical episode of traditional but constructive confrontation of the English and the French 'view of the world' of law and politics.

Key words: *constitutional law, administrative law, A.V. Dicey, Conseil D'Etat*

³⁰ Friedrich, C.J., CONSTITUTIONAL GOVERNMENT AND DEMOCRACY, Boston 1950, p. 117

³¹ Hauriou, M., RECUEIL SIREY, 25. III. 1903, bilješke uz odluku Terier (Conseil d'Etat, 6. II. 1903)

Mr. sc. Petar Bačić, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

ULOGA I DOPRINOS FRANCUSKOG DRŽAVNOG SAVJETA U LEGISLATIVI

UDK:342. 53 (44)

Primljeno: 15. XI. 2007.

Izvorni znanstveni članak

Tijekom 20. stoljeća odvijao se je u državama Zapada proces demokratizacije (zakonodavne) delegacije, različitih obilježja s obzirom na posebno povijesno iskustvo i ustavnu tradiciju pojedine države. Ipak, rezultati dijele i neke zajedničke karakteristike. Tako je unutar pojedinih država prije svega došlo do temeljne promjene distribucije funkcionalne vlasti i to na način da se je vlast koncentrirala u sferi izvršne i upravne vlasti. Svrha parlamentarne većine nije više toliko u tome da glasuje za zakone kao takve, već u tome da osigura stabilnu egzekutivu koja zatim može jamčiti racionalno interno vođenje države i projekciju nacionalne političke i ekonomske vlasti na međunarodnom planu. Parlamenti su tako postali manje forumi za legislativne odluke, a više institucionalni instrumenti za legitimizaciju normativne aktivnosti nacionalne vlade i njenog administrativnog aparata. Ilustraciju za tu pojavu autor nalazi u francuskom ustavnopravnom iskustvu u kojemu *Conseil d'Etat* kao istaknuti egzekutivni entitet zauzima značajno mjesto u legislativi V. republike.

Ključne riječi: *Parlament, supremacija parlamenta, administrativna država, zakonodavstvo, egzekutiva, Conseil d'Etat, savjetodavna uloga*

Da bi se otkrila najbolja pravila društva koja odgovaraju nacijama,
bila bi potrebna odličnija inteligencija
koja je upoznala sve ljudske potrebe, a nije iskusila nijednu;
koja nije imala nikakve veze s našom prirodom,
i koja je vidjela sve one koji joj priliče,
čija je sreća bila neovisna o nama,
i koja se ipak željela pozabaviti našom.
Riječju, trebali bi bogovi da ljudima daju zakone.
J.J. Rousseau, DU CONTRAT SOCIAL,
Chap. VII. Du législateur¹

¹ "Pour découvrir les meilleures règles de société qui conviennent aux nations, il faudroit une intelligence supérieure qui vît toutes les passions des hommes, et qui n'en éprouvât aucune; qui n'eût aucun rapoert avec notre nature, et qui la connût à fond; dont le bonheur fût indépendant de nous, et qui pourtant voulût bien s'occuper du nôtre; enfin, qui, dans le progrès des temps se ménageant une gloire éloignée, pût travailler dans une siècle et jouir dans un autre. Il faudroit des dieux pour donner des lois aux hommes". **Rousseau J.J.**, DU CONTRAT SOCIAL, Union Générale d'Éditions, 10-18, Paris, 1973., str. 100.; Usp. **Rousseau Jean-Jacques**, POLITIČKI SPIŠI, Informator - Biblioteka politička misao, Zagreb, 1993., str. 78.

I.

Dvadeseto stoljeće je vrijeme ekspanzije države blagostanja (*welfare state*) koja je u značajnoj mjeri transformirala zakonodavnu funkciju parlamenta (legislature). Umjesto da najveći dio normi stvaraju izravno zakonima, izabrane skupštine su najčešće delegirale široke normativne ovlasti izvršnoj vlasti (egzekutivi) ili administrativnim tijelima - kako bi "stvarale pravila preko određenog oblika subordinirane legislative, podređene određenim općim zakonskim orijentirima".² Potpomognuta navodno "depolitiziranim" i "tehnokratskim" aparatom, egzekutiva je diljem razvijenog industrijaliziranog svijeta počela obnašati prošireni normativni autoritet kao svoje pravo. To se s jedne strane očitovalo u stvaranju kvazi-legislativnih pravila, ali i u presuđivanju sporova koji su nastajali u vezi sa širenjem njihovog regulatornog autoriteta. Konačno, s obzirom na takvu koncentraciju normativne ovlasti kod egzekutive, razvijala se je i priroda sudbene kontrole. Naime, sudovi i kvazi-sudovi s administrativnom jurisdikcijom sada su se mnogo više usredotočavali na internu materijalnu i proceduralnu regularnost takve delegirane normativne vlasti, nego na jednostavno pitanje djeluju li uopće egzekutiva i uprava (administracija) unutar ovlasti koje im je glede osposobljavanja zakonodavstva omogućila legislatura. Nekontrolirana parlamentarna supremacija, koja je obilježila XIX. i prvu polovicu XX. stoljeća, odbačena je između ostalog i Ustavom V. Francuske Republike kojim su konstitucionalizirana ograničenja protiv same legislature. Složenu realnost rušenja parlamentarne supremacije u XX. stoljeću osvjetljava među ostalim i političko-pravna uloga te djelovanje institucije francuskog Državnog savjeta (*Conseil d'Etat*). Nas prije svega zanima njegova uloga u zakonodavnom procesu. Kao dio egzekutive, to tijelo između ostalog ukazuje i na generalnu ulogu i djelovanje izvršne vlasti u XX. stoljeću. U tom smislu je za komparativno ustavno pravo interesantno i pitanje da li njegov tradicionalni ugled kao "štitonoše" egzekutive, odnosno aktualna ustavna pozicija savjetodavca Vlade, jača ili opovrgava opću tezu o legislaturama kao formalnim zakonodavcima i pasivnim sljedbenicima (*rule followers*) dominantne egzekutive.³

II.

Iako je u suvremenoj ustavnodemokratskoj državi značajno izmijenjena tradicionalna koncepcija o podjeli vlasti, njena osnovna ideja da nitko ne može biti iznad prava - ni legislatura, ni egzekutiva, ni sudstvo, ni birokracija, ni vojska,

² Rubin E.L., LAW AND LEGISLATION IN THE ADMINISTRATIVE STATE, 89 Columbia Law Review, 1989., str. 380.-385.

³ Za razliku od **Fredericka Schauera** koji pojam *Rule-Followers* koristi da bi jednostavno ukazao na činjenicu da postoje pravila (konstitutivna i regulativna) koja ograničavaju legislaturu i koja ih je zato prisiljena slijediti, odnosno respektirati, mi tom pojmu dajemo uži smisao koji se odnosi na tendenciju slabljenja legislatura prije svega u odnosu prema egzekutivi. Legislatura je ustavno i politički dovedena u poziciju formalnog legislatora, a stvarnog "sljedbenika" (Rule Follower) egzekutive. Usp. **Schauer F.**, LEGISLATURES AS RULE FOLLOWERS, u: **Bauman R.W. & Kahana T. (ur.)**, THE LEAST EXAMINED BRANCH – THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE, Cambridge USA, 2006., str. 468-479.

itd. - i dalje je utjecajna u teoriji i praksi ustavnodemokratske države. Duga tradicija *Magne Carte*, a posebno njen čl. 39., ogleda se u ideji da se politička vlast mora obnašati jedino putem prava i prema pravu. Zato se pod "vladavinom prava" obično podrazumijeva pozicija u kojoj je pravo iznad političke vlasti, tj. simultana uloga prava u stvaranju i ograničavanju političke vlasti.⁴

Zakoni i drugi pravni propisi podvrgnuti su određenim pravilima glede svog nastanka, važenja i prestanka. Njima se osigurava da će svaki od tih propisa biti usvojen *lege artis*, onako kako njegovoj prirodi i mjestu u pravnom sustavu odgovara. Samo propis koji je usvojen u granicama ovlaštenja nadležnog tijela, te koji zadovoljava druge uvjete zakonodavnog postupka (stupanje na snagu, primjenjivanje), predstavlja dio važećeg pravnog poretka. Svako nepridržavanje tih zahtjeva predstavlja povredu režima ustavnosti i zakonitosti, koja može imati teške posljedice. Za razliku od načelne pravne neograničenosti ustavotvorca, zakonodavac je vezan postojanjem ustava i obvezan je pridržavati se njegovih odredaba. Obveza zakonodavca da se u svom radu pridržava ustava je zapravo dvojaka. Zakonodavac, kako to ističe prof. **M. Jovičić**, "prije svega mora poštovati ustavne odredbe kojima mu se izričito propisuje, s jedne strane, što mora, a s druge strane, što ne smije raditi".⁵

Riječ je zapravo o pravilima koja ograničavaju zakonodavca, a ona mogu biti konstitutivna i regulativna. Prema **J. Searlu** konstitutivna pravila su ona koja uspostavljaju legislature, dodjeljuju im ovlasti, strukturiraju im djelovanje. Regulativna pravila su, pak, ona koja uspostavljaju proceduralna i materijalna ograničenja o tome što legislatura može i na koji način to može obaviti. Ipak, prvorazredne tj. najvažnije političke preferencije legislature najčešće dolaze u sukob s pravilima drugog reda koja s vremenom ograničavaju njihovu bit. Kada se takvi konflikti pojave legislativna većina je obično, zbog čvrstih i dobro promišljenih razloga, u dilemi da li pristupiti promjeni ili izmjeni pravila drugog reda koja ograničavaju prvorazredne političke preferencije. U takvim se okolnostima pojavljuju pitanja o prirodi i efikasnosti različitih mehanizama za ostvarivanje regulativnih pravila.⁶

Problematika odnosa konstitutivnih i regulativnih pravila koja se razmatra u modernoj ustavnopravnoj i politološkoj literaturi posebno obilježava sveukupni ustavnopravni razvoj Francuske Republike. U toj državi klasičnog ustavnog prava već se dugo traga za odgovorima na dileme suvremene ustavne organizacije vlasti. Jedna od tih dilema je sljedeća. U okolnostima modernog načina života ustavna organizacija vlasti suočila se je s činjenicom da parlament ne može donositi sva pravila nužna za vođenje i upravljanje državom i društvom. Zato se je egzekutivi moralo dopustiti da donosi neka pravila na svoju osobnu inicijativu. Međutim,

⁴ O pojmu vladavine prava u sintagmi *Government Under Law*, ali u francuskoj percepciji v. **Tunc A.**, *GOVERNMENT UNDER LAW - A CIVILIAN VIEW*, u: *GOVERNMENT UNDER LAW*, Harvard University Press, Cambridge, 1956., str. 35.-78.

⁵ **Jovičić M.**, *ZAKON I ZAKONITOST - ŽIVOT PRAVNIH PROPISA*, Beograd, 1977., str. 149.

⁶ Usp. **Schauer F.**, *LEGISLATURES AS RULE FOLLOWERS*, u: **Bauman R.W. & Kahana T. (ur.)**, *THE LEAST EXAMINED BRANCH - THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE*, Cambridge USA, 2006., str. 468.-479.

kako to ističe **J. Bell**, rješenja moraju biti takva da se ona "moraju ostvarivati u okvirima izvora političkog legitimiteta".⁷

Ustav V. Republike (1958.) u pokušaju pronalazjenja rješenja tog problema pribjegava novom sredstvu. Umjesto da definira područja u kojima je egzekutiva ovlaštena da na svoju inicijativu donosi uredbe (*règlement*s), ustavotvorac je definirao područja ovlasti zakonodavca i njegove zakone (*lois*). Parlamentarne nadležnosti definira čl. 34. Ustava, a izvan tog područja, temeljem čl. 37. Ustava, egzekutiva uživa široke normativne - u biti legislativne ovlasti. Ustavna inovacija se sastoji u tome da preostala zakonodavna vlast pripada egzekutivi, a ne parlamentu. Prema **M. Walineu**, ustavni članci 34. i 37. uspostavili su novo načelo: načelo superiornosti ili barem jednakosti uredbe (*règlement*) sa zakonom (*loi*). To je bilo protivno temeljnom načelu superiornosti zakona nad uredbom, načelu na kojemu je *Conseil d'Etat* u posljednjih 150 godina temeljio općenito prihvaćene odluke (*case-law*). Ne može se negirati da je riječ o inovaciji, možda nužnoj, ali u svakom slučaju revolucionarnoj.⁸

Rezultat navedenog bila je ustavna redefinicija područja legislative i regulative. Članci 34. i 37. definirali su sferu "autonomne" regulatorne ovlasti koje pripadaju egzekutivi, slobodnu od bilo kakve delegacije. Prema čl. 34. parlament je između ostalog "utvđivao pravila" koja se odnose na individualna prava i slobode, državne financije, te nekoliko drugih značajnih područja poput kaznenog prava, nacionalne obrane, itd.⁹ Što se tiče čl. 37.,¹⁰ sve ostalo je zapravo bilo "regulatorno" i prema

⁷ **Bell J.**, FRENCH CONSTITUTIONAL LAW, Oxford, 1994., str. 78.

⁸ **Waline M.**, AVIS ET DÉBATS, 51 (4th Session, 31 July 1958), cit. pr. **Bell J.**, op. cit., str. 78.

⁹ **Article 34: (1)** La loi est votée par le Parlement.; **(2)** La loi fixe les règles concernant: - les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens; - la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités; - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats; - l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie. **(3)** La loi fixe également les règles concernant: - le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales; - la création de catégories d'établissements publics; - les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat; - les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. **(4)** La loi détermine les principes fondamentaux: - de l'organisation générale de la Défense nationale; - de la libre administration des collectivités (*Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003*) "territoriales", de leurs compétences et de leurs ressources; - de l'enseignement; (*Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005*) "de la préservation de l'environnement; - du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales; - du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. **(5)** Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. (*Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996*)" Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique." **(6)** Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat. **(7)** Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique. Usp. http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html

¹⁰ **Article 37: (1)** Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. **(2)** Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. **Article 37-1:** (*Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003*): La loi et le

tome (u načelu) izvan moći parlamenta da izravno utječe na takve propise. Na taj je način Ustav V. Republike pronašao rješenje kojim je parlamentu uskratio njegovu raniju prerogativu "suverenog određivanja nadležnosti regulatorne vlasti", kako je navedeno u savjetodavnom mišljenju Državnog savjeta 1953.¹¹ Štoviše, parlament je mogao i u striktno legislativnim domenama delegirati vladi mogućnost donošenja zakonodavnih uredbi u ograničenom vremenu (čl. 38. Ustava). U temeljima te "revolucije" nalazila se je važna političko-kulturna promjena ukorijenjena u transformaciji prevladavajućeg stajališta o pravom području političkog koje pripada reprezentativnoj legislaturi, te navodno "nepolitičke" ekspertize (znanstvena, ekonomska, financijska ili organizacijska) koja pripada odvojenoj, tehnokratskoj sferi pod hijerarhijskom kontrolom izvršne vlasti.

Posebnost 34. i 37. članka Ustava V. Republike (1958.) je u tome što su oni ekstremni primjer općeg procesa koji se tridesetih godina otvorio u nekim zemljama zapadne Europe. Cilj tog procesa je definiranje institucionalnog prostora u kojemu bi se, kako to izravno zaključuje **P. Lindseth**, "u relativnoj slobodi od parlamentarnog i stranačkog miješanja mogle primjenjivati navodne lekcije znanosti i ekspertize (uz potrebe korporativnog pregovaranja)".¹²

Iako se je glede čl. 34. i 37. govorilo o "revoluciji", izgleda da nje zapravo i nije bilo.¹³ Prema priznanju Ustavnog vijeća (*Conseil Constitutionnel*) i Državnog savjeta izabrana legislatura je i nakon 1958. godine imala središnji položaj u sustavu stvaranja državnih normi, unatoč novom ustavnom tekstu. Jurisprudencija Ustavnog vijeća i Državnog savjeta građena je na klasičnom shvaćanju legislativnog autoriteta koji je legislativnim područjem smatrao efektivno sva pitanja, a ne samo ona utvrđena u čl. 34. Ustava. Na taj je način, unatoč nastojanjima **De Gaullea** i **M. Debréa** kao idejnih tvoraca Ustava, ustavna praksa V. Francuske Republike - "reproducirala bitne elemente poslijeratnog ustavnog uređenja koje se je svugdje manifestiralo. Stvaranje normi se u novoj francuskoj administrativnoj državi nije više legitimiralo samo egzekutivnim nadzorom. Prije se može reći da su u posredovanju legitimiteta tog novog oblika administrativnog upravljanja legislatura i sudovi (u tom slučaju administrativni tribunali na čelu s Državnim savjetom) nastavili igrati ključnu ulogu".¹⁴

règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental.
Usp. http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html

¹¹ COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE, Avis. No. 60.497, 6 février 1953., u: LES GRANDS AVIS DU CONSEIL D'ETAT, cit. pr. **Lindseth P.**, THE PARADOX OF PARLIAMENTARY SUPREMACY: DELEGATION, DEMOCRACY AND DICTATORSHIP IN GERMANY AND FRANCE, 1920's-1950's, University of Connecticut School of Law, Working Paper Series, Paper 49, 2004., str. 1404.

¹² **Lindseth P.**, op. cit., str. 1406.

¹³ **Bell J.**, op. cit., str. 79., koji citira **Jean Riveroa**, LE DOMAINE DE LA LOI, str. 261.

¹⁴ **Lindseth P.**, op. cit., str. 1407.

III.

Jedna od uloga u tom "posredovanju legitimiteta" o kojemu ćemo ponešto reći je i ona Državnog savjeta - uloga koju ta institucija prema Ustavu ima u postupku donošenja zakona i uredaba.

1) U komparativnoj znanosti ustavnog i upravnog prava najviše se je pisalo o funkciji Državnog savjeta kao vrhovnog administrativnog suda koji u ime građana i općeg interesa pravedne i učinkovite javne uprave obnaša sudsku kontrolu institucija javne vlasti. S druge strane, Državni savjet obnaša i jednako važnu funkciju o kojoj se relativno manje govori. Riječ je o savjetodavnoj ulozi *Conseil d'Etat* (CE) kao savjetodavca francuske Vlade, odnosno kontrolora nacrtu dekreta prije njihovog usvajanja i nacrtu zakonskih prijedloga prije njihovog podnošenja parlamentu. Tako francuski Ustav u čl. 38.2. zahtijeva da se: "ordonanse donose u Ministarskom savjetu na temelju mišljenja Državnog savjeta. One stupaju na snagu čim se objave, ali prestaju važiti ako nacrt zakona o potvrdi ne bude podnesen Parlamentu prije datuma utvrđenog u zakonu o davanju ovlasti". U čl. 39. 2. Ustav utvrđuje da se: "Nacrti zakona usvajaju u Ministarskom vijeću na osnovi mišljenja Državnog savjeta i oni se predaju predsjedništvu jednog od dva doma".¹⁵

Bernard Ducamin, svojedobno jedan od generalnih tajnika CE, s pravom je ukazao na poteškoću donošenja bilo kakvog suda o savjetodavnoj (konzultativnoj) ulozi te institucije bez podsjećanja da se u njenom slučaju "ne radi o *a priori*noj invenciji, već povijesnom procesu s dubokim korijenima i rezultatu praktično svih režima koje je Francuska poznavala, a njih je svakako mnogo".¹⁶

2) Državni savjet kao savjetodavno tijelo postoji još od XIV. stoljeća, a kao konstitucionalizirana institucija postoji od Napoleonovog Ustava od 22. prosinca 1799. godine (Ustav godine VIII, 22. Frimaire An 1799). **Napoleon** je konstitucionalizacijom CE želio stvoriti "polu-administrativno, polu-sudsko tijelo koje bi reguliralo obnašanje onog dijela arbitrarne vlasti koja nužno pripada državnoj administraciji".¹⁷ Oblikovan prema instituciji Kraljevskog vijeća (*Conseil*

¹⁵ **Article 38. 2.:** Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

Article 39. 2.: Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. (*Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996*) "Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale." (*Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003*) "Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat." **TEKST USTAVA FRANCUSKE REPUBLIKE OD 4. X. 1958.** v. http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html#titre5; Usp. i **Jovičić M.**, **VELIKI USTAVNI SISTEMI**, Beograd, 1984., str. 475.-494.

¹⁶ **Ducamin B.**, **THE ROLE OF THE CONSEIL D'ETAT IN DRAFTING LEGISLATION**, u *International & Comparative Law Quarterly*, 30/1981, str. 882.

¹⁷ **Pelet de la Lozere**, **OPINIONS DE NAPOLEON**, Paris, 1833., str. 191.; cit. pr. **Lindseth P.**, op. cit.

du Roi) iz *Starog režima*, CE je reflektirao temeljnu premisu francuskog javnog prava koja postoji još od XVII. stoljeća: pravna kontrola administracije je po sebi oblik administracije (*juger l'administration, c'est encore administrer*) te bi stoga ta kontrola trebala pripadati samo administraciji i biti izvan dosega ordinarnih sudova. Napoleon je bio svjestan da bi bez legalne kontrole državnih tijela - "vlast bila izvrgnuta prijeziru". **Henry Parris** ističe da je stvarajući tijelo "kritičara s licencom" Napoleon dokazao svoju superiornost nad drugim diktatorima.¹⁸ **P. Lindseth** zaključuje da je zbog te funkcionalne nužnosti CE nadživio kolaps Napoleonovog režima 1815. godine, kao što je preživio i sve druge promjene oblika vladavine (monarhijsku, imperijalnu, republikansku) od kojih je svaki želio s CE imati posebnu vezu. Jedan od razloga "preživljavanja" CE-a je u tome što je, osim uz njegovu organsku pripadnost egzekutivi koja je ostala središnja za njegov identitet, francuski sustav administrativne sudbenosti postao visoko "judicijaliziran". Pod imperijalnim i monarhijskim režimima koji su dominirali do 1870. godine CE je usavršio različita proceduralna sredstva putem kojih se kontrolirala zakonitost izvršne vlasti (npr. upravni spor, *recours contentieux, le contentieux administratif*). Među tim sredstvima povijesno je najznačajnija bila tužba ili zahtjev za poništavanjem izvršnog akta zbog prekoračenja ovlasti (*recours pour excès de pouvoir*). Istodobno CE daje veliki doprinos u izradi najvećih pravnih tekstova koji su obilježili Francusku do našeg vremena, kao što su *Code Civil* (1807.-1815.), *Code Penal* (1810.), itd.¹⁹

Što se tiče sadašnje uloge CE u pripremi zakonskih tekstova, ona se vezuje uz ime poznatog pravnika **Renéa Cassina** (1887.-1976.) koji se je 1941. godine pridružio **De Gaulleovoj** privizornoj vladi u Londonu i njenom Pravnom odboru (*Comité juridique*). Pravni odbor je bio zadužen za pripremu važnih akata koji bi se primjenjivali na francuskim područjima nakon oslobođenja. Nakon oslobođenja Pariza, Pravni odbor je istražujući važne zakonske tekstove tranzicijskog razdoblja funkcionirao na metropolitanskom području usporedno s CE, ali odvojeno od njega. Kada je R. Cassin nakon rata započeo svoje predsjedanje CE (1944.-1960.) začeta je i sadašnja uloga institucije u pripremi zakona.²⁰

IV.

Na koji način CE participira u legislativi V. Republike? Odgovor na to pitanje zahtijeva kratki uvid u rješenja koja je Ustav V. Republike iskoristio za podjelu zakonodavnih ovlasti. Francuska republikanska tradicija je još i prije

str. 1374.

¹⁸ **Parris H.**, THE CONSEIL D'ETAT IN THE FIFTH REPUBLIC, Government and Opposition, Vol. 2, No. 1, str. 104.

¹⁹ O povijesnoj dimenziji izgradnje pravne države i ulozi pojedinih institucija v. **Tunc A.**, GOVERNMENT UNDER LAW: A CIVILIAN VIEW, u: **Sutherland A.E. (ed.)**, GOVERNMENT UNDER LAW, Harvard, Cambridge, 1956., str. 35-71.

²⁰ Idem, str. 83.

usvajanja Ustava iz 1958. godine priznavala određene bitne ovlasti egzekutive u legislativi. Te su se ovlasti prije svega odnosile na unutarnji život državne organizacije kao pravne osobe - npr. na zapošljavanje personala i usmjeravanje njihove aktivnosti, ili primjerice odlučivanje o načinu korištenja javnog zemljišta, i sl. Sama priroda ovlasti koje su dodjeljivane izvršnoj grani vlasti odnosila se je na implementaciju zakona, ali i njegovo preciziranje. Ipak, egzekutiva je prvenstveno tražila ovlasti za ostvarivanje javnog poretka i izvanrednih stanja. Konačno, ona je od parlamenta dobila ovlasti da dekretima u određenim područjima realizira parlamentarnu delegaciju ovlasti. Kriterij diobe koji se je razvijao u IV. Republici pokazuje kako su se mijenjale granice onoga što se je smatralo "prirodnim" zadaćama egzekutive. Nakon Prvog svjetskog rata, a posebno nakon Drugog svjetskog rata, očekivalo se je da izvršna vlast bude uključena u normativnu regulaciju socijalnog područja, prije svega socijalnog osiguranja, ekonomske intervencije u monetarnoj politici, formiranje cijena, itd. U svakom slučaju, te su se granice normativne aktivnosti egzekutive pomicala. S druge strane, legislatura je tradicionalno u određenim područjima djelovala sama. No i na tom planu postupno dolazi do napuštanja republikansko-parlamentarnog kanona o plenarnoj normativnoj snazi legislature kao predstavnika "opće volje" nacije, koju je najjasnije izražavao **Carré de Malberg**: "Kada Ustav polazi od ideje da Parlament ima ovlast zakonima formulirati opću volju onda je jasno... da Ustav više ne dvoji oko dodjeljivanja zakonodavnih ovlasti u određenim pitanjima. To je zbog toga što je opća volja neograničeno slobodna da svoje prvenstvo obnaša u odnosu na sve predmete koje namjerava regulirati".²¹ Kao predstavnik opće volje parlament je ovlašten da po "svom izboru i u bilo kojoj stvari, izravno zakonodavno djeluje sam, ili može ovlastiti Egzekutivu da u granicama koje su određene aktom ovlaštenja djeluje dekretom".²²

Za vrijeme IV. Republike (1946.-1958.) pokušalo se je podjelu ovlasti između zakonodavne i izvršne vlasti postaviti što preciznije. U tom smislu racionalizacija parlamentarnog djelovanja u Ustavu V. Republike izražava razvoj ranijih povijesnih trendova, što je ustavna teorija izrazila kao odsustvo suverenosti parlamenta nad potencijalno svim područjima zakonodavstva, odnosno njegovu "abdikaciju u korist vlade".²³

Ustav V. Republike je na originalan način riješio pitanje diobe normativnih ovlasti između parlamenta i egzekutive. Parlament i dalje jedini donosi zakone (to su normativni akti koji nose naziv *loi*),²⁴ ali ne u svim područjima, kako je

²¹ **Raymond Carré de Malberg**, LA LOI, EXPRESSION DE LA VOLONTE GÉNÉRALE: ÉTUDE SUR LE CONCEPT DE LA LOI DANS LA CONSTITUTION DE 1875., Paris, 1931., str. 144.; cit. pr. **Lindseth, P.**, op. cit., str. 1380.

²² Idem str. 87.

²³ **Jovičić M.**, VELIKI USTAVNI SISTEMI, Beograd, 1984., str. 162.

²⁴ "Prema Ustavu V. Republike *loi* u užem smislu je eskluzivni opće normativni zakonski tekst s obveznom snagom kojega su usvojila dva parlamentarna doma - Narodna skupština i Senat, te kojega je promulgirao Predsjednik Republike, nakon mogućeg ispitivanja Ustavnog vijeća o njegovoj suglasnosti s Ustavom. Jednom promulgiran *loi* je obavezan za sve, a posebno za sve jurisdikcije." Usp. **Ducamin B.**, op. cit., str. 884.

uobičajeno diljem svijeta, nego samo onima u ustavu izričito nabrojenima.²⁵ S druge strane, vlada je dobila *ex constitutione* ovlast da ordonansama "inicijalno pristupi primarnom reguliranju svih ostalih materija".²⁶ Područja (*domaine réservée*) u kojima parlament ima pravo donositi zakone utvrđena su u čl. 34. Ustava. Pritom se pravi razlika između zakona kojima se "utvrđuju pravila" (*la loi fixe les règles*) i zakona kojima se "uređuju osnovna načela" (*la loi détermine les principes fondamentaux*). Smisao tog razlikovanja je u tome što se kod prvih određena materija detaljno regulira zakonom, dok se kod drugih "osnovna načela" trebaju razraditi i precizirati drugim propisima.

Ustav u čl. 37. pak utvrđuje da "materije koje ne spadaju u područje zakona imaju uredbodavni karakter", što znači da sva pitanja za koja nije izričito određeno da će biti regulirana zakonom mogu bez ikakvih ograničenja biti regulirana uredbama (*décrets*).²⁷ Vlada pod određenim uvjetima donosi i ordonanse. Odobrenje vladi da donosi ordonanse (uredbe sa zakonskom snagom) daje parlament usvajanjem zakona o habilitaciji.

Ustav je vladi omogućio i značajnu poziciju u zakonodavnom radu parlamenta. To se zaključuje iz sljedećeg:

1) Ustavni čl. 41. st. 1. utvrđuje da "dnevni red sadrži, prioritarno i to redom koji je utvrdila vlada, raspravljanje o nacrtima zakona koje je podnijela vlada i prijedlozima zakona koje je ona prihvatila".²⁸ Vlada je zapravo postala gospodar rada parlamenta. U parlamentu se raspravlja o pitanjima onim redom koji utvrđuju ministri.

2) Citirani ustavni članak nama je zanimljiv zbog toga što se u njemu spominju "nacrti zakona" i "prijedlozi zakona" s kojima ćemo kasnije spojiti mjesto i ulogu Državnog savjeta. Nacrti zakona (*projets de lois*) su tekstovi čije usvajanje predlaže vlada (prvi ministar), a prijedlozi zakona (*propositions de lois*) su tekstovi čije usvajanje, na temelju prava zakonodavne inicijative, predlažu parlamentarni zastupnici. Iskustvo pokazuje da među zakonima koje donosi parlament oko 90% potječe iz inicijative vlade, dok samo 10% potječe iz prijedloga zastupnika.

²⁵ Usp. Čl. 34. Ustava V. Republike na http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html#titre5

²⁶ Jovičić M., op. cit., str. 162.

²⁷ "Décret" je akt kojega emanira Prvi ministar, a u određenim slučajevima i Predsjednik Republike. Riječ je o aktu Egzekutive *par excellence*. *Décret réglementaire* je akt koji sadržava pravila općeg karaktera. Od Ustava 1958. određene materije su samo u domeni zakona u strogom smislu te riječi. U svim ostalim pitanjima Vlada može donositi uredbe. U slučaju da Parlament greškom usvoji zakon koji sadrži odrebe o pitanju koje ne spada u područje zakona (*loi*), Vlada može, nakon odobrenja Ustavnog vijeća, takav zakon promijeniti uredbom. Za zakone koji su usvojeni prije Ustava 1958. godine ta se je modifikacija mogla dogoditi i nakon savjeta Državnog vijeća." Usp. Ducamin B., op. cit., str. 884.

²⁸ Usp. Čl. 48.1. Ustava V. Republike na http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html#titre5; Jovičić M., VELIKI USTAVNI SISTEMI, Beograd, 1984., str. 483.; Avril P. & Gicquel J., DROIT PARLEMENTAIRE, Paris, 1988., str. 97.

3) U plenumima parlamentarnih domova raspravlja se o tekstu nacrtu zakona koji je predložila vlada (s eventualnim izmjenama i dopunama od strane parlamentarnog odbora), a ne o tekstu kojega bi na osnovu nacrtu pripremio nadležni odbor.

4) U slučaju "neposlušnosti" parlamenta, vlada ima mogućnost da pravo odlučivanja povjeri samo jednom njegovom domu (Narodnoj skupštini), odnosno može sasvim zaobići parlament i određeno pitanje riješiti ordonansom, a ne zakonom.

5) Vlada u povodu izglasavanja određenog zakonskog teksta može pokrenuti pitanje odgovornosti pred prvim domom i ako u roku od 24 sata ne bude podnesen prijedlog za izglasavanje nepovjerenja i taj prijedlog usvojen većinom glasova članova toga doma, tekst će se, i bez formalnog glasovanja o njemu, smatrati usvojenim. Riječ je zapravo o snažnom sredstvu pritiska ostvarivanja zakonske politike vlade.

Glava V. francuskog Ustava (*Titre V: Des Rapports entre le Parlement et le Gouvernement*, Art. 34-51) omogućila je značajnu racionalizaciju djelovanja vlade. **J. Bell** zaključuje da je riječ o značajnoj promjeni u ustavnoj teoriji o diobi vlasti: "Postalo je jasno da se legitimitet egzekutivne legislative više ne derivira iz delegacije Parlamenta (odnosno iz volje naroda), već iz prirode vladinih odgovornosti. I Parlament i Vlada deriviraju svoj legitimitet iz Ustava. *Loi* i Ustav su na različite načine prevladavajuća kontrola egzekutivne akcije. Priznanje da Parlament ne može kontrolirati ukupno donošenje propisa o kojemu Ustav govori ide dalje od odredaba čl. 34. i 37. Središnje pitanje diobe vlasti između Parlamenta i egzekutive je čl. 38., odnosno delegacija zakonodavne vlasti Vladi i administrativnim agencijama izvan nje".²⁹ U tom procesu odvija se osvajanje novog ustavnog legitimiteta stare *trias politice*, ali u novoj formi koju zahtijeva upravljanje državom blagostanja. Tri tradicionalne ustavne grane ostaju odvojeni mehanizmi legitimacije, a u tome je prema ustavnim odredbama u člancima 38.2. i 39.2. istaknutu ulogu dobio i Državni savjet. Pritom je od posebnog interesa njegova funkcija u pripremi legislative.

V.

Razmatranje ustavne pozicije i uloge Državnog savjeta u pripremi legislative svakako je interesantno za komparativno ustavno pravo.³⁰ Tako **J. Bell** smatra da upravo francusko iskustvo može pomoći poboljšavanju pripremnih legislativnih

²⁹ **Bell J.**, FRENCH CONSTITUTIONAL LAW, Oxford, 1992., str. 111.

³⁰ Ustav iz 1958. godine je na "paradoksalan način", kako se to ističe u Dictionnaire Constitutionnel, PUF, Paris, 1992., str. 200-202. konstitucionalizirao Conseil d'Etat. S jedne strane CE se spominje zbog konzultativnih atribucija (ar. 39.2, 37.2, 38.2), ali se uopće ne spominje postojanje poretka administrativne jurisdikcije u kojem je CE središnji temelj.

radnji. U čemu je to posebnost u procesu pripreme zakonodavstva u kojemu *Conseil d'Etat* igra veliku ulogu?

Sasvim sumarno, francuska procedura je posebna u tri područja: konzultaciji, parlamentarnoj kontroli i kontroli radne iskoristivosti pred CE.³¹

1) Francuska Republika ima vrlo formaliziran konzultacijski postupak. Prema Ustavu *Conseil d'Etat* i *Conseil Economique et Social* se u zakonodavstvu učestalo konzultiraju.³² Regularno konzultiranje osigurava sustavni pristup kontroli. Svrha konzultiranja je da se u formuliranju političkih mjera osigura široki krug mišljenja stručnjaka i socijalnih partnera.

2) Proces parlamentarne kontrole je posebno osebujan. Tehnika korištenja izvjestitelja (*rapporteur*) i odborskog postupka prije parlamentarne debate potiče Parlament da se angažira u sistematičnije istraživanje čitavog zakona u odboru prije pune rasprave u parlamentarnom domu. Najčešći cilj procedure u komparativnom parlamentarnom pravu je ispitati tekst, izmijeniti ga, ispitati ministra, ispitati vladu i ministre. Francuska procedura stremi istim ciljevima, ali s tim da jasno razdvaja prvu funkciju od ostalih. Izvješće odbora osigurava da tekst bude ispitan u cijelosti, ali i da se promijeni tamo gdje je nužno.

3) Kontrola u odboru pred CE koncentrira se na širu legalnu prihvatljivost i administrativnu radnu iskoristivost zakonskih prijedloga. Kontrola nadilazi pitanja striktno legalnosti te izražava općenitu brigu CE za učinkovitost administracije. Tako su neki francuski autori utvrdili da je CE "oduvijek priznavao svoju dužnost da se ne ograniči na ulogu pravnog savjetnika u striktnom smislu, nego je želio biti savjetnik u punom smislu, vođen svojim raznolikim iskustvom administriranja

³¹ **Bell J.**, CELEBRATING 200 YEARS OF THE CONSEIL D'ETAT – WHAT IS THE FUNCTION OF THE CONSEIL D'ETAT IN THE PREPARATION OF LEGISLATION, *International & Comparative Law Quarterly*, 49/2000, str. 660.-672.; **Ducamin B.**, THE ROLE OF THE CONSEIL D'ETAT IN DRAFTING LEGISLATION, *International & Comparative Law Quarterly*, 30/1981, str. 882.-898.; **Brown N.**, THE PARTICIPATION OF THE FRENCH CONSEIL D'ETAT IN LEGISLATION, *Tulane Law Review*, 48/1973-74, str. 796-814.

³² **Article 39:** (1) L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. (2) Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. (*Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996*) "Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale." (*Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003*) "Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat." (...)

Article 69: (1) Le Conseil économique et social, saisi par le Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de loi qui lui sont soumis. (2) Un membre du Conseil économique et social peut être désigné par celui-ci pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis du Conseil sur les projets ou propositions de loi qui lui ont été soumis.

Article 70: Le Conseil économique et social peut être également consulté par le Gouvernement sur tout problème de caractère économique ou social. Tout plan ou projet de loi de programme à caractère économique ou social lui est soumis pour avis.

koje proizlazi koliko iz životnog znanja brojnih državnih ministarstava, toliko i konkretnog iskustva njegovih članova".³³

Dakle, u najopćenitijem smislu razlikuju se najmanje tri različite faze postupka kontrole u CE koje nemaju istu funkciju: (1) CE šalje izvjestitelja kako bi radio s osobljem ministra. Riječ je prvenstveno o savjetodavnoj ulozi *rapporteur*a s naglašenom tehničkom ulogom u pripremi nacrt, koji pomaže - kako to ističe **J. Bell** - da se "politički i administrativni ciljevi pretoče u legalnu prozu".³⁴ (2) Druga faza uključuje javnu kontrolu rezultata postupka. Izvjestitelj je tu već promijenio svoju poziciju. On iznosi prijedlog pred ostatak CE i tumači njegove ciljeve. Vlada ima svoje vlastite predstavnike (*commissaires du gouvernement*) koji brane određena stajališta i odgovaraju na kritike. Cilj je rasprave identificirati pitanja koja treba riješiti, a koja nisu prvenstveno tekstualna. Detaljna kontrola u ovoj fazi omogućuje da se zakon kroz diskusiju pročisti i da bude tehnički spreman za političku debatu u parlamentu. (3) Rasprava u Skupštini ostvaruje još jednu funkciju: ona širi kontrolu općih načela slabije upoznatom auditoriju koji može inzistirati na glavnim pitanjima.

VI.

Koje su preokupacije CE u savjetodavnoj ulozi? Orijentiri za procjenu stvarnog utjecaja CE-ovih istraživanja nacrt, mogu biti dvojaki: (a) objekt, odnosno preokupacije interesa CE savjetnika, te (b) efekti, odnosno rezultati.

Imajući na umu **Rousseauovo** stajalište kojim u *Društvenom ugovoru* (1762.) započinje poglavlje o zakonodavcima, **B. Ducamin** smatra da CE zapravo pomaže političkoj vlasti u odgovornom zakonodavnom zadatku. S obzirom na niz nesavršenosti koje se javljaju prilikom izrade nacrt, zakonskih prijedloga, pravi zadatak CE je utvrđivanje takvih nesavršenosti najprije u pogledu forme, a zatim i u pogledu biti teksta.³⁵

1) Kad je u pitanju **forma** teksta CE se pridržava određene juridičke metode. Opskuran i kompliciran tekst ne može biti dobar tekst. CE inzistira na prezentaciji koja se sastoji od nekoliko dionica: (I.) *Materijalna prezentacija*. Misao predlagača mora biti izložena u takvom okviru u kojemu se svatko može snaći; (II.) *Stil i jezik*. Juridički stil je izraz klasičnog francuskog jezika. CE čuva ravnotežu između akademskog i živog jezika i njegovih varijacija; (III.) *Konciznost*. Iz stila i jezika jasno proizlazi preokupacija konciznim tekstom u kojemu se bit izražava u nekoliko riječi. Članci trebaju biti kratki, tekst se dijeli u poglavlja, podpoglavlja,

³³ **Letourneur M. et al.**, LE CONSEIL D'ETAT ET LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, 1070, str. 181.; cit. pr. **Bell J.**, WHAT IS THE FUNCTION OF THE CONSEIL D'ETAT IN THE PREPARATION OF LEGISLATION, *International & Comparative Law Quarterly*, 49/2000, str. 663.

³⁴ **Bell J.**, op. cit., str. 664.

³⁵ Usp. **Ducamin, B.**, THE ROLE OF THE CONSEIL D'ETAT IN DRAFTING LEGISLATION, *International & Comparative Law Quarterly*, 30/1981., str. 882.-898.

paragrafe, itd. Ovdje se čuvaju tradicionalna pravila; (iv) *Jasnoća i preciznost*. Zapravo je riječ o razumljivosti teksta - nacrti su ponekad nejasni i preglomazni. Zadaća je CE da od administracije zatraži objašnjenje motivacija i ciljeva, te da na kraju napisano bude razumljivo i definitivno. Ipak, unatoč svemu nejasnoće ponekad ostaju. Tada se CE mora pozabaviti samom biti teksta.

Ad2) Kad je u pitanju **bit** teksta CE prije svega vodi računa o tome da je Francuska "pravna država" (*L'Etat de droit*), dakle država u kojoj se od zakonodavne vlasti traži da pravila donosi uz uvažavanje određenih temeljnih načela (načelo ustavnosti, načelo zakonitosti, itd.). CE čuva tu opću hijerarhiju propisa pomažući vladi da ih svojim zakonskim prijedlozima poštuje. Tome pomaže savjetodavni i sudbeni kapacitet članova CE. Na pravne poteškoće ukazuje se za vrijeme ispitivanja izvjestitelja (*rappporteur*), ali i u raspravama u sekciji i skupštini. Osim pravnih pitanja, otvaraju se i praktična pitanja administrativnog života.

U ispitivanju tekstova CE se prije svega referira na opća pravna načela, Ustav, međunarodne konvencije, propise EU, organske zakone i zakone.

VII.

Koji je stvarni utjecaj savjetodavne uloge CE? S obzirom na ustavnu obvezu vlade da konzultira CE postavlja se pitanje koliko on može utjecati na sadržaj zakona i regulacija? S obzirom da ne postoji obveza vlade da slijedi savjet CE-a, koliko onda zapravo ona pridaje pažnje savjetima CE? Mogući su izravni i neizravni efekti.

1) Vidljivi izravni efekti uočavaju se već na samom podnesku nacrt teksta koji obično ide u dva stupca: jedan tekst je onaj koji se podnosi CE-u, a drugi je stupac tekst kojega je prihvatila vlada nakon savjeta CE. Modifikacije su moguće po formi i sadržaju. Kako ističe **B. Ducamin** formalne se modifikacije (pitanje stila, terminologije, enumeracije članaka, logičkog redoslijeda propozicija, itd.) kao sugestije CE uglavnom poštuju. Razlozi za to su dvojaki. CE je savjetnik vlade - on vladi pomaže da joj legislativa bude što bolja. S druge strane, CE ima više iskustva u izradi nacrt. Kad je riječ o modifikaciji sadržaja potrebno je: prvo, diferencirati nacrt zakona od nacrt dekreta; drugo, diferencirati pravne primjedbe od nepravni.

Kad je riječ o nacrtima dekreta, vlada najčešće prihvaća primjedbe pravne prirode. Ako vlada ignorira takve primjedbe stvar rješava Odjel za sporove CE (Section du Contentieux). Primjedbe te vrste nisu rijetke radi poteškoća u određivanju razlike između zakonskog područja i područja dekreta.

Glede nacrt zakona može se utvrditi da su primjedbe pravne prirode koje formulira CE rjeđe, a istodobno i od manje prisile za vladu. Rjeđe su zato što je zakon viši u hijerarhiji pravnih akata, te što je legislator podvrgnut Ustavu, međunarodnim konvencijama i općim pravnim načelima. Manje su obvezujuće zato što se - prema francuskom pravu - zakon (*loi*) kao izraz nacionalnog suvereniteta

ne podnosi na kontrolu sudovima. Zakon koji je usvojen u parlamentu predstavlja predmet ograničene kontrole Ustavnog vijeća (*Conseil Constitutionnel*) i to jedino prije, no ne i poslije njegove promulgacije. Zakon može biti proglašen protuustavnim isključivo prije promulgacije; takvu prethodnu provjeru ustavnosti mogu tražiti jedino predsjednik Republike, prvi ministar, domovi parlamenta ili najmanje 60 zastupnika. U najvećem broju slučajeva parlament ne mora ni znati za savjet koji je vlada dobila od CE. Parlament će za takav savjet saznati tek ako ga obznani sama vlada. Vlada se pritom uvijek nada da se u parlamentu neće postavljati one pravne primjedbe na koje su im kao na moguće prepreke usvajanju prijedloga zakona ukazali članovi CE. Ako CE izrazi primjedbe glede ustavne osnove nacrtu zakona, vlada će (u slučaju da nije odviše politički obvezana prijedlogom zakona) slijediti savjet CE. Motiv takvog postupanja je prvenstveno želja za poštivanjem Ustava. Naravno, postoji i rizik da bi taj isti prijedlog zakona opozicija poslala na provjeru ustavnosti Ustavnom vijeću, što također utječe na opisano postupanje vlade.

U slučajevima kada primjedbe CE nisu temeljene na isključivo pravnim osnovama, efekt savjeta ovisi prije svega o opcijama koje je vlada imala prije samog obraćanja CE, kao i o publicitetu kojega je dala svojim prijedlozima. U slučajevima kada vlada sasvim jasno naznači svoje opcije, CE nastoji svoja zapažanja oblikovati prema vladinim naznakama izbjegavajući otvorenu kritiku. Time se zapravo potvrđuje postavka o CE kao "prvom savjetniku vlade" (*premier conseiller du gouvernement*).³⁶ CE svakako nastoji ispuniti svoju ulogu na odgovoran način, što savjetnici shvaćaju. Ipak, ako su primjedbe CE čvrste, one mogu rezultirati dubljom revizijom. Vlada svakako zna koji će nacrti izazvati pažnju parlamenta. U tom je smislu rasprava u CE prilika da se uvide slaba mjesta prijedloga i da se na vrijeme odustane od onih dijelova koje bi vjerovatno trebalo izbaciti u parlamentarnoj raspravi. Prema tome, ukoliko bit vladinog teksta ovisi o slobodi odnosa prema savjetima CE, moguć je zaključak o značajnom utjecaju CE na internu strukturu zakonodavstva. Međutim, taj je utjecaj značajan i po neizravnim efektima.

2) Neizravni efekti. Procedura ispitivanja nacrtu teksta pred CE nije samo formalnost. S obzirom na ozbiljnost procedure administracija se za nju priprema odgovorno. Utvrđujući svoj dnevni red, vlada redovito predviđa točku koja se odnosi na "faznu radu pred Državnim savjetom". Osjećaj sigurnosti kojega ulijeva CE osjećaju i administratori i političari. Administratori priželjkuju stabilnost i kontinuitet koje CE reflektira u svom radu. CE je savjest administracije koji pruža osjećaj sigurnosti državnim činovnicima koji se pojavljuju pred njim. S druge strane, političari koji ponekad odlučuju "naslijepo" znaju da CE djeluje kao kontrola, što im daje sigurnost.

³⁶ **Chirac J.**, LE DEUXIÈME CENTENAIRE DU CONSEIL D'ETAT, govor u povodu proslave 200-godišnjice Državnog vijeća; usp. na <http://www.rajf.org/articles/29012000.php> (28.7.2007.)

VIII.

U kompleksnoj ustavnopolitičkoj francuskoj povijesti u kojoj su se ustavi i režimi mijenjali češće nego u bilo kojoj drugoj zemlji klasičnog ustavnog prava, institucija *Conseil d'Etata* pravi je izuzetak. Ustanovljena za vrijeme Napoleona, ta je institucija preživjela ne samo njegov pad nego i sve sukcesivne ustavnopolitičke promjene u Francuskoj sve do današnjih dana. Pritom je sačuvala svoje osnovne funkcije - savjetodavnu i kvazisudbenu - koje su davale snažan pečat francuskom pravnom i političkom životu. Iako je CE prije svega poznat po svom ogromnom utjecaju na razvoj konceptualnog okvira koji je omogućio francuskim pravnicima da utvrde granice legaliteteta djelovanja uprave, ono je posebno nakon osnivanja V. Francuske Republike na vrlo osebujan način afirmiralo svoj doprinos legislativnom djelovanju francuske egzekutive.³⁷ Upravo ta "zakonodavna funkcija" Državnog savjeta zaslužuje biti šire poznata izvan Francuske. Dok se sudska funkcija Državnog savjeta uglavnom tiče patologije francuske javne administracije, njegova funkcija pravnog savjetovanja vlade i ministara ima, prema **N. Brownu**, daleko "uvjerljiviji, benigniji i zdraviji" utjecaj jer se tom funkcijom CE zapravo u određenom smislu uključuje u legislativno djelovanje te tako djeluje na čitavu francusku političku zajednicu.³⁸

Praksa je pokazala da je uloga CE u procesu pripreme legislative posebna i vrijedna. Ona dakako nije savršena, ali nesumnjivo doprinosi nizu postupaka. **J. Bell** posebno vrijednim smatra postojanje formalizirane kontrole onih sredstava kojima legislativa respektira i čuva temeljne slobode i ustavne procedure.³⁹

Analiza zakonodavne vlasti pokazuje da suvremeni parlament u najširem smislu dijeli zakonodavnu vlast sa: (I.) izvršnom vlašću; (II.) izbornim tijelom; (III.) svojim odborima; (IV.) lokalnim ili federalnim tijelima. U toj podjeli najvažniju ulogu igra izvršna vlast. To je posebno vidljivo u Francuskoj. Tu se na poseban način obistinjuje **Haberleova** ocjena da se "zakonodavčeva djelatnost, kao stalna razrada socijalne promjene u vremenu, očituje u obilju postupaka i tehnika".⁴⁰ Tome posebno svjedoči francusko iskustvo s ulogom CE u zakonodavstvu. Imajući u vidu sve što smo prethodno naveli o općim trendovima nadmoći egzekutive u odnosu na legislativu, odnosno o diobi zakonodavne vlasti u Francuskoj s posebnim osvrtom na legislativnu ulogu CE, može se govoriti o "ograničenoj", "odgovornoj" i "konstruktivnoj" ulozi te institucije u stvaranju francuskih zakona i dekreta. U toj djelatnosti CE nije potpuno popustljiv u odnosu na politiku parlamenta i vlade.

³⁷ Usp. **Koopmans T.**, COURTS AND POLITICAL INSTITUTIONS-A COMPARATIVE VIEW, Cambridge, 2003., str. 135.-142.

³⁸ **Brown N.**, THE PARTICIPATION OF THE FRENCH CONSEIL D'ETAT IN LEGISLATION, Tulane Law Review, 48/1973.-1974., str. 814.

³⁹ **Bell J.**, CELEBRATING 200 YEARS OF THE CONSEIL D'ETAT – WHAT IS THE FUNCTION OF THE CONSEIL D'ETAT IN THE PREPARATION OF LEGISLATION, International & Comparative Law Quarterly, 49/2000., str. 671.

⁴⁰ **Bačić A.**, PARLAMENTARNO PRAVO – HRVATSKE I POREDBENE PARLAMENTARNE PROCEDURE, Split, 2004., str. 249.

Tako **M. Rendel** tvrdi da se rad CE ne tiče samo pravnih detalja. CE posjeduje "stoljetni smisao" za praktičnu orijentaciju administracije, važnost zakona i temeljnu legalnu vještinu upravljanja državom, ukratko superiorno znanje o tome na koji način iskoristiti pravo da bi država funkcionirala.⁴¹

CE je u stanju ostvariti svoju ustavnu ulogu dijelom i zbog formalizirane prirode predustavne konzultacije, koja tom tijelu omogućava poziciju u cjelini zakonodavnog postupka. Kao pravno tijelo CE raspolaže autoritetom iznošenja pravnih savjeta o zaštiti temeljnih vrednota i širem kontekstu u koji se takva legislativa treba uklopiti. CE posjeduje i komplementarno znanje i vještine potrebne ministarskim dužnosnicima za ostvarivanje političkih ciljeva kojima teže. Konačno, riječ je o tijelu starijih administratora (pojedini članovi CE i sami su bili ministri), što mu daje posebnu vrijednost u kritičkim ocjenama prijedloga legislativnih i administrativnih rješenja.

Na kraju, ističemo da su suvremeni parlamenti sljedbenici konstitutivnih i regulatornih pravila (*rule followers*) koja omogućavaju i ograničavaju djelovanje nominalnog zakonodavca. Ta pravila uvijek imaju svoje formalne i neformalne izvore. Tako je i u Francuskoj. U procjeni i kritici formalnih ograničenja djelovanja političkih vlasti (parlament, vlada), a koja u cjelini utječe da nositelji vlasti slijede pravila kako se ne bi postavljali iznad prava, svoje mjesto i značaj ima i *Conseil d'Etat*. Iako je uloga CE u javnom životu Francuske Republike izravno ovisila o jačini vlade, njegov doprinos afirmaciji prava prevladava nad nedostacima. Dok je za vrijeme III. Republike (1875.-1940.) i IV. Republike (1946.-1958.) egzekutiva bila "mlađi partner" legislaturi, odluke CE su tek ponekad imale politički značaj. Ustav V. Republike ponovno je izgradio jaku egzekutivu. Istovremeno sa širenjem prostora djelovanja izvršne vlasti, širila se je i mogućnost kontrole njenog djelovanja od strane CE. Brojne velike odluke CE postale su pravi primjeri "najviše tradicije liberalne jurisprudencije".⁴² Stoga se za CE s pravom može utvrditi da je riječ o instituciji koja je dosegla najviše administrativne i pravne standarde. Tako je CE utjecao ne samo na vladu i ministarstva, nego i na druge institucije suvremene Francuske Republike. Upravo to se redovito i događa kada je riječ o instituciji koja svojom praksom neovisnog autoriteta, slobodnog od bilo kakve pristranosti i lokalnih veza, promiče ideje ustavne demokracije i vladavine prava.

⁴¹ **Rendel M.**, THE ADMINISTRATIVE FUNCTION OF THE CONSEIL D'ETAT, Paris, 1970., str. 231.; cit. pr. **Bell J.**, op. cit., str. 663.

⁴² **Paris H.**, THE CONSEIL D'ETAT IN THE FIFTH REPUBLIC, Government and Opposition, Vol. 2, Issue 1: 89-104, str. 98.

ON ROLE AND CONTRIBUTION OF THE CONSEIL D'ETAT IN LEGISLATION

During the 20th century, throughout the Western world, a process of democratisation (legislative) of delegation occurred in a way which is consistent with the specific historical experience and constitutional traditions of each country in particular. However, the results also share some common characteristics. So, within certain states there were firstly some fundamental changes in the distribution of functional power in a way that the power was concentrated in the sphere of executive and administrative powers. The goal of parliamentary majority was no longer to vote for the laws as such, but to ensure a stable executive which then could ensure rational internal leadership of the state and the projection of national political and economic power internationally. Parliaments thereby became less forums for legislative decisions but more institutional instruments for the legitimisation of normative activities of the national government and its administrative apparatus. The author finds an illustration of this phenomenon in the French constitutional legal experience in which the Conseil d'Etat as an eminently executive entity assumes an important place in the legislative power of the Vth Republic.

Key words: *parliament, supremacy of parliament, administrative state, legislature, executive, Conseil d'Etat, advisory role*

Dr. sc. Boris Ljubanović
Dr. sc. Boris Bakota
Docenti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku

AKTUALNA PITANJA UREĐENJA NOVOG HRVATSKOG OPĆE UPRAVNOG POSTUPKA

UDK: 342.9 (497.5)

Primljeno: 10. 01. 2008.

Izvorni znanstveni rad

Autori odgovaraju na pitanje je li Hrvatskoj potreban novi Zakon o općem upravnom postupku ili je dostatno noveliranje postojećeg. Navode bitna obilježja naših posebnih upravnih postupaka, te se bave odnosom između opće upravnog postupka i tih posebnih postupaka. Zatim razlažu pitanje novih oblika upravnog postupanja i posebno iznose o institutu upravnog ugovora. Poslije toga razmatraju moguća rješenja s jasnim ciljem povećanja učinkovitosti i brzine upravnog postupanja, među kojim rješenjima zasebno iznose o e-upravi. Na kraju se bave složenim pitanjem uređenja pravnih lijekova u upravnom postupku.

Ključne riječi: *Hrvatska, upravni postupak, lijekovi*

I.

Tema o novom uređenju hrvatskog općeg upravnog postupka bogata je po mnoštvu pitanja koja postavlja. Ovdje će biti govora o onim pitanjima normiranja opće upravnog postupka za koja držimo da su u Hrvatskoj, zemlji u tranziciji kako se to uobičajeno navodi, naglašeno aktualna.

II.

Jedno od prvih takvih pitanja na koje valja potražiti odgovor jest: je li potrebno izraditi i donijeti novi hrvatski Zakon o općem upravnom postupku te, u tom sklopu, je li potreban radikalna raskid s našom upravno-postupovnom tradicijom, pa dakle i s našim upravno-postupovnim pravom? Republika Hrvatska je, Zakonom iz 1991. godine, preuzela Zakon o općem upravnom postupku (dalje: ZUP) bivše savezne države. Taj je Zakon donesen davne 1956. godine, a zatim je u više navrata noveliran, posljednji put 1986. godine. Prilikom preuzimanja neke su odredbe spomenutog Zakona brisane, neke su izmijenjene, neke dopunjene, a izvršene su i brojne promjene nazivlja. No, svi ti zahvati u zakonskom tekstu nisu promijenili suštinu, naime i dalje je ostao na snazi jedan stari zakon koji ne slijedi

zahtjeve i potrebe vremena. Ti zahtjevi proizlaze, prije svega, iz najviših vrednota ustavnog poretka samostalne Republike Hrvatske, među kojima treba istaknuti poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, vladavinu prava i demokratski višestranački sustav. Zatim proizlaze iz poduzetničke i tržišne slobode kao temelja gospodarskog ustroja, te iz mnoštva poslova državne uprave koji su povjereni tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti.¹ Pritom valja reći da postoje i međunarodno prihvaćeni zahtjevi. Tu se ubraja zahtjev da postupak bude brz i jednostavan. Potom da se u postupcima, pa dakle i u upravnom postupku, ostvaruju: (1) načelo supsidijarnosti, koje traži da se ne primijeni teža mjera, ako se ista svrha može ostvariti drugom (blažom) mjerom,² (2) načelo razmjernosti, prema kojem svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju,³ (3) načelo pravičnog postupka, prema kojem se postupak mora provesti prema autoritativnim pravnim standardima uspostavljenim ustavom i zakonima,⁴ u kojem će slučaju zakonske posljedice biti izvjesne i primjerene normativnim očekivanjima⁵ onih na koje se zakon primjenjuje. Rečenom treba dodati i potrebu da se u postupku koriste dostignuća informacijsko-komunikacijske tehnologije, kao i da se predvide novi oblici upravnog postupanja.

Na temelju izloženog valja se suglasiti s danas općeprihvaćenim gledištem da je potrebno izraditi i donijeti novi ZUP, a ne samo novelirati i modernizirati

¹ V. čl. 3., čl. 49. st. 1. i čl. 134. Ustava RH.

² Iz onoga što iznosi njemački autor Beulke, načelo supsidijarnosti je tek jedan od zahtjeva koje postavlja načelo razmjernosti. Potonje navedeno načelo ima značenje negativne pretpostavke za određivanje teže mjere. Ako, naime, postoji nerazmjernost između mjere ili radnje kojom se želi ograničiti neko temeljno pravo ili sloboda osobe i potrebe za tom mjerom, onda postoji smetnja za određivanje namjeravane teže mjere. Usp. Beulke, W., *Strafprozessrecht*, 3. Aufl., C.F. Muller, Heidelberg, 1998., str. 94.

³ Na ovaj je način načelo razmjernosti definirano u odredbi čl. 16. st. 2. Ustava RH. To načelo vrijedi u svim postupcima u kojima državno tijelo, uključujući i tijelo izvršne vlasti, primjenjuje mjere ili radnje kojima se ograničava temeljno pravo ili sloboda građanina. Naša ustavnopravna doktrina nije do danas razradila načelo razmjernosti. Prema §29. austrijskog Zakona o javnoj sigurnosti (*Sicherheitspolizeigesetz*) načelo razmjernosti nalaže državnim tijelima, ali i zakonodavcu, sljedeće: (a) između više mjera ili radnji kojima se može ostvariti dopušteni cilj izabrati onu kojom će se najmanje ograničiti temeljno pravo ili sloboda građanina, (b) prilikom poduzimanja mjere ili radnje postupati pažljivo u odnosu na prava i interese trećih osoba, (c) postići ravnotežu između štetnih posljedica poduzete mjere ili radnje i rezultata koji se mjerom ili radnjom želi postići, (d) postupati obzirivo u odnosu na prava i interese osobe prema kojoj je mjera ili radnja poduzeta, te (e) poduzetu mjeru odmah obustaviti čim se ostvari njezin cilj, odnosno čim se sazna da ona nije prikladna za ostvarivanje toga cilja.

⁴ Prema Galligan-u, autoritativni pravni standardi jamče da će postupak biti pravičan; oni su sukladni ustavu, priznati su kao takvi, a odluka koja je na njima utemeljena smatra se pravilnom i legitimnom. Usp. Galligan, D.J., *Due Process nad Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996., str. 25.

⁵ Normativno očekivanje je, prema Pusiću, općenito, kod neodređenog kruga članova zajednice, stabilizirano očekivanje da će se ponašanje generalnog, ne konkretiziranog, kruga adresata, odvijati prema zahtjevu pravne norme. Usp. Pusić, E., *Društvena regulacija*, Globus, Zagreb, 1989., str. 237. i slj.

postojeći.⁶ U novim zakonskim odredbama morali bi doći do izražaja gore spomenuti zahtjevi, ali i potrebe moderne uprave. Takav bi zakon imao i svoje pozitivno povratno djelovanje na upravu, jer nema moderne, odgovorne i učinkovite javne uprave u službi građana bez zakona koji će omogućiti učinkovit, ekonomičan i transparentan upravni postupak. Pritom će, kao i u svim postupovnim zakonima, posebnu teškoću predstavljati iznalaženje takvih normi upravnog procesnog prava koje jamče pravilnost odluka upravnih tijela i primjereno trajanje upravnog postupka.

Izneseno, međutim, ne znači da je neophodan radikalna raskid s našom upravno-postupovnom tradicijom i/ili okolicom. Postoje rješenja u važećem ZUP-u koja su i u ovo doba dobra i prihvatljiva, te ih stoga treba zadržati. Tu mislimo na načelo zakonitosti, obvezu upravnih tijela da pri vođenju upravnih postupaka štite prava stranaka, ali i drugih osoba, te javni interes, pravo na žalbu koje ima rang načela upravnog postupka, obnovu postupka kao izvanredan pravni lijek, i dr.

III.

Aktualno je, posigurno, i pitanje odnosa između općeg i posebnih upravnih postupaka. Naime, prema važećem ZUP-u, čl. 2., pojedina pitanja postupka za određenu upravnu oblast mogu se posebnim zakonom urediti drukčije nego što su uređena tim zakonom, ako je to nužno za postupanje u toj upravnoj oblasti i nije protivno načelima samog ZUP-a. Iz navedene zakonske odredbe proizlazi da se za određenu upravnu oblast mogu drukčije normirati a) samo pojedina pitanja postupka (ne, dakle, cijeli postupak), b) isključivo posebnim zakonom, c) ako je to nužno, d) ako to nije protivno načelima ZUP-a. Propisivanjem spomenutih ograničenja za normiranje posebnih upravnih postupaka željelo se postići da se posebni postupci odnose na manji broj upravnih oblasti, te da odstupanja od propisa općeg upravnog postupka bude što manje.

No, stanje onoga što postoji u našoj stvarnosti je sasvim drukčije. Postoji mnoštvo zakona koji normiraju pojedinu upravnu oblast ili neke dijelove iz takve oblasti (materijalni zakoni), koji sadrže i posebne upravno-postupovne odredbe. Pritom se u zakonske tekstove unose odredbe postupovnog karaktera koje su suviše, nejasne, neprecizne, ili se zakonom propisuje da će se pojedina pitanja postupka regulirati podzakonskim aktom. Na taj način nastaje pravna nesigurnost, omogućava se arbitrarno postupanje i ne osigurava se djelotvorna pravna zaštita na području upravno-pravnih odnosa.⁷

⁶ Takvo gledište iznosi se i u Smjernicama za izradu novog Zakona o općem upravnom postupku Republike Hrvatske, projekt CARDS 2003. «Potpora reformi javne uprave i državne službe», Središnji državni ured za upravu, Zagreb, 2007., str. 4., kao i u Strategiji reforme državne uprave u Republici Hrvatskoj, Središnji državni ured za upravu, zagreb, 2005., str. 22.

⁷ V. detaljno Boris Ljubanović, Posebni upravni postupci u Republici Hrvatskoj, Hrvatska javna uprava, Časopis za teoriju i praksu javne uprave, br. 3/2006., str. 5. – 22.

Postavlja se pitanje kako odgovoriti na postojeće stanje, tim više što će i novi ZUP, zbog specifičnosti upravnog postupanja u pojedinim upravnim područjima, izvjesno je, morati sadržavati odredbu prema kojoj se pojedina pitanja upravnog postupka u tim područjima mogu, posebnim zakonom, urediti drukčije, uz uvjet da to uređenje ne bude u suprotnosti s ciljevima i načelima ZUP-a.

Prema suvremenom shvaćanju procesne teorije, svaki pravni postupak, što znači i upravno-pravni postupak, mora biti uređen tako da se postupa ujednačeno i pravično prema svima. U jednoj svojoj veoma važnoj odluci od 15. III. 2000. Ustavni je sud RH naveo da se «...vladavina prava, kao najviša vrednota ustavnog poretka RH,... ne smije poistovjećivati samo sa zahtjevom za zakonitošću postupanja tijela državne vlasti... (nego sadrži) i dopunske zahtjeve koji se tiču samog zakona i njegova sadržaja; u tom smislu... zakoni moraju biti opći i jednaki za sve, a zakonske posljedice trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primijeniti. One moraju biti primjerene legitimnim očekivanjima stranaka u svakom konkretnom slučaju u kojem se zakon na njih neposredno primjenjuje... Načelo vladavine prava bit će poštivano samo ako zakonske odredbe budu dovoljno određene i prema onima na koje se odnose, kako u pogledu njihovih prava i obveza, tako i u pogledu postupka u kojem se o tim pravima i obvezama odlučuje, a posljedice koje će izazvati u konkretnom slučaju primjerene legitimnim očekivanjima stranaka na koje se primjenjuju».⁸

Iz iznesenog proizlazi da bi se ubuduće upravni postupak morao voditi gotovo redovito prema odredbama novog ZUP-a, pod uvjetom da on sadrži odredbe koje omogućuju njegovu primjenu u najvećem broju upravnih djelatnosti, kao i pravne standarde koji jamče pravnu sigurnost i vladavinu prava. Posebna postupovna pravila trebala bi biti svedena na znatno manji broj upravnih područja i samo u mjeri u kojoj je to zaista potrebno.

No, samim donošenjem novog ZUP-a, s izrečenim karakteristikama, neće se smanjiti broj postojećih upravnih postupaka. To se može postići izmjenama sada važećih zakona koji sadrže posebne upravno-postupovne odredbe, te unošenjem takvih odredbi u buduće zakone koji će regulirati neko upravno područje, ali uz strogo uvažavanje kriterija koji su gore izloženi.

IV.

Što se pitanja novih oblika upravnog postupanja tiče, po uzoru na pravo nekih država kontinentalne Europe, a prije svega francusko i njemačko pravo, uz klasično donošenje upravnog akta predlaže se prihvaćanje (u novom ZUP-u) instituta upravnog ugovora. Riječ je o ugovoru u pisanom obliku kojim se zasniva upravno-pravni odnos između pojedinih tijela javne vlasti (upravna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u poslovima

⁸ Ovom je odlukom Ustavni sud RH ukinuo neke odredbe Zakona o Državnom sudbenom vijeću jer nisu bile u skladu s Ustavom RH. V. «Narodne novine», br. 31/2000.

lokalnog i područnog (regionalnog) djelokruga ili u povjerenim im poslovima državne uprave, pravne osobe koje imaju javne ovlasti) (tzv. koordinirani upravni ugovor) ili između tijela javne vlasti i građanina ili određene pravne osobe (tzv. subordinirani upravni ugovor ili upravni ugovor o razmjeni). Upravni ugovor bi se mogao sklopiti pod uvjetom da priroda upravne stvari dopušta njegovo sklapanje i da je tijelo javne vlasti ovlašteno (po zakonu ili zakonom utemeljenom propisu) odlučiti na osnovi diskrecijske ocjene, a upravni ugovor nije zakonom izričito isključen. Pod navedenim uvjetima upravni ugovor bi bilo moguće sklopiti i u slučaju da je tijelo javne vlasti u odnosnoj upravnoj stvari ovlašteno donijeti upravni akt. Subordiniranim upravnim ugovorom tijelo se javne vlasti može obvezati na određeno postupanje, a druga ugovorna strana na odgovarajuću protučinidbu koja mora biti proporcionalna i biti u vezi s ostvarivanjem zadaća javne vlasti. Ukoliko bi upravni ugovor utjecao na prava treće strane, za njegovu pravnu valjanost bila bi potrebna pisana suglasnost te strane.⁹

V.

Obrada teme o općem upravnom postupku obuhvaća, gotovo redovito, i pitanje kako povećati učinkovitost i brzinu toga postupka?

Na to pitanje može se odgovoriti, pored ostaloga, zakonskim propisivanjem obveze ostvarivanja ideje one-stop-shop (sve na jednom mjestu). Utoliko prije što i prema Direktivi Europskog parlamenta od 12. prosinca 2006. o uslugama za zajedničkom tržištu, države su članice dužne osigurati u tijelima javne vlasti jedinstvena mjesta za kontakt i koordinaciju, u kojima će korisnici usluga moći na jednom mjestu obaviti sve formalnosti koje se tiču postupka.¹⁰ Tako bi građani, u komunikaciji s jednim upravnim tijelom, mogli obaviti sve potrebne postupovne radnje i dobiti sva relevantna saznanja u svezi tih radnji, neovisno o broju tijela koja su uključena u konkretni upravni postupak. Za ostvarivanje ovog ni u kojoj mjeri lakog zadatka potrebni su, pored ostaloga, i odgovarajući propisi, naravno i u novom ZUP-u.

Trajanje upravnog postupka ovisi i o propisima koji reguliraju taj postupak. Ako su ti propisi složeni, komplicirani, onda će i postupak trajati dulje, a ako su jednostavniji i predviđaju manje formalnosti, onda će biti kraći. Zbog toga već spomenuta Direktiva Europskog parlamenta iz 2006. godine utvrđuje dužnost država članica da preispitaju svoje upravne postupke i postupke za pružanje javnih i drugih usluga, te ako ustanove da ti postupci nisu dovoljno jednostavni, moraju ih

⁹ Usp. s njemačkim institutom javno-pravnog ugovora («Öffentlich – rechtlicher Vertrag»), Kopp/Ramsauer, VwVfg, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2005., §54. - §62., str. 1059. i slj.

¹⁰ V. Article 6. pod 1. Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, u Official Journal od the European Union od 27. 12. 2006.

pojednostaviti.¹¹ Suglasno navedenom, u dokumentima u kojima se govori o našem upravnom postupku redovito se naglašava da taj postupak mora biti jednostavan i brz. Na taj se način problem trajanja upravnog postupka isuviše pojednostavnjuje. Pravilno je zadatak formulirati ovako: naše novo upravno procesno pravo mora naći optimalnu ravnotežu između zahtjeva da se zaštite i ostvaruju prava osoba koje sudjeluju u tom postupku i zahtjeva da složenost propisa bude svedena na prihvatljivu mjeru, a postupak kraći i jeftiniji.

Uvođenje e-uprave i općenito informacijsko-komunikacijske tehnologije značajno doprinosi unapređenju kvalitete upravnog postupanja, ali i kraćem trajanju toga postupanja. Doista je izazov pronaći načine i oblike primjene tehnologije, primjerene uvjetima i potrebama javne uprave i građana. Spomenuti načini svakako uključuju i mogućnost komuniciranja upravnih tijela sa strankama i uopće građanima. Neophodno je izraditi strategiju e-uprave do 2010. godine. Ona bi sadržavala viziju i ciljeve uvođenja e-uprave, aktivnosti na provedbi strategije (formalno-pravno i organizacijsko okruženje, razvoj ljudskih potencijala, razvoj infrastrukture i dr.), te način praćenja ostvarivanja strategije. Pritom se mogu koristiti iskustva europskih država koje su uvele e-upravu (tako Austrija i Njemačka¹²), ali i iskustva naših sveučilišta (u Zagrebu i Rijeci) koja su izradila i prihvatila strategiju e-učenja.¹³

Postupci, pa tako i upravni postupak, se mogu ubrzati propisivanjem rokova za obavljanje procesnih radnji. Pritom su rokovi koji su predviđeni za državna tijela gotovo uvijek monitorni ili instrukcijski, tj. rokovi koji postoje zbog interesa procesne discipline, sprječavanja otezanja postupka. Stoga se procesna radnja može obaviti i nakon tog roka, a osobi koja ga je propustila može se uz određene uvjete izreći stegovna mjera zbog počinjenja stegovnog djela. Zakonodavac, u pravilu, na propuštanje roka u poduzimanju procesne radnje ne želi nadovezati obustavu postupka, odnosno da je odluka donesena i zahtjev stranke prihvaćen. Postoji, međutim, prijedlog da se u novom ZUP-u predvide rokovi za donošenje i dostavljanje upravnog akta. U slučaju propuštanja tih rokova smatrat će se da je upravni akt donesen i da je zahtjevu stranke udovoljeno (tzv. fiktivni upravni akt). Ovo tumačenje je novo u našem pravu; važeći ZUP prihvaća tzv. negativnu presumpciju kao posljedicu šutnje uprave, naime da šutnja uprave znači odbijanje zahtjeva. Treba reći da Europski sud za ljudska prava, prilikom ocjenjivanja je li u određenom predmetu prekoračen «razumni rok», ne polazi od unaprijed utvrđenih rokova za okončanje postupaka, nego uzima u obzir: a) složenost predmeta s obzirom na činjenična i pravna pitanja konkretnog slučaja, b) odluku koje se može donijeti nakon provedenog postupka, c) doprinos same stranke odugovlačenju

¹¹ V. Article 5. pod 1. Directive cit. u bilj. 10.

¹² V. §3a («Elektronische Kommunikation») njemačkog Zakona o upravnom postupku, u djelu cit. u bilj. 9., str. 127. i slj.

¹³ V. поближе E-učenje, bilten Tempus projekta EQIBELT, br. 4/rujan/listopad 2007. str. 1. i slj.

postupka, te d) postupanje državnih tijela i njihovu odgovornost za neopravdana zakašnjenja u obavljanju procesnih radnji.¹⁴

Možemo ovdje napomenuti da postoje i drugi prijedlozi u cilju ubrzanja upravnog postupanja, tako da novi ZUP prihvati, po uzoru na neke druge zemlje, institute nagodbe¹⁵ i jamstva. Prema tim prijedlozima, tijelo javne vlasti bi tijekom cijelog postupka moralo nastojati postići nagodbu između stranaka sa suprotnim zahtjevima. To bi tijelo imalo mogućnost, na temelju ovlaštenja iz posebnog zakona, jamčiti kasnije izdavanje ili neizdavanje upravnog akta. Takvo bi jamstvo bilo upravni akt koji se donosi u pisanom obliku.

Na kraju i izvan gore iznesenih prijedloga i objecka treba reći da ključnu ulogu u upravnom postupanju, brzom ili sporom, imaju upravni službenici, njihova sposobnost, marljivost, ekspeditivnost, ali i opremljenost.

VI.

U pogledu pitanja sustava pravnih lijekova u novo reguliranom opće upravnom postupku, trebalo bi novelirati žalbu kao redoviti pravni lijek, zadržati obnovu postupka kao izvanredni pravni lijek, napustiti zahtjev za zaštitu zakonitosti kao izvanredni pravni lijek (iz istih razloga zbog kojih je taj institut napušten novelom Zakona o parničnom postupku iz 2003. godine), te pobliže razmotriti tzv. «ostale slučajeve poništavanja, ukidanja ili mijenjanja rješenja», posebno kakav je njihovo pravni značaj i treba li ih uvrštavati među pravne lijekove.

S obzirom na opsežnost i složenost problematike pravnih lijekova u upravnom postupku, ovdje će biti govora samo o nekim aspektima novog uređenja žalbe.

Ponajprije, radilo bi se o «žalbi protiv upravnog akta». Upravni bi se akt definirao kao «... svaka pojedinačna odluka ili mjera iz područja upravnog prava kojom tijelo javne vlasti jednostrano odlučuje o pravima, obvezama ili pravnim interesima jedne ili više stranaka u konkretnom slučaju». No žalba bi se mogla podnositi i kad tijelo javne vlasti nije odgovorilo na zahtjev, s time da bi postojao posebno normiran postupak za takav slučaj. Žalba bi imala suspenzivan (odgodni) učinak; no tijelo bi javne vlasti moglo zbog zaštite posebnog javnog interesa ukinuti odgodni učinak, odnosno moglo bi na prijedlog stranke produljiti odgodni učinak ako bi izvršenje nanijelo stranci teško popravljivu štetu, a produljenje nije u suprotnosti s posebnim javnim interesom ili ne bi prouzročilo veću nepopravljivu štetu trećoj osobi. Prvostupanjsko bi tijelo kome se predaje žalba imalo i dalje tzv. meritorne ovlasti, naime kada utvrdi da je žalba opravdana, imalo bi ovlast zamijeniti upravni akt koji je nezakonit novim aktom, ali samo u korist stranke. Drugostupanjsko bi tijelo moglo preinačiti prvostupanjski akt kako u korist žalitelja, tako i na njegovu štetu, ako drukčije nije propisano zakonom. To

¹⁴ Presuda u slučaju *Eckle c/a Njemačke* od 1992., www.echr.coe.int

¹⁵ V. §55. («Vergleichsvertrag») njemačkog Zakona o upravnom postupku, u djelu cit. u bilj. 9., str. 1090. i slj.

znači da bi zabrana reformacije in peius, tj. zabrana preinačenja prvostupanjskog akta na štetu žalitelja, važila samo kada je to posebno predviđeno. I ovo bi bila novost u našem upravno postupovnom pravu. Naime, prema važećem ZUP-u, drugostupanjsko tijelo može povodom žalbe, u cilju pravilnog rješenja stvari, preinačiti prvostupanjsko rješenje na štetu žalitelja, ali samo u tri slučaja koji su predviđeni tim zakonom.¹⁶

Naš važeći ZUP određuje tzv. minimalni sadržaj žalbe, tj. minimalne podatke koji se u žalbi moraju navesti. U žalbi se, naime, mora navesti rješenje koje se pobija, s brojem i datumom donošenja, te naziv tijela koje je donijelo rješenje. Žalitelj ne mora žalbu posebno obrazložiti, već je dostatno da u žalbi izloži u kojem je pogledu nezadovoljan rješenjem.¹⁷ Propust je zakonodavca što nije predvidio da u minimalni sadržaj žalbe spada i potpis podnositelja žalbe. To stoga jer se žalba izjavljena od neovlaštene osobe odbacuje rješenjem prvostupanjskog, odnosno drugostupanjskog tijela. U novom ZUP-u valjalo bi propisati tzv. poželjan sadržaj žalbe, a zatim predvidjeti da će se žalba rješenjem odbaciti ako se iz nje ne vidi koje se rješenje njome pobija i tko je podnosi. Naravno, ako prethodno žalitelj. u roku što ga odredi tijelo prvog stupnja, ne ispravi, odnosno ne dopuni svoju žalbu. Potonji podaci su doista onaj minimum što žalba mora sadržavati da bi se po njoj moglo postupati.

CURRENT QUESTIONS OF THE REGULATION OF THE NEW CROATIAN GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE

The authors answer the question of whether Croatia needs a new General Administrative Procedure Act or whether amendment of the existing one is enough. They note important characteristics of our special administrative proceedings and deal with the relationship between general administrative procedure and those particular proceedings. Then they expound the issue of new forms of administrative procedure and in particular outline the institution of administrative contracts. Afterwards, they analyse the possible solutions with the clear goal of increasing effectiveness and speed of the administrative procedure. Among other solutions, they in particular outline e-administration. Finally they deal with the complex question of the regulation of legal remedies in administrative procedure.

Keywords: *Croatia, administrative procedure, legal remedies*

¹⁶ Prema čl. 244. st. 2. našeg ZUP-a, drugostupanjsko tijelo može u povodu žalbe, u cilju pravilnog rješenja stvari, preinačiti prvostupanjsko rješenje na štetu žalitelja, ali samo iz razloga zbog kojih se rješenje koje je konačno u upravnom postupku poništava ili ukida po pravu nadzora (čl. 363.), zatim iz razloga zbog kojih se izvršno rješenje može izvanredno ukinuti (čl. 266.), te iz razloga zbog kojih se rješenje proglašava ništavim (čl. 267.).

¹⁷ Usp. čl. 232. st. 1. ZUP-a.

Dr. sc. Dario Đerđa

Docent na Katedri za upravno pravo i upravu Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci.

PRAVCI REFORME INSTITUCIONALNOG USTROJA UPRAVNOG SUDSTVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

UDK: 342.9 (497.5)

Primljeno: 17. 01. 2008.

Izvorno-znanstveni rad

Cilj je ovoga rada razmotriti je li Hrvatskoj potrebna institucionalna reforma upravnosudskog sustava te koje alternative Hrvatskoj stoje na raspolaganju odluči li se za ovu reformu. Rad je podijeljen u pet dijelova. Nakon uvodnog dijela u kojem autor općenito problematizira o važnosti sudskog nadzora zakonitosti rada uprave i upravnog spora, analizira se stanje institucionalnog ustroja upravnog spora u Hrvatskoj danas. Zatim se razmatraju modeli ustroja upravnog spora u nekim europskim državama te se nastoji utvrditi postoji li jedinstveni europski model institucionalnog ustroja upravnog sudstva. Slijedi prikaz mogućih reformskih alternativa ukoliko se Hrvatska za takvu reformu odluči. U zaključku, autor sumira analiziranu problematiku te modele njezinog mogućeg prevladavanja.

Ključne riječi: *upravni spor, sudski nadzor, Upravni sud, Hrvatska.*

1. UVOD

Uz zakonodavnu i izvršnu, sudska je funkcija temeljna funkcija ustroja svake državne vlasti. Tradicionalna zadaća sudstva, pored odmjerenja kazni u kaznenim slučajevima, usmjerena je na zaštitu privatnih prava pojedinaca. Ova prava osnov imaju u pravnim odnosima u području građanskog, trgovačkog, radnog, obiteljskog i drugih prava, koje u pravilu obilježava jednaki položaj stranaka u tom pravnom odnosu. Međutim, veliki broj prava i obveza pojedinaca zasniva se, mijenja i prestaje u odnosu koji nastaje između fizičke i pravne osobe, s jedne strane, te državne ili lokalne vlasti, s druge. Ovaj vid pravnog odnosa obilježava subordinirani položaj fizičke ili pravne osobe u njemu. Drugim riječima, nadređenoj stranci dana je pravna privilegija autoritativnog odlučivanja o pravima i obvezama fizičke ili pravne osobe, što je jedna od temeljnih značajki ovoga, tzv. upravnopravnog odnosa.

Kako u postupcima podjeljivanja prava i propisivanja obveza iz upravnopravnog odnosa, državna ili lokalna vlast predstavlja javni interes, usvojeno je načelo da ovaj pravni odnos treba biti zaštićen od strane neovisnog sudskog tijela te da svatko tko smatra da su njegova prava povrijeđena radnjom javne vlasti ima pravo na učinkovito sudsko sredstvo. Stoga je sudski nadzor zakonitosti rada uprave jedno od najbitnijih pitanja upravnog prava svake države. Razvoj pravne

države kao imperativ je nametnuo uspostavljanje modela pravnog nadzora koji treba osigurati široku pravnu zaštitu u području upravne djelatnosti. Nositelj tog nadzora treba biti tijelo čija neovisnost i autoritet osiguravaju da se uprava u svom djelovanju kreće u okviru pravnih normi pozitivnog prava. Još vrlo rano u razvoju modernih država prevladalo je shvaćanje da upravo sudstvo predstavlja vrlo podesan oblik pravnog nadzora uprave, kako zbog svoje stručnosti, tako i zbog svoje organizacijske neovisnosti u odnosu prema upravi.¹

Mnogostruku važnost sudskog nadzora kao oblika nadzora nad upravom u hrvatskoj pravnoj teoriji istaknuo je Borković navodeći da uloga ovog nadzora kao jamca zakonitosti ne dolazi do izražaja samo u represivnoj naravi koja se izražava primjenom sankcije kad nastupi konkretna povreda pravnog poretka, već da on ima i naglašenu preventivnu funkciju, jer unaprijed utječe na tijek upravnog postupanja. Štoviše, s gledišta pravne teorije, upravo je sudski nadzor predstavljao najsavršeniji oblik nadzora nad zakonitošću akata upravnih tijela, odnosno djelovanja njihovih službenih osoba.² Stupanj u kojem je sudska zaštita zajamčena te koliko se učinkovito ona obavlja ključni je element pri ocjeni svakog modernog pravnog sustava. Načelo sudske zaštite osigurava zaštitu prava pojedinaca te preventivno sprječava prekoračenje ovlasti izvršne i upravne vlasti na štetu građana. U svezi s time i Europska unija pridaje izuzetnu važnost upravom sudovanju, jer se velika većina europskog prava nalazi u nadležnosti upravnih sudova, a poseban značaj daje se zaštitu javnog interesa te zaštitu ljudskih prava.³

Upravno sudovanje nerijetko se svodi na upravni spor, kao nadzornu djelatnost sudova pri ocjeni postupaju li tijela državne uprave u skladu s pravnim normama,⁴ premda se ta dva pojma sasvim ne preklapaju.⁵ Upravni spor je najznačajniji vid sudskog nadzora zakonitosti upravnog akta te upravo o ispravnom ustroju ovoga pravnog instituta uvelike ovisi učinkovitost sudskog nadzora nad djelatnošću uprave. Tako primjerice Dupelj ukazuje kako već i sama mogućnost pokretanja upravnog spora utječe na službenu osobu tijela koje vodi upravni postupak, tako da ovaj prilikom rješavanja upravne stvari daleko više obraća pozornost kako na sam postupak, tako i na utvrđivanje svih činjenica i okolnosti relevantnih za donošenje

¹ Ideja o sudskoj kontroli uprave razvila se u sklopu demokratske ideologije građanskog društva, zajedno s idejama o podjeli vlasti, narodnoj suverenosti, vladavini prava i drugima. U Hrvatskoj je sudska kontrola upravnih akata relativno star pravni institut, koji potječe iz 19. stoljeća. O tome vidi u Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 128.

² Loc. cit. te 483. Slično tvrdi i Cardona: «*Sudski nadzor je najsnažnije jamstvo pojedinaca u njihovom ophođenju s upravom.*». Cardona, Francisco, *Converging Judicial Control of the Administration in Europe, Judicial Reform and Administrative Justice*, SIGMA, 2005., str. 2.

³ Vidi u Kujundžić, Ivica, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Europske unije*, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 7.

⁴ Jacobini, Horace B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, New York, London, 1991., str. 10. U Hrvatskoj pravnoj literaturi Borković je upravni spor odredio kao «*oblik sudske kontrole nad upravom i to u prvom redu kontrole upravnog (pojedinačnog, individualnog) akta*». Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 483. I Dupelj upravni spor određuje na isti način. Dupelj, Željko, *Donošenje odluka u upravnom sporu*, *Pravo i porezi*, god. 12., br. 3., 2003., str. 38.

⁵ O tome više u Krbeč, Ivo, *O upravnom sporu*, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 229-230.

zakonitog rješenja.⁶ Prema tome, već i sama mogućnost pokretanja upravnog spora utječe u pravcu zaštite prava građana i pravnih osoba, ali isto tako i na osiguranje zakonitosti u radu tijela državne uprave, drugih državnih tijela i drugih pravnih osoba koje temeljem javnih ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima. Cardona smatra kako sudska presuda koja stavlja izvan snage nezakonit ili nepravilan upravni akt ili nalaže državi da naknadi štetu oštećenom građaninu, ne umanjuje učinkovitost i ugled uprave, već naprotiv, takva presuda doprinosi unaprjeđenju javne upravne djelatnosti, štiti javnu vlast države te stvara povjerenje građana u institucije države.⁷

Odredbе o upravnom sporu susreću se u pravnim porecima velike većine država svijeta pa tako i u pravnom poretku Republike Hrvatske. *Ustav Republike Hrvatske*⁸ člankom 19. stavak 2. propisuje: «Zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.». U svezi s time *Zakon o upravnim sporovima*⁹ u članku 1. propisuje: «Radi osiguranja zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojima državni organi i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima.». Dakle, nadzor zakonitosti upravnih akata i u Republici Hrvatskoj prvenstveno je osiguran kroz instituciju upravnog spora.

Međutim, u Hrvatskoj se danas može čuti cijeli niz primjedbi vezanih uz ustroj i funkcioniranje upravnog spora. Tako se primjerice ukazuje na nemogućnost ulaganja žalbe na odluke Upravnog suda, neusklađenost upravnog spora u Hrvatskoj s odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*¹⁰ i sl. Čak i predsjednik Upravnog suda Republike Hrvatske, Ivica Kujundžić naglašava kako upravno sudovanje u obliku u kakvom je danas «u punoj mjeri ne osigurava Ustavom zajamčenu kontrolu pojedinačnih akata, upravnih tijela i tijela s javnim ovlastima» te vjeruje kako će reforma državne uprave nužno potaknuti i reformu upravnog sudovanja.¹¹

Iz svega navedenoga čini se da je reforma upravnog spora u Hrvatskoj neminovna, a o njoj se već duže vrijeme i raspravlja. Posebno aktualno pitanje koje će imati ključni utjecaj na reformu hrvatskog upravnosudskog postupovnog prava svakako ovisi o konceptu institucionalnog ustroja upravnog sudstva. Cilj je ovoga rada razmotriti je li Hrvatskoj potrebna institucionalna reforma upravnosudskog sustava te koje alternative Hrvatska ima odlučiti li se za ovu

⁶ Dupelj, Željko, Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravom, *Pravo i porezi*, god. 7., br. 10., 1997., str. 31.

⁷ Cardona, op. cit., str. 2.

⁸ *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. i 55/01.

⁹ *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

¹⁰ *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02.

¹¹ *Reforma hrvatske državne uprave*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 67.

reformu. Rad je podijeljen u pet dijelova. Nakon uvodnog dijela u kojem autor općenito problematizira o važnosti sudskog nadzora zakonitosti rada uprave i upravnog spora, analizira se stanje institucionalnog ustroja upravnog spora u Hrvatskoj danas. Zatim se razmatraju modeli ustroja upravnog spora u nekim europskim državama te se nastoji utvrditi postoji li jedinstveni europski model ovog institucionalnog ustroja. Slijedi prikaz mogućih reformskih alternativa ukoliko se Hrvatska za takvu reformu odluči. U zaključku, autor sumira analiziranu problematiku te modele njezinog mogućeg prevladavanja.

2. NUŽNOST REFORME INSTITUCIONALNOG USTROJA UPRAVNOG SUDSTVA

Upravni spor uređen je *Zakonom o upravnim sporovima* koji je Hrvatska je u svoj pravni poredak preuzela iz pravnog sustava bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. *Zakonom o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*¹² izvršeno je više izmjena ovoga *Zakona* donesenog još 1977. godine, a *Zakon* je tijekom 1992. godine još dva puta mijenjan,¹³ čime je u određenoj mjeri, u trenutku njegova preuzimanja, prilagođen pravnom sustavu Republike Hrvatske. Prema članku 3. stavak 1. ovoga *Zakona* te člancima 13. i 23. *Zakona o sudovima* upravne sporove rješava Upravni sud Hrvatske.¹⁴ Ovaj Sud osnovan je i započeo je s radom 1. srpnja 1977. godine.¹⁵ Do tada je o upravnim sporovima u Hrvatskoj odlučivao Vrhovni sud Socijalističke Republike Hrvatske u čijem je sastavu djelovao posebni Odjel za upravne sporove. Osnivanjem Upravnog suda u njegovu su nadležnost preuzeti svi upravni sporovi dotadašnjeg Odjela za upravne sporove Vrhovnog suda Socijalističke Republike Hrvatske i upravno-računski sporovi koji su do tada bili u nadležnosti Višeg privrednog suda Socijalističke Republike Hrvatske. Osnivanjem specijaliziranog Upravnog suda u Hrvatskoj je 1977. godine napušten tzv. angloamerički sustav nadzora uprave putem redovnih sudova¹⁶ te je prihvaćen tzv. francuski sustav nadzora uprave od strane specijaliziranog suda.¹⁷ Iako je upravno sudovanje u Jugoslaviji bilo ustrojeno u dva stupnja, Hrvatski je zakonodavac prilikom preuzimanja *Zakona* odlučio da se upravni spor vodi

¹² *Zakon o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 53/91.

¹³ *Zakon o izmjenama Zakona o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 9/92 i *Zakon o izmjenama Zakona o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 77/92.

¹⁴ *Zakon o sudovima*, Narodne novine, br. 150/05. i 16/07.

¹⁵ Vidi navedeni *Zakon o upravnim sporovima* te *Zakon o redovnim sudovima*, Narodne novine, br. 5/77.

¹⁶ Angloamerički sustav nadzora uprave, tj. sustav nadzora uprave od strane redovitih sudova, povijesno je vezan uz Ujedinjeno Kraljevstvo, odakle se prenio na Australiju, Cipar, Estoniju, Dansku, Indiju, Irsku, Izrael, Kanadu, Maltu, Norvešku, Novi Zeland, Sjedinjene Države i sl.

¹⁷ Sustav posebnih upravnih sudova korijene vuče iz Francuske, pa se tako još naziva i tzv. francuski sustav, a zastupljen je u najvećem broju zemalja Europe, kao npr. Austriji, Belgiji, Finskoj, Francuskoj, Grčkoj, Italiji, Luksemburgu, Njemačkoj, Poljskoj, Švedskoj itd.

kao jednostupanjski. Tako u Hrvatskoj danas djeluje samo jedan upravni sud sa sjedištem u Zagrebu.

Svakako, već sama činjenica postojanja specijaliziranog upravnog suda u Hrvatskoj velika je prednost, jer, smatra Koprić, «*specijalizacija u sudstvu važna je pretpostavka kvalitetnog upravnog sudovanja i sudske kontrole uprave*».¹⁸ Na prednosti sustava posebnih upravnih sudova ukazivao je i Borković, posebno ističući stvaralačku ulogu koju su upravni sudovi odigrali u razvoju upravnog prava, što posebno vrijedi za francuski Državni savjet i austrijski Upravni sud.¹⁹ Specijalizirana zaštita od akata i radnji uprave kojima su povrijeđene nečije ustavne slobode i prava velika je prednost u nužnoj modernizaciji hrvatskog upravnog sudovanja. Međutim, u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj javnosti u posljednje se vrijeme susreće sve više stajališta kako postojeća sudska struktura sa samo jedim upravnim sudom ipak ne jamči dovoljan pravosudni kapacitet za nadzor odluka tijela javne uprave te da je u Hrvatskoj potrebno uvesti još jedan stupanj u upravnosudskom sustavu.²⁰

Rasprava o dvostupanjskom upravnom sudstvu u Hrvatskoj nije ništa novo te se o njoj ne govori samo u posljednje vrijeme. Godine 1997., potaknut ratifikacijom *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* Medvedović je javno upozoravao kako se ne smiju zanemariti odredbe ove *Konvencije*, osobito odredbu članka 6. stavak 1. koja iziskuje određenu reviziju upravnosudskog postupovnog zakonodavstva i preispitivanje opravdanosti postojanja samo jednog upravnog suda kao prvostupanjskog i posljednjestupanjskog suda u upravnim stvarima.²¹ I Borković je 2004. godine ustvrdio kako činjenica da u hrvatskom pravu nije predviđeno stupnjevanje sudske nadzora u upravnom sporu, kao što je, više ili manje pravilo u drugim europskim zemljama, izaziva u praksi određene teškoće u svezi s provođenjem sudske nadzora te je prema njegovom mišljenju reforma pravosuđa trebala početi prije svega reorganizacijom u oblasti upravnog sudovanja. Ujedno je predložio mogućnost uvođenja stupnjevanja upravnosudskog nadzora zakonitosti upravnih akata koji se u Europi, kada je u pitanju upravno pravosuđe uzima gotovo kao pravilo.²² Uvođenje drugog stupnja upravnog sudstva, kao jedan od važnih pravaca njegove modernizacije u Hrvatskoj, danas podržava i Koprić,²³ a isto razmišlja i Juričić ističući kako je danas već «*sasvim izvjesno da Upravnom sudu Republike Hrvatske predstoji preobrazba, te da u Republici Hrvatskoj više*

¹⁸ Koprić, Ivan, Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 62.

¹⁹ Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 489.

²⁰ O tome vidi primjerice Kujundžić, Upravno, op. cit., str. 7. te *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.

²¹ Medvedović, Dragan, Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 35.

²² Borković, Ivo, Upravno sudovanje i upravni spor u Hrvatskoj u vremenu od 1990. do danas, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 44.

²³ Koprić, Ivan, Upravno sudovanje na području bivše Jugoslavije, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 1., 2006., str. 232.

neće moći opstati upravno sudovanje organizirano samo u jednom stupnju, niti na dosadašnji način, a niti prema dosadašnjim postupovnim odredbama».²⁴

Kritike na račun ustroja upravnog sudstva u Hrvatskoj nisu ograničene samo na krug hrvatskih pravnih stručnjaka, već one dolaze i iz Europske unije. Tako je u poglavlju 23. *Izješća Europske komisije od 9. studenoga 2005. godine o napretku Republike Hrvatske u pristupanju europskim integracijama za 2005.* utvrđeno: «U svim područjima pokrivenim *acquisem*, Hrvatska mora prilagoditi svoje institucije, upravljanje te upravni i sudski sustav standardima Unije s ciljem učinkovite primjene *acquisa* ili, kao što to može biti slučaj, omogućiti da se oni provode učinkovito čak i prije pristupa. Općenito, ovo zahtijeva stabilnu javnu upravu koja dobro djeluje, izgrađenu na učinkovitim i nepristranim javnim službama, te neovisnom i učinkovitim sudskom sustavu nadzora.»²⁵ I u *Izješću* koje je izradila misija stručnjaka za područje pravosuđa u svibnju 2005. godine, navodi se kako je upitno može li sadašnja sudska struktura, s jednim Upravnim sudom, jamčiti dovoljan sudski nadzor odluka koje donose upravna tijela. Štoviše, upozorava se da će se ovaj problem pokazati još intenzivnijim u budućnosti, poglavito u primjeni pravne stečevine Unije. Shodno stajalištima europskih pravnih stručnjaka i Freibert sugerira kako bi sustav upravnog sudstva u Hrvatskoj trebao biti «*barem dvostupanjski*», što bi omogućilo nadzor potpuno i pravilno utvrđenog činjeničnog stanja u prvom stupnju.²⁶

Dakle, činjenica je kako jednostupanjski sustav upravnog spora u Hrvatskoj nije model koji daje odgovarajuće rezultate, te bi iz gore navedenih razloga trebalo pristupiti reformi institucionalnog ustroja upravnog spora. Međutim, postavlja se pitanje koji su mogući modeli ovoga ustroja, te dominira li neki od njih u Europskoj uniji ili većini europskih država. Ujedno bi valjalo pozornost usmjeriti i na modele institucionalnog ustroja upravnog sudstva, prihvaćene u državama koje površinom i brojem stanovnika odgovaraju Hrvatskoj, kako bi se utvrdilo da li ovi modeli odgovarajuće funkcioniraju u takvim okvirima.

3. EUROPSKI MODEL INSTITUCIONALNOG USTROJA UPRavnog SUDSTVA

Danas je upravnosudska zaštita u većini europskih država uistinu ustrojena kao višestupanjska – negdje dvostupanjska, a negdje čak i trostupanjska. U nekim je državama ustrojena prema tzv. francuskom modelu, dok je u drugim državama prihvaćen tzv. anglosaksonski model ustroja upravnog sudstva. Upravni sporovi rješavaju se u okviru sustava redovitih sudova primjerice u Mađarskoj, Slovačkoj, Nizozemskoj, Rumunjskoj i Danskoj. U ovim se državama često susreće

²⁴ Juričić, Mirjana, Prikaz Upravnog suda Republike Hrvatske uz tridesetu godišnjicu suda, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2007.*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. XV.

²⁵ European Commission, *Croatia 2005 Progress Report*, 9 November 2005, SEC (2005) 1424.

²⁶ *Reforma hrvatske državne uprave*, op. cit., str. 36.

dvostupanjski ustrojen sudski nadzor nad upravnim aktima. Tako se, primjerice, u Mađarskoj upravni sporovi u prvom stupnju rješavaju pred sudovima opće nadležnosti i to okružnim sudovima (eng. *county courts*) te Gradskim sudom Budimpešte (eng. *Municipal Court of Budapest*), dok u drugom stupnju odlučuje Vrhovni sud smješten u Budimpešti, na kojem je ustrojeno posebno Vijeće upravnih sudaca (eng. *administrative judicial colleges*).²⁷ Niti u Slovačkoj ne postoje specijalizirani upravni sudovi, već ovdje kao prvostupanjski sudovi u upravnim stvarima, ako zakonom nije drugačije propisano, odlučuju regionalni sudovi (eng. *regional courts*), a o žalbama protiv odluka ovih sudova odlučuje Vrhovni sud Republike Slovačke (eng. *Supreme Court of Slovak Republic*).²⁸ I u Nizozemskoj su upravni sporovi u nadležnosti sudova opće nadležnosti, tj. okružnih sudova (eng. *district court*).²⁹ Na ovim su sudovima ustrojena posebna «*upravna vijeća*» koja su specijalizirana samo za upravne sporove. Ulogu žalbenog suda u upravnim sporovima u pravilu ima sudska sekcija nizozemskog Državnog savjeta (eng. *Council of State*). Međutim, u Nizozemskoj svakako valja upozoriti na postojanje jednog specifičnog pravnog lijeka – tzv. instituta «*upravne žalbe*», koji se može koristiti u zakonom propisanim slučajevima. U slučaju korištenja ovoga pravnog lijeka nije dopušteno pokretati upravni spor. Tako se većina upravnih stvari u Nizozemskoj okonča već na ovoj razini.³⁰

Za razliku od navedenih država trostupanjski sustav upravnog sudstva u okviru anglosaksonskog sustava ima Rumunjska. Upravne sporove tijela upravnih vlasti u prvom stupnju ovdje rješavaju tzv. tribunali (eng. *tribunals*).³¹ U Rumunjskoj danas djeluje 42 tribunala, u okviru kojih se, osnivaju vijeća za upravne i porezne sporove. U drugom stupnju nadležni su žalbeni sudovi (eng. *courts of appeal*), koji ujedno u prvom stupnju odlučuju i o zakonitosti akata tijela središnje državne vlasti. Ustrojeno je 15 žalbenih sudova. Protiv prvostupanjskih odluka žalbenih sudova može se uputiti žalba Visokom sudu kasacije i pravde (eng. *High Court of Cassation and Justice*), kao najvišem sudskom tijelu u državi. U okviru žalbenih sudova mogu se osnovati posebna vijeća za upravne i porezne sporove.³² Slično

²⁷ U Mađarskoj postoji ukupno četiri razine sudstva. Tako postoji 111 općinskih sudova (eng. *local courts*), 20 okružnih sudova (eng. *county courts*), 5 regionalnih žalbenih sudova (eng. *Regional courts of appeal*) te Vrhovni sud (eng. *Supreme Court*). Vidi članak 16., *Act No 66 of 1997 on the Organization and Administration of Courts*, http://www.birosag.hu/engine.aspx?page=birosag_english_01_act.

²⁸ U Slovačkoj je sudski sustav ustrojen u tri stupnja. Na dnu sudske strukture su okružni sudovi (eng. *district courts*), zatim slijede regionalni, dok je na vrhu Vrhovni sud Republike Slovačke. O tome više vidi na http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_sv_k_en.htm.

²⁹ I u Nizozemskoj postoji trostupanjski ustroj sudstva: pored okružnih sudova (eng. *district courts*) postoje i žalbeni sudovi (eng. *courts of appeal*) te Vrhovni sud (eng. *Supreme Court*).

³⁰ O ovome više vidi u *The Court System in the Netherlands*, Ministry of Justice, Amsterdam, 2002., str. 32.-37.

³¹ Tribunali su sudovi s pravnom osobnošću koji djeluju na okružnoj razini (eng. *caunty level*) i na području grada Bukurešta.

³² Više vidi u *Lege nr. 59 din 23 iulie 1993 pentru modificarea Codului de procedura civila, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr.29/1990 și a Legii nr.94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi*, Monitorul Oficial, nr. 177/1993. i *Lege nr. 304 din 28 iunie 2004 privind organizarea judiciară*, Monitorul Oficial, nr. 576/2004., 827/2005.

je i u Danskoj, gdje je sudska zaštita osigurana unutar sustava sudova opće nadležnosti, ustrojenog u tri stupnja, konkretno pred tzv. nižim sudovima (eng. *lower courts*), okružnim sudovima (eng. *district courts*) i Vrhovnim sudom (eng. *Supreme Court*), od kojih se uvijek koriste samo dvije instance.³³

Iako se upravni spor u ovim državama vodi pred sudovima opće nadležnosti, iako je zaključiti da se uglavnom u svim državama susreću specijalizirani odjeli koji rješavaju samo upravne sporove. Time se u praksi, unatoč nazivu i nadležnostima sudova, suci koji odlučuju u upravnim sporovima ipak specijaliziraju za vođenje upravo ove vrste sudskih postupaka, što svakako rezultira većom kvalitetom presuda.³⁴ S druge strane, veliki broj europskih država ima ustrojen sustav specijaliziranih upravnih sudova, koji su funkcionalno izdvojeni iz sustava sudova opće nadležnosti te im je najvažnija ili čak isključiva funkcija upravo rješavanje upravnih sporova. Posebno ustrojene upravne sudove tako primjerice imaju Francuska, Njemačka, Italija, Švedska, Finska, Poljska, Grčka, Turska itd.

U Francuskoj je primjerice ustrojen trostupanjski model upravnog sudstva, koji se može susresti i u još nekoliko zemalja. Ovdje postoji 37 upravnih sudova (franc. *tribunaux administratifs*) koji odlučuju u prvome stupnju. Osnovani su 1953. godine s ciljem rasterećenja Državnog savjeta. U drugom stupnju odluke donosi osam žalbenih upravnih sudova (franc. *cours administratives d'appel*), koji su osnovani 1987. godine na međuregionalnoj razini. Na vrhu upravnosudske strukture nalazi se Državni savjet (franc. *Conseil d'Etat*) koji o odlukama žalbenih upravnih sudova odlučuje kao kasacioni sud. Državni savjet, smješten u Parizu, izuzetno je važno tijelo francuske nacionalne vlasti, pa njegovoj ulozi valja posvetiti nekoliko riječi. On s jedne strane pravno savjetuje izvršnu vlast, a s druge ima funkciju vrhovnog upravnog suda. Iako formalno gledano nije tijelo sudske, već upravne vlasti, u pogledu vođenja postupaka djeluje isključivo kao sudske tijelo. Odlučuje o tužbama protiv odluka Predsjednika Republike i Kabineta ministara, kao i o žalbama na presude nižih upravnih sudova. U njegovoj je nadležnosti ujedno i nadzor odluka nacionalnih vlasti, kao što su npr. odluke i uredbe ministara, odluke središnje ustrojenih odbora, ali i rješavanje po žalbama koje se odnose na regionalne izbore. On ujedno ispituje suglasnost uredbi i upravnih odluka s Ustavom, međunarodnim ugovorima, zakonima, višim upravnim odlukama te općim načelima prava. Savjet ima ovlast suditi o zakonitosti svake odluke izvršne vlasti, osim vrlo uske kategorije tzv. «*akata vlade*». Kao takav, djeluje kao snažna kočnica djelatnosti izvršne vlasti. Kako predstavlja najviše pravosudno tijelo koje odlučuje o gotovo svim aktima izvršne vlasti, odluke Državnog savjeta mogu biti

³³ Schwartze, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992., str. 164.

³⁴ Upravo je nepostojanje odvojene nadležnosti sudaca koji rješavaju u kaznenim i građanskim stvarima i sudaca koji rješavaju u upravnim stvarima pred sudovima opće nadležnosti dovelo do reforme upravnog sudovanja u Estoniji. Ovdje su, u prvom redu zbog nedovoljne kvalificiranosti sudaca koji su rješavali upravne sporove, 2001. godine ustrojena četiri prvostupanjska upravna suda: u Tallinnu, Tartuu, Pärnuu i Jõhvi, sa vlastitim upravnim sucima. Više vidi State Estonica, *Administrative courts and administrative court reform*, http://www.estonica.org/eng/lugu.html?meny_id=369&kateg=39&alam=48&leht=2.

od izuzetnog značaja, kako za konkretan slučaj tako i za tumačenje prava uopće. Kako u Francuskoj, kao državi kontinentalnog pravnog kruga ne postoji formalno načelo presedana, niži sudovi slijede praksu Državnog savjeta čime se pravni okvir jednoobrazno provodi.³⁵

Trostupanjski sustav upravnih sudova ustrojen je i u Njemačkoj. Ovdje svaka federalna jedinica ima jedan ili više prvostupanjskih upravnih sudova (njem. *Verwaltungsgerichte*), na odlukukojih se može uputiti žalba visokom upravnom sudu svake države (njem. *Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof*). Ukoliko se radi o primjeni nekog saveznog zakona, žalba se ne upućuje ovim sudovima, već izravno Saveznom upravnom sudu (njem. *Bundesverwaltungsgericht*) sa sjedištem u Leipzigu. Zanimljivo je spomenuti da se ovdje u nekim predmetima kao prvostupanjski javljaju tek visoki upravni sudovi te se onda žalba, naravno, izjavljuje Saveznom upravnom sudu. Štoviše, čak i ovaj Sud u nekim, iako rijetkim slučajevima može odlučivati kao prvostupanjski.³⁶

I Grčka, kao jedna od država kontinentalnog europskog pravnog kruga ima posebno ustrojene upravne sudove, također u trostupanjskom sustavu. U skladu s grčkim *Ustavom*,³⁷ u prvom stupnju upravne sporove rješavaju područno ustrojeni prvostupanjski sudovi (eng. *administrative courts*). U drugom stupnju odluke donose žalbeni sudovi (eng. *administrative courts of appeal*), također područno organizirani. No, u nekim slučajevima žalbeni sudovi rješavaju i u prvome stupnju. Konačno, uloga vrhovnog upravnog suda povjerena je grčkom Državnom savjetu (eng. *Council of State*), koji je u nekim važnijim upravnim stvarima ujedno i prvostupanjsko i posljednjestupanjsko sudske tijelo. Kako je grčki Državni savjet, ustrojen je po uzoru na francuski, pored rješavanja upravnih sporova, ujedno je nadležan i ocjenjivati usklađenost zakona s *Ustavom*. On je drugostupanjsko tijelo u slučaju da je u prvom stupnju odlučivao žalbeni sud. Ovlašten je odlučivati kako u sporu o zakonitosti upravnog akta (u slučaju pokrenutom s *recourse*, tj. *writ of annulment*) tako i u sporu pune jurisdikcije (u slučajevima pokrenutim s *writ of certiorari* te *clerical recourse*). Funkciju visokog upravnog suda vrlo specifične nadležnosti u Grčkoj obavlja i tzv. Računarno vijeće (eng. *Chamber of Accounts*). Odluka ovoga tijela neopoziva je te se nalazi čak i izvan nadzora Državnog savjeta.

Vrlo slična struktura upravnosudskog sustava susreće se i u Turskoj. I ovdje su ustrojeni prvostupanjski upravni sudovi, tzv. «*upravni tribunali*» (eng. *administrative tribunals*), koji u najvećem broju upravnih stvari odlučuju kao prvostupanjski i posljednjestupanjski sudovi. Ustrojeni su i tzv. regionalni upravni tribunali (eng. *regional administrative tribunals*), koji, kao drugostupanjska tijela,

³⁵ O tome više vidi u Debbasch, Charles, Ricci, Jean-Claude, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2004. str. 152.-179.

³⁶ O ustroju upravnog sudstva u Njemačkoj više vidi u Leithoff, Ralf, Introduction to the Public Administrative Jurisdiction in Germany, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 3., 2006., str. 27.

³⁷ *The Constitution of Greece*, <http://www.ministryofjustice.gr/eu2003/constitution.pdf>, članci 93. do 95.

ispituju žalbe uložene samo na presude u određenim stvarima te na odluke o odlaganju ili neodlaganju izvršenja. Na vrhu upravnosudskog ustroja jest Državni savjet (eng. *Council of State*), kao kasaciono tijelo nad odlukama tribunala. Ujedno je ovlašten, ukoliko se to od njega zatraži, davati mišljenja o prijedlozima zakona koje podnose premijer i Vijeće ministara.³⁸

Iako je u svim ovim državama upravnosudski sustav ustrojen u tri stupnja, odlučivanje u upravnim sporovima u pravilu je dvostupanjsko. Ovdje je izuzetno zanimljivo spomenuti i primjer Švedske, gdje je pored trostupanjskog ustroja sudstva ponekad nemoguće ishoditi nadzor odluke čak i prvostupanjskog suda. U Švedskoj ustroj upravnosudskog sustava izgleda na sljedeći način. U prvom stupnju odlučuje 23 okružna upravna suda (eng. *county courts*). Oni pokrivaju, uz nekoliko iznimki, geografsko područje svake teritorijalno-političke jedinice. U drugom stupnju odlučuju četiri žalbena upravna suda (eng. *administrative courts of appeal*), koji su smješteni u Göthenburgu, Jönköpingu, Stockholmu i Sundsvallu.³⁹ Svaki od njih prima žalbe na odluke pet do šest regionalnih upravnih sudova u okviru svoje mjesne nadležnosti. Ukoliko je stranka nezadovoljna s odlukom okružnog upravnog suda, može se žaliti žalbenom upravnom sudu. Međutim po uloženoj žalbi ovdje predmet ponovo razmatra okružni upravni sud, koji ujedno ima ovlast žalbu usvojiti te izmijeniti presudu. No, da bi predmet uopće stigao pred žalbeni sud, regionalni sud mora najprije to dopustiti, što nije uvijek slučaj. Samo u taksativno navedenim upravnim stvarima, kao što su porezne stvari, skrb o djeci, duševno bolesnoj osobi i sl., dozvola okružnog suda nije potrebna te se predmet svakako mora proslijediti žalbenom sudu. Najviša upravnosudska instanca u Švedskoj je Vrhovni upravni sud Švedske (eng. *Supreme Administrative Court*) smješten u Stockholmu, koji je nadležan razmatrati žalbe na odluke žalbenih sudova. Njegova najvažnija funkcija je, u biti, stvaranje presedana, koji mogu predstavljati smjernice za rad nižih sudova, ali i upravnih tijela koja primjenjuju konkretan zakon. Niti na Vrhovnom upravnom sudu se neće razmatrati sve žalbe, već samo one koje sam Vrhovni sud odluči uzeti u razmatranje, a u tome odlučivanju on se vodi pravilom da će slučaj razmatrati samo ako ocjeni da je on od osobite važnosti kao presedan, odnosno da će se njegovo rješenje moći koristiti kao smjernica za rješavanje drugih sličnih slučajeva. Zanimljivo je istaknuti da vjerojatnost pogreške u odlučivanju žalbenog upravnog suda, u pravilu nije dovoljna da Vrhovni sud uzme slučaj u rješavanje i o njemu donese odluku. Tako u praksi Vrhovni sud rješava samo mali broj slučajeva u kojima je uložena žalba. On ujedno ne može ocjenjivati niti zakonitost propisa, kao što to mogu činiti najviša upravnosudska tijela u nekim drugim državama.⁴⁰

Sustav specijaliziranih upravnih sudova postoji i u Italiji, gdje upravni sudovi nadgledaju zakonitost upravnih akata. U prvom stupnju ovdje odlučuju

³⁸ Vidi <http://www.iasaj.org/juridic/fiches/membre/turqui.htm>.

³⁹ Sve upravne sporove vezane uz pitanja stranaca i državljanstva razmatra samo Odjel za useljenička pitanja osnovan pri Žalbenom upravnom sudu u Stockholmu.

⁴⁰ Vidi *Law and Justice in Sweden*, Swedish Institute, Stockholm, 2000., str. 42.-48.

regionalni upravni tribunali (tal. *Tribunali Amministrativi Regionali*). Žalba na odluku tribunala može se uputiti Državnom savjetu (tal. *Consiglio di Stato*), odnosno Savjetu za upravne sporove Regije Sicilije (tal. *Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia*), čime je u Italiji prihvaćen dvostupanjski ustroj upravnih sudova.⁴¹

I u Finskoj je prihvaćen dvostupanjski sustav specijaliziranih upravnih sudova. Tako ovdje postoji osam regionalnih upravnih sudova (eng. *regional administrative courts*), koji naziv nose prema svojem sjedištu.⁴² Ujedno Alandski otoci koji uživaju izvjestan stupanj samostalnosti imaju svoj vlastiti upravni sud. U drugom i posljednjem stupnju odlučuje Vrhovni upravni sud (eng. *Supreme Administrative Court*), kao najviši sud u finskom upravnosudskom sustavu, u rangu s Vrhovnim sudom Finske. On odlučuje o žalbama na odluke upravnih sudova. Iako je u najvećem broju slučajeva žalbu na odluku upravnog suda moguće uložiti, slično kao i u Švedskoj, postoje određene upravne stvari u kojima o razmatranju žalbe uopće, odlučuje sam Vrhovni sud, npr. u slučajevima vezanim uz pravo osiguranja.⁴³

Sličan sustav ustrojen je i u Poljskoj, gdje u prvom stupnju odlučuje 14 regionalnih upravnih sudova (eng. *Voivodship Administrative Courts*), a u drugom Vrhovni upravni sud (eng. *Supreme Administrative Court*) smješten u Varšavi. Zanimljivo je naglasiti da ovdje upravni sudovi mogu samo ukinuti, poništiti ili potvrditi upravni akt, ali ne i donijeti novu odluku o pravima i obvezama pojedinaca. Iako postoji pravo žalbe na odluku upravnog suda Vrhovnom upravnom sudu, i ova žalba ima samo kasacijski učinak.⁴⁴

Međutim, u nekim se europskim državama mogu susresti sustavi u kojima je funkcija upravnog sudstva dijelom u okviru sudova opće nadležnosti, a dijelom u okviru specijaliziranog upravnosudskog sustava. Tako je npr. u Bugarskoj prvi stupanj upravnosudskog nadzora ustrojen u okviru sustava redovitih sudova, dok u drugom stupnju odlučuje specijalizirani upravni sud. Prema *Zakonu o organizaciji sudova*⁴⁵ kao prvostupanjski sudovi u upravnim sporovima odlučuju okružni sudovi (eng. *district courts*), u okviru kojih se mogu formirati građanski, trgovački, kazneni i upravni odjeli. U drugom stupnju odluke donosi Vrhovni upravni sud (eng. *Supreme Administrative Court*) smješten u Sofiji, nadležan za

⁴¹ Više vidi u Paleologo, Giovanni, *Steps of the Italian Administrative Law-suit*, http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/paleologo2.htm.

⁴² To su upravni sud u Helsinkiju, Hämeenlinni, Kouvoli, Kuopiu, Ouluu, Rovaniemi, Turkuu i Vaasai.

⁴³ Više vidi u *Act on Administrative Courts*, Official Journal, no. 430/1999., *Decree on Administrative Courts*, Official Journal, no. 438/1999., *Administrative Judicial Procedure Act*, Official Journal, no. 586/1996.

⁴⁴ Više vidi u *Law on the System of Administrative Courts*, Journal of Laws, no. 153., 2002. i *Law on Administrative Courts Proceedings*, Journal of Laws, no. 29., 1990.

⁴⁵ *Law of the Judicial System*, State Gazette, no. 59/1994., članci 57. i 58.

područje cijele Bugarske.⁴⁶ I ovdje Vrhovni upravni sud odlučuje kao kasacijski sud. U skladu sa *Zakonom o organizaciji sudova*, on obavlja najviši sudski nadzor prava i jednake primjene zakona u upravnim stvarima.

Slično je i u Belgiji gdje u prvom stupnju odlučuju «*Upravni odjeli*» okružnih sudova (eng. *district courts*), kao sudova opće nadležnosti. Funkciju vrhovnog upravnog suda u Belgiji obavlja Državni savjet. Kako je belgijski Državni savjet ustrojen po uzoru na francusko istoimeno tijelo, on raspolaže i istim ovlastima. Tako uz pružanje pravnih savjeta izvršnoj vlasti te odlučivanje kao najviše sudsko tijelo u upravnim sporovima, Savjet ujedno nadzire odluke federalne vlasti, tj. kraljevske dekrete, uredbе koje donose ministri, odluke središnje ustrojenih odbora te odluke tijela regionalne vlasti, vlasti općina te provincijalnih i gradskih vlasti. On ujedno ispituje suglasnost uredbi i akata uprave s *Ustavom*, međunarodnim ugovorima, zakonima, višim upravnim odlukama te općim načelima prava. Državni savjet je kasacijski sud u odnosu na odluke upravnih sudova, što znači da on rješava slučajeve u kojima tužitelj smatra da upravni sud nije primijenio ili je pogrešno protumačio neku zakonsku odredbu.

Vrlo zanimljiv primjer ustroja upravnog sudstva može se naći u Češkoj. Novi pravni režim upravnog sudstva u Češkoj uređen je *Zakonom br. 150/2002 o upravnim sporovima*, s pratećim *Zakonom br. 151/2002 o izmjenama koje se odnose na usvajanje Zakona o upravnim sporovima* i *Zakona br. 131/2002 o rješavanju nekih pitanja sukoba nadležnosti. Zakon o upravnom sudstvu*⁴⁷ ovdje je ustrojio jednostupanjski sustav upravnih sudova. Specijalizirana sudska vijeća za upravne sporove, tzv. «*upravni sudovi*», djeluju pri regionalnim sudovima (eng. *regional courts*), kao sudovi prvog i posljednjeg stupnja, jer žalba na njihove odluke nije dopuštena, kao niti primjena drugih redovitih pravnih lijekova. No, u Češkoj postoji mogućnost ulaganja u dva izvanredna pravna lijeka, putem kojih se pokreće postupak pred Vrhovnim upravnim sudom (eng. *Supreme Administrative Court*). On tako odlučuje povodom kasacijske pritužbe (eng. *cassational complaint*) i zahtijeva za obnovu postupka (eng. *reopening of proceedings*). Iako je osmišljena kao izvanredni pravni lijek, tj. pravni lijek protiv pravomoćne odluke prvostupanjskog suda, kriterij dopuštenosti za kasacijsku pritužbu *Zakonom o upravnim sporovima* postavljen je vrlo široko. Tako se ona može uložiti protiv svake pravomoćne odluke «*upravnog suda*» u upravnoj stvari, ukoliko ta mogućnost nije izričito zakonom isključena. U ovom se postupku mogu ispitivati sve povrede materijalno-pravnih odredbi, kao i greške u postupku pred upravnim sudom. Bitno je samo da se kasacijska pritužba pozove na jedan od kasacijskih razloga navedenih u *Zakonu*. Za razliku od ovoga pravnog lijeka,

⁴⁶ *Supreme Administrative Court Act*, State Gazette, no. 122/1997, 133/1998, 95/1999. Iako je Bugarska predvidjela formiranje Vrhovnog upravnog suda još 1991. godine člankom 125. *Ustava, Constitution of the Republic of Bulgaria*, State Gazette, no. 56/91., ovaj je Sud ustrojen tek pet godina kasnije, tj. 1. prosinca 1996. godine.

⁴⁷ *Law no. 150/2002 coll. the Code on Administrative Court Procedure, Law no.151/2002 coll. Act amending certain laws in relation to the adoption of the Code of Administrative Justice* te *Law no. 131/2002 coll. on Deciding Certain Conflicts of Competence*, Collection of Laws, no. 61, 2002.

obnova postupka se može koristiti samo u svezi zaštite od nezakonite radnje javne vlasti te u stvarima vezanim uz političke stranke. Pored odlučivanja o izvanrednim pravnim lijekovima, zadaća Vrhovnog upravnog suda u Češkoj je i osigurati zakonitost i uniformnost odluka regionalnih sudova, ali i tijela uprave. U nadležnosti Visokog upravnog suda još su izborna pitanja (valjanost izbora i glasovanja, popisi birača itd.), pitanja lokalnih referenduma, kao i registriranje i prestanak političkih stranaka. On ujedno rješava pitanja sukoba nadležnosti između tijela upravne vlasti i/ili tijela jedinica lokalne samouprave.

Potpuno suprotan ustroj nalazi se u Sloveniji gdje je upravno sudstvo u prvom stupnju ustrojeno prema francuskom modelu pred specijaliziranim sudom, dok u drugom stupnju odlučuje Vrhovni sud, kao najviše sudske tijelo opće nadležnosti. U Sloveniji je 1997. godine ustrojen specijalizirani Upravni sud Slovenije (slo. *Upravno sodišče Republike Slovenije*) sa sjedištem u Ljubljani, a koji ima ustrojene dislocirane odjela u Mariboru, Celju i Novoj Gorici.⁴⁸ Mogućnost žalbe na odluku ovog suda vrlo je ograničena, a žalba se izjavljuje Vrhovnom sudu Republike Slovenije (slo. *Vrhovno sodišče Republike Slovenije*)⁴⁹ na kojem je ustrojen Upravni odjel.

Konačno, sustav upravnog spora ustrojen u samo jednom stupnju susreće se u Austriji. Ovdje je od 1876. godine ustrojen Upravni sud u Beču. Nadležnost Upravnog suda određena je *Ustavom*.⁵⁰ On u prvom i posljednjem stupnju odlučuje o zakonitosti upravnog akta, izuzev u slučaju šutnje uprave gdje odlučuje kao sud pune jurisdikcije. Tako se može ustvrditi kako trenutni ustroj upravnog spora u Hrvatskoj najviše nalikuje upravo austrijskom.

Iz svega ovdje izloženog može se zaključiti da u Europskoj uniji, ali i drugim europskim državama ne postoji jedinstveni institucionalni model upravnog sudstva. U nekim je državama on ustrojen u okviru sustava redovitih sudova, u nekima postoje specijalizirani sudovi koji rješavaju samo upravne sporove, dok je u nekim državama dio upravnosudskog sustava u okviru redovitog, a dio u okviru posebnog sudstva. Što se tiče stupnjeva odlučivanja također se ne može utvrditi postojanje pravila. Tako su neke države sustav upravnog sudstva ustrojile u dva stupnja, a neke u tri. Međutim, činjenica je da je jednostupanjski upravnosudski ustroj u Europi uistinu iznimka. U većini država koje su prihvatile trostupanjski sustav upravnog sudstva, drugi stupanj je žalbeni, što znači da se pred njim nadzire kako zakonitost odluka uprave tako i utvrđeno činjenično stanje, a treći samo kasacijski, s ovlasti isključivo stavljanja izvan snage pobijane odluke. U nekim državama, kao npr. Češkoj i Poljskoj, već je drugi stupanj samo kasacijski te je stoga ovlašten preispitivati samo zakonitost odluka.

U Europi, dakle ne postoji jedinstveni model institucionalnog ustroja upravnosudskog sustava. Čak i pravni sustavi država članica Europske unije

⁴⁸ Vidi članak 9. slovenskog *Zakona o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 105/06 i 26/07.

⁴⁹ Vidi članak 12. slovenskog *Zakona o upravnom sporu*.

⁵⁰ *Constitution of Republic of Austria*, <http://www.vesce.com/constitution/austria-constitution-eng.html>.

sadrže različita rješenja ustroja ovog sustava. Međutim, Koprić ukazuje kako se, unatoč različitim tendencijama i različitim polaznim pozicijama pojedinih zemalja, u čitavoj Europi primjećuje kretanje prema zajedničkom europskom modelu upravnog sudstva. Taj se model zasniva na određenim zajedničkim načelima upravnog prava i upravnog sudovanja, sličnostima u načinu osiguravanja sudskog nadzora uprave, određenim tendencijama u razvoju sustava sudskog nadzora uprave kao što je npr. rast specijalizacije s tendencijom osnivanja posebnih upravnih sudova, ali i postupcima sve sličnijom onima koje provode ostali sudovi, sve širi kontrolni zahvat upravnih odluka i djelovanja ili uvođenje bar dvostupanjskog nadzora, te zajedničkim načelima na kojima se mora temeljiti odluka ili djelovanje uprave, kao što su načela proporcionalnosti, pravičnog postupanja, transparentnosti, jednakog postupanja u jednakim slučajevima, neovisnosti, služenja javnom interesu i sl.⁵¹ Bez obzira na povijesne i kulturne razlike između sustava upravnog sudovanja u Europi, o sporom i dugotrajnom, ali ujedno i sigurnom ujednačavanju europskih sustava, tj. načela i mehanizama upravnog sudovanja, govori i Cardona, opisujući kako su države «*posuđivale*» elemente jedna drugoj u konstantnoj postupovnoj interakciji. On ujedno naglašava i ulogu Europskog suda u ujednačavanju upravne pravde u državama članicama Europske unije, stvarajući svojom sudskom praksom ujedno europsko upravno pravo. Konačno, zaključuje kako će ovo usklađivanje u budućnosti, s konstantnim razvojem novih mehanizama sudske suradnje između država članica Europske unije, a koje dodatno podupire *Ustav za Europu*, vjerojatno još i više jačati.⁵²

Dakle, činjenica je da je jednostupanjski upravnosudski nadzor u Europi iznimka te da najveći broj europskih država ima ustrojeno višestupanjsko upravno sudovanje. Stoga bi Hrvatska, s ciljem usvajanja europskih pravnih standarada sasvim sigurno trebala pristupiti reformi institucionalnog ustroja upravnog sudovanja te osigurati mogućnost ulaganja žalbe na odluku Upravnog suda.

4. PRAVCI REFORME

Najveći broj europskih država, kao što je naprijed prikazano, ima ustrojeno višestupanjsko upravno sudstvo. Stoga bi Hrvatska, s ciljem usvajanja europskih pravnih standarada upravnog sudstva i sama trebala pristupiti reformi institucionalnog ustroja te strankama osigurati mogućnost ulaganja žalbe na odluku Upravnog suda. Za Hrvatsku je dobra okolnost što Europska unija u svezi s usklađivanjem hrvatskog pravnog sustava zahtjevima europske zaštite prava i pravnih interesa građana, unatoč iznijetim primjedbama ne postavlja zahtjev za uvođenjem konkretnog modela upravnog sudstva. To Hrvatskoj omogućuje da samostalno pronađe najbolji model zasnovan na trenutnim potrebama i

⁵¹ Koprić, *Upravno sudovanje u svjetu*, op. cit., str. 61.-62.

⁵² Cardona, op. cit., str. 3.-4.

moogućnostima, ali i pravnoj tradiciji.⁵³ Europeizacija upravnog sudstva, naglašava Kujundžić, «ne znači puko prepisivanje, odnosno poistovjećivanje s bilo kojim od navedenih organizacijskih ustrojstava, nego znači prihvaćanje onih standarda koji su već prisutni u upravnom sudstvu u zemljama Europske unije».⁵⁴

Tako su se u Hrvatskoj do danas, na osnovi razmatranja domaćih stručnjaka te sugestija stranih, isprofilirala neka gledišta u svezi s reformom institucionalnog ustroja hrvatskog upravnog sudstva. Borković je još 2004. godine ustvrdio da bi se reforma upravnog sudstva trebala odvijati paralelno sa reformom upravnog postupka te reorganizacijom teritorijalnog ustroja u Hrvatskoj. On je smatrao da bi se veliki broj područnih (regionalnih) i lokalnih tijela, županija, gradova i općina trebao svesti na mjeru koja bi omogućila efikasnije djelovanje područnog i lokalnog ustroja. U tom bi smislu u županijama, koje bi trebale biti teritorijalno veće od sadašnjih, prema njegovu mišljenju mogli biti ustrojeni upravni sudovi kao sudovi prvog stupnja, dok bi današnji Upravni sud odlučivao kao drugostupanjski sud povodom redovitih i izvanrednih pravnih lijekova na odluke prvostupanjskih sudova, s eventualnom mogućnošću da u prvom stupnju odlučuje protiv određenih upravnih akata kod kojih je zakonom isključena mogućnost žalbe. Ujedno je smatrao da ukoliko izostane takva reorganizacija teritorijalnog ustroja na lokalnoj i područnoj (regionalnoj) razini, kao prijedlog za razmišljanje bi mogao poslužiti model prema kojemu su prvostupanjski upravni sudovi ustrojeni tako da pokriju područje više županija, kao npr. da upravni sud u Splitu pokrije područje Splitsko-dalmatinske, Dubrovačko-neretvanske, Šibensko-kninske i Zadarske županije.⁵⁵

U posljednje vrijeme posebno dominiraju dva modela mogućeg ustroja upravnog sudstva u Hrvatskoj, čiji se osnovi ipak mogu naći u ovdje izloženom Borkovićevom prijedlogu. Prema jednome modelu, dio sudaca postojećeg Upravnog suda mogao bi se izabrati u Vrhovni sud Republike Hrvatske, koji bi utemeljio posebni upravni odjel, dok bi se za prvostupanjsko sudovanje osnovao jedan sud s više teritorijalno decentraliziranih odjela ili više prvostupanjskih sudova u središtima hrvatskih regija: Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku. Prema drugome modelu, Upravni sud Republike Hrvatske postao bi drugostupanjski sud, a osnivali bi se prvostupanjski upravni sudovi u ista četiri najveća grada.

Koprić ukazuje kako je, naravno, ovdje moguće zauzeti i konzervativno stajalište, pa samo započeti s jačanjem postojećeg Upravnog suda, ponajprije povećanjem broja i jačom specijalizacijom sudaca. Moglo bi se primjenom prvog od navedenih modela, tj. osnivanjem Upravnog odjela u Vrhovnom sudu Republike

⁵³ Ovdje se radi o standardnoj praksi Europske unije koja takve zahtjeve nije postavljala niti pred druge države kandidate. Tako je primjerice prilikom ulaska Bugarske Unija samo zahtijevala da Bugarska provede europske standarde učinkovitog i profesionalnog sudstva. Međutim, Bugarskoj je prepustila primjenu lokalno utvrđenih reformi, ne zahtijevajući od nje da uvede neki konkretan model upravnog sudstva. O tome više u Parveva, Teodora, Accelerating Judicial Reform in Bulgaria, *Judicial Reform and Administrative Justice*, no. 7., SIGMA, 2005., str. 7.

⁵⁴ Kujundžić, Ivica, Europeizacija upravnog sudstva – predstojeće reforme, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 4.

⁵⁵ Borković, Upravno sudovanje, op. cit., str. 44.-45.

Hrvatske, otvoriti mogućnost revizije odluka sadašnjeg Upravnog suda, no to bi, smatra on, Hrvatsku svrstalo u red manjeg broja europskih zemalja koje imaju takav ustroj dvostupanjskog upravnog spora, te bi se teško moglo zaključiti da je Hrvatska doista prihvatila europske standarde upravnog sudstva.⁵⁶

I Kujundžić smatra kako bi uvođenje posebnih upravnih sudova u prvom stupnju bilo dobro rješenje, jer bi uspostava odvojenih upravnih sudova potaknula daljnju specijalizaciju sudaca i jedinstvenost sudske prakse te bi tako ojačala povjerenje u sudski sustav. Analizirajući mogućnosti ustroja dvostupanjskog upravnog spora, on, pored navedenih modela vidi i mogućnost da se pri županijskim sudovima formiraju prvostupanjski odjeli za upravno sudstvo, pri čemu bi današnji Upravni sud postao žalbenim.⁵⁷

Međutim, Omejec, upozorava kako s uvođenjem dvostupanjskog upravnog sudstva ipak ne bi trebalo pretjerano žuriti, već pitanje ustroja i optimalne organizacije upravnog sudstva treba dobro raspraviti. Ona opravdano naglašava kako moguća odluka o ustroju dvostupanjskog upravnog sudstva otvara brojna pitanja, posebice zbog činjenice da bi u tom slučaju bilo vrlo teško osigurati djelotvornu provedbu ustavnog jamstva na donošenje sudske odluke u razumnom roku, propisanu člankom 29. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske*.⁵⁸ Dalje ističe kako treba uzeti u obzir činjenicu da se upravnosudski postupak provodi tek nakon okončanja upravnog postupka. Budući da se u oba postupka odlučuje o jednom te istom pravu ili obvezi stranke, nužno je da se upravni postupak i upravni spor urede na način koji će osigurati efikasnu provedbu ustavnog jamstava, ali i jamstva *Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda* na donošenje odluke o konkretnoj pravnoj stvari u razumnom roku.⁵⁹

Kako je na prostoru bivše Jugoslavije u oblikovanju dvostupanjskog upravnog sudovanja najdalje otišla Slovenija, Hrvatska bi svakako trebala iskoristiti pozitivne i negativne odjeke reforme upravnosudskog sustava u Sloveniji. Konkretno, Slovenija je 1997. godine donijela novi *Zakon o upravnom sporu*⁶⁰ prema kojem je protiv svake odluke suda dopuštena žalba te je u Sloveniji ustrojen dvostupanjski upravni spor. U prvom stupnju odlučuje Upravni sud Republike Slovenije, kao specijalizirani sud s četiri teritorijalno dislocirana odjela, dok je drugostupanjski sud, nadležan za žalbe protiv prvostupanjskih presuda Upravnog suda, postao Vrhovni sud Republike Slovenije, na kojem je ustrojen Upravni odjel. Tako je ovim *Zakonom* u upravnom odlučivanju u Sloveniji, primjećuje Jerovšek, čak i

⁵⁶ Koprić, Upravno sudovanje, op. cit., str. 63.

⁵⁷ *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 106.

⁵⁸ Omejec, Jasna, Prilog reformi upravnog spora – odnosi između upravnog i ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 12. Praksa Ustavnog suda jasno pokazuje da su povrede ustavnog jamstva na donošenje upravnosudske odluke u razumnom roku i danas vrlo brojne i učestale, iako se radi o samo jednom stupnju upravnog spora.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 13.

⁶⁰ *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 50/97., 65/97. te 70/00.

u manje važnim predmetima, uveden četvorostupanjski postupak, koji obuhvaća dva upravna i dva sudska stupnja.⁶¹

Međutim, ova reforma upravnog spora u Sloveniji je polučila i neke negativne učinke. Naoko veća pravna sigurnost uzrokovala je porast broja sporova, a time i povećanje sudskih zaostataka. Tako je prve tri godine po uvođenju dvostupanjskog upravnog spora slovenski Upravni sud rješavao oko 3.000 sporova godišnje, a čak je na svaku treću presudu uložena žalba. Upravni odjel Vrhovnog suda tada se suočio s najvećim zaostacima u radu, u odnosu na druge odjele tog Suda čiji su zaostatci bili zanemarivi. Zanimljivo je primijetiti da je čak 80% uložених žalbi odbijeno,⁶² što u neku ruku može ukazivati i na zlouporabu prava na žalbu. Ovakva organizacija upravnog odlučivanja te preopterećenost Suda žalbama dovela je do nerazumno dugih postupaka odlučivanja o pravima i obvezama stranaka. Nastojanje države, dakle, da širim nadležnostima upravnog suda i dvostupanjskim suđenjem, u pravilu s obveznom javnom raspravom, zajamči više postupovne standarde, a time i veću pravnu sigurnost, zbog preopterećenosti sudova postiglo je suprotan učinak. Drugim riječima, pokazalo se da nije moguće svima osigurati takve standarde suđenja u razumnom roku.⁶³ Čak je i Europski sud za ljudska prava u slučaju *Lukenda v. Slovenija* 2005. godine, utvrdio «*sistemsku povredu prava na suđenje u razumnom roku*».⁶⁴ Iste je godine i slovenski Ustavni sud ocijenio *Zakon o upravnom sporu* neustavnim, jer strankama nije osiguravao učinkovito domaće sredstvo pravne zaštite u skladu s člankom 13. *Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda*.⁶⁵ Stoga se u Sloveniji, silom prilika, ponovo pristupilo reformi upravnog spora te je donesen novi zakon koji bi trebao osigurati učinkovitije odlučivanje suda u upravnom sporu te spriječiti pretjerano dugo rješavanje upravnosudskih postupaka. Ustavno jamstvo prava na žalbu ili drugo pravno sredstvo iz članka 25. *Ustava Republike Slovenije* tada se počelo tumačiti na način da nije nužno u samom upravnom sporu oblikovati dvostupanjsko odlučivanje, već je za učinkovitu zaštitu prava dovoljno i da se nakon uložene žalbe unutar postupka donošenja upravnog akta uspostavi upravni

⁶¹ Jerovšek, Tone, Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 65.

⁶² Vidi Breznik, Janez, Otpрта vprašanja postopka v upravnem sporu, *VIII. dnevi javnega prava*, Pravni fakultet u Ljubljani, Portorož, 2002., str. 17.

⁶³ Jerovšek ovdje ističe kako je visok stupanj pravne zaštite u upravnom sporu u Sloveniji rezultirao svojom suprotnošću, jer je postao nedostižan mnogim strankama koje nisu mogle u razumnom roku doći do sudske odluke. Jerovšek, op. cit., str. 80. O tome vidi i Tratar, Boštjan, *Novi Zakon o upravnom sporu s pojasnili i stvarnim kazalom*, Legat, Ljubljana, 2006., str. 26.

⁶⁴ European Court of Human Rights, *Judgement Lukenda v. Slovenija*, no. 23032/02 from 6 October 2005, http://www.ius-software.si/EUII/EUCHR/dokumenti/2005/10/CASE_OF_LUKENDA_v_SLOVENIA_06_10_2005.html.

⁶⁵ Ustavni sud Republike Slovenije, *Odluka br. U-I-65/05-12 od 22. rujna 2005. godine*, Uradni list Republike Slovenije, št. 92/05.

spor kao učinkovito pravno sredstvo, kojim će se pobijani upravni akt podvrći presudi suda kao neovisnog tijela.⁶⁶

Danas, prema članku 11. novog slovenskog *Zakona o upravnom sporu*⁶⁷ u upravnom sporu odlučuje u prvom stupnju Upravni sud, ako zakon ne određuje drugačije, dok u skladu s člankom 12. Vrhovni sud Republike Slovenije odlučuje o upravnom sporu o zakonitosti akata izbornih tijela za izbore u domove državnog parlamenta i izbore predsjednika države, o žalbama i reviziji te o sukobu nadležnosti između Upravnog i drugih sudova. Međutim, u novom je zakonu, upravo zbog velikog broja uloženi žalbi, i s tim u vezi dugih rokova rješavanja predmeta pravo na žalbu tako ograničeno da se, smatra Jerovšek, «*opravdano može govoriti o u pravilu jednostupanjskom upravnom sporu*».⁶⁸ Konkretno, žalba je prema članku 73. stavak 1. *Zakona* dopuštena samo ako je Sud sam utvrdio drugačije činjenično stanje nego što ga je utvrdila tužena stranka, tj. upravno tijelo, te je na osnovi toga promijenio pobijani upravni akt, ili ako je sud odlučio o povredi ustavnih prava i sloboda nekog pojedinca. Uvjeti za žalbu su kumulativno propisani, pa žalba nije dopuštena čak i ako Upravni sud sam utvrdi činjenično stanje i poništi pobijani upravni akt, a zatim vrati predmet na ponovno odlučivanje upravnom tijelu, kao niti u slučaju da Sud izmijeni upravni akt, bez da sam utvrdi činjenično stanje drugačije nego li ga je utvrdilo upravno tijelo, jer je tu riječ samo o drugačijoj pravnoj ocjeni istog činjeničnog stanja koje je utvrdilo upravno tijelo prvog stupnja te prekontroliralo žalbeno tijelo u upravnom postupku. Dakle, uvjet za podnošenje žalbe je isključivo meritorna odluka suda na osnovi drugačije utvrđenog činjeničnog stanja od strane Suda. Međutim, treba naglasiti da stavak 2. istoga članka na još jedan način ograničava pravo na podnošenje žalbe propisujući da pravo na žalbu protiv presude Upravnog suda imaju samo one stranke koje su sudjelovale u prvom stupnju upravnog spora. Dakle, ne samo tužitelj, već i zainteresirane osobe, kojima bi izmjena upravne odluke na prvostupanjskom sudu značila zadiranje u njihova prava, ali samo ukoliko su aktivno sudjelovale u prvostupanjskom postupku. Tako ograničenom mogućnošću ulaganja žalbe u Sloveniji je omogućeno brže donošenje upravnosudskih odluka i brže nastupanje pravomoćnosti pobijanog upravnog akta.

Stoga, upozorava Koprić, ukoliko se Hrvatska odluči za dvostupanjski upravni spor, mora se voditi računa o izbjegavanju pretjeranog opterećenja drugostupanjskog suda, što bi se moglo dogoditi kao posljedica brze reforme upravnog sudstva. On ujedno naglašava da je posebno važno osigurati dovoljan broj kvalitetnih sudaca, čiji se broj očito mora znatno povećati.⁶⁹ Omejec ovdje opravdano dodaje da bi se, odluči li se hrvatski zakonodavac na uvođenje dva

⁶⁶ Vidi Tratar, op. cit., str. 28.-29. Tako i Jerovšek navodi da se ovdje u obzir mora uzeti kako se u upravnom sporu ne radi o prvostupanjskom odlučivanju, jer prvostupanjski upravni spor u biti predstavlja već treći stupanj odlučivanja, nakon dva stupnja upravnog odlučivanja. Jerovšek, op. cit., str. 76.-77.

⁶⁷ *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 105/06. i 26/07.

⁶⁸ Jerovšek, op. cit., str. 76.-77.

⁶⁹ *Reforma hrvatske državne uprave*, op. cit., str. 43.

stupnja upravnog spora, razlozi za žalbu protiv prvostupanjske presude nužno morali postaviti iznimno restriktivno, nadležnost drugostupanjskog upravnog suda morala bi se ograničiti samo na određena pravna pitanja i ujednačavanje upravnosudske prakse, a prvostupanjsko upravno sudstvo trebalo bi ustrojiti tako da bude u mogućnosti strankama osigurati sva temeljna postupovna jamstva, u pravilu, u sporu pune jurisdikcije, a sve to pod uvjetom da je moguće istodobno osigurati donošenje odluka, kojima se pravomoćno odlučuje o pravima i obvezama stranaka, u razumnim rokovima.⁷⁰

6. ZAKLJUČAK

Uzevši u obzir sve izloženo u ovome radu čini se kako jednostupanjski sustav upravnog spora u Hrvatskoj, posebno u obliku kako je uređen danas, nije model koji prema europskim standardima upravnog sudovanja građanima Hrvatske u potpunosti može osigurati ostvarivanje prava i pravnih interesa povrijeđenih radnjama državne uprave. Hrvatski model uređen je *Zakonom o upravnim sporovima* koji je na snazi još od 1977. godine. Iako je ovaj *Zakon* 1991. godine izmijenjen i dobrim dijelom prilagođen pravnom sustavu Republike Hrvatske, on nikada nije usklađen s europskim standardima upravnog sudovanja. Hrvatska, kao država s jedanostupanjskim sustavom upravnog sudstva, iznimka je u Europi. Kako neusklađenost hrvatskog sustava s europskim standardima upravnog sudovanja predstavlja prepreku ulasku i Hrvatske u Europsku uniju, u Hrvatskoj će se očito morati pristupiti reformi institucionalnog ustroja upravnog spora. Stoga se postavlja pitanje koji su uopće mogući modeli ovoga ustroja te koji bi od njih Hrvatskoj, s obzirom na veličinu teritorija, broj stanovnika te pravno naslijeđe, najviše odgovarao.

U Europi, pa tako i u Europskoj uniji ne postoji jednoobrazni sustav institucionalnog ustroja upravnog spora. Štoviše ne postoji čak niti sustav koji dominira nad ostalima. Tako neke europske države upravne sporove rješavaju u okviru redovitog sudskog sustava. Druge u tu svrhu imaju posebno ustrojene upravne sudove. Upravnosudski sustav neke se države ustrojile u dva, druge u tri stupnja, s različitim ovlastima drugostupanjskih sudova, koji negdje mogu samo staviti presudu prvostupanjskog suda izvan snage, dok je u drugim državama mogu i meritorno izmijeniti.

Smatram da bi Hrvatska, kao država kontinentalnoga pravnoga kruga trebala zadržati sustav specijaliziranih upravnih sudova, što je svakako hrvatska komparativna prednost. Ujedno smatram da bi se institucionalni ustroj upravnog sudstva u Hrvatskoj trebao izmijeniti, na način da se uvede mogućnost nadzora odluke prvostupanjskog suda. Najprihvatljivijim se čini model osnivanja četiri prvostupanjska upravna suda, sa sjedištima u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku.

⁷⁰ Omejec, op. cit., str. 13.

Time bi se građanima olakšao pristup sudu, posebice, ako rješavanje u sporu pune jurisdikcije i vođenje usmene rasprave postane pravilo, a ne iznimka. Međutim, ova opcija svakako nije jeftina, te bi u tu svrhu valjalo provesti istraživanje moguće opterećenosti svakoga od ovih sudova, kako bi se u svakome od njih predvidio dovoljan broj sudaca i savjetnika. Upravni sud Republike Hrvatske postao bi drugostupanjski sud, koji bi eventualno u nekim osobito važnim stvarima mogao odlučivati i u prvom stupnju te bi vodio računa o ujednačenosti upravnosudske prakse prvostupanjskih sudova. Međutim, u pripremi reformskih zahvata svakako bi valjalo provesti i detaljnu analizu mogućih nuspojava ove reforme, s ciljem izbjegavanja negativnih učinaka koji se mogu primijetiti na primjeru Slovenije. Ujedno, da li taksativnim navođenjem žalbenih razloga, nevezivanjem nastupanja izvršnosti uz pravomoćnost presude ili na drugi način, trebalo bi prevenirati moguću zlouporabu ustavnog prava na žalbu, koja bi inače veće jamstvo ostvarivanja prava i pravnih interesa građana mogla okrenuti upravo na njihovu štetu.

DIRECTIONS OF REFORM OF THE INSTITUTIONAL STRUCTURE OF ADMINISTRATIVE JUDICIARY IN THE REPUBLIC OF CROATIA

The aim of this paper is to examine whether Croatia needs institutional reform of the administrative judicial system and which alternatives Croatia has at its disposal if it decides upon this reform. This paper is divided into five parts. After the introductory part, in which the author generally problematises the importance of judicial supervision of the legality of the work of administration and administrative dispute resolution, the state of the institutional structure of administrative dispute resolution in Croatia today is analysed. Then, organisational models of administrative dispute resolution in certain European countries are considered and an attempt is made at trying to establish whether a unitary European model of institutional organisation of administrative judiciary exists. An analysis of possible reform alternatives follows in so far as Croatia decides on such reform. In the conclusion, the author summarises the analysis of the problem areas and models of its possible prevalence.

Keyword: *Administrative justice, judicial review, administrative court, Croatia*

Ljiljana Karlovčan Đurović, sutkinja
Upravnog suda Republike Hrvatske

UPRAVNI SPOR U PRAKSI UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

UDK: 342.9.0961497.5

Primljeno: 10. 01. 2008.

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Upravni spor u Republici Hrvatskoj reguliran je Zakonom o upravnim sporovima. Navedeni Zakon je u bivšoj SFRJ donesen 1977. godine, kao savezni zakon objavljen je u tadašnjem „Službenom listu SFRJ“, br. 4/77, preuzet je Zakonom o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 53/91) te tako postao dijelom pravnog sustava samostalne i neovisne Republike Hrvatske. Kod toga je Zakon u određenoj mjeri neznatno izmijenjen i dopunjen. Dakle, Zakon o upravnim sporovima s nekim manjim izmjenama na snazi je već 30 godina.

Ključne riječi: *Upravni sud, Hrvatska, upravni spor*

1. POSTUPAK PRED UPRAVNIM SUDOM REPUBLIKE HRVATSKE

Upravne sporove rješava Upravni sud Republike Hrvatske.

O upravnim sporovima Sud odlučuje u vijećima sastavljenim od troje sudaca.

Upravni spor može se voditi samo protiv upravnog akta. Upravni akt prema Zakonu o upravnim sporovima jest akt kojim državno tijelo ili tijelo s javnim ovlastima rješava o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari.

Upravni akt može se pobijati iz razloga što u aktu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis utemeljen na zakonu ili drugi zakonito doneseni propis ili opći akt, što je akt donesen od nenadležnog tijela i što se u postupku koji je aktu prethodio nije postupilo prema pravilima postupka.

Upravni spor pokreće se tužbom.

O upravnim sporovima Sud rješava u nejavnoj sjednici.

Sud rješava spor u pravilu na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku.

Zakonitost osporenog upravnog akta Sud ispituje u granicama zahtjeva iz tužbe, ali pri tome nije vezan razlozima tužbe, a na ništavost upravnog akta Sud pazi po službenoj dužnosti.

Sud rješava spor presudom.

Sud donosi presudu, odnosno rješenje većinom glasova.

2. RAZLOZI ZA MODERNIZACIJU ODNOSNO DONOŠENJE NOVOG ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA

Osim što je Zakon o upravnim sporovima na snazi već 30 godina, i preuzet je iz bivše SFRJ valja istaći da su donošenjem Ustava Republike Hrvatske, Ustavne odluke o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske i Odluke kojom je Republika Hrvatska raskinula državno pravne sveze na temelju kojih je zajedno s ostalim republikama i pokrajinama tvorila dotadašnju SFRJ brojne su nove vrijednosti i prava, kao što su: dioba vlasti, pravo na lokalnu samoupravu, ustavno jamstvo prava na žalbu i na sudsku zaštitu od pojedinačnih upravnih akata, postali dio pravnog poretka Republike Hrvatske.

Osim promjena u političkom i teritorijalnom sustavu koji dovode do potrebe za modernizacijom, odnosno donošenjem novog Zakona o upravnim sporovima i tranzicijski proces je jedan od razloga za modernizaciju, odnosno donošenje novog Zakona o upravnim sporovima.

Reforma upravnog sudovanja i Upravnog suda jedna je od prioritetnih područja sadržanih u strategiji reforme pravosuđa koja je donijeta 2005. godine.

Naime, Hrvatska se suočila s nizom problema vezanih uz vođenje upravnog spora na način reguliran sadašnjim Zakonom o upravnim sporovima te s problemom Upravnog suda kao suda pune jurisdikcije posebno u kontekstu članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava o čemu govori i mišljenje Europske komisije iz 2004. godine kao i svi sukcesivni dokumenti kojima se definiraju područja na kojima Republika Hrvatska mora uložiti dodatne napore.

Temeljem strategije reforme pravosuđa koja je donijeta 2005. godine zaključeno je da je potrebno pristupiti izmjeni Zakona o upravnim sporovima koji će biti logičan nastavak novog Zakona o općem upravnom postupku koji je pri kraju donošenja. Nadalje, potrebna je promjena nadležnosti Upravnog suda do kojih saznanja se došlo nakon završetka prve faze pregovora za pristupanje Republike Hrvatske Europskoj uniji. Rezultat svega je potreba uvođenja dvostupanjskog upravnog sudovanja.

3. PROBLEM UPRAVNOG SUDA KAO SUDA PUNE JURISDIKCIJE U KONTEKSTU ČLANKA 6. STAVKA 1. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Odredbom članka 6. stavka 1. navedene Konvencije propisano je da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.

Iz navedene odredbe proizlazi da za osobu o čijem se građanskom pravu ili obvezi odlučuje postoje četiri postupovna jamstva odnosno prava:

1. pravo da o građanskom pravu odnosno obvezi odluči zakonom ustanovljen, neovisan i nepristrani sud.

2. pravo da postupak u kojem se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi bude pravičan,

3. pravo da postupak u pravilu bude javan i da odluka obvezatno bude javno objavljena

4. pravo na donošenje odluke u razumnom roku.

1. Što se tiče prvog prava, dakle prava da o građanskom pravu odnosno obvezi odluči zakonom ustanovljen neovisan i nepristrani sud valja istaći da je u praksi Europskog suda za ljudska prava prihvaćeno tumačenje da sud koji odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi mora imati ovlasti samostalnog utvrđivanja činjenica odnosno samostalnog izvođenja i ocjenjivanja dokaza odnosno da mora biti sud pune jurisdikcije.

Zahtjevu neovisnosti tijela koje odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi prema ustaljenoj praksi Europskog suda upravna tijela u pravilu ne udovoljavaju. Navedeno se obrazlaže vezanošću nižih upravnih tijela za upute viših upravnih tijela, hijerarhijski ustrojenom odgovornošću o obavljanju upravnih djelatnosti te odgovornošću upravnih tijela odnosno izvršne vlasti zakonodavnoj vlasti.

Međutim, svakako valja istaći da je u praksi Europskog suda prihvaćeno i tumačenje prema kojem se ne radi o povredi konvencije ako o građanskim pravima i obvezama odlučuje tijelo koje ne udovoljava zahtjevima iz stavka 1. članka 6. Konvencije, ali je osigurano naknadno preispitivanje odluke od strane tijela koje tim zahtjevima udovoljava, konkretno, od strane suda pune jurisdikcije.

2. Prema praksi Europskog suda pravo da postupak u kojem se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi bude pravičan, pravičnost postupka zahtijeva da postupak bude između ostalog usmen i kontradiktoran.

Uz sve navedeno netko bi mogao reći da je pretpostavka za primjenu odredbe stavka 1. članka 6. Konvencije da se radi o odlučivanju samo o građanskim pravima i obvezama.

Međutim, praksa Europskog suda pokazuje da se navedeni pojam shvaća široko pa se područje primjene spomenute odredbe odnosi ne samo na klasične

građansko pravne postupke, nego i na sve one čiji se ishod izravno odnosi na neko građansko pravo ili obvezu u smislu ustaljenog kontinentalno europskog shvaćanja. Pri tome je potpuno nebitno primjenjuju li se propisi privatno pravne naravi ili javno pravne naravi, sudjeluju li u postupku fizičke osobe ili pravne osobe privatnog ili javnog prava (npr. država) kao ni to u čijoj je nadležnosti prema unutarnjem pravu odlučivanje o pojedinom pravu.

Kada se analiziraju odredbe Zakona o upravnim sporovima koje su mjerodavne za postupak pred Upravnim sudom Republike Hrvatske postavlja se pitanje je li se Upravni sud kad odlučuje po pravilima o upravnom sporu može smatrati sudom u smislu odredbe članka 6. Konvencije.

Prema mišljenju Ustavnog suda Republike Hrvatske koje je izraženo u odluci Ustavnog suda br. U-I-745/1999 od 8. studenog 2000. godine kojom odlukom je Ustavni sud Republike Hrvatske pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom i ukinuo neke odredbe Zakona o izvlaštenju Upravni sud nije sud pune jurisdikcije.

Pretpostavke da bi se Upravni sud mogao smatrati sudom pune jurisdikcije su:

1. da ima pravo i dužnost samostalno izvesti i ocijeniti dokaze, drugim riječima samostalno utvrditi činjenično stanje kad god stranka pobija pravilnost i potpunost njegova utvrđenja u upravnom postupku, neovisno o tome odlučuje li o zakonitosti upravnog akta ili izravno odlučuje o pravu tužitelja na koje se upravni akt odnosi i

2. da ima pravo i dužnost odrediti i održati usmenu i kontradiktornu raspravu kada god je riječ o tužbi protiv upravnog akta kojim je odlučeno o nekom građanskom pravu ili obvezi odnosno da je svakako dužan održati raspravu kad to stranka u postupku zahtijeva.

Nakon uvida i rasčlambe odgovarajućih odredaba Zakona o upravnim sporovima Ustavni sud Republike Hrvatske je utvrdio da Upravni sud Republike Hrvatske ne ispunjava u zadovoljavajućoj mjeri ni jednu od navedenih pretpostavki.

Što se tiče utvrđivanja činjeničnog stanja Upravni ga sud u pravilu ne utvrđuje već prema odredbi stavka 1. članka 39. Zakona o upravnim sporovima rješava spor na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Vezanost Upravnog suda za činjenično stanje u upravnom postupku primjereno je temeljnoj karakteristici upravnog spora kao spora o zakonitosti upravnog akta.

Samo u nekoliko zakonom predviđenih situacija Upravni sud može, ako se na to odluči, i sam utvrđivati činjenično stanje. Tako prema odredbi stavka 3. članka 39. Zakona o upravnim sporovima, sud može sam utvrđivati činjenično stanje i na njegovoj podlozi donijeti presudu odnosno rješenje 1. ako bi poništenje osporenog upravnog akta i ponovno vođenje postupka kod nadležnog tijela izazvalo za tužitelja štetu koja bi se teško mogla popraviti ili 2. ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje

drukčije od onog utvrđenog u upravnom postupku ili 3. ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležno tijelo nije postupilo po presudi.

Upravni bi sud također i u slučaju tzv. „šutnje administracije“ imao priliku ako se odluči uvažiti tužbu i presudom riješiti upravnu stvar (umjesto da vrati predmet tuženoj strani i odredi u kojem smislu ima donijeti rješenje), samostalno utvrditi činjenično stanje.

Što se pak tiče druge pretpostavke tj. održavanja usmene i kontradiktorne rasprave u postupku odlučivanja Upravni je sud također ne ispunjava.

Naime, prema odredbi članka 34. stavka 1. ZUS-a Upravni sud o upravnim sporovima rješava u nejavnoj sjednici. Istina je Upravni sud može odlučiti, sam ili na prijedlog stranke da održi usmenu raspravu ako ocijeni da to zahtijeva složenost spora ili bolje razjašnjenje stvari. Pri tome međutim nije dužan udovoljiti prijedlogu stranke za održavanjem rasprave.

Zbog svega navedenog, nameće se zaključak da za sada prema važećim odredbama Zakona o upravnim sporovima, Upravni sud Republike Hrvatske ne ispunjava u zadovoljavajućoj mjeri dvije osnovne pretpostavke da bi se mogao smatrati sudom pune jurisdikcije.

4. PODUZETE MJERE S CILJEM MODERNIZACIJE ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA

U Upravnom sudu Republike Hrvatske je u rujnu ove godine započeo Twinning projekt (CARDS 2004.) „Podrška razvoju učinkovitijeg i modernijeg funkcioniranja Upravnog suda Republike Hrvatske“. Projekt će trajati 15 mjeseci. Navedeni projekt pomoći će Republici Hrvatskoj u nastojanjima ispunjavanja kriterija ulaska u Europsku Uniju prema poglavlju 23., vezanih uz pravosudna i fundamentalna prava, čime će se poboljšati organizacija sudova, njihova struktura i veća dostupnost samih sudova.

Ključni partneri u navedenom projektu su Ministarstvo pravosuđa, Upravni sud Republike Hrvatske, Pravosudna akademija, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu suradnju i Austrijski Ludwig Boltzman Institut za ljudska prava.

Navedeni projekt se sastoji od četiri komponente:

1. izrada novog Zakona o upravnom sporu, navedena komponenta je središte čitavog projekta,
2. analiza organizacije i poboljšanja radnih metoda Upravnog suda Republike Hrvatske,
3. razvoj programa edukacije i održavanje edukacijskih seminara i
4. revizija informatičkog sustava i sustava upravljanja sudskim predmetima na Upravnom sudu Republike Hrvatske

Kao što sam već navela izrada novog Zakona o upravnim sporovima zapravo je središte čitavog projekta.

Novi Zakon bit će izrađen u tri faze.

Prvo će se analizirati postojeći hrvatski Zakon o upravnim sporovima te odgovarajući zakoni zemalja Europske Unije.

Na temelju te analize hrvatski i strani stručnjaci pripremit će smjernice za izradu novog Zakona o upravnim sporovima.

Smjernice će biti predstavljene zainteresiranoj javnosti te će biti upućene Hrvatskoj Vladi i Saboru radi odobrenja.

Na kraju će stručnjaci izraditi nacrt novog Zakona o upravnim sporovima na temelju odobrenih smjernica.

ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION AND ADMINISTRATIVE COURT PRACTICE OF THE REPUBLIC OF CROATIA

In this paper the author reports on the problem areas of administrative dispute resolution which in the Republic of Croatia is regulated by the Administrative Dispute Resolution Act. The aforementioned Act was passed in the former SFRJ in 1977 as a federal law published in the then 'Stu benom listu SFRJ', no 4/77. With the Adoption of Administrative Dispute Resolution Act (Narodne Novine, no 53/91) the legal text was adopted into the legal system of the Republic of Croatia and, with its minor amendments, is still in force today.

Keywords: *administrative court, Croatia, administrative justice*

Dr. sc. Snježana Pehar
Docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru

RAZLOZI ZBOG KOJIH SE UPRAVNI AKT MOŽE POBIJATI U UPRAVNOM SPORU

UDK: 35. 072. 2

Primljeno: 15. 01. 2008.

Izvorni znanstveni rad

Putem upravnog spora se sankcionira i korigira nezakonit javnopravni rad pri izdavanju upravnih akata, što doprinosi uspostavljanju zakonitosti i vladavine prava. Jedno od temeljnih pitanja upravnog spora jeste pitanje razloga zbog kojih se upravni akt može pobijati pred sudom u upravnom sporu. Navođenjem tih razloga, na jednoj strani se dimenzionira širina tužiteljevog tužbenog zahtjeva, a s druge strane navođenje razloga zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu znači određivanje širine sudske ovlasti unutar koje sud može intervenirati u sadržaju upravnog akta radi njegovog stavljanja izvan snage. U radu se analiziraju razlozi zbog kojih se jedan upravni akt može pobijati u različitim pravnim sustavima. Sve te razloge autorica razvrstava u formalnopravne i materijalnopravne razloge za vođenje upravnog spora.

Ključne riječi: *upravni akt, upravni spor*

UVOD

Razvoj pravne države (*L'Etat de droit, Rechtsstaat*) uvjetovao je potrebu uspostavljanja takve pravne kontrole koja će biti u mogućnosti osigurati punu pravnu zaštitu na području upravne djelatnosti. Nositelj te kontrole trebalo je biti tijelo čija će stručnost, neovisnost i autoritativnost osigurati da uprava djeluje u granicama pravnih normi. Tako se javlja sudstvo kao podesan oblik pravne kontrole uprave. Sud tu treba dati autoritativnu i krajnju ocjenu u pogledu zakonitosti upravne djelatnosti. "Sudstvo u toj konstrukciji predstavlja u neku ruku onu Arhimedovu točku izvan upravnog sustava iz koje se može učiniti nešto što na prvi pogled izgleda proturječno, naime, pokrenuti mehanizam sankcija državne vlasti prema organizacijama koje tu državnu vlast nose i čine ... Sudska kontrola ne djeluje samo prinudom jedne upravne organizacije prema drugoj, koliko istodobno i sve više autoritetom suda i autoritetom pravila kao takvog koje sud u svojim sentencijama primjenjuje".¹

Djelovanje sudske kontrole je dvojako. Ona s jedne strane djeluje represivno primjenjujući odgovarajuću sankciju za konkretan slučaj povrede pravne norme,

1 Pusić, E.: Nauka o upravi, Školska knjiga, Zagreb, 1993., str. 97.

a s druge strane ona djeluje preventivno jer unaprijed utječe na zakonit tijekom upravnog postupanja.

Najznačajniji oblik sudske kontrole nad radom uprave je onaj koji se ostvaruje u okviru upravnog spora. Putem upravnog spora se sankcionira i korigira nezakonit javnopravni rad pri izdavanju upravnih akata, što doprinosi uspostavljanju zakonitosti i vladavine prava.

Jedno od temeljnih pitanja upravnog spora jeste pitanje razloga zbog kojih se upravni akt može pobijati pred sudom u upravnom sporu. Radi se zapravo o pitanju čija važnost proizlazi jednako iz činjenice što se navođenjem tih razloga na jednoj strani kod tužitelja dimenzionira širina njegovog tužbenog zahtjeva, a s druge strane navođenje razloga zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu znači određivanje širine sudske ovlasti unutar koje sud može intervenirati u sadržaju upravnog akta radi njegovog stavljanja izvan snage. Neobično je važno, dakle da razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu budu nedvosmisleno i jasno određeni u pravnoj normi. To onda daje mogućnost tužitelju da precizira u svom tužbenom zahtjevu u čemu vidi razloge za uvažavanje tužbe i poništavanje upravnog akta. S druge strane to omogućava opet sudu procijeniti je li taj tužbeni zahtjev postavljen u granicama razloga zbog kojih se upravni akt može pobijati. Naravno, kao i u svim drugim pitanjima upravnog spora i ovdje je stvar zakonodavca ocijeniti koje će razloge uzeti kao moguće, odnosno dopustive za pobijanje upravnog akta tužbom u upravnom sporu. Načelno bi se moglo reći kako postoje neki "klasični" razlozi koji se najčešće javljaju u više manje svim pravnim sustavima kao razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati (nenadležnost, greška u činjeničnom stanju, materijalna povreda zakona i slično). Pored toga može se opet zaključiti kako se pregledom rješenja prihvaćenih u komparativnom pravu dadu nazrijeti i izvjesne specifičnosti koje su posljedica posebnosti pojedinih pravnih sustava i gledanja njihovog zakonodavca na problem pitanja mogućnosti pobijanja upravnog akta.

1. BRITANSKO PRAVO

U **britanskom pravu** kao razlozi zbog kojih se može poništiti akt uprave navode se naročito: prekoračenje ovlasti (*ultra vires*) i povreda načela *natural justice*.

Ta dva slučaja upravo održavaju specifičnosti britanskog pravnog sustava i njihovog shvaćanja o svrhovitosti sudskog nadzora nad upravom i oblika intervencije koje sud u tom nadzoru može provesti radi zaštite prije svega objektivne zakonitosti kao takve.

a) Slučajevi *ultra vires*

U Velikoj Britaniji, kao i u angloameričkom sustavu sudske kontrole općenito, osnova za određivanje slučajeva *ultra vires* čini sudska praksa. Vršeci kontrolu rada uprave, a u okviru nje kontrolu zakonitosti upravnog akta, sudovi u takvom

sustavu određuju za svaki pojedini slučaj može li se akt oglasiti *ultra vires* i tako staviti izvan snage. Pri tome se naročito provjerava može li se slučaj koji je u pitanju usporediti sa nekim od već ranije riješenih sudskih slučajeva i utvrditi kao istovjetan, pri čemu se onda primjenjuje princip presedana što znači da prijašnja, primarna sudska odluka čini pravnu podlogu za rješavanje svih budućih istih ili sličnih slučajeva. Ovakav način definiranja razloga zbog kojih se upravni akt može oglasiti *ultra vires* i ostaviti bez pravnih učinaka ima nesumnjivo svoju praktičnopravnu vrijednost i zbog toga se uostalom i zadržao tako dugo kao institut kontrole zakonitosti upravnog akta u angloameričkom pravu. A njegova teorijska vrijednost trpi čini se prigovore u tome što je uopćavanje koje bi bilo teorijskog karaktera slučajeva *ultra vires* unaprijed gotovo nemoguće, pa se načelno i uočava pojava da pravna teorija baveći se ovakvim primjerima dolazi u priliku samo pojedinačno razmatrati određene slučajeve. Inače moguće je da do prekoračenja ovlasti koje predstavljaju slučajeve *ultra vires* može doći iz nekoliko razloga. Jedan od njih je na primjer zlouporaba diskrecijske ovlasti do koje može doći vršenjem diskrecijske ocjene "po diktatu" (*acting under dictation*)² ili još češće "nerazboritim" (*unreasonable*) vršenjem diskrecijske ocjene.³

Jedan od slučajeva kojima se upravni akt također može oglasiti *ultra vires* jest povreda načela "*delegatus non potest delegare*".⁴ Ovo načelo znači da se delegirano, dakle prenjeto pravo ne može dalje prenositi. Ono, dakle ograničava nositelja delegiranog prava da se koristi bilo kojom mogućnosti daljnjeg prenošenja takvog prava bez obzira na strukturu hijerarhijskih odnosa koji postoje na razini

² Vršenje diskrecijske ocjene pretpostavlja slobodu izbora između dvije ili više alternativa. U slučaju da taj izbor ne bude slobodan, već na svojevrstan način iznuđen, radi se o vršenju slobodne ocjene "po diktatu", a doneseni pravni akt se smatra *ultra vires*. Npr. u slučaju R.V. Stepney Corporation (1902.) lokalna je uprava bila dužna isplatiti službeniku određenu naknadu za gubitak posla. Umjesto da nadležno tijelo samo odredi visinu naknade, zatražilo je od Ministarstva financija (Treasury) da ono odredi način na koji će se u tom konkretnom slučaju obračunati visina takve naknade, što je Ministarstvo i učinilo. Tijelo lokalne uprave je, potom, samo primijenilo danu formulu. Sud je našao da je takav akt *ultra vires* jer je donositelj akta odlučivao "po diktatu" (*acting under dictation*), u ovom slučaju onog tijela koje odlučuje povodom žalbe u drugom stupnju. Vidi Cane P.: *An Introduction to Administrative Law*, Oxford, University Press, New York, 1986., str. 70. i dalje.

³ "Pojam nerazboritosti jest glavni instrument koji upotrebljava sud kad obavlja kontrolu supstance odluka uprave." Cane P.: op. cit., str. 81.

Odgovor na pitanje je li određeno djelovanje uprave nerazborito, ovisi ponajprije o sudskoj interpretaciji zakonskih normi koje daju ovlast na diskrecijsku ocjenu i uvjeta u kojima se takva ocjena vrši. Nesumnjivo je da mogućnost interpretacije jednog relativno neodređenog pojma, kao što je pojam "*unreasonable*" koji datira još iz 16. stoljeća (Rooke's Case, 1598.), pruža sudu određeni stupanj slobode. U slučaju *Prescot v. Birmingham Corporation* (1955) je obrađena odluka kojom je grad Birmingham dodijelio višegodišnjim umirovljenicima besplatan javni prijevoz, što je dovelo do značajnih gubitaka gradskih prijevoznih tvrtki. Odluka je proglašena *ultra vires* jer nije bila "razumljiva" "reasonable".. Vidi: Schwarze J.: *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992., str. 286.

⁴ U slučaju *Lavander v. Minister of Housing and Local Government* (1970.) tužitelj se obratio ministru graditeljstva sa zahtjevom za izdavanjem dozvole za vađenjem minerala na području koje se koristilo za poljodjelstvo. Ministar graditeljstva, nakon što se posavjetovao s ministrom poljoprivrede, odbio je izdati traženu dozvolu iz razloga što se vađenju minerala na navedenom području usprotivio ministar poljoprivrede. Sud je poništio akt ministra graditeljstva, kojim je on odbio izdati dozvolu kao akt *ultra vires* zato što je po ocjeni suda ministar graditeljstva dao ministru poljoprivrede neku vrstu prava veta, što je određeni vid daljnjeg delegiranja ovlasti. Vidi: Schwarze J.: op.cit., str. 282. i dalje.

između tijela koje vrši delegaciju i tijela kojem bi se delegacijom ovlast prenosila. I tu se polazi od pravila da je zakonodavac imao u vidu mogućnost da samo tijelo na koje je delegiranje izvršeno obavi u okviru svoje nadležnosti posao, odnosno ovlasti koje su mu delegacijom prenesene.

Slučaj u kojem, također može doći od oglašavanja upravnog akta *ultra vires* jest onaj u kojem je akt donesen iz neprihvatljivih motiva (*improper purposes*). U ovakvim slučajevima sud koji vrši nadzor procjenjuje zapravo kojim je razlozima bila motivirana odluka upravnih vlasti izražena u upravnom aktu. Ako sud nađe da je motiviranost bila u razlozima koji su po zakonskoj normi i shvaćanjima suda neprihvatljivi tada akt oglašava *ultra vires* što za posljedicu ima izostanak pravnog učinka takvog akta. Ovaj oblik slučaja *ultra vires* uvelike odgovara francuskom slučaju *detournement de pouvoir*.⁵

Isto tako akt će biti *ultra vires*, odnosno nezakonit, ukoliko ga njegov donosilac nije donio u dobroj vjeri (*in good faith*), ne postupajući dakle *bona fidae*.

I neispravno utvrđeno činjenično stanje može predstavljati slučaj zbog kojega sud određeni upravni akt može proglasiti *ultra vires*. To će biti naročito u onim slučajevima kada sud u kontroli upravnog akta ocijeni da se pri donošenju takvog akta nije vodilo dovoljno računa o načinu na koji je bilo nužno utvrditi činjenično stanje. Zbog takvog pristupa najčešće dolazi do greške u činjeničnom stanju zbog toga što je činjenično stanje pogrešno utvrđeno ili što je iz činjeničnog stanja izveden pogrešan zaključak. Sve su to onda razlozi koji daju mogućnost sudu da u pojedinim slučajevima takvih akata primijeni načelo *ultra vires*.

b) Povreda načela *natural justice*

Načelo *natural justice* poslužilo je sudovima da u kontroli uprave ustanove jednu vrstu pravila (kodeks za pravično vođenje postupka) koja prethode donošenju upravnog akta. Takav postupak morao bi se onda prema ovom načelu voditi prema određenim pravilima, a svaka povreda takvih pravila ujedno bi značila nevaljanost upravnog akta jer bi pravilo *natural justice* bilo povrijeđeno. U jednom dijelu teorije upravnog prava pod pojmom *natural justice* podrazumijeva se: *prvo*, da nitko ne može odlučivati u vlastitoj stvari (*nemo iudex in propria causa*), i *drugo*, da svaka osoba o čijim se pravima odlučuje ima pravo biti saslušana (*audi altera partem*).⁶

⁵ Npr. u slučaju R.v.Ealing LBC ex p. Times Newspapers Ltd. (1986.) određena lokalna uprava nije iz političkih razloga dopustila da se određene novine nađu u javnoj knjižnici, jer su vlasnici navedenih novina otpustili brojne radnike zbog njihova štrajka. Takvu je odluku sud ocijenio kao *ultra vires*, budući da je odluka motivirana političkim razlozima, a trebala je biti motivirana zakonskom dužnošću da se osigura cjelovita i djelotvorna usluga knjižnice. Wade W. – Forsyth, C.: *Administrative Law*, Seventh Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994., str. 407.

⁶ Wade W. – Forsyth, C.: *op.cit.*, str. 464.

2. AMERIČKO PRAVO

Poznato je da se i **američki pravni sustav** temelji kao i britanski, načelno, na *Common Law-u* te da je na području kontrole uprave prihvaćen angloamerički model sudske kontrole uprave. Ovlasti suda pri kontroli uprave kreću se u granicama *ultra vires*: on može odbiti tužbu ili poništiti osporeni upravni akt, ali ne i meritorno riješiti stvar (slično francuskoj tužbi *pour excès de pouvoir*). Kao razloge zbog koji se upravni akt može oglasiti *ultra vires*, odnosno nezakonitim, Švarc navodi: a) nenadležnost, b) greške u formi, c) zloupotrebu ovlaštenja, d) povredu zakona i e) stvarnu zabludu, odnosno greške u činjeničnom stanju.

a) *Nenadležnost*

U američkom pravu se mogu razlikovati dva vida nenadležnosti. Jedan vid se odnosi na pitanje delegacije vlasti koju vrši službenik ili upravno tijelo, prenoseći ovlast na drugog službenika ili tijelo. Do nenadležnosti u ovom slučaju dolazi ako se delegacija ne prenosi temeljem zakona ili uredbe (dekreta). Drugi vid nenadležnosti proizlazi iz činjenice da se, u organizacijskom smislu, uz federalno sudstvo pojavljuje i tzv. državno sudstvo, kao sudski sustav svake države posebno, što često dovodi do toga da uprava federalnih jedinica ili uprava savezne države zalaze u nadležnost jedna drugoj. Bilo da se akt oglašava nenadležnim po jednom ili drugom osnovu, on je nezakonit te ne može proizvoditi pravne učinke.

b) *Greške u formi*

U američkom pravu sudovi su nadležni poništiti upravni akt ako je došlo do greške u propisanom postupku bez obzira je li je greška u postupku stvarno utjecala na doneseni upravni akt. Iznimno takav akt može ostati na snazi ukoliko osoba o čijim se pravima odlučuje da svoj naknadni pristanak.

c) *Zloupotreba ovlasti*

Pojam zloupotrebe ovlasti na način kako je on definiran u francuskom pravu u okviru teorije *détournement de pouvoir* odgovara u američkom pravu ovlastima suda da vrši ispitivanja u svezi sa pitanjem racionalnog karaktera upravnih propisa. Naime, prema američkoj doktrini, sudovi imaju ovlasti da odrediti postoje li ili ne racionalni odnosi između danog propisa koje je donijelo tijelo uprave i ovlasti koja je sadržana u zakonu. Ipak, treba istaći da je mogućnost poništavanja zbog zloupotrebe ovlasti vrlo ograničena. Naime, američki sudovi su ovlašteni vršiti ispitivanja u pogledu racionalnog karaktera samo u slučaju kada je riječ o normativnim aktima uprave, koji su donijeti na osnovu ovlaštenja iz zakona, dok ne mogu vršiti takva ispitivanja u vezi sa upravnim aktima koji se odnose na određene pojedince ili pravne osobe.⁷

d) *Povreda zakona*

Povreda zakona predstavlja jedan od najčešćih i najbrojnijih razloga za poništenje upravnih akata u američkom pravnom sustavu. Do povrede zakona od strane donositelja upravnog akta može doći u dva slučaja. Prvi slučaj je da

⁷ Popović, S.: Upravni spor u teoriji i praksi, Beograd, 1966., str. 189.

donositelj upravnog akta u rješavanju upravne stvari koja je predmet postupka, iz svoga neznanja ili pak namjerno, primijeni pogrešan materijalni propis, odnosno propis koji nije trebalo primijeniti. Drugi slučaj je da donositelj upravnog akta pri rješavanju upravne stvari primijeni odgovarajući zakonski propis, ali njegove odredbe pogrešno tumači. U praksi, prvi slučaj povrede zakona je jednostavniji i očigledniji, dok je pogrešnu interpretaciju zakonskog propisa, odnosno pravnu zabludu donositelja upravnog akta znatno teže dokazati. I jedan i drugi slučaj povlače za sobom nezakonitost donesenog upravnog akta što predstavlja razlog za poništenje toga akta.

e) *Stvarna zabluda odnosno greške u činjeničnom stanju*

Jedan od razloga zbog kojih se akt uprave može oglasiti *ultra vires* je i stvarna zabluda, odnosno greške u činjeničnom stanju. Do njih dolazi u slučajevima kada sud utvrdi da se materijalno stanje koje je utvrdila uprava ne zasniva na pravno relevantnim dokazima. Prema tome, u američkom upravnom pravu ispitivanje postojanja činjenica koje navodi uprava, a koje obavljaju sudovi, temelji se na ispitivanju jesu li te činjenice zasnovane na bitnim dokazima. Nije u nadležnosti američkih sudova ovlaštenje da određivati po svom mišljenju materijalnu točnost činjenica na kojima se zasniva akt uprave. Sudska funkcija se završava u trenutku kada je sud utvrdio racionalnu osnovu za činjenične zaključke koje je utvrdila uprava.⁸

3. FRANCUSKO PRAVO

U **francuskom pravu** razlozi za poništavanje upravnog akta su: nenadležnost, pogreška u formi, zloupotreba ovlasti i povreda zakona⁹.

a) *Nenadležnost (l'incompétence)*

Nenadležnost je jedan od oblika nezakonitosti čije utvrđivanje povlači poništenje osporavanog upravnog akta iz razloga što njegov donosilac nije imao zakonsko pravo da ga donese. Državna tijela su dužna da o svojoj nadležnosti vode računa po službenoj dužnosti (*ius cogens*), pa stoga i sudac mora po službenoj dužnosti istaknuti nenadležnost, čak i ako se podnositelj tužbe u svom prilogu nije pozvao na nju.

⁸ Popović, S.: Upravni spor u teoriji i praksi op.cit., str. 189.

⁹ Četveročlanu klasifikaciju razloga za pokretanje upravnog spora u francuskom pravu utemeljio je E. J. Laferrière 1887. godine. Laferrière, E. J.: *Traité de la jurisdiction administrative*, Paris, 1896. Vedel usvaja Laferrièreovu klasifikaciju razloga svrstavajući nenadležnost (*l'incompétence*) i pogrešku u formi (*le vice de forme*) u greške formalne naravi (*vices de nature formelle*) – tj. greške koje se uočavaju kada se provjerava formalna pravilnost akta (*régularité formelle*), a povredu zakona (*la violation de la loi*) i zloupotrebu ovlasti (*détournement de pouvoir*) u greške materijalne naravi (*vices de matière*) – tj. greške koje se uočavaju kada se provjerava da li je akt, neovisno o tomu kakve su bile namjere njegovog donositelja, sukladan pravu, kao i to da li je s aktom njegov donositelj ostvario svrhu koju zakon propisuje. Vedel, G.: *Droit administratif*, Paris, 1976., str. 439.-598. Navedeno prema Babac, B.: *Upravno pravo*, Odabrana poglavlja iz teorije i praxisa, Osijek, 2004., str.438.

Nenadležnost se može manifestirati na više načina. Jedan od načina jest da akt donese tijelo koje se nalazi izvan sustava državnih tijela. To je najteži oblik nezakonitosti i akt je u tom slučaju nepostojeći.

Do nenadležnosti dolazi i kada tijelo državne uprave donese akt iz nadležnosti zakonodavne ili sudbene vlasti.

Ipak, najčešći oblik nenadležnosti je onaj u kojem donositelj akta zadire u nadležnost neke druge upravne vlasti, a ovo zadiranje se može ispoljiti u nekoliko različitih oblika i to kao:

- zadiranje u nadležnosti između različitih vrsta vlasti (npr. između savjetodavnog tijela i izvršnog tijela).

- zadiranje u nadležnosti između vlasti iste vrste i istog ranga, bilo *ratione materiae*, *ratione loci* ili pak *ratione temporis*. Stvarna nenadležnost (*la competence ratione materiae*) je postupanje u poslovima za koje donositelj akta pravnom normom nije ovlašten. Najteži oblik stvarne nenadležnosti je uzurpacija nadležnosti (*usurpation des fonctions administrative*¹⁰) do koje dolazi kada je akt izdan od strane privatne (a ne službene) osobe. Francuska doktrina takve akte naziva "pravno nepostojećim" (*actes administratifs inexistantes*). Mjesna nenadležnost (*la competence ratione loci – territoriale*) je postupanje izvan utvrđenog područja rada donositelja akta.¹¹ Vremenska nenadležnost (*la competence ratione temporis*)¹² u pogledu određenog akta postoji ako je izdavatelj već prestao biti nadležan za tu upravnu stvar, ili još to nije ni postao.

- zadiranje u ovlasti između hijerarhijskih vlasti. To je slučaj podređenog koji donosi odluku koja je u nadležnosti nadređenog ili *proprio motu*, ili po osnovu nezakonitog ovlaštenja koje mu je dao nadređeni. U načelu nadležnosti mora vršiti onaj tko na to ima zakonsko pravo; one se ne prenose, izuzev izričitog odobrenja koje daje zakon (delegacija nadležnosti). U praksi nezakonita ovlaštenja su jedan od najčešćih slučajeva poništenja zbog nenadležnosti. Nenadležnost, također, postoji i kada nadređeni vrši poslove iz nadležnosti podređenog. Naime, ako je nadležnost nižeg tijela izričito određena, više tijelo ne može vršiti poslove iz nadležnosti nižeg tijela, to jest nema pravo supstitucije nadležnosti.

Najzad, greška u nadležnosti može rezultirati i iz toga što je tijelo ostalo "ispod granica svojih ovlasti", odbijajući donijeti akt za koji se nije smatralo nadležnim, mada je u stvarnosti bilo nadležno za to.

¹⁰ Vidi: Jese, G.: Cours de droit public, Paris, 1927., str.10., Delblond, A.: L'incopetence des autorites administratives dans la jurisprudence du Conseil d' Etat (these, dact), Paris, 1974., str. 180.-188., Auby, J.M.-Drago, R.: Traité de droit administratif, III, Paris, 1962., str.548.-553., Rivero, J.: Droit administratif, Paris, 1980., str.253.

¹¹ Vidi: Vincent, F.:Le pouvoir de décision unilaterale des autorités administratives, Paris, 1966., str.74.-75.,

¹² Vidi: Auby, J.M.: Le povoir de décesion unilateral des autorités administratives, recherches sur l'application des actes administratif dans le temps, R.D.P., 1953., str.7., Dupuis, G. – Guédon, M.J.: Institutions administratives, Droit administratif , 2. ed., Paris , 1988., str. 483.- 484.

b) *Pogreška u formi (le vice de forme)*

Svaki je upravni akt podložan izvjesnom "formalizmu" na taj način što se mora donijeti nakon propisane procedure i u određenoj formi (obliku). Procedura se tiče razrade (elaboracije) akta, a forma je njena materijalna prezentacija. Pogreška u formi¹³ nastaje zbog nepoznavanja propisa koji za svaki akt utvrđuju kako proceduru tako i oblik. Korisnost pravila procedure je očita, bilo da ona daju pojedincima garancije (prethodna istraga koja im omogućava da se iz njih čuje, javnost, pridržavanje određenih rokova, navođenje obrazloženja itd.), bilo da ona omogućavaju upravi da donese rješenje uz potpuno poznavanje stvari (korištenje dokaznih sredstava, mišljenje konzultativnih tijela itd.). Ipak, sva ova pravila nemaju istu vrijednost. Između njih postoji hijerarhija, koja ovisi ne samo o njihovom izvoru, prema tome proizlaze li ona iz propisanog akta, zakona, općeg načela, već i o njihovoj stvarnoj efikasnosti. Sudska praksa odbija, dakle podvrgnuti upravu paralizirajućem formalizmu, sankcioniranjem putem poništavanja zbog nepoznavanja bilo kojeg od ovih pravila. Ona pravi razliku među njima, te samo neke pogreške u formi predstavljaju nezakonitost. Da bi odlučila koje povrede forme povlače poništenje, sudska praksa razlikuje *suštinske formalnosti*, čiji propust ili nepropisno ispunjavanje povlači u načelu poništenje, i *sporedne formalnosti*, koje ostaju bez utjecaja na valjanost akta¹⁴. Radi li se u konkretnom slučaju o povredi suštinske ili sporedne formalnosti ovisi o tome je li ta povreda takve prirode da bi bila od odlučnog utjecaja na krajnju odluku i volju donosioca te odluke. Ako to nije takav slučaj radi se o povredi sporedne formalnosti i sud u takvom slučaju neće ni uvažiti tužbu, a ako to jeste u pitanju je povreda suštinske formalnosti.

c) *Povreda zakona (la violation de la loi)*

Postoje dva osnovna oblika povrede zakona:

- povreda teksta pravnog propisa, i
- pogrešno tumačenje zakona (pravna zablude – *error iuris*).¹⁵

¹³ Berlia : Le vice de forme ,R.D.P., Paris, 1940.,str. 370.

¹⁴ Pogreške u formi akta Vedel dijeli na bitne (*formes substantielles*), koje vode poništenju akta u svakom slučaju i nebitne (*formes non substantielles*). Vedel, G.: op. cit, str. 576. Navedeno prema: Babac, B.: op. cit., str. 438.

¹⁵ Vedel moguće povrede zakona svrstava u tri skupine: a) odbijanje nadležnog tijela da primijeni zakon za koji znade da bi ga morao primijeniti u pojedinačnoj upravnoj stvari (*refus d'application de la loi*); b) greška u tumačenju prava (*erreur de droit*); netočnost činjeničnih razloga (*inexactitude de faits*); Vedel, G.: op. cit., str. 584.-596. Rivero u povrede materijalnog sadržaja zakona ubraja sve ono što ne pripada povredama pravila o nadležnosti, pravila o obliku i postupku, kao i o svrsi akta, što znači da bi obuhvaćala samo povrede koje se tiču sadržaja akta te činjeničnih i pravnih razloga s kojim se takav akt utemeljuje. Rivero razlikuje: a) izravnu povredu materijalnog sadržaja zakona – kakva postoji kada upravni akt ide mimo pravne norme kao da ona uopće ne postoji; b) pogrešno tumačenje materijalnog propisa; c) činjeničnu zablude (*error facti*) koja prouzrokuje materijalnu nezakonitost; d) nedostatak legalne osnove tj. kada donositelj akta uzima kao materijalnopravnu osnovu odlučivanja propis koji se ne može primijeniti na konkretan slučaj. Navedeno prema: Ivančević, V.: Institucije upravnog prava, Zagreb,1983., str. 450.-451.;Usporedi: Babac, B.: op. cit., str. 445.-446.

Povreda teksta pravnog propisa može biti direktna ako je uprava djelovala kao da propis ne postoji, ne vodeći o njemu nikakvog računa i indirektna ako uprava arbitrarno dopunjuje tekst važećeg pravnog propisa ili stvara novu (bez ovlasti za to) pravnu normu.

Povreda zakona uslijed pogrešnog tumačenja postoji ako je donositelj upravnog akta poznavajući propis dao njegovo tumačenje koje sudac smatra pogrešnim.

d) Zloupotreba ovlasti (détournement de pouvoir)

*Le détournement de pouvoir*¹⁶ u francuskom pozitivnom pravu jedan je od četiri slučaja kada se može pokrenuti *recours pour excès de pouvoir* i poništiti upravni akt.

Za razliku od pojedinca koji slobodno bira cilj svojih akata, upravi je nametnut cilj kojem njena radnja mora težiti. Općenito gledajući, uprava mora izvršavati svoje nadležnosti u cilju zadovoljenja javnog interesa, a u skladu sa općim pravnim principom. Stoga kada tijelo uprave pri donošenju upravnog akta ima u vidu drugi cilj, a ne onaj koji je određen objektivnim pravnim poretkom, vrši preokretanje ovlasti, odnosno iskrivljivanje cilja. "Dakle, značajka *détournement* je u tome, što ovdje organ djeluje po drugim motivima, ide za drugim ciljem ili svrhom negoli su oni, koje mu je zakon odredio. Obična materijalna protivupravnost čini neki akt objektivno nevaljanim, bez obzira na subjektivne motive, kojima se njegov izdavač rukovodio; naprotiv karakterističan i tipičan slučaj *détournement* čini akt, koji je strogo objektivno-pravno promatrano valjan, nevaljanim samo zbog ovog nezakonitog motiva, odnosno cilja, kojim se rukovodio njegov izdavač. Pri čistom i tipičnom slučaju *détournement* ne bi se dotični akt mogao pobijati, da nema ovog strogo unutrašnjeg i subjektivnog skretanja izdavača akta od prave zakonske svrhe, odnosno cilja".¹⁷

Najočitiji slučaj zloupotrebe ovlasti je kada se donositelj upravnog akta rukovodi ciljem koji ne spada u opći interes nego se on rukovodi za nekim svojim, na primjer osobnim, političkim ili ideološkim ciljem. Do zloupotrebe ovlasti može doći, također, i kada se donositelj upravnog akta rukovodi nekim općim ciljem, ali ne onim koji je zakon imao u vidu u konkretnom slučaju. Prema francuskoj teoriji i praksi tako doneseni upravni akt je nezakonit i može se pobijati iz razloga *détournement de pouvoir*, s tom razlikom što je prva nepravilnost graduelno veća od druge.

Krbek ističe da su mnogi slučajevi koji se navode kao *détournement* obični slučajevi *violation de la loi* i da je u praksi najteže sprovesti razgraničenje između slučajeva *détournement* i *violation de la loi*.¹⁸

Dokazivanje *détournement de pouvoir* nailazi na dvije poteškoće. Prva se tiče određivanja *zakonskog cilja*, kada zakon to ne precizira. Druga poteškoća

¹⁶ Usporedi: Vidal: L' evolution du détournement de pouvoir, R.D.P., 1952., str. 275.; Vedel, G. – Delvolvé, P.: Droit administratif, Paris, 1992., str. 340.-344.

¹⁷ Krbek, I.: Diskreciona ocjena, JAZU, Zagreb, 1937., str. 458.

¹⁸ Krbek, I.: Diskreciona ocjena, op.cit., str. 457.

se odnosi na polje *dokaza*¹⁹. Nakon što je najprije zahtijevalo da se zloupotreba ovlasti pojavi u samom aktu, Državno vijeće dopušta da dokaz proističe iz raznih elemenata predmeta: drugih pisanih dokumenata, okolnosti u kojima je akt donesen, netočnosti navedenih motiva koji ukazuju na pravi cilj, itd. Ono manje traži očigledan dokaz, a više uvjerenje, koje može rezultirati iz skupa "usklađenih indicija". No, teret čitavog ovog dokazivanja leži na tužitelju, jer je u francuskom upravnom pravu postavljeno kao pravilo da Državni savjet ne istražuje zloupotrebu ovlasti po službenoj dužnosti (*ex officio*). Po tome se ovaj razlog za poništaj upravnih akata razlikuje od ostalih razloga (nenadležnost, povreda forme i povreda zakona), koje Državni savjet uzima u obzir po službenoj dužnosti.

4. TALIJANSKO PRAVO

U talijanskom pravu kao razlozi zbog kojih se može poništiti akt uprave navode se nenadležnost, prekoračenje ovlasti i povreda zakona²⁰.

a) *Nenadležnost (incompetenza)*

Jedan od razloga zbog kojih se upravni akt može osporavati je kad ga nije donijelo tijelo državne uprave (ili drugo tijelo) kojem je zakonodavac pravnom normom takvu dužnost (i ovlast) odredio, odnosno kad postoji nenadležnost.

Upravni akt je moguće osporavati bilo da se radi o relativnoj stvarnoj nenadležnosti, to jest kad neku upravnu stvar riješi tijelo uprave koje prema propisima ne može odlučivati o toj vrsti upravnih stvari, ili bilo da se radi o apsolutnoj stvarnoj nenadležnosti do koje dolazi kada upravni akt donese tijelo uprave koje ni u kom slučaju nije moglo imati ovlasti za izdavanje takvog akta, odnosno kada je riješeno o stvari koja nije mogla biti predmet upravnog postupka. Osim stvarne (apsolutne i relativne nenadležnosti) razlog za osporavanje upravnog akta je i mjesna nenadležnost do koje dolazi u slučajevima kada donositelj upravnog akta postupa izvan pravnom normom određenog teritorija.

b) *Prekoračenje ovlasti (Eccesso di potere)*

Prekoračenje ovlasti odgovara francuskom *recours pour excès de pouvoir* i predstavlja najznačajniji i najbrojniji osnov na kome Državni savjet zasniva svoju sudsku kontrolu. Do prekoračenja ovlasti može doći iz nekoliko razloga. Jedan od njih je, na primjer, zloupotreba ovlasti (*sviamento di potere*) koji uvelike odgovara francuskom *détournement de pouvoir*, a ogleda se u donošenju upravnog akta s drugim ciljem ili drugom svrhom od onoga što ga predviđa zakonska norma²¹.

Kao razlog zbog kojeg može doći do prekoračenja ovlasti navodi se u

¹⁹ Lemasurier, J.: La preuve dans le détournement de pouvoir, R.D.P., 1959., str. 36.

²⁰ Vidi: Galeotti, S.: The Judicial Control of Public Authorities in England and in Italy, London, 1954., str.126- 159.; Schwarze, J.: op. cit., str. 135, 279.-281;

²¹ "gives these defects the name *sviamento di potere*, to distinguish them from the broader concept of *eccesso di potere*". Landi, G.- Potenza, G.: Manuale di Diritto Amministrativo, 7th ed., Milan, 1983., str.259.

talijanskom pravu i netočno iznošenje činjenica na kojima se zasniva akt uprave (*travisamento dei fatti*). Naime, ukoliko je tijelo državne uprave navelo netočne činjenice, odnosno zanemarilo činjenice koje su bitne za rješavanje upravne stvari, akt je nezakonit te ne može proizvoditi pravne učinke. Isto tako, ako je akt donijet na osnovi netočno ili pogrešno utvrđenih činjenica, ili kad postoji suprotnost između utvrđenih činjenica i rješenja upravnog tijela, ili suprotnost između danih razloga izloženih u rješenju postoji prekoračenje ovlasti koje daje mogućnost sudu da predmetni akt stavi izvan snage.

Očigledna nelogičnost (*illogicità manifesta*), tj. slučaj kad između predočenih razloga za donošenje upravnog akta i samog upravnog akta nema logične veze, ili su predočeni razlozi kontradiktorni je također jedan od razloga zbog kojeg može doći do prekoračenja ovlasti²².

Isto tako do prekoračenja ovlasti će doći i u slučaju očigledne nepravde (*manifesta ingiustizia*), tj. povrede osnovnih načela pravnog sustava.

Do prekoračenja ovlasti će doći i u slučaju kada tijelo državne uprave donese akt ne pridržavajući se instrukcija od strane hijerarhijski višeg tijela u svezi sa primjenom zakona ili drugih općih propisa, a sadržanih u posebnom aktu, takozvanom cirkularu. Ovaj slučaj prekoračenja ovlasti u talijanskom pravu se naziva *inosservanza di circolari*.

Nedostatak ili nedovoljnost razloga za donošenje upravnog akta (*difetto di motivazione*) također može predstavljati razlog za prekoračenje ovlasti i oglašavanje akta nezakonitim²³.

c) Povreda zakona (violazione di legge)

Do povrede zakona može doći ukoliko je primijenjen propis koji više ne važi, ili nije primijenjen propis koji je trebalo primijeniti, odnosno zbog pogrešnog tumačenja zakona ili pogrešne primjene zakona. Specifičnost talijanskog pravnog sustava ogleda se u činjenici da se zbog povrede zakona mogu osporavati svi akti uprave, a ne samo upravni akti. Svakako da sud pri rješavanju konkretnog upravnog spora, ako se akt uprave osporava zbog povrede zakona, ocjenjuje samo pitanje zakonitosti, pa prema tome ne može se upuštati u slobodnu ocjenu.

5. PRAVO EUROPSKE UNIJE

Razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati u pravu Europske unije su prema članku 232. Ugovora o Europskoj Zajednici: nenadležnost, bitna povreda postupka, povreda Ugovora i bilo kojeg propisa o njegovoj primjeni i zloupotreba ovlaštenja.

²² Vidi: Landi, G.- Potenza.G. : op cit.,, str. 260.; Schwarze, J.: op. cit., str. 280.

²³ "If it acts from a mixture of motives, the unlawful motive will be treated as uppermost". Schwarze, J.: op. cit., str. 281.

a) nenadležnost

Nadležnost znači pravno ovlaštenje za donošenje nekog akta. Ekvivalentan pojam ovome u britanskom pravu je *ultra vires*. Komunitarne institucije nemaju izvorna ovlaštenja, već ovlaštenja prenijeta od država članica. Stoga, prilikom donošenja svakog akta mora se ukazati na neku odredbu ugovora koja predstavlja pravni temelj za njegovo donošenje. Ako takav pravni temelj ne postoji, akt će biti poništen zbog nenadležnosti. Hartley ističe da se na ovaj razlog za poništaj rijetko poziva s obzirom na to da je teško, izuzev, možda, u slučaju delegiranja ovlaštenja, dokazati da je tijelo koje je donijelo akt nenadležno²⁴. Sud mora izvršiti kontrolu nadležnosti čak i kada je protekao rok za pokretanje postupka nadzora zakonitosti.²⁵

b) bitna povreda postupka

Europski sud kao povredu bitnih elemenata postupka smatra bitnu povredu pravila ustanovljenih Osnivačkim ugovorima i propisima donesenim na osnovu njih, te povredu općih pravnih načela. Postavlja se pitanje kako u konkretnom slučaju ocijeniti radi li se o bitnim ili nebitnim povredama pravila ustanovljenih Osnivačkim ugovorima i općim pravnim načelima. Naime, proglašavanje akta nezakonitim zbog beznačajne postupovne greške nepotrebno bi sputavalo djelovanje uprave i poticalo pretjerani formalizam, pa se stoga stavljaju izvan snage samo oni akti kod kojih je došlo do povrede neke važne odredbe. Odredba je važna ukoliko njeno ignoriranje može utjecati na konačan sadržaj akta. Sud u svakom konkretnom slučaju cijeni je li došlo do bitne povrede odredbe postupka, imajući u vidu njezinu funkciju i moguće posljedice njezinog nepoštivanja pri donošenju pravnog akta. Razlikovanje između bitnih i nebitnih zahtjeva je prenijeto iz francuskog prava. Elementi postupka za koje se danas smatra da su bitni, obuhvaćaju zahtjev da se obrazloženje, da se omogući saslušanje (*audi alteram partem*), da se pribavi suglasnost, da se konzultira i zahtjev da se mjera koju donese savjet zasniva na prijedlogu Komisije.

c) povreda Ugovora i bilo kojeg propisa o njegovoj primjeni

Povreda Ugovora i bilo kojeg propisa o njegovoj primjeni obuhvaća, u širem smislu, sve moguće oblike nezakonitosti. Hartley smatra da ovaj razlog nezakonitosti obuhvaća kršenje svih osnovnih ugovora i svakog pravnog pravila koje se odnosi na primjenu bilo kog od tih ugovora²⁶. Kao izvore pravnih pravila koja se odnose na primjenu ugovora on navodi:

- akte zajednice (uključujući akte *sui generis*);
- supsidijarne konvencije (podrazumijevajući da su dio pravnog sustava Zajednice),
- akte predstavnika država članica (ukoliko su pravno obvezatni);

²⁴ Hartley, T.C.: *Temelji prava Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, COLPI, Rijeka, 1999., str. 428.

²⁵ Vidi: *Joined Cases 6 and 11/69, Commission v. France*, (1969.) *European Court review*, 523 (11-13)

²⁶ Hartley, T.C.: *op. cit.*, str.432

- ugovore sa trećim zemljama koji obvezuju Zajednicu (bez obzira je li ih zaključila

Zajednica ili države članice);

- opća načela prava Zajednice.

Kršenje bilo kojeg od prethodno navedenih akata predstavlja osnov za poništaj akta koji se osporava.

d) zloropotreba ovlaštenja

Zloropotreba ovlaštenja je vršenje ovlaštenja u neku drugu svrhu, a ne onu zbog koje je dano. *Hartley* ističe da se radi o razlogu koji je subjektivne prirode, jer se mora utvrditi koji je bio subjektivni cilj – motiv ili namjera – vlasti pri vršenju ovlaštenja²⁷. Zbog toga je zloropotrebu ovlaštenja teže dokazati nego neki drugi razlog povrede zakonitosti. Sud zloropotrebu ovlaštenja shvaća kao upravni akt koji se, u svjetlu objektivnih i relevantnih okolnosti, donosi isključivo ili prvenstveno u cilju postizanja efekata koji su suprotni onom koji je Ugovorom statuiran, odnosno izbjegavanje njime predviđenog postupka.²⁸ Ekvivalentan pojam ovome u francuskom pravu je *détournement de pouvoir*. Po uzoru na francusko pravo razlikujemo slučajeve kada se javna vlast pri obavljanju povjerenih ovlasti rukovodi ciljem koji ne spada u opći interes nego se rukovodi za nekim svojim, na primjer osobnim, političkim ili ideološkim ciljem (tzv. primarni *détournement de pouvoir*)²⁹, od slučajeva kada se javna vlast pri obavljanju povjerenih ovlasti rukovodi nekim općim ciljem, ali ne onim koji je zakon imao u vidu u konkretnom slučaju (tzv. sekundarni *détournement de pouvoir*)³⁰.

6. HRVATSKO PRAVO

U hrvatskom pravu razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati dani su u članku 10. Zakona o upravnim sporovima³¹ (dalje ZUS-a), a imaju porijeklo u francuskom upravnom pravu. To su sljedeći razlozi: povreda zakona, nenadležnost i nepotpuno i nepravilno utvrđeno činjenično stanje.

²⁷ Ibid., str. 433.

²⁸ Vidi: *Casse C-331/88, R. v. Ministry for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA* (1990) *European Court Review* 1-4023.; *Misita, N.: Osnovi prava Europske unije, Sarajevo, 2002., str. 521.*

²⁹ Vidi: *Case 10/55, Mirosevich v. High Authority*, (1956.) *European Court Review* 333. Tužitelj u ovom slučaju ističe da se donositelj odluke pri izboru kandidata na natječaju za određeno službeničko mjesto rukovodio osobnim interesom uzevši u obzir prijateljstvo s jednim od prijavljenih kandidata, te da je na taj način zloropotrebno danu mu ovlast. Sud je došao do zaključka da zloropotreba ovlaštenja nije bila dokazana.

³⁰ Vidi: *Cases 18, 35/65, Gutmann v. Commission*, (1966.) *European Court Review* 103. Tužitelj je u ovom slučaju bio službenik EUROATOM koji je premješten iz Istraživačkog centra u Isprai u Bruxelles, na osnovu odredbe koja je takav premještaj dozvoljavala „u interesu službe“. Međutim, Sud je stao na stajalište da pravi razlog za premještaj nije bio taj: odluka o premještaju, ustvari je donijeta kao disciplinska mjera. Zbog toga je ta odluka poništena zbog zloropotrebe ovlaštenja

³¹ Zakon o upravnim sporovima je objavljen je u Narodnim novinama br. 53/91, 9/92 i 77/92.

a) *Povreda zakona*

U Republici Hrvatskoj načelo zakonitog postupanja u obavljanju poslova državne uprave, osim u Ustavu (članak 19. stavak 1.), sadržano je i u nizu zakona među kojima je posebno važno spomenuti Zakon o općem upravnom postupku³² koji sadrži procesne pravne norme po kojima su dužna postupati tijela državne uprave i druga državna tijela, kao i pravne osobe s javnim ovlastima, kad u upravnim stvarima, neposredno primjenjujući propise, rješavaju o pravima, obvezama ili pravnim interesima građana odnosno pravnih osoba. U članku 4. Zakona o općem upravnom postupku propisano je da tijela, ustanove i druge pravne osobe, koje postupaju u upravnim stvarima, rješavaju na temelju zakona, drugih propisa državnih tijela i na temelju općih akata ustanova i drugih pravnih osoba koje one donose na temelju javnih ovlasti. To podrazumijeva pravilno postupanje tijela prema procesnim i materijalnim propisima, na način kako je to propisano tim propisima u rješavanju konkretne upravne stvari.³³

O povredi materijalnog prava može se raditi u slučaju da je odluka o upravnoj stvari donesena arbitrarno, dakle bez primjene materijalnopravne norme kojom se uređuje situacija koja odgovara utvrđenom činjeničnom stanju.

Češći će biti slučaj da na utvrđeno činjenično stanje nije primjenjena odgovarajuća materijalnopravna norma, bilo da je primjenjena materijalnopravna norma koja je prestala važiti, ili koja još ne važi.

Najčešći slučaj pogrešne primjene materijalnog propisa ili njegove odredbe bit će nepravilno tumačenje norme koja je primjenjena, odnosno norma je pravilno izabrana te upravo odgovara činjeničnom stanju koje treba podvesti pod tu normu kao apstraktno pravilo, ali je pri traženju sadržaja i smisla norme došlo do pogreške, pa je ta norma pogrešno interpretirana.³⁴

Sasvim osobit oblik pogrešne primjene materijalnog prava postoji u situaciji kada je primjenjen zakon koji je u neskladu s Ustavom ili podzakonski propis koji nije u skladu s Ustavom i zakonom. Sudovi pritom trebaju izvršiti ekscipijiju ilegalnosti te pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske³⁵.

³² Zakon o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 53/91.)

³³ Prema sudskoj praksi: Zakonitost osporenog rješenja ocjenjuje se po materijalnim propisima koji važe u vrijeme donošenja tog rješenja, a dopustivost tužbe u upravnom sporu prema propisu koji je na snazi u vrijeme dostave tog rješenja (Vrhovni sud Hrvatske, U-2244/68. od 25. IV. 1969.).

³⁴ Dakako, do pogrešnog tumačenja normi doći će češće u slučajevima kada su one nejasne, kada postoje međusobne proturječnosti, kada više odredaba zajednički čine apstraktno vrelo za konkretan slučaj i sl. Pritom valja uzeti u obzir izgrađena pravila o interpretaciji pravnih propisa (interpretativne tehnike), pomagati se tumačenjima, odnosno pravnim shvaćanjima zauzetim u dosljednoj sudskoj praksi i konzultirati pravnu znanstvenu i stručnu književnost. Vidi: Jurić-Knežević, D.: Povreda materijalnoga prava kao razlog nezakonitosti upravnog akta, <http://www.upravnisudrh.hr/praksanov/povmatprava.htm>

³⁵ Odlučujući o zakonitosti pojedinačnog upravnog akta s gledišta povrede materijalnog prava sud je dužan, neovisno o traženju tužitelja, ispitati je li primijenjena niža pravna norma u suglasnosti s Ustavom, odnosno s Ustavom i zakonom (ako se radi o drugom propisu). Ustavni zakon o Upravnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 49/02 – pročišćeni tekst) predviđa da će sud kada utvrdi da zakon koji bi trebalo primijeniti, odnosno pojedina njegova odredba nije suglasna s Ustavom

Svaka je povreda materijalnog prava, neovisno o načinu kako je počinjena razlog za poništenje upravnog akta kada je takvom povredom povrijeđeno kakvo pravo ili pravni interes tužitelja. Kako prema članku 40. ZUS-a zakonitost osporenog upravnog akta sud ispituje u granicama zahtjeva iz tužbe, ali pritom nije vezan razlozima tužbe, jasno je da će sud u slučaju kada utvrdi povredu materijalnog zakona neovisno o tome što je tužitelj isticao drugi razlog pobijanja upravnog akta (nenadležnost donositelja, procesne povrede, nepravilno utvrđeno činjenično stanje) u granicama zahtjeva iz tužbe poništiti osporeni upravni akt i izložiti u obrazloženju presude u čemu se sastoji njegova nezakonitost.

S obzirom na odredbu članka 4. stavka 3. Zakona o općem upravnom postupku, kojom se predviđa da taj zakon važi i u slučajevima u kojima je tijelo ovlašteno u upravnim stvarima rješavati po slobodnoj ocjeni, te na odredbu članka 10. stavka 2. ZUS-a prema kojoj nema nepravilne primjene propisa kad je nadležno tijelo rješavalo po slobodnoj ocjeni na temelju i u granicama ovlasti koje su mu dane pravnim propisima, u skladu sa svrhom u kojoj je ovlast dana valja navesti da sud u sporu o zakonitosti, ocjenjujući zakonitost upravnog akta ne ulazi u sferu oportuniteta u kojoj se obavlja slobodna (diskrecijska) ocjena³⁶. Sud, međutim, ispituje je li donositelj akta materijalnim propisom ovlašten na obavljanje diskrecijske ocjene, je li samoj diskrecijskoj ocjeni prethodila zakonito provedena procedura, te ima li doneseni akt odgovarajuće formalne i sadržajne elemente jer sve to ulazi u pravno vezane dijelove upravnog akta koji podliježu sudskoj kontroli^{37/38}.

Domašaj sudske kontrole zakonitosti upravnog akta u kojem je sadržana diskrecijska ocjena uži je nego kad se pred sudom u sporu o zakonitosti, osporava

zastati s postupkom, a ako utvrdi da drugi propis, odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom i zakonom, na konkretan slučaj će neposredno primijeniti zakon, a i u jednom i u drugom slučaju podnijet će Ustavnom sudu zahtjev kojim se pokreće postupak ocjene suglasnosti zakona s Ustavom i suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom. Pravo i obveza suda na neposrednu primjenu ekscepcije ilegalnosti i neposredno pokretanje ustavno-sudskog postupka dobro je sustavno rješenje, za razliku od ranijega (prema članku 24. stavku 3. Zakona o sudovima – "Narodne novine", broj 3/94 i 100/96) kada je sud nakon primjene podzakonskog propisa bio dužan o tomu izvijestiti Vrhovni sud Republike Hrvatske, a nedostajala je obveza tog suda da se primljenom izvješću o ekscepciji na bilo koji način izjasni. Vidi: Jurić-Knežević, D.: Povreda materijalnoga prava kao razlog nezakonitosti upravnog akta, <http://www.upravnissudrh.hr/praksanov/povmatprava.htm>

³⁶ Slobodna (diskrecijska) ocjena je ovlast dana donositelju upravnog akta da u rješavanju konkretne upravne stvari izabere jednu od više predloženih mogućnosti koje pruža pravna norma, a koje su sve pravno jednako vrijedne. Međutim, sam izbor između više propisom danih mogućnosti nije potpuno slobodan. Iz samog pojma državnog tijela kao vršitelja diskrecijske ocjene proizlazi nemogućnost potpuno arbitrnog odlučivanja. Zato se diskrecijska ocjena ne smije poistovjetiti sa samovoljom. "Samovoljno postupati", piše Krbek, "znači pokretati se momentima stranim javnom interesu, javnom dobru, javnoj službi itd, znači ispasti iz kruga javne funkcije i raditi po svojoj ličnoj kaprici i mušicama". Krbek, I.: Diskreciona ocjena, op. cit., str. 233.

³⁷ Diskrecijska ocjena ne predstavlja apsolutnu slobodu, već slobodu unutar pravom određenih granica. Nevezanost pravnom normom postoji samo u materijalnom, ali ne i u formalnom smislu. To znači da slobode izbora nema u pogledu nadležnosti, granica ovlaštenja cilja materijalnopravnih uvjeta, pravila postupka i utvrđivanja činjenica. Milkov, D.: Upravno pravo, Beograd, 1988., str. 27.

³⁸ Vidi: Jurić-Knežević, D.: Povreda materijalnoga prava kao razlog nezakonitosti upravnog akta, <http://www.upravnissudrh.hr/praksanov/povmatprava.htm>

upravni akt koji ne sadrži slobodnu ocjenu jer obuhvaća samo pravno vezane dijelove upravnog akta dok je u drugom slučaju takvom kontrolom obuhvaćen čitav akt.

b) Nenadležnost

Nadležnost upravnog tijela je pozitivna procesna pretpostavka za odlučivanje o upravnoj stvari koja je predmet upravnog postupka. Nadležnost predstavlja *pravo* određenog tijela državne uprave (ili nekog drugog tijela) da postupa u određenoj upravnoj stvari, ali i njegovu *dužnost* postupati uvijek kada je riječ o stvari za koju je nadležno³⁹. Kad državno tijelo rješava stvari za koje nije nadležno, odnosno kad se uzdržava od rješavanja predmeta koji su u njegovoj propisanoj nadležnosti, čini posebnu vrstu nezakonitosti – nenadležnost.⁴⁰

Nenadležnost se može javiti kao stvarna nenadležnost do koje dolazi ukoliko donositelj akta pravnom normom nije bio ovlašten na djelovanje za određeni krug poslova i kao mjesna nenadležnost do koje dolazi ako donositelj akta nije bio ovlašten za postupanje na određenom teritoriju⁴¹. U oba slučaja radi se o nezakonitosti koja predstavlja razlog za pobijanje upravnog akta u upravnom sporu.

c) Nepotpuno i nepravilno utvrđeno činjenično stanje

Upravni akt (rješenje) donosi nadležno tijelo na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom postupku. Prije donošenja toga rješenja moraju se u upravnom postupku utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su značajne za rješavanje upravne stvari i strankama omogućiti da u tom postupku ostvare i zaštite svoja prava i pravne interese. Prema tome, kad to nije postignuto u upravnom postupku, bit će nepotpuno ili pogrešno utvrđeno činjenično stanje u rješavanju upravne stvari i prema odredbama čl. 10. toč. 3. ZUS-a to predstavlja razlog za pobijanje upravnog akta u upravnom sporu. Isto tako upravni akt se može poništiti i u slučaju kad je iz utvrđenog činjeničnog stanja izveden pogrešan (nepravilan) zaključak o činjeničnom stanju. Oспорavajući upravni akt, tužilac, po pravilu, ne može uživati pogodnosti noveliranja činjeničnog stanja. Dakle, načelno, *beneficium novorum* to jest isticanje novih činjenica i dokaza u tužbi, nema pravnoga značenja. Ukratko, sud rješava spor, po pravilu, na osnovu činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Ukoliko su te činjenice netočno utvrđene ili je pak iz pravilno utvrđenih

³⁹ U hrvatskoj se upravnoj i upravno-pravnoj terminologiji, baš kao i posebice, u njemačkoj terminologiji, prilično oštro razlikuje "nadležnost" (*compétence, Zuständigkeit*) javno-pravnog tijela, od njegovog "djelokruga" (*ensemble d'attributions, Wirkungskreis*). U tom smislu riječi, nadležnost bi značila ovlast i dužnost postupanja javno-pravnog tijela u određenoj upravnoj stvari, a djelokrug bi značio ukupnost poslova i dužnosti javno-pravnog tijela. Babac, B.: op. cit., str. 441.

⁴⁰ Borković, I.: Upravno pravo, Zagreb, 2002., str. 73.

⁴¹ "Pod nenadležnost ne ide, strogo teoretski uzevši slučaj, kada službeno lice, koje donosi akt, nema za to potrebnih ličnih kvalifikacija ili slučaj, kada donese akt službenik, koji se radi izvjesnih ličnih odnosa trebao isključiti od rada u dotičnoj stvari, ili slučaj, kada je kolegijalni organ, koji donosi neki akt, bio nepravilno sastavljen, pa je ipak donio taj akt. To su sve važne formalne i procesne griješke, ali nisu povrede nadležnosti." Krbek, I.: Upravno pravo FNRJ, I knjiga, Beograd, 1955., str. 167.

činjenica izveden pogrešan zaključak upravni akt je nezakonit i zbog toga se može poništiti u upravnom sporu.

7. BOSANSKOHERCEGOVAČKO PRAVO

U bosanskohercegovačkom pravu razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu su :

a) ako akt sadrži takve nedostatke koji sprečavaju ocjenu njegove zakonitosti ili nedostatke koji ga čine ništavim;

b) ako nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis zasnovan na zakonu ili opći akt;

c) ako je akt donesen od nenadležnog tijela;

d) ako se u upravnom postupku koji je prethodio aktu nije postupilo po pravilima postupka, a osobito ako činjenično stanje nije potpuno i pravilno utvrđeno, ili ako je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja;

e) ako je nadležno tijelo, rješavajući po slobodnoj ocjeni, prekoračilo granice ovlasti koje su mu dane pravnim propisima i odlučilo suprotno cilju u kome je ovlast dana⁴².

a) *Akt sadrži takve nedostatke koji sprečavaju ocjenu njegove zakonitosti ili nedostatke koji ga čine ništavim*

Jedan od razloga zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu je što sadrži takve nedostatke koji sprečavaju ocjenu njegove zakonitosti. Koji su to nedostaci zakon ne određuje, ali se u sudskoj praksi uzima da su to nedostaci u obliku i sastavnim dijelovima rješenja: nazivu tijela koje ga donosi, broju i datumu, uvodu, dispozitivu (izreci), obrazloženju, uputi o pravnom lijeku, potpisu službene osobe i pečatu tijela. Nedostaci osporenog upravnog akta moraju biti očiti i po sadržaju takvi da "bitno" sprečavaju rad suda na utvrđivanju zakonitosti upravnog akta. U svakom konkretnom slučaju sud cijeni i odlučuje jesu li nedostaci osporenog upravnog akta takve naravi da ga sprečavaju u daljnjem radu na utvrđivanju njegove materijalne zakonitosti.

Nepotpunost nekog dijela rješenja, kao i njegov pogrešan naziv, ne moraju uvijek predstavljati takve povrede postupka zbog kojih se mora poništiti rješenje, npr. ako je nepotpun uvod rješenja, ako je rješenjem dan pogrešan naziv, pa je umjesto naziva rješenja stavljeno zaključak i sl.⁴³

⁴² Vidi članak 12. Zakona o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine F BiH, broj 9/05) (dalje ZUS).

⁴³ Prema sudskoj praksi: Nije bitan nedostatak rješenja što mu nedostaje broj ili što je potpuno naveden, jer taj nedostatak ne sprečava sud da utvrdi njegovu identifikaciju i ocjenu zakonitosti (Vrhovni sud F BiH, U-44/98 od 17. II. 1999.).

Pogrešno označeni ili neoznačeni datum u drugostupanjskom rješenju ne predstavlja bitnu povredu postupka zbog koje treba rješenje poništiti (Vrhovni sud F BiH, Uvl-19/97 od 13. I. 2000.).

Najčešće se kao bitni nedostaci koji sprečavaju ocjenu zakonitosti akta navode greške u dispozitivu i obrazloženju.

Greška u dispozitivu upravnog akta je uvijek po svojoj naravi bitna jer ako je dispozitiv upravnog akta nepotpun (nejasan) ili je u protivriječnosti s obrazloženjem onda će se uslijed toga veoma teško moći prepoznati ono o čemu je s tim aktom odlučeno, ili će to biti potpuno nemoguće pa se upravni akt koji sadrži takav nedostatak može pobijati u upravnom sporu⁴⁴.

Dispozitiv je nepotpun ako se njime nije odlučilo o svim pitanjima o kojima je trebalo odlučiti kao o glavnoj stvari o kojoj se vodi postupak, ako nisu naznačene stranke na koje odnosi, osobito kada se radi o kontradiktornim stvarima, zatim ako je u njemu samo naznačeno da se zahtjev uvažava, ali ne i što se i kako se uvažava, a osobito se ima smatrati nepotpunim dispozitiv ako je dvosmislen tako da ima dvojbi je li stranci priznato neko pravo u cijelosti prema njezinom zahtjevu ili je priznato djelomično, ako je nejasna obveza stranke i sl.⁴⁵

Postojanje proturječnosti dispozitiva s obrazloženjem najčešće je posljedica užurbane, površne ili na sličan način nedovoljno brižljive konceptualne izrade akta i predstavlja nedostatak upravnog akta, a sud će u konkretnom slučaju ocjenjivati je li on takav da sprječava ocjenu zakonitosti akta.

Obrazloženje upravnog akta je također njegov važan dio, osobito kada se rješava složenija upravna stvar, odnosno kada se stranci nalažu kakve obveze ili se zahtjev stranke odbija⁴⁶. U slučaju da upravni akt nema uopće obrazloženje ili je ono nepotpuno ili nejasno može se iz tog razloga takav upravni akt pobijati u upravnom sporu.

Ako zakon izriječno ne oslobađa donositelja akta od dužnosti da ga obrazloži, akt u kojem je izostavljeno obrazloženje sadrži nedostatak koji sprječava ocjenu njegove zakonitosti, te se iz tog razloga može pobijati u upravnom sporu.

Nepotpunost obrazloženja prvenstveno pokriva područje činjenica koje su od pravne⁴⁷ važnosti kao faktični i pravni momenti. Nepotpunost postoji kad nadležno tijelo odbije zahtjev stranke na način što je izvedene dokaze pogrešno ocijenilo, što je nepotpuno utvrdilo činjenice, što je glede činjeničnog stanja izvelo pogrešne zaključke i sl.

Specifičan problem nepotpunog obrazloženja nastaje u svezi s diskrecijskom ocjenom. Prema Zakonu o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine

⁴⁴ Prema sudskoj praksi: Rješenje doneseno u upravnom postupku mora sadržavati dispozitiv kojim se određenoj osobi na jasan i određen način priznaje neko pravo ili nalaže izvršenje neke obveze, ili se pak utvrđuje prestanak određenog prava, a ako nema takvog dispozitiva to je bitan nedostatak koji sprječava ocjenu zakonitosti tog rješenja (SVS, UŽ-674/60 od 26. II. 1960.).

⁴⁵ Prema sudskoj praksi: Dispozitiv rješenja nije jasan ako se njegov sadržaj može ustanoviti samo na posredan način (VSS, U-1121/79 od 27. XI. 1979.).

⁴⁶ Prema sudskoj praksi: Rješenje mora biti obrazloženo, naročito kada se stranci nalaže kakva obveza, jer bez obrazloženja nije moguće cijeliti pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja niti zakonitost osporenog rješenja (SVS, UŽ-626/53 od 16. VI. 1953.).

⁴⁷ Zakon o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine F BiH, br. 2/98)

(dalje ZUP) u obrazloženju rješenja koje se donesi na temelju slobodne ocjene, donositelj je dužan navesti propis koji mu daje ovlast da diskrecijski rješava u upravnoj stvari i izložiti razloge kojima se rukovodio pri donošenju odluke kakva je u dispozitivu rješenja (članak 207. stavak 3.). Naročita greška obrazloženja može se sastojati u iznošenju fingiranih (izmišljenih) razloga, što je osobito čest problem kod upravnih akata s diskrecijskom ocjenom gdje se daje puno obrazloženje, ali ne s pravim razlogom.⁴⁸

Razlog zbog kojeg se može pobijati upravni akt u upravnom sporu je i ako sadrži neki od nedostataka koji ga čine ništavim. Prema odredbama članka 267. ZUP-a smatra se da je ništavo rješenje:

- koje je u upravnom postupku doneseno u stvari iz sudske nadležnosti i/ili u stvari o kojoj se uopće ne može rješavati u upravnom postupku⁴⁹;
- koje bi svojim izvršenjem moglo uzrokovati neko djelo kažnjivo po kaznenom zakonu;
 - čije izvršenje uopće nije moguće⁵⁰;
 - koje je donijelo tijelo bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje rješenje stranka nije naknadno izričito ili prešutno pristala;
 - koje sadržava neku drugu nepravilnost koja je izričito zakonom određena kao razlog ništavosti⁵¹.

Zakoni o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta ne navode ništavost u okviru razloga za pobijanje upravnog akta jer se prema ovim zakonima na ništavost pazi po službenoj dužnosti, a ne kao u Federaciji Bosne i Hercegovine samo po zahtjevu tužitelja⁵².

b) *Nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis zasnovan na zakonu ili opći akt*

Upravni se akt u upravnom sporu može pobijati što u aktu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis zasnovan na zakonu ili opći akt. Povreda materijalnog propisa predstavlja kršenje određenog naređenja, zabrane ili dopuštenja od strane nekog pravnog subjekta koji se ponaša na način protivan onomu koji je propisan pravnom normom⁵³. Broj i raznovrsnost mogućih povreda materijalnog propisa je teorijski i praktično neograničen. Ipak teorija i

⁴⁸ Usp.: Ivančević, V.: Institucije upravnog prava, op. cit., str. 379.

⁴⁹ Prema sudskoj praksi: Za sporove nastale oko otvaranja prozora prema susjednom dvorištu nadležan je sud, a ne organ uprave (VSJ, UŽ-2107/64 od 27. III. 1964.).

⁵⁰ Prema sudskoj praksi: Ništavo je rješenje kojim je naložena predaja zemljišta umrlome, jer izvršenje tog rješenja uopće nije moguće (USH, Us-927/84 od 9. V. 1984.).

⁵¹ Prema sudskoj praksi: Zakonom o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima (Službene novine F BiH, broj 11/98) oglašeni su ništavim upravni akti doneseni na osnovu propisa navedenih u ovom zakonu (KSS, U-702/00 od 16. I. 2001.).

⁵² Usp.: članak 35. stavak 2. ZUS-a BiH ("Službeni glasnik BiH", broj 19/02), članak 30. stavak 2. ZUS-a RS ("Službeni glasnik RS", broj 109/05), članak 30. stavak 2. ZUS-a BD BiH (Službeni glasnik BD BiH, broj 4/00 i 1/01), i članak 12. stavak 1. ZUS-a F BiH ("Službene novine F BiH", broj 9/05).

⁵³ Babac, B.: op. cit., str. 445.

praksa upravnog prava nastoje te povrede smisljeno grupirati. Krbek navodi da se materijalna povreda zakona (pravnog propisa) može sastojati u tome:

1) što nadležno tijelo uprave uopće ne uzme u obzir određeni propis (iz neznanja ili namjerno, nehotice ili hotimice) koji bi inače trebalo primijeniti, odnosno primjeni (ili izmisli) propis koji se ne bi smio primijeniti, i

2) što uzme u obzir propis koji odgovara konkretnom slučaju, ali ga pogrešno protumači.⁵⁴

I u slučaju kad u donošenju upravnog akta “nije nikako” primijenjen zakon, drugi propis ili opći akt koji je pravna osnova za njegovo donošenje, te je upravni akt u konkretnoj upravnoj stvari donesen bez ikakvog pravnog uporišta u nekom materijalnom propisu, i u slučaju kada u donošenju upravnog akta “nije pravilno” primijenjen zakon, drugi propis ili opći akt koji je pravna osnova za njegovo donošenje zbog pogrešnog tumačenja propisa, pravne posljedice su iste. U oba slučaja akt je nezakonit i nadležni sud će ga poništiti.

c) *Akt je donesen od nenadležnog tijela*

Nenadležnost je poseban oblik nezakonitosti što se javlja kada upravni akt nije donijelo ono tijelo koje je pravnom normom za to bilo ovlašteno. Pravila o nadležnosti su *ius cogens*. Nadležnost je ovlaštenje i dužnost, odnosno pravo i dužnost jednog određenog tijela (tijela uprave, drugog državnog tijela, institucije sa javnim ovlastima) da riješi određenu upravnu stvar.⁵⁵

Nenadležnost se može javiti kao stvarna nenadležnost do koje dolazi ukoliko donositelj akta pravnom normom nije bio ovlašten na djelovanje za određeni krug poslova i kao mjesna nenadležnost do koje dolazi ako donositelj akta nije bio ovlašten za postupanje na određenom teritoriju. Stvarna nadležnost u upravnom postupku određuje se propisima, najčešće zakonima koji reguliraju određenu upravnu materiju ili cijelu upravnu oblast. Drugim riječima, stvarna nadležnost se utvrđuje materijalnim propisima iz određene upravne materije, odnosno oblasti. Reguliranje pitanja stvarne nadležnosti ne mora biti samo predmet razrade u materijalnim propisima, nego se ono može urediti i propisima

⁵⁴ Krbek, I.: Upravno pravo FNRJ, op. cit., str. 168. I suvremeni teoretičari upravnog prava preuzimaju Krbekovu dvodiobu povreda materijalnog prava. Tako Dedić povrede materijalnog prava razvrstava u: “1) povrede teksta pravnog propisa (neposredna povreda i posredna povreda pravnog propisa); 2) pogrešno tumačenje ili pogrešna primjena pravnog propisa (propis nije primijenjen, primijenjen je propis koji se odnosi na konkretan slučaj, pogrešno je utvrđen smisao propisa koji je primijenjen)”. Dedić, S.: Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001., str. 280. Kamarić i Festić kao povrede materijalnog zakona navode: “1. neprimjenjivanje odgovarajućeg propisa za rješavanje stvari u konkretnom slučaju. Ovdje spada i donošenje akta bez oslonca na bilo kakav propis (mada se to u praksi rijetko događa); 2. pogrešno tumačenje sadržaja inače odgovarajućeg materijalnog propisa. U konkretnom slučaju primijenjen je, dakle propis koji odgovara, ali nije primijenjen pravilno jer je organ pogrešno shvatio sadržaj i smisao odnosnog materijalnog propisa.” Kamarić, M. – Festić, I. : op. cit., str. 493.

⁵⁵ Detaljnije o pojmu i značaju nadležnosti u: Kamarić, M. – Festić, I. :Upravno pravo, Sarajevo, str. 275.-283. Dedić, S.: Upravno procesno pravo, op. cit., str. 55.-70.

o pojedinim vrstama tijela, pa i u organizacijskim propisima⁵⁶. Mjesna nadležnost utvrđuje se propisima o političko-teritorijalnoj podjeli, kao i propisima o radu pojedinih tijela ili službi. Teorija, a nerijetko i zakonodavac, odnosno sudska praksa u upravnim sporovima ne promatraju uvijek grešku u stvarnoj i mjesnoj nadležnosti podjednako. Ivančević kaže: “Nije lako naprećac reći zbog čega, ali je činjenica da se na stvarnu nenadležnost gleda obično kao na težu grešku od mjesne nenadležnosti”⁵⁷. Osobito teškom greškom stvarne nadležnosti smatra se slučaj donošenja upravnog akta u stvarima iz sudske nadležnosti što dovodi do apsolutne nenadležnosti koja za posljedicu ima ništavost upravnog akta. Jednako teškom greškom stvarne nadležnosti smatra se i donošenje upravnog akta od strane nedržavnog subjekta, tzv. slučaj uzurpacije vlasti, “grabljenja nadležnosti (*franc. empiétement*)” što dovodi do apsolutne ništavosti upravnog akta. Do greške u nadležnosti može doći i slučaju tzv. paralelizma nadležnosti. Tu se radi o tome da o istoj upravnoj stvari mogu odlučivati dva tijela hijerarhijski povezana kao niži i viši. Taj bi paralelizam bio karakterističan u području stvarne nadležnosti, ali je prisutan i u području mjesne nadležnosti. Uklanja se primjenom pravila *prior temporis*, odnosno nadležno je ono tijelo koje je prvo započelo postupak. Zakonodavac predviđa različite legalne slučajeve micanja nadležnosti, kao što su npr. delegacija, supstitucija i slično. Kod svakog od ovih pojedinih načina micanja nadležnosti može doći do greške koja će rezultirati nezakonitošću upravnog akta uslijed nenadležnosti.

Kada se utvrdi da je upravni akt donijelo nenadležno tijelo postoji razlog za poništavanje upravnog akta u upravnom sporu.

d) ako se u upravnom postupku koji je prethodio aktu nije postupilo po pravilima postupka, a osobito ako činjenično stanje nije potpuno i pravilno utvrđeno, ili ako je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja

Zakon o upravnom postupku ne određuje koje se povrede pravila upravnog postupka imaju smatrati apsolutno bitnim, a koje relativno bitnim povredama. Drugim riječima, prema tom Zakonu, ma koja i ma kakva povreda pravila upravnog postupka može imati samo relativno značenje, naime ovisno o tomu je li ili nije imala odlučujući utjecaj na rješenje same stvari.

Jednu od povreda pravila upravnog postupka predstavlja nedostatak kvoruma kod kolegijalnog tijela koje rješava upravnu stvar. Naime, kada o upravnoj stvari rješava kolegijalno tijelo (povjerenstvo, komisija i sl.), ono može rješavati kad je prisutno više od polovice njegovih članova, a rješenje donosi većinom glasova prisutnih članova ako zakonom ili drugim propisom nije određena posebna većina

⁵⁶ Prema sudskoj praksi: Stvarna nadležnost tijela za rješavanje u upravnim stvarima određuje se prvenstveno materijalnim propisima, tj. onima kojima se uređuje određena upravna materija, a u slučaju da materijalnim propisom nije izričito određena stvarna nadležnost, treba prema propisima o organizaciji tijela, s obzirom na prirodu upravne stvari, utvrditi koje je tijelo stvarno nadležno (VŠJ, U-1174/58 od 12. IV. 1958.).

⁵⁷ Ivančević, V.: Institucije upravnog prava, op.cit., str.361.

(članak 200. stavak 2. ZUP-a). U nedostatku kvoruma postoji povreda pravila upravnog postupka i iz tog se razloga može upravni akt pobijati u upravnom sporu.

Povredu pravila upravnog postupka predstavlja i povreda odredbi o izuzeću (članak 42.-47. ZUP-a).⁵⁸ Institut izuzeća odnosi se na “službenu osobu koja je ovlaštena rješavati ili vršiti pojedine radnje u postupku”, s tim što stranka ima pravo zahtijevati izuzeće, i to ili iz zakonom izrijekom navedenih razloga, odnosno razloga iz kojih se po samom zakonu službenu osobu mora izuzeti od rješavanja u odnosnoj upravnoj stvari (obvezatno izuzeće), ili pak zato što ih zakon izražava klauzulom “da postoje neke druge okolnosti koje dovode u sumnju nepristranost službene osobe”.⁵⁹ Većina teoretičara misli da je povreda obvezatnosti izuzeća bitna procesna greška i ukoliko se ona ne bi otklonila u žalbenom postupku kod drugostupanjskog tijela, može se iz tog razloga pobijati upravni akt u upravnom sporu.

Zatim, povredu pravila postupka čine i greške u vezi sa stranačkom i procesnom sposobnošću te legitimacijom⁶⁰. Naime, da bi u upravnom postupku netko mogao aktivno sudjelovati kao stranka svojim izjavama volje, potrebno je ispuniti sljedeće uvjete: *prvo*, da ima stranačku sposobnost, što će reći da može biti nositelj prava i obveza priznatih i određenih upravnim procesnim pravom, *drugo*, da iz te sposobnosti može proizaći procesna sposobnost kao sposobnost samostalnog obavljanja radnji u postupku i *treće*, da ima procesnu legitimaciju, što znači da postoji izvjesna veza određene osobe s predmetom o kojem se rješava u upravnom postupku (*legitimatío ad causam*). Uvjeti za stranačko djelovanje čine bitne procesne pretpostavke te je pravno neosnovano negiranje bilo kojega od tih uvjeta bitna procesna greška zbog koje se upravni akt može pobijati u upravnom sporu.⁶¹

Nije se, također, postupilo po pravilima postupka ako tijelo nadležno za prijem podneska stranke propusti stranku upozoriti na nedostatke podneska koji mogu spriječiti postupanje po podnesku ili je podnesak nerazumljiv, odnosno nepotpun (članak 67. ZUP-a), ako je dostavljanje pismena izvršeno osobi koja sudjeluje u postupku sa suprotnim interesima od osobe kojoj je dostavljanje trebalo biti izvršeno (članak 84. stavak 3. ZUP-a), ako se upravna stvar riješi po skraćenom postupku (članak 139. ZUP-a) umjesto nakon provođenja posebnog

⁵⁸ Prema sudskoj praksi: Učinjena je povreda postupka kada ista osoba vodi i prvostupanjski i drugostupanjski upravni postupak (Upravni sud BiH, U-460/81 od 18. IX. 1981.).

⁵⁹ Zakon pravi, premda to nije i pojmovno-konceptualno izraženo, razlikovanje između “isključenja” (*administrator inhabilis*), a to su oni slučajevi kada je izuzeće obvezatno (taksativno navedeni razlozi) i “izuzeća” (*administrator suspectus*) u užem smislu riječi, a to su oni slučajevi koje zakon izražava klauzulom “da postoje neke druge okolnosti koje dovode u sumnju nepristranost službene osobe”. Babac, B.: op. cit., str. 467.

⁶⁰ Prema sudskoj praksi: Povrijeđena su pravila postupka kada procesno nesposobnoj stranci nije bio postavljen privremeni zastupnik u postupku oduzimanja neizgrađenog građevinskog zemljišta (VSM, U-1238/77 od 12. III. 1978.).

⁶¹ Detaljnije u: Ivančević, V. : Institucije upravnog prava, op. cit., str. 385.-392.; Babac, B.: op. cit., str. 467.-470.

ispitnog postupka (članak 140. ZUP-a), ako se ne provede usmena rasprava kada je ona obvezna (članak 147. ZUP-a), ako se donese prvostupanjsko rješenje bez suglasnosti, potvrde odobrenja ili mišljenja drugog tijela, koje je moralo biti pribavljeno (članak 202. ZUP-a) i sl.⁶²

Svakako, sa stajališta zakonitosti najteža je povreda pravila postupka koji prethodi donošenju upravnog akta ako činjenično stanje nije potpuno i pravilno utvrđeno, ili ako je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. Naime, upravni akt kao instrument primjene apstraktne pravne norme na konkretan društveni slučaj ne može biti zakonito donesen ne prethodi li njegovu donošenju postupak utvrđivanja činjenica i okolnosti od značenja za rješavanje upravne stvari (pravno relevantno činjenično stanje). Koje su relevantne činjenice što se u postupku moraju pravilno utvrditi ovisi o materijalnopравnim odredbama temeljem kojih se stvar rješava i u svjetlu kojih se utvrđuje i sama stranačka legitimacija, te uvjeti o kojima ovisi donošenje konkretnog bilo konstitutivnog bilo deklaratornog upravnog akta. Činjenično stanje “nije potpuno” utvrđeno onda kada u upravnom postupku nisu utvrđene “sve činjenice i okolnosti koje su značajne za rješenje” (članak 133. stavak 1. ZUP-a). Činjenično stanje “nije pravilno” utvrđeno onda kada u upravnom postupku nisu točno utvrđeni podaci koji su bitni za pravo stanje stvari (članak 7. ZUP-a).

Iz utvrđenih činjenica u upravnom postupku izveden je “nepravilan zaključak” o činjeničnom stanju onda kad je nadležno tijelo iz tih činjenica ili samo nekih činjenica pogrešno izvelo zaključak o stanju stvari⁶³.

e) ako je nadležno tijelo, rješavajući po slobodnoj ocjeni, prekoračilo granice ovlasti koje su mu dane pravnim propisima i odlučilo suprotno cilju u kojem je ovlast dana.

Postoje slučajevi kad donositelj upravnog akta odlučuje na osnovi slobodne (diskrecijske) ocjene. Slobodna (diskrecijska) ocjena je ovlast dana donositelju upravnog akta da u rješavanju konkretne upravne stvari izabere jednu od više predloženih mogućnosti koje pruža pravna norma, a koje su sve pravno jednako vrijedne⁶⁴. Kada tijelo ima ovlast slobodnim (diskrecijskim) odlučivanjem rješavati upravnu stvar dužno je u tom odlučivanju kretati se u granicama ovlasti i u skladu s ciljem u kojem mu je ta ovlast dana, a to znači mora u tim granicama

⁶² Prema sudskoj praksi: Kada organ propusti u upravnom postupku poučiti stranku da postavi zahtjev za priznavanje određenih prava koja joj po zakonu pripadaju, time je učinjena povreda postupka i zbog takvog propusta može se pobijati upravni akt (SVS, UŽ-4834/58 od 20. IX. 1958.).

Nema povrede odredaba ZUP-a u slučaju kad je prvostupanjsko tijelo svoje rješenje dostavilo stranci osobno, a ne punomoćniku – odvjetniku koji je stranku zastupao u upravnom sporu, koji je prethodio donošenju tog rješenja (Vrhovni sud BiH, U-2052/69 od 28. V. 1970.).

Učinjena je bitna povreda upravnog postupka kada nije održana usmena rasprava u slučajevima kada se ona mora po ZUP-u održati i kada stranci nije omogućeno aktivno sudjelovanje u ispitnom postupku (Vrhovni sud BiH, UŽ-160/83 od 23. XII. 1983.).

⁶³ Krijan, P.: Komentar Zakona o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine sa sudskom praksom, Sarajevo, 2001., str., 112.

⁶⁴ Prema sudskoj praksi: Kod odlučivanja po slobodnoj (diskrecijskoj) ocjeni organu je prepušteno po svom nahodjenju da bira između više mogućih alternativa (SVS, UŽ-274/53 od 10. IV. 1953.).

odabrati svrhovito rješenje kojim postiže cilj određen pravnom normom koja mu daje takvu ovlast. To, dakle nije odlučivanje po "slobodnoj volji", već je to samo po slobodnoj ocjeni izbor najprimjerenije odluke kojom se postiže cilj određen pravnom normom.⁶⁵ Slobodna (diskrecijska) ocjena, dakle ne znači niti omogućava samovolju tijela (službene osobe) u primjeni propisa u rješavanju upravne stvari i donošenju upravnog akta, već znači njihovu dužnost da pravilnim tumačenjem smisla i cilja odredaba propisa koje im daju takvu ovlast, u konkretnoj situaciji slobodno biraju i odaberu svrhovito rješenje u granicama propisane ovlasti. Osobito treba paziti da se razumije pravi smisao i cilj takve ovlasti u rješavanju upravnih stvari koje zalaze u sferu ljudskih prava i sloboda, jer se radi o upravnim predmetima kojima se u demokratskim društvima mora u svakom slučaju pridavati veća pozornost i značenje.

“Razlozi za povjeravanje ovlasti javnoj upravi da odlučuje prema diskrecijskoj ocjeni mogu biti različiti. Jednom, razlog može biti želja zakonodavca da uprava elastično djeluje prilagođavajući svoje odluke prilikama i okolnostima konkretnog slučaja, odnosno njegova ocjena da bi detaljno propisivanje odluke koju uprava treba donijeti moglo predstavljati veću “nepravdu” nego bi u slučaju kad se odluka donosi prema diskrecijskoj ocjeni (*sumum is suma injuria*). Drugi put, razlog za davanje upravi takve ovlasti može biti pravno tehnička nemogućnost zakonodavca da unaprijed egzaktno i temeljito normira sve pravne odnose u koje stupa uprava. Katkad razlog za ostavljanje ovlasti na diskrecijsku ocjenu može biti motiviran i politički s nakanom ostavljanja većih ovlasti izvršnim tijelima (egzekutivi)”.⁶⁶

Rješavanje upravnih stvari na temelju slobodne ocjene uspostavlja se materijalnim propisom. U pravilu takva se ovlast uspostavlja za rješavanje onih upravnih stvari koje su po svojoj naravi takve da izbor rješenja (odluke) ovisi o različitim okolnostima koje nije moguće jedinstveno propisati, pa je, stoga potrebno u svakom pojedinom slučaju, u sklopu propisane ovlasti i konkretnih okolnosti savjesno odabrati odgovarajuće rješenje koje najbolje odgovara za rješavanje upravne stvari koja je predmet upravnog postupka.⁶⁷

Prilikom rješavanja prema slobodnoj ocjeni, donositelj upravnog akta ograničen je osim načelom zakonitosti još i načelom svrhovitosti (oportuniteta). Načelo zakonitosti podrazumijeva: Prvo, tijelo koje odlučuje prema slobodnoj

⁶⁵ Diskrecijska ocjena ne predstavlja apsolutnu slobodu, već slobodu unutar pravom određenih granica. Nevezanost pravnom normom postoji samo u materijalnom, ali ne i u formalnom smislu. To znači da slobode izbora nema u pogledu nadležnosti, granica ovlaštenja cilja materijalnopравnih uvjeta, pravila postupka i utvrđivanja činjenica. Milkov, D.: Upravno pravo, Beograd, 1988., str. 27.

⁶⁶ Aviani, D.: Diskrecijska ocjena u upravnom pravu nekih europskih država i Europske unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1-2., Split, 1998., str.177.-196.

⁶⁷ U vezi s tim, raniji Ustavni sud Bosne i Hercegovine je donio odluku koja glasi: “Propisivanje odredaba kojima se organu uprave daju diskrecijska ovlaštenja za rješavanje u upravnim stvarima trebaju u zakonodavstvu biti iznimna, a s gledišta sadržaja trebaju jasno odrediti suštinu cjelishodnosti koju treba postići u rješavanju konkretnih situacija u upravnom postupku, kao i odrediti ako je to prema prirodi stvari moguće, i odgovarajuće kriterije da se to postigne. Sve je to bitno za osiguranje ustavnog principa jednakosti svakog pred zakonom i zakonitost donesenih upravnih akata na temelju diskrecijskih ovlaštenja”. (Odluka objavljena u “Službenom listu SR BiH”, br. 2/91).

ocjeni mora za to zakonom biti ovlašteno. Drugo, primjenjivač pravnog pravila može slobodno birati samo u okviru alternativa koje disjunktivna pravna norma nudi za rješenje konkretne stvari.

Načelo svrhovitosti podrazumijeva da donositelj akta mora izabrati onu od ponuđenih alternativa koja je najprimjerenija konkretnom slučaju.

Dakle, kada tijelo odlučuje u upravnim stvarima na temelju slobodne ocjene ono ima pravo i dužnost između mogućih rješenja izabrati ono koje smatra svrhovitim za postizanje cilja određenog propisom kojim je takva ovlast dana, dok je u procesnom smislu dužno u svemu ostalom pridržavati se pravila upravnog postupka, te njegovo rješenje, nakon provedene zakonske procedure, mora imati odgovarajuće formalne i sadržajne elemente. To su uvijek pravno vezani dijelovi upravnog akta u kome je sadržana diskrecijska ocjena⁶⁸.

Prema tome, u upravnom sporu može se pobijati upravni akt donesen na temelju slobodne ocjene, ako se smatra da je tijelo pri njegovom donošenju prekoračilo granice dane mu ovlasti ili je odlučilo suprotno cilju i svrsi u kojoj je ta ovlast dana^{69/70}.

Kada sud ispituje svrhu za koju je ovlast povjerena, mora zadirati u namjere samog donositelja akta, i to u smislu istraživanja je li s aktom išao za svrhom radi koje mu je ovlast i povjerena zakonom ili na zakonu utemeljenom propisu ili pak za kakvom drugom svrhom za koju odnosna ovlast nije ili nije bila povjerena.⁷¹ Nezakonitost postoji ako je akt donesen u drugom cilju, odnosno u drugoj svrsi, nego što je ona s obzirom na koju je imao biti donesen prema objektivnom pravnom poretku, i takva nezakonitost predstavlja razlog zbog kojeg se taj upravni akt može poništiti u upravnom sporu.⁷²

⁶⁸ Vidi članak 4. stavak 3. ZUP-a

⁶⁹ "Pravo je sredstvo, a za svakim sredstvom stoji svrha. Uprava koja primjenjuje pravo i zbog toga tumači pravne propise, mora u prvom redu da utvrdi smisao i cilj ili svrhu tih pravnih propisa. Neki je pravni propis tek onda pravilno primijenjen, ako primjena odgovara njegovoj svrsi ili cilju. Zato može nezakonitost postojati u samom cilju ili svrsi, jer je uprava donijela odnosni akt s drugim ciljem ili s drugom svrhom, nego što je ima sam zakon. Tu se radi o zloupotrebi prava. Sva ovlaštenja uprave usko su vezana s ciljem ili svrhom određenog upravnopravnog propisa, i uprava koja ide za drugim ciljem ili svrhom, prekoračuje svoja ovlaštenja i djeluje nezakonito." Krbek, I.: Upravno pravo FNRJ, op. cit., str. 168.

⁷⁰ U francuskom pravu se ovaj razlog za pobijanje upravnog akta označava izrazom *détournement de pouvoir*. U prevodenju tog izraza na naš jezik dolazi do poteškoća. Tako Krbek pišući o nezakonitosti u cilju u svrsi kaže da se tu radi o zloupotrebi prava. Popović govori o instituciji zloupotrebe ovlaštenja, Ivančević o instituciji izvrtanja (izokretanja) ovlaštenja, a Borković se uopće distancirao od bilo kakvog prevodenja, već jednostavno piše o greški u cilju i svrsi. Usp.: Krbek, I.: Diskrecijska ocjena, op. cit., str. 452.; Popović, S.: op. cit., str. 284.; Ivančević, V.: Institucije upravnog prava, op. cit., str. 462.; Borković, I.: Upravno pravo, op. cit., str. 68.

⁷¹ Babac, B.: op. cit., str. 449.

⁷² U upravnom sporu pod ocjenu zakonitosti rješenja donesenih po slobodnoj ocjeni spada utvrđivanje je li organ pri rješavanju po slobodnoj ocjeni spada utvrđivanje je li organ pri rješavanju po slobodnoj ocjeni ostao u granicama danog ovlaštenja i je li ga iskoristio sukladno cilju zbog kojeg mu je ovlaštenje dano (VSS, U-12030/65 od 8. IV. 1966.).

ZAKLJUČAK

Novo oblikovanje državne uprave, odnosno javnog sektora uopće, mora računati sa primjenom općih načela upravnog prava koji se tiču rada dobre, kvalitetne uprave i to tako što će se crpiti iz upravno-pravnog sustava zemalja članica Europske unije, kako bi se *de lege ferenda* našli u upravnozakonskoj normativi zemalja koje žele priključiti se Europskoj uniji.⁷³ S tim u svezi, u upravnom zakonodavstvu i praksi tih država, pa tako i naše zemlje moraju se u perspektivi naći i provoditi sva ona procesna načela za koja su upravna znanost i praksa potvrdili da su u funkciji ostvarenja najboljih rezultata. U prvom redu to je načelo zakonitosti ili vladavine prava, koje propagira tzv. "upravu putem zakona". Da bi se to ostvarilo mora postojati učinkovit sustav kontrole nad upravom. Postoje različite vrste kontrole nad upravom, ali najučinkovitija se pokazala sudska kontrola u formi upravnog spora. Cilj upravnog spora je, u osnovi, dvojak. S jedne strane, to je osiguranje načela zakonitosti u upravnom djelovanju. S druge strane to je zaštita prava ili pravnih interesa fizičkih i pravnih osoba u upravnom postupku. Oba cilja se postižu u međusobnoj povezanosti, jedan kroz drugi, jer poništavanjem nezakonitih upravnih akata štite se interesi pojedinaca, građana ili pravne osobe, a ujedno se i društvo osigurava od nezakonitosti do kojih može doći u radu upravnih tijela.

Razlozi za pobijanje upravnog akta u upravnom sporu mogu se podijeliti na formalno-pravne razloge i materijalno-pravne razloge.

U slučaju da se radi o situaciji da u aktu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis zasnovan na zakonu ili opći akt, ili o situaciji da je nadležno tijelo, rješavajući po slobodnoj ocjeni, prekoračilo granice ovlaštenja koja su mu dana pravnim propisima i odlučilo suprotno cilju u kome je ovlaštenje dano postoje tzv. materijalno-pravni razlozi za vođenje upravnog spora.

U slučaju da se radi o situaciji kada je akt donesen od strane nenadležnog tijela, ili o situaciji da akt sadrži takve nedostatke koji sprečavaju ocjenu njegove zakonitosti ili nedostatke koji ga čine ništavim, ili pak o situaciji kada nisu poštovana pravila postupka (osobito ako činjenično stanje nije potpuno i pravilno utvrđeno, ili ako je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja), postoje tzv. formalno-pravni razlozi za vođenje upravnog spora.

⁷³ Najviši predstavnici Europske unije na svojoj konferenciji, održanoj u Nici krajem 2000. godine, su zauzeli jedinstven i decidan stav da se građanima Europske unije mora osigurati kvalitetna uprava, na koju oni bezuvjetno imaju pravo. To pravo ozvaničeno je Ugovorom u Nici i unijeto u članak 41. i 42. Povelje o fundamentalnim pravima, koja je pridodana Ugovoru o Europskoj uniji.

REASONS WHY THE ADMINISTRATIVE ACT CAN OVERRIDE IN ADMINISTRATIVE DISPUTES

By means of administrative dispute resolution, illegal public law activity, upon the issue of administrative acts, is sanctioned and corrected. This contributes to the establishment of legality and rule of law. One of the basic questions of administrative dispute resolution is the question of the reason why the administrative act can overrule in a court in an administrative dispute. By giving these reasons, on the one hand, the breadth of the plaintiff's demand is put into proportion. On the other hand, giving reasons as to why the administrative act can overrule in administrative dispute resolution means determining the breadth of court power within which the court can intervene in the content of the administrative act due to its abrogation. In this paper, the reasons why one administrative act can overrule in various legal systems are analysed. The author arranges all of these into formal and substantive legal reasons for conducting an administrative dispute.

Key words: *administrative act, administrative dispute resolution*

Mr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, asistentica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

EUROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA (ČL. 6) I UPRAVNI SPOR

UDK: 341. 231. 14(4)

Primljeno: 20. 11. 2007.

Izvorni znanstveni članak

Kada se zna da Republika Hrvatska pretendira na ulazak u Europsku uniju, te da je članica Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda onda je sasvim logično da procesne standarde predviđene člankom 6. navedene Konvencije treba uključiti u djelovanje svog Upravnog suda. Stoga su odredbe članka 6. koje su ovdje naznačene, a u svezi su s djelovanjem Europskog suda za ljudska prava, i reformom Upravnog suda Republike Hrvatske, nužne radi njenog priključivanja Europskoj uniji.

Ključne riječi: *Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, Upravni sud, upravni spor.*

1. UVOD

Međunarodno pravo vrlo snažno naglašava i osigurava kvalitetne međuljudske odnose i napušta stav po kojem čovjek, pojedinac, njegova prava i dužnosti spadaju pod isključivu nadležnost unutrašnjih (državnih) pravnih poredaka, te se dosljedno tome ne bi ticali međunarodnog prava. Glede zaštite ljudskih prava primarno mjesto svakako zauzima Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Kada se zna da su sve zemlje članice Unije ujedno i potpisnice te Konvencije, kao što je to i Republika Hrvatska od 1996. godine onda je sasvim logično da sadržaj Konvencije treba uključiti u djelovanje svog upravnog suda.

Sukladno predhodno navedenim, veoma važnim razlozima, motivirano je usklađivanje važećih pravila postupka o pravnom sporu, s procesnim standardima, propisanim čl. 6., Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹ Prvi stavak se primjenjuje na sve postupke koji se tiču utvrđivanja

¹ Konvencija sadrži slijedeća prava i slobode: pravo na život, sloboda od mučenja, neljudskog ili ponižavajućeg postupka, sloboda od ropstva i prinudnog ili obveznog rada, pravo na slobodu i sigurnost osobnosti, pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku, sloboda od retroaktivne primjene kaznenog zakonodavstva, pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života, sloboda misli savjesti i vjeroispovjesti, sloboda izražavanja, sloboda okupljanja i udruživanja, pravo na sklapanje braka i zasnivanje obitelji, pravo na mirno uživanje obitelji, pravo na obrazovanje i slobodan izbor obrazovanja, pravo na slobodne izbore tajnim glasanjem, zabrana lišavanja slobode po osnovi nemogućnosti i ispunjenja ugovornih obveza, sloboda kretanja i sloboda izbora boravišta unutar zemlje, zabrana protjerivanja državljana i pravo državljana da uđe na teritoriju države čiji su državljani, zabrana

pojedinačnih prava, odnosno obveza, dok se drugi i treći stavak članka 6., primjenjuju isključivo na slučajeve kaznenog postupka.² Potrebno je reći da je Europski sud za ljudska prava odbio dati apstraktnu definiciju “građanski prava i obveza”, smatrajući prikladnijim određivati područje primjene “građanski prava i obveza”, putem svojih sudskih presuda.

Znači, ne postoji zajedničko i nedvosmisleno pravno mišljenje, ili pak mišljenje pravne prakse pri određivanju (definiranju) “građanskih prava odnosno obveza”, postoje samo određeni elementi koje je sud uveo u tumačenju tih riječi. Tako je praksa jasno naznačila, da riječi „pravo i obveze“ imaju sasvim autonomno značenje,³ tj. potrebno je da je riječ o pravu konkretne države članice. Nadalje, pravni spor mora biti pravnog karaktera, odnosno mora biti riječ o stvarnom sporu koji se tiče nekog prava ili obveze. Također je bitno da se sudski postupak može voditi do utvrđivanja građanskih prava, odnosno obveza. Ovaj posljednji zahtjev, znači da mora postojati veza između spora kojeg treba riješiti i svakog takvog prava ili obveze, tj. da sudski postupak (ishod) može biti, odlučujući za“, ili može „utjecati“, ili se može „odnositi na“ utvrđivanje i / ili uživanje prava, ili utvrđivanje i / ili ispunjenje obveza, zavisno od konkretnog slučaja. Pri tom, utjecaj se ne mora temeljiti na pravnoj osnovi, već na činjeničnom stanju.⁴ Europski sud za

grupnog protjerivanja stranaca, zabrana izricanja smrtne kazne i zabrana njenog izvršenja, proceduralne garancije u slučaju protjerivanja stranaca koji zakonito borave na teritoriju jedne države, pravo na preispitivanje kaznenih predmeta pred višim sudom, pravo na naknadu osobi osuđenoj za kazneno djelo, ako neka nova ili novootkrivena činjenica pokaže da se radilo o sudskoj pogrešci, zabrana novog kaznenog postupka za djelo koje je osoba već pravomoćno oslobođena ili osuđena (*ne bis in idem*), jednakost supružnika u pravima i obvezama.

² U članku 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, stoji:

1. Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljen neovisan i nepristran sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali sredstvo priopćenja ili javnosti mogu se isključiti iz cijele rasprave ili njezinog djela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traži, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.

2. Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava:

- a) da u najkraćem roku bude obavješten, potanko i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima optužbe koja se podiže protiv njega;
- b) da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane;
- c) da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, ako nema dovoljno sredstava platiti branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja, kad to nalažu interesi pravde;
- d) da ispituje ili dađe ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisustvo svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe;
- e) besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu.

³ „Ti koncepti (prava i obveza) su sami po sebi autonomni do određenog stupnja. Stoga nije odlučujuće da privilegij ili interes, koji postoji u domaćem pravnom sustavu, taj sustav ne klasificira ili opisuje kao nezavisno pravo. Međutim, u odlučivanju da li je to *pravo* u svrhu članka 6. stavka 1. mora se uzeti u obzir njegov materijalni sadržaj i učinci, cilj i svrha Konvencije i domaći pravni sistemi drugih država potpisnica.“

Case *Kaplan* iz 1980. godine.

⁴ Vidi: W. Peukert, u J. A. Frowein/W. Peukert, „Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK-

ljudska prava u skladu s donesenim presudama smatra da je prvi stavak, članka 6., pored postupka koji imaju karakter privatnog prava, primjenjiv i na postupke gdje se utvrđuje građanska prava ili obveze. Pri tom, primjerice navodi sljedeća područja primjene: postupke koji se tiču dozvole, licence ili drugog akta javnog tijela koji čini uvjet za legalnost ugovora što se treba zaključiti sa privatnim stranama,⁵ zatim postupke koji mogu odvesti do otkazivanja ili suspenzije od strane javnih vlasti kvalifikacije za praksu u određenoj profesiji ili privrednoj djelatnosti,⁶ zatim postupke koji se tiču davanja ili oduzimanja licence od strane javnih tijela vlasti, potrebnih da bi se pokrenuo neki biznis ili privredna djelatnost na određenoj lokaciji,⁷ potom one faze eksproprijacije, konsolidacije i planiranja i postupke izdavanja građevinskih i drugih dozvola koje se tiču nekretnine, a koja imaju direktne posljedice na pravo vlasništva nad imovinom,⁸ postupke protiv javne uprave koje se tiču ugovora i ošteta u upravnim postupcima.⁹

Odredbom članka 6. utvrđuje se minimum postupovnih garancija, putem kojih se odlučuje o subjektivnim pravima i pravnim interesima stranke. Pri tom, nije sporno donosi li se odluka u konkretnom postupku primjenom propisa privatnopravnog ili javnopravnog karaktera. Nije upitno jesu li obje stranke u sporu privatne osobe ili je jedna od njih javna vlast. Na koncu nevažno je i to pod čiju nadležnost po pitanju internog prava konkretna upravna stvar podpada.

2. KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA I TEMELJNIM SLOBODAMA U USPOREDBI SA PRAVOM EUROPSKE UNIJE

Sud pravde Europske unije ima specifičan stav u pogledu odnosa između prava Unije i prava zemalja članica. Prema mišljenju suda, direktno primjenjive odredbe sporazuma o Europskoj uniji i odluke institucija, imaju interni efekt u pravnim sustavima država potpisnica, neovisno o tome kako su u tom pogledu uređeni pravni sustavi pojedine države potpisnice. Uz to prema viđenju suda, odredbe koje imaju samoizvršivi karakter uživaju prioritet nad odredbama nacionalnih zakona, čak i nad odredbama nacionalnih ustava. Sud ovo izvlači iz karaktera prava Unije, te svoj stav zasniva na načelu odanosti Europskoj uniji, određenim člankom 5. Sporazuma o Uniji, kao i samom načelu efikasnosti.¹⁰

Kommentar“, Strasbourg, „Engel“, II izdanje, str. 158.

⁵ Primjerice, Case *Ringelsen* iz 1984. godine.

⁶ Primjerice, Case *König* iz 1978., Case *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* iz 1983. godine.

⁷ Primjerice, Case *Benhem* iz 1985. godine.

⁸ Primjerice, Case *Sporrong and Lönnroth* iz 1982., Case *Mats Jacobsson* iz 1990. godine.

⁹ Primjerice, Case *Baronona* iz 1987. godine.

¹⁰ Efikasnost u svom jezičnom značenju (lat. „*efficacitas*“; fra. „*efficaca*“; eng. „*efficiency*“; njem. „*wirksamkeit*“ itd.) upućuje na „djelatnost“, „uspješnost“ i sl. Etimološki efikasnost se odnosi na „efekt“, odnosno „efektni“ (lat. „*effectus*“) i označava „učinak“, „uspjeh“, odnosno „stvarni“, „istinski“, „ostvareni“ i sl. U pojmovnom smislu efikasnost je imanentna komponenta ostvarivanja stvarnog djelovanja, uspješan učinak-„realni efekt“.

Bez prioriteta, ova pravila, koja predstavljaju suštinu prava Unije, izgubila bi svoj efekt ili, u najmanju ruku, ne bi bila primjenjiva na jedinstveni i koristan način. Premisa na kojoj sud zasniva svoj stav je, da su se države potpisnice odrekle svojih suverenih prava u korist pravnog sustava Unije u područjima koja su pokrivena sporazumima Europske unije.¹¹

Sud pravde može nacionalnim sudovima direktno staviti na znanje svoje stavove u pogledu unutarnjeg efekta i prioriteta prava Unije, putem preliminarnih odluka, koje nacionalni sudovi mogu (no ako je to i jedino preostalo rješenje u predmetu i moraju) tražiti, ako su u postupku pred nacionalnim sudovima suoče sa pitanjima koje je vezano za nacionalni zakon i njegovu kompatibilnost s pravom Unije.¹²

Odnos između Europskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova znatno je manje direktan, u usporedbi s odnosom između Suda pravde Europske unije i nacionalnih sudova. Ovaj prvi ne može donositi preliminarne odluke, on može proglasiti da je konačni rezultat implemenatacije odredbi Konvencije u nesuglasnosti s obvezama koje proizlaze iz Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, odnosno člankom 13.¹³

U svjetlu ovog karaktera Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama izgleda kao da sadrži začetak postepenog razvoja u zajednički pravni sustav država potpisnica, kojem nacionalni sudovi moraju biti podređeni. Praktično govoreći, dinamična i evoluirajuća interpretacija suda, kao i njegovo oslanjanje na praksu i pravna pravila, sve više nalaže nacionalnim sudovima da u obzir uzimaju sve širi aspekt Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. Želja da se, što je više moguće izbjegne nekompatibilnost nacionalnih zakona i Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (onako kako je tumači sud) može postepeno uvjeriti nacionalne sudove u poželjnost uzimanja u uobzir odredaba Konvencije.

Zaštita građanskih i političkih prava koje regulira Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama jasno podliježe direktnom efektu. Precizno govoreći to se tiče zaštite prava pojedinca, koja se mogu uživati bez poduzimanja bilo kakvih daljnjih mjera od strane nacionalnih vlasti, odnosno prava koja su po svojoj prirodi direktno primjenjiva. Prioritet Konvencije nad odredbama nacionalnih zakona,

¹¹ Više o tome vidi: E. Garcia de Enterría, T. R. Fernandes, str. 602.

¹² Sporazum o Europskoj uniji, čl. 177.

¹³ Naime, članak 13. propisuje da svatko čija su prava i slobode (spomenute u Konvenciji) povrijeđene, ima pravo na efikasnu pravnu zaštitu pred domaćim vlastima, odnosno pored materijalnih odredaba, Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama sadrži odredbe kojim se osigurava da zemlje-potpisnice poštuju svoje obveze prema Konvenciji. U svezi s ovim potrebno je reći da je nadzor nad provođenjem Konvencije prvenstveno na domaćim vlastima, posebno na sudovima, ovo implicitno kaže i članak 13. u kojem se spominje „djelotvorni pravni lijek pred nacionalnim vlastima“. U pogledu predmeta gdje nacionalnog postupka nema, ili je takav da ne osigurava adekvatni pravni lijek, ili na kraju nije, prema mišljenju povrijeđene strane ili neke druge države-potpisnice proizveo zadovoljavajući rezultat. Konkretni sud djeluje u slučajevima kad sustav nacionalne države zakaže u svojoj zadaći, odnosno sama Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama daje mehanizam nadzora.

koje joj istina mogu biti u suprotnosti, može biti jasno definiran na osnovu temeljnog, ustavnog karkatera prava i sloboda što ih štiti Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. Međutim, iz same Konvencije, odnosno članka 13. i 6. ne izvlači se pravo (mogućnost) da se parlamentarne odluke opozovu pred nacionalnim sudovima.¹⁴

Stoga će inicijativa u smjeru uspostavljanja obveze ugradnje Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama u domaće pravo sa prioritarnim statusom, morati poduzeti ili Savjet Europe ili nacionalne vlasti, uključujući sudove.

Koncept odricanja dijela suvereniteta koju zagovara Sud pravde Europske unije mogu koristiti i nacionalni sudovi u odlučivanju o efektu koji će dati Konvenciji o ljudskim pravima i temeljnim slobodama unutar vlastitog nacionalnog pravnog sustava. Naravno, nacionalni sudovi neće biti u mogućnosti sami poduzeti inicijativu u ovom pravcu, ako se po njihovom mišljenju, ustavno pravo tome jasno protivi. Ustavi raznih država potpisnica, s druge strane, sadrže odredbe koje upravo tako omogućavaju prijenos suvernih prava na međuvladine institucije. U takvim slučajevima sudovi mogu imati mogućnost da Konvenciji daju interni efekt i prioritet unutar svojih nacionalnih pravnih sustava, čak i u odsustvu jasno izraženog pravnog sustava u tom smislu.¹⁵

To se i sve u većoj mjeri odnosi i na pravila koja se tiču ljudskih prava, što doista može imati dalekosežni efekt po nacionalni pravni sustav, tako da će nacionalni sudovi ustručavati dovesti u situaciju da ih vode pravila koja su relativno strana njihovom pravnom sustavu, sve dok ista ne budu utemeljena na čvrstim ustavnim temeljima.¹⁶ Čak je i unutar Europske unije, zapravo po pitanju ljudskih prava, spremnost nekih nacionalnih sudova da daju bezuvjetan prioritet pravu Europske unije, stvarala teškoće i otvarala probleme.¹⁷ Sve počiva na argumentu da su ti sudovi smatrali da sustav Europske unije za zaštitu temeljnih prava i demokratskog osnova predstavlja, za sada, i suviše slabe temelje na osnovu kojih će se nacionalna ustavna jamstva podrediti pravu Europske unije.

¹⁴ Kao što je sud zaključio 1994. godine:

„Članak 13 ne ide tako daleko da traži pravni lijek po kojem se zakon država potpisnica mogu opozvati pred nacionalnom vlašću kao zakoni koji su sami po sebi suprotni Konvenciji.“

¹⁵ U sadašnjoj pravnoj klimi, s druge strane, mogućnost da se ostvari razvoj na svoj način kako je to upravo obrazloženo, nije posebno velika. Općenito govoreći, nacionalni sudovi nisu baš naklonjeni tome da dozvole da odredbe međunarodnog prava uživaju prioritet nad njihovim nacionalnim pravom.

¹⁶ Naročito početkom 20. stoljeća važeći Ustavi suvremenih demokracija na različite načine utvrdile su principe i načela zaštite subjektivnih prava. To je prije svega izraženo putem ustavnog teksta u kojem se propisuje opseg i širina zaštite subjektivnih prava. Tako, primjerice Ustav Nizozemske sadrži odredbu: „Prema svima se u Nizozemskoj postupa jednako u jednakim uvjetima. Ograničavanje prava zbog vjere, uvjerenja, političkog mišljenja, rase, spola ili po bilo kojem temelju uopće nije dopušteno“. Belgijski Ustav, u članku 11. navodi: „Uživanje prava i sloboda priznatih za Belgijance treba osigurati bez diskriminacije. U tu svrhu, zakoni i uredbe u znatnoj mjeri jamče prava i slobode ideoloških i filozofskih manjina.“ Ustav Republike Poljske u članku 30. naglašava. „Pripadajuće i neotuđivo dostojanstvo čovjeka predstavlja izvor slobode i prava čovjeka i građanina. Ono je nepovredivo. Njihovo poštivanje i zaštita obveza su državne uprave.“

¹⁷ Vidi: Edeson, W. R. i Wooldridge, F. „European Community Law and Fundamental Human Rights Legal Issues of European Integration, str. 1.-55.

Preambula jedinstvenog europskog akta jasno se poziva na Konvenciju, kao i na Europsku povelju. A, članak F, dio 2. sporazuma o Europskoj uniji kaže:

„Unija će poštivati temeljna prava onako kako ih jamči Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisana u Rimu, 4. listopada 1950. godine, i onako kako proizlaze iz ustavnih tradicija, koje su državama potpisnicama zajedničke, kao opći principi prava unije.“

Ova odredba odražava pristup koji je zauzeo Europski sud pravde, tj. da temeljna ljudska prava jesu dio prava Europske unije, što pak znači da se na njih može pozvati protiv vlasti Unije ali isto tako, i protiv nacionalnih vlada i zakonodavnih tijela, kada one djeluju unutar opsega prava zajednice, i kada se dano pitanje rukovodi odredbama prava zajednice, te da se unutar nacionalnih pravnih poredaka može uživati korist od statusa unutar prava Zajednice.

S druge strane, ovakva konstrukcija ne nudi potpuno rješenje za one države članice Europske unije koje imaju dualistički pristup,¹⁸ pošto to može stvoriti kontradiktornosti u odnosu na način na koji odredbe Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama tumači Europski sud pravde¹⁹ i sud u Strasbourgu.

3. POJAM I SVRHA UPRAVNOG SPORA

U Republici Hrvatskoj je odlučivanja o pojedinačnom „građanskom pravu odnosno obvezi“ tj. ispitivanje zakonitosti upravnih akata u nadležnosti Upravnog suda.

Već stavak 1. članak 3. Zakona o upravnim sporovima kaže:

„Upravne sporove rješava Upravni sud Hrvatske.“

Nadalje, u članku 4. istog zakona stoji:

„Presude donesene u upravnim sporovima obvezne su.“²⁰

Kada se zna da Republika Hrvatska pretendira na ulazak u Europsku uniju, te da je članica Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda onda je sasvim logično da procesne standarde predviđene člankom 6. navedene Konvencije treba uključiti u djelovanje svog Upravnog suda. Stoga su odredbe članka 6. koje su ovdje naznačene, a u svezi su s djelovanjem Europskog suda za ljudska prava, i

¹⁸ U dualističkom sustavu nakon što Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama bude odobrena i transformirana u domaći zakon, ostaje pitanje koji status ima u domaćem pravnom sustavu. Odgovor na ovo pitanje može se naći u domaćem ustavnom pravu. Prema njemačkom ustavnom pravu, primjerice Konvencija nije nadređena saveznom ustavu, niti je istog ranga. Međutim, ima status saveznog zakona. Posljedica spomenutog, olakšane su tumačenjem njemačkih zakona u skladu s Konvencijom; njemački *Bundesverfassungsgericht* je čak odlučio da odredbama Konvencije treba dati prioritet u odnosu na novije zakone, osim ako se može jasno ustanoviti da je zakonodavac želio suprotno. Čak i odredbe saveznog ustava moraju se tumačiti u svjetlu same Konvencije.

¹⁹ Case *Hoechet A. G. protiv Komisije* iz 1989. godine.

²⁰ Razrada načela obveznosti presude: čl. 62., 63. i 64. ZUS-a.

reformom Upravnog suda Republike Hrvatske, nužne radi njenog priključivanja Europskoj uniji.

Odluke o upravnim tužbama te stvaranje prakse Upravnog suda glede pojedinih pitanja o kojima odlučuje, precizna normiranost postupka pred sudom i određivanje rokova u kojima se odluke moraju donijeti, kao i onih u kojima će se tijelo obvezati na postupanje pod tim odlukama, temeljni su uvjeti prilagodbe prakse i legislative standardima Konvencije za zaštitu ljudskih prava temeljnih sloboda i pravnoj praksi Europskog suda za ljudska prava.

U okvirima našeg pravnog sustava može se reći kako sudska kontrola zakonitosti upravnog akta, a time i zaštita subjektivnih prava kroz formu upravnog sudovanja i upravnog spora ima određenu tradiciju. Ona je posljedica povijesnih okolnosti u kojima se razvijao pravni sustav na ovim prostorima i u okviru kojega su u određenom vremenu i pod određenim uvjetima ostvario ovakav ili onakav oblik zaštite.

Treba reći kako u početnim fazama razvoja pravnog sustava do stvaranja KSHS ili tzv. stare Jugoslavije na ovim prostorima nije bilo upravne sudske kontrole. Doduše, neki su teoretičari spominjali tzv. „razgodbena povjerenstva“ kao oblik kvazi sudske kontrole. Međutim, kao što se u suvremnoj teoriji upravnog spora u Hrvatskoj ističe, spomenute institucije nisu imale oblik upravnog sudstva, niti se postupak koji se pred njima vodio odgovarao klasičnom obliku upravnog spora kakav je u to vrijeme već bio razvijen u Europi.²¹

Kada se govori o upravnom sporu u Hrvatskoj danas, ovdje prije svega treba imati na umu stav ustavotvorca, koji je izražen u ustavnoj normi koja jamči sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti.

Ustavno pravno ostvarenje ovog principa nalazimo u članku 19. stavku 2. u kojem stoji:

„Zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.“

Donošenjem novog ustava SFRJ iz 1974. godine javlja se potreba za usklađivanjem materije upravnog spora s načelima novog ustava.

Danas, u Hrvatskom pravnom sustavu, u domeni upravnog spora, a time i u širini zaštite subjektivnih prava građana u tom sporu, još se uvijek primjenjuju norme zakona preuzete iz pravnog sustava bivše Jugoslavije. Naime, Zakon o upravnom sporu kakav danas vrijedi u Republici Hrvatskoj preuzet je 1991. godine iz pravnog sustava bivše Jugoslavije posebnim Zakonom o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima. Dakle, pravnu osnovu vođenja upravnog spora u Republici Hrvatskoj danas predstavljaju odredbe Zakona o upravnim sporovima iz 1977. godine, Zakona o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima iz 1991. godine i njegove izmjene iz 1992. godine.

²¹ Vidi: Borković, Ivo, „Upravno pravo“, Zagreb, „Narodne novine“, 2002., op. cit., str. 494.

Na samom početku, tj. već u svojim osnovnim odredbama Zakon o upravnom sporu, navodi:

„Radi osiguranja sudske zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti suda u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojima državni organi i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima“.²²

Cilj i smisao ove odredbe je uvođenje širokog sudskog nadzora nad konkretnim upravnim aktima tijela državne uprave. To je s jedne strane zaštita prava građana, kako ga priznaje pravni sustav Republike Hrvatske, a s druge strane zaštita same zakonitosti kao takve, to jest, zaštita objektivnog pravnog poretka. Naime, u ovoj odredbi zakonodavac polazi od pretpostavke, da pri djelovanju tijela državne uprave dolazi do konflikta između pojedinačnih i javnih interesa, pa te konflikte treba urediti na način, na koji će poredak reagirati u smislu rješavanja spornih konflikata.

Nadalje, Zakon o upravnim sporovima postavlja načelo da se upravno sudski nadzor odnosi isključivo na upravne akte tijela državne uprave i pravnih osoba koje imaju javne ovlasti. Prema tome, ocjena zakonitosti upravnog akta je osnovni oblik nadzora, zato i čitav sustav upravnih sporova po Zakonu o upravnim sporovima nosi obilježje sporova o zakonitosti.

Znači, upravni spor se može voditi samo protiv upravnih akata, što znači da ovom sudskom kontrolom nije obuhvaćen rad tijela uprave u cjelini, tj. svi oblici njezine djelatnosti, već samo rad na upravnim aktima kao najvažniji oblik njezine djelatnosti. Upravni spor u smislu Zakona o upravnim sporovima, je prije svega spor o zakonitosti upravnog akta, i to konačnog upravnog akta, a to su akti načelno donijeti u drugostupanjskom postupku povodom žalbe. Kad je u pitanju mogućnost pokretanja upravnog spora protiv prvostupanjskog tijela onda je ona otvorena samo u onim rijetkim slučajevima (zbog široke mogućnosti korištenja žalbe u upravnom postupku) u kojima žalba nije dopuštena pa se onda i sukladno ustavnom jamstvu na upravno sudsku zaštitu može neposredno pokrenuti upravni spor.

Ovo ograničenje je posljedica okolnosti propisanih člankom 2. stavkom 1. (*„... pravo pokretanja upravnog spora ima pojedinac ili pravna osoba ako smatra da joj je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo ili neposredni osobni interes...“*), Zakona o upravnim sporovima.²³

²² „Posebno značenje zakona izraženo je u njegovoj odredbi prema kojoj radi osiguranja sudske zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti suda u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojim državna tijela i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima.“ Borković, Ivo, op. cit., str. 497.

²³ Napomene

1. Tužitelj u upravnom sporu: članak 12. ZUS-a.
2. Tužena strana: članak 15. ZUS-a.
3. Treća (zainteresirana) osoba: članak 16. ZUS-a.
4. Pravo na pokretanje upravnog postupka ima svatko tko može biti stranka u upravnom postupku:

4. PRAVO NA DONOŠENJE ODLUKE U RAZUMNOM ROKU

Zakon o upravnim sporovima sistemom generalne klauzule s negativnom enumeracijom²⁴ utvrđuje opseg sudske nadležnosti, naime upravni spor se može praktički provoditi tek pošto je iscrpljen redovni instacioni upravni put (po redovnim pravnim sredstvima unutar upravnog postupka). Kao spor o zakonitosti, upravni spor nužno pretpostavlja konkretni upravni akt.

Ovdje je potrebno spomenuti i bogatu praksu Upravnog suda Republike Hrvatske po pitanju što se može smatrati upravnim aktom. Tako je primjerice; u smislu članka 6. Zakona o upravnim sporovima²⁵ odlučeno; da se akt organizacije usmjerenog na obrazovanje kojim je poništena svjedodžba o završnom ispitu smatra upravnim aktom,²⁶ rješenje Narodne banke Hrvatske u svezi s prebijanjem dugovanja i potraživanja u inozemstvu,²⁷ rješenje o spajanju zdravstvenih ustanova je također upravni akt. Važnost članka 6. Zakona o upravnom sporu je dakle, u tom pitanju vrlo velika, jer njime Zakon o upravnim sporovima isključuje mogućnost upravne žalbe kao redovnog pravnog sredstva u upravnom postupku, ili sudske tužbe u upravnom sporu.²⁸ Međutim, zbog posebnog položaja upravnih tijela i pravnih osoba kojima je povjerena javna ovlast prijeti neprestana opasnost da oni svoj položaj zloupotrebe, bilo nezakonitim uskraćivanjem (odbijanjem) zahtjeva građana, bilo odugovlačenjem, odnosno ne rješavanjem podnijetih zahtjeva. Ovdje se radi o tzv. šutnji administracije, odnosno zaštite stranaka od pasivnog držanja upravnih tijela.²⁹

Iz tog razloga Zakon o upravnom sporu, predviđa mogućnost pokretanja upravnog spora kad nadležno tijelo o zahtjevu stranke nije donijelo odgovarajući upravni akt (šutnja administracije), s namjerom da zaštiti stranku u upravnom postupku, odnosno kada tijelo uprave ne donese nikakvo rješenje.

Zato je određeno da ispunjenjem uvjeta propisanim člankom 26. Zakona o upravnim sporovima (npr. ako drugostupanjsko tijelo nije u roku od 60 dana ili u posebnim propisom određenom kraćem roku donio rješenje o žalbi stranke protiv prvostupanjskog rješenja, a ne donese ga ni u daljnjem roku od 7 dana nakon

članak 50. ZUP-a.

²⁴ Zakon o općem upravnom sporu, člankom 10. propisuje situacije protiv kojih se upravni spor ne može voditi (npr. „što je akt donesen od nenadležnog organa“).

²⁵ Članak 6. Zakona o upravnim sporovima:

“Upravni spor može se voditi samo protiv upravnog akta.

Upravni akt, prema ovom zakonu, jest akt kojim organ iz članka 5. ovog zakona, u obavljanju javnih ovlasti, rješava o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari.”

²⁶ Upravni sud Republike Hrvatske, Us-188/1985 od 26. rujna 1985. godine.

²⁷ Upravni sud Republike Hrvatske, Us-4673/1990 od 21. ožujka 1991. godine.

²⁸ Vidi: Ivančević-Ivčić-Lalić, „Zakon o upravnim sporovima, s komentarima i sudskom praksom“, Zagreb, „Narodne novine“, 1958., str. 46.

²⁹ Vidi: Omejec, Jasna, „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava“, op. cit., str. 133.

ponovljenog traženja) stranka može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena.

Razdoblje određivanja vremenskog perioda koje treba uzeti u obzir određeno je i stavkom 1. članka 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama unutar kojeg se nalaže da se sudska rasprava o konkretnom predmetu mora obaviti u „razumnom roku“. Kad se odredi dužina relevantnog perioda, mora se odlučiti je li on razuman. U mnogim slučajevima sud daje samo slobodnu ocjenu, dok u drugima procjenjuje vrijeme koje je proteklo u svakoj pojedinoj fazi postupka.³⁰ Pojam „razumno“ ne može se procjenjivati apstraktno već se mora procjenjivati u svjetlu okolnosti svakog pojedinog slučaja.³¹ Interesi pojedinca u svezi s brzinom donošenja odluka, moraju se podudarati s zahtjevom ispravnog vođenja postupka. Brojne su presude u vezi ovog zahtjeva, no ipak postoje pri njegovom definiranju određene smjernice, odnosno pri procjeni je li relevantni period razuman, sud posebno primjenjuje tri kriterija: kompleksnost predmeta, ponašanja podnositelja zahtjeva, kao i ponašanje relevantnih vlasti. Na pitanje je li predmet kompleksan teško je općenito odgovoriti. Sud daje značaj izvjesnim faktorima poput; prirode činjenice koje treba utvrditi,³² potreba da se pribavi spis za suđenje koje je obavljeno u drugoj zemlji, povezanost s drugim predmetom, i intervencija drugih osoba u postupku. Kompleksnost se može ticati činjenica i pravnih pitanja. Preopterećenost sudstva općenito se ne prihvaća kao opravdanje. Prema stalnom načelu presedana, države potpisnice nisu odgovorne u slučaju privremenog zaostatka svojih sudova, pod uvjetom da poduzmu smjesta radnje, da se poprave takve izvanredne situacije. Poduzete mjere se procjenjuju u odnosu na njihovu djelotvornost, te jesu li provedene pravovremeno. Mjere poduzete kasnije ne mogu nadoknaditi činjenicu da je razuman rok bio prekoračen. Članak 6. stavak 1. ne govori o posljedica po postupku, ako zahtjev razumnog roka nije poštovan. Naizgled iz ove odredbe proizlazi da se, ako je razumno vrijeme prekoračeno, i konzekventno, više ne može prosuditi o pojedinom pitanju, te se postupak mora prekinuti, a građanski postupak proglasiti neprihvatljivim. Međutim Europski sud za ljudska prava je usvojio fleksibilniji stav i naveo: u građanskim postupcima podnositelj zahtjeva ne smije postati žrtva nerazumnog odlaganja za koja su odgovorna javna tijela vlasti. Obje strane mogu biti žrtve odlaganja i imaju pravo na pravednu satisfakciju.³³

³⁰ Case *Silva Pontes* iz 1994. godine.

³¹ Case *Santilli* iz 1991. godine.

³² Case *Wiesinger* iz 1991. godine.

³³ Vidi: R. St. J. McDonald i dr., „The European System for the Protection of Human Rights“, Deventer, 1993., str. 163.

5. PRAVO NA SUD ODREĐENIH SVOJSTAVA

U stavku 1. članka 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama također stoji, da odluka na koju se odnosi ovaj članak mora biti donesena od strane nezavisnog i nepristranog „tribunala“, uspostavljenog zakonom.

Znači, u vezi tijela koje odlučuje u upravnim sporovima, članak 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama propisuje da sud mora biti ustanovljen zakonom. Na taj se način postiže sigurnost da organizacija sudstva u demokratskim društvima ne bude predmet slobodne ocjene izvršne vlasti, već precizno regulirana zakonom. Primjerice, u slučaju Piersack sudska praksa je zauzela stav da ne samo uspostavljanje, već i organizacija takvog suda mora imati pravnu osnovu.³⁴ Nadalje u slučaju Oberschlik, podnositelj zahtjeva se žalio na kršenje domaćeg zakonodavstva koje nije pružilo jamstvu nepristranosti. On je naveo da je sud u Beču bio pristran i da nije bio ustanovljen zakonom, pošto mu je, suprotno domaćem zakonodavstvu, presjedavao isti sudac kao i u predhodnom njegovom sastavu. Međutim, njegov zahtjev nije rezultirao posebnom provjerom zahtjeva da je sud „ustanovljen zakonom“, jer je Sud zaključio da su se dvije žalbe podnositelja zahtjeva suštinski podudarale.³⁵

Stoga je, i razumljivo ovdje napomenuti da Zakon o upravnim sporovima sadrži izričitu odredbu prema kojoj upravne sporove rješava Upravni sud Republike Hrvatske, odnosno o prijedlogu za ponavljanjem postupka rješava Upravni sud u vijeću sastavljenom od pet sudaca

Nadalje, u skladu s ovim zahtjevom, potrebno je spomenuti članak 13. Zakona o sudovima Republike Hrvatske kojima je ustanovljen Upravni sud Republike Hrvatske, te članak 21. u kojem stoji:

„Upravni sud Republike Hrvatske:

- 1. odlučuje o tužbama protiv konačnih upravnih akata (upravni spor)*
- 2. obavlja i druge poslove određene zakonom.“*

Na ovaj način je praktički i u našem sustavu provedena specijalizacija poslova, koja se u teoriji smatra vrlo važnom značajkom upravnom sudovanja kao posebnog oblika sudske organizacije.³⁶

Iz predhodno navedenog može se zaključiti usklađenost u pogledu tijela koje odlučuje o upravnim sporovima u Republici Hrvatskoj s člankom 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

Nadalje pojam „nepristranost“ odnosi se na vezu između sudaca i tijela vlasti, dok „nezavisnost“ mora postojati u odnosu prema strankama u sporu. Međutim, sudska praksa ne povlači uvijek jasno razgraničenje između ova dva pojma.

³⁴ Case *Piersack* iz 1981. godine.

³⁵ Case *Oberschlik* iz 1991. godine.

³⁶ Vidi: Ivančević-Ivčić-Lalić, str. 18.

Mnogobrojne karakteristike pojma nezavisnost mogu se podijeliti u tri skupine. Prvo, „tribunal“ mora funkcionirati neovisno od izvršne vlasti, te svoju odluku temeljiti na vlastitom, slobodnom mišljenju i činjenicama, i to na pravnim osnovama. Drugo, trebaju postojati jamstva koja jamče da sudovi funkcioniraju neovisno. Treće, mora se izbjeći čak i nešto što naizgled izgleda kao neovisnost.

Primjerice, u slučaju Bryant, Europski sud za ljudska prava je smatrao da je već postojanje nadležnosti Državnog sektora da oduzme ovlasti jednom inspektorom odlučivanje o žalbi po osnovi planiranja gradova i sela, bilo dovoljno da se tom inspektorom oduzme pojam neovisnosti.³⁷

U pogledu imenovanja i razrješavanja sudaca Upravnog suda Republike Hrvatske te trajanja njihove funkcije vrijede ista pravila kao i za suce ostalih sudova u Hrvatskoj, naime u članku 16. stavku 1. Zakona o državnom sudbenom vijeću stoji; „slobodno mjesto suca obavlja ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa po službenoj dužnosti“

Zahtjev nepristranost suda zahtijeva, da sud nije opterećen predrasudom u svezi s odlukom koju donosi, naime on ne smije dozvoliti da unutar sudnice bude pod nečijim utjecajem (npr. vanjskih informacija), već je potrebno da svoje mišljenje formira na temelju onog što je izneseno na suđenju. Pri provjeri je li neki „tribunal“ ima predrasude, Sud pravi razliku između objektivne i subjektivne nepristranosti. Subjektivni pristup se odnosi na osobnu nepristranost članova određenog „tribunala“ i ona se presumira sve dok se ne dokaže suprotno. Za razliku od objektivnog pristupa, koji se pak tiče pitanja je li sastav i organizacija suda, ili je poneko preklapanje funkcija, ili niz funkcija jednog od članova suda, može dati osnove za sumnju u nepristranost „tribunala“ ili tog člana. U slučaju postojanja imalo razloga za navedenu sumnju, čak ako subjektivno nema konkretne indikacije pristranosti navedene osobe, to već postaje neprihvatljivo ugrožavanje povjerenja koje sud treba uživati u demokratskom društvu.

Zakon o upravnim sporovima ne sadrži vlastite odredbe o isključenju i izuzeću sudaca, pa temeljem članka 60³⁸ istog zakona treba na odgovarajući način primjeniti odredbe o isključenju i izuzeću sudaca koje propisuje Zakon o parničnom postupku³⁹ (čl. 71 – 76). S obzirom na to može se zaključiti da je strankama dana mogućnost da se u upravnom sporu izbore za nepristranog suca.⁴⁰

Članak 6. Konvencije ne sadrži samo proceduralna jamstva u svezi sa sudskim postupkom već i samo pravo na pristup sudu. U slučaju Goulder sud ističe sljedeća dva pravila u svezi s pravom pristupa sudu: pravilo obveznosti podnošenja

³⁷ Case *Bryant* iz 1995. godine.

³⁸ Članak 60. Zakona o upravnim sporovima glasi:

„Ako ovaj zakon ne sadrži odredbe o postupku u upravnim sporovima, na odgovarajući će se način primjenjivati odredbe Zakon o parničnom postupku.“

³⁹ To je načelna postavka koja vrijedi za sve situacije koje treba riješiti u upravnom sporu, a ZUS za njihovo rješavanje ne sadržava odredbe o pravilima postupka, ili su ona u ZUS-u samo djelomično propisana.

⁴⁰ Garašić, Jasna, op. cit., str. 981.

građanske tužbe, te pravilo međunarodnog prava koje pak zabranjuje odricanje od pravde.⁴¹

a) Pravo na javnost postupka

Također članak 6. Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama navodi da suđenje treba biti javno jer to ide u prilog kako interesu same stranke, tako i javnom interesu na način što daje mogućnost provjere i obavještenja javnosti o tijeku samog postupka kao i stvaranju povjerenja u samo pravosuđe.⁴²

Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama što se tiče osnova za ograničenje, dozvoljava ograničenje isključivo u pogledu javne prirode postupka (a ne u pogledu same presude), interesa nacionalne sigurnosti, u slučajevima koji se tiču zaštite privatnog života stranke, te posljednji uvjet tj. interes pravde koji je pak isključivo prepušten domaćem sudu. Što se pak tiče Zakona o upravnim sporovima pravilo je da sud u upravnim sporovima rješava u nejavnoj sjednici, dakle bez prisutnosti stranke. I uz to pravilo sud može zbog složenosti sporne stvari ili ako inače nađe da je to potrebno radi boljeg razjašnjenja stanja stvari riješiti da se održi usmena rasprava. Usmenu raspravu može i predložiti sama stranka.

Ipak, pravilo je da sud rješava u nejavnoj sjednici.⁴³ Očito u upravnom sporu dominira načelo pismenosti, posrednosti i nekontradiktornosti. Nema sumnje da načelo saslušanja stranke, pa onda u kranjoj posljedici i načelo traženja istine, može kvalitetnije ostvariti u uvjetima načela usmenosti, neposrednosti i kontradiktornosti raspravljanja.

Pravo pristupa sudu znači da osoba ne samo ima pravo obratiti se sudu zbog utvrđivanja svojih prava i obveza, i na propisan i zadovoljavajući način izložiti svoj slučaj, nego, kao što je već prethodno spomenuto ima pravo na neovisan i nepristran sud; inače njegovo pravo nije osigurano.

b) Pravo na besplatnu pravnu pomoć

Ovdje je također bitno istaknuti jednu od važnijih karakteristika postupka pred Europskim sudovima za ljudska prava, odnosno nepostojanje novčane pristojbe za podnošenje zahtjeva što doprinosi širokoj dostupnosti tom sudu.

Namjera je Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama da jamči ne samo pravo koja su teorijska i iluzorna, već i prava koja su praktična i efektivna.

⁴¹ Case *Goulder* iz 1975. godine.

⁴² Borković, Ivo, op. cit., str. 512.

⁴³ Članak 34. Zakona o upravnom sporu propisuje:

„O upravnim sporovima sud rješava u nejavnoj sjednici.

Zbog složenosti sporne stvari, ili ako inače nađe da je to potrebno radi boljeg razjašnjavanja stanja stvari, sud može odlučiti da se održi usmena rasprava.

Iz istih razloga i stranka može predložiti da se održi usmena rasprava.“

To pak podrazumjeva (znači) da je Europski sud za ljudska prava sklon gledati dalje od formalnosti i onog što vidi na prvi pogled, te da se usmjerava na stvarnost položaja u kojem se pojedinac nalazi.

Prema stavku 3. članak 6.; ukoliko optuženi nema dovoljno sredstava platiti pravnu pomoć, te kad to zahtjev interes pravde, onda optuženom mora biti osigurana besplatna pravna pomoć. Naime, u slučaju *Airey* rečeno je da pravo pristupa sudu iz stavka 1. članka 6. iako ne podrazumjeva automatsko pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima, ipak pretpostavlja obvezu države potpisnice omogućiti učinkoviti pristup sudu.⁴⁴ Ovo može prisiliti određenu državu da osigura pomoć odvjetnika kada se to pokaže neizbježno u svrhu učinkovitog pristupa sudu, bilo zbog toga što se pravno zastupanje smatra obveznim ili zbog proceduralne kompleksnosti pojedinog predmeta.

Zakon o upravnim sporovima ne sadrži odredbu o besplatnoj pravnoj pomoći, međutim na temelju članka 60.⁴⁵ moguće je primijeniti odredbe Zakona o parničnom postupku (čl. 172. – 178.)

Zakon o upravnom sporu, stvara posebni pravni režim koji vrijedi u odnosima između pojedinaca što se javljaju u ulozi stranke i tijela uprave koji odlučuju o pravima i obvezama, osiguravajući efikasno ostvarivanje prava i interesa svih subjekata koji u postupku sudjeluju.

e) Utvrđivanja činjenica i pravnih pitanja

Kad odlučuje o građanskim pravima u smislu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama Upravni sud ne bi smio biti

⁴⁴ U predmetu *Airey*, naime Sud je razmatrao je li podnositeljica zahtjeva stvarno uživala pravo pristupa Suda s namjerom da se razvede. Podnositeljica u svezi potonjem navodi da je pred spomenutim sudom nije mogao zastupati odvjetnik, pošto ona nije imala materijalnih sredstava za to, a u građanskim predmetima u Irskoj nije postojao takav sustav pravne pomoći. S druge pak strane, vlada je tvrdila da je podnositeljica mogla predati svoj predmet sudu bez pomoći odvjetnika, no Sud je ovakav stav odbio, zaključivši da je nerealno pretpostaviti da bi u parnici ove vrste podnositeljica mogla efikasno ostvariti svoj zahtjev.

⁴⁵ „ZUS sadržava samo odredbe o pravilima sudskog postupka koja u procesnopravnom smislu odgovaraju pravnoj prirodi upravnog spora u kojem se putem suda osigurava zakonitost konačnog upravnog akta. Ta pravila sudskog postupka nazivaju se i „upravnosudskim postupkom.“ Na sva ostala procesnopravna pitanja rješavanja upravnog spora koja nisu uređena ZUS-om, a potrebna su u rješavanju upravnih sporova, na odgovarajući način primjenjuju se odgovarajuće odredbe ZPP-a koje se odnose na parnični postupak. ZPP je cjeloviti zakon o sudskom postupku rješavanja građanskopravnih sporova, pa je racionalno zakonodavno rješenje da se u određenim situacijama pravila tog postupka primjenjuju na prilagođeni način i u upravnom sporu, jer pravna priroda rješavanja upravnih sporova nije, prema procesnim pitanjima, u biti drugačija od rješavanja takvih pitanja u parničnom postupku. Takvo zakonodavno rješenje ima svoju logičnost, jer je i upravni spor, u biti, neka vrsta parnice i prema pravnoj prirodi najbliži parničnom postupku. Stoga pravila parničnog postupka imaju u upravnom sporu supsidijarnu primjenu, ali tako da se odgovarajuće odredbe ZPP-a neće u upravnom sporu primjenjivati doslovno, već prilagođeno procesnom pitanju koje se rješava u upravnom sporu, tj. na odgovarajući način koji odgovara smislu i cilju rješavanja procesnopravnog pitanja u upravnom sporu.“

Vidi: Pero Krijan-Lidija Krijan Žigić, „Komentar Zakona o upravnom sporu“, Zagreb, Novi informator, 2006., op. cit., str. 270.

vezan činjenicama utvrđenim u upravnom postupku, već bi morao biti ovlašten samostalno izvesti dokaze i ocijeniti ih, te uzeti u obzir sve činjenice koje su relevantne za njegovu odluku. Prema Zakonu o upravnom sporu sud rješava spor, u pravilu, na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Iz stavka 2. istog članka proizlazi da činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku Upravni sud kontrolira. Tako, ako on nađe da se spor ne može raspraviti na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom postupku zbog toga što u pogledu utvrđenih činjenica postoje proturječnosti u spisima, što su one u bitnim točkama nepotpuno utvrđene, što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja, ili nađe da se u upravnom postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari, sud će osporeni upravni akt poništiti presudom. U takvom slučaju nadležno tijelo je dužno postupiti onako kako je u presudi određeno i donijeti novi upravni akt. Međutim, Upravni sud može kad nađe da se osporeni upravni akt ima poništiti, presudom riješiti upravnu stvar, ako priroda stvari to dopušta i ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to.⁴⁶ Nejasno je kako tumačiti sintagmu “ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to”. Čini se da tu zakonsku formulaciju, posebno s obzirom na načelnu koncepciju hrvatskog upravnog spora, kao spora o zakonitosti upravnog akta, ipak treba shvatiti u smislu da je Upravni sud ovlašten presudom riješiti samu upravnu stvar, ako mu za njeno donošenje, nakon zaključka da upravni akt treba poništiti, dostaju činjenice utvrđene u upravnom postupku. Da bi se postupak pred Upravni sudom doveo u skladu s zahtjevom čl. 6 Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, čini se da je potrebna izmjena Zakona o upravnom sporu, temeljem koje bi Upravni sud bio dužan sam utvrditi činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu, odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Nema potrebe da Upravni sud samostalno utvrđuje činjenično stanje koje je već jednom utvrđeno u upravnom postupku, ako ga stranka ne osporava.

d) Načelo pomoći neukoj stranci i upotrebe stranog jezika (i upotrebe jezika i pisma)

Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama u članku 6. stavku 3. daje pravo optuženom na besplatnu pravnu pomoć tumača, ako ne razumije ili ne govori jezik koji se koristi u sudnici, iz čega pak slijedi da optuženi ne može tražiti da se suđenje ili ispitivanje obavlja na nekom drugom jeziku osim službenom. Ovdje je potrebno spomenuti stav sudske prakse u svezi tumačenjem prava iz trećeg stavka: „One odražavaju pojam pravednog suđenja...mada im je inherentni cilj uvijek osigurati ili doprinjeti osiguranju pravednog kaznenog postupka kao cjeline. Jamstva koja u sebi sadrži članak 6. stavak 3. nisu, stoga, cilj sam za sebe, i moraju se, prema tome, tumačiti u svjetlu funkcije koje imaju u cjelokupnom kontekstu postupka.“ Naime, članak 6. stavak 3. spominje minimum

⁴⁶ Vidi: Zakon o upravnim sporovima, čl. 42 st. 3.

garancija koje se moraju pružiti optuženom u kontekstu „pravednog suđenja“ koji se spominje u članku 6. stavku 1.

Znači spomenute odredbe su tijesno povezane sa načelom pravednog suđenja iz prvog stavka, te i u slučaju utvrđivanja građanskih prava i obveza, troškovi prevoditelja ili tumača mogu biti tako opterećujući za stranku u postupku da odbijanje tih troškova nadoknade može biti suprotno s prvim stavkom.⁴⁷ Pravo na tumačenje nije ograničeno na samo suđenje, već se primjenjuje i na predhodne istrage. Međutim, to ne implicira da svi dijelovi pisane dokazne građe ili službenih dokumenata trebaju biti prevedeni. Zahtjev ove odredbe je ispunjenje ako optuženi ima mogućnost pratiti postupak, i formira mišljenje o njemu tako da može sudu ponuditi svoj komentar događaja.⁴⁸ U slučaju Kamasinski pitanja upućena svjedocima nisu bila posebno prevedena. Tumačenje na sudu bilo je sažeto, što pak ne predstavlja kršenje odredbe. Kršenje ne predstavlja ni odsustvo pisanog prijevoda presude, ukoliko optuženi dovoljno poznaje presudu i njezino obrazloženje, te da može sam odlučiti hoće li uložiti žalbu. Obveza da se imenuje prevoditelj leži na kompetativnim vlastima, mada se može tražiti i osobna inicijativa optuženog.

e) Načelo proporcionalnosti

Načelo proporcionalnosti koje implicira potrebu ustanoviti odgovarajuću ravnotežu između suprotstavljenih interesa, prožeto je Konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. U mnogim slučajevima, neka odstupanja od temeljnih zajamčenih sloboda smatrat će se prihvatljivim po Konvenciju, pod uvjetom da se između ostalog, poštuje načelo proporcionalnosti. Ono posebno traži da takva odstupanja nisu pretjerana u odnosu na legitimne potrebe i interese koje su ga izazvale. „Traženje pravične ravnoteže između zahtjeva zajednice i zahtjeva prava pojedinca“ je prema riječima Suda, „prirodno“ sustavu Konvencije.

Ovo načelo se u sudskoj praksi koja se odnosi na različite odredbe Konvencije manifestira na razne načine. Ispravno je reći da proporcionalnost u sistemu Konvencije stekla status općeg načela.

Ključno područje u kojem se ovo načelo primjenjuje su restriktivne klauzule u drugim staccima članka 8-11, odnosno tzv. nediskriminacijska jamstva. Test proporcionalnosti nije do sada primjenjivan na jedinstven način, naime Sud koristi različite varijante u različitom kontekstu.

Postoji bliska veza između različitih vrsta testova proporcionalnosti i stupnja slobodne ocjene koja tijela u Strasbourgu daju nacionalnim vlastima. Naime, u dosta odredaba koja jamče prava i slobode, tijela u Strasbourgu potvrdila su da se određene mjere diskrecijskog prava (određeni stupanj slobodne ocjene), moraju propustiti državama. Europski sud za ljudska prava naznačuje da mehanizam

⁴⁷ Case *Luedicke, Belkacem and Koc* iz 1982. godine.

⁴⁸ Case *Kamasinski* iz 1988. godine.

zaštite koji ustanovljava Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama jest supsidijaran nacionalnim sustavima za zaštitu ljudskih prava. Konvencija svakoj državi potpisnici, prepušta zadatak osiguravanja prava i sloboda koje ona predstavlja. Institucije koje je ona stvorila daju svoj doprinos tome, ali se uključuju samo u osporenim postupcima, i to tek kad su već svi domaći pravni lijekovi iscrpljeni.⁴⁹ Ovakva opservacija odnosi se na članak 10. stavak 2. U domaćem pravu različitih država potpisnica, nije moguće naći jedinstveni europski koncept morala. Stav koji postoji zakonskim tekstovima po pitanju morala varira od perioda do perioda, od mjesta do mjesta. Posebno u današnje doba, koje karakterizira dinamičan i dalekosežan razvoj razmišljanja na ovu temu. Upravo zato što su one u direktnom i stalnom kontaktu vitalnim snagama svojih zemalja, državne vlasti su, u principu, u boljem položaju od međunarodnih sudaca da daju mišljenje o točnom sadržaju takvih zahtjeva, kao i o „neophodnosti“ „restrikcije“ ili „kazne“ koja je za njih predviđena.⁵⁰ Nakon tumačenja termina „neophodan“ kao implikacija postojanja „hitne društvene potrebe“, a i primjećujući da je na državnim vlastima da inicijalno ocijeni koliko je zaista stvarna ovakva hitna društvena potreba.

„Uživanja prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovjest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druge okolnosti.“⁵¹

Stoga je od velike važnosti da koncept jednakosti bude dobro razrađen na različitim nivoima, na kojima treba odigrati svoju integrativnu ulogu. Do kršenja načela jednakosti i nediskriminacije dolazi ukoliko: (i) postoje različiti tretmani

⁴⁹ U svezi s tim, članak 35. stavak 1. glasi:

„Sud može razmotriti predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i unutar razdoblje od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke.“

Vremenskom ograničenje od šest mjeseci služi da se spriječi kompatibilnost državne odluke, djela činjenja ili nečinjenja u odnosu na Konvenciju o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, odnosno da se odluka može i nadalje preispitivati i nakon isteka tog vremenskog perioda (roka). Smatra se da je svrha pravila od šest mjeseci da održi razumnu pravnu izvjesnost i da osigura da se predmeti koji otvaraju pitanja Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama ispitaju u razumnom roku. Konačno, ovo pravilo je kreirano da omogući ustanovljavanje činjenica u predmetu, što bi pak u dužem vremenskom periodu postajalo sve teže i teže, i time bi ispitivanje pitanja otvorenih po Konvenciji postalo problematično.

⁵⁰ *Case Ireland v. the United Kingdom* iz 1976. godine.

⁵¹ Razvojni procesi koji su odigrali u sudskoj praksi su od velikog značenja u odnosu na članak 14. oni predstavljaju dosta kompleksnu sliku, nužnih odnosa između članka 14. i drugih osnovnih odredaba Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i zbog inherentne složene prirode pitanja koja su vezana za nediskriminaciju i jednakost. Koncept jednakosti i zabrane diskriminacije koja iz njega proistječe predstavlja jedno od najsloženijih pravnih načela. Međutim, čini se da su sljedeće opće primjedbe na mjestu. Temeljna načela, kao što su načelo „jednakosti“, može igrati značajnu ulogu u pravnom poretku. Zbog svog općeg karaktera i veoma širokog opsega, načela mogu unaprijediti koherentnost i strukturu u okviru grupe propisa koje praktično sačinjavaju jedan pravni poredak. Načela, drugim riječima, mogu predstavljati faktore integracije, ukoliko funkcioniraju na adekvatan način. To podrazumjeva da suprotno tome, nefunkcioniranje načela može imati negativne posljedice za pojedini pravni poredak.

jednakih predmeta, bez objektivnog i razložnog obrazloženja, ili ako (ii) nedostaje proporcionalnost između željenog cilja i upotrebljenih dokaza.

U hrvatskom upravnom sporu postoji načelna zakonska odredba o efikasnom rješavanju sporova. Naime, Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama u manjoj mjeri zahtijeva održava članica promjene u samom procesnom zakonu koji regulira određeni postupak, već u mnogo većoj mjeri zahtijeva od njih poboljšanje personalne i tehničke strukture sudova koja će tada stvarno osigurati ubrzanje tijeka odgovarajućeg postupka. Zapravo treba stalno raditi na razvoju procesne kulture svih sudionika.

ZAKLJUČAK

Kao minimum koji je nužan, da bi se u postupku učinkovito zaštitila materijalna prava, svatko ima pravo da o njegovom "pojedinačnom pravu odnosno obvezi" odluči zakonom ustanovljen, neovisan i nepristran sud; da se u postupku u kojem se odlučuje o tome bude pravičan; da taj postupak bude u pravilu javan, uz obvezno javno objavljivanje odluke; te da odluka suda bude donesena u razumnom (primjerenom) roku. Treba istaknuti da navedena prava nije moguće promatrati izolirano, jer se ona međusobno uvjetuju i isprepliću. Razmatranje pokazuje na potrebu izmjene Zakona o upravnim sporovima, temeljem kojih bi se upravni sud ovlastio i obvezao da samostalno utvrđuje činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu, odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Osim toga u taj Zakon bi trebalo unijeti odredbe temeljem kojih bi Upravni sud, uvijek bio obavezan održati usmenu raspravu ako to stranka predlaže.

U interesu je svake države, pa i samog Suda, a osobito djelotvorne zaštite prava čovjeka da se što veći broj slučajeva riješi unutar samih država članica, u okviru domaćeg prava.⁵² To je ujedno i cilj Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i mehanizma zaštite prava čovjeka koji je njome uveden. Nastoji se osigurati prihvaćenje europskih standarda prava čovjeka, i dovesti do toga da države same riješe što veći broj slučajeva u skladu sa svojim odredbama i praksom.⁵³

⁵² Za slučajeve koje dolaze iz Hrvatske to u načelu znači da je potrebno obratiti su Ustavnom sudu, nakon čije će se odluke u roku od šest mjeseci moći podnijeti zahtjev Europskom sudu u Strasbourgu. Dakle, vrijedi uzus: prije formalnog pristupanja Europskom sudu za ljudska prava moraju biti iscrpljena domaća pravna sredstva.

⁵³ U članku 34. Konvencije, u svezi s ostvarivanjem pojedinačnog zahtjeva, navodi se: „Sud može primati zahtjev bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povrede prava priznatih u ovoj Konvenciji ili dodatnim protokolima...“. Iz navedenog članka, može se zaključiti da je fizička osoba ta koja u prvom redu ima aktivnu legitimaciju za podnošenje zahtjeva Europskom sudu za ljudska prava. Prilikom podnošenja zahtjeva pojedinac mora tvrditi da je žrtva kršenja prava od strane određene države potpisnice, odnosno posebni odnos koji se traži je, da je podnositelj zahtjeva žrtva navodnog kršenja. Za prihvatljivost zahtjeva podnositelj ne mora biti osoba koja tvrdi da je žrtva.

Posao oko usklađivanja zakonodavstva s Europskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama još uvijek nije završen, no potrebno je u isto vrijeme nastaviti s edukacijom svih sudionika u postupcima pred hrvatskim nadležnim tijelima, kako bi se i primjenom postojećih propisa praksa domaćih sudova i upravnih tijela uskladila sa sudskom praksom Europskog suda u Strasbourgu.

Želja da se, što je više moguće izbjegne nekompatibilnost Zakona o upravnom sporu i Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (onako kako je tumači sud) mogu postepeno uvjeriti tijela državne uprave u poželjnost uzimanja u obzir odredaba Konvencije.

Hrvatska polazi od načela da jedino zaštita ljudskih prava i vladavina prava može pružiti osnovu za sigurnost i mir. Zato je dosljedno provođenje politike ljudskih prava, jamac sigurnosti u regionalnim i međunarodnim odnosima, kao i preduvjet stabilnog i održivog razvoja. Korelacija sa građanima predstavlja realnost mogućnosti primjene i ostvarivost konkretnog zakona.

Normalna je stvar da se u modernim državama stvara sve veći broj općih pravila ponašanja koja vrijede jednako za tijela državne uprave, druga državna tijela i pravne osobe s javnim ovlastima, kao i za pojedinca; a njihova implantacija u život postavlja se kao preduvjet reda i sigurnosti.

Teško je opravdati razloge zbog kojih Republika Hrvatska još uvijek u svom pravnom sustavu koristi neke propise preuzete iz bivše Jugoslavije. Međutim, treba reći kako u tom pravcu nastojanja nisu dosada bila značajnije izražena, niti su urodila većim plodovima. Zato, gledajući teorijski i praktično pravno veliku pažnju mora izazvati odgovor na pitanje; kako je uređeno postupanje Upravnog suda Republike Hrvatske danas, i koje bi korake trebalo poduzeti da se u tom postupanju naprave one nužni pomaci kojima bi upravni spor svojim odredbama, odgovarao suvremenim potrebama hrvatske pravne prakse. Ako je usklađivanje hrvatskog zakonodavstva s europskim standardima jedan od prioriteta ulaska u Europsku uniju, onda je sasvim logično da njezina normativna regulacija, u domeni zaštite subjektivnih prava građana mora biti primjerena standardima i kriterijama koji vrijede u zemljama Europske unije.

Donošenjem novog Zakona o upravnom sporu trebalo bi omogućiti, tj. detaljno normirati odnos tijela državne uprave i građana. To bi s jedne strane osiguralo građanima adekvatnu pravnu zaštitu od eventualne samovolje javne uprave; a s druge strane uputilo i odredilo državnim tijelima, jedini mogući put i pravac djelovanja u cilju zaštite objektivne zakonitosti kao takve.

Uključivanje Republike Hrvatske u europske integracijske procese donijet će i promjene uvjeta života i rada svih dijelova hrvatskog društva, dok će uspješnost naše prilagodbe i integracije ovisiti, između ostalog, i o širokom poznavanju i razumijevanju europskih sustava, institucija i zakona. Prevođenje tekstova, zakona, povelja i dokumenata Europske unije jest nužnost, no prilagodba duha i promjene ponašanja ljudi je nešto što će trajati mnogo dulje.

EUROPEAN CONVENTIONS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS (ART 6) AND ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION

When it is known that the Republic of Croatia hopes to enter the European Union and that it is a member of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, then, it is perfectly logical that the procedural standards provided by article 6 of the aforementioned Convention must be included in the activity of the Administrative Court. Therefore the provisions of article 6, which are mentioned here and are related to the activity of the European Court of Human Rights, by reform of the Administrative Court of the Republic of Croatia, are necessary due to its joining the European Union.

Key words: *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Administrative Court, administrative dispute resolution*

Mr. sc. Marko Šikić, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

PRIMJENA PRAVNIH FIKCIJA U INSTITUTU ZAŠTITE GRAĐANA OD ŠUTNJE UPRAVE

UDK: 342.9 (497.5)

Primljeno: 15. 01. 2008.

Izvorni znanstveni rad

U radu se obrađuje fikcija kao osnovna pravna tehnika pri uređenju pravne zaštite građana od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj. Zbog toga se, nakon ukazivanja na širinu problema kašnjenja u postupcima pred organima javne vlasti te upoznavanja s osnovama pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj, pokušava razlučiti pravne fikcije od pravnih pretpostavki i obraniti teza o primjeni pravnih fikcija kod instituta pravne zaštite od šutnje uprave. Nakon toga se iznose dobre i loše strane osnovnih fikcija kojima je institut uređen – negativne i pozitivne fikcije. U nastavku se razrađuju osnovni problemi i pogrešna shvaćanja negativne fikcije u pravnom uređenju instituta zaštite od šutnje uprave. Također, prije zaključnog dijela u kojem se zalažemo za dosljednu primjenu sistema negativne fikcije kao općeg pravila, ukazuje se i na neke druge pravne tehnike kojima se građane može zaštititi od neaktivnosti organa javne uprave.

Ključne riječi: *šutnja uprave, upravni postupak, upravni spor, fikcija*

I. UVOD

Republika Hrvatska danas je opterećena dugim vremenskim periodima koji moraju proteći prije nego što se građanima njihove individualne pravne situacije riješe u postupcima pred organima javne vlasti – kako pred sudovima tako i pred organima javne uprave. I iz letimičnog je uvida u novine ili televizijski program razvidno kako je problem kašnjenja u postupcima (uz problem korupcije i nestručnog rada pojedinih sudaca i upravnih službenika) jedan od najbolnijih za hrvatski pravni sustav. Naime, uvijek prisutni strah i sumnjičavost većine hrvatskih građana prema državnoj vlasti u situacijama pretjerano dugih postupaka samo se potenciraju. Tako je vrlo vjerojatno da će i ono malo inicijalne vjere u proceduru i institucije kroz godine i godine (pa i desetljeća) trajanja sudskih i upravnih postupaka u potpunosti nestati, te prepustiti mjesto rezigniranosti ili bijesu. Ovakav gubitak vjere u institucije, nepotrebno je i isticati, izuzetno je opasan i dovodi do niza vrlo teških posljedica – daljnjeg razvoja korupcije, kriminalnih aktivnosti, nepotizma i svih mogućih drugih zamislivih vaninstitucionalnih oblika rješavanja spornih situacija. Stoga smo mišljenja kako bi se Republika Hrvatska

morala vrlo ozbiljno i promišljeno posvetiti pronalaženjima načina za rješavanje problema sporosti u postupanju i neaktivnosti javne vlasti.

Izvjesno je kako je do usporavanja postupaka došlo zbog brojnih nedostataka u hrvatskom pravnom sustavu - spomenimo samo potrebu kvalitetnijeg obrazovanja svih zaposlenih u pravosuđu i upravi te neprestanu potrebu informatiziranja sudova i organa javne vlasti – te kako će se na rješavanju problema morati angažirati stručnjaci raznih struka. No, na pravnoj je znanosti i praksi, nesumnjivo, složena i odgovorna zadaća razvijanja normativnog sustava kojim će se onemogućiti pretjerano dugo vođenje postupaka te osigurati efikasna pravna zaštita ukoliko se ovakva vremenska otezanja u postupcima ipak dogode.

Namjera je, stoga, ovoga rada pozornije promotriti upravo jednu od uređenih pravnih zaštita od neefikasnosti u postupanju u hrvatskom pravu.¹ U nastavku rada, naime, razradit će se osnovna pitanja i problemi koje nameće institut zaštite građana od šutnje uprave² – institut kojim se u hrvatskom pravu, u gotovo nepromijenjenom obliku, već više od pola stoljeća nastoji osigurati brzo i učinkovito rješavanje pred organima javne vlasti. S obzirom na opseg normativne razrade ovoga instituta kroz Zakon o općem upravnom postupku³ i Zakon o upravnim sporovima⁴ te brojne posebne zakone u radu će se detaljnije pokušati ukazati samo na osnovnu problematiku u uređenju ovoga instituta – a ona se, prema našem mišljenju, odnosi na odabir i način tumačenja pravnih fikcija koje se u ovom pravnom institutu primjenjuju.⁵

¹ Istaknimo kako je u posljednjih deset godina, nakon ratifikacije Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN – Međunarodni ugovori 18/97) Stupanjem na snagu Protokola br. 11 objavljen je i pročišćeni tekst Europske konvencije (NN – Međunarodni ugovori 6/99) Novi dodani protokoli br. 12 i 13 objavljeni su u NN – Međunarodni ugovori 14/02. Protokol br. 14 objavljen je u NN – Međunarodni ugovori 1/06), u Republici Hrvatskoj problematici pravne zaštite građana od neaktivnosti u građanskim i kaznenim postupcima stručno i normativno posvećena značajna pažnja. Posljedica navedene aktivnosti je uvođenje ustavnog prava na suđenje u razumnom roku te brojne normativne promjene koje su uvođenje takvog ustavnog prava slijedile.

² Za termin šutnja uprave, umjesto raširenijega šutnje administracije odlučili smo se uvažavajući naročito okolnost da se izraz administracija u novije vrijeme u hrvatskom pravnom sustavu gotovo uvijek zamjenjuje pojmom uprava. V. o tome više u: Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 4. Istaknimo, također, kako se pojedini autori zalažu za upotrebu nekih drugih izraza kojima bi se trebalo služiti za imenovanje navedene pojave. Tako se npr. Želimir Dupelj služi pojmom šutnja organa – v. Dupelj, Želimir, *Šutnja uprave*, Pravo i porezi, Zagreb, 6(2002.), str. 28. U inozemnim se, pak, pravnim sustavima koriste izrazi: le silence de l'administration, Säumnis der Behörde, Schweigen, il silenzio della pubblica amministrazione, el silencio administrativo, administrative silence, molk uprave.

Šutnjom uprave u ovom radu smatrat ćemo propuštanje nadležnog organa javne uprave da u određenim zakonskim rokovima donese i dostavi rješenje stranci, a koje propuštanje može dovesti do određenih pravnih posljedica. O shvaćanju šutnje uprave kao užeg pojma u okviru širih pojmova lošeg upravljanja, nečinjenja i propuštanja v. u: Šikić, Marko *Temelji zaštite građana od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska javna uprava, 2(2006.), str. 124.-126.

³ Zakon o općem upravnom postupku (Narodne novine br. 53/91 i 103/96) - u nastavku rada: ZUP

⁴ Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine br. 53/91, 9/92 i 77/92) - u nastavku rada: ZUS

⁵ Ulaženje u propitkivanje određenih postupovno-tehničkih problema prisutnih u odredbama kojima je institut uređen zahtijevao bi rad bitno većeg opsega. Naravno, navedene probleme ne smatramo

II. OSNOVNI UVID U PRAVNU ZAŠTITU OD ŠUTNJE UPRAVE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Pravna zaštita od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj, kako je to već i naglašeno, osigurana je odredbama ZUP-a i ZUS-a, kao i nizom posebnih zakona kojima se uređuju pojedine upravne oblasti.

ZUP tako, što je od izuzetne važnosti, već među svojim temeljnim načelima (a utvrđujući kao jedno od njih i načelo prava na žalbu) određuje kako "stranka ima pravo žalbe i kad prvostepeni organ nije u određenom roku donio rješenje o njezinu zahtjevu."⁶

Nadalje, ZUP postavlja osnovno pravilo i polazište u uređenju pravne zaštite građana od šutnje uprave. Naime, on, nakon što je u st. 1. utvrdio dužnost donošenja i dostavljanja rješenja u određenim rokovima, u st. 2. čl. 218. propisuje kako, u slučaju da nadležni prvostupanjski organ protiv čijeg je rješenja žalba dopuštena o zahtjevu stranke rješenje ne donese te ga ne dostavi stranci u propisanim rokovima, stranka "ima pravo žalbe kao da je njezin zahtjev odbijen".⁷

Također, ZUP pravnu zaštitu stranaka osigurava i čl. 246. - kojim se propisuje postupanje drugostupanjskih organa po žalbama zbog šutnje prvostupanjskih organa, čl. 247. st. 1. – kojim utvrđuje dvomjesečni rok za donošenje i dostavljanje drugostupanjskog rješenja o žalbi te čl. 296. – kojim, pak, obvezuje nadležne organe obavijestiti stranke o razlozima nerješavanja upravne stvari.

Osiguravajući i sudski nadzor nad šutnjom uprave ZUS, nastavljajući temeljni sustav pravne zaštite, svojim čl. 8. određuje kako se upravni spor može pokrenuti i "kad nadležni organ o zahtjevu, odnosno žalbi stranke nije donio odgovarajući upravni akt". Također, ZUS čl. 26. st. 1. i 2. konkretno osigurava pravnu zaštitu stranke od šutnje drugostupanjskog organa te prvostupanjskog organa protiv čijeg akta nije moguće izjaviti žalbu određujući da stranka u tim situacijama "može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena."⁸ Nadalje, čl. 32. ZUS-a

manje značajnima nego smo mišljenja da njihovo rješavanje zahtijeva prethodni odgovor na spomenuta temeljna pitanja.

⁶ V. čl. 11. st. 3. ZUP-a

⁷ „(1) Kada se postupak pokreće u povodu zahtjeva stranke, odnosno po službenoj dužnosti ako je to u interesu stranke, a prije donošenja rješenja nije potrebno provoditi poseban ispitni postupak, niti postoje drugi razlozi zbog kojih se ne može donijeti rješenje bez odgode (rješavanje prethodnog pitanja i dr.) nadležni organ dužan je donijeti rješenje i dostaviti ga stranci što prije, a najkasnije u roku od mjesec dana računajući od dana predaje urednog zahtjeva, odnosno od dana pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen kraći rok. U ostalim slučajevima kada se postupak pokreće u povodu zahtjeva stranke, odnosno po službenoj dužnosti ako je to u interesu stranke, nadležni organ dužan je donijeti rješenje i dostaviti ga stranci najkasnije u roku od dva mjeseca, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.

(2) Ako nadležni organ protiv čijeg je rješenja dopuštena žalba ne donese rješenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku stranka ima pravo žalbe kao da je njezin zahtjev odbijen.“ (Čl. 218. ZUP-a)

⁸ „Ako drugostepeni organ nije u roku od 60 dana ili u posebnim propisom određenom kraćem roku donio rješenje o žalbi stranke protiv prvostepenog rješenja, a ne donese ga ni u daljnjem roku od 7 dana nakon ponovljenog traženja, stranka može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena.

Na način propisan u stavku 1. ovog članka može postupiti stranka i kad na njezin zahtjev nije donio

uređuju se situacije kada nadležni organi za vrijeme upravnog spora zbog šutnje uprave donesu rješenja o zahtjevu ili žalbi stranke.

Izuzetno je, nadalje, važan i čl. 42. st. 5. kojim se određuju vrste sudskih presuda u upravnom sporu zbog šutnje uprave.⁹ Konačno, ZUS čl. 64. štiti i obveznost presuda kojima se odlučilo o šutnji, omogućujući strankama da zahtjevom ponovno pokrenu postupak pred Upravnim sudom, a ako nadležni organi ne donesu u roku 30 dana akte u izvršenju navedenih presuda.

Mogućnost stranke da pokrene put pravne zaštite žalbom ili tužbom kao da su njezin zahtjev, odnosno žalba odbijeni, predstavlja, prema tome, osnovu pravne zaštite protiv šutnje uprave u Republici Hrvatskoj prema sistemu kojega ćemo, iz razloga koji ćemo objasniti u nastavku rada, nazivati sistemom negativne fikcije.

Hrvatsko je upravno postupanje opterećeno, nažalost, i velikim brojem posebnih zakona koji uređuju posebne upravne postupke.¹⁰ U nekima od tih zakona uređena su i pojedina pitanja koja se odnose na pravnu zaštitu od šutnje uprave. Tako se u pojedinim zakonima propisuju posebni rokovi za donošenje rješenja – moguće je razlikovati zakone koji propisuju kraće rokove od onih utvrđenih ZUP-om,¹¹ od onih koji predviđaju duže rokove.¹²

Istaknimo kako naročitu vrstu propisivanja dužih rokova predstavljaju situacije kada se organima javne uprave ostavlja mogućnost da samoinicijativno u postupku produžuju rokove za donošenje rješenja.¹³ Mišljenja smo kako se i propisivanjem dužih rokova za rješavanje i ostavljanjem mogućnosti organima javne uprave da produžuju rokove šteti pravnoj sigurnost i procesnoj poziciji građana te da se time narušava sistem pravne zaštite od šutnje uprave utvrđen odredbama ZUP-a.¹⁴

rješenje prvostepeni organ protiv čijeg akta nema mjesta žalbi.“ (Čl. 218. st. 1. i 2.)

⁹ "Kad je tužba podnesena na temelju članka 26. ovog Zakona, presudom se tužba uvažava ili odbija kao neosnovana. Ako se tužba uvažava, odredit će se u kojem će smislu tužena strana donijeti rješenje ili će se presudom riješiti upravna stvar." (čl. 42. st. 5. ZUS-a)

¹⁰ Unatoč činjenici da je čl. 2. ZUP-a propisao kako posebni upravni postupci ne smiju biti protivni načelima ZUP-a i kako za pojedine upravne oblasti moraju biti nužni, u Republici Hrvatskoj više od 70 posebnih zakona propisuje i posebne upravne postupke. Vrlo opsežan popis takvih posebnih zakona v. u: Ljubanović, Boris, *Posebni upravni postupci u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska javna uprava, 3(2006.), str. 20.-22. O nepotrebnosti i štetnosti ovako velikog broja posebnih upravnih postupaka v. u: Medvedović, Dragan, *Pravci modernizacije općeg upravnog postupka*, Informator, 5500(2006.), str. 3. i Medvedović, Dragan, *Pravno uređeni upravni postupci – pretpostavka moderne uprave*, Modernizacija hrvatske uprave, priredio: Ivan Koprić, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2003., str. 389.-390.

¹¹ Ovu je skupinu moguće dalje dijeliti s obzirom na to da li zakoni propisuju kraće rokove za rješavanje u prvom stupnju ili pak kraće rokove za rješavanje o žalbama. Tako npr. Zakon o poljoprivredi (NN 66/01, 83/02) čl. 40.a st. 2. određuje da nadležna tijela izdaju rješenja u upisima u upisnike, odnosno rješenja kojima se odbija upis u roku od 15 dana od dana uredno podnesenog zahtjeva za upis, a Zakon o državnim službenicima (NN 92/05, 107/07) čl. 113. st. 3. određuje da je o žalbama protiv rješenja o udaljenju iz službe Službenički sud dužan odlučiti najkasnije u roku od 15 dana od primitka žalbe.

¹² V. primjerice čl. 11. Zakona o priznavanju istovrijednosti stranih školskih svjedodžbi i diploma (NN 57/96)

¹³ V. tako čl. 56. st. 5. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 122/03) i čl. 14. Zakona o pravu na pristup informacijama (NN 172/03).

¹⁴ Smatramo potrebnim naglasiti kako čl. 218. st. 1. ZUP-a predviđa isključivo mogućnost propisivanja rokova kraćih od jednog odnosno dva mjeseca za donošenje i dostavljanje rješenja o zahtjevu stranke

Sljedeći način uređenja pravne zaštite od šutnje uprave u posebnim zakonima, kojim se odstupa od sistema utvrđenog ZUP-om, predstavlja primjena pozitivne fikcije.¹⁵

Istaknimo, nadalje, kako specifičnu skupinu posebnih zakona, na koje je potrebno ukazati zbog načina na koji je u njima regulirana pravna zaštita od šutnje uprave, predstavljaju i zakoni kojima se uređuju pojedini inspekcijski nadzori.¹⁶ Navedenu skupinu čine, uz sam Zakon o državnom inspektoratu, i pojedini zakoni kojima se normiraju pojedini inspekcijski nadzori. Njima se, ponekad, propisuje dužnost donošenja rješenja u određenim rokovima ukoliko inspektori utvrde određene povrede zakona ili drugih propisa.¹⁷ S obzirom da čl. 218. st. 1. ZUP-a propisuje dužnost donošenja rješenja samo u postupcima pokrenutima po službenoj dužnosti ako su oni u interesu stranke, tj. ne obvezuje organe javne uprave na donošenje rješenja u određenim rokovima u "uobičajenim" postupcima po službenoj dužnosti u kojima se strankama nameću obveze, navedenim se odredbama posebnih zakona odstupilo od navedenog pristupa.¹⁸

Zanimljivo je uočiti da je u hrvatskom sustavu posebnih upravnih postupaka moguće pronaći i primjer za prihvaćanje šutnje organa kao činjenice kojoj se ne pridaje bilo pozitivno, bilo negativno značenje, već ju se jednostavno smatra razlogom za devoluciju hijerarhijski višemu organu,¹⁹ kao i primjer primjene posebne "tehlike" za rješavanje šutnje uprave – sistem prijave umjesto odobrenja.²⁰ I o ovakvim pristupima zakonodavca biti će više riječi u nastavku rada.

III. PRAVNA FIKCIJA – TEMELJ PRAVNE ZAŠTITE OD ŠUTNJE UPRAVE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Iz prethodnog je kraćeg uvida u sistem pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj razvidno kako se hrvatski zakonodavac, gotovo uvijek, služio pravnim konstrukcijama kako bi takvu pravnu zaštitu osigurao. U nastavku rada pokušat ćemo odgovoriti na pitanje karaktera takvih pravnih konstrukcija.

dok isključivu mogućnost propisivanja rokova kraćih od dva mjeseca za donošenje i dostavljanje rješenja o žalbi predviđa čl. 247. st. 1.

¹⁵ Primjere pozitivne fikcije v. npr. u čl. 13. st. 5. Zakona o državnim potporama (NN 140/05), čl. 38. st. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (NN 121/03, 85/06) i čl. 17. st. 1. Zakona o udrugama (NN 88/01). U nastavku rada objasniti ćemo i pojam pozitivne fikcije i razloge za služenje upravo navedenim terminom.

¹⁶ O jezičnoj neprimjerenosti pojma inspekcijski nadzor v. u: Medvedović, Dragan, *Inspekcijski nadzor nad trgovačkim društvom i trgovcem pojedincem*, Pravo u gospodarstvu, 7-8(1994.), str. 564.-565. S obzirom na činjenicu da je inspekcijski nadzor zakonski termin, i u ovom ćemo ga radu upotrebljavati.

¹⁷ V. tako, primjerice, čl. 46. Zakona o državnom inspektoratu (NN 76/99, 129/05) i čl. 36. Zakona o ekološkoj proizvodnji poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda (NN 12/01, 79/07).

¹⁸ Smatramo kako i ovakav zakonodavčev pristup zaslužuje veliku pažnju, no, opseg i tema rada ne dozvoljavaju nam dublje ulaženje u problematiku.

¹⁹ V. čl. 58. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

²⁰ V. čl. 13. 14. i 15. Zakona o obrtu (NN 49/03).

Smatramo kako odgovor na navedeno pitanje nema samo teoretsko značenje već može uvelike pomoći i prilikom popunjavanja pojedinih praznina u pozitivno-pravnom uređenju zaštite od šutnje uprave, kao što može pomoći i prilikom razvijanja, po našem mišljenju, ispravnije upravne i upravno-sudske prakse.

Hrvatski zakonodavac, ponovimo tako, osnovni sistem pravne zaštite građana od šutnje uprave zasniva na mogućnosti i pravu izjavljivanja žalbe, odnosno podnošenja tužbe Upravnom sudu. Navedeno pravo jamči se izrazima "stranka ima pravo žalbe, kao da je njezin zahtjev odbijen" iz čl. 218. st. 2. ZUP-a i "stranka može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena" iz čl. 26. st. 1. ZUS-a.

Izvjesno je, dakle da je zakonodavac u rješavanju problema koje nameće šutnja uprave posegnuo za pravnim konstrukcijama. No, tijekom vremena, o prirodi tih konstrukcija pojavila su se različita mišljenja.²¹ Pojedini autori, tako, zastupaju shvaćanje da su navedene konstrukcije po svojoj prirodi pravne pretpostavke (presumpcije),²² drugi pak tvrde da se radi o pravnim fikcijama,²³ dok treća grupa autora razlikuje fiktivnu prirodu "stvorenih" upravnih akata od presumiranih sadržaja takvih akata.²⁴

²¹ S obzirom na činjenicu da se pravna zaštita od šutnje uprave od tekstova Zakona o upravnim sporovima iz 1952. i Zakona o općem upravnom postupku iz 1956. kroz sve izmjene i dopune te nove zakone u bivšoj SFRJ mijenjala samo u nijansama te da je hrvatski zakonodavac 1991. preuzeo tekstove Zakona o općem upravnom postupku iz 1986. i Zakona o upravnim sporovima iz 1977. u radu ćemo se služiti kako hrvatskom literaturom o ovoj problematici, tako i onom iz bivše SFRJ.

²² V. tako npr. Ivančević, Velimir, *Pravna zaštita građana kod šutnje administracije*, Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, *Suvremena javna uprava*, Zagreb, 2003., str. 189.; Popović, Slavoljub, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987., str. 500.; Jurić Knežević, Dunja, *Nedonošenje upravnog akta (šutnja uprave) i put pravne zaštite*, *Pravo i porezi*, 9(2003.), str. 51. i Matović, Ivan, *Neki aspekti zaštite protiv šutnje administracije*, *Zbornik Više upravne škole u Zagrebu*, 11(1982.), str. 165.-169. Istaknimo kako je na francusko shvaćanje o primjeni presumpcija u njihovom sustavu zaštite od šutnje uprave upozoravao još Krbek. V. Krbek, Ivo, *Upravnosudska zaštita protiv šutnje upravne vlasti*, *Mjesečnik*, 2-3(1937.), str. 83.

²³ V. Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Informator, Zagreb, 2001., str. 133.; Androjna, Vilko, *Upravni postupak in upravni spor*, Časopisni zavod za uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1992., str. 23.; Triva, Siniša, *Rječnik građanskog procesnog prava*, Informator, Zagreb, 1968., str. 394.; Arapović, Muzafer, *Upravni spor protiv "čutanja uprave"*, *Pravna misao*, 7-8(1980.), str. 102.; Cvetko, Aleksej, *Še enkrat o molku organa*, *Podjetje in delo*, 7(1995.), str. 988.; Jerovšek, Tone, *Molk uprave*, *Veštnik instituta za javno upravo*, 1-2(1980.), str. 55.

²⁴ Razlikuje se, zapravo, fikcija upravnog akta od neoborive pravnu pretpostavku negativne odluke. V. tako: Tomić, Zoran, Bačić, Vera, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, *Službeni list*, Beograd, 1986., str. 274.; Rađenović, Mirjana, "Čutanje uprave" u jugoslovenskom pravu, magistarski rad, Banja Luka, 1988., str. 46.; Dimitrijević, Predrag M., *Odgovornost uprave za nečinjenje – sa posebnim osvrtom na "čutanje" uprave*, doktorska disertacija, Beograd, 1996., str. 40.; Bušić, Anđelko, *Mogućnost pokretanja upravnog spora u slučaju šutnje upravne vlasti*, *Carinski vjesnik*, 8(1995.), str. 33.

Istaknimo, također, kako pojedini autori u pitanju karaktera pravnih konstrukcija upozoravaju kako po tom pitanju postoje razlike u shvaćanjima pojedinih pravnih teoretičara. V. tako: Omejec, Jasna "Razumni rok" u interpretaciji Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava – interpretativna uloga Ustavnog suda*, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, *Organizator*, Zagreb, 2000., str. 132.

Većina autora koja se priklonila pojedinom od navedenih stavova nije obrazlagala razloge koji su ih na to naveli.²⁵

S obzirom da se u ovom radu zastupa stanovište o upotrebi pravnih fikcija kao osnovne pravne tehnike kojom se građani štite od šutnje uprave, te kako se ističe da se upravo na ispravno shvaćenim pravnim fikcijama mogu zasnivati i popunjavanja pojedinih pravne praznine i moguća buduća ispravljanja određenih nelogičnosti u zakonskim tekstovima, potrebno je ovakav stav pokušati obrazložiti.

Pravna teorija, tako, provodi oštro razlikovanje između oborivih presumpcija (*praesumptiones iuris*) i pravnih fikcija. Polazište za ovo razlikovanje nalazi se u odnosu pojedine pravne konstrukcije prema objektivnoj stvarnosti. Tako se uzima da su oborive pretpostavke usmjerene prema stvarnosti – pravna norma postavlja pravilo prema kojemu se iz određenih činjenica izvodi zaključak o postojanju drugih činjenica samo u onim situacijama kada se, na osnovi općeg iskustva ili redovnog toka stvari, može s velikim stupnjem vjerojatnosti smatrati da pretpostavljeno odgovara stvarno postojećem. Fikcije, s druge strane, nisu usmjerene prema stvarnosti – njima se "konstruira" postojanje određenih činjenica, iako se pouzdano zna da takve činjenice ne postoje, zato da bi se u stvarnosti postigao neki željeni cilj. Iz ovih se postavki izvodi još jedna vrlo bitna razlika – kod oborivih se pretpostavki mora osigurati mogućnost dovođenja u sklad pretpostavljenog stanja s objektivnom stvarnošću, njihovo provjeravanje i eventualno pobijanje.²⁶

Razlikovanje između fikcija i neoborivih presumpcija (*praesumptiones iuris et de iure*) bitno je složenije tako da postoje i shvaćanja da između njih zapravo i nema nikakve razlike – i fikcije i neoborive pretpostavke pravno izjednačuju određene činjenice bez obzira postoje li one ili ne. Međutim, vrlo prihvatljivo shvaćanje ove dvije konstrukcije razdvaja – fikcije su uvijek usmjerene prema činjenicama koje ne postoje, a kojima se daje isto pravno značenje kao da postoje,

²⁵Iznimku, zapravo, predstavlja samo Krbek koji upozorava na stanovište ondašnje francuske teorije (Gouttenoire) koja je isticala kako stranka koja je povrijeđena šutnjom organa može podići upravno-sudsku tužbu samo slično (a ne identično) kao u slučaju kada je upravna vlast izrijeком odbila strankin zahtjev. Naime, razlike u ova dva slučaja postoje, a najvažniji se odnosi na pitanje rokova za podnošenje tužbe. Zbog toga se ističe da se u slučaju šutnje uprave ne radi o fikciji nego samo o pretpostavci (odnosno predmnjevi kako navodi Krbek). V. Krbek, op. cit. (bilj. 22), str. 83.

Usporedbe radi ističemo mišljenje današnje francuske teorije koja smatra da se u slučajevima šutnje uprave pravna zaštita zasniva na pravnoj fikciji. V. tako: Costa, Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2000., str. 246.-249. Autorica u navedenoj knjizi, naime, između ostaloga, analizira i čl. 1., st. 2. dekreta od 11. siječnja 1965. kojim se određuje da „šutnja nadležne vlasti koja traje duže od četiri mjeseca ima značenje odbijanja“. U analizi autorica ističe kako se u ovoj situaciji pravnom normom ustanovljava negativni akt koji proizlazi iz nepravne realnosti – prema tome dvije vrste realnosti (nepravna i pravna) se sukobljavaju. Također, napominje se, prešutni je akt podvrgnut pravnom režimu koji se ne podudara s režimom „stvarno postojećeg“ akta. Autorica slijedom navedenog ističe kako se u slučajevima šutnje uprave primjenjuje tzv. "egzogena" pravna fikcija.

²⁶V. *Fikcije*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom 1., Službeni list SFRJ, Beograd, 1978., str. 353.-355. O pravnim presumpcijama i fikcijama v. također i: Miličić, Vjekoslav, *Opća teorija prava i države*, Pravni fakultet, Zagreb, 1997., str. 277.-281., Perić, Berislav, *Struktura prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 1986., str. 106.-108. Vrban, Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 443.

iako postoji puna svijest o njihovom nepostojanju. Neoborive pretpostavke, pak, usmjerene su prema činjenicama koje postoje, ili se misli da postoje, s tim što se nije dopušteno dokazivati suprotno.²⁷

Primijenimo li gore navedena razlikovanja na ranije citiranu zakonsku formulaciju kojom se stranci daje pravo na žalbu, odnosno upravno-sudsku tužbu u slučajevima nedonošenja i nedostavljanja rješenja u određenim rokovima moguće je doći do određenih zaključaka. Tako je, u prvom redu, nedvojbeno da je u svijetu pravnih konstrukcija "stvoren" upravni akt te da je njegov "stvoren" sadržaj negativan za stranku. Nadalje, izvjesno je da je takav negativni akt „stvoren“ s punom sviješću zakonodavca da on u stvarnosti ne postoji niti će ikada postojati. Naime, pravna zaštita od šutnje uprave u hrvatskom pravu mora biti inicirana žalbom ili tužbom stranke zbog činjenice da organi javne uprave nisu u zakonskim rokovima donijeli i dostavili rješenje. Nemoguće je, dakle pokrenuti put pravne zaštite od šutnje uprave ako u stvarnosti postoji rješenje kojim se odlučilo o strankinim traženjima.

Također, moguće je dati i odgovor na pitanje ciljeva kojima je težio zakonodavac kada je uspostavio sistem pravne zaštite od stranaka na temelju „stvorenog“, po stranku negativnog, akta. Njime se, naime, u prvom redu, nastojalo zaštititi građane koji trpe zbog neaktivnosti organa javne uprave – njima se pravnom konstrukcijom otvorio put pravne zaštite žalbom u upravnom postupku ili tužbom u upravnom sporu. Drugim dijelom pravne konstrukcije, pak, kojim se određuje da je „stvoren“ akt za stranku negativan (njen je zahtjev odbijen), nastojalo se zaštititi objektivnu pravnu sigurnost.²⁸

S obzirom na sva izrečena stanovišta moguće je zaključiti kako se, u hrvatskom pravu, kao osnovni sistem pravne zaštite od šutnje uprave primjenjuje pravna fikcija kojom je „konstruiran“ negativan akt. Ovakvu ćemo fikciju, radi jezgovitosti, u radu nazivati negativnom fikcijom.²⁹

Negativnom se fikcijom, dakle s punom sviješću konstruirala činjenica koja u stvarnosti ne postoji te se uopće nije pokušavalo odgovoriti na nekakvu buduću neizvjesnu situaciju – hoće li se postupak za stranku okončati pozitivno ili

²⁷"Neoborive pretpostavke nisu ni fikcije, a ni pretpostavke u pravno-tehničkom smislu, nego osobene pravno-logičke konstrukcije kojima se, u savremenom pravu, izražavaju imperativni propisi." v. *Fikcije*, op. cit. (bilj. 26), str. 354. Slično razmišljanje ističe i Vrban: "Neoborive ili apsolutne pretpostavke (praesumptionis iuris et de iure), zapravo, i nisu pretpostavke jer protiv njih nije dopuštena uporaba nikakvog dokaznog sredstva". V. Vrban, op. cit. (bilj. 26), str. 442.-443. Također, vrlo jezgrovito, razliku između fikcija i presumpcija izražava i Perić: "Neoborive pretpostavke približavaju se pojmu fikcije. Svaka neoboriva pretpostavka ne mora biti ujedno i fikcija. Samo ona neoboriva pretpostavka za koju organi prava pouzdano znaju da je neistinita u stvarnosti postaje fikcijom." Perić, op. cit. (bilj. 26) str. 108.

²⁸O zaštiti objektivne pravne sigurnosti bit će govora u nastavku rada kada će se pobliže razmatrati sustavi pozitivne i negativne fikcije.

²⁹U nastavku rada koristit ćemo se i izrazom pozitivna fikcija. Smatramo da su oba izraza primjerena s obzirom na teoretsko razlikovanje pozitivnih i negativnih upravnih akata. O navedenom razlikovanju v. u: Borković, op. cit. (bilj. 2), str. 371.-373.

negativno. Riječ je o fikciji stvorenoj s dvojakom, društveno korisnom, svrhom - zaštite građana od šutnje upravnih organa te zaštite objektivne pravne sigurnosti.

IV. DOBRE I LOŠE STRANE POJEDINIH SMJEROVA U TUMAČENJU ŠUTNJE UPRAVE

Iz prethodnih je poglavlja razvidno kako se hrvatski pravni poredak u zaštiti stranaka od šutnje uprave "poslužio" negativnom fikcijom kao općim pravilom, ali i da u pojedinim posebnim zakonima poznaje i neke druge sisteme zaštite – sistem pozitivne fikcije kao i sistem koji šutnji ne pridodaje ikakvo (pozitivno ili negativno) značenje. U nastavku rada iznijet ćemo dobre i loše strane (prepoznate u pravnoj teoriji i praksi) svakoga od navedenih sistema zaštite. Smatramo kako ćemo ovakvim ukazivanjem na prednosti i nedostatke pojedinih sistema najbolje potkrijepiti naš stav da je za Republiku Hrvatsku najprimjereneije zadržati sistem negativne fikcije kao opće pravilo za omogućivanje pravne zaštite u slučajevima šutnje organa javne uprave.

Pozitivnom fikcijom, tako, fingira se da je organ javne uprave udovoljio svim zahtjevima stranke. Ovdje je, u stvari, pravna pozicija stranke izjednačena s onom u kojem je njezin zahtjev u cijelosti pozitivno riješen "stvarnim" upravnim aktom.³⁰ Ovakvim se pristupom zapravo pokušalo disciplinirati upravne organe te ih "prisiliti" na postupanje. Oni su, naime, u poziciji da moraju donijeti upravni akt kada ne žele uvažiti zahtjeve stranke.³¹ Također, primjenom pozitivne fikcije pokušava se pridonijeti i ekonomičnosti i efikasnosti postupka jer se stranku isključuje od njezinih daljnjih pravnih akcija (s obzirom da su fikcijom priznata sva njena traženja iz zahtjeva) te se na taj način ide k rasterećenju drugostupanjskih organa te upravnih sudova.³²

Pozitivnom fikcija, nadalje, pokušava se osigurati i određenu pravednost u pristupu jer se stvaranjem po stranku pozitivnih akata "kažnjava" organe uprave za njihov nerad te "nagrađuje" građane koji zbog takve šutnje trpe. Ovakvim se pristupom želi pridonijeti i psihološki "umirujućem" djelovanju prema građanima jer kod njih postoji svijest da će zbog primjene pozitivne fikcije biti "pošteđeni" dugotrajnih i iscrpljujućih otezanja i kašnjenja u postupanju.

Pridonošenje disciplini u postupanju, efikasnosti, pravednosti te pozitivnom psihološkom djelovanju prema građanima nesumnjivo su ciljevi za kojima bi se trebalo ići u uređivanju upravnog postupanja. No, mišljenja smo kako se

³⁰ „Razlika je samo u tome što kod ove presumpcije nastupa pravna posljedica ipso lege, kad postoji nužna pretpostavka da upravni organ šuti, dok pravna posljedica kod izričnog rješavanja nastupa neposredno silom samog akta.” Ivančević, op.cit. (bilj. 22), str. 189.

³¹ Ibid., str. 190.

³² „...tu presumpciju mogu kao podlogu za pokretanje pravne zaštite koristiti samo lica koja bi njezinom primjenom bila ugrožena u vlastitim pravima – koja bi se u konkretnom postupku pojavila kao zainteresirana, treća lica.“ Ibid., str. 191.

primjenom pozitivne fikcije većinu od tih ciljeva ne postiže. Štoviše, mišljenja smo da se pozitivnom fikcijom narušavaju i neka temeljna načela postupovnog prava.³³

Ističemo tako, najprije, kako primjena pozitivne fikcije može narušiti objektivnu pravnu sigurnost – i zahtjevi građana koji su u potpunosti neosnovani i u suprotnosti s pozitivnim pravom samim će protekom vremena biti odobreni u fiktivnom aktu. Dakako da je vrlo moguće da određen dio takvih akata bude realiziran u "vanjskom" svijetu te dovede do ozbiljnog narušavanja javnog interesa. Opisane situacije, dakako, pravni poreci ne mogu trpjeti pa će javna uprava ipak morati reagirati stavljanjem izvan snage takvih fiktivnih akata i posljedica koje su proizveli.³⁴ Na taj se način, zapravo, prvotna težnja pozitivne fikcije za ekonomičnošću i efikasnošću u postupanju pretvara u vlastitu suprotnost – dugotrajan i složen postupak povodom izvanrednih pravnih sredstava ili žalbi trećih zainteresiranih osoba koji će, ponekad, morati rezultirati saniranjem posljedice nastalih u "stvarnosti".³⁵

Također, pored opisanoga narušavanja objektivne pravne sigurnosti, pozitivna fikcija narušava i pravnu sigurnost same stranke. Pravnom se normom, naime, kao načelo utvrđuje za rješenje pismeni oblik,³⁶ dok je donošenje rješenja u usmenoj formi izuzetak od toga pravila.³⁷ Ovo je načelo važno jer pored činjenice da stranka iz pismenog akta može saznati puno o postupku koji je aktu prethodio, pismeni akt omogućuje i legitimiranje stranka prema trećima te im na taj način omogućuje dalje ostvarivanje njihovih prava. Kada se primjenjuje pozitivna pravna fikcija akta "u stvarnosti" nema, što stranci u bitnoj mjeri otežava spomenuto legitimiranje.³⁸

Nadalje, pozitivnoj se fikciji može prigovoriti i narušavanje načelne postupovne jednakosti stranaka. Naime, zamišljeni istovjetni (neosnovani) zahtjevi stranaka mogu u situacijama primjene pozitivne fikcije imati potpuno različitu sudbinu – pozitivno (fiktivno) rješenje kada uprava šuti, odnosno negativno rješenje kada organi javne uprave u zakonskim rokovima provedu postupak. Postupovna jednakost, prema našem mišljenju, ne bi zbog samoga proteka vremena smjela biti u tolikoj mjeri narušena.³⁹

³³O nedostacima sistema negativne fikcije v. i u: Šikić, op. cit. (bilj. 2), str. 135.-137.

³⁴U talijanskom se pravu, nakon reformi uvedenih Zakonom br. 80 od 14. svibnja 2005. („Gazetta Ufficiale“ br. 111. od 14. svibnja 2005.) sistem pravne zaštite od šutnje uprave primjenom pozitivne fikcije (talijanska teorija i zakonodavstvo ovaj sistem nazivaju *silenzio-assenso* ili *silenzio-accoglimento*) zapravo nametnuo kao osnovni način borbe protiv šutnje uprave. O navedenom sistemu, pa i o nužnosti omogućavanja naknadnih intervencija javne vlasti i trećih osoba v. u: Parisio, Vera, *L'inerzia della pubblica amministrazione in Italia*, u: *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, urednica: Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 2006., str. 189.-201.

³⁵O narušavanju objektivne pravne sigurnosti v. i u: Šikić, op. cit. (bilj. 2), str. 135.

³⁶V. Borković, op. cit. (bilj. 2), str. 376.

³⁷V. čl. 206. st. 2. i 3., čl. 213. i čl. 214. ZUP-a

³⁸V. o navedenom i u: Šikić, op.cit. (bilj. 2), str. 135. i 136.

³⁹V. Ibid., str. 136.

Pozitivna fikcija, potrebno je nadalje istaknuti, ne dovodi niti do pronalazjenja konkretnih razloga za postupovnu neaktivnost organa javne uprave.⁴⁰

Mišljenja smo, nadalje, kako pozitivna fikcija samo prividno pridonosi postupovnoj pravednosti i rasterećuje stranke od trpljenja dugotrajnih upravnih postupaka. S obzirom, naime, da je prilikom njena normiranja nužno zadržati mogućnost reagiranja redovnim i izvanrednim pravnim lijekovima, odnosno s obzirom na činjenicu da pravni poreci ne smiju trpjeti postojanje i izvršavanje nezakonitih upravnih akata (pa bili oni i fiktivni), istekom rokova za donošenje rješenja i "stvaranjem" pozitivnoga akta postupci se ne okončavaju. Stranka je i dalje u neizvjesnosti o sudbini vlastitih traženja. Kako se često kod propisivanja pozitivne fikcije pozitivni akt "stvara" samo ako nije protivan javnom interesu ili pravima trećih osoba,⁴¹ na stranku se time, zapravo, prenose "poslovi" koje trebaju obavljati organi javne uprave. Propuštajući u roku donijeti akt uprava zapravo "prebacuje" vođenje postupka i donošenje rješenja na građane (koji moraju znati prosuditi da li su njihova traženja u skladu s javnim interesom ili pravima trećih osoba). Prema našem mišljenju za građane je naročito nepovoljno što, pogrešno prosuđujući da su njihovi zahtjevi usklađeni s pozitivnim pravom, nakon isteka rokova i "stvaranja" pozitivnih akata, mogu krenuti i u izvršavanje takvih akata. Naknadne će intervencije javne vlasti u takvim situacijama biti naročito bolne.

U sklopu ovakvih razmišljanja potrebno je istaknuti kako se, dakle i psihološki pravna neizvjesnost za samu stranku ne prekida istekom rokova za donošenje rješenja i "stvaranja" pozitivnog akta. Stranka, naime, pretpostavljajući ili sumnjajući da joj određena prava ipak ne pripadaju i dalje ostaje u bojazni da će organi javne vlasti u njenu pravnu situaciju ipak intervenirati. Hipotetski takva pravna nesigurnost može trajati u nedogled što za same građane zasigurno predstavlja priličan teret.

Mišljenja smo kako pozitivna fikcija, zapravo, cjelokupnu problematiku šutnje uprave prilično pojednostavljuje promatrajući je samo kroz interes stranke da se o njenom zahtjevu riješi pozitivno. Smatramo kako kod šutnje uprave pitanja opravdanosti ili neopravdanosti nečijeg zahtjeva ima jednaku važnost kao i u slučajevima kada su postupci u roku okončani donošenjem upravnih akata te da organi javne uprave o opravdanosti zahtjeva mogu zaključiti samo na temelju rezultata provedenih postupaka. Protok vremena, odnosno istek rokova, na osnovanost samih zahtjeva ne bi smio nikako utjecati.

⁴⁰Potrebno je već na ovom mjestu u radu naglasiti kako primjena negativne fikcije u hrvatskom pravu to čini. Čl. 246. st. 1. ZUP-a, podsjetimo, određuje kako će u postupku po žalbi zbog šutnje drugostupanjski organ od prvostupanjskog tražiti pripočavanje razloga nedonošenja rješenja u određenom roku. Procjenjujući da li su ti razlozi bili takvi da su mogli dovesti do šutnje drugostupanjski će organ saznati puno o stvarnoj situaciji u kojoj se nalazi prvostupanjski organ ("opterećenost" spisima, kadrovska "popunjenost", razina informatičke opremljenosti ...) Takvim se uvidom u situaciju može pridonijeti mogućim daljnjim poboljšanjima kojima bi se moglo spriječiti daljnja kašnjenja u postupanju.

⁴¹V. tako, primjerice, Direktivu 2006/123/EC o uslugama na unutarnjem tržištu od 12. prosinca 2006., točka 63.

Antipod prethodno opisanoj fikciji predstavlja ona koja fingira odbijanje svih postavljenih zahtjeva stranke. Takvom je fikcijom, znači, stvoren po stranku u cijelosti negativan akt. Kako smo to ranije u radu i naznačili takvu, negativnu, fikciju kao opće pravilo predvidio je i hrvatski zakonodavac.⁴²

Ranije je u radu izneseno mišljenje kako se negativnom fikcijom pokušavaju zaštititi i građani i objektivna pravna sigurnost. Ovu je tvrdnju potrebno razraditi te istaknuti kako negativna fikcija promatra šutnju uprave kao okolnost koja nikako ne može izmijeniti pravnu poziciju stranke, ali koja mora omogućiti stranci daljnje ulaganje pravnih lijekova, kao i sudsku zaštitu. Fingirajući, naime, da je zahtjev stranke u cijelosti odbijen, pravna pozicija stranke ostaje neizmijenjena, odnosno u stvarnosti zbog šutnje uprave ne nastaju nikakve promjene. Stranci se omogućuje žalba na fingirano negativno rješenje, a upravo je zbog takvog pridavanja sadržaja i fingiranja akta moguća i zaštita pred upravnim sudovima.⁴³

No, bez obzira na činjenicu da odgovara na velik broj pitanja koja nameće šutnja organa javne uprave, sistemu negativne fikcije također je upućeno i više ozbiljnih zamjerki.⁴⁴

Tako se ističe da je pravna pozicija stranke u trenutku isteka rokova za rješavanje bitno slabija od one u kojoj se stranka nalazila u trenutku podnošenja zahtjeva ili bi se nalazila kada bi se donio negativan akt – ona je, naime, nepotrebno i nepovratno izgubila na vremenu te je možda i pretrpjela štetu. S druge je, pak, strane, protek vremena i istek rokova za rješavanje organe javne uprave doveo u bolju poziciju jer nisu gubili vrijeme i energiju na rješavanje zahtjeva stranke, a nisu imali niti ikakvih materijalnih troškova. Negativna fikcija, ističe se, navedenu činjenicu uopće ne uzima u obzir.⁴⁵

⁴² Sistem pravne zaštite stranaka od šutnje uprave primjenom negativne fikcije stvoren je i razvijen u francuskom pravnom sustavu još čl. 7. dekreta od 2. studenog 1864. Navedeni je sistem preinačavan i razrađivan čl. 3. zakona od 17. lipnja 1900., čl. 1. zakona od 7. lipnja 1956. (sadržaj kojega je preuzeo čl. 1. uredbе od 11. siječnja 1965.) i čl. 21. zakona od 12. travnja 2000. O počecima uređivanja pravne zaštite stranaka od šutnje uprave u francuskom pravu v. Bethelmy, Henry, *Traite elementaire de droit administratif*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923., str. 986.-988.; Krbek, op. cit. (bilj. 19), str. 83.-84., Matović, op.cit. (bilj. 22), str. 156.-157.; Rađenović, op.cit. (bilj. 24), str. 32.-35.; Tratar, Boštjan, *Upravni spor*, Bonex založba, Ljubljana, 2002., str. 521.-523. O razvoju pravne zaštite od šutnje uprave u francuskom pravu v. Benezra, Genevieve, *Le silence de l'Administration. Vicissitudes de la réglementation française*, Revue administrative, 1967., str. 540.-546.; Laveissiere, Jean, *Le silence de l'administration*, doktorska disertacija, Université de Bordeaux I, 1979. i Broyelle, Camille, *Le silence de l'administration en droit administratif français*, u: *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, urednica: Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 2006., str. 3.-13.

⁴³ U Republici Hrvatskoj osnovni je smisao vođenja upravnog spora ocjena zakonitosti upravnog akta. Upravo je zbog toga bilo i potrebno "konstruirati" upravni akt u pravnoj fikciji.

"Upravni spor može se voditi samo protiv upravnog akta." (Čl. 6. st. 1. ZUS-a)

"Upravni spor može se pokrenuti i kad nadležni organ o zahtjevu, odnosno o žalbi stranke nije donio odgovarajući upravni akt, uz uvjete predviđene ovim zakonom." (čl. 8. ZUS-a)

⁴⁴ V. Matović, op. cit. (bilj. 22), str. 165.-169.; Dimitrijević, op. cit. (bilj. 24) str. 54.-57. Osvrt na kritike negativne fikcije v. i u: Šikić, op. cit. (bilj. 2), str. 139.-143.

⁴⁵ V. Dimitrijević, op. cit. (bilj. 24), str. 55.

Također, upozorava se i na logičku i pravno-tehničku neodrživost uzročno-posljedičnog povezivanja šutnje uprave s negativnim rješavanjem jer se time stvara fikcija koja nije u interesu građana već, upravo suprotno, u interesu javno-upravne vlasti.⁴⁶

Nadalje, prilično je oštra i kritika negativne fikcije koja tvrdi kako je ona proizvod upravno-pravne teorije s konca 19. stoljeća koja je polazila od birokratske konstrukcije kako je uprava uvijek u pravu te da građani subjektivna prava ostvaruju samo milošću administracije.⁴⁷

Uskraćivanje prava stranke na rješavanje u dva stupnja sljedeći je prigovor upućen negativnoj fikciji. Naime, uspostavljanjem fikcije da je o pravu stranke riješeno negativno u prvom stupnju omogućava se odlučivanje u upravnoj stvari samo u drugom stupnju. Time se stvaraju uslovi samo za priznavanje ili zaštitu materijalnog prava o kome se u konkretnom slučaju radi, dok procesno pravo na odlučivanje u dva stupnja ostaje neostvareno.⁴⁸

Konačno, prema našem mišljenju, najutemeljenije i najdublje kritike upućene sistemu negativne fikcije su one koje tvrde da se njime zapravo legalizira nezakonito (ne)postupanje uprave. Uporište za ovu tvrdnju nalazi se naročito u mogućnostima, predviđenima ZUP-om i ZUS-om, odbijanja žalbe izjavljene zbog šutnje prvostupanjskog organa u upravnom, odnosno odbijanja tužbe podnesene zbog šutnje organa posljednjeg stupnja u upravno-sudskom postupku.⁴⁹

Mišljenja smo kako se upravo odgovarajući na navedene kritike može vrlo dobro ukazati na logičnost i primjenjivost sistema negativne fikcije, no i istaknuti njene loše strane, odnosno, bolje rečeno pogrešna normativna shvaćanja smisla samoga sistema.

Zbog toga bismo, najprije, željeli podsjetiti na činjenicu da je negativna fikcija stvorena s dvojakom svrhom - zaštite stranaka od neaktivnosti i sporosti u radu organa javne uprave te zaštite objektivne pravne sigurnosti. Upravni se akt „stvara“, dakle ne zbog zaštite javne uprave i legaliziranja nerada, već zbog omogućavanja stranci da podnošenjem žalbe ili upravno-sudske tužbe „izide“ iz vremenskog okvira u kojem se nalazi zbog propuštanja organa javne uprave da u određenom roku donesu i dostave rješenje. Negativnost, pak, samoga fiktivnog akta, fingira se isključivo iz razloga pravne sigurnosti - pravna se situacija stranke ne smije mijenjati zbog šutnje uprave, ona mora biti istovjetna onoj koja je postojala u trenutku podnošenja zahtjeva ili ulaganja žalbe jer, ponovimo, stranci ne pripada pravo na pozitivno rješenje, već isključivo pravo da se o njenom zahtjevu riješi.⁵⁰ Negativnošću fingiranog akta, nadalje, štiti se i pravna sigurnost jer takvi akti ne mogu proizvesti nikakve štetne posljedice u stvarnosti. Činjenica

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid, str. 55.-57.; Matović, op.cit. (bilj. 22), str. 166.

⁴⁸ V. Tomić, Bačić, op. cit. (bilj. 24), str. 315.; Rađenović, op. cit. (bilj. 24), str. 53.

⁴⁹ Dimitrijević, op. cit. (bilj. 24), str. 56.; Matović, op. cit. (bilj. 22), str. 167. i 170.-172.

⁵⁰ V. također u: Šikić, op. cit. (bilj. 2), str. 141.

jest da je stranka izgubila vrijeme i možda pretrpjela štetu, no to nikako ne znači da zbog toga mora biti „nagrađena“ pozitivnim rješenjem. Ispravno shvaćena i primijenjena negativna fikcija ide isključivo za time da do samoga rješavanja dođe što je moguće prije, a hoće li rješenje za stranku biti pozitivno ili negativno neće ovisiti o proteku vremena već o osnovanosti ili neosnovanosti strankinog zahtjeva, odnosno žalbe.⁵¹

Nadalje, smatramo kako je upravo u odgovoru na kritiku koja upozorava na negiranje procesnoga prava stranke na rješavanje u dva stupnja moguće istaknuti velike prednosti negativne u odnosu na pozitivnu fikciju. Ističemo tako, najprije, kako razrada sistema pravne zaštite primjenom negativne fikcije u hrvatskom pravu upravo nastoji zaštititi dvostupanjsku zaštitu stranaka.⁵² Naime, čl. 246. ZUP-a, koji uređuje postupanje drugostupanjskog organa po žalbama izjavljenima zbog šutnje uprave, određuje da će drugostupanjski organ, nakon što je zaprimio žalbu, od prvostupanjskog organa tražiti da mu priopći razloge zbog kojih rješenje nije donio u roku. Ako nađe da rješenje nije doneseno u roku zbog opravdanih razloga, ili zbog krivnje stranke, odredit će prvostupanjskom organu novi rok za donošenje rješenja koji ne može biti duži od jednog mjeseca. Ako prvostupanjski organ u takvom, naknadno ostavljenom roku donese rješenje radit će se o prvostupanjskom rješenju koje će stranka moći napadati žalbom. Iz ove je odredbe, tako, jasno vidljivo nastojanje da stranka ipak dobije prvostupanjsko rješenje te da se na taj način zaštititi njeno procesno pravo na rješavanje u dva stupnja. Drugostupanjski će organ preuzeti rješavanje stvari tek ako razloge za nedonošenje prvostupanjskog rješenja ne ocijeni opravdanimi ili ih ne pripiše krivnji stranke, ili ako prvostupanjski organ ne donese rješenje u naknadno ostavljenom roku. Ovakvo je postupanje drugostupanjskog organa nužnost koja je u isključivom interesu stranke. Naime, daljnje nastojanje da se dođe do prvostupanjskog rješenja, a s obzirom na ponašanje prvostupanjskog organa, mogla bi prouzročiti samo daljnja otezanja s donošenjem rješenja.⁵³

Također, potrebno je još jednom istaknuti kako će drugostupanjski organ iz odgovora prvostupanjskog organa o razlozima nedonošenja rješenja u predviđenim rokovima moći saznati vrlo korisne informacije o "stvarnim" razlozima koji su doveli do nerješavanja – ovakvo će saznanje, ponovimo, izostati kod primjene pozitivne fikcije.

Smatramo kako su kritike upućene negativnoj fikciji, nažalost, ispravne kada ističu da se šutnja organa uprave legalizira mogućnošću organa koji odlučuje o žalbi da odbije žalbu stranke podnesenu zbog šutnje uprave, kao i mogućnošću Upravnog suda da presudom odbije tužbu podnesenu zbog šutnje uprave.⁵⁴

⁵¹Smatramo kako smo ovakvim razmišljanjem odgovorili i na kritiku o "zastarjelosti" sistema negativne fikcije i njena favoriziranja apriorne "nepogrešivosti" javne uprave. Razvidno je, naime, da se u situacijama šutnje uprave ne smije polaziti od toga da li su "u pravu" građani ili uprava već stranku treba zaštititi od šutnje bez obzira na opravdanost ili neopravdanost njezinih traženja.

⁵²V. i u Šikić, op. cit. (bilj. 2), str. 141.-142.

⁵³Ibid., str. 142.

⁵⁴Ibid.

S obzirom da opravdanost ovih kritika upućuje na ozbiljno narušavanje, prema našem mišljenju, vrlo čvrstog i logično razrađenog sustava negativne fikcije u ZUP-u i ZUS-u potrebno je malo detaljnije razmotriti navedene mogućnosti odbijanja te, nakon toga, iznijeti moguće smjerove rješavanja problema.

Tako je, u prvom je redu, potrebno opisati postupanje drugostupanjskog organa povodom žalbi zbog šutnje uprave kada on razloge za šutnju prvostupanjskog organa ocijeni neopravdanima, odnosno ako smatra da je za nedonošenje rješenja kriva stranka ili ako prvostupanjski organ ne donese rješenje u naknadno ostavljenom roku. U tim će situacijama drugostupanjski organ od prvostupanjskog zatražiti spise predmeta nakon čega ima nekoliko mogućnosti. Ako stvar može riješiti na temelju dostavljenih spisa to će i učiniti te donijeti svoje rješenje. Ako, pak, stvar ne može riješiti može sam provesti postupak te nakon toga donijeti rješenje. Iznimno, drugostupanjskom je organu ostavljena mogućnost da prvostupanjskom organu naloži provođenje postupka i dostavu podataka u određenom roku, ako smatra da će ovaj postupak provesti brže i ekonomičnije.⁵⁵ Nakon što podatke dobije drugostupanjski će organ donijeti svoje rješenje koje je konačno.

ZUP, nažalost, ne govori ništa o postupanju drugostupanjskog organa sa žalbom kada treba donijeti svoje rješenje. Ovdje je zapravo potrebno razlikovati dvije situacije – u jednoj će drugostupanjski organ smatrati da je zahtjev stranke osnovan i da je potrebno donijeti, po stranku, pozitivno rješenje, dok će u drugoj smatrati da je zahtjev neosnovan te da je potrebno donijeti negativno rješenje. Postavlja se pitanje kako će, u tako različitim situacijama, drugostupanjski organ postupiti sa žalbom? Mišljenja smo da postupanje u prvoj situaciji (kada je zahtjev osnovan) nije sporno – drugostupanjski će organ najprije uvažiti žalbu, a zatim donijeti svoje rješenje kojim će uvažiti zahtjev stranke (odnosno donijeti, po stranku, pozitivan akt).

Sporno je, međutim, postupanje drugostupanjskog organa ako ocijeni, na temelju rezultata postupka, da je potrebno donijeti po stranku negativno rješenje. Naime, postoji mišljenje da u takvim situacijama drugostupanjski organ treba žalbu stranke odbiti.⁵⁶ Ovakvo mišljenje polazi od fikcije negativnog akta – ukoliko drugostupanjski organ smatra da je potrebno donijeti po stranku negativno rješenje izjednačiti će fiktivni negativni akt s negativnim aktom kojega bi i tako trebalo donijeti te žalbu odbiti.

Upravni sud, pak, postupke pokrenute zbog šutnje uprave može okončati: presudom kojom se tužba uvažava i kojom se tuženom organu određuje u kojem će smislu donijeti rješenje, presudom kojom se tužba uvažava i kojom sud sam rješava upravnu stvar te presudom kojom se tužba podnesena zbog šutnje uprave odbija kao neosnovana.⁵⁷

⁵⁵Ova je mogućnost ostavljena samo iznimno i u praksi bi se trebala vrlo oprezno primjenjivati jer postoji velika mogućnost da prvostupanjski organ i dalje oteže s postupkom.

⁵⁶V. Kostić, Miladin, *Čutanje uprave i ostvarivanje prava i interesa stranaka*, Pravni život, 10(1998.), str. 144. i Rađenović, op.cit. (bilj. 24), str. 63.

⁵⁷V. čl. 45. st. 5. ZUS-a

Prve dvije navedene mogućnosti, smatramo, u skladu su sa svrhom zbog koje je ustanovljena pravna zaštita od šutnje uprave primjenom negativne fikcije.⁵⁸

No, utvrđivanjem mogućnosti Upravnog suda da odbije kao neosnovane tužbe podnesene zbog šutnje uprave, mišljenja smo, ugrožavaju se sami temelji instituta zaštite od šutnje uprave.⁵⁹ Naime, u navedenoj se situaciji, slično kao i kod zauzimanja stava o mogućnosti odbijanja žalbe u upravnom postupku, polazi od stava da se odbijajuća presuda donosi na osnovi prosuđivanja zakonitosti fiktivnog negativnog akta. Prema tome, ako sud smatra da je tuženi organ, s obzirom na činjeničnu i normativnu osnovu, trebao donijeti negativno "stvarno" rješenje, fiktivno negativno rješenje neće se smatrati nezakonitim i Upravni sud će odbiti tužbu.⁶⁰

Mišljenja smo kako je potrebno, a naročito s obzirom na činjenicu da sistem negativne fikcije smatramo najpodesnijim za rješavanje problema koje šutnja uprave nameće, istaknuti najvažnije slabosti i pogreške stavova o izjednačavanju negativne fikcije s izričitim negativnim rješenjima.⁶¹

Tako, u prvom redu, ovakva shvaćanja negiraju dužnost nadležnih organa javne uprave da u svakom pokrenutom upravnom postupku donesu rješenje – njima je ostavljena mogućnost da u svakoj situaciji, kada ne žele rješavati jer smatraju da treba donijeti negativno rješenje, jednostavno šute te prepuste drugostupanjskim organima ili Upravnom sudu da za njih obavi "posao". Navedenom se pasivnošću, dakako, šteti kako strankama, tako i samim hijerarhijski višim organima i Upravnom sudu na koje se prebacuje teret vođenja postupaka.

Drugi je razlog za ozbiljnu kritiku mogućnosti odbijanja žalbe i tužbe sam "sadržaj" fiktivnoga akta. On je prema izričitim zakonskim odredbama za stranku svakako negativan. No, ostavljanjem mogućnosti drugostupanjskom organu ili Upravnom sudu da odbiju žalbu, odnosno tužbu, nažalost, zakonodavac je prešutno fingirao i zakonitost samog fiktivnog negativnog akta. Kako je, naime,

⁵⁸Napomenimo, međutim, kako pojedini autori argumentirano ističu kako suština upravnog spora zbog šutnje uprave nije raspravljanje samog odnosa koji je predmet upravnog postupka, već je suština spora utvrđivanje je li se tuženi organ javne uprave oglušio o zakonom utvrđenu obvezu rješavanja stvari u određenom roku. Ako Upravni sud utvrdi takvu povredu zakona, on će zakonitost uspostaviti tako što će tuženom organu naložiti donošenje odgovarajućeg rješenja, a ne tako što će sam učiniti ono što je tuženi organ propustio učiniti. V. Bogdanović, Jakša, *Suština upravnog spora u slučaju „čutanja administracije“*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3(1957.), str. 346.

⁵⁹Napominjemo kako je izričito davanje mogućnosti Upravnom sudu da presudom odbije tužbu kao neosnovanu, kao i mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije u postupcima zbog šutnje uprave, uvedeno tek 1991., prilikom preuzimanja Zakona o općem upravnom postupku iz 1986. u hrvatski pravni sustav. Dotadašnji zakonski tekstovi takve mogućnosti nisu predviđali.

⁶⁰Sud, zapravo, ocjenjuje je li je tuženi organ pravilno postupio kada je šutnjom odbio zahtjev, odnosno žalbu, odnosno ocjenjuje zakonitost u materijalno-pravnom smislu odbijanja. V. o tome Dragojlović, Luka, Mihailović, Milovan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Savremena administracija, Beograd, 1979., str. 143.

⁶¹Upravo su, kako je ranije u radu i navedeno, mogućnost odbijanja tužbe kao i mogućnost odbijanja žalbe zbog šutnje uprave, najsnažniji argumenti kritičarima sistema negativne fikcije za tvrdnju kako njezina primjena dovodi do legaliziranja neaktivnosti uprave. V. tako Dimitrijević, op. cit. (bilj. 24), str. 54.-57. i Matović, op. cit. (bilj. 24), str. 165.-169.

već i opisano prilikom odbijanja žalbe/tužbe drugostupanjski organi ili Upravni sud "uspoređuju" dvije fikcije – onu zakonsku (o negativnom aktu) i onu koju stvaraju sami drugostupanjski organi ili Upravni sud (o pozitivnom ili negativnom sadržaju akta kojega su nadležni organi javne uprave trebali donijeti). Ako se ove dvije fikcije podudaraju, odnosno ako se smatra da su nadležni organi trebali donijeti po stranku negativan akt žalba ili tužba se odbijaju.

Smatramo, međutim, potrebnim još jednom istaknuti kako je pravni poredak primjeni negativne fikcije pribjegao samo zbog zaštite građana i javnoga interesa od propuštanja nadležnih organa da ispune svoju zakonsku dužnost i donesu i dostave strankama upravni akt – drugim riječima radi zaštite od nezakonitosti u funkcioniranju javne uprave. Mišljenja smo, stoga, da navedena nezakonitost ne smije dovesti do općenite fikcije zakonitog akta jer se time negira smisao zaštite građana od šutnje uprave.⁶²

Navedeno razmišljanje upućuje na zaključak da se u slučajevima šutnje uprave fiktivne akte uvijek treba smatrati i nezakonitima. Međutim, mišljenja smo da zakonodavac, u ovom slučaju opravdano, nije zauzeo takvo stanovište. Tako, ponovimo, čl. 246. ZUP-a, propisujući postupanje po žalbi zbog šutnje uprave, određuje da će drugostupanjski organ tražiti od prvostupanjskog priopćavanje razloga zbog kojih u roku nije donio rješenje. Ako nađe da rješenje nije doneseno u roku iz opravdanih razloga ili zbog krivnje stranke, odrediti će prvostupanjskom organu novi rok za donošenje rješenja koji ne može biti duži od mjesec dana. Tek ako utvrdi da razlozi za nedonošenje rješenja nisu opravdani (ili se ne mogu pripisati stranci) drugostupanjski će organ tražiti da mu prvostupanjski organ pošalje spise predmeta na osnovu kojih će, ukoliko je to moguće, riješiti upravnu stvar. Iz opisanog je postupanja razvidno da zakonodavac fiktivni negativni akt ne smatra apriori nezakonitim jer je prvostupanjski organ mogao šutjeti iz opravdanih razloga ili zbog krivnje stranke. Zbog toga i nadležnost za postupanje na drugostupanjski organ prelazi tek ako on utvrdi "neispričivost" šutnje ili ne utvrdi da je nju prouzrokovala sama stranka. Tek se tada, zapravo, fiktivni negativni akt može smatrati nezakonitim.

Dok je iz prethodno opisanog postupanja vidljivo da zakonodavac ne smatra fiktivni negativni akt apriori nezakonitim, određene nedoumice u svezi ovoga problema, a s obzirom da ih ZUS izričito ne normira, pojavljuju se kod situacija kada Upravni sud, postupajući po tužbi zbog šutnje uprave, ustvrdi da je organ javne uprave šutio zbog opravdanih razloga ili kada ustvrdi da je do šutnje došlo zbog krivnje same stranke. Naime, iako Upravni sud nema dužnost nakon primitka tužbe tražiti od organa uprave priopćavanje razloga zbog kojih rješenje nije doneseno u

⁶²“Međutim, kolikogod se u ovoj ili onoj zemlji na manje ili više jasan način izražava pravna obveza na strani upravnog organa da odgovori na postavljen zahtjev, ipak se ne može izbjeći pojava da u pojedinim slučajevima upravni organ šuti i da stranka, prema tome, ne dobiva nikakva odgovora. U tom času postaje njezina subjektivna pretpostavka da ima pravo na akt u širem, objektivnom smislu pravno-politički problem koji ima približno jednako praktično značenje kao i situacija kad je upravni organ dođuše donio akt po zahtjevu stranke, ali je taj akt nezakonit.“ Ivančević, op.cit. (bilj. 22), str. 187.

roku, on će u svakom slučaju biti dužan tuženom organu poslati tužbu na odgovor. Ako iz odgovora na tužbu i dostavljenih spisa bude razvidno da je do šutnje došlo zbog opravdanih razloga ili krivnje stranke moglo bi se zaključiti da je fiktivni negativni akt zakonit te da je zbog toga tužbu stranke potrebno odbiti. Mišljenja smo, međutim, kako moguće odbijanje tužbe u ovoj situaciji može stranke staviti u vrlo nepovoljnu poziciju jer im onemogućava ponovno podnošenje tužbe zbog šutnje uprave.⁶³ Smatramo, zbog toga, da u i navedenoj situaciji treba biti vrlo oprezan s pridavanjem sadržaja fiktivnom negativnom aktu.⁶⁴

Smatramo, nadalje, kako ZUS izravno "nastavlja" stav zauzet u čl. 246. ZUP-a o nemogućnosti shvaćanja fiktivnog akta kao isključivo nezakonitog. Čl. 64. ZUS-a, naime, propisuje se postupanje u situacijama kada nadležni organi ne postupe po sudskim presudama (pa i onima donesenim po tužbama zbog šutnje uprave) i u roku od 30 dana donesu novi upravni akt. Tada stranke mogu reagirati slanjem tzv. "požurnice" nadležnom organu, a ako se rješenje ne donese niti u roku od sedam dana od slanja požurnice stranka zahtjevom može od Upravnog suda tražiti donošenje upravnog akta.

Provodeći postupak po zahtjevu stranke u ovim će situacijama Upravni sud, ako zahtjev ne odbaci zbog toga što ga je podnijela neovlaštena osoba ili zbog toga što je preuranjen, najprije od nadležnog organa zatražiti obavijest o razlozima zbog kojih nije donio upravni akt. Vidljivo je kako je ovdje zakonodavac u potpunosti „pretvorio“ Upravni sud u organ javne uprave te mu dodijelio iste ovlasti i dužnosti kakve, u upravnom postupku prema čl. 246. ZUP-a, ima drugostupanjski organ kada odlučuje po žalbama zbog nedonošenja prvostupanjskog rješenja. Stoga će i ovdje buduće postupanje Upravnog suda biti rukovođeno daljnjom neaktivnošću organa uprave ili stavom Upravnog suda o razlozima za takvu neaktivnost. Čl. 64., naime, predviđa da će, ukoliko organ javne uprave ne obavijesti sud u roku od sedam dana o razlozima nedonošenja akta, ili ako, prema mišljenju suda, razlozi koje je organ iznio u obavijesti ne opravdavaju neizvršenje sudske presude, Upravni sud donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa.

Na ovom mjestu potrebno je istaknuti kako zakon sadrži prazninu u uređivanju postupanja Upravnog suda kada ustvrdi da su razlozi za nedonošenje rješenja po presudi opravdani. No, s obzirom da je u ovoj situaciji Upravni sud zapravo u poziciji koja najviše sličići poziciji drugostupanjskog organa koji odlučuje o žalbi proti šutnje prvostupanjskog organa javne uprave, potrebno je odgovor na ovo pitanje pronaći u čl. 246. st. 1. ZUP-a. Stoga smatramo kako će Upravni sud u takvoj situaciji odrediti prvostupanjskom organu novi rok za donošenje rješenja u

⁶³“Sud će rješenjem odbaciti tužbu ako utvrdi: ...da već postoji pravomoćna odluka donesena u upravnom sporu u istoj stvari” (čl. 30., st. 1., t. 6. ZUS-a)

⁶⁴Iako se time odstupa od utvrđenog postupanja po tužbama, kada odbacivanje prethodi slanju tužbe na odgovor, provođenju postupka i donošenju presuda (v. čl. 33-44 ZUS-a) mišljenja smo da bi se u ovim situacijama tužba zbog šutnje uprave trebala odbaciti. Razlozi za odbacivanje bili bi, zapravo, najbliži odbacivanju tužbe zbog njezine prijevremenosti.

izvršenju presude koji bi trebao iznositi najviše mjesec dana.⁶⁵ Ukoliko nadležni organ donese rješenje u naknadno ostavljenom roku sud bi postupak po zahtjevu trebao obustaviti. Tek ukoliko nadležni organ uprave ne donese rješenje niti u tom naknadnom roku Upravni će sud sam riješiti stvar sukladno čl. 64. ZUS-a.

Smatramo kako je iz opisanih odredbi ZUP-a i ZUS-a vidljivo kako zakonodavac fiktivne akte ne smatra niti zakonitima niti nezakonitima. On takav "neutralan" stav zauzima zbog činjenice da je do šutnje nadležnih organa javne uprave moglo doći zbog raznoraznih objektivnih i subjektivnih okolnosti – od kojih neke šutnju organa čine nezakonitom dok druge, pak, ne dovode do takve kvalifikacije.

Slijedom svega izrečenoga još jednom želimo istaknuti kako je institut zaštite od šutnje uprave uspostavljen kako bi s jedne strane zaštitio građane od neaktivnosti javne uprave, a s druge objektivni pravni poredak od mogućih posljedica koje bi mogle nastati izvršenjem zahtjeva koje organi javne uprave nisu odobrili. Nepotrebno je tako i isticati da zadaća negativne fikcije nije poticanje lijenosti ili malicioznosti organa javne uprave, a što zakonodavac zapravo čini kada omogućuje odbijanje strankine žalbe ili tužbe Upravnom sudu.

Konačno, izvan sistema pozitivne i negativne fikcije, pravni poreci zaštitu stranaka od šutnje uprave mogu potražiti i u sustavu koji ne pridaje šutnji ikakvo značenje već je jednostavno smatrati činjenicom na osnovi koje će se tražiti podesno sredstvo zaštite stranke.⁶⁶ Najčešće će se šutnja upravnog organa smatrati razlogom za devoluciju višemu organu.⁶⁷

Iako u temeljima vrlo logičan, ovome se obliku zaštite stranke od šutnje uprave može uputiti niz ozbiljnih prigovora. Tako je njegova primjena moguća samo kada u okvirima upravne hijerarhije postoji organ na koji bi se moglo prenijeti rješavanje po zahtjevu stranke, što, dakako, onemogućava pravnu zaštitu stranke od hijerarhijski najviših instanci. Također, vrlo je ozbiljan nedostatak navedenog sistema što se nepriznavanjem šutnji ikakva, pozitivna ili negativna, sadržaja stranci onemogućuje traženje upravnosudske zaštite. Upravni je spor u osnovi spor o zakonitosti upravnih akata, pa njegovo, po tužitelja, uspješno okončanje pretpostavlja i postojanje upravnog akta i njegovu nezakonitost, pa makar samo i u svijetu pravnih fikcija.

⁶⁵Isto shvaćanje v. i u Ivančević, op.cit. (bilj. 22) i Bačić, Vera, Tomić, Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Službeni list, Beograd, 1989., str. 246. Ovakvo je shvaćanje prihvaćeno i u sudskoj praksi – v. presudu Upravnog suda RH Us-1186/87 od 13. srpnja 1988. na <http://www.upravnisudrh.hr>.

⁶⁶V. Ivančević, op.cit. (bilj. 22) str. 190. Ističemo kako je ovaj sistem zaštite uveden prvom kodifikacijom upravnog postupka u svijetu – austrijskim Zakonom o općem upravnom postupku iz 1925. Prema njemu se građanima zaštita pružala samo kod šutnje prvostupajskih organa jer su, istekom šestomjesečnog roka od dana postavljanja zahtjeva, stranke mogle zahtjevom prenijeti rješavanje na hijerarhijski viši nadležni organ.

⁶⁷Podsjećamo na primjenu ovoga instituta u Republici Hrvatskoj u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti.

V. ZAKLJUČAK

Iz prethodnih je poglavlja razvidno kako je u Republici Hrvatskoj u primjeni sustav pravne zaštite od šutnje uprave koji se temelji na fingiranju postojanja upravnog akta po stranku negativnog, odbijajućeg sadržaja. Navedeni sistem, kojeg smo zbog jezgrovitijeg izražavanja nazvali sistemom negativne fikcije, pokušava zaštititi kako građane, stranke u upravnim postupcima tako i objektivnu pravnu sigurnost i javni interes. Tako se zaštita stranaka omogućava otvaranjem puta za izjavljivanje žalbe hijerarhijski višim organima kao i tužbe Upravnom sudu, dok se objektivna pravna sigurnost i javni interes štite odbijajućim sadržajem fingiranog akta. Takvim se sadržajem stranke, o čijim zahtjevima nadležni organi nisu riješili u zakonskim rokovima, zadržavaju u nepromijenjenoj pravnoj poziciji kako bi se onemogućile stvarne realizacije traženja koja organi javne uprave nisu procesuirali.

Mišljenja smo kako sistem negativne fikcije pruža kvalitetnu pravnu zaštitu od neaktivnosti organa javne uprave jer omogućuje strankama i upravnu i upravno-sudsku zaštitu, a s druge strane zadržava i neophodan "oprez" u pristupu jer onemogućava moguće štetne posljedice za javni interes. Upravo zato, za pravne poretke poput hrvatskog, koji su "opterećeni" kašnjenjima i dugotrajnošću upravnih postupaka, sistem negativne fikcije smatramo najprimjerenijim.

U radu smo, iz aspekta fikcije upravnog akta, upozorili i na najveći propust u, inače prilično logično i dosljedno, uspostavljenom općem sistemu pravne zaštite primjenom negativne fikcije u Republici Hrvatskoj. Riječ je, naime, o mogućnosti organa koji odlučuju o žalbama, kao i Upravnog suda da odbiju zbog šutnje uprave izjavljene žalbe, odnosno podnesene tužbe. Smatramo kako se na taj način dovodi u pitanje smisao samoga instituta pravne zaštite te kako u upravnoj i upravno-sudskoj praksi navedene mogućnosti ne bi trebalo primjenjivati.

Željeli bismo, prije samog kraja rada, upozoriti i na još jedan sistem borbe protiv kašnjenja u upravnim postupcima, razvijen u talijanskom pravu, a za koji smatramo da bi u Republici Hrvatskoj mogao imati širu primjenu.

Riječ je o tzv. prijavi početka djelovanja⁶⁸ – građani u određenim, pravnom normom pobrojanim, situacijama mogu započeti obavljanje određenih djelatnosti ili odmah po podnošenju prijave ili nakon proteka određenog roka po podnošenju prijave.⁶⁹ Do obavljanja određene djelatnosti može, dakle doći i bez prethodne posebne dozvole izdane od strane organa javne uprave. Svrha je uvođenja navedenog instituta u talijansko pravo bila pojednostavljivanje i racionalizacija

⁶⁸ Osim u posebnim propisima, u talijanskom je pravu navedeni institut razrađeni i u zakonima kojima se uređuje opće upravno postupanje - Zakonom br. 241 od 7. kolovoza 1990. ("Gazetta Ufficiale", br. 192 od 18. kolovoza 1990.) i Zakonom br. 80 od 14. svibnja 2005. ("Gazetta Ufficiale", br. 111 od 14. svibnja 2005.)

Podsjećamo da se navedeni sistem u Republici Hrvatskoj ipak koristi u jednom posebnom zakonu – Zakonu o obrtu.

⁶⁹ Zakon br. 80 od 14. svibnja 2005. generalno je propisao da obavljanje djelatnosti ne može započeti odmah, nego tek po isteku roka od 30 dana od podnošenja prijave.

režima upravnih dozvola koje se odnose na obavljanje privatnih gospodarskih djelatnosti.⁷⁰ Primjeni ovog instituta u talijanskom pravu nema mjesta u situacijama u kojima javna uprave vrši diskrecijsko ocjenjivanje, a ističe se i kako primjenom instituta prijave početka djelovanja ne smije doći do štete za povijesno-umjetničke vrijednosti, okoliš te zdravlja radnika na radnom mjestu. Javna vlast zadržava i mogućnost naknadnih reagiranja ukoliko se utvrdi da nisu ispunjeni zakonski uvjeti za obavljanje djelatnosti.⁷¹

Prijavom početka djelovanja, ističe se u talijanskoj upravno-pravnoj teoriji, načelo autoritativnosti javne uprave zamjenjuje se načelom osobne odgovornosti građana kojima je zakonskom normom dopušteno obavljati određene djelatnosti, ako zadovoljavaju određene pretpostavke.⁷²

Mišljenja smo kako bi se prilikom širega uvođenja navedenog instituta u hrvatsko pravo trebalo jasno naglasiti okolnost da građani, zapravo, preuzimaju određene funkcije javne vlasti procjenjujući da li su njihove prijave (zahtjevi) u skladu sa svim normativnim traženjima te da samim time preuzimaju i rizike ukoliko se traženjima ne udovoljava. Smatramo kako se institut prijave umjesto odobrenja upravo u ovoj okolnosti i razlikuje od sistema pozitivne fikcije – po takvoj fikciji građani, naime, bivaju „nagrađeni“ za nerad javne uprave ali, bez svoje volje, snose i rizike ukoliko njihovi inicijalni zahtjevi nisu u skladu s pravnom normom. Smatramo da bi institut prijave umjesto odobrenja u Republici Hrvatskoj trebalo učiniti neovisnim od protoka vremena, odnosno da bi građanima trebalo omogućiti obavljanje određene djelatnosti odmah po predaji prijave (zahtjeva) ako žele svojevrijedno preuzeti rizik za naknadne reakcije javne vlasti. Izuzetno je važno da u takvim situacijama reakcija javna vlast ne bi u osnovi imala nezakonitu šutnju organa uprave.

Zaključno, slijedom svega navedenoga, ističemo kako sistem negativne fikcije daje najbolje odgovore na probleme koje nameće šutnja organa javne uprave te, zbog toga, i zaslužuje da ga se kroz sudsku praksu i moguća nova normativna rješenja dalje razvija i jača. Sistem pozitivne fikcije također zaslužuje daljnji razvoj, no samo u pojedinim posebnim zakonima. Mišljenja smo kako bi se njegovim pretvaranjem u opći sistem pravne zaštite u velikoj mjeri naštetilo i građanima i javnom interesu. Konačno, smatramo kako bi se u hrvatski pravni poredak mogli uvesti i neki novi postupovni mehanizmi kojima bi se pridonijelo borbi protiv neaktivnosti javne vlasti i sporosti u vođenju upravnih postupaka.

⁷⁰V. detaljnije o navedenom u: Caringella, Francesco, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004., str. 1331.-1332.

⁷¹V. o navedenom više u: Parisio, op. cit. (bilj. 34), str. 200.

⁷²V. Caringella, op. cit. (bilj. 70), str. 1332.

Literatura:

1. ANDROJNA, Vilko, *Upravni postopek in upravni spor*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1992.
2. ARAPOVIĆ, Muzafer, *Upravni spor protiv "ćutanja uprave"*, Pravna misao, 7-8(1980.), str.96.-107.
3. BAČIĆ, Vera, TOMIĆ, Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Službeni list, Beograd, 1989.
4. BENEZRA, Genevieve, *Le silence de l'Administration*. Vicissitudes de la réglementation française, *Revue administrative*, 1967., str. 540.-546.
5. BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.
6. BOGDANOVIĆ, Jakaša, *Sušтина upravnog spora u slučaju "ćutanja administracije"*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3(1957.), str.344.-349.
7. BORKOVIĆ, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
8. BOŽIĆ, Jovan, *Primena odredbe člana 26. Zakona o upravnim sporovima u slučaju kada je za vreme upravnog spora doneto novo prvostepeno rešenje*, Neka pitanja i problemi primene zakona o upravnim sporovima, Beograd, 1982.
9. BROUELLE, Camille, *Le silence de l'administration en droit administratif français*, u: Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze, urednica: Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 2006., str. 3-13.
10. BUŠIĆ, Anđelko, *Mogućnost pokretanja upravnog spora u slučaju šutnje upravne vlasti*, Carinski vjesnik, 4(1995.), str. 30.-39.
11. CARINGELLA, Francesco, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.
12. COSTA, Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2000.
13. CRNKOVIĆ, Vladimir; DUPELJ, Željko, *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Informator, Zagreb, 1996.
14. DIMITRIJEVIĆ, Predrag M., *Odgovornost uprave za nečinjenje sa posebnim osvrtom na ćutanje uprave*, doktorska dizertacija, Beograd, 1996.
15. DUPELJ, Željko; TURČIĆ Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku sa sudskom praksom, primjerima, napomenama, abecednim kazalom pojmova i priložima, Zakon o upravnim sporovima sa sudskom praksom, napomenama i abecednim kazalom pojmova Zakon o upravnim pristojbama i tarifa upravnih pristojbi*, Organizator, Zagreb, 2000.
16. DUPELJ, Želimir, *Šutnja uprave*, Pravo i porezi, 6(2002.), str.27.-32.
17. FATIĆ, Branislav, *Da li je našem upravnom pravu potrebna ustanova "ćutanja administracije"*, Samoupravljanje, 10(1975.)
18. FESTIĆ, Ibrahim, *Pravna zaštita građana u slučaju šutnje uprave*, Godišnjak pravnog fakulteta u Sarajevu, 32(1984.), str. 177.-186.
19. FIKCIJA PRAVNA, *Pravni leksikon*, drugo izdanje, Beograd:Savremena administracija, 1970.
20. FIKCIJE, *Pravna enciklopedija*, Beograd: Savremena administracija, Sv. 1, 1989.

21. FIKCIJE, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom 1., Službeni list SFRJ, Beograd, 1978., str. 353.-355.
22. IVANČEVIĆ, Velimir; IVČIĆ, Milivoj; LALIĆ, Antun, *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb, 1958.
23. IVANČEVIĆ, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
24. IVANČEVIĆ, Velimir, *Pravna zaštita građana kod šutnje administracije*, Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2003., str. 187.-215.
25. JANIĆ, Tihomir, *Postupak i odluka suda u upravnom sporu zbog "ćutanja administracije" u slučaju kada u toku spora prvostepeni organ donosi rešenje bilo pozitivno bilo negativno po stranku, koja je pokrenula upravni spor*, Pravni život, 12(1973.), str. 41.-47.
26. JEROVŠEK, Tone, *Molk uprave*, Veštnik instituta za javnu upravu, 1-2(1980.), str. 53.-68.
27. JEVTIĆ, Ljubomir, *Pravna zaštita protiv "ćutanja administracije" kao kršenja zakonitosti*, Narodni odbor, 2(1952), str. 62.-68.
28. JEVTIĆ, Ljubomir, *Da nestane "ćutanja administracije"* Narodni službenik, 138(1956.), str.1.-2.
29. JURIĆ KNEŽEVIĆ, Dunja, *Nedonošenje upravnog akta (šutnja uprave) i put pravne zaštite*, Pravo i porezi, 9(2003.), str. 51.-57.
30. KOSOVAC, Mladen, *Pravna zaštita građana i organizacija u slučajevima "ćutanja administracije"*, Opština, 3(1973.),str. 25.-29.
31. KOSTIĆ, Miladin, *Ćutanje uprave i ostvarivanje prava i interesa stranaka*, Pravni život, 10(1998.), str. 143.-150.
32. KRBANJEVIĆ, Đoko, *Zaštita prava i interesa stranaka u upravnom postupku i upravnom sporu kad postoji "ćutanje administracije"*, Advokatura, Sarajevo, 1-2(1979), str. 34-42.
33. KRBANJEVIĆ, Đoko, *Opravdana i neopravdana tužba u upravnom sporu u okviru instituta "ćutanja administracije" i neka od razmišljanja o potrebi izmena u tom institutu*, Pravna misao, 1-2(1982.), str. 87.-94.
34. KRBEK, Ivo, *Upravnosudska zaštita protiv šutnje upravne vlasti*, Mjesečnik pravničkog društva, 2-3(1937.), str.81.-92.
35. KRIJAN, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, 2001.
36. LAVEISSIERE, Jean, *Le silence de l'administration*, doktorska dizertacija, Bordeaux, 1979.
37. MAGERL, Milivoj, *Upravi spor zbog šutnje administracije*, Privredno pravni priručnik, 2(1974.), str. 21.-29.
38. MAJSTOROVIĆ, Bogdan, *Zakon o upravnim sporovima sa stručnim komentarom*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1952.
39. MAJSTOROVIĆ, Bogdan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Izdanje službenog lista SFRJ, Beograd, 1965.

40. MATOVIĆ, Ivan, *Neki aspekti zaštite protiv šutnje administracije*, Zbornik Više upravne škole u Zagrebu, 11(1982.), str. 153.-179.
41. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Inspekcijski nadzor nad trgovačkim društvom i trgovcem pojedincem*, Pravo u gospodarstvu, 7-8, 1994.
42. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Pravno uređeni upravni postupci – pretpostavka moderne uprave*, Modernizacija hrvatske uprave, priredio: Ivan Koprić, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2003.
43. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Pravci modernizacije općeg upravnog postupka*, Informator, 5500(2006.)
44. MILIČIĆ, Vjekoslav, *Opća teorija prava i države*, Pravni fakultet, Zagreb, 1997.
45. MRŠIĆ, Gordana, *Šutnja administracije*, Hrvatska gospodarska revija, 1(1999.), str. 76.-77.
46. OMEJEC, Jasna, „Razumni rok“ u interpretaciji Ustavnog suda Republike Hrvatske, Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava – interpretativna uloga Ustavnog suda, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, Organizator, Zagreb, 2000.
47. PARISIO, Vera, *L' inerzia della pubblica amministrazione in Italia*, u: Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze, urednica: Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
48. PERIĆ, Berislav, *Struktura prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 1986.
49. PEROVIĆ, Mirko, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Savremena administracija, Beograd, 1972.
50. POPOVIĆ, Slavoljub, *Opći upravni postupak*, Informator, Zagreb, 1957.
51. POPOVIĆ, Slavoljub, *Opšti upravni postupak s obrascima i primerima*, Informator, Zagreb, 1964.
52. POPOVIĆ, Slavoljub, *Upravni spor u teoriji i praksi*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1968.
53. POPOVIĆ, Slavoljub, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987.
54. RAĐENOVIĆ, Mirjana, *Ćutanje uprave u jugoslovenskom pravu*, magistarski rad, Beograd, Pravni fakultet, 1988.
55. SLADOLJEV, Kruno, *Specifičnosti i praktična primjena instituta ustavnosudske zaštite Ustavom utvrđenih prava i sloboda zbog šutnje administracije*, Pravo i porezi, 1(2001.), str.44.-45.
56. ŠIKIĆ, Marko, *Temelji zaštite građana od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska javna uprava, 2(2006.), str. 121.-148.
57. ŠPRAJC, Ivan, *O odluci Ustavnog suda RH*, Informator, 5453(2006.), str. 7. i 8.
58. TRATAR, Boštjan, *Varstvo pravic v upravnem postopku v primeru molka uprave*, Dignitas, 5-6(2000.), str. 213.-227.
59. TRATAR, Boštjan, *Novi Zakon o upravnem sporu: s pojasnili i stvarnim kazalom*, Založba Legat, Ljubljana, 2006.
60. TURČIĆ, Zlatan, *Rok za donošenje i dostavu rješenja o poništavanju i ukidanju rješenja po pravu nadzora*, Informator, 5447(2006.), str. 5.-7.
61. VRBAN, Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003.

62. WINKELHOFER, Richard, Säumnis von Verwaltungsbehörden, Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1991.

Izvori:

- Zakon o općem upravnom postupku, NN 53/91 i 103/96
- Zakon o općem upravnom postupku, Službeni list FNRJ br. 52/56
- Zakon o općem upravnom postupku, Službeni list SFRJ br. 47/86
- Zakon o upravnim sporovima, NN 53/91, 9/92 i 77/92
- Zakon o upravnim sporovima, Službeni list FNRJ br. 23/52
- Zakon o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ br. 4/77
- Zakon o poljoprivrdi (NN 66/01, 83/02)
- Zakon o državnim službenicima (NN 92/05, 107/07)
- Zakon o priznavanju istovrijednosti stranih školskih svjedodžbi i diploma (NN 57/96)
- Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 122/03)
- Zakon o pravu na pristup informacijama (NN 172/03)
- Zakon o državnim potporama (NN 140/05)
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti (NN 121/03, 85/06)
- Zakon o udrugama (NN 88/01)
- Zakon o državnom inspektoratu (NN 76/99, 129/05)
- Zakon o ekološkoj proizvodnji poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda (NN 12/01, 79/07)
- Zakon o obrtu (NN 49/03)
- Zakon br. 241 od 7. kolovoza 1990. ("Gazetta Ufficiale", br. 192 od 18. kolovoza 1990.)
- Zakon br. 80 od 14. svibnja 2005. ("Gazetta Ufficiale", br. 111 od 14. svibnja 2005.)

APPLICATION OF LEGAL FICTION IN THE INSTITUTION OF CITIZEN PROTECTION FROM ADMINISTRATIVE SILENCE

In this paper, fiction as a basic legal technique in the regulation of legal protection of citizens from administrative silence in the Republic of Croatia is analysed. Therefore, after demonstrating the breadth of the problem of lateness in proceedings in the organs of public power and familiarisation with the basics of legal protection from administrative silence in the Republic of Croatia, an attempt is made to distinguish legal fiction from legal assumption and to defend the thesis of the application of legal fiction in institutions of legal protection from administrative silence. After that, the author shows the good and bad sides of basic fictions with which the institution is regulated - negative and positive fictions. Furthermore, basic problems and incorrect understandings of negative fiction in legal regulation of the institute of protection from administrative silence are elaborated. Also, before the conclusion in which we support a faithful application of the system of negative fiction as a general principle, some other legal techniques are indicated by which citizens can protect themselves from the inactivity of public administration.

Key words: *administrative silence, administrative proceedings, administrative dispute resolution, fiction*

Prof. dr. sc. Damir Aviani,
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

PРАВНА ЗАШТИТА U POSTUPKU DODJELE JAVNIH UGOVORA – HARMONIZACIJA HRVATSKOG PRAVA S *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

UDK: 35. 073. 53 (497.5)

Primljeno: 14. 01. 2008.

Svaka ekonomska aktivnost javnopravnog tijela, pa tako i aktivnosti javnopravnog tijela na dodjeli javnog ugovora gospodarskom partneru, podliježe pravilima o tržišnom natjecanju. Da bi se osiguralo slobodno tržišno nadmetanje i tržišno djelovanje javnopravnog tijela, Europska zajednica svojim pravilima ograničava djelovanje javne vlasti i prisiljava je da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponaša tržišno.

Pravna stečevina Zajednice koja se odnosi na dodjelu javnih ugovora (o javnoj nabavi, o koncesiji i o javno-privatnom partnerstvu) temelji se na **općim načelima** koja proizlaze iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice, te iz sudske prakse Europskog suda pravde, poput transparentnosti, jednakog tretmana, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije.

Zahtjevi koji se postavljaju na pravnu zaštitu unutar područja dodjele određenih javnih ugovora regulirani su dvjema, u važnijim točkama podudarnim **smjernicama EU o pravnim lijekovima**: Smjernicom 89/665/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u tzv. klasičnom sektoru, i Smjernicom 92/13/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u uslužnom sektoru.

Navedenim se Smjernicama postavljaju određeni zahtjevi kojima moraju udovoljiti države-članice prilikom reguliranja pravne zaštite u svom nacionalnom zakonodavstvu.

Hrvatski sustav pravnih lijekova nije jedinstven u pitanjima pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora. Naime, različito se uređuje sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave od pravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o koncesiji, te ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

Sudska kontrola javne uprave prepoznata je kao temeljni element vladavine prava. Međutim, postoji začajan prostor za unapređivanje pravne, a posebno sudske zaštite u Republici Hrvatskoj za povrede prava prilikom dodjele javnih ugovora.

Ključne riječi: *tržišno natjecanje, javna nabava, koncesije, javno-privatno partnerstvo, pravna zaštita, sudska zaštita, harmonizacija prava*

I. UVOD

1. Pojam javnog ugovora

Pod pojmom javni ugovor (public contract) u pravnoj stečevini Europske zajednice uobičajeno se smatra posebna vrsta ugovora koje sklapa javnopravna s privatnopravnom osobom, kojim se ostvaruje širi društveni interes, a na koje se ugovore primjenjuju posebne pravne norme u određenoj mjeri različite od normi privatnog prava.

Koncepcija javnih ugovora u pravnoj stečevini Europske zajednice, kao i u nacionalnim pravima država članica, razvila se iz koncepcije upravnih ugovora u pravu građanskih država na europskom kontinentu na kraju 19. i početkom 20. stoljeća, kada su se u tim državama javnopravna tijela podvrgavali strogo načelu legaliteta kojim se ograničavalo njihovo slobodno djelovanje i onda kada su ugovorima osiguravali zadovoljenje javne potrebe. Najširu teorijsku razradu bitnih elemenata upravnih ugovora dala je baš francuska teorija upravnog prava i praksa francuskog Državnog savjeta.¹

Tri su temeljne karakteristike javnih ugovora: prvo, u subjektima ugovora, drugo, u cilju i svrsi zbog kojeg se ugovor zaključuje, i treće, u posebnim pravilima koja vrijede pri zaključivanju i izvršavanju ovih ugovora.²

Prva karakteristika javnih ugovora jest da je jedna strana uvijek javnopravna osoba: država, jedinica regionalne ili lokalne samouprave i njihova tijela, ali isto tako i pravne osobe koje se u cijelosti ili u određenom značajnijem dijelu financiraju iz državnog proračuna ili drugog javnog proračuna (javne ustanove, javna poduzeća i dr.).

Druga karakteristika je da sklapanjem takvog ugovora javnopravno tijelo želi ostvariti određeni javni interes, koji može biti različit, a u osnovi se svodi na zadovoljenje određene javne potrebe.

Koristeći javnu imovinu, javnopravno tijelo može ugovorom povjeriti izgradnju određene građevine za javne potrebe (npr. škole, bolnice, javne ceste, zgrade za potrebe sudstva ili vlade), zatim pružanje javnih usluga, odnosno javne službe (npr. usluge javnog gradskog prijevoza, snabjevanje stanovništva električnom energijom, plinom, vodom, gospodarenje otpadom i dr.), dodijeliti javno dobro na gospodarenje privatnom subjektu, ugovoriti nabavu određene robe za potrebe funkcioniranja javnopravnog tijela, javne službe i sl.

¹ O upravnom ugovoru postoji bogata literatura. Vidi primjerice Laubadèr, A., Moderne, F., Devolvè, P., *Traité des contrats administratifs*, Paris, 1983., Richer, L., *Les contrats administratifs*, Paris, 1991. i dr. Gotovo svaki udžbenik upravnog prava u Francuskoj sadrži poglavlje o upravnim ugovorima.

² Borković ovu vrstu ugovora naziva „upravni ugovor“ prema francuskoj koncepciji „contrat administratif“. Upravni ugovor Borković okvirno definira kao „dvostrani pravni akt koji država, odnosno drugo javnopravno tijelo zaključuje s trećim osobama (fizičkim ili pravnim) u svrhu ostvarivanja cilja od šireg društvenog interesa a pod uvjetima utvrđenim posebnim propisima“. Borković, I., *Upravni ugovori*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, God. 30, br. 2, 1993., str. 423.

Treća karakteristika jest da su određena, možda baš i najznačajnija pitanja uređena normama javnog prava - postupak koji prethodi odabiru privatnopravnog subjekta, sam odabir subjekta kojem će se ponuditi sklapanje javnog ugovora, pitanje pravne zaštite subjekata kojima nije ponuđeno sklapanje takvog ugovora, postupak izmjene ugovora tijekom trajanja ugovornog odnosa i dr.

Sadržajno gledajući, predmet ugovora kojeg sklapa javnopravno tijelo s privatnopravnim subjektom mogu biti javni radovi, javna nabava robe, te pružanje javne usluge. S obzirom na neke druge elemente u sadržaju javnog ugovora, kao što su pitanja financiranja izgradnje ili pružanja usluga ili pitanje raspodjele određenih rizika (npr. tko snosi rizike raspoloživosti građevine, odnosno usluge krajnjem korisniku, pada potražnje i dr.) javni ugovori mogu biti, prvo, ugovori o javnoj nabavi radova, roba i usluga, drugo, ugovori o koncesiji, i treće, ugovori o javno-privatnom partnerstvu.

2. Regulatorni okvir za javne ugovore

Svaka ekonomska aktivnost javnopravnog tijela, pa tako i aktivnosti javnopravnog tijela na dodjeli javnog ugovora gospodarskom partneru, podliježe pravilima o tržišnom natjecanju. Da bi se osiguralo slobodno tržišno nadmetanje i tržišno djelovanje javnopravnog tijela, Europska zajednica svojim pravilima ograničava djelovanje javne vlasti i prisiljava je da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponaša tržišno.

Pravna stečevina Zajednice koja se odnosi na dodjelu javnih ugovora (o javnoj nabavi, o koncesiji i o javno-privatnom partnerstvu) temelji se na **općim pravnim načelima**.

Temeljna načela prava općenito, pa tako i ona načela koja su relevantna za tržišno natjecanje razvijena su praksom Europskog suda. Naime Europski sud je razvio doktrinu da pravo Zajednice ne proizlazi samo iz Osnivačkog ugovora³ i tzv. zakonodavstva, nego i iz općih načela prava. Opća se načela prava Zajednice izvode iz različitih izvora, ali su najvažniji Ugovori Zajednice. Tako se, iz četiri tržišne slobode iz Osnivačkog ugovora: slobode kretanja roba, osoba, usluga i kapitala, izvode temeljna načela tržišnog natjecanja. Ta su načela: nediskriminacije, jednakog tretmana, transparentnosti, uzajamnog priznavanja i razmjernosti.

Osobito značenje navedenih načela proizlazi iz okolnosti što su javnopravna tijela odgovorna za njihovo ostvarenje u svojim ekonomskim aktivnostima. Takvo se poslovno djelovanje javnopravnih tijela ogleda prilikom odabira najpovoljnijeg ponuđača na natječaju kojem će ponuditi sklapanje javnog ugovora o nabavi roba, radova, odnosno usluga, ili ugovora o koncesiji ili ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Tim je veće značenje ovih načela ukoliko neka ekonomska

³ Treaty Establishing The European Community, (Consolidated Version, Official Journal of the European Union, C 321, 29.12.2006.)

aktivnost javnopravnog tijela države-članice uopće nije uređena sekundarnim zakonodavstvom Zajednice.

Brojne su odluke Europskog suda (bilo European Court of Justice, ECJ bilo European Court of First Instance, ECF) u kojima je utvrđeno da se u slučaju kada dodjela javnog ugovora nije uređena ili je samo djelomično uređena smjernicom ili drugim pravnim aktom, primjenjuju se opća pravna načela.⁴

a. Regulatorni okvir za javnu nabavu

Temeljni akti kojima se uređuje sustav javne nabave u pravnoj stečevini Europske zajednice su dvije smjernice: Smjernica 2004/17 kojom se uređuju postupci javne nabave u tzv. „utilities“ sektorima, tj. u području vodoopskrbe, energetike, transporta i poštanskih usluga, te Smjernica 2004/18 kojom se uređuju postupci za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe, te ugovora o javnim uslugama u tzv. klasičnom sektoru.⁵

⁴ Od osobitog je značenja za primjenu općih načela sudska odluka ECJ-a u slučaju **Teleaustria**. Radi se o slučaju C-324/98 od 7. prosinca 2000. godine. Stranke u sporu su bile: Teleaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH protiv Telekom Austria AG, uz učesnika Herold Business Data AG kao zainteresiranog za slučaj. U pitanju je bilo preliminarno mišljenje Suda koje je zatražio Bundesvergabeamt – Austria (Savezni ured za javne nabave) o tumačenju primjene Smjernice 92/50/EEC (kojom su tada bili regulirani postupci dodjele ugovora o javnoj službi, zatim Smjernice 93/38/EEC (kojom su tada bili regulirani postupci dodjele ugovora o javnoj službi u području telekomunikacija) i primjene pravne stečevine Europske zajednice na postupke dodjele koncesije za javnu službu.

Naime, Teleaustria, kao pravni sljednik Post & Telegraphenverwaltung (PTV - Poštanska i telegrafska uprava) objavila je u Službenom glasniku Austrije poziv za podnošenje ponuda za dodjelu koncesije (public service concession) za publiciranje telefonskog imenika, te je sklopila koncesijski ugovor s Herold Business Data AG za proizvod i publikaciju telefonskog imenika. Radilo se o ispunjenju obveze iz Zakona o telekomunikacijama (Telekommunikationsgesetz, BGBl. I No 100/1997) prema kojemu (paragraf 19) svaki provajder javnog telefonskog servisa mora održavati (ažurirati) listu pretplatnika s njihovim brojevima. Telekom Austria i Telefonadress nezadovoljni postupkom Teleaustrije o dodjeli koncesije Heroldu, uputili su žalbu Saveznoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Bundes-Vergabekontrollkommission), a potom i Savezni ured za javne nabave.

ECJ je zauzeo stajalište, kao prvo, da je takav ugovor u nadležnosti nacionalnog pravosuđa. Drugo, da se na ovaj ugovor o koncesiji usluga ne primjenjuju gore navedene smjernice, ali da se na postupak dodjele takvog ugovora primjenjuju temeljna pravila Osnivačkog ugovora, te načela nediskriminacije i transparentnosti. Obveza transparentnosti koja je nametnuta ugovornim stranama sastoji se u osiguranju dovoljnog stupnja oglašavanja da se osigura otvorenost tržišta usluga natjecanju, za dobrobit potencijalnih ponuditelja, i mogućnost kontrole procedure javne nabave.

⁵ Pored te dvije smjernice, postoji cijeli niz različitih akata i dokumenata koji se odnose na javne ugovore ili samo na neke od tih ugovora i čine pravnu stečevinu Zajednice. To su npr.: Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (30.04.2004.), Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions - Implementing European Union strategy on defence-related industries (COM (1997.) 583, 12.01.1997.), Commission Regulation (EC) No 1564/2005 of 7 September 2005 establishing standard forms for the publication of notices in the framework of public procurement procedures pursuant to Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council (*OJ L 257, 01.10.2005. p. 1-126*), zatim tzv. „Remedies directives“ odnosno smjernice o pravnim lijekovima: Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors (*OJ L 076 23.03.1992 p. 14*) i Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the

Kad se govori o području primjene Smjernica 2004/17 i 18 postavljaju se dva pitanja. Prvo tko primjenjuje te smjernice, odnosno na koje se naručitelje smjernice odnose i drugo, na koje se ugovore te smjernice odnose.

Što se tiče subjekata primjene Smjernica 2004/17 i 18, to su: prvo, tradicionalna tijela vlasti: državna, regionalna ili lokalna tijela, i drugo, pravne osobe koje su subjekti javnog prava. Ove potonje su one pravne osobe koje su „osnovane za specifičnu svrhu za zadovoljenje općeg interesa, a koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter“ i koje su također: financirane najvećim dijelom od strane države, regionalne ili lokalne vlasti ili drugog tijela koje se ravna javnim pravom, ili su subjekti nadzora od strane države, regionalne ili lokalne vlasti ili drugog tijela koje se ravna javnim pravom, ili imaju upravno, ili nadzorno tijelo čijih više od polovine članova imenuje država, regionalne ili lokalne vlasti ili drugo tijelo koje se ravna javnim pravom.⁶

Ugovori na koje se primjenjuju Smjernice su, prvo, ugovori o javnim nabavama, i drugo, ugovori o koncesijama za javne radove u tzv. klasičnom sektoru.

Ugovori o javnim nabavama, u smislu navedenih smjernica, su naplatni ugovori sklopljenim u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više naručitelja i koji imaju za predmet izvođenje radova, isporuku robe ili pružanje usluga. Postoje tri vrste ugovora o javnim nabavama uređene ovim smjernicama: ugovori o javnim radovima, ugovori o javnoj nabavi robe i ugovori o javnim uslugama.

Ugovori o javnim radovima su ugovori o javnoj nabavi čiji je predmet izvođenje građevinskih radova ili projektiranje, ili oboje.

Ugovori o javnoj nabavi robe su javni ugovori koji nisu ugovori o javnim radovima a čiji je predmet kupovina, uzimanje u najam, davanje u zakup, kupnja na otplatu, sa ili bez opcije kupnje, proizvoda.

Ugovori o javnim uslugama su ugovori koji nisu ugovori o radovima ili robi, a čiji je predmet pružanje usluga.⁷

Smjernice 2004/17 i 18 definiraju koncesije, razlikujući dva tipa koncesija: koncesije za javne radove i koncesija za javne usluge.

Koncesija za javne radove je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim radovima,

coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts (*OJL 395 30.12.1989. p. 33*), te drugi akti

⁶ Ova tri kriterija financiranja, upravljanja i imenovanja objasnio je ECJ u slučajevima Mannesmann, Case C-44/95, The Queen v. HM Treasury Exp. The University of Cambridge, Case C-380/98. Kao pomoć u određivanju koja su to tijela koja se ravnaju prema javnom pravu, obe Smjernice sadrže dodatak (Anex I Smjernice 2004/17 i Anex III Smjernice 2004/18) s listom, relevantnih tijela u svakoj državi-članici, tj. s listom naručitelja. Kao opći princip, ECJ konstatirao je da koncept tijela vođena javnim pravom mora biti interpretirano šire (Adolf Truly v. Bestattung Wien, Case C-373/000), što znači da je navedeni popis tijela samo orijentacijski, a ne i iscrpan.

⁷ Smjernice 17 i 18 /2004. sadrže dodatke u kojim se taksativno nabrajaju djelatnosti i poslovi koji su predmet ugovora o javnim radovima, kao i usluge koje su predmet ugovora o javnim uslugama.

a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za radove koji se izvode sastoji ili samo od prava na iskorištavanje radova, ili od tog prava zajedno s plaćanjem.

Koncesija za pružanje usluga je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim uslugama, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za pružanje usluga sastoji ili samo od prava na iskorištavanje usluga, ili od tog prava zajedno s plaćanjem.

Iz ovih definicija različitih ugovora o javnoj nabavi i ugovora o koncesiji proizlazi da su to ugovori istog tipa, dakle, javni ugovori. Međutim, temeljna razlika među njima je u pitanju financiranja javnih radova, odnosno pružanju usluga. Kod ugovora o javnoj nabavi, obveza financiranja je na strani naručitelja, a kod koncesije, obvezu financiranja radova, odnosno usluga ima koncesionar, dakle gospodarski subjekt, a ne javnopravno tijelo. Međutim, koncesionar naplaćuje radove, odnosno usluge od krajnjeg korisnika i time vraća uloženi kapital i ostvaruje određenu primjerenu dobit. Financijska konstrukcija takvih koncesijskih ugovora može biti kompleksna te je ovisno o tržišnim prilikama moguće i financijsko učešće javnog sektora u cijelom poduhvatu. Činjenica da Smjernice dopuštaju dodatno plaćanje naknade uz pravo gospodarskog korištenja ne mijenja temeljnu razliku javne nabave i koncesije, odnosno prirodu ugovora o koncesiji. Država tako snosi dio troškova ostvarenja koncesije kako bi snizila cijenu za korisnika (osigurala tzv. „socijalnu“ cijenu).

Premda ove smjernice sadrže definicije obih koncesija, treba kazati da Smjernica 2004/17 ne uređuje ni koncesiju javnih radova ni koncesiju usluga u području primjene te Smjernice („utilities“ sector). Jedino Smjernica 2004/18 uređuje koncesiju javnih radova u tzv. klasičnom sektoru. Dakle, smjernicama se uređuje jedino koncesija javnih radova u klasičnom sektoru, a isključene su smjernice iz primjene na koncesiju javnih radova u područjima vodoopskrbe, opskrbe energijom, transporta i poštanskih usluga, te na koncesiju javnih usluga u svim područjima.⁸

⁸ Prema njihovim izričitim odredbama, navedene smjernice se ne primjenjuju na ugovore o javnoj nabavi u području telekomunikacija, s obzirom na situaciju učinkovitog tržišnog natjecanja u području telekomunikacija nakon provedbe pravila Zajednice koja su imala za cilj liberalizaciju tog područja. Nadalje, iz primjene tih smjernica isključeni su tajni ugovori i ugovori koji zahtijevaju posebne sigurnosne mjere odnosno koji su od specijalnog sigurnosnog interesa. Isto tako, smjernice se ne primjenjuju na one ugovore koji su dodijeljeni u skladu s međunarodnim pravilima npr. ugovori koji se odnose na sporazume sklopljene u okviru Svjetske trgovinske organizacija (WTO).

Nadalje, postoje i posebne iznimke iz primjene Smjernica o javnoj nabavi, kao što su stjecanje ili zakup nekretnine, usluge arbitraže i mirenja, određene financijske usluge (npr. instrumenti monetarne politike, devizni tečaj, javni dug, izdavanje, kupovina, prodaja ili prijenos vrijednosnih papira), ugovor o zaposlenju, usluge istraživanja i razvoja.

Na kraju smjernice o javnoj nabavi se ne primjenjuju na nabave čija je vrijednost ispod određenog financijskog praga za određenu vrstu ugovora. Financijski prag za javne radove je 5.000.000 EUR-a, za robe i usluge, ovisno o situaciji (vrsti usluge, tijela koje je naručilac i sl.) od 130.000 do 200.000 EUR-a. Financijski se pragovi mijenjaju otprilike svake dvije godine).

b) Regulatorni okvir za koncesije i javno-privatno partnerstvo

Neke države-članice već dugo koriste koncesije, posebice za provedbu i financiranje velikih infrastrukturnih projekata, kao što su izgradnja željezničkih pruga i velikih dionica cestovne mreže. Udio privatnog sektora u tim je projektima počeo opadati u prvoj četvrtini 20. stoljeća od kada su se vlade sve više izravno uključivale u izgradnju infrastrukture i pružanje javnih usluga te upravljanje odgovarajućim sustavima. Međutim, u posljednjih se nekoliko godina, zbog proračunskih ograničenja i potrebe da se ograniči sudjelovanje javnih vlasti u toj vrsti projekata, ali i želje da se u javnom sektoru iskoriste znanja i iskustva privatnih subjekata, ponovno se javlja povećano zanimanje za koncesije.

Europska komisija je 1999. godine donijela i objavila nacrt svog priopćenja o tumačenju odredaba prava Zajednice o javnoj nabavi koje se primjenjuju na koncesije,⁹ te ga dostavila širokom krugu tijela na razmatranje. Uzimajući u obzir brojna mišljenja koje je primila nakon objave prvog nacrta, Europska komisija je donijela Interpretativno priopćenje o tumačenju odredaba prava Zajednice koje se primjenjuju na koncesije.¹⁰

Koncesije nisu definirane Osnivačkim ugovorom. Jedina definicija koncesije nalazi se, kako je već rečeno, u Smjernicama o javnim nabavama. Međutim, jedine odredbe koje se odnose na koncesije su one u Smjernici 2004/18, u kojoj se uređuju koncesije za javne radove u klasičnom sektoru čija vrijednost je iznad određenog financijskog praga (5 milijuna eura). Dakle, sekundarnim zakonodavstvom Zajednice nisu uređene i ostale koncesije: koncesije javnih radova u uslužnom sektoru, koncesije javnih radova u klasičnom sektoru čija je vrijednost ispod navedenog financijskog praga, te koncesije javnih usluga u oba sektora i bez obzira na vrijednost.

To ipak ne znači, smatra Komisija u navedenom Interpretativnom priopćenju, da koncesije izvan primjene Smjernice 2004/18 nisu regulirane pravnom stečevinom Zajednice. Naime, koncesije podliježu pravilima i načelima Ugovora i načelima koja potječu iz prakse Europskog suda utoliko ukoliko se temelje na državnim aktima čiji je predmet obavljanje gospodarske djelatnosti i nabava robe. Komisija smatra da praksa Suda ukazuje na nužnost pridržavanja načela slobodnog tržišnog nadmetanja u slučajevima dodjele javnih ugovora, čak i onih koji nisu uređeni Smjernicama 2004/17 i 18.

Korak dalje otišla je Europska komisija 2004. godine kad je donijela Zelenu knjigu o javno-privatnom partnerstvu i pravu Europske zajednice o javnim ugovorima i koncesijama (dalje: Zelena knjiga o JPP-u).¹¹

⁹ OJ C 94, 7.4.1999, p. 4.

¹⁰ Commission interpretative communication on concession under Community law, OJ C 121/2, 29.4.2000.

¹¹ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.4.2004. Nakon javne rasprave inicirane Zelenom knjigom o JPP-u, Komisija je izdala Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and

Ova Zelena knjiga o JPP-u obrazlaže fenomen javno-privatnog partnerstva (dalje: JPP) iz perspektive prava Zajednice o javnim nabavama i koncesijama. Sukladno Zelenoj knjizi, svaki akt, bilo da je ugovorni ili jednostrani, kojim javno tijelo povjerava pružanje gospodarske aktivnosti trećoj strani mora biti razmotreno u svjetlu propisa i načela koji proizlaze iz ugovora, osobito u pogledu načela o slobodi osnivanja i slobodi pružanja usluga.

Pravila o unutarnjem tržištu, uključujući pravila i načela koja reguliraju javne ugovore i koncesije se primjenjuju na bilo koju gospodarsku aktivnost, tj. bilo koju aktivnost koja se sastoji u pružanju usluga, dobara ili poduzimanju radova na tržištu, čak ako su ove usluge, dobra ili radovi namijenjeni pružanju „javne usluge“.

Načela o slobodi osnivanja i pružanja usluga, sukladno Zelenoj knjizi o JPP-u, obuhvaćaju osobito načelo transparentnosti, jednakosti postupanja, razmjernosti i uzajamnog priznavanja.

Partnerstvo javnog i privatnog sektora (Public Private Partnership, PPP) općenit je naziv za moguće različite oblike povezanosti i suradnje tijela javne vlasti i poslovnih subjekata čiji je cilj osigurati financiranje, izgradnju, obnovu, upravljanje ili održavanje infrastrukturnih objekata ili osigurati financiranje i pružanje usluga od javnog interesa.

Svrha je JPP-a je uključivanje privatnog financiranja razvoja infrastrukture, umjesto tradicionalnog financiranja iz javnog proračuna. Tijekom posljednjih desetak godina fenomen JPP-a se razvio u brojnim područjima djelovanja javnog sektora. Različiti čimbenici objašnjavaju povećano pribjegavanje JPP-ima. Prvo, u situacijama proračunskog ograničenja države, JPP udovoljava potrebi privatnog financiranja javnog sektora. Zatim, obično se ističe veća korist u javnom životu koji pružaju know-how i radne metode privatnog sektora. Na kraju, razvoj JPP-a je dio šire promijene uloge javnog sektora u pružanju javnih usluga, koji se iz uloge izravnog subjekta mijenja u ulogu organizatora, regulatora i kontrolora.

Dva su temeljna modela JPP-a: tzv. čisti ugovorni model i institucionalni model. Kod čisto ugovornog modela, partnerstvo je osnovano isključivo na ugovoru. Institucionalni modeli JPP-a uključuju osnivanje tijela koje bi zajednički držali javni i privatni partner.¹²

Kod ugovornog modela JPP-a, čin dodjele ugovora o JPP-u odabranom privatnom partneru određen je kao javni ugovor. Dva su najznačajnija modela: BOT (Build – Operate - Transfer, izgradi – upravljaj – prenesi), te PFI (Private Finance Initiative, privatna financijska inicijativa).

Kod BOT modela, privatni partner pruža uslugu javnosti umjesto, iako pod kontrolom javnog partnera. Privatni se partner financira od pristojbi nametnutih

Community Law on Public Procurement and Concessions (Priopćenje Komisije /.../ o javno-privatnom partnerstvu i pravu Europske zajednice o javnim nabavama i koncesijama, COM (2005) 569 final.

¹² Države-članice koriste različite termine u ovom kontekstu, npr. Kooperationsmodell, joint venture, i dr. Na takve se modele ne primjenjuju pravila Zajednice o javnim ugovorima.

korisnicima usluga uz mogućnost subvencije javnog tijela. U pitanju je koncesijski model i moguć je jedino kod tzv. komercijalnih projekata (izgradnja hotela, studentskih domova, vodoopskrbnog sustava, ceste, željeznice itd.).

Kod PFI modela, privatni partner gradi i/ili upravlja infrastrukturom za javnog partnera. Zatim, privatni partner naplaćuje isporučene usluge (građevinu ili javnu službu) od javnog sektora u vidu najamnine, a ne od krajnjeg korisnika. Plaćanja javnog sektora mogu biti fiksna, ali se mogu izračunavati kao varijabilna. Takav je model primjenjiv kod tzv. nekomercijalnih projekata (škole, zgrade za potrebe sveučilišta, bolnice, sudovi, zatvori, građevine za potrebe obrane, policije i sl.). Nakon isteka roka na koji je ugovoreno JPP, bez obzira je li u pitanju BOT ili PFI model, građevina u pravilu prelazi u vlasništvo javnog partnera.

Velika prednost modela JPP-a za javni sektor jest u raspodjeli rizika. U klasičnoj javnoj nabavi većinu rizika preuzima javni sektor. U JPP-u rizici se raspodjeljuju, ovisno o prilikama na tržištu, ali u pravilu većinu rizika preuzima privatni partner. Što više, ako privatni partner preuzme rizik projektiranja, izgradnje, održavanja i upravljanja građevinom i barem još jedan rizik: rizik raspoloživosti građevine korisnicima ili rizik varijacije u potražnji, tada prema stajalištu EUROSTAT-a, plaćanje najma korištenja građevine ne računaju se u tekuće zaduženje kapitalnih investicija javnog sektora, već je izvanbilančna imovina.¹³

Ono što je bitno za tržišno djelovanje javnopravnih tijela kod javnoprivatnog partnerstva jest odabir partnera. Normativni okvir koji uređuje odabir privatnog partnera, bio je predmetom koordinacije Zajednice na nekoliko razina i stupnjeva intenziteta sa širokom lepezom pristupa koji postoje na nacionalnoj razini, premda svaki akt javnopravnog tijela kojim se dodjeljuju zadaci trećoj strani uređen minimumom osnovnih načela koji proizlaze iz Osnivačkog ugovora. Zelenom knjigom o JPP-ima, Komisija je pokrenula raspravu o najboljem načinu osiguravanja da se JPP- može razviti u kontekstu učinkovite konkurencije i pravne razvidnosti (transparentnosti). Kako se čisto ugovorno partnerstvo u Zelenoj knjizi određuje kao čin dodjele javnog ugovora, to se na ugovorne modele JPP-a, osobito na odabir partnera i sklapanje ugovora primjenjuju Smjernice o javnoj nabavi. Koncesijski model JPP-a (BOT) ravna se prema odredbama koje se odnose na koncesije. Dakle, nema posebnih pravnih odredbi u pravnoj stečevini Europske zajednice koje bi se imale primijeniti samo na JPP.

II. STANDARDI PRAVNE ZAŠTITE U DODJELI JAVNIH UGOVORA U EUROPSKOJ UNIJI

Zahtjevi koji se postavljaju na pravnu zaštitu unutar područja dodjele određenih javnih ugovora (ugovor o javnoj nabavi, ugovor o koncesiji građevinskih radova,

¹³ New decision of EUROSTAT on deficit and debt: Treatment of public-private partnership, 18/2004 – 11 February 2004, <http://europa.eu.int/comm/eurostat>. Prema toj odluci Ugovor o JPP-u ima status „of balance sheet treatment“, ako je raspodjela rizika kako je gore navedeno.

odnosno ugovor o javno-privatnom partnerstvu) regulirani su dvjema, u važnijim točkama podudarnim **smjernicama EU o pravnim lijekovima**:

- a) Smjernica 89/665/EEZ koja se odnosi na pravnu zaštitu u tzv. klasičnom sektoru, i
- b) Smjernica 92/13/EEZ koja se odnosi na pravnu zaštitu u uslužnom sektoru.¹⁴

1. Ciljevi EU smjernica o pravnim lijekovima

Svrha je ovih smjernica o pravnim lijekovima osigurati efektivnu primjenu smjernica 2004/17/EC i 2004/18/EC u nacionalnim pravima država-članica, dakle onih smjernica kojima se uređuju postupci dodjele javnih ugovora, i to na način da su države-članice obvezne uspostaviti efektivnu i brzu pravnu zaštitu svakome onome tko smatra da su mu u postupku dodjele javnog ugovora povrijeđena određena prava ili pravni interesi.

Posebno značenje smjernica o pravnim lijekovima ogleda se u okolnosti što one osiguravaju subjektivno pravo na poštivanje odredbi javne nabave svim tržišnim subjektima koji su zainteresirani za javni ugovor.

Na kraju, može se reći da im je svrha osigurati u nacionalnom pravu mogućnost kontrole otvorenosti, transparentnosti i ravnopravnosti nadmetanja za dodjelu javnog ugovora

2. Sadržaj smjernica o pravnim lijekovima

Smjernicama se postavljaju određeni zahtjevi kojima moraju udovoljiti države-članice prilikom reguliranja pravne zaštite u svom nacionalnom zakonodavstvu. Te je zahtjeve koji se postavljaju smjernicama o pravnim lijekovima moguće podijeliti u četiri kategorije:

- a) zahtjevi koji se odnose na kvalitetu pravne zaštite,
- b) zahtjevi koji se odnose na institucije koje provode pravnu zaštitu i na njihove zaposlenike,
- c) zahtjevi koji se odnose na okvirne ovlasti institucija koje provode pravnu zaštitu, te
- d) zahtjevi koji se odnose na postupak koji se vodi pred institucijama za pravnu zaštitu.

Nadalje, smjernice o pravnim lijekovima sadrže pravila i načela koje država članica MORA osigurati prijenosom tih smjernica u nacionalnom pravu. Pored toga, smjernice sadrže i one odredbe koje država-članica MOŽE, dakle, ne treba prenijeti u svoje nacionalno zakonodavstvo.

¹⁴ U skladu s načelom sudske zaštite koje proizlazi iz Osnivačkog ugovora, dostupnost pravnih lijekova također se zahtijeva i izvan područja primjene tih smjernica o pravnim lijekovima.

a) Što država članica MORA osigurati prijenosom smjernica EU o pravnom lijeku u nacionalnom pravu

Prvo, države-članice moraju svojim nacionalnim pravom, prije svega, osigurati **učinkovitu i brzu pravnu zaštitu**. No, postavlja se pitanje koja je pravna zaštita brza i učinkovita. Slijedom sudske prakse, ipak se stvaraju određeni standardi učinkovitosti pravne zaštite. Prvo, pravna je zaštita učinkovita jedino ako je brza. Drugim riječima, spora pravda više nije pravda. Nadalje, u postupku mora postojati mogućnost poduzimanja privremene mjere, poput zaustavljanja postupka dodjele javnog ugovora. Tako treba postojati mogućnost obustavljanja postupka sklapanja javnog ugovora s odabranim partnerom ako npr. natječaj sadrži diskriminatorne tehničke, ekonomske ili financijske specifikacije, ili sadrži neke druge povrede. To znači, da se mora omogućiti dobivanje javnog ugovora tek nakon uklanjanja pogreške, jer je u protivnom upitna učinkovitost pravne zaštite. Osobito je značajno za učinkovitost pravne zaštite da tijela za provedbu kontrole moraju biti opremljena odgovarajućim kapacitetima kako bi mogla jamčiti učinkovitost u cjelini.

Drugo, države-članice moraju omogućiti pristup pravnoj zaštiti svima koji su zainteresirani za određeni javni ugovor.

Treće, države-članice moraju osnovati institucije za postupak kontrole javne nabave. Institucija za kontrolu postupka javne nabave, istina, ne mora nužno biti sud. To može biti određeno upravno tijelo, odnosno tijelo koje pripada izvršnoj vlasti. Međutim, u slučaju da država članica postupak kontrole javne nabave, uključujući i postupke dodjele ostalih javnih ugovora, povjeri instituciji koja nije sud, koja dakle ne pripada sudbenoj već izvršnoj vlasti, tada ona mora osigurati dvije stvari: prvo, neovisnost te institucije i njenih članova, i drugo, preispitivanje odluke te institucije pred sudom. Neovisnost takve kontrolne institucije kvalitativno mora biti uređena kao neovisnost sudova i sudaca. Štoviše, predsjednik takve institucije mora ispunjavati uvjete jednake uvjetima za imenovanje suca. Unatoč tomu, mora se osigurati mogućnost sudskog preispitivanja zakonitosti odluke izvršnog tijela u postupku kontrole postupka dodjele javnog ugovora.

Četvrto, u postupku ocjene zakonitosti dodjele javnog ugovora mora se primjenjivati načelo kontradiktornosti, tj. načelo saslušanja svake osobe na čija se prava odnosi odluka. Time je isključeno donošenje odluke samo prema stanju spisa.¹⁵

Peto, institucije za ocjenu zakonitosti, bilo upravne bilo sudbene, moraju raspolagati određenim ovlastima. Pored već spomenutih ovlasti na donošenje odluke o privremenoj mjeri, odnosno na obustavljanje postupka dodjele javnog ugovora, kontrolne institucije moraju raspolagati još i ovlastima na ukidanje ili otklanjanje protupravnih odluka ili protupravnih sadržaja iz dokumentacije za

¹⁵ U Smjernici 92/13 u čl. 2. st. 8. stoji „...u postupku, u kojem se saslušavaju obje strane...“, što ukazuje na procesno načelo kontradiktornosti.

nadmetanje (npr. diskriminirajućeg uvjeta iz natječaja), te ovlašću za odlučivanje o naknadi štete.

Šesto, mora se omogućiti da poduzeća koja su pretrpjela štetu zbog kršenja odredbi o javnoj nabavi imaju pravo na naknadu štete, i to naravno, bez diskriminacije.

b) Što država članica MOŽE regulirati prijenosom direktiva EU o pravnom lijeku u nacionalnom pravu

Iz zahtjeva koji su zajednički i jednoj i drugoj smjernici o pravnim lijekovima, pored popisa obveza koje se moraju ugraditi u nacionalnom pravu, postoje i one odredbe koje mogu ugraditi u nacionalnom pravu, ali ne moraju („need not“). Takve odredbe stoje na dispoziciji nacionalnom zakonodavcu. Sukladno smjernicama o pravnim lijekovima, država-članica može regulirati sljedeće.

Prvo, treba li navedenim ovlastima raspolagati više odvojenih sudskih instanci.

Drugo, može se propisati da donošenje privremenih mjera nije obavezno. U tom slučaju je bitno da kontrolna institucija ima mogućnost, ali ne i obvezu poduzimanja privremene mjere. U odlučivanju da li će takvu mjeru poduzeti ili ne treba odvagati interese svih oštećenih, te procijeniti je li je šteta koja bi nastala donošenjem privremenih mjera veća, nego prednosti takvih mjera.

Treće, može se propisati da se pravo na naknadu štete može ostvariti samo ako tijelo koje je za to nadležno prethodno ukine pogrešnu odluku.

Četvrto, može se propisati da nakon sklapanja ugovora može postojati samo pravo na naknadu štete, te na kraju, treba li postupak kontrole imati automatski učinak odgode za postupak zaključivanja javnog ugovora.

3. Prijedlog nove Smjernice o pravnim lijekovima

Europska je komisija, prateći primjenu postojećih EU smjernica o pravnim lijekovima zaključila kako one ne omogućavaju uvijek postizanje svojih ciljeva: povećanje garancije transparentnosti i nediskriminacije, učinkovitost mjera poduzetih u slučaju povrede smjernica koje uređuju dodjelu javnih ugovora, osiguravanje gospodarskim subjektima jedanko tretiranje njihovih ponuda.¹⁶

Zbog toga je u svibnju 2006. godine Europska komisija dala prijedlog Smjernice Europskog parlamenta i Savjeta kojom se mijenjaju sadašnje smjernice o pravnim

¹⁶ Vidi: IMPACTASSESSMENT REPORT – REMEDIES IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENT, Commission staff working document, Annex to the Proposal for a DIRECTIVE ... amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC..., str. 4.

lijekovima, tj. Smjernice 89/665/EEC i 92/13/EEC sa svrhom poboljšanja efektivnosti preispitivanja postupaka dodjele javnih ugovora.¹⁷

Prijedlogom nove Smjernice uvodi se čitav niz novina u postupku ispitivanja pravilnosti postupka dodjele javnog ugovora. Tako se, između ostalog, posebno razrađuje ispitivanje povrede prava Europske unije u fazi prije sklapanja javnog ugovora, jer je preispitavnije takve povrede nakon sklapanja ugovora načelno ograničeno ipak samo na odlučivanje o naknadi štete.

Ujedno se pojašnjavaju određene povrede postupka dodjele javnog ugovora sukladno razvijenoj sudskoj praksi.

Uvodi se tzv. standstill period, tj. period odgode sklapanja javnog ugovora u slučaju prigovora zainteresiranog subjekta. Takav period može trajati najmanje deset pa do 17 dana. Svrha mu je da se u tom periodu, dakle prije sklapanja javnog ugovora, a nakon odabira najpovoljnije ponude, otklone najznačajnije povrede pravila o dodjeli tih ugovora.

III. STANJE I PERSPEKTIVE PRAVNE ZAŠTITE U POSTUPCIMA DODJELE JAVNIH UGOVORA U REPUBLICI HRVATSKOJ

1. Uvod

U postupcima dodjele javnog ugovora moguće su različite povrede prava zainteresiranih subjekata za dobivanje javnog ugovora, bilo da se radi o javnoj nabavi, koncesijama ili javno-privatnom partnerstvu. Povrede subjektivnih prava uvijek su posljedica određenih grešaka javnopravnog tijela. Drugim riječima, uvijek je javnopravno tijelo, dakle tijelo koje dodjeljuje javni ugovor odgovorno za pridržavanje kako odgovarajućih načela tako i propisanih pravila. Povrede subjektivnih prava moguće su u svakoj fazi postupka dodjele javnog ugovora. Povreda prava je moguća već kod donošenja odluke da se krene u postupak javne nabave, ili dodjele koncesije, odnosno u projekt javno-privatnog partnerstva, potom u postupku odabira ponuditelja (dobavljača, koncesionara, privatnog partnera), zatim prilikom sklapanja javnog ugovora, pa čak i tijekom trajanja ugovornog odnosa.

Povrede subjektivnih prava u pravilu su posljedica neusklađenosti dokumentacije za nadmetanje (naročito tehničke specifikacije) sa zakonom, koja bi mogla dovesti ili dovodi do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog nadmetanja, pogrešaka u svezi javne objave natječaja, odabira ponude koja nije

¹⁷ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (presented by Commission of the European Communities), {SEC(2006)557}, Brussels, 4.5.2006. COM(2006) 195 final, 2006/0066 (COD)

najpovoljnija, naknadna izmjena ugovora suglasnošću ugovornih stranaka koja u pravilu narušava načelo jednakosti postupanja, i dr.

Hrvatski sustav pravnih lijekova nije jedinstven u pitanjima pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora. Naime, različito se uređuje sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave od pravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o koncesiji, te ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

2. Pravna zaštita u postupcima javne nabave

Pravna zaštita u postupcima javne nabave uključuje kako upravnu (administrativnu), tako i sudsku pravnu zaštitu. Upravna (administrativna) pravna zaštita uređena je ponajprije Zakonom o javnoj nabavi iz 2007. godine.¹⁸

Pravna se zaštita temelji ponajprije na općim načelima javne nabave kao što su načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što je načelo tržišnog natjecanja, načelo učinkovitosti, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti. Osim na tim načelima, pravna se zaštita temelji i na načelima zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti.

Sukladno odredbama tog Zakona, postupak pravne zaštite započinje predajom žalbe naručitelju.¹⁹ Dva su razloga važnosti ulaganja žalbe naručitelju. Prvo, naručitelj ima određenih ovlasti u vezi s izjavljenom žalbom. Naime, ako naručitelj nađe da je ona u cijelosti ili djelomično osnovana može ispraviti radnju, poduzeti činjenje ili provesti drugi postupak, ili može postojeću odluku staviti izvan snage i zamijeniti je drugom odlukom, ili poništiti postupak javne nabave te o tome obavijestiti sudionike postupka. Time se omogućava brza zaštita prava, naravno u slučaju kada naručitelj smatra žalbu osnovanom. Drugo, ulaganje žalbe naručitelju je uvjet za zadržavanje prava tražiti ispitivanje zakonitosti u kasnijoj fazi postupka pravne zaštite. Drugim riječima, propuštanje izjavljivanja žalbe naručitelju znači gubitak prava da daljnje postupke pravne zaštite. Ako naručitelj nije iskoristio ovlasti povodom žalbe, smatrajući je neosnovanom, mora žalbu sa cijelom dokumentacijom i odgovorom na žalbu prosljediti Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (dalje: Državna komisija).

¹⁸ Zakon o javnoj nabavi („Narodne novine“, br. 110/2007.), 5. dio, čl. 134.-167. Stupa na snagu 1. siječnja 2008. godine.

¹⁹ Rok za predaju žalbe iznosi osam dana (odnosno tri dana u postupcima nabave male vrijednosti) i računa se ili od objave o javnoj nabavi (ako je žalitelj ulaže žalbu već nakon objave o javnoj nabavi i prije odluke o odabiru dobavljača), ili od otvaranja ponuda (ako se žalba odnosi na tu fazu postupka javne nabave) ili od primitka odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave), ili nakon isteka roka za donošenje odluke o pojedinačnom pravu iz javne nabave, ili od saznanja za postupak nabave proveden protivno zakonskim odredbama, ali najkasnije u roku od godine dana od kad je postupak proveden. U potonjem slučaju postoje dva roka: subjektivni rok (osam odnosno tri dana od dana saznanja za postupak nabave) i objektivni rok (godina dana od kad je postupak javne nabave proveden).

Prema Zakonu o javnoj nabavi, osobe koje imaju aktivnu legitimaciju na ulaganje žalbe su ne samo natjecatelji ili ponuditelji u postupku javne nabave, već i svaki drugi gospodarski subjekt koji ima pravni interes za dobivanje predmetnog ugovora o javnoj nabavi, makar još nije ni uputio svoju prijavu, pod uvjetom da je pretrpio ili mogao pretrpjeti štetu od navodnog kršenja subjektivnih prava. Isto tako, legitimaciju za ulaganje žalbe imaju Ured za javnu nabavu Vlade Republike Hrvatske, kao i Državno odvjetništvo.

Žalba se može uložiti ne samo protiv odluka naručitelja u svezi odabira ili poništenja postupka, već i protiv radnje ili propuštanja u vođenju postupaka na koje se mora primijeniti Zakon o javnoj nabavi.²⁰

Državna je komisija ovlaštena odrediti i neku od privremenih mjera, kao što su zabrana potpisivanja ugovora o javnoj nabavi i izvršavanje ugovornih obveza, ali i svaka druga mjera kojoj bi cilj bio sprječavanje nastanka štete do koje bi moglo doći ako se ne usvoji predložena mjera.²¹

U postupku rješavanja o žalbi, Državna komisija ispituje zakonitost postupka nabave u cjelini te donosi odluku sukladno pravilima iz Zakona o javnoj nabavi. Ovlasti joj se kreću od odbacivanja žalbe (ako ne postoje procesne pretpostavke da se žalba ispita) ili odbijanja žalbe kao neosnovane, pa do poništavanja nezakonite odluke, postupka ili radnje javnopravnog tijela kao naručitelja.

Međutim, novina je Zakona o javnoj nabavi što sadrži odredbe o mirenju. Naime, stranke postupka i Državna komisija u tijeku će cijelog postupka nastojati spor riješiti mirnim putem. U tom smislu, stranke mogu tijekom cijelog postupka pred Državnom komisijom sklopiti nagodbu, koja naravno ne smije biti protivna zakonskoj normi, pravilima javnog morala niti smije biti na uštrb pravnih interesa trećih osoba.

Odluke Državne komisije podliježu sudskoj kontroli pred Upravnim sudom Republike Hrvatske temeljem Zakona o upravnim sporovima. U upravnom sporu, Sud ocjenjuje zakonitost odluke Državne komisije, kao i zakonitost samog postupka nabave.

Zahtjev za naknadu štete moguć je putem parničnog postupka, kako je regulirano Zakonom o obveznim odnosima i Zakonom o parničnom postupku.

Opisan postupak kontrole, jednako se primjenjuje u klasičnom kao i u uslužnom sektoru. Međutim, takav se postupak pravne zaštite ne primjenjuje se na one ugovore koji nisu obuhvaćeni Zakonom o javnoj nabavi poput koncesija i javno-privatnog partnerstva.

²⁰ Do stupanja na snagu novog Zakona o javnoj nabavi, žalba se može uložiti tek nakon donošenja odluke naručitelja o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja. Novim Zakonom otvara se mogućnost ulaganja žalbe i prije odluke o odabiru, ako npr. potencijalni natjecatelj smatra da su uvjeti u natječaju diskriminirajući ili npr. neprimjereni predmetu konkretne javne nabave.

²¹ Zakonom o javnoj nabavi određen je priod zabrane sklapanja ugovora, i to 12 dana (odnosno 3 dana u nabavi male vrijednosti) računajući od dana predaje žalbe.

3. Pravna zaštita u postupcima dodjele koncesija, odnosno sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu

U postupcima dodjele ugovora o koncesiji, odnosno ugovora o javno-privatnom partnerstvu također se razlikuje upravni postupak pravne zaštite od sudskog postupka.

Kad se govori o pravnom uređenju koncesija, može se kazati da su koncesije generalno uređene Zakonom o koncesijama iz 1992. godine.²² Taj zakon sadrži svega 10 članaka, čija primjena je supsidijarna u odnosu na zakone kojima se uređuje pojedina oblast. Tako su koncesije uređene sa 20-tak „sektorskih“ zakona i isto toliko podzakonskih provedbenih propisa. Premda je veliki broj propisa koji se odnosi na koncesije, ipak je relativno mali broj odredbi tih zakona koji se odnose na taj pravni institut.

Pored toga, u pojedinim područjima različito se uređuju brojna pitanja dodjele koncesija, pa tako i pitanja pravne zaštite. Ne ulazeći sada u te razlike, zajedničko je svim tim koncesijama da je odluka o dodjeli koncesije upravni akt, te se na donošenje je takvog akta primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku. To istovremeno znači da se i pravna zaštita putem žalbe pruža primjenom Zakona o općem upravnom postupku. Međutim, problem je u tome, što prema odredbama tog Zakona (čl. 224.), žalba, kao redovni pravni lijek nije dozvoljena protiv rješenja Sabora i Vlade RH, a u pravilu ni protiv prvostupanjskih rješenja ministarstava i drugih republičkih organa državne uprave. A, upravo su navedeni organi najčešći javnopravni subjekti koji dodjeljuju koncesije.²³

²² „Narodne novine“, br. 82/92.

²³ Tako npr. prema Zakon o rudarstvu – pročišćeni tekst („Narodne novine“, br. 190/03.) rudarsku koncesiju za eksploataciju nafte i prirodnog plina dodjeljuje Vlada Republike Hrvatske. Odobrenje za istraživanje i rudarsku koncesiju za eksploataciju svih ostalih mineralnih sirovina dodjeljuje Ministarstvo gospodarstva, odnosno ured državne uprave u jedinici područne (regionalne) samouprave nadležan za poslove

Prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu („Narodne novine“, br. 66/01., 87/02. i 48/05.) odluku o davanju koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države donosi Vlada Republike Hrvatske na prijedlog odgovarajućeg ministarstva.

Prema Zakonu o lovu („Narodne novine“, br.10/94. 29/99. i 14/01.) Odluku o koncesiji prava lova donosi Vlada Republike Hrvatske na temelju provedenog javnog prikupljanja ponuda i javnog natječaja.

Prema Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama („Narodne novine“, br.158/03. i 141/06.) koncesiju za gospodarsko korištenje pomorskog dobra, te za korištenje ili gradnju građevina na pomorskom dobru, ovisno o različitosti okolnosti daju različita tijela od Vlade Republike Hrvatske do županijskih, gradskih i općinskih tijela. Međutim, za raspravljanje svih pitanja i rješavanje svih sporova u svezi s davanjem, izvršavanjem, opozivom ili izmjenom odluka o koncesiji na pomorskom dobru nadležno je Ministarstvo koje djeluje u području pomorstva. Protiv rješenja Ministarstva ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor.

Prema Zakonu o komunalnom gospodarstvu – pročišćeni tekst („Narodne novine“, br. 26/03., 82/04. i 178/04.) koncesiju za obavljanje određenih komunalnih djelatnosti dodjeljuje predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave pravnoj ili fizičkoj osobi registriranoj za obavljanje te djelatnosti. Protiv odluke o davanju koncesije žalba nije dopuštena, već se može pokrenuti upravni spor.

Sudska zaštita se osigurava u upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske primjenom Zakona o upravnim sporovima. U takvom se sporu ocjenjuje jedino zakonitost odluke o dodjeli koncesije. Sukladno Zakonu o upravnim sporovima, u pravilu se ne provodi kontradiktorni postupak, ne saslušavaju se stranke i u pravilu se ne utvrđuje činjenično stanje, te se, u pravilu, ne vodi spor pune jurisdikcije.²⁴

Slična je situacija s postupkom odabira privatnog partnera za sklapanje ugovora o javno-privatnom partnerstvu. U Hrvatskoj ne postoji posebna pravna regulativa JPP. Ipak, kao instruktivan dokument, Hrvatski sabor je 2006. godine donio Smjernice za primjenu ugovornih oblika javno-privatnog partnerstva (JPP)²⁵, a koje se temelje na već spomenutoj Zelenoj knjizi o JPP. Sukladno toj Zelenoj knjizi, svaki pravni akt, bilo ugovorni ili jednostrani, kojim javno tijelo povjerava obavljanje gospodarskih aktivnosti trećoj osobi, mora bit usklađen s pravilima o unutarnjem tržištu, uključujući pravila i načela koja reguliraju javne ugovore i koncesije (osobito: načelo transparentnosti, jednakosti postupanja, razmjernosti i uzajamnog priznavanja).

To znači da se, sukladno pravnoj stečevini EU i na javno-privatno partnerstvo primjenjuju pravila koja vrijede za javnu nabavu, odnosno dodjelu koncesije.²⁶ Iz tog jedinstva pravila o dodjeli javnih ugovora proizlazi i potreba jednake pravne zaštite svih onih subjekata koji imaju pravni interes za dobivanje ugovora bilo o javnoj nabavi, bilo o koncesijama ili o javno-privatnom partnerstvu.

Kad je riječ o Hrvatskoj, treba kazati da ne postoje posebna pravila koja bi na jednak način uređivala pravnu zaštitu u javnoj nabavi, koncesijama i javno-privatnom partnerstvu. Tako se na pitanja administrativnopravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu, kao i kod koncesija primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku. To iz razloga što je odluka o odabiru privatnog partnera, jednako kao i odluka o odabiru koncesionara, odnosno dobavljača u javnoj nabavi, neosporno upravni akt.

S obzirom na okolnosti da su sužene mogućnosti upotrebe žalbe kao redovnog pravnog lijeka, jednako kao u postupku dodjele koncesije, to veće značenje dobiva mogućnost vođenja upravnog spora. Naime, protiv konačne odluke o odabiru

²⁴ Spor pune jurisdikcije je moguć u iznimnim slučajevima, ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti: da Sud poništi spornu odluku kao nezakonitu, da podaci postupka pružaju dovoljnu osnovu za meritorno rješavanje (činjenice se ne utvrđuju u sporu!) i da priroda stvari to dopušta. Ni u tom slučaju Sud nije obvezan donijeti presudu kojom će zamijeniti spornu odluku.

²⁵ „Narodne novine“, br. 98/06.

²⁶ Analizom nacionalnih zakonodavstava „starih“ i „novih“ država članica EU može se uočiti kako u većini država ne postoji posebni pravni okvir za javno-privatno partnerstva, već se pravni okvir koji se primjenjuje na JPP sastoji od Zakona o koncesijama (za tzv. koncesijski model JPP-a, tj. za komercijalne projekte) i Zakona o javnim nabavama (za nekomercijalne projekte). Čak i države koje imaju posebne zakone o JPP (npr. Irska) u pravilu ne reguliraju ni pitanje postupka odabira privatnog partnera, niti postupak pravne zaštite, već je to istovjetno javnoj nabavi i koncesijama.

ponuditelja može se pokrenuti i voditi upravni spor sukladno Zakonu o upravnim sporovima.²⁷

O eventualnom zahtjevu za naknadu štete odlučuju sudovi opće nadležnosti u parničnom postupku, na način kako je regulirano Zakonom o obveznim odnosima i Zakonom o parničnom postupku. Dakle, što se naknade štete tiče, za koncesije i javno-privatno partnerstvo vrijede isto što i za javnu nabavu.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zaključno se može reći, kako pravila o tržišnom natjecanju i konkurenciji, kao i pravila o javnoj nabavi, koncesijama i javno-privatnom partnerstvu potječu iz istih vrijednosti koje su temelj stvaranja Europske zajednice, zajedničko tržište bez diskriminacije i jednakih mogućnosti. Pravila o javnoj nabavi, o dodjeli koncesija ili o javno-privatnom partnerstvu ciljaju na istu grupu subjekata, na javnopravna tijela koja u svojim ekonomskim, odnosno komercijalnim aktivnostima, unatoč što djeluju u javnom interesu, ne smiju postupati *iure imperii*.

Svaka ekonomska aktivnost javnopravnog tijela, pa tako i aktivnosti javnopravnog tijela na dodjeli javnog ugovora gospodarskom partneru, podliježe pravilima o tržišnom natjecanju. Da bi se osiguralo slobodno tržišno nadmetanje i tržišno djelovanje javnopravnog tijela, Europska zajednica svojim pravilima ograničava djelovanje javne vlasti i prisiljava je da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponaša tržišno.

Pravna stečevina Zajednice koja se odnosi na dodjelu javnih ugovora (o javnoj nabavi, o koncesiji i o javno-privatnom partnerstvu) temelji se na **općim načelima** koja proizlaze iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice, te iz sudske prakse Europskog suda pravde, poput transparentnosti, jednakog tretmana, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije. Ova načela primjenjuju se na sve postupke dodjele javnih ugovora, uključujući i one koji nisu regulirani smjernicama.

U postupcima dodjele javnog ugovora moguće su različite povrede prava zainteresiranih subjekata za dobivanje takvog ugovora, bilo da se radi o javnoj nabavi, koncesijama ili javno-privatnom partnerstvu. Povrede subjektivnih prava moguće su u svakoj fazi postupka dodjele javnog ugovora: već kod donošenja odluke da se krene u postupak javne nabave, ili dodjele koncesije, odnosno u projekt javno-privatnog partnerstva, potom u postupku odabira ponuditelja

²⁷ Sukladno Zakonu o upravnim sporovima, predmet upravnog spora može biti jedino upravni akt. To znači da se u upravnom sporu može ocjenjivati samo zakonitost odluke o odabiru određenog ponuditelja. Slijedom toga, javni ugovori ne mogu biti predmetom upravnog spora. U upravnom se sporu u pravilu rješava na temelju spisa predmeta, što znači da u pravilu spor nije kontradiktoran. Ne postoji pravo žalbe na presudu, što znači da je presuda odmah pravomoćna (nema dvostupnjevanosti). Kad se tome pridoda duljina trajanja spora (cca 1-4 godine), očigledno je da je reforma upravnog sudovanja u Hrvatskoj neminovna, uključujući i jačanje ne samo pravosudnog već i upravnog kapaciteta radi povećanja sposobnosti primjene pravne stečevine EU u Hrvatskoj.

(dobavljača, koncesionara, privatnog partnera), zatim prilikom sklapanja javnog ugovora, pa čak i tijekom trajanja ugovornog odnosa.

Zahtjevi koji se postavljaju na pravnu zaštitu unutar područja dodjele određenih javnih ugovora regulirani su dvjema, u važnijim točkama podudarnim **smjernicama EU o pravnim lijekovima**: Smjernicom 89/665/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u tzv. klasičnom sektoru, i Smjernicom 92/13/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u uslužnom sektoru.

Smjernicama se postavljaju određeni zahtjevi kojima moraju udovoljiti države-članice prilikom reguliranja pravne zaštite u svom nacionalnom zakonodavstvu: zahtjevi koji se odnose na kvalitetu pravne zaštite, zahtjevi koji se odnose na institucije koje provode pravnu zaštitu i na njihove zaposlenike, zahtjevi koji se odnose na okvirne ovlasti institucija koje provode pravnu zaštitu, te zahtjevi koji se odnose na postupak koji se vodi pred institucijama za pravnu zaštitu.

Nadalje, smjernice o pravnim lijekovima sadrže pravila i načela koje država članica MORA osigurati prijenosom tih smjernica u nacionalnom pravu, kao i one odredbe koje država-članica MOŽE, dakle ne treba prenijeti u svoje nacionalno zakonodavstvo.

Hrvatski sustav pravnih lijekova nije jedinstven u pitanjima pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora. Naime, različito se uređuje sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave od pravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o koncesiji, te ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

Pravna zaštita u postupcima javne nabave uključuje kako upravnu (administrativnu), tako i sudsku pravnu zaštitu. Upravna (administrativna) pravna zaštita uređena je ponajprije Zakonom o javnoj nabavi iz 2007. godine, koji će se primjenjivati od 1.siječnja 2008.

Nekoliko je značajnih novina u tom Zakonu u odnosu na ranija zakonodavna rješenja glede pravne zaštite. Definirana načela na kojima se temelji pravna zaštita. To su ponajprije opća načela javne nabave kao što su načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što je načelo tržišnog natjecanja, načelo učinkovitosti, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti. Osim na tim načelima, pravna se zaštita temelji i na načelima zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti.

Sukladno odredbama tog Zakona, postupak pravne zaštite započinje predajom žalbe naručitelju, a za Državnu komisiju za kontrolu postupaka javne nabave kao neovisnom državnim tijelu. U odnosu na ranija zakonska rješenja novim se Zakonom širi krug subjekata koji imaju pravo uložiti žalbu, te se dobiva pravo ulaganja žalbe u svakom stadiju postupka, to znači da ne treba čekati odluku o odabiru ponuditelja, jer se žalba može uložiti ne samo protiv odluka naručitelja u svezi odabira ili poništenja postupka, već i protiv radnje ili propuštanja u vođenju postupka na koje se mora primijeniti Zakon o javnoj nabavi.

Državna je komisija ovlaštena odrediti privremenu mjeru. Novina je Zakona o javnoj nabavi i ta što sadrži odredbe o mirenju. Naime, stranke postupka i Državna komisija u tijeku će cijelog postupka nastojati spor riješiti mirnim putem, sklapanjem nagodbe među strankama. Odluke Državne komisije podliježu sudskoj kontroli pred Upravnim sudom Republike Hrvatske temeljem Zakona o upravnim sporovima. Zahtjev za naknadu štete moguć je putem parničnog postupka, kako je regulirano Zakonom o obveznim odnosima i Zakonom o parničnom postupku.

Na pitanja administrativnopravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu, kao i kod koncesija primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku. To iz razloga što je odluka o odabiru privatnog partnera, jednako kao i odluka o odabiru koncesionara, odnosno dobavljača u javnoj nabavi, neosporno upravni akt.

S obzirom na okolnosti da su sužene mogućnosti upotrebe žalbe kao redovnog pravnog lijeka, jednako kao u postupku dodjele koncesije, to veće značenje dobiva mogućnost vođenja upravnog spora. Naime, protiv konačne odluke o odabiru ponuditelja može se pokrenuti i voditi upravni spor sukladno Zakonu o upravnim sporovima.

Sudska kontrola javne uprave prepoznata je kao temeljni element vladavine prava. Međutim, postoji začajni prostor za unapređivanje pravne, a posebno sudske zaštite u Republici Hrvatskoj za povrede prava prilikom dodjele javnih ugovora. Naime, sukladno Zakonu o upravnim sporovima, predmet upravnog spora može biti jedino upravni akt. To znači da se u upravnom sporu može ocjenjivati samo zakonitost odluke o odabiru određenog ponuditelja. Slijedom toga, javni ugovori ne mogu biti predmetom upravnog spora. U upravnom se sporu u pravilu rješava na temelju spisa predmeta, što znači da u pravilu spor nije kontradiktoran. Ne postoji pravo žalbe na presudu, što znači da je presuda odmah pravomoćna (nema dvostupnjevanosti). Kad se tome pridoda duljina trajanja spora (cca 1-4 godine), očigledno je da je reforma upravnog sudovanja u Hrvatskoj neminovna, uključujući i jačanje ne samo pravosudnog već i upravnog kapaciteta radi povećanja sposobnosti primjene pravne stečevine EU u Hrvatskoj.

LEGAL PROTECTION IN AWARDING PUBLIC CONTRACTS PROCEEDINGS- HARMONISATION OF CROATIAN LAW WITH THE *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Every economic activity of public legal bodies, and similarly with the activities of public-legal bodies in awarding public contracts to business partners, is subject to the rules of market competition. In order to secure free market competition, and market oriented activity of public legal bodies, the European Union, with its rules, limits the activity of public power and forces it to act in a market oriented way in its economic activities.

The legal inheritance of the Union which is related to the awarding of public contracts (on public procurement, concessions and public-private partnership) is based on **general principles** which

arise from the Agreement on the Establishment of the European Union, and from the court practice of the European Court of Justice such as transparency, equal treatment and non-discrimination.

The demands which are placed on legal protection within the area of awarding certain public contracts are regulated by two, in important points conflictive directives of the EU on legal remedies: Directive 89/665/EEC, which is related to legal protection in the so called classic sector and by Directive 92/13/EEC which is related to the legal protection in the services sector.

The aforementioned with directives set certain demands which the member states must satisfy during the regulation of legal protection in their national legislative.

The Croatian system of legal remedies is not unique in the questions of legal protection in procedures of awarding public contracts. That is, the system of legal protection in the procedure of public procurement is different from legal protection in the procedure of awarding contracts of concession and contracts of public-private partnership.

Court control of public administration is recognisable as the fundamental element of the rule of law. However, there exists significant room for improvement of legal, and in particular, court protection in the Republic of Croatia for breach of law during awarding public contracts.

Key words: *market competition, public procurement, concessions, public-private partnership, legal protection, harmonisation of the law*

Dr. sc. Branko Babac, redoviti profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku

PROBLEMATIZIRANJE 'JAVNO-PRIVATNOGA ORTAŠTVA' U SVISLLOSTI UREDJIVANJA 'JAVNE NABAVE' I 'KONCESIONIRANJA' - PREDHODNI ISKAZI

UDK: 35. 073. 53

Primljeno: 10. 01. 2008.

Izvorni znanstveni članak

'Javna uprava' i 'javna služba' figuriraju, barem od Velike Francuske Revolucije (1789. – 1793.), kao pojmovno-kategorijalni okvir javno-pravnoga umovanja o državnoj upravi i upravnom pravu, pri čemu se nastoji razlikovanje "umovanja javno-pravnoga" od "umovanja privatno-pravnoga" provesti, dašto unutar "romano-germaničkoga pravnog rasudjivanja".

U svjetlu takvoga pristupa razmatra se u ovomu radu "javno-privatno ortaštvo" kao jedan od institutâ s elementima "javno-pravnosti", pri tomu suprotstavljajući ga uredjenju "javne nabave" i uredjenju "koncesioniranja", uredjenjima kakva se odlikuju s osobitim vrstima upravno-pravnih postupanjâ.

Ključne riječi: javno-privatno ortaštvo, ortaštvo, zajednička ulaganja, koncesioniranje, javna nabava, javno pravo, privatno pravo, javna služba

1. POSTAVLJANJE PROBLEMA

(1) Kaže se da bi se po crti "tradicija i tranzicija" u promišljanjima o, a onda i u praktičkim nastojanjima k, "suvremenoj javnoj upravi", trebalo i neke zasebne teme obraditi, teme kao što su to, primjerice, ove: "javna služba" (*service public ; öffentlicher Dienst*), "upravni ugovori" (*contrats administratifs; Verwaltungsverträge*), "koncesije", dotično "koncesioniranje" (*concessions, resp. concessionnisme ; Zugeständnisse, bzw. Abtretungen*), "javna nabava" (*marchés publics ; öffentliche Aufträge (Geschäfte der öffentlichen Hand)*), "javno-privatno ortaštvo" (*partenariat publico-privé ; öffentlich-private Partnerschaft*), etc. Kako se to, inače, znantveno, problematizira, riječ bi bila, što je pomalo i očitim, o institutima upravnoga prava koji sadrže, kako koji i dašto u različitom opsegu, neka od počelâ "javno-pravnosti" (*publico-juridicité ; Öffentlich-rechtlichkeit*).

Kada se pak odnosne teme razvidi s motrišta "uprave", dotično "javne uprave" (*administration, resp. administation publique ; Verwaltung, bzw. öffentliche*

Verwaltung), kao djelatnosti usmjerene s promicanjem vr'jednotâ nacionalnih institucijâ, prije svega države kao nacionalne institucije, dolazi se do zaključka da je riječ "modovima upravnoga djelovanja" (*modes d'action administrative; verwaltende Handlungsarten*), predmnijevajući da su gotovo svi takvi modovi na ononarečeni način pobrojani, dakle svi osim "redarstva" (*police ; Wachtmeisterschaft (Polizei)*).

S motrišta upravnoga prava, moglo bi se govoriti o zasebnim pravnim institutima kroz koje se izražava sva ona upravna djelovanja koja ne poprimaju karakter policije, ali predmnijevajući da je uvijek riječ, baš kao i u slučaju policije, o "zadovoljavanju potrebâ od općega interesa" (*satisfaction des besoins de l'intérêt général ; Befriedigung der Bedarfe vom allgemeinen Belange*). Trebalo bi, u daljnjemu, prokazati opće značenje i osebjnosti odnosnih počelâ, dotično počela "javno-pravnosti", u pojedinih od onih institutâ, s tim da se započne s "koncesioniranjem", pa idući preko "javne nabave" zaključi s "javno-privatnim ortaštvom"^{1[1]}.

(2) Čim neka institucija, neki institut, imade ma kakvoga počela "javno-pravnosti" dade ga se, a to većina i čini, zahvatiti s pojmom "uprave", pak se tako i veli da se upravu može u institucionalnomu smislu shvatiti kao "ustrojstvo državnih vlasti" (*organisation des pouvoirs étatiques ; Aufbauen der Staatsgewalten*) kako takve sproću zakonodavstva i sudbenosti proizlaze iz "sustava odvjnosti vlasti" (*système de séparation des pouvoirs ; System mit Gewaltentrennung*), pri čemu se ne postavlja pitanje sadržaja djelatnosti što ih takvo ustrojstvo, upravno ustrojstvo, kao svoje poslanje tjera, kao niti načina na koji to izvodi (P. Moor).

Naravno, kada se postavi pitanje sadržaja i načina upravnoga djelovanja, znači da se upravnoga ustrojstva razmatra s motrišta "funkcionalnoga", što će reći u smislu odvojenosti funkcije "zakonodavne" (*législative ; Gesetzgebung*) i funkcije "sudbene" (*jurisdiction ; Gerichtswesen*) od funkcije "izvršitbene" (*exécutive ;*

¹ Isp. za, i to : (a) crtu "tradicije i tranzicije" – riječ je o izričaju iz naziva Hrvatsko-francuskoga pravnog simpozija : "Prema suvremenoj javnoj upravi – Tradicije i tranzicije – Djelo i utjecaj francuskoga Državnog savjeta" (*Vers l'administration moderne – Traditions et Transitions – L'oeuvre et l'influence du Conseil d'Etat français*), Split, 22. – 23. listopada 2007. ; (b) opće-teoretske postavke o odnošajima s počelima "javno-pravnosti" te "modove upravnoga djelovanja" – I. Krbek, *Upravno pravo* , J. Š., Zagreb, 1929., knj. I., str.1. – 96., posebice str. 1. – 10., 17. – 20., 39. – 41., 58. – 59., 65. – 70., 92., 94. (dalje kao : I. Krbek, *Upravno pravo* (I/1929) ; I. Krbek, *Upravno pravo* , J. Š., Zagreb, 1932., knj. II., str. 1. – 92., posebice str. 59. – 92. (dalje kao : I. Krbek, *Upravno pravo* (II/1932.) ; G. Vedel – P. Delvolvé, *Droit administratif* , P. U. F., Paris, 1992., t. 1., str. 26. – 38., 77. – 94., 227. – 231., 369. – 443. ; t. 2., str. 596. – 674., 723. – 792. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* , L. G. D. J., Paris, t. 2., 1992., t. 3. et 4., 1990. ; E. Forsthooff, *Allgemeines Verwaltungsrecht* , C. H. Beck'sche Verlag, München, 1973., str. 273. – 289. ; J. Salzwedel, *Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen* , in H.-U. Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht* , W. de Gruyter, Berlin, 1995., str. 521. – 579. ; P. Moor, *Droit administratif* , Staempfli, Berne, 1991. – 1994., sv. I. (1994.), str. 1. – 21., 387. – 416. ; sv. II. (1991.), str. 237. – 327. ; sv. III. (1992.), str. 91. – 153., 253. – 396. ; B. Babac, *Upravno pravo – Odabrana poglavlja iz teorije i praxisa* , Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2004., str. 3. – 49., 639. – 673., 711. – 735. (u daljnjemu se naznačuje kao : B. Babac, *Upravno pravo*) ; (c) naravno, u svezi s tim (toč. (a) i (b)) "potrebe od općega interesa što ih se zadovoljava s policijskim djelovanjima" obuhvaća se s pojmom "obdržavanja javnoga poretka u funkciji istrajnosti nacionalnoga života" – G. Vedel et P. Delvolvé, op. cit., t. 1., str. 31. – 33., t. 2., str. 677. – 722.

Vollstreckung), pri čemu se od strane većine zauzimalje i zastupa stav da ova potonja, funkcija izvršitbena, dotično upravna, iz ukupnosti državnih zadataka obuhvaća sve ono što nije ustegnuto za funkciju zakonodavnu i onu sudbenu (P. Moor).

Medjutim, može se, i treba se, kada se u obzir uzme da je svrhom svake bez obzira koliko "državne" ili koliko "podržavljene" službe (*service étatique, resp. service étatisé; Staatsdienst, bzw. verstaatlichter Dienst*) zadovoljavanje neke potrebe od općega interesa – ovdje će se takve službe kao ukupnost nazvati "upravnom službom" (*service administratif; Verwaltungsdienst*) - pomišljati se na "nadležna upravna služba" (*autorités du service administratif; Behörden verwaltenden Dienstes*) kojima se s obzirom na onu svrhu od općega interesa priznaje zasebne ali iz vrhovništva nacionalnoga izvedene ovlasti na odlučnja jednostrana (*prérogatives, resp. pouvoirs d'octroi; Vorrangsrechte, bzw. Oktroyierungsmächte*) (G. Vedel, P. Delvolvé)^{2[2]}.

(3) Kada se pak stvar razmatra s motrišta zadovoljenja potrebâ, ispada da se tjeranje neke službe uvijek sastoji u pružanju uslugâ, dotično činidaba (*fournissement de prestations; Versorgung von Nutzleistungen*), pa je tako i s onom upravnom službom (*prestations du service administratif; Nutzleistungen des Verwaltungsdienstes*), bez obzira, načelno, je li riječ o "policiji", "javnoj službi" ili kakvom drugom modu tjeranja upravne službe. Samo, tu se mora još neke distinkcije naznačiti.

Prvo, kaže se da za policiju nije svojstvenim pružanje uslugâ – to ne bi bio njezin način djelovanja, već da je to izdavanje naredaba – pojedinačnih (npr. radi ishodjenja razlaza skupa koji ugrožava javni red i mir), ili propisivačkih (npr. za osebujna postupanja policijska), dočim bi za modove tjeranja ostalih upravnih službi bilo svojstvenim ono "pružanje činidaba", i to se s pravom tvrdi, ali samo načelno premda i praktički opipljivo.

Drugo, niti policija može uvijek djelovati samo s naredbama – kadkada se mora i policija utjecati pružanju činidbe – npr. kada napušteno dojenče treba u sukladnu ustanovu predati; a niti se javna služba i ostali modovi tjeranja upravne službe svode samo na pružanje činidaba – pružanje činidaba od općega interesa ne će ići bez stanovitih ovlasti na odlučnja jednostrana, npr. centar za socijalnu skrb mora biti ovlašten na povjeravanje skrbi nad djetetom kakvom udomitelju ili udomiteljskoj ustanovi^{3[3]}.

² Isp. za, i to : (a) upravu kao "ustrojstvo državnih vlasti" – P. Moor, *Droit administratif* ..., supra, t. I., str. 2. – 3.; (b) razmatranje "upravne službe" s motrišta "funkcionalnoga" – P. Moor, op. cit., supra, t. I., str. 3. – 4.; (c) upravno-izvršitbene ovlasti kao "ovlasti na odlučnja jednostrana" – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. I., str. 35. – 37.; medjutim, paradigmatičke zasade za umovanje o "ovlastima na odlučnja jednostrana" postavio je još M. Weber : *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976. (1922.), str. 28. – 30. (u daljnjemu kao : M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*).

³ Isp. za, i to : (a) paradigmatičke zasade teorije "uslugâ", dotično "korisnih činidaba" – M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* ..., supra, str. 31. et s.; (b) različitost i jedinstvenost "policije" i "javne službe" – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. I., str. 31. – 34.; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra; (c) Hrvatski ustav – Ustav

(4) Može se i o javnim obskrbljivanjima (*approvisionnement publics ; öffentliche Anschaffungen*) govoriti, zapravo o "javnim nabavama" (*marchés publics ; öffentliche Aufträge (Geschäfte der öffentlichen Hand)*), što će reći o nabavama u svezi s potrebama tijelâ države i drugih osobâ javnoga prava, kao i tijelâ i pravnih osobâ s javnim ovlastima (javno-pravna tijela). *Ex definitione*, treba se pojam "javnoga" (*public ; öffentlich*), pa i pojam "javne nabave", što je posvema logičnim i opravdanim, razmatrati u suvislosti s promicanjem vrijednosti institucije države i drugih nacionalnih institucijâ.

Javno nabavljanje predmnijeva, barem kako to sada hrvatski propisi kazivaju, "sklapanje ugovora s financijskim interesom", što bi se, vlasnički-pravno, reklo raspolaganje "javno-financijskom imovinom" (*patrimoine publico-financier ; öffentlich-finanzielles Vermögen*). Tu je, dakle, riječ o "imovini iz privatne domene države ili kakve druge osobe javnoga prava" (*patrimoine du domaine privé de l'État ou d'une autre personne du droit public ; Vermögen aus dem Privatgebiet des Staates oder einer anderen Person öffentlichen Rechts*) – što je francuskim pravnim shvaćanjem, dotično "financijske imovine države ili druge osobe javnoga prava" (*patrimoine financier de l'État ou d'une autre personne du droit public ; öffentliches Finanzvermögen*) – što je njemačkim pravnim shvaćanjem.

Tu okolnost da kakvo dobro ili imovinska cjelina kakva služi promicanju institucionalno određenih vrijednosti obično se izražava s pomoću pojma ili kategorije "općega interesa" (*intérêt général ; allgemeiner Belang*), s pomoću pojma s kojim se nastoji izraziti one "interese zajednice u kojima udjela imadu svi" (*intérêts partagés, teilnehmende Belange*), a promicanje kojih bi aktualno osposobljavalo pojedince i društvene grupe da si osiguraju koristi koje ne bi inače mogli uživati. Postojanje države sâme, i drugih nacionalnih institucijâ, može se jedino s takvim razlozima, logički i zbiljski, opravdati, i unutar toga istog okvira i one s promicanjem vrijednosti institucije države i drugih nacionalnih institucijâ određene svrhe što ju se namjerava postizati ^{4[4]}.

Republike Hrvatske, Narodne Novine br. 56/90, 135/97, 8/98 (proč. tekst), 113/00, 124/00 (proč. tekst), 28/01, 41/01 (proč. tekst), 55/01 (ispr. proč. teksta) (Us.R.Hr.-Proč.) - vrlo je siromašnim što se tiče određenja "državne uprave" i "javne službe" – isp. u njegovim člancima 60., 116.

⁴ Isp. za, i to : (a) vlasnička raspolaganja od strane osobâ javnoga prava glasom prava hrvatskoga - u člancima 1. - 9., 30. - 35. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne Novine br. 91/96, 137/99 (Odl. Us.s.R.Hr.), 22/00, 73/00, 114/01 (Z.Vls.Stv.), poglavito u svezi s člancima 2. i 3. toga Zakona ; (b) paradigmatičke iskaze o značenju "trajnih ovlasti raspolaganja" - s ekonomskim dobrima i uslugama – M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* ..., supra, str. 31. et s., 181. et s. ; (c) "interese u kojima sudjeluju svi" – papa Ioannes Paulus II., *Sollicitudo Rei Socialis*, okružnica papinska, od 30. prosinca 1987., u M. Valković ur., *Sto godina katoličkoga socialnog nauka, Kršćanska sadašnjost*, Zagreb, 1991., str. 573. – 624., posebice str. 577. (toč. 7.), gdje Sv. Otac kaže "da su zemaljska dobra namijenjena svima" ; (e) financijske suglede raspolaganja s javnom imovinom obuhvaćenim dobrima - R. Musgrave and P. Musgrave, *Javne financije u teoriji i praksi*, hrvatski prijevod, Institut za javne financije, Zagreb, 1993., str. 43. – 61., 121. – 172., 561. – 582. ; (f) izrazito naglašavanje "namjenjenosti dobra kakvoj općoj koristi" kao razgovjetnoga kriterija za određivanje javne imovine, dotično "dobra u kojima imadu udjela svi", pa po toj crti i kriterija raspolaganja takvom imovinom – naročito je naglašeno u francuskih pisaca, npr. : M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Recueil Sirey, Paris, 1969. (1958.), str. 504. – 511. (u daljnjemu kao : *Traité*) ; J.-M. Auby et al., *Droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 2003., str. 3. – 10., 16. – 22. ; (g) francusko shvaćanje "državne domene" – npr. M. Waline, *Traité* ..., op. cit., supra, str. 504. – 540. (*domaine public*), str. 541. – 547. (*domaine privé*) ; (h) njemačko

(5) Ipak, to nipošto ne znači da se nabavljanja što ih poduzimaju osobe javnoga prava ne bi moglo i s motrišta "poduzetničkoga" razmatrati, što će reći javnoga naručitelja razmatrati kao bilo kojega drugog naručitelja, dotično privatnoga naručitelja, što pravno znači, osim svega da se za nabavljanje od strane osoba javnoga prava ne bi razvijalo neka zasebna pravila, dakle se ne bi za to neko zasebno pravno uređenje niti uspostavljalo, što bi u konačnici značilo podvrgavanje njihovoga nabavljanja pravilima građanskoga, dotično trgovačkoga prava. Ovakvo uređenje obično će se naći u gotovo svim zemljama anglo-saxonskoga pravnog kruga, ali ipak uz korektiv sastojeći se u uspostavljanju tzv. javnih korporacijâ kao neodvisnih i visoko-autnomnih pravnih osoba preko kojih država te jedinice lokalne i regionalne samouprave, kao i druge javne vlasti, tjeraju svoje poslovanje među ostalim i u svezi s javnim nabavama.

Zamislivim je, a po hrvatskomu pravu i važećim, i tzv. "mješoviti sustav javnoga nabavljanja" (*systeme mixte de marchés publics ; Mischsystem von Geschäften der öffentlichen Hand*), mješovit po tomu što se zasebne odredbenice, a to znači i zasebno uređenje propisuje samo za "postupke javne nabave svih vrijednosti u kojima se sklapa ugovore o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe i ugovore o javnim uslugama" – uključujući i postupke zaštite prava, dočim je sve ostalo podvrgnuto, ukoliko s nekim drugim zasebnim zakonom ne bi što drugo bilo određeno, pravilima građanskoga, dotično trgovačkoga prava, prije svega izvršavanje ugovora i nadziranje izvršenja i okončanja predmetne transakcije u ukupnosti. Koliko je to ispravnim s motrišta podvrgavanja javnoj odgovornosti, moglo bi se odgovoriti samo na podlozi kakvoga zasebnog istraživanja, ali jedno je jasnim : već i okolnost što se javnu nabavu glasom hrvatskoga prava svodi samo na ononarečene "postupke sklapanja ugovora" ne daje puno podloge za imalo "razumna očekivanja" u tom smislu.

Najosebujnijim je, ipak, francusko uređenje "upravnoga ugovaranja" (*marché public ; öffentliche Geschäfte*), uređenje u kojemu se provodi razlikovanje između "upravnih ugovorâ" (*contrats administratifs ; Verwaltungsverträge*) i "ugovora javne uprave glasom općega, dotično privatnoga prava" (*contrats de droit commun de l'Administration ; Verträge von Verwaltung laut allgemeines Recht, bzw. bürgerliches Recht*), s tim što se, onda, osobama javnoga prava kadkada ali ne i uvijek, dakle ne općenito već samo u izvjesnom broju slučajeva, priznaje izbor za ovu ili onu inačicu : one se mogu čisto i jednostavno koristiti pravnim okvirom što im ga nudi Gradjanski zakonik (*Code civil ; Bürgerliches Gesetzbuch*), ili suprotno tomu, podvrgnuti se izvjesnom osebujnom pravnom uređenju, uređenju upravnoga ugovaranja. To imade za posljedicu, prvo, da, u biti, pravno uređenje ugovora što ih osobe javnoga prava sklope glasom općega prava jest onaj od Gradjanskoga zakonika, dočim "upravni" karakter nekoga ugovora podvrgava uređenju načelno različitom od onoga za kojega važe pravila

"mješovito" shvaćanje javne stvari – npr. W. Jellinek : *Verwaltungsrecht*, J. Springer, Berlin, 1929., str. 483. et s. ; (i) općega interesa kao kriterijalne veličine za javno-pravno rasudjivanje – npr., G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. I., str. 33., 516. et s., 643. ; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 43. – 49., 637. – 673.

gradjanskoga prava ; drugo, sudbenost nad ugovorom privatnoga prava pripada gradjanskomu sudcu a nad upravnim ugovorom – upravnom sudcu. Pravno je zbog toga važnim odrediti pravnu narav ugovora u pitanju, jer sve što se tiče njegove interpretacije, valjanosti i izvršenja ne će biti prosudjivano u funkciji istih pravilâ od strane jednoga ili drugoga uređenja sudbenoga ^{5[5]}.

(6) Zahvaljujući svojemu zakonodavstvu, sudskoj praksi, naročito u onoj od Državnog vijeća (*Conseil d'État*) i snažnoj stvarateljski utjecajnoj pravnoj doktrini oblikovalo se u Francuskoj koncepciju "upravnoga ugovora" (*contrat administratif ; Verwaltungsvertrag*), kao posebnu vrst ugovora u kojima je država ili neka druga osoba javnoga prava ugovornom stranom. Takve se, dotično upravne ugovore, zaključuje s pojedincima i pravnim osobama o javnim nabavama robe (*les marchés de fournitures*), o izvodjenju javnih radova (*les marchés de travaux publics*), o prijevozu (*les marchés de transport*), o koncesioniranju javne službe (*la concession de service public*), o javnom zajmu (*emprunt public*), etc.

Upravni se ugovor se razlikuje o gradjansko-pravnoga ugovora, i to u dvije stvari :

a/ što se tiče svojega sućanstva – pravno uređenje ugovorâ privatnoga prava što, pa i onih što bi ih zaključilo koje tijelo osobâ javnoga prava ili osobâ od općega gospodarskog interesa izvodi se iz Gradjanskoga zakonika (*Code civil; bürgerliches Gesetzbuch*), dočim ugovor naravi 'upravne', suprotivno tomu, podpada pod cjelinu osebujnih pravilâ kadkada u temelju različitih od pravilâ gradjanskoga, dotično trgovačkoga, prava ;

b/ što se tiče prijepora (sudbenoga) – nadležnost sudbena pripada gradjanskomu sudcu za ugovore gradjanskoga, dotično trgovačkoga, prava, upravnomu sudcu pak za upravne ugovore.

Kriteriji razlikovanja upravnih ugovorâ od onih gradjansko-pravnih odnose se, s jedne strane, na ugovorne stranke – pak se tada govori o kriterijima organičkim, te s druge strane, na sadržaja ugovora – pak se tada govori o kriterijima materijalnim. S tim u svezi valja dvije stvari primijetiti, a to je :

(a) da je odnosno razlikovanje mogućim provoditi tek kada se utvrdi da je riječ o istinskomu ugovoru, što će reći o aktu koji proizlazi iz suglasja voljâ nekolicine stranaka, dotično treba tek kada se pripozna postojanje istinskoga ugovora ispitivati je li riječ o upravnomu ugovoru ili o onomu gradjanskoga prava ;

(b) da se kriterije organičke i kriterije materialne koji omogućuju provoditi ono razlučivanje mora, što je najčešće, kombinirati : osim slučaja ugovorâ što ih međusobno zaključuje osobe javnoga prava, ti su kriteriji ne alternativnim već

⁵ Isp. za, i to : (a) anglo-saxonsko uređenje javnih korporacijâ – W. Friedman, cit. po E. Pusić, *Upravni sistemi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1975., str. 61. – 62. ; (b) hrvatsko uređenje javne nabave – u *Zakonu o javnoj nabavi*, Narodne Novine br. 110/07 (Z.Jav.Nab.-07), s kojim je dokinut neposredno predhodeći *Zakon o javnoj nabavi*, Narodne Novine br. 117/01, 197/03 (Ur.), 92/05 (Z.Jav. Nab.-01) ; (c) francuski "upravni ugovor" – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 1. str. 369. – 443. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; J.-M. de Forge, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995. (1991.), str. 69. – 84. ...

kumulativnim, a tek unutar svake od tih kategorijâ kriteriji su alternativni ; u svakomu slućaju, mora se i jedne i druge pridodavati u ugovor da bi ga se moglo pripoznati kao upravni ^{6[6]} .

(7) Naćelno, javnim je vlastima od volje sklapati upravne ugovore ne zalazeći u pitanje ma koje kategorije od takvih. Ono što se ovdje sproću okolnosti da hrvatsko pravo takvu vrst ugovora ne poznaje općenito treba, pozivom na pravo francusko, učiniti, jest iznijeti samo općenite naznaćnice o takvim ugovorima. Najtipićnijim su ove kategorije upravnih ugovora, i to :

a/ koncesioniranje javne sluźbe (*concession de service public ; Abtretung öffentlichen Dienstes*) – to je tipićnim upravnim ugovorom zbog sâmoga njihovog predmetka, sastojeći se u tomu da se nekomu pojedincu povjeri "gospodarenje javnom sluźbom" ; takvi se upravni ugovori oćituju naglaćenim osebjnostima : slobodnim izborom koncesionara – što je samo posljedicom da se već *ex lege* takve smatra ugovorima *intuitu personae* - što nije slućajem glasom prava hrvatskoga, propisivaćkom naravi zaporki koje se odnose na ustrojstvo javne sluźbe, ogranićavanjem izvjesnih ovlasti javnih nadleštava na jednostrano sankcioniranje i proširene ovlasti sudbenoga nadziranja nad porabom takvih ovlasti, što su sve stvari koje u hrvatskomu pravu figuriraju kao predmet zasebnoga "ugovora o koncesiji" – kojega se sklapa na podlozi upravnoga akta o podjeljivanju koncesije ;

b/ poslovi javnih radova (*marché de travaux publics ; öffentliche Bauten*), a to su poslovi koji za predmet imadu izvodjenje od strane kakvoga poduzetnika nekih javnih radova, i to je ćistim upravnim ugovorom iskljućivo po odredjenju zakona, dakle bez obzira na kriterij stranaka ili na druge, organićke ili materijalne kriterije, uz daljnje posljedke da su to, baš kao i ugovori o koncesioniranju, onima *intuitu personae* - što opetoma nije slućajem u hrvatskom pravu, zatim strogo nadziranje od strane javne uprave, odgovornost poduzetnika za štete što ih u izvodjenju radova prouzroće treći, etc. ;

c/ poslovi dobavljanja (*marchés de fournitures ; Vergabe von Lieferungsaufrägen*) za predmet imadu isporuku namirnicâ, robe ili pokretnih stvari, poslovi pruźanja uslugâ, izvršivanje ćinidaba u naravi, kao što su to prijevoz dobara ili osobâ ili pospremanje poslovnih uređâ i slićnih prostorijâ.

Glasom prava francuskoga imade se i raznih drugih ali vrlo raznolićnih upravnih ugovorâ, koji su takve kvalifikacije bilo zbog toga što sadrže, kao što je to već pripomenuto, zaposjedanje javne imovine, bilo zbog toga što je rijeć o zaposlenjima u javnoj sluźbi, bilo zbog predmeta ekonomskoga odnosećega se na obavljanje javne sluźbe, etc. Medjutim, pravilom je da javno-pravna tijela svoje ovlasti na odlućenja jednostrana izvršivaju u obliku upravnih akata. Kada

⁶ Isp. za, i to : (a) hrvatsko uređjenje raspolaganja javnom imovinom - B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 711. – 735. ; (b) hrvatsko uređjenje javne nabave – u *Z.Jav.Nab.* , supra, s kojim je dokinut neposredno predhodeći *Z. Jav.Nab.* , supra ; (c) francuski "upravni ugovor" – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 1. str. 369. – 443. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet : *Traité de droit administratif* ..., supra ; J.-M. de Forge, *Droit administratif* ..., supra, str. 69. – 84. ...

je to, dakle, dopuštenim utjecati će se odnosna tijela i upravnom ugovaranju. Ovo potonje ne razlikuje se niti načelno niti praktički opipljivo sproću ugovaranja privatnoga. Okolnost što bi u pitanju bili upravni ugovori samo se u tomu očituje posebice, što potonji proizlaze iz izvjesne vrlo zamršene procedure, što ih se ne zaključuje posvema slobodno te što ih se zaključuje samo u izvjesnim oblicima, kao i uz dopuštenost pokojih odstupanjâ od općega prava. Od više osebnijih pravilâ upravnoga ugovaranja, kao što su : obvezatnost pisanoga oblika, zamršenost procedure sklapanja, zahtijevana svojstva povjerenika koji ugovor sklapa, potrebitost predhodnoga ili naknadnoga odobrenja, mora se, sproću potrebâ obnove javno-pravnoga shvaćanja, dotično romano-germaničkoga pravnog rasudjivanja u Hrvatskoj, ukazati na problem slobode izbora su-ugovornika od strane javno-pravnoga tijela glasom prava francuskoga.

Slobodan izbor su-ugovornika na strani javno-pravnoga tijela otvara prostora za dvije velike opasnosti : pogodovanje (naročito od strane lokalnih povjerenikâ) stanovitih poduzetnikâ, te slabo zazivanje i utjecanje konkurenciji. Medjutim, kada je osoba su-ugovornika jednim od bitnih elemenata ugovora, sloboda izbora na strani javno-pravnoga tijela morala bi biti usčuvanom. Ovo potonje, sloboda izbora, posebice se, za razliku od prava hrvatskoga, slijedi u koncesioniranju javne službe te u ugovaranju javnih radova. Dašto, s pojedinim zakonskim odredbenicama može se u korist stanovitih institucijâ – npr. jedinice lokalne samouprave, javne ustanove, etc. - dodijeliti pravo prvenstva, ili ograničiti slobodu izbora na strani javno-pravnoga tijela, a takve slučajeve pozna i pravo hrvatsko. Bio izbor na strani javno-pravnoga tijela slobodnim ili ne, uvijek se mora, ovoliko ili onoliko, podstrekavati "slobodu tržišnoga natjecanja", dotično upravno ugovaranje podvrgnuti silama (poduzetničko-tržišne) konkurencije. U svezi pak s zajamčivanjem konkurentnosti, razvilo se i uspostavilo tri naročita upravno-pravna postupanja, a ta su : javni natječaj ili nadmetanje (*voie d'adjudication ; Versteigerung*) ; javno prikupljanje ponudâ (*appel d'offres ; Aufforderung zu den Angeboten*) ; vlastiti izbor nadležnoga javno-pravnoga tijela (*marché de gré à gré (négociation) ; Geschäft freihändig entschieden*)), ovisno o tomu koliko je to s zakonom izrijekm dopuštenim. Takva pravna postupanja, uz ne previše značajne varijacije, postoje i glasom prava hrvatskoga ^{7[7]}.

(8) Od strane hrvatske Vlade i najjačih gospodarskih krugova puno se očekuje od prakticiranja "suradnje javnoga i privatnog sektora". U izočnosti postojanja zasebnoga zakona o tomu, s pomoću rečenih Vladinih Smjernicâ (2006.), i pozivom na europsku Zelenu knjigu (2004.) te i europske Naputke (2006.), uvodi se zbog toga u hrvatski pravni poredak "javno-privatno ortaštvo", s tim što odnosne Smjernice ciljaju jedino na njegove "ugovorne oblike" (*formes contractuelles du partenariat publico-privé ; vertragliche Gestalten der öffentlich-privaten Partnerschaft*), za razliku onih europskih listinâ koje poznaju i njegove

⁷ Isp. G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 1., str. 369. – 397. ; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 637. – 735. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; J.-M. de Forge, *Droit administratif* ..., supra, str. 69. – 84.

“institucionalne oblike” (*formes institutionnelles du partenariat publico-privé ; veranstaltende Gestalten der öffentlich-privaten Partnerschaft*).

Od više legitimizacijskih razlogâ za uvodjenje “javno-privatnoga ortaštva” u hrvatski pravni poredak hrvatska Vlada posebice ove ističe, i to :

(a) da model “javno-privatnoga ortaštva” omogućuje “projektiranje, izgradnju, održavanje i upravljanje infrastrukturnih i sličnih društvenih programa” takvo da u ostvarenju ključnu ulogu dobiva sudjelovanje baš privatnih ortakâ ;

(b) da proračunska ograničenja s kojima se suočava kako država tako i lokalna i regionalna samouprava izazivlju potrebu privatnoga financiranja javnoga sektora (*besoin du financement privé du secteur public ; Bedarf für Privatfinanzierung der öffentlichen Hand*) ;

(c) s tim u svezi (toč. (b) supra)) stoji, s jedne strane, želja za većom koristi što ju mogu u javnomu životu pružiti znanje i iskustvo te radne metode privatnoga sektora (*savoir-faire et méthodes de travail du secteur privé ; technisches Können und Methoden der Privatwirtschaft*), te s druge strane, nužnost da se ulogu javnoga sektora kao izravnoga (poslovnog) subjekta pretvori u ulogu organizatora, regulatora i kontrolora.

Nije se, pri svemu tomu, propustilo izrijekom se pozvati na europsku Zelenu knjigu (2004.) u kojoj se ističe da se izričaj “javno-privatno ortaštvo” odnosi, kako to naznačuju Vladine Smjernice, na “različite oblike suradnje izmedju tijelâ javnoga sektora i privatnoga poduzetništva, svrhom kakvih je osigurati financiranje, podizanje, obnovu, upravljanje ili održavanje gradjevinâ ili pružanje uslugâ”^{8[8]}.

(9) Uvodjenje “javno-privatnoga ortaštva” kao novoga pravno-gospodarskoga instituta u svezi s zadovoljavanjem potrebâ od općega interesa imati će, čini se, posvema drugčije su-odnosnice i nuzposljedice u francuskomu pravu sproću prava hrvatskoga, posebice kada se u obzir uzme da se “ugovaranje javno-privatnoga ortaštva” u Hrvatskoj odvija u izočnosti sukladnoga zakona ili uredbe, a uz postojanje jedino Vladinih Smjernicâ (2006.) koje, čini se (cf. infra) značajno odstupaju od pravilâ europske Zelene knjige i europskih Naputaka, dakle :

⁸ Isp. za, i to : (a) francusko uređenje „upravnih ugovora“ kao zasebno pravno uređenje – G. Vedel et P. Delvolvé : *Droit administratif* ..., supra, sv. 1., str. 369. – 443., posebice str. 371. – 397. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; (b) hrvatska pravila o “javno-privatnom ortaštvu” – Vlada Republike Hrvatske : *Smjernice za primjenu ugovornih oblika javno-privatnoga partnerstva (JPP)*, Narodne Novine br. 98/06 (u daljnjemu tekstu : Vladine Smjernice (2006.)) ; (c) europska pravila o “javno-privatnomu ortaštvu” – European Commission : (aa) *Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions*, COM (2004), Bruxelles 2004 (u daljnjemu tekstu : europska Zelena knjiga (2004.)) ; (bb) *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, COM (2003), Bruxelles, 2003. (u daljnjemu tekstu : europski Naputci (2006.)) ; (d) “javno-privatno ortaštvo” u Francuskoj – Y. Gaudemet : *Le partenariat publico-privé en France*, izlaganje na hrvatsko-francuskom pravnom simpoziju, cf. u bilj. 1., supra ; (d) javno-privatno ortaštvo u Hrvatskoj – J. Šimović et al. : *Javno-privatno partnerstvo kao nefiskalni instrument financiranja javnih interesa*, Hrvatska javna uprava, Zagreb, 2007., 1/07, str. 171. – 201. (e) retoriku legitimacije hrvatske Vlade (toč. (a) – (c) supra) – u stavku 2. toč. 1. Vladinih Smjernicâ (2006.), supra, a za njezinu interpretaciju stavova europske Zelene knjige (2004.) – u stavku 8. toč. 1. njezinih Smjernicâ (2006.), supra.

1/ Što se tiče prava francuskoga, "javno-privatno ortaštvo" upada u "uredjenje upravnih ugovora" kao zasebno pravno uredjenje : glasom prava francuskoga, "javno-privatno ortaštvo" uvijek je i "upravnim ugovorom", pak ne može biti drugo dopuštenim, bilo da je "ugovornim" ili "institucionalnim", da podpadne pod neko drugo pravno uredjenje, osim pod ono od "upravnih ugovorâ". Naime, u prakticiranju takvoga ortaštva kao jedna od stranaka uvijek figurira i neka od osoba javnoga prava, dotično njezino tijelo ili ustanova, i uz odstupanja od općega prava onoliko samo koliko za to zakon ili uredba mogućnosti otvaraju.

2/ Drugčije stoji stvar s uvodjenjem "javno-privatnoga ortaštva" u hrvatski pravni poredak. Naime, hrvatsko pravo ne poznaje "uredjenje upravnoga ugovora" kao zasebno pravno uredjenje, već samo pojedine upravne ugovore – npr. onoga o koncesioniranju, o javnim nabavama, o privatizacijama, etc. To znači da se za prakticiranje "javno-privatnoga ortaštva" imade opet jedno daljnje zasebno pravno uredjenje oblikovati, ali u izočnosti zakona koji bi takvomu ortaštvu sukladnoga pravnog instituta uspostavio.

Drugim riječima, u sklapanju (javno-pravnih) institutâ u svezi s zadovoljavanjem potrebâ od općega interesa, francusko pravo barata s veličinom koju se označuje kao "odstupanja od općega prava" ili "zaporke koje prelaze okvire općega prava" (*par dérogations au droit commun ou clauses exorbitantes du droit commun; in Abweichung vom gemeinen Recht oder Klauseln vom gemeinen Recht abweichend*), dočim hrvatsko pravo oblikuje institut po institut ali nejednako naglašavajući obzire općega interesa. A tako je i s "javno-privatnim ortaštvom", kojega se hoće još k svemu bez oslona na opće, građansko pravo uspostaviti, i uz tendenciju da se sva općega interesa izražavajuća javno-pravna ograničenja takva da bi "smetala" razmahivanju javno-privatnoga uortačivanja dokine. K tomu, u Francuskoj zakonitost "upravnih ugovora", posebice s motrišta promicanja općega interesa, prosudjuje Državno vijeće kao vrhovno upravno sudište i drugi upravni sudovi, dočim u Hrvatskoj upravno sudište – Upravni sud Republike Hrvatske – jest nadležnim za prosudjivanje zakonitosti ali samo upravnih akata kada su takvi, i ako su, podlogom za sklapanje (nekih) upravnih ugovorâ (potonje je slučajem, npr., u koncesioniranju), dočim su u drugim slučajevima i u svemu ostalom nadležnim redoviti sudovi.

Najkritičnijom je pak pitanje prevladavajućega pravnog umovanja u doba uvodjenja pojedinih javno-pravnih institutâ u nas, a posebice "javno-privatnoga ortaštva". U Republici Hrvatskoj, naime, jest, s obzirom na dugogodišnje postojanje komunističkoga poretka, zaboravljenim razlikovanje "rasudjivanja javno-pravnoga" (*raisonnement publico-juridique ; öffentlich-rechtliche Beurteilung*) sproću onoga "privatno-pravnoga" (*raisonnement juridico-privé ; privat-rechtliche Beurteilung*), tako da se tijekom procesa obnavljanja "romano-germaničkoga pravnog shvaćanja" (*entendement juridique du genre romano-germanique ; romanisch-germanische Rechtsauffassung*) vrlo teško – s obzirom na situaciju zatečenu u doba građanskoga preokreta (1989./1990.) – probijaju "javno-pravna rasudjivanja" čak i u stvarima tipično "državotvornim" : u sprezi s

još uvijek velikom jačinom "privatizacijskih pritisaka" (*pressions de privatisation; Privatisationsdrucke*), izočnost svijesti o potrebi za javno-pravnim umovanjem naširoko je bila otvorila vrata razmahivanju privatno-pravnih umovanjâ, čak i o državnoj službi kao takvoj, prijeteći da ju rastoči u sustav privatnih podhvata (*système d'entreprises privées; System von Privatunternehmen*)^{9[9]}.

2. KONCESIONIRANJE S MOTRIŠTA UVODJENJA "JAVNO-PRIVATNOGA ORTAŠTVA"

(1) Kao što je to već bilo naviještenim (cf. podtoč. (1) toč. 1. supra)), oni ostali modovi tjeranja upravne službe mogu i oblik koncesioniranja (*concessionnisme; Abtretung*) poprimiti. I tako, dok se u francuskoj teoriji koncesiju, dotično koncesioniranje, povezuje, i pojmovno i praktički, s povjeravanjem, prepuštanjem, obavljanja javnih radova (*concession des travaux publics*), ili s povjeravanjem vršenja kakve osebujne javne službe - koncesionirane javne službe (*concession de service public*) kao jednoga od modova otpravljanja neke javne službe (*modes de gestion des services publics*) - drugi su "režija" (*régie*), te "gospodarenje javnom službom od strane poslovdje razlikovnoga naspram državi ili drugoj osobi javnoga prava koja je za službu odgovorna pod uređenjem što ga se propiše s zakonom i naredbom" (*la gestion du service public par un gérant distinct de l'Etat ou de la collectivité publique responsable sous un régime légal et réglementaire*), ili s "gospodarenjem dobrima u javnomu vlasništvu" (*la gestion des biens publics*), dotle se u nas, u Hrvatskoj, barem kako sada stvari stoje, koncesioniranje povezuje prije svega s ovim potonjim, dotično s "pravom gospodarskoga iskorištavanja prirodnih bogatstava te drugih dobara za koja je s zakonom odredjeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku" (*droit à l'exploitation des richesses naturelles et des autres biens qui d'après la loi sont biens de l'intérêt pour la République; Recht auf das Wirtschaften der Naturreichtümer und der anderen Güter die laut Gesetzen von dem Belange der Republik sind*), kao i s "pravom obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku te za podizanje gradjevinâ i postrojenjâ potrebitih za obavljanje takvih djelatnosti" (*droit d'exercer les activités de l'intérêt pour la République et à la construction ainsi qu'au montage d'équipements nécessaires à l'exécution de celles-là; Recht auf Verrichtung der Tätigkeiten die von dem Belange der Republik sind und auf die Errichtung der Gebäuden und Anlagen die zur Verrichtung der erwähnten Tätigkeiten notwendig sind*).

⁹ Isp. za, i to : (a) francusko uređenje „upravnih ugovora“ kao zasebno pravno uređenje – G. Vedel et P. Delvolvé : *Droit administratif* ..., supra, t. 1., str. 369. – 443., posebice str. 371. – 397. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; (b) hrvatska pravila o "javno-privatnom ortaštvu" – Vladine Smjernice (2006.), supra ; (c) europska pravila o "javno-privatnomu ortaštvu" – europska Zelena knjiga (2004.), supra ; europski Naputci (2006.), supra ; (d) "javno-privatno ortaštvo" u Francuskoj – Y. Gaudemet : *Le partenariat public-privé en France*, izlaganje na hrvatsko-francuskom pravnom simpoziju, iz bilj.1., supra ; (e) "javno-privatno ortaštvo" u Hrvatskoj – J. Šimović et al. : *Javno-privatno partnerstvo kao nefiskalni instrument u financiraju javnih interesa* ..., supra.

U tomu smislu, "koncesioniranje" figurira kao skup postupanjâ s pomoću kojih izvjesna osoba javnoga prava, tu i jedinice lokalne i regionalne (samo) uprave uključujući, dotično njezino javno-pravno tijelo zvano "vlast prepuštajuća" (*autorité concédante ; zugestehende Behörde*), povjerava izvjesnoj privatnoj osobi, pojedincu ili pravnoj osobi, nazivanoj koncesionar (*cessionnaire ; Inhaber eines Zugeständnisses*), brigu da uz obvezu promicanja općega interesa upravlja i gospodari izvjesnom javnom službom, ili izvodi javne radove ili dobrima od interesa za Republiku, ali pod nadzorom one vlasti prepuštajuće (*administration et gestion sous surveillance de l'autorité concédante ; Verwalten und Bewirtschaftung unter der Übersichtung der zugestehenden Behörde*) za izvjesnu nagradu (*rémunération ; Vergütung*) koja se, ovisno o okolnostima, sastoji bilo u davanjima što će ih koncesionar od korisnikâ one javne službe primati (*redevances perçues sur les usagers du service ; Beiträge die auf Benutzer des Dienstes eingezogen werden*), bilo u nadoknadama za usluge što ih u svezi s gospodarenjem općim ili javnim dobrima ili javnim radovima pruža korisnicima (*compensation au titre de prestation rendues ; Entgelte gegen Nutzleistungen die den Nutzer dargebracht werden*), bilo u kakvom drugom obeštećenju (*un autre dédommagement ; eine andere Entschädigung*), s tim što koncesionar za koncesiju, barem glasom prava hrvatskoga, plaća sukladnu nadoknadu (*compensation de concession ; Zugeständnisschädigung*).

Glasom prava hrvatskoga, to je uređenje u sklopu kojega se razlikuje dvije vrsti sastojaka. Jednim su od narečenih sastojaka oni koji se odnose na "akt nadležnoga javno-pravnog tijela s kojim se podjeljuje koncesiju", kao i "nadzorne ovlasti toga ili kojega drugog javno-pravnoga tijela nad odvijanjem koncesioniranja", a to je, s jedne strane, tipični upravni akt predmetkom kojega je, kao i upravnoga akta općenito, "odlučenje da se pojedincima ili pravnim osobama podijeli pravice ili nametne obveze u stvarima koncesioniranja kao naročitim pojedinačnim upravnim stvarima", a takve se pravice i obveze sastoje se u mogućnosti gospodarskoga iskorištavanja dobara od interesa za Republiku Hrvatsku, ili od tjeranja djelatnosti koje su od interesa za Republiku, te s druge strane, nadzorne ovlasti s pomoću kojih nadležna javno-pravna tijela osiguravaju da se koncesioniranje odvija u skladu s zakonom i ugovorom, a to je u svezi s drugim sastojcima koncesioniranja. Drugim su od sastojaka oni koji se odnose na "uređivanje međusobnih odnošaja" između, s jedne strane, javno-pravnoga tijela koje je vlasno podjeljivati koncesije (*autorité concédante ; zugestehende Behörde*) te, s druge strane, pojedinca ili pravne osobe koji s podjeljivanjem koncesije postaju "imateljima koncesije" (*ayants concession ; Inhaber eines Zugeständnisses*), dotično "koncesionarima" (*cessionnaires ; Konzessionäre*), a to se izvodi s pomoću naročitoga ugovora građanskoga prava, "ugovora o koncesioniranju" (u raznim hrvatskim zakonima : "ugovor o koncesiji") (*contrat de concession ; Zugeständnisvertrag*)^{10[10]}.

¹⁰ Isp. za, i to : (a) opće-teoretske postavke o odnošajima s počelima "javno-pravnosti" – I. Krbeč, *Upravno pravo* (I./1929.) str.1. – 96., posebice str. 1. – 10., 17. – 20., 39. – 41., 58. – 59., 65. – 70., 92., 94. ; I. Krbeč, *Upravno pravo* (II/1932), str. 1. – 92., posebice str. 59. – 92. ; G. Vedel – P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t.1., str. 26. – 38., 77. – 94., 227. – 231., 369. – 443. ; t. 2., str. 596. – 674.,

(2) U sklopu koncesioniranja, bitnim je, a i dostatnim, da koncesionar vuče svoje nagradjivanje, u ovom ili onomu obliku, iz tjeranja sâme (javne) službe, iz izvodjenja javnih radova ili iz gospodarenja općim ili javnim dobrima. Unatoč tomu, kako to iznose G. Vedel i P. Delvolvé, Državno vijeće (*Conseil d'État*) kao vrhovno upravno sudište u Francuskoj drži strogim ispunjenost pretpostavke o nagradjivanju suugovarača, dotično koncesionara, s davanjima od korisnikâ službe e da bi se moglo ugovor o koncesioniranju prepoznati, dotično smjelo o koncesioniranju govoriti.

Odredjivanje i prepoznatljivost koncesioniranja javne službe postali su, kako to opetoma tvrde G. Vedel i P. Delvolvé, još težim uslijed rasčlanjavanja modova povjeravanja javne službe (isp. infra), i to do te mjere da bi uređenje koncesioniranja moglo na svojoj osebnosti izgubiti. U tomu području, kao i za "javno nabavljanje" (*marchés publics ; Geschäfte der öffentlichen Hand*), pravo europskih zajednicâ, kako se to od strane narečenih pisaca smatra, igra ulogu u smjeru pogoršavanja jednoga pojma koji je izgledao "klasičnim".

Suprotivno tomu, uređenje koncesioniranja u Republici Hrvatskoj ne bi, ne uzimajući, zasada, u obzir, značenje "javno-privatnoga ortaštva" u takvim suvislostima (isp. infra), gubilo na svojoj osebnosti i distinktnosti, i to jednostavno s razloga, što se, prvo, koncesioniranje vezuje uz "pravo gospodarskoga iskorištavanja prirodnih bogatstava te drugih dobara za koja je s zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku", kao i s "pravom obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku te za izgradnju i podizanje gradjevinâ i postrojenjâ potrebitih za obavljanje takvih djelatnosti"; kao drugo, za podjeljivanje narečenoga prava koncesionar je dužan plaćati nadoknadu, i to s naslova upravnoga akta o podjeljivanju koncesije, na podlozi kojega se sklapa zaseban ugovor o koncesioniranju; kao treće, ističe se ne sâmo "koncesioniranje dobara ili djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku", već i to da koncesionar osigurava prihode iz obavljanja takvih djelatnosti ili iskorištavanja takvih dobara, dakle iz ugovornih ili sličnih davanjâ svojih suugovornikâ kao korisnikâ ^{11[11]}.

723. - 792.; E. Forsthoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht* ..., supra, str. 273. - 289.; H.-U. Erichsen, *Verwaltungshandeln*, in H.-U. Erichsen, op. cit., supra, str. 207. - 414., posebice str. 356. - 404.; J. Salzwedel, *Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen*, in H.-U. Erichsen, op. cit., supra, str. 521. - 579.; P. Moor, *Droit administratif* ..., supra, sv. II. (1991.), str. 260. - 286.; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 711. - 767.; (b) "koncesioniranje" kao mod tjeranja javne službe - G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 2., str. 677. - 792.; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra; (c) kategoriju "dobra i djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku" - u članaku 52. Us.R.Hr.-Proc., supra.

¹¹ Isp. za, i to: (a) opće-teoretske postavke o odnošajima s počelima 'javno-pravnosti' - I. Krbek, *Upravno pravo*, J. Š., Zagreb, 1929., knj. I., str. 1. - 96., posebice str. 1. - 10., 17. - 20., 39. - 41., 58. - 59., 65. - 70., 92., 94. (dalje se naznačuje kao: I. Krbek, *Upravno pravo I./1929.*); I. Krbek, *Upravno pravo*, J. Š., Zagreb, 1932., knj. II., str. 1. - 92., posebice str. 59. - 92. (dalje se naznačuje kao: I. Krbek, *Upravno pravo II./1932.*); G. Vedel - P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, sv. I., str. 26. - 38., 77. - 94., 227. - 231., 369. - 443.; sv. 2., str. 596. - 674., 723. - 792.; E. Forsthoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht* ..., supra, str. 1. - 122., 273. - 289.; H.-U. Erichsen, *Verwaltungshandeln*, in H.-U. Erichsen, op. cit., supra, str. 207. - 414., posebice str. 356. - 404.; J. Salzwedel, *Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen*, in H.-U. Erichsen, op. cit., supra, str. 521. - 579.; P. Moor, *Droit administratif* ..., supra, sv. II. (1991.), str. 260. - 286.; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 711. - 767.; (b) "koncesioniranje" kao mod tjeranja javne službe - A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, sv. 2., str.

(3) Glasom prava hrvatskoga, u koncesioniranju razlikuje se dvije stranke, a to su ona "vlast prepuštajuća", dakle javno-pravno tijelo koje je nadležnim koncesiju podijeliti, te "koncesionar", a to je pojedinac ili pravna osoba koji, dotično koja, uspije koncesiju ishoditi, to je, dakle, kako se to voli u francuskoj pravnoj književnosti reći, "privatni kapitalistički poduzetnik" koji ono gospodarsko iskorištavanje dobra od interesa za Republiku ili tjeranje iste takve djelatnosti ustrojava za svoj vlastiti račun (rizik i korist). Za određivanje nadležnoga javno-pravnog tijela važe zasebni propisi koji se odnose na uređenje koncesioniranja, te opći propisi o ustrojstvu i nadležnosti tijela državne uprave i drugih javno-pravnih tijela. Obično je slučajem to da zasebni propisi uređuju i pitanje nadležnosti za provodjenje postupka i za odlučivanje o podjeljivanju koncesije.

Za određivanje sposobnosti kakvoga pojedinca ili pravne osobe važe opći propisi o trgovcima i trgovačkim društvima, osim ako propisi o uređenju koncesioniranja, možebitno i kakvi drugi propisi, ne bi određivali i kakve zasebne pretpostavke za "sposobnost biti imateljem koncesije" (npr. koncesionarima imadu pravo biti i privatnici koji ne imadu svojstvo trgovca, a to su 'poljodjelci').

Jer koncesioniranje sadrži i upravno odlučenje (upravni akt), nužno je uključeno sukladno upravno postupanje da bi se upravni akt donijelo, i tu u prvi plan upada upravni postupak (*procédé administratif ; Verwaltungsverfahren*), dotično "opći upravni postupak" (*procédé administratif général ; allgemeines Verwaltungsverfahren*), odredbenice kojega se primijenjuje samo podredno, što će reći samo ako propisivanje koncesioniranja kao naročitoga upravnog postupanja ne bi sadržavalo i kakve zasebne postupovne odredbenice, koje se, dašto, primijenjuje prvenstveno. Propisivanje koncesioniranja u nas odlikuje se s baš tim potonjim, naime s propisivanjem zasebnih postupovnih odredbenicâ, posebice u tomu što se uvijek razdvaja nadležnost za provodjenje postupka koji predhodi odlučivanju od one za donošenje sâmogâ odlučjenja. U sklopu upravnoga postupanja radi dosezanja odlučjenja o podjeljivanju koncesije posebice se ističe institut natječaja ili javnoga prikupljanja ponudâ, premda propisi pod stanovitim pretpostavkama dopuštaju podjeljivanje koncesije i na sâm zahtjev^{12[12]}.

677. – 792. ; (c) uređenje koncesioniranja glasom prava hrvatskoga – u Zakonu o koncesijama, Narodne Novine br. 89/92.

¹² Isp. za, i to : (a) opće-teoretske postavke o koncesiji i koncesioniranju - G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, II., str. 755. et s., 766. et s.; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra; I. Krbek, *Upravno pravo* (II./1932.), str. 59. - 92., posebice str. 64. - 68. ; B. Babac, *Upravno pravo – Odabrana poglavlja iz teorije i praksa* ..., supra, str. 711. – 735. ; (c) propise – Zakon o koncesijama, Narodne Novine br.89/92 (Z.Knc., posebice članak 1.), zakon koji je *lex generalis* naspram svim drugim zakonima koji su *leges speciales*, i to: Zakon o rudarstvu, Narodne Novine br. 35/95, 114/01, 190/03, 100/04 (Z.Rud.), članci 9. - 11. ; Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama, Narodne Novine br. 158/03, 100/04, 141/06 (Z.Po.Lu.), članci 16. - 38., 66. - 73., članak 79. u svezi s predhodno spomenutim člancima ; Zakon o poljoprivrednomu zemljištu, Narodne Novine br. 66/01, 87/02 (Z..Plj.Zem.), članci 43. - 49. ; Zakon o lovu, Narodne Novine br. 140/05 (Z.Lov.), članci 20. - 28. ; Zakon o javnim cestama, Narodne Novine br. 138/06 (Z.Jav.Cst.), članci 48. - 53. ; Zakon o vodama, Narodne Novine br. 107/95, 150/05 (Z.Vod.), članci 142. - 155. ; Zakon o telekomunikacijama, Narodne Novine br. 122/03, 158/03 (ispr.), 60/04, 70/05 (Z.Tlk.), članci 29., 30. ; Razvojne strategije turističkoga sektora, Narodne Novine br. 113/93 (Rz.St.Tu.), toč. 3.7. ; (d) opći upravni postupak - Zakon o općemu upravnom postupku, Narodne Novine br. 53/91, 103/96 (Z.U.P.) ; (e) opće primjetbe : Kao

(4) Koncesioniranje sadrži u sebi i upravno odlučnje, upravni akt što ga se u propisima Republike Hrvatske nazivlje "koncesijom". Kao takva, koncesija se odlikuje s svim onim sastojcima, temeljnim obilježjima, kao i bilo koji drugi upravni akt. Ali, između koncesije kao upravnoga akta i ostalih upravnih akata, posebice dozvole, imade se, ili treba se praviti, jednu važnu razliku, razliku koja se odnosi na veličinu što ju se u duhu romano-germaničke tradicije nazivlje "opći interes" (*intérêt général ; allgemeiner Belang*), dotično kako to ističe ustavno odredjenje u nas, naime "interes Republike Hrvatske" (*intérêt de la République de Croatie ; Belang der Republik Kroatien*). Dakle, koncesija je "podjeljivanje ovlaštenjâ" (*attribution de puissances ; Verleihung von Gewalten*), a dozvola je "odobrenje" (*permission ; Erlaubnis*).

Naime, s koncesijom se, kako kaže I. Krbeč, na koncesionara prenosi jedno za njega posvema novo ovlaštenje, a to je da s naslova povjeravanja javne ovlasti u sklopu koncesioniranja – jer javne ovlasti inače pripadaju samo osobi javnoga prava - gospodarski koristi neko dobro od interesa za Republiku (ili drugu osobu javnoga prava), ili da u svezi s takvim dobrom pak tjera djelatnost od interesa za Republiku (ili drugu osobu javnoga prava), dotle se s dozvolom izriče samo to da se s motrišta onoga općeg interesa ne imade nikakve zapr'jeke da se glasom dozvole kakvu privatnu djelatnost tjera. Dakle, koncesija je "podjeljivanje ovlaštenjâ" (*attribution de pouvoirs ; Verleihung von Ermächtigungen*) da se javnoga interesa promiče, a dozvola je "odobrenje" (*permission ; Erlaubnis*) što ga se imade od javno-pravnoga tijela ishoditi kao dokaz o ispunjavanju pretpostavkâ da se neko pravo ili slobodu uživa.

Koncesioniranje, dotično koncesija, kao ustroj i skup pravâ na gospodarsko iskorištavanje dobara i djelatnostî od interesa za neku osobu javnoga prava uključuje, barem što se tiče hrvatskoga uređenja koncesioniranja, i pravni i faktički monopol (*monopole de droit et celui de fait ; Alleinvertrieb rechtlich gegründet und jener tatsächlich bestend*): koncesioniranje kao uređenje u pravilu isključuje porabu opću, pak se u nekomu smislu očituje kao povlastica, a tako se koncesiju i nazivalo u starohrvatskim propisima, a ako i ne isključuje porabu opću, isključuje svakako pravo svih drugih pojedinaca i pravnih osoba na gospodarsko iskorištavanje^{13[13]}.

što je to razvidnim, ovdje se i drugdje hoće dosljedno porabiti izričaje "koncesioniranje" i "koncesiju" u njihovoj distinktnoj razlikovnosti - s prvim označujući "*modus* tjeranja javne službe" (davanje u koncesiju), a s drugim naslov za to, dotično upravni akt s kojim javna vlast podijeljuje ono ovlaštenje – oboje su nešto što je isključivo naravi javno-pravne, za razliku od "ugovora o koncesioniranju" – kojega se sklapa s naslova koncesije, i koji je, ovisno o pravnomu sustavu, ili upravni ugovor (pravo francusko) ili pak ugovor građanskoga prava (pravni sustavi koji ne poznaju upravni ugovor kao institut, a u takve spada i pravni sustav hrvatski).

¹³ Isp. za, i to : (a) opće-teoretske postavke o koncesiji i koncesioniranju - G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, II., str. 755. et s., 766. et s.; I. Krbeč, *Upravno pravo* (II./1932.), str. 59. - 92., posebice str. 64. - 68. ; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 3. - 49., 639. - 673., 711. - 735. ; (c) propise - Z.Knc., supra, posebice članak 1.), zakon koji je *lex generalis* naspram svim drugim zakonima koji su *leges speciales*, i to : Z.Rud., supra, članci 9. - 11. ; Z.Po.Lu., supra, članci 16. - 38., 66. - 73., članak 79. u svezi s predhodno spomenutim člancima ; Z.Plj.Zem.), supra, članci 43. - 49. ; Z.Lov., supra, članci 20. - 28. ; Z.Jav.Cst., supra, članci 48. - 53. ; Z.Vod., supra, članci 142. - 155. ; Z.Tlk., supra,

(5) Prvo, koncesionarove pravice obuhvaćaju naravno i prije svega vršenje pravâ iz proizlazećih iz sâme koncesije, ali i javnih ovlasti što ih se u svezi s gospodarskim iskorištavanjem dobra, ili s tjeranjem djelatnosti, od interesa za osobu javnoga prava povjeri, uključujući dašto i uspostavljanje zakonskih služnosti u korist koncesionara. Prihodi koncesionara sastoje se u pravilu iz nadoknadâ što ih koncesionar naplaćuje od korisnikâ uslugâ što ih pruža ili od prodaje proizvodâ što ih izradjuje. U svezi s tim, s motrišta pravne naravi koncesioniranja, nije bitnim da li će nadoknade što ih uživatelji plaćaju poprimiti i karakter kakvoga javnog podavanja, kao što su u nas, npr., radio-televizijske preplate, kao ni to kolikim će i kakvim ograničenjima podlijevati koncesionarove odluke o cijenama i drugim uvjetima, ograničenjima što su ih ovlaštena uspostaviti nadležna javno-pravna tijela.

Drugo, naspram temeljnom pravu koncesionara naplatiti si prihode od korisnikâ ili uživateljâ, stoji temeljna dužnost koncesionara, a to je zadovoljiti uživatelje koncesioniranih službi ili djelatnosti, ili dobara od interesa za Republiku, i to urednim, potpunim te zakonitim vršenjem službe ili djelatnosti. U svezi s tim priznaje se nadležnim javno-pravnim tijelima stanovite pravne lijekove radi utjecanja na djelovanje i obavljanje djelatnosti od strane koncesionara, pa čak i da naknadno koncesionaru nametnu nove dužnosti, kada je to od interesa za promicanje odnosnih službi ili djelatnosti.

Naime, već iz sâme naravi pravica i dužnosti koncesionara, a posebice iz nužnosti da tjeranje koncesioniranih službi ili djelatnosti bude osiguranim, proizlazi kao prijeko potrebno nadziranje od strane nadležnih javno-pravnih tijelâ, ovlasti kojih obuhvaćaju i opozivanje te oduzimanje koncesije, kao i prekid koncesioniranja prije isteka roka za koji je uspostavljenim. Ali, s druge strane, iz sâme naravi koncesioniranja proizlazi i pravo koncesionara na obdržavanje, uz dužnost javno-pravnih tijela voditi računa o očuvanju, ravnovjesja financialnoga u koncesioniranju (*équilibre financier ; Finanzausgleich*), baš kao i u upravnomu ugovaranju općenito^{14[14]}.

(6) Glasom pak prava francuskoga, svako se koncesioniranje materijalizira u nekomu ugovoru, ugovoru koji se, najopćenitije, račva - ali što je stvarju oblika - u dvije sastavnice, sastavnice koje jesu izražajem koncesioniranja kao jedinstvenosti počelâ javno-pravnih i onih privatno-pravnih, ali koje po crti svoje

članci 29., 30. ; Rz.St.Tu., supra, toč. 3.7. ; (d) opće primjetbe – supra ; (e) razlikovanje "koncesije" od "odobrenja" – npr., I. Krbek, *Upravno pravo* (II/1932., str. 59. – 92.

¹⁴ Isp. za, i to : (a) postavke o koncesiji i koncesioniranju glasom prava francuskoga, a posebice "ravnovjesje financijalno" - G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 2., str. 755. et s., 766. et s.; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; I. Krbek, *Upravno pravo* (II/1932.), str. 59. - 92., posebice str. 64. – 68. ; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 3. – 49., 639. – 673., 711. – 735. ; (c) propise – Z.Knc., supra, posebice članak 1., zakon koji je *lex generalis* naspram svim drugim zakonima koji su *leges speciales*, i to : Z.Rud., supra, članci 9. - 11. ; Z.Po.Lu., supra, članci 16. - 38., 66. – 73., članak 79. u svezi s predhodno spomenutim člancima ; Z.Plj.

Zem.), supra, članci 43. - 49. ; Z.Lov., supra, članci 20. - 28. ; Z.Jav.Cst., supra, članci 48. - 53. ; Z.Vod., supra, članci 142. - 155. ; Z.Tlk., supra, članci 29., 30. ; Rz.St.Tu., supra, toč. 3.7.

obvezujuće snage ne imaju i isto(vjetno) pravno značenje. Te dvije sastavnice koncesioniranja jesu, dakle : (a) jednim je to sporazum, dotično utanačenje (*stipulation ; Vereinbarung*) - to je jedan tekst dosta kratakoga sadržaja u kojemu se postavlja bitna načela ; (b) drugo je pak "knjiga zaduženjâ" (*cahier des charges ; Verpflichtungenbuch*) - to je jedan tekst potanji i tehnički s kojim se uređuje uvjete funkcioniranja odnosno javne službe (moglo bi se to, na hrvatsku, nazvati i "općim tehničkim i trgovačkim uvjetima").

Dakle, glasom prava francuskoga ugovor o koncesioniranju očituje, kada ga doktrina i praxis sudbeni razmatraju kao jedinstvenost, izvjestan karakter mješoviti. Zapravo, premda je po crti oblika riječ o nekomu ugovoru, potrebno je u temelju razlučivati zaporke "propisivačke" (*clauses réglementaires ; vorschriftsmässige Bestimmungen*) od onih "ugovoračkih" (*clauses contractuelles ; Vertragsbestimmungen*). Glasom pak prava hrvatskoga, imade se oštija razlučenja : jednim je nešto što se smatra upravnim aktom, a to je akt nadležnoga javno-pravnog tijela o dodjeljivanju koncesije - i to je upravnim aktom u doslovnomu smislu riječi ; drugim je nešto što se smatra "ugovorom", pa ga se čak "ugovorom o koncesiji" i nazivlje, i to je ugovor građanskoga, dotično trgovačkoga, prava kojega se sklapa na podlozi i u smislu onoga akta o podjeljivanju koncesije.

Samo izvršivanje pravâ i obvezâ u sklopu koncesioniranja uključuje nekoliko osebujnih problemâ, prije svega: (a) koncesionarove pravice te dužnosti i nadzorno ovlaštenje nadležnih javno-pravnih tijelâ ; (b) zadovoljavanje potrebâ korisnikâ djelatnosti, dotično nadoknade što ih plaćaju uživatelji uslugâ u svezi s tjeranjem djelatnosti od strane koncesionara ; (c) nove, dotično dodatne a tijekom odvijanja koncesioniranja nastale, dužnosti koncesionarove ^{15[15]}.

(7) Premda glasom prava hrvatskoga, kao što se to istaklo, ispada distinktnim pravnim institutom, koncesioniranje u nas biva sve više izloženim oslabljivanju. Takve se okolnosti posebice izražavaju kroz, i to :

(a) svodjenje upravnoga akta o dodjeli koncesije na nekakav "akt poslovanja", dotično na "akt (ovlasti) raspolaganja" (*acte d'affaires, resp. acte de puissances de disposition ; geschäftlicher Akt, bzw. Verfügungsgewaltenakt*) : to se po prvi puta dogodilo s koncesioniranjem poljodjelskoga zemljišta u državnom vlasništvu - glasom Zakona o poljoprivrednom zemljištu - i to na način što se odredilo da Republika Hrvatska s državnim poljodjelskim zemljištem raspolaže glasom općih propisâ o raspolaganju nekretninama, osim ako s narečenim Zakonom ne bi što

¹⁵ Isp. za, i to : (a) postavke o koncesiji i koncesioniranju glasom prava francuskoga - G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 2., str. 755. et s., 766. et s.; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; I. Krbek, *Upravno pravo* (II./1932.), str. 59. - 92.; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 711. - 735. ; (c) propise - Z.Knc., supra, posebice članak 1.), zakon koji je *lex generalis* naspram svim drugim zakonima koji su *leges speciales*, i to : Z.Rud., supra, članci 9. - 11. ; Z.Po.Lu., supra, članci 16. - 38., 66. - 73., članak 79. u svezi s predhodno spomenutim člancima ; Z.Plj.Zem., supra, članci 43. - 49. ; Z.Lov., supra, članci 20. - 28. ; Z.Jav.Cst., supra, članci 48. - 53. ; Z.Vod., supra, članci 142. - 155. ; Z.Tlk., supra, članci 29., 30. ; Rz.St.Tu., supra, toč. 3.7.

drugo bilo određenim, s tim što akti o takvom raspolaganju nisu upravnim aktima ;

(b) svodjenje koncesije, dotično koncesioniranja, na "ulog" tijela ili ustanova javnoga sektora u sklopu "javno-privatnoga ortaštva", uz dopustivost "izričitoga isključenja primjene svih zasebnih prisilnih propisa koji onemogućuju provedbu javno-privatnog ortaštva na način kako je to uređeno u većini članica Europske unije".

Glasom onoga zasebnog zakona (isp. supra), državno poljodjelsko zemljište smije se pojedincu ili pravnoj osobi koji se bave poljodjelskom djelatnošću, dati u zakup, i to u postupku javnoga natječaja ; s tim u svezi utvrđena su i prvenstvena prava zakupa u korist određenih natjecatelja, i to po zakonski utvrđenom redosljedu.

S druge strane, za iskorištavanje poljodjelskoga zemljišta u vlasništvu države smije se pojedincu ili pravnoj osobi, ovoga puta neodvisno o zanimanju, podijeliti koncesiju (u daljnjemu : "poljodjelske koncesije"), ali samo u svrhe određenih poljodjelskih proizvodnji, o vrsti kojih ovisi i duljina vremena koncesioniranja, a takvima su : biljna i stočarska proizvodnja (10 – 30 godinâ) ; dugogodišnje nasade (20 – 40 godinâ) ; ribnjačarstvo (20 – 40 godinâ). I ovdje važi obvezatnost provodjenja javnoga natječaja, kao i prvenstvena prava na dobivanje koncesije po zakonski utvrđenomu redosljedu, ali i uz zakonski priuzdržaj da Vlada smije za pojedine vrsti državnoga poljodjelskog zemljišta koncesioniranje isključiti ^{16[16]}.

(8) Treba odmah, usredotočujući se na koncesioniranje, reći da odlučenje nadležnoga tijela, a to je Vlada Republike Hrvatske, o podjeljivanju poljodjelske koncesije nije, glasom izričite odredbenice Zakona, upravnim aktom, što znači da je zainteresiranoj stranci po crti pravne zaštite otvoren pravni put s pomoću građanske a ne upravne tužbe, a tako je i po stavovima praxisa sudbenoga. Ipak, akt o podjeljivanju poljodjelske koncesije sadrži, da se isporodjivanja radi poslužimo francuskim pravnim terminima, sva obilježja "jednostranoga upravnog akta" (*acte administratif unilatéral ; einseitiger Verwaltungsakt*) – jer se očituje pravnim aktom donijetim od strane javnih vlasti a otvara vrata tužbi koliko se tiče

¹⁶ Isp. za, i to : (a) paradigmatičke zasade o "ovlastima raspolaganja" (ekonomskim dobrima) – M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* ..., supra, str. 31. et s., 181. et s. ; (b) opće-teoretske postavke o koncesiji i koncesioniranju – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 2., str. 755. et s., 766. et s. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; I. Krbek, *Upravno pravo* (II./1932.), str. 59. – 92., posebice str. 64. – 68. ; B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 3. – 49., 639. – 673., 711. – 735., 797. – 819. ; (c) uređenje raspolaganja s državnim poljodjelskim zemljištem u Republici Hrvatskoj – u člancima 22. – 56. Z.Plj.Zem., supra ; (d) davanje državnoga poljodjelskog zemljišta u zakup – u člancima 32. – 42. Z.Plj.Zem., supra ; (e) koncesioniranje državnoga poljodjelskog zemljišta – u člancima 43. – 46. Z.Plj.Zem., supra ; (f) Vladinu ovlast isključiti neka državna poljodjelska zemljišta iz koncesioniranja – u stavku 2. članka 43. Z.Plj.Zem., supra ; (g) pravnu narav akta o davanju koncesije na državnomu poljodjelskom zemljištu – u stavku 3. članka 22. Z.Plj.Zem., supra ; (h) ostale propise o koncesioniranju – Z.Knc., supra, posebice članak 1., zakon koji je *lex generalis* naspram svim drugim zakonima koji su *leges speciales*, i to : Z.Rud., supra, članci 9. – 11. ; Z.Po.Lu., supra, članci 16. – 38., 66. – 73., članak 79. u svezi s predhodno spomenutim člancima ; Z.Lov., supra, članci 20. – 28. ; Z.Jav.Cst., supra, članci 48. – 53. ; Z.Vod., supra, članci 142. – 155. ; Z.Tlk., supra, članci 29., 30. ; Rz.St. Tu., supra, toč. 3.7.

pravne uredjenosti subjektivne pravne situacije čije ; ali i "izvršnoga odlučnja" (*décision exécutoire ; Vollstreckungsentscheiden*) – koliko s obvezama što ih nameće ili s pravicama što ih podjeljuje modificira onu pravnu uredjenost.

Inače, strogo hrvatskim pravnim terminima rečeno, riječ je o "upravnom aktu u tehničkom smislu riječi" (*acte administratif en sens strictement technique ; Verwaltungsakt im streng technischen Sinne*), dotično "aktu upravne vlasti s kojim se neposredno primijenjujući propise odlučuje o pravicama i obvezama te pravnim interesima pojedinaca, pravnih osoba i drugih stranaka u kakvoj konkretnoj upravnoj stvari" – kada se upravno odlučenje razmatra po crti upravnoga postupka koji mu predhodi ; glasom pak Zakona o upravnim sporovima, dakle Zakona koji otvara put upravnoj tužbi, upravnim se smatra "akta javno-pravnoga tijela s kojim je u vršenju javnih ovlasti riješeno o pravu ili obvezi pojedinca ili pravnoj osobe u kakvoj konkretnoj upravnoj stvari". S druge strane, Zakon o koncesijama određuje da se "dobra od interesa za Republiku Hrvatsku", npr. dobro pomorsko, ili "djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku", npr. lučke djelatnosti, "smije gospodarski iskorištavati, dotično obavljati, samo na podlozi koncesioniranja", o čemu se odlučuje s zasebnim, opetoma francuski rečeno, "jednostranim upravnim aktom", dotično "izvršnim odlučjenjem".

Kraj takvih okolnosti, pretvaranje nekoga upravnog odlučnja karaktera "jednostranoga upravnog akta", dotično "izvršnoga odlučnja", u akt uprave karaktera "poslovnoga", dotično karaktera "akta u vršenju ovlasti raspolaganja ekonomskim dobrima", već otvara vrata "transakcionalizaciji upravnoga postupanja" (*transactionnalisation du traitement administratif ; Transaktionalisierung der Verwaltungsverfahren*) – dakle, tretiranju koncesije, osim svega, kao pitanja "poslovno-strateškoga" a ne "opće-interesnoga", te izlaganje zainteresiranih stranaka "moralnomu hazardiranju" (*hasardement moral ; sittliches Hasardspiel*) od strane službenika i dužnosnika javno-pravnih tijela. Osim toga, budući da "jednostrani upravni akt" potaje "aktom raspolaganja ekonomskim dobrima", prestaje potreba za obzirima općega interesa, što znači i za izborom koncesionara po kriteriju "očekivanoga promicanja općega interesa" u koncesioniranju^{17[17]}.

(9) Glasom Vladinih Smjernica (rujan 2006.), koncesiju se tretira kao nekoga od mogućih "uloga" (*apports ; Einlagen*) što ih javni ortak (ustanova ili tijelo

¹⁷ Isp. za, i to : (a) "jednostrane upravne akte" i "izvršna odlučnja" glasom prava francuskoga - npr. G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, I., str. 232. – 326. ; (b) "upravnoga akta u tehničkomu smislu riječi" glasom prava hrvatskoga - B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 295. – 515. ; (c) koncesiju kao upravni akt – I. Krbeć, *Upravno pravo* (II./1932.), str. 59. - 92., posebice str. 64. – 68. ; (d) propise o koncesioniranju u Hrvatskoj – u Z.Knc., supra, posebice članak 1. toga Zakona, zakona koji je *lex generalis* naspram svim drugim zakonima koji su *leges speciales* - isp. supra ; (e) "javno-privatno ortaštvo" u Francuskoj – Y. Gaudemet : *Le partenariat public-privé en France* ..., supra ; (f) "javno-privatno ortaštvo" u Hrvatskoj - J. Šimović et al. : *Javno-privatno partnerstvo kao nefiskalni instrument u financiranju javnih interesa* ..., supra ; (g) "transakcionalizaciju poslovanja" i "moralno hazardiranje" kao izražaje slabe zaštićenosti legitimnih interesa od tuđjih sklonosti k prisvajanju dobitaka što ih se nije zaradilo – O. E. Williamson, *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, N. Y., 1983. (1975.), str. 15., 48., 67., 84., 104., 203. – 204., 242.; B. Babac : *O "činidbi javne službe" kao kategoriji – Neka paradigmatička razmatranja s motrišta rekonstrukcije "javne funkcije"*, Pravni vjesnik, Osijek, 1998., 1 – 4/98, str. 3. – 26.

"javnoga sektora", isp. *infra*) unosi u "javno-privatno ortaštvo", kazivajući da, doslovno, "stvari i prava koje čine ulog javnoga ortaka mogu", osim svega, "biti davanje zemljišta u zakup privatnom ortaku, koncesija...". To znači da "koncesija", dotično "podjeljivanje koncesije", postaje veličinom koju se neodvisno o mogućnosti susprezanja ili podstrekavanja slobode tržišnoga natjecanja izdaje ne s obzirom na promicanje općega interesa u "gospodarskomu iskorištavanju dobara ali tjeranju djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku", već s obzirom na polučenje dobitki i snošenje rizika u sklopu poslovnoga podhvata što ga se nazivlje "javno-privatnim ortaštvom". Drugim riječima, koncesiju se više ne "podjeljuje", već ju se, kao i bilo kakvu drugu sastojinu "uloga" u ortaštvu, "obećaje" - ishoditi i kao ulog u "javno-privatno ortaštvo" unijeti.

Koncesija na takav način, osim svega, postaje veličinom s kojom će se nastojati uspostaviti "ravnojeseje financijalno" ali ne u koncesioniranju već u "javno-privatnomu ortaštvu". Ne samo što se na takav način otvara vrata za, već se od strane javnoga ortaka izravno podstrekava na, "transakcionalizaciju javnoga poslovanja", te za izlaganje zainteresiranih poduzetnikâ "moralnomu hazardiranju" od strane službenikâ i dužnosnikâ javno-pravnih tijelâ. Naravno, ne znači to tvrditi da se "koncesioniranje" kao institut s javno-pravnim sastojcima gasi, ali znači svakako :

a/ da u koncesioniranju kakvo je "ulogom" javnoga ortaka opće-interesni obziri prestaju figurirati kao smjerodavni za odlučenje, što znači da se s tim oslabljuje i koncepciju upravne službe kao "javne funkcije" ;

b/ da se ojačava tendencije k susprezanju slobode tržišnoga natjecanja, uz stavljanje poduzetnikâ u nejednaki položaj, dotično u situaciju diskriminiranja, sproću onih financijalno moćni(ji)h ;

c/ da se potpomaže monopolizaciju gospodarenja kroz davanje prednosti isključivo obzirima naravi financijalne ;

d/ da se svrhe što ih zakriva "moralno hazardiranje" pokriva širokim vršenjem ovlasti diskrecionarne od strane službenikâ javno-pravnih tijelâ i *liberum arbitrium* od strane dužnosnikâ države i jedinica lokalne ili regionalne samouprave ;

e/ da se s umetanjem "javno-privatnoga ortaštva" u hrvatski pravni poredak doprinosi oslabljivanju javno-pravnoga umovanja, dotično umovanja u kategorijama službene dužnosti, javne koristi i općega interesa.

Tako, dakle, hrvatsko napredovanje u uspostavljanju (javno-)pravnih institutâ sukladnih, osim svega, romano-germaničkomu pravnom rasudjivanju, s uvodjenjem "javno-privatnoga ortaštva" dobiva snažni bočni udarac od kojega će se moći teško oporaviti, posebice kada se u obzir uzme još i okolnost da novi Zakon o javnoj nabavi (listopad 2007.) "ugovor o javnoj nabavi" tretira kao "ugovor s financijalnim interesom", što će reći s veličinom koja će odlučiti (va)ti bez obzira na bilo koji drugi ali s općim interesima prožeti kriterij^{18[18]}.

¹⁸ Isp. za, i to : (a) koncesiju kao "ulog" u "javno-privatnomu ortaštvu" u Republici Hrvatskoj – u stavcima 3. i 4. toč. 2. Vladinih *Smjernicâ* (2006.), supra ; (b) uređenje "javno-privatnoga ortaštva" u Europskoj

3. PRAVNO UREDJENJE JAVNA NABAVE SPROČU "JAVNO-PRIVATNOGA ORTAŠTVA"

(1) Dade se, glasom prava hrvatskoga, zaključiti na tzv. mješoviti sustav javnoga nabavljanja (*ordre mixte de marchés publics ; Mischordnung von öffentlichen Aufträgen*), mješovit po tomu što se zasebne odredbenice, a to znači i zasebno uređenje, propisuje samo za "postupke javne nabave svih vrijednosti, koji se odnose na sklapanje ugovorâ o javnim radovima, ugovorâ o nabavi robe i ugovorâ o javnim uslugama, uključujući tu i postupke pravne zaštite u svezi s tim", ali ne i na samo "izvršivanje ugovora i nadziranje izvršenja i okončanja predmetne transakcije u ukupnosti".

Unatoč tomu, Zakon o javnoj nabavi (u daljnjemu : "Zakon") sproču svih gospodarskih subjekata, zapravo međjusobnih "takmacâ" (*rivaux ; Wettfeinder*) i drugih interesenata (*intéressés ; Intressenten*) tereti naručitelje, parafrazirano, s dužnošću "poštivati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnoga nastana i načelo slobode pružanja uslugâ, te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnoga natjecanja, načelo učinkovitosti, načelo jednakoga tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnoga priznavanja, načelo srazmjernosti i načelo providljivosti".

U svezi s zajamčivanjem konkurentnosti, glasom prava francuskoga razvilo se i uspostavilo tri takva naročita pravna postupanja kakva zajamčuju da se stvarno, u većoj ili manjoj ali uvijek značajnoj mjeri, udovolji onoj dužnosti, a ta su : javni natječaji ili nadmetanje (*voie d'adjudication ; Versteigerung*) ; javno prikupljanje ponudâ (*appel d'offres ; Aufforderung zu den Angeboten*) ; vlastiti izbor nadležnoga javno-pravnog tijela (*marché de gré à gré (négociation) ; Geschäft freihändig entschieden*)), ovisno o tomu koliko je to s zakonom izriječn dopuštenim. Ovakva pravna postupanja poznaju i gotovo svi hrvatski zakoni koji se odnose na gospodarsko iskorištavanje dobara od interesa za Republiku Hrvatsku ili pak na tjeranje djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku, npr. već spomenuti Zakon o poljoprivrednomu zemljištu, dočim hrvatski Zakon o javnoj nabavi uvodi u to malo više razlikovnosti ^{19[19]}.

uniji – u europskim *Naputcima* (2004.), supra : (c) koncesiju kao upravni akt – I. Krbek, *Upravno pravo* (II./1932.), str. 59. - 92., posebice str. 64. – 68. ; (d) propise o koncesioniranju u Hrvatskoj – u Z.Knc., supra, posebice članak 1. toga Zakona, zakona koji je *lex generalis* naspram svim drugim narečenim zakonima koji su *leges speciales* (isp. supra) ; (e) "javno-privatno ortaštvo" u pravu francuskomu – Y. Gaudemet : *Le partenariat public-privé en France* ..., supra ; (f) problematiziranje "javno-privatnoga ortaštva" u pravu hrvatskomu – J. Simović et al. : *Javno-privatno partnerstvo kao nefiskalni instrument financiranja javnih interesa* ..., supra ; (g) "transakcionalizaciju poslovanja" i "moralno hazardiranje" kao izražaje slabe zaštićenosti legitimnih interesâ od tuđjih sklonosti k prisvajanju dobitaka što ih se nije, ili ne bi, zaradilo – O. E. Williamson, *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications* ..., supra, str. 15., 48., 67., 84., 104., 303. – 204., 242. ; et B. Babac : *O "činidbi javne službe" kao kategoriji – Neka paradigmatička razmatranja s motrišta rekonstrukcije "javne funkcije"* ..., supra, str. 3. – 26.

¹⁹ Isp. za, i to : (a) važenje „javne nabave“ kao zasebnoga pravnog uređenja – u člancima 3. – 5. Z.Jav. Nab.-07, supra ; (b) načela „javne nabave“ – u članku 6. Z.Jav.Nab.-07, supra ; (c) naročita pravna postupanja u svezi s zajamčenjem konkurentnosti glasom prava francuskoga – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. I., str. 403. – 409. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité*

(2) Dakle, Zakon o javnoj nabavi u tomu poznaje neke osebnosti, i to kroz odredbenice o ovakvim postupcima :

(a) "otvoreni postupak javne nabave" (*procédé ouvert des marchés publics ; offenes Verfahren für Geschäften der öffentlichen Hand*) ;

(b) "ograničeni postupak javne nabave" (*procédé restreint des marchés publics ; beschränktes Verfahren für die Geschäften der öffentlichen Hand*) ;

(c) "natjecateljski dijalog" (*voie de dialogue des concurrents ; Verfahren durch Wettbewerbsgespräch*) ;

(d) "pregovarački postupak javne nabave" (*procédures de négociation ; Verhandlungsverfahren*) ;

(e) "natječaj, dotično natječajni postupak" (*voie de concours ; Wettberbsverfahren*) .

"Otvoreni postupak javne nabave" (toč. (a) supra)) sličan je francuskoj "**adjudication ouverte**" – u tomu što je svakomu gospodarskom subjektu dopuštenim podnijeti ponudu, dotično natjecati se za dobivanje posla, a onaj "ograničeni postupak javne nabave" (toč. (b) supra)) – francuskoj "**adjudication restreinte**" – u tomu što je svakomu gospodarskom subjektu dopuštenim zatražiti da sudjeluje u postupku (javne nabave), s tim što samo oni gospodarski subjekti koje naručitelj pozove imadu pravo podnijeti ponudu, dotično natjecati za dobivanje posla. "Pregovarački postupak javne nabave" (toč. (d) supra)) sličan je francuskoj "**procédure de négociation**" – u tomu što je to postupkom u kojemu se naručitelj obraća gospodarskim subjektima po vlastitomu izboru i dogovara uvjete ugovora s jednim ili više od takvih. "Natjecateljski dijalog" (toč. (c) supra)) očituje se, čini se, inačicom francuske "**procédure de négociation**", dotično hrvatskoga "pregovaračkog postupka javne nabave" (toč. (d) supra)) – u tomu što takva postupanja uključuju raspredanja koja se naručitelju čine korisnim s motrišta njegovoga izbora, s tim što odnosnim raspredanjima obično predhodi otvaranje puta tržišnom natjecateljstvu - s pisanim oglašavanjem namjere javnoga naručitelja o začimanju postupka javne nabave.

"Natječaj" pak (cf. toč. (e) supra)) jest nečim što ne figurira samo kao hrvatski *specificum* . Naim, takvoga se smatra postupanjem kakvo omogućuje da se nakon provedenoga natjecanja "dobije plana ili projekta što ga odabere ocjenjivački sud" (*jury ; Prüfungsrichterausschuss*) , uglavnom u području prostornoga planiranja, arhitekture i graditeljstva, inžinjerstva ili obradbe podataka". Ipak, takvo je postupanje, zapravo, inačicom gorenaznačenoga "otvorenog postupka javne nabave" (cf. toč. (a) supra)) ili pak predhodnicom nekih od narečenih postupaka javne nabave ^{20[20]} .

de droit administratif ..., supra ; (d) naročita pravna postupanja u svezi s zajamčenjem konkurentnosti glassom prava hrvatskoga – u člancima 13. – 29. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 15. članka 2. toga Zakona ; (e) pojam "javnoga naručitelja" – u toč. 12. članka 2. Z.Jav.Nab.-07, supra.

²⁰ Isp. za, i to : (a) "otvorenoga postupka javne nabave" (toč. (a) supra)) – u članku 21 Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s stavcima 2. – 4. članka 13. te s toč. 15-a. članka 2. toga Zakona ; (b) "ograničenoga postupka javne nabave" (toč. (b) supra)) – u članku 22. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s stavcima 2. – 4. članka 13.

(3) Medjutim, hrvatski mješoviti sustav javnoga nabavljanja pokazuje vrlo jake inačice sproću onoga što je o tomu rečeno glasom prava francuskoga : to se očituje posebice u tomu što se unutar francuskoga sustava naglasak ne stavlja, a što jest slučajem u pravu hrvatskomu, samo na "postupke i radnje što ih se mora sukladno odredbama odnosnoga Zakona provesti radi sklapanja sârnoga ugovora" (o javnoj nabavi), već i na izvršivanje te nadzor nad izvršivanjem takvoga ugovora, što, osim svega, uključuje i pitanje kako "osigurati jednakost pristupa pravnoj, tehničkoj i ekonomskoj informaciji prije (sklapanja) ugovora, u tijeku (izvršivanja) ugovora te u doba obnavljanja ugovaranja" (Jean Bouinot).

Isto se tako, što se tiče važenja Zakona o javnoj nabavi (*Code des marchés publics ; Gesetzbuch über die Geschäften der öffentlichen Hand*), naglasak stavlja i na osobe ili tijela što ih se javnoj nabavi podvrgava kao zasebnomu pravnom uređenju : Javna nabava očituje se kao zasebno pravno uređenje kakvom se u svrhe stjecanja i gospodarskoga korištenja predmetâ nabave moraju podvrgnuti sve osobe javnoga prava (država, jedinice lokalne i regionalne samouprave, dotično njihova tijela, zatim pravne osobe ili tijela kojima se vršenje javnih ovlasti povjeri), zatim izvoditelji stanovitih radova za račun javnih naručiteljâ, a i, najopćenitije iskazano, i neke poslovne tvrdke od opće-gospodarskoga interesa (vodoopskrba, promet, energetika, poštanske usluge).

Drugim riječima, postoji jedna čitava nomenklatura pravnih osobâ i tijelâ takvih da su podvrgnuti javnoj nabavi kao zasebnomu pravnom uređenju, što će iziskivati da se dade nešto od ne baš previše zanimljivih ali ipak prijeko potrebitih izlaganjâ o takvim osobama i tijelima, što ih, inače, hrvatski Zakon u ukupnosti nazivlje "naručiteljima"^{21[21]}.

(4) Prvo, zakonski, ali uz zakonski priuzdržaj sproću iznimanjâ, kaže se da javnoj nabavi kao zasebnomu pravnom uređenju potpadaju tzv. "javni naručitelji", a takvima su :

te s toč. 15-b. članka 1. toga Zakona ; (c) "natjecateljskoga dijaloga" (toč. (c) supra) – u člancima 26. i 27. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s s stavcima 2. – 4. članka 13. te s toč. 15-c. članka 1. toga Zakona ; (d) "pregovaračkoga postupka javne nabave (toč. (d) supra)) – u člancima 23. – 25. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s stavcima 2. – 4. članka 13. te s toč. 15-d. članka 1. toga Zakona ; (e) "natječaja" kao postupka – (toč. (e) u člancima 28. i 29. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 15-e. članka 1. toga Zakona ; (f) naročita pravna postupanja u svezi s zajamčenjem konkurentnosti glasom prava francuskoga – G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 1., str. 403. – 409. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; (g) slobodu tržišnu i slobodu poduzetničku – u stavku 1. članka 48. Us.R.Hr.-Proč., supra, u svezi s člankom 1.i 3. toga Ustava, te u svezi s Zakonom o zaštiti tržišnoga natjecanja, Narodne Novine br. 122/03 (Zšt.Trž.) ; (h) pojma "javne nabave" glasom Zakona – u toč. 1. članka 2. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s člankom 13. toga Zakona ; (i) pojma "naručitelja" – u toč. 12. članka 2. Z.Jab.Nab.-07, supra, u svezi s člankom 13. i 105. toga Zakona.

²¹ Isp. za, i to : (a) protutočja u hrvatskomu pravu sproću prava francuskoga – ta se dade se isčitati iz : J. Bouinot : *Comment assurer l'égal accès à l'information juridique, technique et économique avant le contrat, en cours de contrat et lors de son renouvellement*, u : *La gestion déléguée du service public*, Actes du Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat organisé par l'Institut français des sciences administratives, Paris, 1996., str. 41. – 54. ; (b) tijela osobâ javnoga prava i pravnih osobâ s javnim ovlastima kao "naručitelje", "javne naručitelje" – u članku 13. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 12. članka 1. i 3. toga Zakona ; (c) ostala tijela i pravne osobe kao "naručitelje" – u članku 105. Z.Jav. Nab.-07, supra, u svezi s toč. 12. članka 1. toga Zakona.

a/ "državna tijela Republike Hrvatske", s tim što se s takvom naznačnicom obuhvaća "tijela vrhovne državne vlasti" te "tijela državne uprave" ;

b/ "jedinice regionalne i lokalne samouprave", što će reći općine, gradovi i županije ;

c/ "pravne osobe koje se utemelji za određene svrhe radi zadovoljavanja potrebâ u općemu interesu, s tim da takve ne imadu veleobrtnički ili trgovački karakter, kao i s tim da ispunjavaju jedan od slijedećih uvjetâ :

- da se u iznosu većem od 50% financiraju iz sredstava državnoga proračuna ili sredstava regionalne ili lokalne samouprave ili iz sredstava drugih takvih istih pravnih osobâ ;

- da nadzor nad poslovanjem takvih pravnih osoba obavljaju državna tijela, jedinice regionalne ili lokalne samouprave ili druge takve iste pravne osobe ;

- da imadu skupštinu, nadzorni odbor ili upravu čijih više od polovice članova imenuju državna tijela, jedinice regionalne ili lokalne samouprave ili druge takve iste pravne osobe ;

d/ "udruge utemeljiteljima kojih su jedno ili više odnosnih tijelâ ili pravnih osobâ" (isp. toč. a/ - c/).

Drugo, javnoj nabavi kao zasebnomu pravnom uređenju potpadaju i "javno-subvencionirani izvoditelji", a to su "pravni subjekti koji nisu javnim naručiteljima", ali moraju uređenju javne nabave podpadati s naslova "izvodjenja javno-subvencioniranih radova ili dobavljanja javno-subvencioniranih uslugâ", dakle sroču :

(i) izvodjenja radova što ih s više od 50% izravno subvencioniraju onorečeni javni naručitelji (cf. toč. a/ do d/ supra), sukladno zasebnomu Zakonu o javnoj nabavi priklopljenu dodatku, ili pak radova na bolnicama, okr'jepno-razonodnim, školsko-sveučilišnim i upravnim zgradama ;

(ii) dobavljanje uslugâ što ih s više od 50% izravno subvencioniraju javni naručitelji a u svezi s izvodjenjem javno-subvencioniranih radova (cf. toč. (i)).

Treće, javnoj nabavi kao zasebnomu pravnom uređenju podpadaju i naručitelji koji obavljaju jednu ili više djelatnostî u područjima vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih uslugâ, i tu je riječ o slijedećim vrstima osobâ, dotično naručiteljâ, i to :

(a) "pravne osobe koje se utemelji za određene svrhe radi zadovoljavanja potrebâ u općemu interesu, a da kao takve ne imadu veleobrtnički ili trgovački karakter" (toč. c/ supra) - kada nabavlja robu, radove ili usluge za potrebe obavljanja nekih djelatnostî od opće-gospodarskoga interesa (cf. supra) ;

(b) trgovačko društvo u kojemu javni naručitelj ili više javnih naručiteljâ (cf. toč. a/ do d/ supra) imade ili može imati neposredan ili posredan prevladavajućai utjecaj na podlozi vlasništva, financijalnoga udjela, ili s naslova propisâ koji važe za takvo društvo, s tim da obavlja jednu ili više opće-gospodarskih djelatnostî

(cf. supra), s tim što se u određenim slučajevima prevladavajućega utjecaja se predmnijeva ;

(c) naručitelj koji obavlja jednu ili više djelatnosti od opće-gospodarskoga interesa, ali pod pretpostavkom da ih obavlja s naslova zasebnoga ili isključivog prava, a ne imade pravni položaj javnoga naručitelja (cf. toč. a/ do d/ supra), a niti trgovačkoga društva nad kojim javni naručitelj ili više javnih naručitelja (cf. toč. a/ do d/ supra) imade ili bi mogao imati prevladavajući utjecaj (toč. (b) supra)^{22[22]} .

(5) U svezi s javnim nabavama hrvatsko pravo razvija jednoga zasebnog pravnog instituta, instituta s kojim se obuhvaća tzv. "iznimiteljstva" (*exceptions; Ausnahmen*), što će reći slučajeve u kojima se javne nabave koje su to inače *stricto sensu* ne podvrgava odnosnomu pravnom uređenju. Iznimiteljstva bi se moglo po nekim stvarnim premda ne uvijek i posvema logički opravdanim naslovima razvrstavati, i to :

(a) iznimiteljstva po crti "državnoga razloga" (*raison d'État ; Staatsräson*), a takvim su razlozima, npr., čuvanje tajne, zaštita bitnih ili sigurnosnih interesâ Republike, žurnosti, isključivosti podijeljenih pravâ, etc. ;

(b) iznimiteljstva po crti razvijanja, ili poštivanja preuzetih međunarodnih obvezâ, ili u svezi s preuzimanjem ili izvršivanjem takvih obvezâ, kao i u svezi s diplomatskim zastupanjem zemlje u inozemstvu ;

(c) iznimiteljstva po crti naravi predmeta nabave, ili njezinih osebujnih svrhâ, ili pak po svojstvu naručitelja (npr. nabava preko središnjega tijela javne nabave).

Zasebnim su iznimiteljstva u svezi s nabavama od strane naručiteljâ iz područja vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih uslugâ, s tim što se takva iznimiteljstva računaju u dvije vrste : s jedne strane, to su neka od iznimiteljstava koja važe i za druge naručitelje podvrgnute uređenju javne nabave (cf. toč. (a) – (c) supra)), a s druge strane, riječ je o iznimiteljstvima svojstvenim baš za naručitelje iz odnosnih djelatnosti.

Uz "iznimiteljstva" hrvatsko uređenje javne nabave poznaje i institut "priuzdržanih ugovora" (*contrats réservés ; vorbehaltete Verträge*), što je u svezi

²² Isp. za, i to : (a) "državna i druga tijela Republike Hrvatske" kao "javne naručitelje" (toč. a/ supra) – u toč. 1. stavka 1. članka 3. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 12. članka 2. toga Zakona ; (b) jedinice lokalne i regionalne samouprave kao javne naručitelje (toč. b/ supra) – u toč. 2. stavka 1. članka 3. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 12. članka 2. toga Zakona, te u svezi s Zakonom o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Narodne Novine br. 33/01, 129/05 ; (c) "pravne osobe utemeljene radi zadovoljavanja potrebâ u općemu interesu" kao javne naručitelje (toč. c/ supra) – u toč. 3. stavka 1. članka 3. Z.Jav.Nab., supra, u svezi s toč. 12. članka 2. toga Zakona, kao i u svezi s propisima o "djelatnostima od opće-nacionalnoga značenja" (nacionalni odgoj, školstvo, zdravstvo, etc.) ; (d) udruge utemeljene od strane jednoga ili više tijelâ ili pravnih osobâ iz predhodnih točaka (toč. d/ supra) – u toč. 4. stavka 1. članka 3. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 12. članka 2. toga Zakona, kao i u svezi s Zakonom o udrugama, Narodne Novine br. 88/01, 11/02 ; (e) "javno-subvencionirane izvoditelje" (toč. (i) te (ii)) – u stavku 2. članka 3. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s stavkom 1. članka 3. i toč. 12. članka 2. toga Zakona ; (f) naručitelje iz tzv. "djelatnosti od opće-gospodarskoga interesa" – u članku 4. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s člancima 105. - 127., te s toč. 12. članka 2. toga Zakona.

s ovlašću naručitelja "pridržati pravo sudjelovanja (u postupku javne nabave) natjecateljima ili ponuditeljima sukladno zaštićenom programu zapošljavanja, ili samo natjecateljima ili ponuditeljima koji sroču ukupnoga broja posloprimaca zapošljavaju više od 50% osobâ s invaliditetom". Medjutim, u raspisu javne nabave naručitelj je dužan naznačiti da je postupak javne nabave priuzdržan isključivo za takve gospodarske subjekte ^{23[23]}.

(6) Općenito, dakle ne uzimajući u obzir odredbenice o posebnim ugovorima i posebnim postupcima (dodatak II-B Zakona, elektronička dražba, okvirni sporazumi, dinamički sustav nabave, te o naručiteljima iz onih opće-gospodarskih djelatnosti), ono što je više nego upadnim, jest to da hrvatsko mješovito uređenje javne nabave poznaje i priznaje javnim naručiteljima "pravo slobodno birati između "otvorenoga postupka javne nabave" (cf. podtoč. (a) toč. (1) supra)) i "ograničenoga postupka javne nabave" (cf. podtoč. (b) toč. (1), supra)), s tim što, uz to, javni naručitelj, i to :

a/ imade pravo koristiti "natjecateljski dijalog" (cf. podtoč. (c) toč., (1) supra)), ali pod uvjetima : da je riječ o "osobito zamršenomu predmetu nabave i da sklapanje ugovora putem otvorenoga ili ograničenoga postupka javne nabave nije mogućim" ;

b/ smije "pregovarački postupak javne nabave" (cf. podtoč. (c) toč. (1) supra)) primijeniti, uz predhodnu objavu i bez predhodne objave, ali samo u s odnosnim Zakonom izričito propisanim slučajevima, razlikovno sroču toga je li riječ o javnim radovima, ili o javnoj nabavi robe, ili o javnim uslugama.

Postupak javne nabave inače imade karakter "zasebnoga upravnog postupka", što znači, a to je i izričitom odredbenicom Zakona, da se u svim pitanjima koja s Zakonom nisu posebice uređena primijenjuje pravila "općega upravnog postupka". U tomu smislu riječi, javnu nabavu može se kao osebujnu "upravnu stvar" razmatrati, što znači pravnu stvar u kakvoj javno-pravna tijela neporedno primijenjujući propise rješavaju o pravicama, obvezama ili pravnim interesima pojedinaca, pravnih osobâ ili druge stranke kakve. Javnu nabavu može se i kao "upravni slučaj" razmatrati, što znači u smislu "prikaza događanjâ koja se očituju kao odlučenje ili koja su dovela do odlučjenja, ili do više medjusobno isprepletenih odlučenjâ, upravnoga službenika ili skupine upravnih službenikâ" (H. Stein), pri čemu se s motrišta osebujnoga pravnog uređenja, ovdje uređenja javne nabave, upravnoga slučaja zamišlja kao pojedinačnu upravnu stvar u sklopu koje nadležni naručitelj "sukladno kriterijima za odabir donosi odluku o izboru neke od prihvatljivih ponudâ", ili pak "odluku o ništenju postupka javne nabave" ("odlučenje o izboru").

Naručiteljevo "odlučenje o izboru", bilo da je riječ o "izboru najprihvatljivije ponude", ili pak da je riječ o "ništenju postupka javne nabave", imade karakter "jednostranoga upravnog akta", što znači da je nezadovoljnoj stranci, zatim

²³ Isp. za, i to : (a) "iznimiteljstva" od podvrgnutosti uređenju javne nabave – u članku 5. Z. Jav.Nab.-07, supra, u svezi s člankom 1. toga Zakona ; (b) instituta "priuzdržanih ugovora" – u članku 12. Z.Jav. Nab.-07, supra, u svezi s člankom 13. toga Zakona.

natjecatelju ili ponuditelju, nadalje i svakomu drugom gospodarskom subjektu koji bi imao pravnoga interesa na dobivanju ugovora o javnoj nabavi, kao i Vladinom Uredu za javnu nabavu i Državnomu odvjetništvu, otvorenim put pravne zaštite – izjavljivanje žalbe na Državnu komisiju za kontrolu postupaka javne nabave, te i zahtjeva da se poništi cjelokupni postupak javne nabave u slučaju da naručitelj odbije dostaviti žalbu i dokumentaciju. Odlučenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave jest "konačnim" u upravnom postupku, te odnosne stranke imaju pravo pokrenuti upravni prijedor, dotično podnijeti upravnu tužbu na Upravni sud Republike, s tim što je takav upravni prijedor žurne naravi^{24[24]}.

(7) Razmatranje "javno-privatnoga ortaštva" u suvislosti "javnoga nabavljanja" iziskuje da se raspravi prije svega pitanje kriterija izbora prihvatljive ponude u sklopu uređenja "javne nabave", a podredno i pitanje uređenosti postupka, a to je zato što će se "javno-privatno ortaštvo", bez obzira da li "ugovorno" ili "institucionalno", od uređenja "javne nabave" više ili manje razlikovati u pitanjima postupka, ali zato puno više po pitanju kriterijâ izbora najpovoljnije ponude.

Uređenje "javne nabave" odlikuje s dosta inačica u pitanju kriterijâ izbora najpovoljnije ponude, što se, i to glasom sârnoga Zakona, povezuje s vrstom postupka javne nabave, što će reći s "slobodom javnoga naručitelja na izbor postupka", pri čemu se mora u obzir uzeti još neke veličine kao što su sklapanje ugovora s pomoću "elektroničke dražbe" (*enchère électronique ; elektronische Versteigerung*), te sklapanje ugovora u sklopu "okvirnoga sporazuma" (*accord-cadre ; Rahmenübereinstimmung*), dakle :

a/ "najniža cijena" (*le prix le plus bas ; Preis dieser der niedrigste ist*) – kada je u pitanju "jednostavna elektronička dražba" (*électronique enchère simple ; einfache elektronische Versteigerung*) ;

b/ "ekonomski najpovoljnija ponuda" (*offre la plus favorable économiquement ; Angebot ökonomisch das günstigste ist*) – kada je u pitanju "zamršena elektronička dražba" (*électronique enchère complexe ; verwinkelte elektronische Versteigerung*) ;

c/ "najniža cijena ili ekonomski najpovoljnija ponuda" (*le prix le plus bas or offre la plus favorable économiquement ; Preis dieser der niedrigste ist oder*

²⁴ Isp. za, i to : (a) slobodnoga izbora javnoga naručitelja o postupku javne nabave – u člancima 13. – 29. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 15. članka 2. toga Zakona ; (b) „općega upravnog postupka“ – u Z.U.P., supra, u svezi s člankom 167. Z.Jav.Nab.-07, supra ; (c) „upravnu stvar“ – u članku 1. Z.U.P., supra ; et. B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 301. – 307. ; (d) "upravnoga slučaja" – H. Stein, cit. po E. Pusić, *Nauka o upravi* ..., supra, str. 40. ; (e) odluku o izboru neke od prihvatljivih ponuda ili o ništenju postupka javne nabave – u člancima 85. – 95. Z.Jav.Nab.-07, supra ; (e) jednostrane upravne akte - G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* ..., supra, t. 1., str. 265. – 326. ; A. de Laubadère, A. J. C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* ..., supra ; (f) "upravne akte u tehničkomu smislu riječi" - B. Babac, *Upravno pravo* ..., supra, str. 317. – 342. ; (g) put pravne zaštite u svezi s "odlukom o izboru" – u člancima 134. – 163. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s odrednicama Z.U.P., supra, te Z.U.S., supra ; (h) podredna primjena odrednicâ Z.U.P., supra ; u članku 163. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s člankom 3. Z.U.P., supra.

Angebot ökonomisch das günstigste ist) – kada je u pitanju sklapanje ugovora o javnoj nabavi u sklopu tzv. "okvirnog sporazuma" (accord-cadre);

d/ "pobjednik u natječaju" (**gagnat choisie en voie de concours ; Gewinner im Wettberb ausgewählt**) – kada je u pitanju postupak natječaja (**procédé en voie de concours ; Wettbewerbesverfahren**).

e/ "ekonomski najpovoljnija ponuda" (**offre la plus favorable économiquement ; Angebot ökonomisch das günstigste**) – kada je u pitanju "natjecateljski dijalog" (**voie de dialogue des concurrents ; Verfahren durch Wettbewerbsgespräch**);

f/ "prihvatljiva ponuda" (**offre acceptable ; annehmbares Angebot**), koja je ili "ekonomski najpovoljnijom" (**offre la plus favorable économiquement ; Angebot ökonomisch das günstigste**) ili je s "najnižom cijenom" (**offre à prix le plus bas ; Angebot mit Preis dieser der niedrigste ist**) – u svim ostalim postupcima javne nabave.

Isti ti kriteriji odabira važe i za postupke javne nabave što ih provode naručitelji koji obavljaju djelatnosti na području vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih usluga, ali iz dvije važne razlike po drugim crtama : prvo, takvi naručitelji imaju slobodniji izbor postupka javne nabave sroču drugih, dotično javnih naručitelja ; drugo, i sklopu postupaka javne nabave što ih provode naručitelji u odnosnim djelatnostima provodi se i postupak utvrđivanja izravne izloženosti neke od ononarečenih djelatnosti tržišnom natjecanju – u kakvom slučaju ne podliježu primjene zasebnoga dijela Zakona odnosećega na javne nabave takvih naručitelja ^{25[25]}.

(8) Jednim je od središnjih instituta svakoga uređjenja javne nabave, pa i onoga hrvatskoga, "odlučka o odabiru" (prihvatljive ponude) ili "odlučka o ništenju postupka javne nabave". S tim u svezi kaže se da se postupak javne nabave završava s "konačnošću odluke o odabiru" ili "odlučke o ništenju", što će reći s trenutkom kada se više ne imade mjesta žalbi ili kakvom drugom redovitom pravnom lijeku.

Isto tako se kaže , da "odlučka o odabiru" jest pisano odlučenje javnoga naručitelja o tomu s kojim od ponuditelja namjerava sklopiti "ugovor o javnoj nabavi", a da "odlučka o poništenju postupka javne nabave" jest pisano odlučenje javnoga naručitelja o ništenju svih pravnih radnji i učinaka već provedenoga postupka.

Glavnim je pravnim učinkom "odlučke o odabiru" to da "ugovor o javnoj nabavi" što ga javni naručitelj sklopi s nositeljem odabrane ponude mora u svemu biti sukladnim s odabranom ponudom i s dokumentacijom za nadmetanje. Inače,

²⁵ Isp. za, i to : (a) vrsti postupaka javne nabave i u njima naznačene kriterije izbora „prihvatljive ponude“ – u člancima 13. – 29. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s toč. 15. članka 2. toga Zakona ; (b) postupke i kriterije izbora u tzv. „djelatnostima od opće-gospodarskoga interesa“ – u člancima 105. – 127. Z.Jav. Nab.-07, supra, u svezi s člankom 4. toga Zakona ; (c) elektroničku dražbu – u članku 17. Z.Jav. Nab.-07, supra, u svezi s toč. 7. članka 2. toga Zakona ; (d) okvirnoga sporazuma – u članku 18. Z.Jav. Nab.-07, supra, u svezi s toč. 5. članka 2. toga Zakona ; (e) „prihvatljivu ponudu“ – u članku 84. Z.Jav. Nab.-07, supra, u svezi s toč. 19. – 21. članka 2., članaka 13. – 20. toga Zakona.

ugovor o javnoj nabavi jest ugovorom građanskoga prava, što se daje posebice zaključiti iz one odredbenice Zakona glasom koje se na "odgovornost stranaka za ispunjenje ugovora o javnoj nabavi primijenjuje odredbenice Zakona o obveznim odnosima^{26[26]}.

(9) Razmatranje "javno-privatnoga ortaštva" u suvislosti javne nabave, ali unutar obzira općega interesa, ističe u prvi plan ove stvari, i to :

a/ gospodarom postupka javne nabave jest javno-pravno tijelo, dotično javni naručitelj, posebice u smislu da se s postupkom ne smije ni započeti dok potrebna sredstva nisu isplaniranim ;

b/ taj postupak mora, uz neke inačice, biti vodjenim kao opći upravni postupak s svim njegovim postupovnim ograničenjima i zajamčenjima što ih s motrišta ostvarivanja prava pruža ;

c/ sâma javna nabava jest upravnom stvarju, što znači da kao takva podliježe ispitivanjima i preispitivanjima što ih postojeće "upravno uređenje" (*régime administratif ; verwaltendes Regime*) predviđa ;

d/ ugovor o javnoj nabavi jest posljedicom provedenoga postupka nadmetanja i mora u svemu biti u skladu s odlukom o odabiru, posebice u skladu s kriterijem odabira ponude prihvatljive bilo s motrišta "najniže cijene" ili "ekonomski najpovoljnijih uvjetâ ugovaranja" ;

e/ javna nabava kao pravno uređenje pruža jamstva ne samo svojim sudionicima već i svakoj osobi koja imade pravnoga interesa na dobivaju ugovora o javnoj nabavi, naime da štite i zaštite svoja prava i pravne interese ; to, osim svega, načelno ali i praktički opipljivo isključuje nadmoć onih koji su najjači isključivo s motrišta financijalnoga.

Drugčije stoji stvar s "javno-privatnim ortaštvom" . To je, predmnijevajući, njegove ugovorne oblike, postupanje koje polazi od "projekta financiranja, podizanja, obnove, upravljanja i održavanja građevinâ ili pružanja uslugâ od općega interesa". Takvom projektu ne da slijedi već predodi "dogovor o suradnji između tijelâ javnoga sektora i privatnih poduzetnikâ", s tim što se od potonje suradnje očekuje one svrhe iz ugovora ostvariti. S odnosnim ugovorom moralo bi se posebice razrješiti pitanja, i to :

(a) izradbe projektne dokumentacije – što se imade obično privatnomu ortaku povjeriti ;

(b) metodu financiranja – obično se misli na djelomično financiranje od strane privatnih poduzetnikâ, koje bi se izabralo na podlozi "javnoga natječaja" ;

(c) odredjivanje svrha uortačivanja s obzirom na opće interese – na to se

²⁶ Isp. za, i to : (a) „odluku o odabiru“ – u člancima 85. – 95. Z.Jav.Nab.-07, supra ; (b) „odluku o ništenju“ – u člancima 85. – 95. Z.Jav.Nab.-07, supra, u svezi s člancima 164. – 167. toga Zakona; (c) instituta „konačnosti“ (upravnoga akta) – u članku 11-a. Z.U.P., supra ; (d) ortaštvo glasom građanskoga prava – u člancima 637. – 659. Zakona o obveznim odnosima, Narodne Novine br. 35/05 (Z.Obv.Odn.) ; (e) ortaštvo glasom trgovačkoga prava – J. Barbić, *Pojavni oblici ortaštva – Zajednički podhvat (Joint Venture)* ..., supra.

usredotočuje tijelo ili institucija javnoga sektora, ali uz isključenje ortaštva glasom trgovačkoga prava *ex definitione* ;

(d) raspodjele rizika ili rizikâ – kaže se da bi trebalo uobičajeno raspoređivanje rizikâ izbjegavati, ali od slučaja do slučaja odrediti "preciznu raspodjelu rizika od slučaja do slučaja, u skladu s sukladnom mogućnošću stranaka da procijene, kontroliraju i nose se s rizikom" ;

(e) ugradjivanje predmnijevano eficitnijih radno-poslovnih metoda privatnih poduzetnikâ u javno poslovanje – iskazuje se pretpostavku da se to može od privatnoga sektora očekivati.

Kao što je to razvidnim, uz tzv. "usredotočenost javnoga sektora na opće interese" (toč. c) supra), javno-pravna obveza tijelâ i institucijâ javnoga sektora pretvara se u obvezu naravi gradjansko-pravne, što znači da se ne imade previše odredjenjâ "trajne suradnje javnoga i privatnog sektora" koji bi odisali obzirima općega interesa, a pogotovno ne takvih da bi vodili računa o interesima trećih, dakle privatnih poduzetnika i drugih zainteresiranih tijelâ i osobâ, koji u predmnijevi javnoga usvajanja "programiranja što ga imade privatni sektor izvoditi" ne imadu nikakve šanse braniti svoja prava i interese, a kamoli u odnosnim transakcijama sudjelovati ^{27[27]} .

4. JAVNO-PRIVATNO ORTAŠTVO KAO ZASEBNO PRAVNO UREDJENJE

(1) U relativno najnovije doba puno se problematizira jednoga daljnjeg instituta u svezi s "javnim poslovanjem", a to je "javno-privatno ortaštvo". Razvoj potonjega kao instituta i kao izražaja (zajedničkoga) poslovnog praxisa osobâ javnoga prava i privatnih poduzetnikâ povezuje se, kako se to znade najpopularnije kazivati, s nemogućnošću zadovoljiti stanovite javne potrebe na "klasični", "tradicionalni", proračunski način. Naime, kako to kazivaju zagovornici "širenja suradnje javnoga i privatnog sektora", zadovoljavanje javnih potrebâ vrlo često predstavlja velik problem za većinu zemalja, medju kojima se nalaze i razvijene zemlje. Temeljnim razlogom tomu bio bi veći kolikotni i kakvotni rast javnih potrebâ sproću rasta javnih prihoda. Glede otklanjanja ovakve nesrazmjere, pojedine razvijene zemlje Europske unije uvele su financiranje zadovoljavanja javnih potrebâ u sklopu 'javno-privatnoga ortaštva' i postigle u tomu, tvrdi se, zapažene rezultate (npr. Velika Britanija, Irska, Škotska, Danska, S. R. Njemačka, etc.).

Budući da se granica fiskalnoga opterećenja gradjanâ i gospodarstvenikâ u Republici Hrvatskoj približila, kako to mnogi tvrde, svojemu maksimumu, trebalo bi na razini osobâ javnoga prava više pažnje posvetiti financiranju zadovoljavanja

²⁷ Isp. za, i to : (a) uspostavljanje „javno-privatnoga ortaštva“ - Vladine *Smjernice* – supra ; (b) ortaštvo glasom hrvatskoga trgovačkoga prava – J. Barbić, *Pojavni oblici ortaštva – Zajednički podhvat (Joint Venture)* ..., supra ; (c) isključenje gradjansko-pravnoga ortaštva iz odredjenjâ „javno-privatnoga ortaštva“ – u podstavku 5. toč. 3. Vladinih *Smjernicâ* , supra.

javnih potreba s pomoću "javno-privatnoga ortaštva", osmišljavanje i razvoj kojega bi glasom mišljenja prerasnih zagovornika mogli u svezi s tim dovesti do znatnoga rasterećenja građana i gospodarstvenika po crti snošenja poreza i drugih javnih podavanja. Naravno, s motrišta javnoga gospodarenja financijskog riječ bi bila o tzv. "projektom financiranju" (*project financing (financement de projet; Vorhabensfinanzierung*)), što bi bilo jednim od "nefiskalnih instrumenata financiranja zadovoljavanja javnih potreba" – druga dva su: zasebne kreditne linije specijaliziranih financijskih posrednika koji što izravno što neizravno preko poslovnih banaka financiraju programe od lokalno-regionalnoga ili državnog značenja; te privatizacija stanovitih odsječaka javnoga sektora, npr. sveučilišta, bolnica, etc.

Glasom pravila što ih je utvrdilo Europsko povjerenstvo (*Commission européenne; Europäische Kommission*) s "javno-privatnim ortaštvom" obuhvaća se sve oblike suradnje između javnih vlasti i privatnih poduzetnika u svrhe osiguranja sredstava, podizanja, obnove, upravljanja i/ili održavanja podgradnje i nadgradnje (*infrastructure; Unterlage, Überlage*) ili pružanja javnih usluga, s tim da privatni poduzetnici ('privatni sektor') osiguraju: (a) dodatnoga kapitala, (b) alternativne vještine u upravljanju i izvršavanju programa, (c) dodajnu vrijednost potrošaču i javnosti općenito, te (d) bolje prepoznavanje potreba i optimalnu porabu ekonomskih dobara, a da pri tomu javne vlasti: (i) osiguravaju nesmetano razmahivanje tržišnoga natjecanja, (ii) zaštićuju opće interese te maksimiziranje dodajne vrijednosti, (iii) određuju optimalnu razinu podrške kako radi ostvarivanja životno-žilavoga i održivog programa tako i da se izbjegne bilo kakvu pogodnost za nezaslužene dobitke (profite) iz raspolaganja potporama, te (iv) procjene najefektivnijega tipa javno-privatnoga ortaštva za dani program^{28[28]}.

(2) Kako se u listinama Europskih zajednica, a i u Smjernicama hrvatske vlade, "javno-privatno ortaštvo" izražava izvanpravnim terminima, ali pri tomu ipak umećući tu i već odavno potvrđene javno-prvne oblike kao što su koncesioniranje i javna nabava, a njegov mogući sadržaj obuhvaćajući u veoma širokom rasponu – od (a) "(ras)prodaje državne i ozemljensko-samoupravne imovine" i (b) "djelomične kapitalizacije i komercijalizacije javne imovine", te (c) "prodaje (dionica) javnih poduzeća", kao i (d) "djelomične privatizacije javnih poduzeća", preko (e) ortačkih ulaganja (javnoga sektora u financiranju programa onoga privatnog) i (f) privatne financijske inicijative (usluge se pruža javnoj vlasti a profite polučuje kroz javne subvencije), pa sve do (g) "zajedničkih podhvata" – veoma će teško biti to da se ispita: pod kojim uvjetima bi "javno-privatno ortaštvo" bilo mogućim (javno)-pravno osmisлити, što zapravo znači razmatrati ga

²⁸ Isp. za, i to: (a) vrlo optimistička predskazivanja i očekivanja od "javno-privatnog ortaštva" kao pravno-gospodarskoga praxisa – M. Brekalo, Nikola Bilandžija, Ivica Buconjić: **Javno-privatno partnerstvo – Neka razmatranja s motrišta upravnoga prava i financija**, Pravni vjesnik, Osijek, 2007., 3 – 4/07 (u pripremi); (b) kritički prizaz i veliku opreznost, posebice što se tiče "građanskoga nadzora" – J. Šimović, et al.: **Javno-privatno partnerstvo kao nefiskalni instrument financiranja općih interesa** ..., supra; (c) europske propise - **Europski naputci** (2006.) ..., supra; **Europska Zelena knjiga** (2004.) ..., supra; (d) hrvatske propise - **Vladine Smjernice** ..., supra.

i razmotriti kao bilo koje drugo ortaštvo unutar pravno-gospodarskoga poretka kao cjeline, što će značiti da bi se trebalo, s obzirom na okolnost da je riječ o ortaštvu osobâ javnoga prava i privatnih poduzetnikâ oko zasnivanja i izvršivanja stanovitih ali velikih programâ, usredotočiti na "zajedničke podhvate" (*joint-ventures* ; *Gemeinschaftsunternehmen*) ili "zajednička ulaganja" kao pojavni oblik (trgovačkoga) ortaštva, dotično oblik 'prigodnoga udruživanja dviju ili više osobâ da se upuste zajedničko poduzetništvo u nekomu podhvatu s zajedničkim izgledima i podjelom snošenja rizika' (A. Goldštajn, J. Barbić).

Medjutim, kada se "javno-privatno ortaštvo" razmatra glasom pravilâ trgovačkoga prava o zajedničkim podhvatima – na koja se ne nadovezuju niti europska "Zelena knjiga" (2004.) niti Europski Naputci (2006.) niti hrvatske Smjernice (2006.) - čitav niz pitanja postaje prijepornim s motrišta zaštićivanja i promicanja općih interesâ, dotično s motrišta upravnoga prava, i to :

a/ Stožernom veličinom u ostvarivanju zajedničkoga programâ postaje ugovor o ortaštvu, ali : prvo, glasom takvoga ugovora stranke – javne se vlasti i privatni poduzetnici – "obvezuju uložiti svoj rad i/ili imovinu radi postizanja ali ne zajedničkoga im cilja" – kao što je to slučajem bilo u "ortaštvu građanskoga prava" bilo u "ortaštvu trgovačkoga prava", već "radi postizanja neke javne svrhe", što protivno retorici legitimizacije iz odnosnih pravnih listinâ, ističe jedno "javno-pravno" počelo, a to je "javnu svrhu" ; drugo, hrvatske Smjernice, za razliku od europskih listinâ, izrijeckom iz "javno-privatnoga ortaštva" isključuju "zajednička ulaganja", što je tipičnim oblikom, "ortaštva trgovačkoga prava".

b/ Glasom ugovora o ortaštvu uložiti i imovina društva moraju biti odredjenim (stvari, prava, novac, rad i druga dobra), što u "javno-privatnom ortaštvu" nije posvema jasnim : naime, sâm program, a i ugovor što ga slijedi može obuhvatiti razne oblike "uortačivanja", od kojih bi samo jednim mogla biti "zajednička ulaganja" : medjutim, ova potonja isključena su *ex definitione* iz odredjenjâ "javno-privatnoga ortaštva" a, osim toga, ono što je najčešćim, a to je "plaćanje redovite nadoknade privatnomu ortaku za njegove usluge" (hrv. Smjernice) nije pravom ("javnoga sektora") već obvezom, pak ju se ne bi smjelo smatrati (njegovim) ulogom.

c/ Svi su ortaci, u pravilu dužni jednako sudjelovati u ostvarivanju zajedničkoga cilja – bez obzira na vrst i veličinu njihovoga uloga : u "javno-privatnom ortaštvu", prije svega, cilj nije zajedničkim, već je to neka "javna svrha", a u svezi s takvom svrhom stranke imadu različite usmjeridbe - privatni poduzetnici streme za maksimizacijom dobitka, a javne vlasti za maksimizacijom zadovoljenja javne potrebe ; zajedničkim je, ako je, samo program od ostvarenja kojega se očekuje one dvije ali međjusobno proturječne "maksimizacije" ostvariti ;

d/ Nijedan ortak, osim svega, ne imade pravo poduzeti posao s kojim bi, radi svoje zasebne koristi, ugrozio postizanje zajedničkoga cilja ili bi nanio štetu ortaštvu : "javno-privatno ortaštvo" kako glasom onih europskih i hrvatskih listinâ tako i glasom poslovnoga praxisa ne sadrži "zabranu konkurencije", a da istodobno pri tomu "javnu svrhu" proglašava "zajedničkim ciljem".

e/ Ovlaštenje na vođenje poslova preneseno na jednoga ili više ortakâ može se s jednodušnom odlukom svih ostalih ortakâ oduzeti zbog "grube povrede povjerene dužnosti", "nesposobnosti za uspješno vođenje poslova", ili iz "drugih važnih razlogâ" : jednom je od pobuda konstituiranju "javno-privatnoga ortaštva" baš iskazivanje (pre)velikoga povjerenja u privatne poduzetnike, u njihovu sposobnost za uspješno vođenje poslova, u njihovo novotvorstvo, etc., što znači da bi, kada se takvo očekivanje pokaže izlišnim, trebalo prijenos onih ovlaštenja oduzeti : međjutim, u oduzimanju ovlaštenja javne vlasti vezane su pravilom o jednodušnosti, dotično ne imaju u svezi s tim nikakve ovlasti na odlučnja jednostrana ; s druge strane, (privatni) ortak imade ovlast povjerenje mu poslovodstvo otkazati kada za to imade (bilo kakav) "oporavdani razlog".

f/ Procjena ostvarenosti svrhe uortačivanja, te s tim u svezi dobitka ili gubitka, u "javno-privatnom ortaštvu" biva, u pravilu, prebačenom na ovlaštene osobe koje ne će biti one koje su uspostavile ortaštvo, baš kao takvima ne će biti ni korisnici koji bi imali legitimna očekivanja u svezi s odnosnim uortačivanjem javnih vlasti i privatnih poduzetnikâ.

g/ okolnost da se s zajedničkom suradnjom javnih vlasti i privatnih poduzetnikâ imade neku "javnu svrhu" ostvarivati ne imade nikakve javno-pravne suodnosnice, osim, možda, jednoga privida "javno-pravnosti", a to je "pravo javnoga ortaka ugovor raskinuti po 'diskrecijskoj ocjeni', ali samo kada je to s ugovorom o 'javno-privatnomu ortaštvu' izrijekom predviđenim".

Sproću ortaštva glasom gradjanskoga i trgovačkog prava, zasebnim je problemom onoga "javno-privatnog" pitanje procjene rizika. Naime, u sklopu onoga prvoga ortaštva rizik se snosi srazmjerno udjelu u dobitku, dotično u snošenju gubitka. S obzirom na okolnosti "javno-privatnoga ortaštva" – dugoročnost, "ekonomije srazmjere", ispremješanosť oprečnih usmjeridbi – javnih vlasti s osiguranjem urednoga i, poželjno, visoko-kakvoznoga pružanja javnih uslugâ, privatnih poduzetnikâ s polučenjem maksimalne visine dobitka (profita), etc., jednim od središnjih pitanjâ postaje "procjenjivanje i raspodjela u snošenju rizikâ te koristi i troškova" u ortačkim odnošajima javnih vlasti i odnosnih privatnih poduzetnikâ, procjena i raspodjela koje su izražajem prisvajanja jednoga dijela diskrecionarne vlasti od strane privatnih poduzetnikâ (*appropriation d'une portion du pouvoir discrétionnaire de la part des entrepreneurs privés respectifs; Aneignung der Verschwiegenheitsmacht auf private Unternehmer*) i kriomice vršenja arbitrarne vlasti od strane javno-pravnih tijelâ (*exercice du pouvoir arbitraire des autorités publiques subrepticement ; verstohlende Ausübung der willkürlichen Macht von der öffentlichen Behörden*). Drugim riječima, poželjno "optimalno raspodjeljivanje rizika izmedju javnoga i privatnog ortaka" postaje izražajem odlučnjâ donijetih na podlozi vršenja ničim ograničene "slobodne ocjene" (*libre appréciation non limitée ; freies Ermessen das nicht beschränkt ist*), što znači "samovolje" (*liberum arbitrium ; Willkürlichkeit*)^{29[29]}.

²⁹ Isp. za, i to : (a) temeljne pravne listine – kao u predhodnoj bilješci, supra, te **Z.Jav.Nab.-07**, supra i propise o koncesioniranju – isp. u bilješcima iz toč. 1. ovoga ogleđa, supra ; (b) "koncesioniranje"

(3) Kada bi se, kao što je to gore učinjeno, "javno-privatno ortaštvo" shvaćalo na narečeni način, ne bi bilo teškim, premda bi još uvijek preostajao zanemarenim sugled javne odgovornosti, povlačiti distinkcije između "koncesioniranja" i "javne nabave" s jedne strane, zatim "javno-privatnoga ortaštva" s druge strane, te (ras)prodaje javne imovine i ortačkih poduzeća te ortačkih ulaganja, s treće strane. Naime, uz odnosne distinkcije, "javno-privatno ortaštvo" očitovale bi se kao i bilo koje drugo poduzetništvo, dotično kao "tjeranje nekoga podhvata od strane dviju ili više osoba radi postizanja zajedničkoga cilja", a okolnost što bi jedan od takvih ortakâ bila neka javna vlast, neka osoba javnoga prava, ne bi ništa mijenjalo na stvari. U takvom slučaju, "javno-privatno ortaštvo" ne bi očitovale nikakva javno-pravna počela, za razliku od "koncesioniranja" i "javnih nabava" koji instituti to u ovoj ili onoj mjeri sadržavaju. Dakle, da bi "javno-privatno ortaštvo" očitovale i kakva javno-pravna počela, da bi imale i nekoga javno-pravnog značenja morale bi se uz takvo ortaštvo propisati kakve "ovlasti na odlučanja jednostrana" u korist javnih vlasti, te s tim u svezi i zasebna prava, obveze i odgovornosti ovih potonjih i privatnih poduzetnika. Hrvatske Smjernice, međutim, *expressis verbis*, kao što je to već rečenim, isključuju "zajednička ulaganja" osoba javnoga prava i privatnih poduzetnika iz sâmoga pojma ali njihovim glasom isključivo ugovorno shvaćenoga "javno-privatnog ortaštva", tako da ovakva razmatranja ostaju, zasada, samo na razini teoretske kontemplacije.

Tako bi se moglo o načelnim i praktički opipljivim distinkcijama ustvrditi ovo:

(a) Od "koncesioniranja" se "javno-privatno ortaštvo" osebujno razlikuje po tomu što u sklopu onoga prvoga nadležna javna vlast jest samo "vlašću prepuštajućom", dakle nije i sudionikom poslovnih podhvata koncesionara, poslovnih podhvata koji su podlogom za nagradjivanje potonjega. Nadziranje što ga odnosna javna vlast vrši nad djelovanjem koncesionara, premda je šire sproću nadziranja što ju javne vlasti općenito vrše nad djelovanjem poduzetnika, svodi se na provjeru sukladnosti koncesionarovoga djelovanja s motrišta promicanja

– I. Krbek : **Upravno pravo (II./1932.)** ..., supra ; B. Babac : **Upravno pravo** ..., supra ; (c) javne nabave – D. Medvedović – I. Šprajc : **Pravno uređenje javnih nabavki**, Bilten br. 17. Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Kluba pravnika Zagreba, od 17. lipnja 2003., autorizirano izlaganje; (d) "zajedničke podhvate" – A. Goldštajn, **Ugovor o zajedničkim ulaganjima**, u : A. Goldštajn ur., *Investicije, Informator*, Zagreb, 1969., str. 1. et s.; J. Barbić : **Pojavni oblici ortaštva – Zajednički podhvat (Joint Venture)** ..., supra, str. 7. – 13.; neka je, s tim člankom u svezi, primijećenim da gotovo nitko nije, koliko je to nama poznatim, osim Jakše Barbića, uporabio hrvatski izričaj "ortaštvo" namjesto "partnerstvo", što je samo sukladnik (polu-pohrvaćenoga) engl. izričaja "partnership" a, što je najzanimljivijim, i Vlada "voli" potonjega izričaja ; (e) ugovora o ortaštvu (posebice za ono pod toč. a/ - f/ supra) – M. Vedriš i P. Klarić : **Gradjansko pravo**, NN, Zagreb, 2004., str. 534. – 542. ; u člancima 637. – 660. **Z.Obv.Odn.**, supra ; (f) snošenje rizika u ortaštvu – u stavcima 2. i 3. članka 641. **Z.Obv.Odn.**, u svezi s člancima 650. – 651. toga Zakona ; (g) "ovlast diskrecionarnu" te tzv. "slobodnu rasudbu" – G. Vedel et P. Delvolvé : **Droit administratif** ..., supra, sv. 1., str., posebice, 528. – 536.; P. Alexeff : **L'État – le Droit et – le Pouvoir discrétionnaire des Autorités publiques**, u : *Revue Internationale de la Théorie du droit*, Brno, 1928/1929., année III., str. 195. – 219. (hrvatski prijevod : *Pravni vjesnik*, Osijek, 1997., 1 – 2/97, str. 102. – 121. (prevoditelj je prof. dr. sc. B. Babac)); P. Moor, **Droit administratif** ..., supra, sv. I., str. 371. – 386., 439. – 441. ; B. Babac, **Upravno pravo** ..., supra, str. 181. – 216.; (h) vršenje "diskrecijske ocjene" od strane javnog ortakâ radi raskidanja ugovora – u podtoč. 17. toč. 5. hrv. **Smjernicâ**, supra.

općih interesâ kako ih određuju koncesija i ugovor o koncesioniranju. Što se pak tiče nagradjivanja, bitnim je, kako je to već bilo rečeno, da svoju nagradu koncesionar vuče od tjeranja službe, korištenja javne imovine ili vršenja kakve javne djelatnosti, kada važi načelo o "ravnovjesju financijalnomu" (*équilibre financier ; Finanzgleichgewicht*) u koncesioniranju, s tim što : posljedice povredâ potonjega načelno imade koncesionar snositi – kada je riječ o izvanjskim događanjima, dočim je vlast prepuštajuća obvezana dati nadoknade za posljedice povredâ kakve proizlaze iz njezinih odlučnja o uvjetima vršenja koncesionaru povjerene djelatnosti, dobra, radova.

(b) Od "javnih nabava" razlikuje se "javno-privatno ortaštvo" osebujno po tomu što se one prve ograničava na "predmete od financijalnoga interesa", što će se ostvariti primjenom kriterija "najniže cijene" ili "ekonomski najpovoljnije ponude", s tim što za dodjeljivanje "posla" ponuditelju podliježe uređenju što ga propisuju pravila upravnoga prava, s osobitim naglaskom na osiguranju slobode tržišnoga natjecanja te na zabranu diskriminacije. Ugovor o javnoj nabavi sklapa se tek po izboru najpovoljnije ponude, najpovoljnije u smislu unaprijed postavljenih i iz raspisivanja nadmetanja razvidnih uvjetâ. Za razliku, dakle, od javne nabave unutar koje sklapanje ugovora slijedi "postupcima i radnjama da se do ugovora dodje", dotle u sklopu "javno-privatnoga ortaštva" program o ostvarivanju zajedničkoga cilja slijedi već dogodjenomu uortačivanju javnih vlasti s privatnim poduzetnicima.

Moglo bi se u smislu formalnomu naglašavati odnosne razlike, ali svaka potreba za tim prestaje kada se za bilo koje od narečenih postupanja propiše operacionalizirljivu odgovornost javnih vlasti za uspjeh onoga podhvata što bi ga se moglo nazvati 'osiguranje kontinuiranoga pružanja uslugâ građanima uz standarde koji bi bili višim nego da se za sve sâma javna vlast pobrine'. Kada se, osim toga, u središte pažnje stavi gospodarsko-financijalne prednosti i nedostatke, ne bi se moglo nikakvoga razloga, pogotovo ne ni pravne ni stvarne prepr'jeke, naći da se, i što je pravno posvema otvorenim, postupke "koncesioniranja" ili postupke "javne nabave" primijeni na sve ono što se hoće s "javno-privatnim ortaštvom" osigurati. Niti "koncesioniranje" niti "javne nabave" ne priječe već, suprotivno, iziskuju, osim svega, podizanje podgradnje i nadgradnje, razumijeva se samostalno ili u su-djelatništvu s vlašću prepuštajućom, dotično s javnim naručiteljem. Medjutim, i "koncesioniranje" i "javne nabave" uključuju i ovlasti na odlučnja jednostrana, a posebice nadzorne ovlasti, samo u korist javnih nadležstava, dočim se u sklopu "javno-privatnoga ortaštva" ili u cijelosti ili djelomično takvu ovlast, uz svodjenje upravnoga nadzora na onaj opći, dakle na onoga kakvomu podliježu poduzetnici općenito, ovoliko ili onoliko prepušta privatnim poduzetnicima ^{30[30]}.

(4) "Javno-privatnomu ortaštvu" pripisuje se kolosalne, moglo bi se reći čak čudotvorne, mogućnosti što ih se javnim vlastima i građanima pruža u svezi s zadovoljavanjem inače brzo rastućih javnih potrebâ. U sklopu javno-pravnoga razmatranja moralo bi se, čini se, biti puno opreznijim. Naime, nijedno javno-

³⁰ Isp. u predhodećim bilj. br. 28. i 29., supra.

pravno razmatranje ne bi smjelo postavljanje pitanja uloge i položaja građana izbjegavati, a ovdje je to u svezi s "javno-privatnim ortaštvom". Ovlasti na odlučnja jednostrana proizlaze iz vrhovništva nacionalnoga (*souveraineté nationale ; nazionale Hoheit*), što će u konačnici značiti postavljanje jednoga bitnog pitanja, a to je koliko građani dobivaju a koliko gube na "ovlastima i demokratskim pravima", a koliko dobivaju ili gube na zadovoljavanju javnih potreba.

Ne ulazeći u pitanje analizu dade se, svakako, neka u visokoj mjeri vjerojatna utvrđenja izvesti, a prije svega ovo :

a/ s motrišta međjunaraštajnoga – prakticiranje "javno-privatnoga ortaštva" dovodi do toga da se terete ranijih naraštaja prebacuje na one kasnije, s čim se, dašto, političke probleme oko zadovoljavanja javnih potreba ne razrješiva već ih se premješta u "budućnost" : a to se ne može opravdati s pozivanjem na predmnijevano neproblematičnu ali zapravo vrlo propitljivu učinkovitost privatnih poduzetnika u tjeranju djelatnosti od interesa za zadovoljavanje javnih potreba ;

b/ s motrišta politike i političke kontrole - prakticiranje "javno-privatnoga ortaštva" znači da se određenoga ali životno važnoga dijela politike prepušta privatnicima, s čim se ozbiljne rizike demokratske uprave, dotično političke elite u gospodarenju "općim dobrom", prebacuje isključivo ili pretežito na građane kao korisnike uslugâ, što se ne može nikako opravdati obećanjem kako će građani uživati u "kakovnijim" uslugama, jer za takvo "obećanje" građani u zamjenu daju realno "imanje" ;

(c) s motrišta javno-financialnoga gospodarenja - prakticiranje "javno-privatnoga ortaštva" znači pridavanje nenadzirljive vlasti arbitrarne i ovlasti diskrecionarne u raspolaganju velikim svotama novca, dotično kapitala, s čim se pripadnicima političke elite i javno-pravnih tijela općenito uvelike otvara vrata tomu da u u političko odlučivanje relativno neograničeno umetaju nepoštena i druga s motrišta "zajedničkoga dobra svih" nedopuštena i štetna zahtijevanja; osim toga, i u svezi s tim, prakticiranje "javno-privatnoga ortaštva" naširoko otvara vrata za prikriveno nametanje velikih tereta po pučanstvo, dakle preko svakoga razumnog financijskog opterećenja u ukupnosti ;

(d) s motrišta koherentnosti pravnoga sustava – isključivanje "zajedničkih ulaganja" iz pojma "javno-privatnoga ortaštva" a umetanje u potonjega "koncesioniranja" i "javnih nabava" znači rastakanaje hrvatskoga pravnog sustava u smislu onemogućivanja da ga se usustavljeno oblikuje kao sustav neproturječno zamišljenih i na razini "idealno važećega trebanja" osmišljenih pravila.

(e) s motrišta oblikovanja hrvatskoga javnog prava – neke "smjernice" o "javno-privatnom ortaštvu", a posebice zagovaranje isključenja svih "posebnih prisilnih propisa koji onemogućuju provodjenje javno-privatnoga uortačivanja" znači, i to : prvo, oslabljivanje "javno-pravnih ograničenja" sproću "siline privatizacije" ; drugo, davanje zapravo poglavničkih ovlasti (*imperia, potestates magistratorum*) Vladi da po svojem *liberum arbitrium* i svezi s javno-

financijalnim gospodarenjem određuje koje se propise imade a koje ne imade primjenjivati, dotično isključivati.

Moglo bi se u svezi s "implementacijom" odnosnoga ortaštva, što bi bilo općenitijim i važnijim problemima, ukazati na ovo :

1/ Očito je pravna neoperacionalnost kriterijâ opravdanosti pristupanja "javno-privatnom ortaštvu" : ne samo što se ne daje općenito prihvatljivo pravno određenje takvoga ortaštva, već se s obuhvaćanjem drugih institutâ s početima "javno-pravnosti" oslabljuje i one institute koji su do sada s motrišta promicanja općega interesa bili neprijepornim, kao što su "koncesioniranje" i "javne nabave". Treba u svezi s pravnom neoperacionalnošću kriterijâ, kao i standardâ nadziranja, dodati i okolnost da se u situaciji kada ga se smatra "ugovornim" u propisivanju i prakticiranju "javno-privatnoga ortaštva" u cijelosti isključuje uređenje ortaštva glasom pravilâ građanskoga i trgovačkog prava, a postavlja zasebno pravno uređenje pravna narav kojega nije ni određenom ni odredljivom. Potonje je posebice razvidnim iz okolnosti da se pored "ortaštva" *stricto sensu* s tim pojmom obuhvaća vrlo raznorodne institute, pri čemu se započinje s (ras) prodajom javne imovine i dionicâ javnih poduzeća i "su-ortačkim ulaganjima" – što se opravdava s očekivanjem "boljega korištenja javne imovine", preko "javnih nabava" – uređenje kakvih se zapravo s "javno-privatnim ortaštvom" isključuje, te "koncesioniranja" – kojega se s "javno-privatnim ortaštvom" oslabljuje, posebice s tim što privatnoga ortaka, za razliku od koncesionara, ne tereti dužnost opće interese s ortaštvom promicati. Tako, dakle, bez dostatno valjanih pravnih utemeljenjâ sve ono što se s jezikom, zapravo s frazama, iz područja gospodarstva i tehnike pokušava nametnuti kao nešto što je visoko-poželjnim s motrišta "kakvoće uslugâ", "učinkovitosti", etc., može samo kao neka ideologija ili čak i mitologija zvučati.

2/ Još je više nego očitim da u većini razmišljanjâ, baš kao i propisivanjâ, "javno-privatnoga ortaštva", vladaju predmnijeve što ih se ne dovodi u pitanje, praktički : ne smije u pitanje dovoditi. Treba od takvih predmnijevâ istaknuti svakako ove :

(a) da profitno-usmjereno djelovanje privatnih poduzetnikâ ne će škoditi općim interesima, praćeno s predmnijevom da će javne vlasti uvijek biti spremne poduzeti upravno-nadzorne mjere da tako što spr'ječi ;

(b) da je privatni poduzetnik uvijek učinkovitijim od nastojanjâ javnih vlasti, dotično javnih službi, praćeno s predmnijevom da će, po takvoj crti, biti spremnim srazmjerno rizik snositi, kakvoću uslugâ ne obarati, da će njegovi tehnološki izbori uvijek biti na zavidnoj visini, da će se isticati novotvorstvom u gospodarenju i upravljanju, pri čemu vrlo malo imadu odjeka upozorenja da je javna vlast boljim gospodarstvenikom u slučajevima : kada bi smanjivanje troškova moglo do pogoršanja kakvoće usluge dovesti – a to je obično slučajem ; kada mogućnost primjene inovacije nije od nekoga naročitog značenja – a to se uvijek događa budući da tehnološki izbor nije, praktički nikada, rezultatom "inovativnosti" već "interesnim prijepletom pripadnikâ poslovne koalicije bez obzira na bilo kakav

drugi kriterij, uključujući i efektivnost" (R. S. Merrill) ; kada je konkurencija (pre)malenom pak je izbor ortaka praktički nemogućim – a to je s obzirom na njihovu ograničenost uvijek tako s "općim ili javnim dobrima" ;

(c) da će privatni poduzetnici težiti razmahivanju slobodnoga tržišnog natjecanja, posebice osiguravati pristup smjerodavnom tržištu, te na takav način utjecati na srazmjernost u snošenju rizikâ, visokoj razini kakvoće uslugâ, da će stalno biti stimulirani na učinkovito gospodarenje i na takav način povoljno utjecati na "javno-financijsko gospodarenje", što je sve skupa, kao i ostalo, praćeno s očekivanjem da će javne vlasti osigurati providljivost (*transparence; Durchsichtigkeit*) u izabiranju privatnih ortakâ, stalno nadziranje odvijanja podhvata, posebice s motrišta mogućnosti prisvajanja nezarađjenih profitâ iz potpora i subvencijâ, etc.^{31[31]}

(5) U zagovaranju "javno-privatnoga ortaštva" postoji nešto što je konstantom: izbjegavanje rasprava, dotično kritičkih prosudjivanja, o pravnim (ne) odredjenostima toga instituta, usredotočivanje odnosnih rasprava samo na prednosti – za koje se, bez ikakvoga daljnjeg pravnog ili izvanpravnog odredjenja, tvrdi da su opstojne, dotično da ih se može očekivati uz visoku šansu, praktički izvjesnost, a da se o nedostacima prakticiranja takvoga ortaštva vrlo malo raspravlja, pri čemu izostaju kritičkija znanstvena promišljanja – posebice s motrišta pravnih znanosti – o vrlo nepovoljnim, možda i sudbonosnim, posljedicama po "vrhovništvo gradjanina u politici" (*souveraineté du citoyen à la politique; Hoheit des Bürgers in der Politik*), "vrhovništvo potrošača u izboru" (*souveraineté du consommateur au choix; Wahlhoheit des Verbrauchers*), te "vrhovništvo 'zajedničkoga dobra svih' kao kriterija u prosudjivanju javne odgovornosti" (*souveraineté du 'bien partagé de tous' en tant que critère du jugement de la responsabilité publique; Hoheit gemeinsamen Guts als Massstabes in der Urteilung über die öffentlichen Verantwortlichkeit*). Ali, još je nešto u svemu tomu konstantom, a to je naglašavanje "fleksibilnosti", "prilagodljivosti", "raznovrsnosti oblika", etc. "javno-privatnoga ortaštva", što će zapravo reći naglašavanje neformalnosti u pristupu suradnji javnih vlasti i privatnih poduzetnikâ, s čim se, zapravo kriomice zabacuje, i to :

a/ pitanja postupka, općega upravnog postupka, kao zajamčenja jednakosti šansi, na način da ga se nastoji svesti na javno nadmetanje radi izbora ortaka ili ortakâ ; inače, odredbenice o postupku što ih se nalazi u hrvatskim Smjernicama zvuče nečim što je između postupaka za javne nabave i onoga za koncesioniranje,

³¹ Isp. u predhodećim bilješkama br. 28. – 30., supra. Osim toga, isp. za, i to : (a) neke predmnijeve u svezi s poželjnošću "javno-privatnoga ortaštva" (podtoč. 2/ odl. 2.) – npr., što se tiče očekivanjâ u svezi s "tehnološkom učinkovitošću" – R. S. Merrill, *Technology – The Study of Technology*, art. in International Encyclopaedia of the Social Sciences, Collier-Macmillan, N. Y., 1968., koji na podlozi opsežnih i dugovremenih istraživanjâ zaključuje da se u daleko najvećemu broju slučajeva "tehnološke izbore" izvodi ovisno o odnosu snaga u poslovnoj koaliciji "bez obzira na bilo kakve druge kriterije, tu i efektivnost uključujući" ; što se pak tiče "razmahivanja slobode tržišnoga natjecanja" – M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie* ..., supra, str. 43. et s., koji, što je iskaz prihvaćen kao paradigma, izvodi zaključak da poduzetnici teže steći ne samo veći "udjel na tržištu" već i "uzmožnost" (*pouvoir; Macht*), što će reći više ili manje monopolistički položaj ...

više za one predhodne nego za ovo potonje ; s tim u svezi jest, dašto, i zabacivanje "prinudnih pravnih propisâ koji onemogućuju provodjenje javno-privatnoga uortačivanja", zapravo : "kogentnih pravnih propisâ koji smetaju provodjenju podhvata s pomoću javno-privatnoga uortačivanja", a tu pripadaju i pravila sukladnoga postupka.

b/ pitanja odgovornosti za izbor (*culpa in eligendo*) kao kritične veličine za to da se osigura, općenito, pravednost u raspodjeljivanju "zajedničkoga dobra svih", a zasebice : "šanse za slobodno tržišno natjecanje", zaštitu od "nepoštenoga tržišnog natjecanja", te "zaštitu pravâ i pravnih interesâ potrošača" ;

c/ pitanja granicâ uplitanja javnih vlasti u stvari od "nacionalno-životnoga" značenja : dok se, s jedne strane, naglašuje "potrebu progona države iz gospodarstva i gospodarenja", pa čak i iz javnih službi, dotle se, s druge strane, i to baš i prije svega s "javno-privatnim ortaštvom" državu, dotično javne vlasti, uvlači u podhvate tipično poduzetničke, uz zabacivanje ili oslabljivanje svega što je pri tomu "javno" : javno-pravnih pravila, javno-pravnih postupanjâ, javne odgovornosti.

Ono što je najupadnijim u svezi s "javno-privatnim ortaštvom" jest okolnost da potonje ne povlači, ne računajući ugovorno utvrđenu diskrecijsku ocjenu u korist javnih ortaka za raskidanje ugovora (isp. supra), (gotovo) nikakve javno-pravne nužposljedice ni po "javne ortake", ni po "privatne ortake", ali po gradjena uvelike. Oni prvi, "javni ortaci", u cijelosti ili djelomično prepuštaju vlast "privatnim ortacima" i, usput, njihovim ortacima ; ovi drugi, "privatni ortaci", tjeraju djelatnosti što ih se programom utvrdilo na "*profit-oriented*" način – očekivani profit određuje tijek njihovoga djelovanja a ne opće programske zasade o "čuvanju općega interesa", dotično one "javne svrhe" koja je sredstvom legitimizacije ugovora ; ovi treći, "vrhovnički građani", snose sve posljedice, i to kako pogr`ješnih procjenâ što se tiče izvedbe, tako i što se tiče ne malenih rizikâ, a isto tako, a što je najvažnijim, gube veliku većinu političkih ovlasti i, posebice, mogućnost ocjene "povlasnosti" cijene javne usluge kakvu im se pruža. Da se nešto i ponovi, a to je zato što se u znanstveno-istraživačkim izvješćivanjima, a tako je zapravo i u nastavnim planovima i programima hrvatskih sveučilištâ, vrlo malo drži do predmetâ koji se očituju s "javno-pravnim" sadržajima – što se svodi gotovo isključivo na jedan predmet, a to je upravno pravo. Drugim riječima, manjkaju strogo javno-pravna razmatranja odnosnih u svezi s "javno-privatnim ortaštvom" uočenih pojava, ali na tomu se ne bi smjelo ostati.

Gotovo nitko nije, što je vrlo indikativnim, zamijetio da se s uspostavljanjem "javno-privatnoga ortaštva", uz preobrazbe "koncesioniranja" i "javnih nabavâ" u smjeru takvoga ortaštva, postupno ali sigurno potiskuje "upravnoga prijepora" kao veličine u upravno-pravnomu umovanju i zaštićivanju pravica. Moglo bi se, uz to, još nekoliko stvari istaknuti, a prije svega ove :

a/ oslabljivanje "koncesioniranja" kao zasebnoga javno-pravnog postupanja u promicanju općega interesa u svezi s tjeranjem poslovnih podhvata na dobrima i djelatnostima od interesa za Republiku Hrvatsku, a u korist "javno-privatnoga

ortaštva" kao instituta kakvoga se ne oblikuje u svezi s promicanjem općih već opće-poznato privatno-profitnih interesâ ;

b/ potiskivanje "javne nabave" kao zasebnoga pravnog uređenja - kakvo, kada i koliko, ipak osigurava ostvarivanje dvije ali ipak dosta sukladne svrhe, a to je "učinkovitost" (u korištenju proračunskih i drugih javnih sredstava) te "promicanje slobodnoga tržišnog natjecanja", potiskivanje u korist "javno-privatnoga ortaštva" u svezi s kojim se svaki kriterij, pa i onaj o promicanju općih interesâ, pokazuje (pre)slabim kada središnji polazaj zauzme "u političku uzmožnost pretočena velika i nimalo obzirna financijalna snaga" ;

c/ "javno-privatno ortaštvo" zapravo predpostavlja isključivanje primjene pravilâ građanskoga i trgovačkog prava, i to na način da ih se nadodmjesti s tehničkim i ekonomskim ali pravno neosmišljivim pravilima, tako da se, osim svega, uspostavlja pravno stanje da "privatni ortaci" odlučuju kao da su javno-pravnim tijelima ali ne bivajući podvrgnutim pravilima javnoga prava i javnoj odgovornosti, a da "javni ortaci" posluju kao privatni poduzetnici ali tako da rizike gospodarenja prebacuju gotovo isključivo na one koji su ih izabrali ^{32[32]} .

(6) Središnjim je pitanjem, ipak, hoće li se ili se ne želi imati "javnu odgovornost". Dašto, ne u smislu "javno-financijalnomu", dotično u smislu odgovornosti za "javno-financijalno gospodarenje", već odgovornost sproću onih koji su vrelom vrhovništva nacionalnoga, dakle oni koji ne očekuju da iz potonjega proizlazeće ovlasti na odlučena jednostrana budu vršena u svrhe nepoštene, u konačnici da prakticiranje "javno-privatnoga ortaštva" u sklopu narečenih suvislosti ne dovede do posvemašnje privatizacije "javne funkcije" (*privatisation de la fonction publique ; Privatisierung der öffentlichen Ämter*), a to znači do praxisa upravne službe kao povlastice (*privilegium*).

"Koncesioniranje", "javne nabave", pa i "javno-privatno ortaštvo", predmnijevaju koncepciju i praxis "javne službe". Drugim riječima, koncepcija javne službe bila bi ishodišnim pojmom i praxisom ugovaranja s počelima "javno-pravnosti", a narečeni instituti u većoj ili manjoj mjeri takva počela sadržavaju. Nadolazak koncepcije javne službe bio je, moglo bi se reći, optimistički obznanjen i razradjen i ali ne i "srdačno" pozdravljen (s početka stoljeća XX-oga). Suprotno tomu, rastvaranje javne službe u, ili kroz, "javno-privatno ortaštvo" dogoditi će, i događja se ne samo uz "srdačne" pozdrave, već uz izvjestan angažman najviših javnih vlasti, hrvatskih i onih europskih, kakvoga se rijetko doživljavalo u posljednjih 30-ak godina.

³² Isp. u predhodećim bilješkama br. 28. – 31., supra. Osim toga, isp. za, i to : (a) "vrhovništvo građanina u politici" – A. Esmein, *Droit constitutionnel – Français et étranger*, Recueil Sirey, Paris, 1921. (1895.), str. 284. – 456. ; isp. i u stavku 4. članka 2. Us.R.Hr.-Proč., supra, u svezi s stavcima 2. i 3. članka 1. toga Ustava ; (c) "vrhovništvo potrošača u izboru" – npr. L. Telser : *Advertising*, art. in *International Encyclopaedia of the Social Sciences*, Collier-Macmillan, N. Y., 1968. ; (d) "vrhovništvo 'zajedničkoga dobra svih' kao kriterija" ..., etc. – papa Ioannes Paulus II., *Sollicitudo Rei Socialis*, okružnica papinska ..., supra ; P. Dunleavy a. B. O'Leary, *Theories of the State* ..., supra ; N. P. Barry, *Modern Political Theory* ..., supra ; (e) općega upravnog postupka – u *Z.U.P.*, supra, u svezi s odredbenicama *Z.Jav. Nab-07.*, supra, te s *Z.Knc.*, supra ; (f) upravnoga prijedora – u *Zakonu o upravnim sporovima*, Narodne Novine br. 53/91, 9/992, 77/92 (Z.U.S.).

U svojem izvorišnom obličju i naličju, koncepcija javne službe bila je izvjesnom ideologijom, naime u tomu da kategorija "javne službe" nadomješćuje pojam "vrhovništva" (nacionalnoga) kao temelja javnoga prava, tako da se imade u smislu ideje o državi koja se ustrojavajući sukladne javne službe brine o blagodati sviju umovati (L. Duguit). Takvo shvaćanje naravi javne službe, neki su takvo shvaćanje nazvali i mitom (J. Chevalier), nije ipak spriječio da ju se ali unutar doktrine i praxisa javnoga prava – što osim svega znači ne napuštajući koncepciju o "vrhovništvu nacionalnomu", institucionalno, pravno i ideološki omedji, i to :

a/ institucionalno – na način što se sve djelatnosti ovisne o osobama javnoga prava, dotično njihovim tijelima, a takve se djelatnosti i smatralo predmetom javne službe, obuhvati u smislu da sve proizlaze iz 'javnoga obzora', i uz zabranu bilo kakvoga poistovjećivanja s privatnim poduzetništvom ; drugim riječima, podvrglo se institucionaliziji svaku službu kojoj je kao *spiritus movens* figuriralo 'državno umješivanje' i takvomu prateće 'povjeravanje voditeljstva javne službe' - francuski slučaj, ili 'povjeravanje vršenja javnih ovlasti' – hrvatski slučaj, odnosnim organizmima.

b/ pravno – na način što se javnu službu ili javne službe podvrglo pravilima upravnoga prava općenito a osebujnim partikularizacijom upravnoga prava razvijenim pravilima zasebno ; podvrglo ih se, drugim riječima, osebujnim za svaku od takvih pojedinačno oblikovanim pravilima kakva su rezultirala iz sukladnoga i više ili manje skladnoga načina primjene općega upravnog prava u specijalnim područjima pojedinih djelatnosti javnih službi ;

c/ ideološki – na način što se javno gospodarenje osmišljavalo po crti kriterijâ što ih se izvodi iz Etike Židovsko-Kršćanske kao vladajuće (pravosmjernost, profesionalitet, te samoodgovornost), sukladno tomu odredilo svhovitosti s kakvima su se sproću javnoga gospodarenja dužni odnositi dužnosnici i službenici, te u tomu smislu utvrdilo vrjednote od promicanja kojih je ovisnim prosudjivanje legitimiteta djelovanja potonjih, zapravo ideje koje su kao vrhovne vrednote svojstvene za ideologiju države i drugih nacionalnih institucijâ i po toj crti smjerodavne za svako upravno djelovanje.

Polazeći od takvih institucionalnih, pravnih i ideoloških podlogâ ustrojavanja javnih službi propisivalo se uspostavljanje ovakvih ili onakvih ali tjeranju javnih službi poželjno sukladnih organizama, zapravo 'javnih ustanovâ', s tim što se uz pomoć dogmatike upravnoga prava – dopunjene pojmovima i kategorijama osebujnim za narav i postignuća javnih službi unutar općega društveno-gospodarskog razvoja osmislilo i potvrdilo javnu službu u svezi osiguranja istrajnosti nacionalnoga života, i tako ju se kao istinskoga "zaključnog kamena svoda konstrukcije države" (J. Chevallier) stavilo u bok policiji ^{33[33]}.

(7) Medjuvremeno razvijanje osebujnih u nekomu obliku već od prije postojećih i u svezi s javnom službom osmišljavanja javno-pravnih institutâ, kao

³³ Isp. u predohodećim bilješkama br. 28. – 32., supra. Osim toga, isp. posebice J. Chevalier : *Le service public* , P. U. F., Paris, 1994. (1987.), posebice str. 3. – 6., 33. – 48., 93. – 125. Et L. Duguit : *Les transformations du droit public* , F. Alcan, Paris, 1925. (1913.), posebice str. ix – xix, 31. – 72.

što su 'koncesioniranje', 'upravni ugovori', 'javne nabave', etc., nije iziskivalo da se preformira – institucionalno, pravno i ideološki – upravno pravo kao zaseban sustav pravnih pravilâ konstituiranih oko općega interesa kao kriterija za djelovanje svakoga tko je javno odgovornim za vršenje ovlasti na odlučnja jednostrana pridanih mu u svezi s promicanjem vr'jednotâ države i drugih nacionalnih institucijâ.

Tako se, dakle, može u tomu smislu, i smije, primijetiti da ni "koncesioniranje", ni "javna nabava" a ni "upravni ugovori" općenito ne niječe javnu službu – ni pojmono-kategorijalno ni praktički, već ju, suprotivno tomu, potvrđuje i učvršćuje – jer kao temeljni kriterij uvijek ostaje "zajedničko dobro svih", dotično "opći interes.

Suprotivno "javnoj službi" općenito a "koncesionranju", "javnim nabavama" i "upravnim ugovorima" posebice, drugčije stoji stvar s "javno-privatnim ortaštvom". Praxis "posvemašnje suradnje javnoga i privatnog sektora" u svojim skrajnjim posljedicima i nuzposljedicima očituje tendenciju k rastvaranju "javne službe", a i značajnih dijelova "državne uprave", pa možda čak i sâme države u raznovrstnost privatnih ili privatiziranih djelatnostî, što bi, možda, u konačnici moglo i pretvaranje "upravne službe" u sustav povlasticâ značiti. U funkciji svega toga mogao bi ovaj najnoviji institut "javno-privatnoga ortaštva" veoma dobro poslužiti.

U pozadini raspedanjâ o "javno-privatnomu ortaštvu" stoje, zapravo, razlozi financijalni, takvi nisu nikada bili, a ne smiju ni biti, što je posebice izraženo u motrištima francuskoga Državnog vijeća, razlozima od općega interesa. Razlozi financijalni ne smiju zbog toga biti povodom da se u funkciji uvećanja "javno-financijalnoga kapaciteta" osmišljava kakvoga novog pravnog instituta, u ovom slučaju "javno-privatnoga ortaštva". S pojmom "financije" izražava se okolnost stjecanja prihoda od strane države i drugih osobâ javnoga prava. Kakvom god da bila narav njihovih djelatnostî, njihovi prihodi imadu "privatno-pravni" karakter kao i oni od poduzetnikâ i privatnih pojedinaca općenito. U svezi s tim moglo bi se odnose izmedju trošenja javnih prihoda i zadovoljavanja javnih potrebâ usporediti s onom opće-gospodarskom naravljju zadovoljavanja potrebâ : u potonjemu slučaju kaže se da razinu zadovoljenja potrebâ određuje "platežno-sposobna potražnja", a tako je i s javnim potrebama. Nisu postojala doba, a niti će takva ikada postojati, da bi potrebe bile manje od "mogućnosti", ovdje od onih financijalnih : dakle, jedino se smije "financijalno podržljive potrebe" smatrati sâme po sebi onim "javnim"^{34[34]}.

(8) Ne misli se ipak, uza sve što je rečeno oko proturječjâ i protutočjâ oko "javno-privatnoga ortaštva" tvrditi da se takvoga instituta treba smatrati absolutno neprihvatljivim i zbog toga za *a limine* odbaciti. Poželjnijim bi bilo ispitati pod kojim bi pretpostavkama takav institut mogao imati smisla u pravnomu sustavu. Kako je to bilo ranije naviještenim, moglo bi javno-privatno ortaštvo imati

³⁴ Isp. u predhodećim bilj. br. 28. - 33., supra. Za ovdje iznijeto shvaćanje "javnih financijâ" – isp. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker – Jumblot, Leipzig, t. 1., 1895., str. 378. et s.

smisla pod, najmanje, slijedećim, pretpostavkama (od kojih, zasada, nije nijedna obstojećom) :

(i) jasne pravne odredljivosti, i to unutar pravnoga sustava kao cjeline, što znači posebice u oslonu na gradjansko, trgovačko i upravno pravo ;

(ii) podhvati što bi ih se smjelo u sklopu "javno-privatnoga ortaštva" tjerati, moraju biti zakonski *explicite* određeni da su od općega interesa po crti nužnosti, i u tomu smislu određeni utvrđeni nego što su oni, npr., glasm Zakona o izvlaštenju ;

(iii) pravnim oblikom "javno-privatnoga ortaštva" morala bi biti "zajednička ulaganja", ali uz, baš kao što to važi za "koncesioniranje" i "javne nabave", tomu primjerene ovlasti na odlučnja jednostrana kakva se ne smije s javno-pravnih tijelâ "poduzetničkim ortacima" prepuštati ;

(iv) programi što bi ih se financiralo u sklopu "javno-privatnoga ortaštva" ne bi smjeli vremenski prelaziti trajanje mandata onih koji ih usvajaju, a morali bi proći strožu "evaluaciju" nego što je to slučajem s "javnim nabavama" ;

(v) opća načela oporezivanja, a posebice vođenje računa o "granicama poreznoga opterećenja", moraju i za "javno-privatno ortaštvo" važi ;

(vi) obratno nego što se to zagovara u hrvatskim Smjernicama i europskoj Zelenoj knjizi, "javno-privatno ortaštvo" mora biti distinktnim sproću "koncesioniranja" i "javne nabave", pri čemu potonji instituti ostaju važećim i za "javno-privatno ortaštvo" u onim sugledima što ih inače stvarno i pravno obuhvaćaju ;

(vii) trebalo bi, osim svega, u nacionalnim pravnim aktima izbjegavati, što je inače za svaku osudu, pozivanje na "europska", ili od "europskih zemalja prihvaćena pravila" kao podlogu legitimacije djelovanja tijelâ s ovlastima proizlazećim iz vrhovništva nacionalnoga ; trebalo bi, da se ne kaže previše o tomu, izbjegavati tvrdnje koje očito nisu sukladnim nikakvim osvjedochenjima – ni iskustvenim ni onim znanstvenim : takvom je, npr., tvrdnja Vlade (u vlastitim Smjernicama) da se u sklopu i s pomoću "javno-privatnoga ortaštva" uloga javnoga sektora kao "izravnoga sudionika u gospodarstvu" mijenja u ulogu "organizatora, regulatora i kontrolora", jer : ako bi takva tvrdnja imala smisla, ne bi smisla imalo "javno-privatno ortaštvo" – jer takvo potrebuje javnoga sektora kao "ortaka" !? ^{35[35]} .

(9) U sklopu bućnoga najavljanja i utjelovljanja "javno-privatnoga ortaštva" u pravni sustav, potpuno se, kako u znanstveno-stručnom umovanju tako i u prakticiranju "posvemašnje suradnje javnoga i privatnog sektora kao ortakâ" zaboravilo najmanje na dvije stvari, a to su : narav "sektora" kao pojma te padanje upravnoga prijevora u potpuni zaborav :

(i) Prvo, "sektor" kao pojam jest roda "institucionalnoga" te u svojem sadržaju i značenju ovisi potpuno o pravnim, gospodarskim i drugim kakvim definicijama, moglo bi se skoro reći : kakva definicija takvim sektor. To znači da sektori nisu, a ne mogu ni biti, čintbencima poslovanja, pa tako ne mogu biti ni

³⁵ Isp. u predhodećim bilješškama br. 28. – 34., supra.

ortacima. Ortacima, poslovnim ortacima, mogu biti trgovci i trgovačka društva i poduzetnici drugih vrsti, ali uvijek sastavljeni od posvema konkretnih pojedinaca. Razmatrati "javni sektor" i "privatni sektor" kao poslovne subjekte, kao ortake jest posvema besmislenim. Smislenim je jedino to da institucije kroz koje neki sektor provijava mogu jedino društvena, u ovom slučaju, gospodarska djelovanja "kanalizirati", ali ne i odredjivati. Ali, u funkciji "kanaliziranja" sektori moraju biti visoko-operacionalno definirani, s tim da se njihova odredjenja strogo obdržava od strane javnih vlasti.

(ii) Drugo, i "javne službe" – u svezi s "povjerenim im javnim ovlastima", i "koncesioniranje" – u svezi s dužnosti koja tereti koncesionara da opći interes promiče, i "javne nabave" – u svezi dužnosti odabrati "najpovoljniju ponudu" i tako promicati slobodu tržišnoga natjecanja i štednju proračunskih sredstava, uključuju i dopustivost vođenja upravnoga prijepora, što znači da Upravni sud u konačnici odlučuje o sudbini akata i radnji što bi ih se u sklopu ononarečenih instituta poduzimalo. Međutim, "javno-privatno ortaštvo" u cijelosti isključuje upravnoga prijepora, a dvojbena postaje i pravna zaštita u svezi s koncesijama i javnim nabavama što ih se "javno-privatnim ortaštvom" kao cjelinom podhvata obuhvati, a to znači u potonjega "utopi" ...

Zaključno se treba, a to ne nekako ne možemo izbjeći, a to je da se u svezi s "javno-privatnim ortaštvom" treba i na pomicanje u sustavu europskih vr'jednotâ pomisliti, što ne može ne imati nuzposljedaka po državnu upravu i javnu službu. Do sada se kao vladajuće zastupalo motrište da mora vršenje upravne, dotično javne, službe ocjenjivati s pomoću parametara važećih glasom tradicionalne koncepcije, što znači unutar zapadno-europske kulture predmnijevano vladajuće Židovsko-Kršćanske Etike radne uspješnosti, a to znači sproću pravosmjernosti i profesionaliteta obavljanja upravnih poslova, kao i sproću samo-odgovornosti njezinih službenikâ. To znači, drugim riječima, da se mora vršenje upravne službe prosudjivati s pomoću ovih parametara, i to :

(a) Prije svega, jednim od parametara jest pravnosmjernost - koja znači svaku šansu da se upravno djelovanje vodi s idejom o vladavini prava, međutim prožeto s profesionalitetom (toč. (b) infra)), kao i s etikom samo-odgovornosti (toč. (c) infra)).

(b) Zatim, tu je i profesionalitet kao parametar - a takav pak znači svaku šansu da se zadacima što ih obuhvaća 'javno su-djelatništvo' udovoljava po *lex artis* kao naročitemu upravnom umijeću, ali s gospodarstvenošću prožeto i doktrinarno osmišljavano.

(c) Konačno, i samo-odgovornost se imade jednim od parametara smatrati: takav parametar znači značajnu šansu da upravno-pravno, općenitije javno-pravno, odnošenje bude usmjerivano s visokom spremnošću javnih djelovnikâ na preuzimanje sukladnih odgovornosti i snošenje posljedaka i nuzposljedaka u sklopu odnosnih odgovornosti.

"Cvjetanje" (?) instituta takvih da sadržavaju javno-pravna počela u nekoj djelatnosti koja je više ili manje podržavljenom, posebice takvih počela u "javnoj

službi", čini nužnim u intelektualnom umovanju i praktičkom osmišljavanju javnih službi napraviti pomak od "javne službe" k "upravnoj činidbi" kao veličini smjerodavnoj za "očekivanjâ gradjanâ". Takav pomak u *corpusu* znanstvenoga umovanja izražava se u praxisu upravnomu kao pomak od "pozivnoga uredovanja", na "praktičku djelatnost" općenito i, s tim, svojstveno dosljedno rečeno, na upravu kao "javni management", a to znači prema shvaćanju i prakticiranju upravne djelatnosti kao "transakcije", dotično "upravnoga poslovanja" kao skupa "transakcijâ". Ovakve pomake u znanstvenom umovanju i praktičkom osmišljavanju "javne službe" ne dade se drugčije objasniti do li velikim porastom snage i opsega "privatizacijskih pritisaka" u smjeru, osim svega, i rastakanja tkiva sâme države u svrhe razrješivanja osebujnih društvenih problemâ na korist "ispolitizirane poslovne klase". Zapravo, to znači prepustiti se, u sklopu suradnje javno-privatne, "moralnomu hazardiranju" u vršenju javne funkcije. S motrišta znanstvenoga umovanja o državnoj upravi i javnoj službi, "transakcija" odsada figurira kao temeljna jedinica znanstvene analize, a upravna djelatnost se pak sve više očituje, barem se tako "legitimno" očekuje, kao "poslovanje transakcionalno" ...^{36[36]}.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA : JAVNA SLUŽBA KAO ISHODIŠNA KONCEPCIJA I PRAXIS UGOVARANJA S POČELIMA "JAVNO-PRAVNOSTI"

5.1. Sve glavne tvrdnje o potrebi obogaćivanja javnoga gospodarenja s jednim novim praxisom, a to je "javno-privatno ortaštvo", svode se na tvrdnju o nemogućnosti zadovoljiti stanovite javne potrebe na "klasični", "tradicionalni", proračunski način, te da je temeljnim razlogom tomu veći kvantitativni i kvalitativni rast javnih potrebâ sproću rasta javnih prihoda. Reklo bi se, drugim riječima, da uzrocima onih nemogućnosti razlozi financijski.

5.2. Razlozi financijski nisu nikada bili, a ne smiju ni biti, što je posebice izraženo u motrištima francuskoga Državnog vijeća (*Conseil d'État ; Staatsrat*), razlozima od općega interesa. Razlozi financijski ne smiju zbog toga biti povodom da se u funkciji uvećanja 'javno-financijskoga kapaciteta' osmišljava kakvoga novog pravnog instituta, u ovom slučaju 'javno-privatnoga ortaštva'. S pojmom 'financije' izražava se okolnost stjecanja prihoda od strane države i drugih osoba javnoga prava. Kakvom god da bila narav njihovih djelatnosti, njihovi prihodi imaju 'privatno-pravni' karakter kao i oni od poduzetnika i privatnih pojedinaca općenito. U svezi s tim moglo bi se odnose između trošenja javnih prihoda i zadovoljavanja javnih potrebâ usporediti s onom opće-gospodarskom naravljju zadovoljavanja potrebâ : u potonjemu slučaju kaže da razinu zadovoljenja potrebâ određuje 'platežno-sposobna potražnja', a tako je i s javnim potrebama. Uza sve te prigovore, poželjnim bi ipak bilo ispitati pod kojim bi pretpostavkama takav

³⁶ Isp. u predhodećim bilješkama br. 28. – 35., supra.

institut mogao imati smisla u pravnomu sustavu, a sroču toga dalo se ovdje neka početna razmatranja.

5.3. Duguitova (L. (1859. – 1928.) koncepcija javne službe predmnijevala je rastvaranje države, dotično državne uprave, u "javne službe" oblikovane i ustrojene sukladno društveno verificiranim ali iz razvoja civilizacije proizlazećim potrebama, što nije iziskivalo da se u svezi s tjeranjem takvih službi napusti ili modificira pravila "proračunskoga načina financiranja". Koncepcija pak "javno-privatnoga ortaštva" postavlja pravno-politički zahtjev da se državu, dotično državnu upravu, rastvori u javno-privatna poduzetništva oblikovana i ustrojena sukladno dogovornim ali u svezi s zadovoljavanjem osebnih potrebâ utvrđenim programima, programima što ih se financira s u sklopu "javno-privatnoga ortaštva", pri čemu obično razrješivanje donodnevnih političkih problemâ prouzrokuje dugoročno zahvaćanje u "džepove građana" i poslovne račune poduzetnika i drugih obveznika javnih podavanja. Budući da se razloge za uvođenje "javno-privatnoga ortaštva" nalazi u jazu između puno bržega rasta javnih potrebâ što ih treba zadovoljiti i, tomu sukladno, financirati, i sporoga rasta javnih prihoda s kakvima bi trebalo zadovoljavanje onih potrebâ pokriti. Drugim riječima, "proračunski" se ne može zadovoljiti potrebe koje rastu brže od javnih prihoda, što znači da se opće-interesne razloge pitiskuje s onim financijskim, ali s motrišta općega interesa nesmjerdavnim razlozima.

5.4. Kako u području "podizanja podgradnje i nadgradnje", tako se u u bilo kojemu drugom području upravnih stvari mora uvijek računati s "društveno-verificiranim potrebama" takvima za koje se misli da nužno iziskuju "javno financiranje", dašto u sklopu kakve ali sukladne javne službe, ali, naravno, iz za to unaprijed osiguranih prihoda. I "javno-privatno ortaštvo" mora biti u funkciji kakve javne službe, što u najmanju ruku znači biti podvrgnutim svim onim načelima, pravilima i standardima što ih takva predmnijeva i uključuje, ali uz odgovornost javnih vlasti za osiguranje "neprekidnosti odvijanja javne službe", "jednakosti korisnika" te "prilagodljivosti javne službe.

5.5. Vladine se Smjernice (2006.) odlikuju i s nekim odredbenicama veoma "kritičnim" motrišta razvijanja hrvatskoga javnog prava. Naravno, ovdje se može samo to reći da je jednom od takvih i ona o "potrebi zaobilaženja svih prisilnih pravnih propisa koji priječe razmahivanje posvemašnje suradnje ustanova javnoga sektora i privatnoga poduzetništva". Kraj takvih i sličnih odredbenica, te s obzirom na poslovni iz "javno-privatnoga ortaštva" možebitno proizlazeći praxis, stječe se dojam a, možda, i relativno čvrsto uvjerenje da svrhom hrvatskih Smjernica nije "ohrabrivanje javno-privatnoga ortaštva" već uspostavljanje izvjesnoga "uredjenja" (?) da se omogući kriomično zaobilaženje (javno-pravnih) ograničenja, posebice onih što ih se uspostavilo s uredjenjem "javne nabave" i "koncesioniranjanja".

(Dovršeno : 16. studenog 2007., u Zagrebu).

VRELA:

a/ Knjige i članci:

- xx. John ALDER, *Constitutional and Administrative Law*, Macmillan, London, 1994. (1989.).
- Jean-Mary AUBY et al., *Droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 2003.
- xx. Branko BABAC, *Upravno pravo – Odabrana poglavlja iz teorije i praxisa*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa J. Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2004.
- xx. Branko BABAC : **O "činidbi javne službe" kao kategoriji – Neka paradigmatička razmatranja s motrišta rekonstrukcije "javne funkcije"**, *Pravni vjesnik, Osijek*, 1998., 1 – 4/98, str. 3. – 26.
- xx. Branko BABAC : *Obnova hrvatskoga građanskog društva – Politička kontrola i državna uprava*, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, Osijek, 1994.
- xx. Jakša BARBIĆ, *Pojavni oblici ortaštva – Zajednički podhvat (Joint Venture)*, *Pravo i porezi*, Zagreb, 2003., 3/03, str. 7. – 13. .
- xx. Nick P. BARRY, *Modern Political Theory*, Macmillan, London, 1995. (1981., 1989.).
- xx. Jean BOUINOT : *Comment assurer l'égal accès à l'information juridique, technique et économique avant le contrat, en cours de contrat et lors de son renouvellement*, u : **La gestion déléguée du service public**, *Actes du Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat organisé par l'Institut français des sciences administratives*, Paris, 1996., str. 41. – 54.
- xx. Miljenko BREKALO, Nikola BILANDŽIJA, Ivica BUCONJIĆ : **Javno-privatno partnerstvo – Neka razmatranja s motrišta upravnoga prava i financija**, *Pravni vjesnik, Osijek*, 2007., 3 – 4/07 (u pripremi).
- xx. Ernest CASSIRER, *The Mythe of the State*, Yale Un. Press, N. H., 1946.
- xx. Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994. (1987.).
- xx. Michel CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Ed. du Seuil, Paris, 1963.
- xx. Jean-Pierre DIDIER, *Réaffirmation des valeurs et du professionnalisme dans l'administration en France*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 4/97, pp. 669. - 668.
- xx. Leon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, F. Alcan, Paris, 1925. (1913.).
- xx. Paul DUNLEVY and Brian O'LEARY, *Theories of the State*, Macmillan, London, 1987.
- xx. Patrice DURAN et Jean-Claude THOENIG, *L'État et la gestion publique territoriale*, in *Revue française de science politique*, vol. 46., 4/96, pp. 580. - 623.
- xx. Hans-Uwe ERICHSEN, *Verwaltungshandeln*, in H.-U. Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, W. de Gruyter, Berlin, 1995., str. 207. – 414.

- xx. Adémar ESMEIN, **Droit constitutionnel – Français et étranger**, Recueil Sirey, Paris, 1921. (1895.).
- xx. Gerard FARJAT, **Ordre public économique**, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1963.
- xx. Jean-Michel de FORGE, **Droit administratif**, Presses Universitaires de France, Paris, 1995. (1991.).
- xx. Ernest FORSTHOFF, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, C. H. Beck'sche Verlag, München, 1973.
- xx. Milton FRIEDMAN, **Capitalism and Freedom**, The University of Chicago Press, 1967. (1962.).
- xx. Yves GAUDEMET, **Le partenariat public-privé en France**, izlaganje na Hrvatsko-francuskom pravnom simpoziju: "Prema suvremenoj javnoj upravi – Tradicije i tranzicije – Djelo i utjecaj francuskoga Državnog savjeta" (*Vers l'administration moderne – Traditions et Transitions – L'oeuvre et l'influence du Conseil d'État français*), Split, 22. – 23. listopada 2007.
- xx. Robert T. GOLEMBIEWSKI, **Men, Management, and Morality**, Transaction Publ., N. Brunswick, N. J., 1989. (1965.).
- xx. Madeleine GRAWITZ, **Méthodes des Sciences Sociales**, Presses Universitaire de France, Paris, 1996. (1976.).
- xx. Wilhelm v. HUMBOLDT, **Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen**, Universal-Bibliothek, Philippe Reklam Jun., Stuttgart, 1967.
- xx. Walter JELLINEK, **Verwaltungsrecht**, J. Springer, Berlin, 1929.
- xx. Ernest KERN, **Zur heutigen Grundproblematik des Verwaltungsrechts**, in *Archiv fuer Rechts- und Staatsphilosophie*, vol. XVIII/4, pp. 505. - 518.
- xx. Ivo KRBEK, **Upravno pravo**, J. Š., Zagreb, 1929., knj. I., 1932., knj. II.
- xx. Thomas St. KUHN, **The Structure of Scientific Revolutions**, Un. of Chicago Press, Chicago, 1970. (1962.).
- xx. Peter LARMOUR, **Modèles de gouvernance et administration publique**, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. XXIII., 3/97, pp. 453. - 467.
- xx. André de LAUBADÈRE, A. J. C. VENEZIA, Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, L. G. D. J., Paris, t. 2., 1992., t. 3. et 4., 1990. ;
- xx. Terry T. LUI et Terry L. COOPER, **Bureaucratie, démocratie et éthique administrative: une étude des valeurs du service public à Hong-kong**, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2/96, pp. 217. - 239.
- xx. Karl MANNHEIM, **Ideologie und Utopie**, Schulte-Bulmke Verlag, Frankfurt a./M., 1965.(1929.).
- xx. Otto MAYER, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Duncker – Humblot, Leipzig, t. 1., 1895.
- xx. Pierre MOOR, **Droit administratif**, Éd. Staempfli, Berne, t. I. - III., 1992. - 1994.
- xx. Fritz MORSTEIN-MARX hrsg., **Verwaltung**, Duncker-Humlot, Berlin, 1965.

- xx. Robert. S. MERRILLI, *Technology – The Study of Technology*, art. in *International Encyclopaedia of the Social Sciences*, Collier-Macmillan, N. Y., 1968.
- xx. Alain S. MESCHERIAKOFF, *Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative : le cas français*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. XVI., 2/90, pp. 359. - 381.
- xx. Pierre MOOR, *Droit administratif*, Staempfli, Berne, 1991. – 1994., t. I. (1994.), t. II. (1991.), t. III. (1992.).
- xx. Richard MUSGRAVE and Peggy MUSGRAVE, *Javne financije u teoriji i praksi*, hrvatski prijevod, Institut za javne financije, Zagreb, 1993.
- xx. Dawn OLIVER, *Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre*, *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 2001., 2/01, pp. 327. – 338.
- xx. papa IOANNES PAULUS II., *Sollicitudo Rei Socialis*, okružnica papinska, od 30. prosinca 1987., u M. Valković ur., *Sto godina katoličkoga socialnog nauka, Kršćanska sadašnjost*, Zagreb, 1991., str. 573. – 624.
- xx. Eugen PUSIĆ, *Nauka o upravi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1993. (1961.).
- xx. Eugen PUSIĆ, *Upravni sistemi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1985., t. 1., 2.
- xx. Hugues RABAULT, *La notion de droit public en droit administratif allemand*, in *Revue de droit public*, 1/97, pp. 111. - 142.
- xx. Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Koehler, Stuttgart, 1973. (1932.).
- xx. Jürgen. SALZWEDEL, *Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen*, in H.-U. Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, W. de Gruyter, Berlin, 1995., str 521. – 579.
- xx. Jure ŠIMOVIĆ et al. : *Javno-privatno partnerstvo kao nefiskalni instrument financiranja javnih interesa*, Hrvatska javna uprava, Zagreb, 2007., 1/07, str. 171. – 201.
- xx. L. TELSER : *Advertising*, art. in *International Encyclopaedia of the Social Sciences*, Collier-Macmillan, N. Y., 1968.
- xx. Edward A. TIRYAKIAN, *Neither Marx nor Durkheim ... Perhaps Weber*, in *American Journal of Sociology*, vol. 81., Number 1/78, pp. 1. - 33.
- xx. Georges VEDEL et Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 1. et 2., Presses Universitaires de France, Paris, 1992. (1958.).
- xx. Martin VEDRIŠ i Petar KLARIĆ : *Gradjansko pravo*, NN, Zagreb, 2004.
- xx. Tony VERHEIJEN et Antoaneta DIMITROVA, *Intérêts privés et intérêts publics: l'expérience de l'Europe centrale et orientale*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2/96, pp. 241. - 268.
- xx. Marcel WALINE, *Droit administratif*, Recueil Sirey, Paris, 6. ed., 1968.
- xx. Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft - Grundriss der verstehenden Soziologie*, J.

C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.(1922.).

xx. Oliver E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, N. Y., 1983. (1975.).

b/ Propisi :

xx. *Ustav Republike Hrvatske* , Narodne Novine br. 56/90, 135/97, 8/98 (proč. tekst), 113/00, 124/00 (proč. tekst), 28/01, 41/01 (proč. tekst), 55/01 (ispr. proč. teksta) (Us.R.Hr.-Proč.)

xx. *Zakon o javnoj nabavi* , Narodne Novine br. 110/07 (Z.Jav.Nab.-07).

xx. *Vlada Republike Hrvatske : Smjernice za primjenu ugovornih oblika javno-privatnoga partnerstva (JPP)* , Narodne Novine br. 98/06.

xx. *Zakon o koncesijama* , Narodne Novine br.89/92. (Z.Knc.).

xx. *Zakon o rudarstvu* , Narodne Novine br. 35/95, 114/01, 190/03, 100/04 (Z.Rud.).

xx. *Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama* , Narodne Novine br. 158/03, 100/04, 141/06 (Z.Po.Lu.).

xx. *Zakon o poljoprivrednomu zemljištu* , Narodne Novine br. 66/01, 87/02 (Z..Plj.Zem.).

xx. *Zakon o lovu* , Narodne Novine br. 140/05 (Z.Lov.).

xx. *Zakon o javnim cestama* , Narodne Novine br. 138/06 (Z.Jav.Cst.).

xx. *Zakon o vodama* , Narodne Novine br. 107/95, 150/05 (Z.Vod.).

xx. *Zakon o telekomunikacijama* , Narodne Novine br. 122/03, 158/03 (ispr.), 60/04, 70/05 (Z.Tlk.).

xx. *Razvojne strategije turističkoga sektora* , Narodne Novine br. 113/93 (Rz.St.Tu.).

xx. *Zakon o općemu upravnom postupku* , Narodne Novine br. 53/91, 103/96 (Z.U.P.).

xx. European Commission : (aa) *Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions* , COM (2004), Bruxelles 2004.; (bb) *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships* , COM (2003), Bruxelles, 2006.

PROBLEMATISATION OF 'PUBLIC-PRIVATE' CONTRACT OF PARTNERSHIP IN REASONABLE REGULATION OF 'PUBLIC PROCUREMENT AND CONCESSIONSHIP -PRECURSORY STATEMENTS

'Public administration' and 'public service' have figured , at least since the Great French Revolution (1789-1793) as the conceptual and categorical framework of public legal reasoning on government administration and administrative law in which it is attempted to differentiate ' public-law reasoning from private law reasoning', naturally within 'Roman-Germanic legal opinion'.

In the light of such an approach, 'public-private' contract of partnership is analysed as one of the institutions with the elements of 'public-legality', therein as opposed to the ordering of 'public procurement' and 'concessionhip' in a way which is characterised by special types of administrative –legal actions.

Denoting some of the most significant but congruous expressions in French and English has as its aim to merely show the source of reasoning of the author and therefore, also the possibility of improving Croatian legal or administrative political terminology

Key words: *public-private contract of partnership, contract of partnership, common investment, concessionship, public procurement, public law, private law, public service*

PRIKAZI

Mr. sc. Petar Bačić, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

SOUTHERN EUROPEAN PARLIAMENTS IN DEMOCRACY
Edited by Cristina Leston-Bandeira
Routledge, London & New York, 2005., str. 191.

Poznata izdavačka kuća "Routledge" pokrenula je prije nekoliko godina seriju izdanja posvećenih istraživanju uloge i značaja predstavničkih tijela u suvremenim političkim sustavima. U biblioteci pod nazivom "Library of Legislative Studies", za čijeg je glavnog urednika izdavač izabrao zastupnika u Domu lordova i jednog od najcjenjenijih europskih autora na području parlamentarnog prava - Philipa Nortona, posljednjih je godina objavljeno više zanimljivih naslova (poput primjerice trosveščanog izdanja "Parliaments in Contemporary Western Europe", zatim izvrsne studije o bikameralizmu i drugim domovima parlamenta pod nazivom "Second Chambers", itd.). Zajednička karakteristika tih izdanja jest da donose radove više uglednih pravnih stručnjaka iz različitih zemalja, osiguravajući tako intrigantan i studiozan komparativni pregled materije, a pružajući istovremeno i atraktivnost različitosti pristupa i stila.

Jedno od posljednjih izdanja u toj seriji je knjiga "**Southern European Parliaments in Democracy**" u kojoj se analizira recentni razvoj predstavničkih tijela pet južnoeuropskih država: Grčke, Italije, Portugala, Španjolske i Turske. No, treba odmah naglasiti da se pri izboru država čiji će parlamenti biti predmet analize nije vodilo računa samo o geografskom ključu, već je izbor bio motiviran i mnogim drugim sličnostima koje među njima postoje, poput brojnih kulturoloških poveznica, relativno skorog povijesnog iskustva života pod autoritarnim režimima (Grčka i Portugal do 1974., Španjolska do 1976., a u istom kontekstu treba promatrati i situaciju u Turskoj u kojoj je posljednji državni udar izveden krajem 1980. godine), i sl. Uz zahtjev da se s druge strane uzmu u obzir i brojne povijesne i druge razlike koje postoje među navedenim državama, pred autore radova u ovoj publikaciji postavljen je osnovni cilj: odgovoriti na pitanje na koji su se način i u kolikoj mjeri njihovi parlamenti prilagođavali demokratskom procesu.

Naime, krajem sedamdesetih i početkom osamdesetih godina prošlog stoljeća ove su države bile predmet pojačanog znanstvenog interesa kao "nove demokracije" (ovdje se dakako svojim gotovo šezdesetogodišnjim demokratskim iskustvom primjetno izdvaja Italija). No, uslijed političkih i društvenih previranja u Europi početkom devedesetih pažnja znanstvenika preusmjerila se na bivše socijalističke države, a južnoeuropske zemlje su izgubile etiketu i atraktivnost novih demokracija, te ih se počelo promatrati kao stabilne, pa čak i svrstavati među stare demokracije, zajedno primjerice s Velikom Britanijom. U svakom slučaju, konsolidacijom demokracije u državama južne Europe smanjio se interes za proučavanjem daljnjeg razvoja njihovih političkih institucija, a posebno je

oskudna bila komparativna literatura iz područja parlamentarnog prava, što sve dodatno daje na važnosti i zanimljivosti knjizi koja je predmet našeg interesa.

Publikaciju "Southern European Parliaments in Democracy" čini 9 tekstova portugalskih, talijanskih, grčkih, španjolskih, turskih i engleskih autora. Parlamentima Grčke, Turske i Portugala posvećen je po jedan rad, dok se talijanskom i španjolskom legislaturom bave po dva teksta (s tim da se jedan fokusira na pitanja političke reprezentacije, a drugi na institucionalne aspekte). Ukupno 191 stranica teksta sadrži i korisni indeks imena i pojmova (str. 186.-191.). Knjigu je uredila profesorica Sveučilišta u Hullu (UK) portugalskog podrijetla **Cristina Leston-Bandeira**, koja je napisala i uvodnu studiju: "Introduction: Southern European Parliaments in Democracy" (str. 1.-7.), a javlja se i kao koautorica teksta o portugalskom parlamentu te zaključne studije. Od svih je autora inače zatraženo da se u svojim analizama posebno osvrnu na četiri aspekta: promjene ustavnog i zakonodavnog okvira, internu organizaciju parlamenta, odnos legislature i egzekutive, te oblike političkog zastupanja.

Autori prvog i drugog "nacionalnog" poglavlja predstavnici su najstarije demokracije u ovom društvu. O bikameralnom talijanskom parlamentu i burnoj političkoj sceni ove istinske parlamentarne demokracije tako pišu **Gilberto Capano** i **Marco Giuliani** - "The Italian Parliament: In Search of a New Role?" (str. 8.-34.), te **Luca Verzichelli** - "Much Ado About Something? Parliamentary Politics in Italy Amid the Rhetoric of Majority Rule and an Uncertain Party System" (str. 35.-55.). *Camera dei deputati* (donji dom) i *Senato della Repubblica* (gornji dom) igraju svoju *pas de deux* još od 1948. godine, a u međuvremenu su prošli kroz nekoliko značajnih i opsežnih reformi (poslovničke odredbe mijenjane su tako u više navrata, počevši od generalne reforme 1971. do posljednjih velikih izmjena 1997. - poslovnik Zastupničkog doma, odnosno 1999. godine - poslovnik Senata). Autori u svojim tekstovima detaljno analiziraju sadržaj reformi (uključujući izmjene opet aktualnog izbornog zakona), prezentiraju različite statističke podatke te pokušavaju odgovoriti na pitanje je li se i u kojoj mjeri u Italiji uspjelo ostvariti željene ciljeve. Portugalska *Assembleia da Republica* predmet je analize **Cristine Leston-Bandeira** i **André Freirea** u radu "Internalising the Lessons of Stable Democracy: The Portuguese Parliament" (str. 56.-84.). Nakon tzv. revolucije karanfila 1974. godine i postrevolucionarnih godina kada je bila ponajprije snažan simbol demokratskih promjena (prvi saziv "novog" parlamenta izabran je 1976. godine) pa do danas, portugalska je legislatura evoluirala od nestabilne i neefikasne institucije u moderno i efikasno predstavničko tijelo. Autori uvjerljivo dokazuju koliko je takvom razvoju pogodovalo stabiliziranje političkog i ekonomskog stanja u zemlji krajem 1980-ih, ali i upozoravaju da za napredak ima još prostora i potrebe. Profesorica Ustavno prava sa Sveučilišta u Ateni **Penelope Foundethakis** u tekstu "The Hellenic Parliament: The New Rules of the Game" (str. 85.-106.) koncentrira se na prikaz razvoja jednodomnog grčkog parlamenta u periodu od 1985. godine. Posebno ukazujući na važnost opsežne revizije grčkog Ustava iz 2001. (izmijenjena ukupno 51 odredba, od kojih je najveći dio upravo iz trećeg odjeljka dijela III. Ustava koji uređuje položaj i nadležnosti

parlamenta), koja je popraćena izmjenama parlamentarnog poslovnika iste godine, P. Foundethakis upozorava na probleme vezane uz položaj parlamentarne opozicije te potrebu za većom transparentnošću u postupku političkog odlučivanja i boljom komunikacijom s građanima. O bikameralnom španjolskom parlamentu (*Las Cortes Generales*, kojega čine *Congreso de los Diputados* kao donji dom te *Senado* kao gornji dom) i razvoju parlamentarizma u zemlji koja uživa u najdužem demokratskom periodu u svojoj povijesti (prvi slobodni parlamentarni izbori održani su 1975. godine) pišu **Jordi Capo Giol** - "The Spanish Parliament in a Triangular Relationship, 1982.-2000." (str. 107.-129.), te **Pablo Oñate** - "Parliament and Citizenship in Spain: Twenty-Five Years of a Mismatch?" (str. 130.-150.) koji otvara brojna intrigantna pitanja: Postoji li uistinu toliki raskorak između španjolskih građana i narodnih zastupnika u percepciji uloge i rada Parlamenta i aktivnosti njegovih članova? Može li navodna apatija velikog broja Španjolaca te nedostatak interesa i povjerenja u politiku i političare, odnosno njihovo opće nezadovoljstvo najvažnijim institucijama predstavničke demokracije ugroziti španjolsku demokraciju? Posljednji od nacionalnih parlamenata prikazan je *Türkiye Büyük Millet Meclisi* (Velika turska narodna skupština) i to u radu profesora političkih znanosti istambulskog sveučilišta **İlter Turana** naslovljenom "Volatility in Politics, Stability in Parliament: An Impossible Dream? The Turkish Grand National Assembly during the Last Two Decades" (str. 151.-176.). Analiza situacije u Turskoj ipak je ukazala na postojanje značajnijih odstupanja u odnosu na ostale promatrane države, što je i očekivano s obzirom na nestabilno političko okruženje.

Zaključni rad **Philipa Nortona** i **Cristine Leston-Bandeire** - "Conclusion: The Impact of Democratic Practice on the Parliaments of Southern Europe" (str. 177.-185.) predstavlja pokušaj sinteze temeljnih poučaka iz "nacionalnih" tekstova. Zajednički je zaključak da su parlamenti svih pet država doživjeli značajne izmjene u posljednjih 15 godina. Od četiri već navedena aspekta na koje su autori morali obratiti posebnu pažnju, promjene su najuočljivije u internoj organizaciji parlamenata te u njihovim odnosima s nacionalnim vladama. Praksa demokracije utjecala je na to da se parlamenti prilagode novoj realnosti, da racionaliziraju i profesionaliziraju svoj rad te da postanu ne toliko centri odlučivanja, koliko forumi za diskusiju o najvažnijim političkim pitanjima i ključni faktori u procesu legitimizacije politike. Konačno, zanimljivo je napomenuti da su najmanji pomaci uočeni glede stila političkog zastupanja, a u svim državama uočava se sljedeći paradoks: s jedne se strane od zastupnika očekuje da djeluju neovisno, dok su istovremeno strogo kontrolirani od strane matične stranke. Možemo stoga ponoviti zaključak autora da se politička kultura ipak teže mijenja od institucionalnog dizajna.

Mr. sc. Jadranka Polović,
Centar za odgoj – Split

**Anđelko Milardović, Dražen Lalić, Zoran Malenica (priredili): KRIZA
I TRANSFORMACIJA POLITIČKIH STRANAKA, CENTAR ZA
POLITOLOŠKA ISTRAŽIVANJA ZAGREB, 2007.**

Zbornik *Kriza i transformacija političkih stranaka*, objavljen u izdanju zagrebačkog Centra za politološka istraživanja (CPI) nastao je kao rezultat istoimenog znanstvenog skupa održanog u lipnju 2006. u Zagrebu (u organizaciji Foruma CPI-a) i sadrži vrlo zanimljive radove nekolicine hrvatskih znanstvenika koji iz konteksta politologije, sociologije politike i pravne znanosti promišljaju stanje političkih stranaka u svijetu, ali i Hrvatskoj. Ova politološka literatura nedvojbeno je zanimljivo štivo koje zainteresiranima može pomoći u razumijevanju uloge i utjecaja političkih stranaka u društvu i razlozima nepovjerenja javnosti u njihovo djelovanje. Čak četiri priloga u Zborniku posvećena su problematici financiranja predizbornih kampanja, dakle području koje je u Hrvatskoj izrazito netransparentno, manipulativno, slabo zakonski regulirano i prepoznato kao jedan od glavnih problema funkcioniranja stranačkog sustava.

U prvom dijelu Zbornika autori nastoje objasniti uzroke krize političkih stranaka u suvremenom svijetu (i Hrvatskoj) koji obilježava trend globalizacije, znanstvene i informatičke modernizacije svijeta, kao i dominacija neoliberalnih ideja.

Anđelko Milardović u prilogu *Kriza i transformacija političkih stranaka* smatra da je temeljni problem političkih stranaka što žive u raskoraku između vlastitog oligarhijskog (nedemokratskog) ustroja i potrebe organizacije demokracije, pa je očito da se iz oligarhijski uređenih stranaka teško može izvesti doista demokratska država i vlast. Etička razina uzroka krize proizilazi iz posljedica korupcionaških afera, skandala, klijentelizma i nepotizma koji su neizostavni u djelovanju političkih stranaka. Političke stranke učestalo koriste laž kao tehniku političkog komuniciranja, te ona postaje bit političkog jezika kojim stranke kreiraju lažnu političku stvarnost.

Kao interne uzroke krize političkih stranaka, autor navodi nedostatak stranačkih programa i slabljenje medijatorske uloge političkih stranaka što se nadomješta proizvodnjom *političkog spektakla* kao visokosofisticirane tehnike manipuliranja ljudima. Naime, političke stranke konstruiraju društvene probleme radi skretanja pozornosti i podržavanja lažnog stanja (hrvatsko – slovenski odnosi, op.a.) što ima za cilj *zbunjivanje stada (birača) i strategiju zaborava kao svrhu*. U tom procesu nezaobilazna je uloga medija koji su se u eri informatičke tehnologije od kontrolora demokracije postali virtualna politička stranka. *Medijska kolonizacija politike* omogućila je dominaciju forme spektakla, banalizacije, skandala i senzacija nad sadržajem politike, te uvela antiintelektualizam u plasiranju kojeg

blisko surađuju interesne skupine političara i urednika. Milardović smatra da novi etos medija počiva na postulatu loše vijesti kao dobre vijesti, pa s takvom populacijom, kako kaže, zaglupljenih, političke stranke imaju «dobro tijesto za pripremu svoga političkog kruha» (cit.,str.16.). Eksterni uzroci krize političkih stranaka uvjetovani su promjenom konfiguracije politike u doba globalizacije u kojem one nisu više jedini akteri političkog procesa. U tom kontekstu sve su manje djelotvorne u rješavanju problema društva što umanjuje njihov politički utjecaj i moralni ugled.

Posljedice krize stranaka ogledaju se u rastućem nepovjerenju i udaljavanju građana od političkih stranaka, te posvemašnjoj izbornoj apstinenciji. Stoga je očita potreba njihove transformacije što podrazumijeva prilagođeni tip organizacije i obrazaca upravljanja, kao i preoblikovanje stranačkih programa u skladu s značajnim socioekonomskim promjenama u društvu.

O problemu funkcioniranja političkih stranaka u Hrvatskoj govori i Zoran Malenica u prilogu *Neki problemi funkcioniranja političkih stranaka u RH* koji konstatira nizak ugled političkih stranaka u javnosti zbog činjenice da one nisu iskazale dovoljno odlučnosti i političke volje da razriješe neke temeljne probleme hrvatskog društva zbog kojih se ono razvija daleko sporije nego bi trebalo i moglo. Jedan od razloga za takvo stanje je i unutarnja oligarhijski postavljena struktura političkih stranaka koja uporno održava političku elitu upitnih moralnih i stručnih kvaliteta što za posljedicu ima slabljenje identifikacije birača i njihovo nepovjerenje u političke stranke, te tzv. volatilitnost, tj. promjenjivost glasačkog opredjeljenja birača. U Hrvatskoj su česti i pojedinačni ili grupni prijelazi političara iz stranke u stranku, uglavnom motivirani materijalnim ili drugim probitcima, a sumnje u korumpiranje ili «kupovanje» vijećnika bile su posebno izražene poslije lokalnih izbora održanih 2005.godine.

Analizirajući odnos medija i političkih stranaka u hrvatskom društvu, Malenica smatra da pojedine političke stranke instrumentaliziraju neke medije s ciljem promicanja svojih političkih interesa, a često i demonizacije njima politički suprotstavljenih stranaka. Upozorava i na činjenicu da se društvene znanosti (politologija, sociologija politike) u Hrvatskoj nedovoljno bave političkim strankama i njihovom ulogom u funkcioniranju političkog sustava. Istraživački su doprinosi na ovom području ograničeni i parcijalni. Autor preporuča potrebu revitalizacije i transformacije postojećih političkih stranaka pri čemu bi uloga društvenih znanosti trebala biti naglašenija, ali kako kaže «ukoliko bi ih u političkim strankama uopće netko htio čuti» (cit., str.36.)

U prilogu *Politička kultura i političke stranke u Hrvatskoj*, autor Vladimir Vujčić koristeći se rezultatima istraživanja o razvoju demokracije u svijetu (Inglehart, R.,Weizel, 2005.) objašnjava zašto Hrvatska još uvijek nije ušla u zonu efektivne demokracije (pravne države bez mita i korupcije). Smatra da građani nisu motivirani da pritišću političke stranke i političke elite prema institucionalizaciji efektivne demokracije. To potvrđuje i stalna percepcija Hrvatske kao slabo uređene pravne države s visokim stupnjem političke i ekonomske korupcije.

Autor iznosi optužujući zaključak da političkim strankama odgovara samo razina formalne demokracije, te da one zapravo nemaju interesa za razvojem djelotvorne (efektivne) demokracije jer je njihov temeljni interes težnja za moći i osiguranjem osobne koristi političkih elita.

Vujčić smatra da su političke stranke u Hrvatskoj neopravdano, posljednjih godina zanemarile identitetski aspekt političke kulture u procesima izgradnje države i integriranja u EU. Naime, sve prisutniji proces izgradnje Hrvatske kao «građanske države» zapravo nije moguć pa ni poželjan bez razvoja nacionalnog identiteta o čemu bi političke stranke trebale povesti računa.

Analizirajući odnos dvije najveće stranke HDZ-a i SDP-a prema religiji Ivan Markešić (*Političke stranke i religija – hrvatski slučaj*) zaključuje da se on mijenjao zavisno o društvenom i političkom kontekstu u kojem su se ove stranke pojavljivale kao politički akteri. Kao izdvojenu specifičnost hrvatskog političkog života autor navodi da unatoč činjenici što je Hrvatska prema sastavu stanovništva izrazito katolička zemlja, političke stranke snažne demokršćanske orijentacije poput HKDU, HKDS i Hrvatskih demokršćana nisu uspjele ostvariti bitniji utjecaj u parlamentarnom i političkom životu zemlje. Posebno zanimljivim smatra činjenicu da predstavnici službene crkvene hijerarhije podržavaju programska usmjerenja HDZ-a koji se samo deklarativno temelji na kršćanskim načelima, dok ih u praksi, kao u slučaju ozakonjenja prava na pobačaj ili zabrane rada nedjeljom, zapravo poništava.

Znanstvena rasprava o potrebi transformiranja političkih stranaka s aspekta financiranja političkih stranaka i kampanja, kojoj je posvećen drugi dio zbornika, osobito je zanimljiva i nedvojbeno potrebna.

Josip Kregar (*Protiv plutokracije: međunarodni standardi i mjere uređenja financiranja političkih stranaka*) ovo pitanje prepoznaje kao osobit problem stranačkog sustava u Hrvatskoj i ističe potrebu zakonskog reguliranja. Naime, financiranje političkih stranaka, tj. novac kojim stranke raspolažu prvorazredno je političko pitanje jer su izborne kampanje postale izrazito skupe, a same stranke koje reprezentiraju parcijalne interese naprosto upijaju novac donatora. Donatori davanje novca smatraju legitimnom investicijom u buduće poslove, moguće privilegije i mnoge mogućnosti da kapitaliziraju dobre odnose s vladajućom elitom. Postavljanje pravila (gornjih limita troškova, osiguranje proračunskog financiranja u «razumnim granicama», regulacija ili čak zabrana tvrtkama da financiraju političke stranke, zabrana anonimnih donacija itd) predviđeno je nizom međunarodnih dokumenata. Pravila su neophodna da bi se spriječila nečasna politička trgovina, u Hrvatskoj osobito razvijena. Naše zakonodavstvo koje regulira ovu problematiku manjkavo je i nedostatno, dijelom što reguliranje nisu sklone političke stranke, pa Hrvatsku u tom području očekuju zakonske promjene i usklađivanje pravila s standardima Europske unije. Pretpostavka je razvijanje atmosfere odgovornosti u društvu, postojanje sposobnih institucija nadzora te aktivna uloga medija. Naime, cilj novih normi i standarda na tom području je

podizanje razine političke odgovornosti, legitimnosti vlasti i vraćanje povjerenja u institucije političkog predstavljanja.

Prilog Dražena Lalića *Kontraverze financiranja političkih aktera u izbornim kampanjama 2003. i 2005. u Hrvatskoj* donosi niz zanimljivih podataka na koje je, na žalost, hrvatska javnost zapravo već zaboravila. Analizirajući financiranje političkih stranaka i kandidata u izborima u Hrvatskoj (parlamentarni 2003., predsjednički 2005., lokalni 2005.), autor navodi različito ponašanje i stranaka i kandidata – dok neki politički akteri nisu bili spremni javno obznaniti iznos sredstava koje su koristili u kampanji, te specificirati troškove, drugi su dali ograničene podatke, uz primjetne manipulacije. Najmanje je bilo onih (uglavnom nezavisne liste i kandidati) koji su javnosti iznijeli precizne podatke. Bez obzira što sve upućuje na potrebu regulacije financiranja političkih stranaka i kampanja, neetično i netransparentno ponašanje stranaka i kandidata neobjašnjivo uvijek bude nagrađeno znatnom potporom birača. Naime, pokazalo se da su najveći uspjeh postigle stranke i kandidati koji su utrošili ogromna sredstva u kampanjama, a javnosti su bili spremni tek malo ili nimalo objasniti odakle im novac i način na koji je utrošen. Sporadično i mlako reagiranje medija jedan je od osnovnih razloga zbog kojih javnost nije dovoljno kritična prema ovom pitanju. Kontraverze vezane za financiranje izbornih kampanja stranaka i kandidata usko su, smatra Lalić, vezane s obilježjima kampanje. Naime, izborne kampanje vodećih političkih aktera su postale izrazito skupe zbog korištenja usluga spin – doktora i drugih konzultanata, a agresivno medijsko oglašavanje tijekom kampanje prikriva manjkavost argumenata i uopće nedostatak rasprave o važnim društvenim problemima.

Dva posljednja priloga Maria Jelušića (*Nužnost zakonskog uređenja financiranja političkih stranaka i izborne promidžbe*) i Zdravka Petaka (*Aporije o zakonskom okviru financiranja političkih stranaka u Hrvatskoj*) govore o nužnosti zakonske regulacije kako bi se ograničio nerazmjerni utjecaj bogatih pojedinaca te posebnih interesnih grupa, ali i izbjegla zloupotreba javnih sredstava i korištenje financijskog utjecaja na ishod izbora. Naime, transparentnost izvora, iznosa, kao i načina trošenja financijskih sredstava kandidata, odnosno političkih stranaka u izornoj kampanji važan je čimbenik nadzora javnosti u izbornom procesu, ali i pokazatelj stupnja demokratičnosti izbora. Jelušić navodi da je hrvatsko izorno zakonodavstvo, u dijelu koji se odnosi na uređenje financiranja izborne kampanje, manjkavo i nedjelotvorno. Dosadašnja praksa pokazala je da su političke stranke ili kandidati navodili krive ili nepotpune iznose koje su potrošili tijekom kampanja. Smatra da zakonodavac treba što hitnije ograničiti maksimalni iznos koji stranke ili kandidati smiju potrošiti u kampanji, ali isto tako i zabraniti primanje anonimnih donacija, te onemogućiti državnim tijelima i tvrtkama u vlasništvu države da financiraju izborne kampanje bilo koje političke stranke, odnosno kandidata. Petak spominje primjer državne pošte koja tijekom parlamentarnih izbora 2000. godine jednostavno nije naplatila milijunski trošak slanja promidžbenog materijala do tada vladajućoj stranci. Ovaj autor smatra da je u Hrvatskoj evidentna potreba za uspostavljanjem neovisnih regulativnih agencija za utvrđivanje vjerodostojnosti podataka o potrošenom iznosu u kampanji, kakve

postoje u svijetu. O tome u kolikoj je mjeri hrvatska politička elita nespremna na uspostavljanje tijela s takvim ovlastima govori i činjenica da od 1990. do danas državna revizija nije podvrgla kontroli financijske bilance niti jedne političke stranke. Praksa netransparentnosti financiranja politike u našoj zemlji smatra se jednim od glavnih deficita u razvoju demokratskog procesa u Hrvatskoj.

Ovaj Zbornik, koji objedinjuje radove autora različitih znanstvenih i svjetonazorskih orijentacija, nesumnjivo, predstavlja značajan doprinos razumijevanju uloge i djelovanja političkih stranaka u suvremenom hrvatskom društvu. Potreba uvođenja ograničenja i kontrolnih mehanizama u financiranju izbornih kampanja, koju su naglasili autori, ukazuje da je precizno zakonsko reguliranje složenog pitanja financiranja političkih stranaka u Hrvatskoj, zapravo, neophodno.

Renata Pražetina, dipl. iur.
sutkinja Općinskog suda u Ivanić Gradu
izmiritelj Centra za mirenje pri HGK

**Mr. sc. Zorislav Kaleb: "GOSPODARSKA KAZNENA DJELA
IZ PODRUČJA VRIJEDNOSNIH PAPIRA I TRGOVAČKIH
DRUŠTAVA", izdavač "Zgombić & Partneri", Zagreb, 2006.**

Nedavno je u izdanju nakladničke kuće "Zgombić & Partneri", objavljena knjiga mr. sc. Zorislav Kaleba, suca Kaznenog odjela Općinskog suda u Zagrebu: "*Gospodarska kaznena djela iz područja vrijednosnih papira i trgovačkih društava*" s podnaslovom "*Gospodarski kriminal u vezi trgovačkih društava i vrijednosnih papira, njegovo otkrivanje i suzbijanje*".

U prvom djelu knjige autor obrađuje šest kaznenih djela iz Zakona o tržištu vrijednosnim papirima, a zatim u drugom djelu i šest kaznenih djela iz Zakona o trgovačkim društvima, te u trećem "*Oduzimanje imovinske koristi od fizičkih osoba i trgovačkih društava u kaznenom postupku*". U sklopu drugog djela autor obrađuje i zanimljivu tematiku: "*Osuđivanost za kaznena djela kao ograničenje za imenovanje člana uprave i nadzornog odbora*". Recenzenti knjige su bili mr. sc. Gordana Mršić, i mr. sc. Ivica Pezo, a radi se o vrlo aktualnoj temi s obzirom da je u njoj uklopljen i obrađen novi *Zakon o hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih ulaganja* koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006.

Knjiga se bavi pored kaznenog prava, gospodarskim i trgovačkim pravom, te vrijednosnim papirima. Namijenjena je prvenstveno praktičarima, koji se u praksi susreću s istim kaznenim djelima. Ista može korisno poslužiti kaznenim i prekršajnim sucima koji se bave predmetima gospodarskog kriminaliteta, parničnim sucima, policijskim djelatnicima iz odjela gospodarskog kriminaliteta, državnim odvjetnicima, brokerskim društvima, odvjetnicima kod priprema obrane za ista kaznena djela, kao i pravnicima iz Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga prilikom podnošenja kaznenih prijava za predmetna kaznena djela. Pored toga knjiga može koristiti i studentima dodiplomskih i poslijediplomskih studija iz trgovačkog prava i kaznenopravnih znanosti, naročito iz predmeta *Gospodarska kaznena djela* kod pisanja seminarskih radova i ispita.

Knjiga je rezultat autorovog višegodišnjeg praktičnog i teorijskog rada. Kroz knjigu se nazire nova grana prava "*Gospodarsko kazneno pravo*" čija bi ukupna obrada zahtijevala znatno veći opseg, te ista nije imala tendenciju obraditi sva kaznena djela iz područja gospodarstva, već samo ona iz Zakona o trgovačkim društvima i Zakona o tržištu vrijednosnih papira. Autor analizira pojedina kaznena djela i njihovu dosta oskudnu sudsku praksu, te ističe bitna obilježja istih djela koja su potrebna da bi se ista otkrila u pred kaznenom postupku, odnosno dokazala krivnja u kaznenom postupku.

Autor je radeći kao sudac na pojedinim predmetima gospodarskog kriminala uvidio da nema dovoljno stručne literature i komentara zakona za predmetnu materiju, a koja bi pomogla sucima u radu, posebice onima kojima nedostaje znanja iz područja ekonomije, trgovačkih društava i vrijednosnih papira. Osim pojedinih članaka, objavljena materija je manjkava i nije sustavno obrađena, što ga je ponukalo na daljnja istraživanja.

Na nekim mjestima autor je ukratko objasnio neke institute i pojmove iz kaznenog prava s obzirom da je knjiga namijenjena i osobama koja se ne bave svakodnevno kaznenim pravom. Neki osnovni pojmovi trgovačkog prava i prava društava su namijenjeni kaznenim sucima i odvjetnicima koji se s tim pojmovima rijetko susreću u praksi.

Iz recenzije mr. sc. Gordane Mršić proizlazi da je knjiga magistra Kaleba dobro koncipirana i čitatelja upoznaje s problematikom specifične materije gospodarskog kriminala iz područja trgovačkih društava i vrijednosnih papira. Tekst odaje visoku stručnost autora, koji ovu složenu materiju razvrstava i izlaže sustavno i pregledno. Kako je, k tome, tekst svakog poglavlja popraćen i prikazom sudske prakse koja se odnosi na razmatrani problem, čitatelj može odmah uočiti strukturu obrađenog pravnog područja i bez teškoća identificirati, odnosno locirati svaki pravni problem koji se javlja u okviru ove glave kaznenog prava.

Osim što je tekst dobro organizacijski raspoređen, treba istaknuti i to da je autor, obuhvatio i na vrlo stručan način razmotrio praktički sva pitanja koja su se do sada pojavila u vezi s primjenom prikazanih kaznenopravnih propisa. Oslonac autora na konkretnu sudsku praksu daje posebnu vrijednost ovoj knjizi, jer je notorno da praksa sudova ima karakter posebno važnog (iako posrednog) pravnog izvora.

Knjiga će zbog svega navedenog biti vrlo korisna pravnicima koji se u praksi bave pitanjima gospodarskog kaznenog prava: državnim odvjetnicima, sucima i pravnicima u gospodarstvu. Dakako da će imati i vrijednost za teoretičare, kojima će iskustva praktičara i sudska praksa skupljena u ovoj knjizi zasigurno biti od pomoći.

Iz recenzije mr. sc. Ivice Peze proizlazi: da su u knjizi uvodno pri determiniranju predmeta rada naznačena općenito osnovna obilježja gospodarskih kaznenih djela te institucija vrijednosnih papira. Ista može pomoći sucima u radu posebice onima kojima nedostaje znanja iz područja ekonomije, trgovačkih društava i vrijednosnih papira. Namijenjen je prvenstveno praktičarima, koji se u praksi susreću s istim kaznenim djelima, te može poslužiti kaznenim i prekršajnim sucima koji se bave predmetima gospodarskog kriminala, parničnim sucima, zatim policajcima iz odjela gospodarskog kriminala, državnim odvjetnicima, brokerskim društvima, a također i odvjetnicima kod priprema obrane za ista kaznena djela. Također se preporuča pravnicima iz Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga prilikom podnošenja kaznenih prijava za ista kaznena djela. Može korisno poslužiti i studentima poslijediplomskih studija iz trgovačkog prava i kaznenopravnih znanosti naročito iz predmeta Gospodarska kaznena djela.

U radu su dani i neki prijedlozi de *lege ferenda* koje bi zakonodavac trebao uvažiti pri budućim izmjenama i dopunama ŽTD-a i Zakona o tržištu vrijednosnih papira. Neki od prijedloga autora u vezi povećanja zapriječenih kazni i pojava oblika kaznenih djela već su uvrštena i u novelu Zakona o tržištu vrijednosnih papira iz prosinca 2006. Autorova izlaganja su jednostavna, koncizna, sustavna, primjereno objašnjena i obrazložena, a u knjizi se je koristio standardnim hrvatskim nazivljem pravnih znanosti u odnosu na kazneno i trgovačko pravo. Knjiga je pisana jasno i razumljivo uz u bitnome korektnu uporabu terminologije te odgovarajućih znanstvenih metoda istraživanja. Proučena i obrađena je gotovo sva relevantna domaća literatura, te djelom i strana literatura, te je uložan značajan trud u ekspliciranju i savladavanju ključnih problema koje izabrana tema otvara.

Autor je primjenjujući komparativnu i analitičku metodu, znanstveno razradio cjeline, te knjiga po načinu pristupa i obradi teme predstavlja doprinos hrvatskoj pravnoj znanosti. Rezultati istraživanja kroz prikupljenu sudsku praksu pokazuju nedovoljnu primjenu gospodarskih kaznenih djela u sudskoj praksi, a što je potrebno radi pravilnog i zakonitog poslovanja trgovačkih društava i vrijednosnih papira.

Autorovu knjigu: "*Gospodarska kaznena djela iz područja vrijednosnih papira i trgovačkih društava*" možemo svakako preporučiti čitateljima kojima su potrebna specijalistička znanja i predmetnog područja kao zanimljivo i korisni znanstveno i stručno štivo.