

Prof. dr. sc. Arsen Bačić i izv. prof. dr. sc. Petar Bačić
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

KONSTITUCIONALIZAM I ADMINISTRATIVNA DRŽAVA (O zahtjevima konstitucionalizma u razdoblju nadmoći egzekutive)

UDK: 342. 2 : 35

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 15. IX. 2015.

Politika ograničena pravom odnosno podređivanje svake javne aktivnosti sudbenim i drugim kontrolama temeljno je obilježje i zahtjev konstitucionalizma i vladavine prava. Upravo je u skladu s načelom vladavine prava i legitimnim ustavnodemokratskim zahtjevima za njegovom supremacijom da država, i to ponajviše njena izvršna vlast i druge institucije sistema vladavine budu podređeni pravu i različitim kontrolama. U tekstu autori analiziraju komparativno iskustvo administrativne države koja je u gotovo stoljetnom razdoblju svog trajanja na različite načine iskušavala demokratska sredstva kontrole.

Ključne riječi: *konstitucionalizam, administrativna država, dioba vlasti, vladavina prava, kontrola ustavnosti, sredstva kontrole administrativne države*

1. Uvodna napomena; 2. Od ustavne demokracije do administrativne države u SAD-u; 2.1. Razvitak i evolucija administrativne države u SAD-u; 3. Povratak ustavnodemokratskoj vladi kao korektoru i alternativni administrativnoj državi; 3.1. Ustavnodemokratska vlada kao stara – nova alternativa administrativnoj državi; 4. Europska unija i pitanje administrativne države; 4.1. Problemi i kontrole administrativne države Europske unije; 5. *Raison d'être* regulatornih ekstenzija administrativne države u Republici Hrvatskoj i kontrola nad njima; 6. Zaključna napomena

1. UVODNA NAPOMENA.

Početak 19. stoljeća *Alexis de Tocqueville* je u knjizi „Demokracija u Americi“ ukazivao i na razliku koja postoji između dva tipa centralizacije: prva je ona koju naziva „politička“ (*gouvernementale*) – a druga je bila „administrativna“ (*administrative*).¹ Za Tocquevillea je u ondašnjoj Americi zapravo postojala samo prva – „centralizirana politička vlast“, ali ne i druga kojoj je snagu i glavno obilježje davala „centralizirana uprava“. Kada bi ljudima koji upravljaju američkim društvom – govorio je pisac – kojim slučajem bila na raspolaganju oba sredstva vladanja onda bi „sloboda... ubrzo bila prognana iz Novog svijeta“. U svakom

¹ “J’ai distingué, précédemment deux espèces de centralisations; j’ai appelé l’une gouvernementale, et l’autre administrative. La première seule existe en Amérique; la seconde y est à peu près inconnue.” Usp. A. de Tocqueville, *Democratie en Amérique* na http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_2/democratie_t2_1.pdf

slučaju, onoga trenutka kada se u Americi bude oformila i utvrdila „centralizirana administracija“ otvorit će se i neslućene mogućnosti razvoja „nepodnošljivog despotizma“ administrativne države.² Nedavno je tu Tocquevilleovu „noćnu moru“ aktualizirao **Daniele R. Ernst** svojom knjigom u kojoj je reagirao na aktere i razloge recentne ideološke ofenzive radikalnih pristalica sveameričkog pokreta *Tea Party*.³ Potonji pokret, kao jedan od najživljih izvora kritike suvremene savezne birokracije, od svog osnutka (2009.) manično širi poruku o „monstruoznoj“ saveznoj upravi koja – još od početka 20. stoljeća kad počinje njen slalom kroz instrumente sustava „kontrola i provjera“ – ne prestaje gaziti slobodu pojedinaca.⁴ D. Ernst, osim što detaljno istražuje fenomen suvremene administrativne države, između ostaloga ukazuje i na ulogu koju su američki suci i pravnici imali u njenoj afirmaciji. Upravo su oni...

... djelovali na preoblikovanju proteanskog ideala vladavine prava, radeći na međusobnom podržavanju prava i politike prevazilaženjem ustavnih objecka zloslutne i monstruozne birokratske države. Njegov doprinos sastoji se u neprimjetnom integriranju ideja, primjera i politike u uvjerljivo objašnjenje ustavne zbilje koju je stvorio *New Deal*.⁵

D. R. Ernst pokazuje zapravo da su upravo pravnici savezne administracije kao kreatori „odborske vladavine“ bili najzainteresiraniji u borbi protiv korupcije državnog aparata i da su upravo oni stvarali i prilagođavali načela osobnih prava, ograničene vlasti i zakonitog postupka (*due process of law*) administrativnoj državi u nastajanju.⁶ K tome, rađajućeg Titana američki su upravljači namjeravali kontrolirati prije vladavinom prava (*rule of law*) u angloameričkoj varijanti s naglašenom ulogom sudova nego li europskom šemom *Rechtsstaata* (pravne države). Ne pristajući uz europske modele kontrole ograničavanja vlasti već, prije svega, afirmirajući američki model vladavine prava, stvoren je okvir u kojemu su istaknutu ulogu dobili suci kao kontrolori samih temelja sve brojnijih i važnijih odluka rastućeg administrativnog aparata.

² Francusko izdanje *Democratie en Amerique* v. na [http://classiques.uqac.ca/classiques/ De_tocqueville_alexis/democratie_2/ democratie_t2_1.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_2/democratie_t2_1.pdf); englesko izdanje knjige: v. A. de Tocqueville, *Democracy in America*, Ch. 8, Ed. By J.P. Mayer, New York, 1969., p. 262-263; A. de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter XVI: CAUSES WHICH MITIGATE THE TYRANNY OF THE MAJORITY IN THE UNITED STATES, http://xroads.virginia.edu/~hyper/DETOC/1_ch16.htm; A. De Tocqueville, *O demokratiji u Americi*, Titograd, 1990., Gl. VIII, str. 227.

³ D. R. Ernst, *Tocqueville's nightmare: the administrative state emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, 2014., p. 214

⁴ **Tea Party movement** konzervativni je populistički i društveni politički pokret koji se u SAD-u pojavio 2009. godine, suprotstavljajući se ekcesivnom oporezivanju i državnoj intervenciji u privatni sektor, a podržavajući snažnije imigracijske kontrole. Usp. <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1673405/Tea-Party-movement>, [http:// www. teaparty.org/](http://www.teaparty.org/)

⁵ M. Tushnet, „Administrative law in the 1930s: the supreme court's accommodation of progressive legal theory“, 60 *Duke Law Journal* 1565-1637 (2011.), Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol60/iss7/2>

⁶ M. J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Second ed., 1998 by Liberty Fund, p. 455.

U ovom tekstu želimo ukratko rekapitulirati pojavu i razloge kontrole fenomena administrativne države s početka i kraja 20. stoljeća.⁷ Evolucija i jačanje administrativne države u SAD-u i problemi njene kontrole tijekom 20. st. i na prijelazu 20. u 21. stoljeće reflektiraju odlike koje uvelike odudaraju od konstitucionalnih načela utemeljiteljske ere iz 18. st. Tako je npr. administrativna država delegiranjem zakonodavnih ovlasti birokraciji, kombiniranjem funkcija s birokratskim agencijama, slabljenjem predsjedničkih kontrola nad administracijom uzdrmala podjelu vlasti koja leži u samim temeljima Ustava SAD-a iz 1787.⁸ Riječ je o pitanju koje je **G. S. Lawson**, istražujući uzroke i posljedice pojave administrativne države, postavio na sljedeći način: „je li u okolnostima ograničene vlade a neograničene administracije moguće afirmirati konstitucionalizam?“⁹ Ako je „administrativna država“ ili ono što u europskom kontekstu **Luís Barroso** naziva „novom administrativnom državom Europske unije“ odnosno suvremenim procesom vladavine u EU – *novi Levijatan*, kako je onda efikasno kontrolirati?¹⁰ To je pitanje presudno zato jer...

⁷ U tekstu koristimo pojam „administrativna država“ (*administrative state*) koji se pojavio u SAD-u početkom 20. st. i koji je rodno mjesto omnipotentnih „regulatornih agencija“. Pojam „administrative state“ prvi je upotrijebio Dwight Waldo, *Administrative state*, The Ronald Press Co., 1948., p. 249., (<https://archive.org/details/administrativest030066mbp>). Pojam „regulatorna država“ (*regulatory state*) također je američkog porijekla, ali se danas više povezuje s europskim integracijama. Nakon intervencionističke države koju je karakterizirala visoka razina centralizacije u upravljanju i političkom odlučivanju, *administrativna* odnosno *regulatorna* država počinje se oslanjati na ekstenzivnu delegaciju ovlasti neovisnim institucijama: regulatornim agencijama ili odborima, ali i sudovima koji postaju aktivni igrači u regulatornoj igri. Delegacija važnih ovlasti odlučivanja „nemajoritarnim“ institucijama otvorila je nove probleme demokratske legitimacije. Kao neologizmi *administrativna* odnosno *regulatorna država* koriste se i kao sinonimi kojih je suština da se obje shvaćaju kao suprotnost „pozitivnoj“ (intervencionističkoj, *welfare*, socijalnoj) državi. U našoj literaturi najpotpuniji rad o američkoj upravi (E. Pusić, *Američka uprava*, Matica Hrvatska, 1954., str. 350) uopće ne sadrži referencu na Waldovo djelo (sic!), iako E. P. govori o „regulatornim agencijama“ (nezavisne regulatorne agencije, str. 153 et passim). Više o razlikovanju vidi u: Noga Morag-Levine, *Common law, civil law, and the administrative state: From Coke to Lochner*, 24 Const. Comment. 601 (2007.); L. Heinzerling i M. V. Tushnet, *The regulatory and administrative state – Materials, cases, comments*, UOP, 2006., p. 872. O pojmu „regulatorne države“ v. M. Lodge, *Regulation, the regulatory state and European politics*; M. Lodge, „From varieties of the welfare state to convergence of the regulatory state? The ‘europeanisation’ of regulatory transparency”, *Queen’s Papers on Europeanisation*, No 10/2001; G. Majone, „The regulatory state and its legitimacy problems”, *Reihe Politikwissenschaft / Political Science Series* No. 56, July 1998.

⁸ R. J. Pestrino, „The progressive origins of the administrative state: Wilson, Goodnow and Landis“, *Social Philosophy and Policy*, Volume 24 / Issue 01 / January 2007, pp 16-54.

⁹ G. S. Lawson, „Limited government, unlimited administration: Is it possible to restore constitutionalism?“ *First Principles Series*, No. 2, 1-16, 2009.

¹⁰ A. M. Gulas, „The American administrative state: The New Leviathan“, *Duquesne Law Review*, Vol. 28, 1989-1990, p. 489-514; F. Bignami, „The administrative state in a separation of powers constitution: Lessons for European community rulemaking from the United States“, <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010301-09.html>; L. Barroso, „Adaptation and the New Administrative State of the European Union“, http://www.iicm.pt/MDI_Artigos_Finais/Luis_Barroso_MDI.pdf; L. Barroso, „The problems and the controls of the new administrative state of the EU“, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, December 2011, http://etheses.lse.ac.uk/279/1/Barroso_The_problems_and_the_controls_of_the_new_administrative_state_of_the_EU.pdf

... najznačajnija osobina političke organizacije nije u tome što je država-nacija zamijenila sve druge oblike, niti to da je državni domen postao toliko velik, već je riječ zapravo o načinima koje treba osmisliti i koji su nužni za kontrolu njenih ovlasti prisile.¹¹

Dakle, koji su to konstitucionalni, odnosno institucionalizirani mehanizmi kontrole vlasti u državi koju već stotinu i više godina nazivaju „administrativnom državom“ (*administrative state*)? Na koji se način pojava administrativne države manifestirala u tranzicijskim *novim demokracijama* i složenim tvorevinama poput EU? Je li doista pojava *administrativne države* potakla pojavu novih oblika kontrole ili je i ovdje riječ zapravo o „varijacijama na staru temu“, imajući na umu da problem „kontrole državne vlasti“, bez obzira na to o kojoj se državi radi, transcendirira vrijeme i prostor već stoljećima?¹²

2. OD USTAVNE DEMOKRACIJE DO ADMINISTRATIVNE DRŽAVE U SAD

Suvremenu državu već dugo karakterizira postojanje *administrativne države*. Za *M. J. C. Vilea* tu državu, koja se pojavila i traje kroz 20. stoljeće do dana današnjega, karakteriziraju „kompleksne strukture“ i takva „proliferacija pravila“ da ranija koncepcija „egzekutive“ kao puke skupine civilnih službenika koji rukovođeni ministrima ostvaruju naredbe zakonodavca, jednostavno više ne drži vodu. U toj je državi došlo ne samo do oštre razlike nego i do konfuzije između političkih vođa i birokrata. „Oštre razlike“ postoje zato što je administrativna država osvojila vlastitu autonomiju – ona je samo marginalno pod kontrolom svojih političkih vođa. U njoj je najveći dio državnog proračuna određen postojećom legislativom tako da vlada koja bi i pokazala odlučnost za mijenjanje nekih stvari teško da može bilo što napraviti na kraću stazu, a složenost pravila koja upravljaju ekonomskim i socijalnim životom takva je da i najmanja njihova promjena može dovesti do neočekivanih rezultata. U tom smislu tzv. egzekutiva, tj. politički vođe nominalno odgovorni legislaturi za vođenje države, može u praksi imati vrlo malo stvarne kontrole nad državnim strojem. S druge strane, do konfuzije dolazi zbog toga što politički vođe velik dio svog vremena troše na iscrpljujuće pokušaje upravljanja administrativnim aparatom za koji odgovaraju, ali koji stvarno nisu u stanju kontrolirati.¹³ Ipak, gotovo stoljetno iskustvo života administrativne države u SAD-u ipak pokazuje da su se u cilju sprečavanja zloupotrebe vlasti i zaštite obrane individualnih prava stalno tražile, osmišljavale i primjenjivale efikasne kontrole vlasti u rukama administracije.

¹¹ S. Gordon, *Controlling the state-constitutionalism from ancient Athens to today*, Harvard University Press, p. 4.

¹² M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Second ed., 1998 by *Liberty Fund*, p. 387 et passim; S. Gordon, *Controlling the state-constitutionalism from ancient Athens to today*, Harvard University Press, p. 4.

¹³ M. J. C. Vile, op. cit., p. 399 et passim.

2.1. Razvitak i evolucija *administrativne države* u SAD

Pojam „administrativne“ ili „regulatorne države“ povezuje se danas sa situacijom u kojoj „neizabrani birokrati imaju neograničeni, centralizirani i delegirani autoritet stvaranja javne politike“.¹⁴ U recentnom izvješću Kongresu SAD-a o odnosu ustavne vlasti i administrativne države **Joseph Postell** ističe da je riječ o fenomenu koji se u SAD-u razvijao kao proces transformacije ograničene, ustavne i federalne republike u centraliziranu administrativnu državu koja u svom najvećem dijelu postoji izvan strukture Ustava SAD-a i uživa gotovo neograničenu vlast. Administrativna država konstruirana je kao rezultat masivne ekspanzije vlasti savezne države. Kada su *founding fathers* stvarali *Ustav SAD-a* (1787.), oni su središnjoj vlasti povjerali samo Ustavom striktno nabrojene ograničene ovlasti. Savezna vlast je ograničeni broj svojih ovlasti ostvarivala jedino putem Ustavom određenih institucija i procedura. No širenjem savezne države i fokusiranjem na sve brojnije aspekte života američkog građanina, postala je jasnija potreba za novim tipom vlasti – onom koja bi se prije trebala baviti reguliranjem sve brojnijih aktivnosti građanina pojedinca nego li zaštitom njegovih individualnih prava. U SAD-u je ta nova država dobila naziv „*administrativna država*“. Njen razvoj i metastaziranje u više oblika doveli su do toga da je ona postala primarna metoda politike i njenog stvaranja. Bezbroj agencija i odsjeka koji čine administrativnu državu djeluju kao „četvrta grana“ vlasti koja na tipičan način kombinira vlasti ostale tri državne vlasti i stvara politiku, ne vodeći puno računa o pravima i stajalištima građana. Imajući u vidu aktualno stanje u SAD-u, glavina akcije danas se odvija u administrativnim agencijama i odsjecima, a ne, kao što se uobičajeno mislilo, u Kongresu ili kod Predsjednika. Zaključak je da su danas „glavne zvijezde programa neizabrani birokrati a ne izabrani predstavnici naroda“.¹⁵

Počeci administrativne države sežu u vrijeme *New Deal* **Franklina D. Roosevelta** (1882. – 1945.) i implementacije ideja američkih *progresista* koje su još generaciju ranije prethodile djelovanju ovog velikog američkog reformatora. A njihove ideje o „dobroj vladi“ (*good government*) uvelike su se razlikovale od shvaćanja koje su *founding fathers* položili u temelje *Ustava 1787.* Pisci *Ustava* polazili su od toga da vlada može obnašati vlast na dva načina. Prvi je način arbitrarna vladavina u kojoj vlada o svom djelovanju odlučuje *ad hoc* i gdje se odluke prepuštaju kapricu bilo kojeg službenika ili grupe koja trenutno obnaša dužnost; a drugi je način implementacija sistema koji se temelji na vladavini prava. A sistem vladavine prava karakteriziraju unaprijed poznati i objavljeni pravni propisi, koji obvezuju koliko vladu toliko i građane i koji potonjima, budući da znaju točno što

¹⁴ J. Postell, „From administrative state to constitutional government“, *The American Heritage*, Special Report from B. Kenneth Simon Center for Principles and Politics, No. 116, December 7, 2012., p. 5.

¹⁵ R. J. Pestritto, „The birth of the administrative state: Where it came from and what it means for limited government“, *First Principles Series Report*, #16, The Heritage Foundation, November 20, 2007., <http://www.intellectualtakeout.org/library/research-analysis-reports/birth-administrative-state-where-it-came-and-what-it-means-limited-government>, p. 1.

moraju ili ne smiju činiti, mogu eskivirati državnu prisilu. Da bi sistem vladavine prava predstavljao efikasnu zaštitu prava građana, ustavni je mehanizam položen na podjeli vlasti prema kojoj legitimnu državnu vlast obnašaju tri ravnopravne grane koje se međusobno kontroliraju. Za *Founding fatherse* temeljni cilj podjele vlasti sastojao se u očuvanju osobnih prava od arbitrarne vlasti.

Važno mjesto podjele vlasti u američkom Ustavu otkrivaju nam zapravo tri važna načela američkog konstitucionalizma: (1) Prvo je *načelo nedelegiranja*. Ako ovo načelo uopće nešto znači, onda se to prije svega odnosi na to da jedna grana vlasti ne može dozvoliti da njene ovlasti suštinski obnaša druga vlast. (2) Drugo je načelo povezano s prvim, a govori o tome da u okviru jedne grane *ne smiju postojati kombinacije funkcija ili ovlasti*. (3) Treći cilj podjele vlasti jest *odgovornost administracije* Predsjedniku Republike kao nositelju izvršne vlasti.

Za pionire administrativne države u SAD-u s kraja 19. i početka 20. st. podjela vlasti sve je više postajala problem. Naime, oni su vjerovali da se država treba sve više prilagođavati zahtjevima vremena. Tako je **Woodrow Wilson** (1856. – 1924.), predsjednik SAD-a i profesor ustavnog prava, pisao da današnja država „čini sve ono što joj iskustvo dozvoljava ili vrijeme traži“.¹⁶ Država koja je trebala zadovoljiti zahtjeve modernih vremena tražila je odbacivanje restrikcija ograničene vlade. Podjela vlasti bila je najozbiljnija zapreka *novom liberalizmu* iz jednostavnog razloga što je ona usmjeravala saveznu vladu u pravcu i ciljevima koji su bili nabrojani u *Ustavu i Deklaraciji o neovisnosti*. Osim fundamentalne razlike u pogledu same svrhe vlade, ono što je bio poseban problem viziji nacionalne administracije *progresivista* s početka 20. st. bili su gore nabrojani posebni ciljevi podjele vlasti. Raspon aktivnosti koje su progresisti željeli regulirati bio je preširok za originalnu ustavnu koncepciju zakonodavne vlasti. Zato su tvorci *progresivnog liberalizma* osmislili delegaciju stvaranja propisa, odnosno regulatornu vlast, s kreatora zakonskih propisa u Kongresu na sve glomazniji administrativni aparat savezne države. Taj bi aparat bio podobniji za upravljanje nizom pitanja suvremene kompleksne ekonomije iz jednostavnog razloga što su ga sačinjavali eksperti sposobni za svaku vrst prilagodbe. Zato je ostvarivanje administrativne vizije *progresivnog liberalizma* tražilo uklanjanje *doktrine o nedelegiranju* te usvajanje kombiniranja funkcija kao operativni princip administrativnih agencija. Štoviše, progresisti su vjerovali da administrativne agencije neće nikada ostvariti svoju misiju ostanu li podređene nacionalnim političkim institucijama. Budući da je moderna regulativa utemeljena na objektivnoj i politički neutralnoj ekspertizi, administratori su trebali biti oslobođeni političkog utjecaja. Tako je ustavno pozicioniranje administracije unutar izvršne vlasti i pod kontrolom Predsjednika SAD-a predstavljalo problem kojim su progresisti nastojali odvojiti administratore, ne samo od šefa izvršne vlasti, već i od same politike. Ideja odvajanja politike od administracije...

¹⁶ Woodrow Wilson, *The State*, D. C. Heath, Boston 1889., p. 651., cit. pr. R. J. Pestritto, op. cit. p. 4; P. P. Van Riper, „The American Administrative State: Wilson and the Founders – an Unorthodox View“, *Public Administration Review*, 1983., p. 477-490.

... bila je fundamentalni cilj američkog progresivizma i upravo to objašnjava žestoki napad *progresista* na konstitucionalizam *Očeva utemeljivača* koji se temeljio na podjeli vlasti.¹⁷

Najznačajniji zastupnici te ideje u SAD-u bili su **Woodrow Wilson**, 26. Predsjednik SAD-a, **Herbert Croly**, autor knjige *The Promise of American Life* i suosnivač utjecajnog časopisa *The New Republic*, te profesor upravnog prava **Frank Goodnow**, osnivač *Američke udruge za političku znanost* (APSA). Fundamentalne pretpostavke široke diskrecije koju su progresisti davali administraciji bili su vjera, povjerenje ili optimizam o samodostatnosti, kompetenciji i objektivnosti administratora, i uvjerenje da *kontrole i provjere* koje je sadržavala podjela vlasti više nisu nepotrebne. Dok su tvorci *Ustava SAD-a* instalirali podjelu vlasti zbog straha od zloupotreba vlasti, dotle su zagovornici administrativne diskrecije zaključivali da takvom strahu više nema mjesta u modernoj eri. Kao sljedbenici hegelijanskog idealizma, nastojali su primjenjivati i adekvatnu političku filozofiju kojoj su temeljne odrednice bile sljedeće: (1) pojedinci nemaju prirodna prava; prava i slobode dodjeljuje država; (2) svrha prava nije promocija potrage za individualnom srećom već u tome da se pojedincima dopusti da sebe posvete kolektivnom dobru čitave zajednice; (3) da bi država omogućila ostvarivanje takve posvećenosti kolektivnom dobru, ona mora biti centralizirana na nacionalnoj razini i uključena u regulaciju većine (ako ne i svih) ekonomskih i socijalnih odluka bitnih za građane; (4) u nastojanju da administrira tako dramatično naraslom vladom federalizam, ograničena vlada te podjela vlasti trebaju ustuknuti u korist vladavine prosvješćenih, inteligentnih eksperata koji se nalaze unutar administrativnih agencija.¹⁸

3. POVRATAK USTAVNODEMOKRATSKOJ VLADI KAO KOREKTORU I ALTERNATIVI ADMINISTRATIVNOJ DRŽAVI

Razvoj moderne administrativne države i njeno metastaziranje koje je tijekom desetljeća uzelo mnoge oblike postali su u međuvremenu primarna metoda politike i političkog odlučivanja. Ogromni broj različitih agencija koje su je sačinjavale počeo je operirati kao „četvrta grana vlasti“ koja je kombinirala ovlasti tripartitne strukture i usvajala brojne mjere zanemarujući prava i stajališta građana. Početkom 20. st. **James Landis** naglašavao je da...

... pribjegavanje administrativnom procesu nije, kao što neki misle, puka ekstenzija izvršne vlasti. Mnogi su zbunjeni promatrači taj razvoj željeli spojiti s pretjeranim korištenjem egzekutivne vlasti... No dodjeljivanje punih ovlasti određenoj agenciji koje su joj nužne zbog planiranja, promoviranja i usvajanja mjera, predstavlja zapravo cjelinu prava koja inače sasvim normalno obavlja vlada kao cjelina.¹⁹

¹⁷ R. J. Pestritto, „The birth of the administrative state: Where it came from and what it means for limited government“, *The Heritage Foundations – First Principles Series*, Washington, 2007., No. 16, p. 6.

¹⁸ R. J. Pestritto, op. cit. p. 8 et passim.

¹⁹ J. Landis, *The Administrative Process* (New Haven: Yale University Press, 1938.), p. 15., cit. pr. J.

Ni danas najveći dio ovlasti nije lociran u rukama Kongresa i Predsjednika SAD-a već kod administrativnih agencija i njenih odjela. Oni koji danas vode igru nisu izabranici naroda već neizabrani birokrati. Zato je za SAD kao prvi i najuspješniji primjer *administrativne države* već dugo jedan od najvećih izazova restauracija ograničene ustavne vlade (*limited constitutional government*). A središnja zadaća toga cilja, kao bitni aspekt promjene američkog kursa jest „demontiranje“ administrativne države koja ugrožava američku demokratsku republiku (*self-governing republic*). No kako obuzdati „poludjele birokrate“ i kako se vratiti na temeljne principe prve demokratske republike koja je evolucijom stalno nalazila odgovore na moguće deformacije i ispade tiranske prirode?²⁰

3.1. Ustavnodemokratska vlada kao stara – nova alternativa administrativnoj državi

U SAD-u se suvremena administrativna država razvila kao odgovor na društvene promjene koje je za sobom donosila ekonomija postindustrijske revolucije. Sve brojnije ovlasti države i novi strukturalni aranžmani reflektirali su globalizaciju nacionalnih ekonomija i potrebu za ekspertizom u različitim kompleksnim segmentima ekonomije. Promjene u strukturi države utjecale su na moderna zakonodavna tijela poput Kongresa SAD-a koja najveći dio svog vremena ne troše na usvajanje zakona već na druge djelatnosti. Zakonodavna i izvršna grana vlasti stvorile su administrativne agencije s velikim delegiranim ovlastima za izvršavanje zakona. S vremenom se pokazalo da je reguliranje u skladu sa zakonskim ovlastima, uz istodobno iskazivanje razumijevanja za potrebe različitih industrija koje traže regulaciju, isuviše složeno i tehnički zahtjevno pitanje za zakonodavna tijela i njihovu sposobnost samostalnog rješavanja određene problematike. Zato su regulacija i odlučivanje u konkretnoj domeni, zahvaljujući zakonodavnoj delegaciji, ostavljeni ekspertima, administrativne agencije dobile su pravo normativnog propisivanja.

U suvremenim okolnostima, prosječna administrativna agencija raspolaže zakonodavnim, izvršnim i sudbenim ovlastima. Agencije stvaraju propise koji

Postell, „From administrative state to constitutional government“, u *The Heritage Foundation*, No. 116, 2012., p. 6.

²⁰ J. Postell navodi brojne slučajeve „podivljalih birokrata“ u kojima su administrativne agencije koje su donosile, istraživale, optuživale, ostvarivale a počesto i presuđivale povrede svojih propisa teško kršila prava građana. Vidi: *U. S. National Labor Relations Board*, „Decide Cases,” <https://www.nlrb.gov/what-we-do/decide-cases> (accessed December 1, 2011); *U. S. National Labor Relations Board*, „Enforce Orders,” <https://www.nlrb.gov/what-we-do/enforce-orders> (accessed December 1, 2011); J. Bovard, „Endangered: Property Rights”, June 1998, <http://www.fff.org/freedom/0698d.asp> (accessed March 10, 2011); K. Todorov, „Red-legged frog concerns should have no impact on amcan high construction”, *Napa Valley Register*, August 3, 2007; http://napavalleyregister.com/news/local/article_e7cd828e-4bcd-594b-9317-f54286a6f476.html (accessed March 10, 2011); K. Zito, „Sharp park golf course sued over red-legged frog”, *San Francisco Chronicle*, March 3, 2011; http://articles.sfgate.com/2011-03-03/28648661_1_wildlife-habitat-endangered-species-act-california-red-legged-frogs (accessed March 10, 2011); Paul P. „Skip” Spaulding III, „Species issues tested in the vineyards”, *North Bay Business Journal*, October 20, 2008.; <http://www.northbaybusinessjournal.com/28686/guest-contributor-species-issues-tested-in-the-vineyards> (accessed March 10, 2011).

imaju snagu zakona, istražuju, progone i presuđuju povrede vlastitih pravila. Ilustrativan primjer takve agencije dao je **Gary Lawson** analizirajući svekolike ovlasti Savezne komisije za trgovinu (*Federal Trade Commission*).

Komisija promulgira materijalna pravila ponašanja. Komisija zatim razmatra hoće li autorizirati istraživanja kojima se utvrđuje povreda njenih pravila. Ako Komisija autorizira istraživanje, tu istragu provodi Komisija koja svoje izvješće upućuje Komisiji. Ako Komisija misli da nalazi Komisije traže akciju, Komisija izdaje prigovor. Prigovor Komisije o povredi njenog pravila goni i sudi Komisija. Suđenje se može odvijati pred Komisijom u punom sastavu ili pred poluautonomnim administrativnim sucem Komisije. Ako Komisija radije izabere suđenje ispred administrativnog suca, a ne pred Komisijom i ako odluka škodi Komisiji, ona se može žaliti Komisiji...²¹

U nizu sveobuhvatnih analiza pokazalo se da agencije djeluju protiv temeljnih principa ustavnodemokratske vlade u SAD-u. U izvješću za Kongres iz 2012. godine kongresnicima se postavilo čitav niz važnih pitanja. Zašto agencije kao skupine neizabranih službenika upravljaju i donose odluke o kojima ovisi sudbina američke ekonomije? Kako to da one to rade pod mandatom koji je osmišljen od prije i koji nema veze s problemima današnjice? Kongresu se napominje da djelovanje agencija predstavljaju situacije koje su stubokom suprotne *ideji republikanizma* prema kojoj sve zakone donose izabrani predstavnici naroda. Osim toga, praksa administrativnih agencija potkopava i *princip vladavine prava* jer one regularno stvaraju izuzetke među pravilima koje su sami stvorili. S obzirom na to da su u situaciji stvarati i primjenjivati zakone, agencije su isto tako i u mogućnosti stvarati izuzetke u njihovoj primjeni kojih su korisnici prije svega najmoćnije političke grupe i industrije. O tome koliko se takvim izuzecima krši načelo jednakosti pred zakonom nije ni potrebno posebno govoriti. Konačno, administrativna država krši i *načelo diobe vlasti*, uklanjajući podjele između ustavnih grana vlasti. Vlast je s Kongresa transferirana na agencije i njihove odjele na koje djeluju sve tri grane vlasti, ali opet bez jasne odgovornosti bilo kojoj od posebnih grana. K tome se i efekt sustava „kontrola i provjera“ potpuno obrnuo. Postojeće grane vlasti rade zajedno kako bi kontrolirale nezgrapni administrativni aparat koji najčešće kombinira sve tri državne vlasti – zakonodavnu, izvršnu i sudbenu.²²

Suvremena kritika američke administrativne države usmjerena je jačanju institucionalne strukture reguliranja koja jamči slobodu koju su imali u vidu još

²¹ G. Lawson, „The rise and rise of the administrative state”, *Harvard Law Review*, Vol. 107 (1994.), pp. 1237-1238, cit. pr. J. Postell, „From Administrative State to Constitutional Government“, u *The Heritage Foundation*, No. 116, 2012, p. 6; Usp. još G. Lawson, „Limited government, unlimited administration: Is it possible to restore constitutionalism?”, *Heritage Foundation First Principles Series Report* No. 23, January 27, 2009, <http://www.heritage.org/research/reports/2009/01/limited-government-unlimited-administration-is-it-possible-to-restoreconstitutionalism>.

²² J. Postell, op. cit., p. 2; G. Lawson, „The rise and rise of the administrative state“, 107 *Harv. L. Rev.* 1231 (1994.); D. S. Rubenstein, „Relative checks: Towards optimal control of administrative power“, *William and Mary Law Review*, Vol. 51, 2010., p. 2169-2241.

founding fathersi. A taj model oživljavanja alternative administrativnoj državi počiva na tri principa:

Ad1) *Administratori bi trebali izvršavati samo precizno povjerene poslove*. To znači da službenici ne bi trebali imati bezgraničnu diskreciju već oni svoje pomno opisane dužnosti obnašaju što je bliže moguće volji zakonodavca. Što administratori imaju manje diskrecije, utoliko bolje. Pažljivije postupanje zakonodavca znači samo više kontrole naroda nad administriranjem zakona. Umjesto da su dali bezgranično povjerenje „ekspertima“, pioniri američke ustavnosti jednostavno su brižljivo ograničili diskreciju administratora. No, Kongres je danas prema administratorima još uvijek previše darežljiv u dodjeljivanju ekstenzivnih ovlasti za izvršavanje zakona.

Ad2) *U procesu administriranja zakona što je više moguće treba koristiti sudove*. U SAD-u su sudovi daleko prije agencija razvili niz regulatornih zahtjeva potrebnih teoriji i praksi federalnih jedinica i lokalnih vlasti. Za *founder fatherse* sudovi su uvijek bili važniji od administratora zbog njihova pristajanja uz intencije zakona, za razliku od administratora koji su zakon najčešće koristili samo kao vodič za svoje vlastito normiranje. Na kraju, pravila tradicionalnog sudskog postupka bila su sigurna i odgovorna; sudski postupak osiguravao je pravnu zaštitu građaninu pojedincu, za razliku od administratora koji su mogli donositi sumarne odluke bez zaštite na zakonu zasnovanog postupka.

Ad3) *Treći je zahtjev povezan s decentralizacijom vlasti lokalno izabranim dužnosnicima*. Potrebno je maksimalizirati decentralizaciju reguliranja na lokalne razine vlasti jer se time reguliranje čini odgovornijim. To je moguće zbog ljudi koji su poznati lokalnoj sredini i koji znaju njene probleme.

Navedena tri principa – ograničenje diskrecije administratora, obraćanje i djelovanje sudova a ne agencija u postupku izvršavanja zakona, te decentralizacija administrativne vlasti na lokalno izabrane dužnosnike – garancija su da će legitimna pravila biti administrirana na pravilan način.²³

Ipak, načelna kritika zahtjeva i konkretne mjere odgovarajućih subjekata političke vlasti na reformi administrativne države. Ako je njena pojava nužna, isto su toliko potrebne i mjere za njenu reformu. Reforma administrativne države ne traži eliminaciju države blagostanja s kojom je ona rođena ili zatvaranje svake (federalne) agencije i njenih odjela. Ono što se traži jest temeljito strateško razmišljanje koje izrasta iz razumijevanja o tome na koji bi se način danas morali primijeniti poznati ustavni principi. U tom smjeru restauracije ustavnodemokratske države i obuzdavanja neustavne vlasti administrativne države, svoju legitimnu ulogu ima svaka od tri ustavne grane vlasti.²⁴

(i) Kongres može poduzeti konkretne i ostvarive korake prema obnovi svoje ustavne odgovornosti u stvaranju zakona (racionalizacija zakonodavne delegacije,

²³ J. Postell, op. cit. p. 22 et passim; M. Rosenberg, *Presidential claims of executive privilege: history, law, practice and recent developments*, CRS Report to Congress, 2008.

²⁴ D. S. Rubenstein, „Relative checks: Towards optimal control of administrative power“, *William and Mary Law Review*, Vol. 51, 2010., p. 2169-2241.

proračuna...); (ii) Predsjednik može poduzimati mjere osvajanja šire kontrole nad istinskim izvršnim funkcijama administrativnih agencija restauriranjem svog ustavnog autoriteta kao glavnog nositelja izvršne vlasti...; (iii) Sudovi moraju preuzeti veću odgovornost u kontroli odluka administrativnih agencija i savezne birokracije, ne samo da bi spriječili ekspanziju njihovih ovlasti nego i sačuvali vladavinu prava i prava građana koji su predmet kontrole administrativnih agencija i njihovih odjela.²⁵

U državi koja je u globalnim razmjerima bila i ostala lokomotiva ustavne demokracije sazrela je svijest već odavno da je administrativna država uzrok ustavne krize s kojom se politika mora sučeliti. Usprkos činjenici da suvremene agencije ruše podjelu vlasti kombiniranjem zakonodavne, izvršne i sudbene funkcije u jednim te istim rukama, te obaraju republikanizam dodjeljivanjem vitalnih ovlasti neizabranim i neodgovornim birokratima, moguć je razvoj ustavne strategije kojom bi se obuzdala administrativna država i podvrgla klasičnim ustavnim zaštitama. Zato **J. Postell** s optimizmom zaključuje sljedeće:

Imamo mogućnost postići nešto veliko: obnovu naših ustavnih principa i očuvanje svega onoga što našu zemlju čini velikom. Reformiranje administrativne države nije utopijski projekt i on ne bi trebao biti nepopularan. Zapravo je administrativna država udar na ustavne principe – vladu na osnovi suglasnosti, podjelu vlasti, individualna prava – do kojih drže koliko liberali toliko i konzervativci. Uspon nekontrolirane birokracije koja nad građanima vrši arbitrarnu kontrolu trebao bi alarmirati svakoga tko do njih drži.²⁶

Kritičarima administrativne države sasvim je jasno da njena reforma ne traži povratak na *laissez-faire*, neregulirani kapitalizam niti potpuno demontiranje savezne države ili federalnih administrativnih agencija. Legitimna potreba za regulacijom i administriranjem može se i mora uskladiti s principima Ustava SAD-a. Ovdje se alternativa administrativnoj državi prije svega shvaća kao nužnost očuvanja ustavnih principa za generacije koje dolaze.²⁷

²⁵ J. Postell, op. cit. p. 22 et passim; Elizabeth H. Slattery, „Who will regulate the regulators? Administrative agencies, the separation of powers, and *chevron* deference“, Legal Memorandum, No. 153, May 7, 2015.; E. P. Krauss, „Unchecked powers: The supreme court and administrative law“, *Marquette Law Review*, Vol. 75, 1992., p. 797-837; M. Radin, „The courts and administrative agencies“, 23 *Cal. L. Rev.* 469 (1935.).

²⁶ J. Postell, op. cit. p. 22 et passim.

²⁷ R. A. Epstein, „The perilous position of the rule of law and the administrative state“, 36 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 5 (2013.); T. Ginsburg, „Written constitutions and the administrative state: On the constitutional character of administrative law“, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 331, 2010.; G. S. Lawson, „Limited government, unlimited administration: Is it possible to restore constitutionalism?“, *The Heritage Foundation's First Principles Series*, No. 23; P. P. Van Riper, „The American Administrative State: Wilson and the Founders – an Unorthodox View“, *Public Administration Review*, 1983., p. 477-490.

4. EUROPSKA UNIJA I PITANJE ADMINISTRATIVNE DRŽAVE

Ustavno i administrativno pravo u Europskoj su uniji od početka predstavljali „ključne oblike institucionalizacije političkog prostora“.²⁸ U povijesnoj sintezi koju je **Peter Lindseth** prezentirao u *Power and Legitimacy* autor se suprostavlja popularnoj ideji da se europska vladavina gradila pomoću niza „institucija koje su institucionalno odvojene od procesa nacionalne legitimacije“. Europsko javno pravo, a to znači prije svega ustavno i upravno, ovisilo je o mnoštvu nacionalnih kontrolnih mehanizama koji su se u godinama nakon 1945. razvijali unutar administrativne države u europskim državama. A ti su mehanizmi legitimitet osiguravali ne samo europskoj integraciji nego i administrativnoj državi.²⁹

Kao u SAD-u, tako je i u EU pojava *administrativne države* imala za posljedicu da je supranacionalni sistem ignorirao razloge koji bi opravdavali njegovu temeljnu funkciju, naime, stvaranje „autentične demokratske vladavine“.³⁰ Duboko reflektirajući *l'esprit du temps*, nije ni čudno onda što su ta dva prava još od vremena osnivanja *Zajednice za ugljen i čelik* oblikovali strukture *Zajednice* u korist „egzekutivne ekspertize nad parlamentarnom demokracijom.“³¹ Utoliko berlinski govor **Joschka Fischera**, nekadašnjeg njemačkog ministra vanjskih poslova i uvjerenog europskog federalista iz 2000., ima još veću težinu. Naime, lamentirajući o ustavnoj budućnosti Europe, on europsku vladavinu (*European Governance*) apostrofira i to ne bez razloga kao „birokratski posao koji vodi bezimena, bezdušna eurokracija u Bruxellesu“.³²

4.1. Problemi i kontrole *administrativne države* Europske unije

Možda nije slučajno da je fenomen administrativne države u EU najustrajnije proučavao **Louis Barroso**, prezimenjak **J. Manuela Barossa** koji je svojedobno bio na poziciji jednog od najviših dužnosnika Europske unije (predsjednik

²⁸ M. Shapiro, „The Institutionalization of European Administrative Space“, <http://escholarship.org/uc/item/4b839871>

²⁹ Peter L. Lindseth, „Constitutionalism beyond the State? The Administrative Character of European Governance Revisited“, *Cardozo Law Review*, Vol. 33, 1875-1877.

³⁰ J. L. Mashaw, „Reasoned Administration: the European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance“ (2007.). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1179; http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1179; „Rethinking Public Administration: an Overview“, United Nations Division for Public Economics and Public Administration Department of Economic and Social Affairs, ST/TCD/SER.E/27.

³¹ C. Tobler, „The standard of judicial review of administrative agencies in the US and EU: Accountability and reasonable agency action“, 22 B.C. *Int'l & Comp. L. Rev.* 213 (1999.), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol22/iss1/9>; M. Shapiro, *The Institutionalization of European Administrative Space*.

³² Joschka Fischer, govor na sveučilištu Humboldt u Berlinu, u: *From Confederacy to Federation: „Thoughts on the Finality of European Integration“* (May 12, 2000) (transcript available at http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/joschka_fischer_en.rtf), cit., pr. Peter L. Lindseth, „Constitutionalism beyond the State? The Administrative Character of European Governance Revisited“, *Cardozo Law Review*, Vol. 33, 1875-1877.

Europske komisije od 2004. do 2014.).³³ U nekoliko svojih radova, od kojih je jedan i doktorska teza s *London school of Economics and Political Science* (LSE), Louis Barosso prati značajne promjene europske administracije kao aktera sve dubljeg zahvaćanja europske regulative u dinamične i fluidne tržišne aktivnosti. Jedna od posljedica toga zadiranja jest sve veći angažman regulatornih agencija EU u ostvarivanju novih administrativnih zadataka. Iako su te agencije od nesumnjive koristi, one stvaraju i nove probleme. Barosso posebno ističe njihove ograničene resurse i značajno oslanjanje na izvanjske kapacitete (nacionalne i sektorske). U svojoj je tezi L. Barosso kao *case studies* najviše analizirao regulatorne agencije EU iz područja medicine, kemijske industrije, financijskih usluga i avijacije. Njihovi problemi su različiti i nepredvidivi. U takvom kontekstu L. Barosso smatra da bi izvanjska i državna kontrola teško promijenila stvari na bolje. Alternativni „okvir“ (a to je fluid administrativnog prava) trebao bi se tražiti u izazovima „nove administrativne države“. Ista bi promovirala stalne principe administrativnog prava (interni proces, izvanjsko opravdanje, predanost pluralizmu i učinkovitost mjera) kojima bi koordinirala djelovanje agencija, te omogućavala institucionalne instrumente za dinamičnu primjenu tih principa. Budući da „rješenja“ za svaku agenciju variraju, kontrola tih tijela mogla bi se koristiti kao sredstvo za propitivanje heterogenosti kontrola. Nastojanje da se taj posao obavi što bolje tjera na promišljanje o osnivanju nove europske agencije koja bi kontrolirala regulatorne agencije i predlagala prijedloge za svaku od njih pojedinačno.³⁴

L. Barosso jasno pokazuje da je europsku integraciju otpočetak pratilo pitanje može li Komisija (ranije Visoka vlast ECSC-a) delegirati vlast drugim (regulatornim) tijelima. U glasovitoj odluci *Meroni vs. High Authority case* (1960)³⁵ ECJ je odlučio da se na svaku takvu delegaciju stave striktni uvjeti. Ipak, umjesto dosljednog inzistiranja na ulozi prava koje bi postavilo jasne i čvrste granice radnjama države ili naglašavanja važnosti kontrole administrativnog postupanja države (*red-light perspective*), druga je perspektiva (*green-light*) otvorena prema stajalištu da administrativno pravo bude „lokomotiva političkog progresa“ te stoga otvorenih ruku opravdava mjere administrativne države. A ista se razvijala usporedno s *europskom komitologijom* (*EU Comitology*) pa danas EU ima ne samo više agencija nego i sve više odbora.

³³ L. Barroso, „The problems and the controls of the new administrative state of the EU“, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, December 2011, p. 165; L. Barroso, „The Challenges of the New Administrative State of the European Union and the Case for a Fluid Law of Controls“, *Jean Monnet Working Paper* 19/14, NYU School of Law New York, NY 10011, The Jean Monnet Working Paper Series can be found at www.JeanMonnetProgram.org, L. Barroso, „Adaptation and the New Administrative State of the European Union“.

³⁴ L. Barroso, *The problems and the controls of the new administrative state of the EU*, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, December 2011, p. 1.

³⁵ JUDGMENT OF THE COURT OF 13 JUNE 1958. *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*. Case 9-56. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61956CJ0009>.

Usvajanje Lisabonskog ugovora (2007.) imalo je između ostalog za cilj jačanje odgovornosti egzekutivnog stroja EU. Radi toga cilja bilo je odlučeno da se konačno pojasne određene pravne neizvjesnosti koje su pratile sudsku reviziju akata EU-agencija. Porast broja EU-agencija izazvao je i potrebu sve snažnije kontrole, kako sudske, tako i parlamentarne. Najvažniji razlog njihova postojanja i djelovanja traži se u izazovima i problemima koje je za sobom donijela *nova administrativna država* EU. Radi se o tome da ona nije postavila opsežne i koncentrirane regulatorne kapacitete, već jedino ekipirala agencije zajedničkim prostorom za koordinaciju nacionalnih aktera (eksperata) te eksperata i tržišnih sudionika. A oslanjanje na nacionalna tijela radi izvođenja regulatornih zadaća nosi za sobom mogućnost da spomenuti akteri zadobiju ekscesivni utjecaj i donesu korist posebnim sredinama. Problem predstavljaju i interne kontrole „europske ekspertize“ zbog fragmentacije aktera i nepredvidive potrage za regulatornim kapacitetima. Posebna je pak poteškoća pretjerano oslanjanje na industriju u visoko dinamičkim sektorima i s njima povezane poteškoće kad je riječ o pluralizmu i učinkovitosti mjera. Sve u svemu, ono što se pojavilo jest...

... nova administrativna država gdje su središnji problemi dinamični i vezani uz njen kapacitet. Zato je teško vidjeti na koji bi to način jačanje izvanjskih i unutarnjih ograničenja administracije sadržavalo krajnje tekuće i različite institucionalne rizike.³⁶

Ipak, usporedno sagledavanje europske integracije s procesom pojave i jačanja *administrativne države EU* daje za pravo zaključku kako ustrajnost i širenje nacionalnih kontrolnih instrumenata u europskom javnom pravu radi u pravcu „ostvarivanja veze“ između supranacionalne regulatorne vlasti i historijski „konstituiranih“ tijela države-nacije kako bi se osigurala bitna sredstva demokratske i ustavne legitimacije administrativne vladavine (*administrative governance*) u njenom recentnom supranacionalnom obliku.³⁷

5. RAISON D'ETRE REGULATORNIH EKSTENZIJA ADMINISTRATIVNE DRŽAVE U REPUBLICI HRVATSKOJ I NJIHOVA KONTROLA

Poput mnogih drugih tranzicijskih država, i Republika Hrvatska je nakon osamostaljenja pristupila modernizaciji svojeg ustavnog uređenja. *Ustav RH* (1990.), sukcesivno mijenjan u nekoliko navrata (1997., 1998., 2000., 2010.),

³⁶ L. Schultz Bressman, „Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state“, *New York University Law Review*, Vol. 78, May 2003, 461-556.

³⁷ Peter L. Lindseth, „Constitutionalism beyond the State? The Administrative Character of European Governance Revisited“, *Cardozo Law Review*, Vol. 33, 2012., p. 108 Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2029543>; usp. P. L. Lindseth, „The contradictions of supranationalism: Administrative governance and constitutionalization in European integration since the 1950s“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 37., 2003., p. 363-406; P. L. Lindseth, „The paradox of parliamentary supremacy: delegation, democracy and dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s“, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004., 1341-1415.

postavio je nove temelje odnosa između države i pojedinca, strukture i funkcije vlasti. Nakon 2000. godine, Ustav je doživio znatniju promjenu jer je program ustavne reforme usmjerio modernizaciji izbornog sistema, reformi parlamenta, usvajanju novoga zakonodavstva glede temeljnih prava, ali i reformi državne uprave. Ciljevi modernizacije načelno su uvijek ostali vezani za jačanje demokracije, odgovornosti, decentralizacije, povjerenja i transparentnosti vlasti. Snažni razlog i podsticaj nabrojenim ciljevima dao je nakon promjena iz 2010. proces pridruživanja Hrvatske EU. Upravo je otvaranje toga procesa značilo dodatni napor prema odbacivanju konfuzije u nekim segmentima državnoopravne prakse te otvaranje prema transparentnijem i racionalnijem sistemu vladavine.³⁸

Ipak, promjene Ustava i ulazak Hrvatske u EU nisu bile usmjerene promjeni suštine ustavne demokracije u Republici. Ti su događaji prije zamišljeni kao nužni daljnji korak prema pokretanju, adaptaciji i modernizaciji Hrvatske prema novom stoljeću. To se prije svega daje zaključiti prema tome što Hrvatska i dalje nastavlja razvijati svoju parlamentarnu demokraciju, ali sada s istaknutijom ulogom sudstva, posebno ustavnog sudstva s njegovom ulogom ocjene ustavnosti zakona i drugih propisa. Drugo, otvorile su se nove mogućnosti djelovanja parlamentarne demokracije u zoni dodira i dijaloga s supranacionalnim (europskim) institucijama i njihova utjecaja na nacionalne prilike. Dakle, iako se načela i vrednote Ustava nisu mijenjale, te se ustavne vrednote danas ipak lakše identificiraju. Posebno kada je riječ o vladavini prava, diobi vlasti, adaptaciji parlamenta i vlade zahtjevima „funkcionalnog konstitucionalizma“ EU,³⁹ odnosno podešavanju hrvatske državne i javne uprave „promijenjenim okolnostima“ sadašnjeg trenutka.⁴⁰

Osim potrebe za demokratskom kontrolom klasičnih institucija tripartizma: parlamenta, vlade i sudova, u Hrvatskoj se sve više nameće potreba kontrole nad djelovanjem novih institucionalnih entiteta – *agencija* – koji suštinski pripadaju fenomenologiji *administrativne države* 20. i 21. stoljeća.⁴¹ Ti su entiteti

³⁸ S. Rodin, *Kao brodovi u noći: hrvatsko visoko obrazovanje i slobode unutrašnjeg tržišta Europske unije*, Opatija, Inter-University Center of Excellence, WP-H1/2011.

³⁹ E. Čulinović Herc i A. Zubović, „Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktualnosti u postupcima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 50, 2/2013., str. 371-392; *Jesu li Hrvatskoj potrebne agencije? Regulacija i privatizacija javnih službi na državnoj, regionalnoj i lokalnoj razini*, Savjetovanje Instituta za javnu upravu HKJU – CCPA, god. 12. (2012.), br. 4., str. 1255-1292; A. Petek, *Policy mreže i regulatorna reforma RH* (magistarski rad, Sveučilište u Zagrebu, Fakultet političkih znanosti, poslijediplomski studij „Hrvatska i Europa“, Zagreb, 2009., str. 97.

⁴⁰ D. Lozina i M. Klarić, „Javna uprava suvremene države u promijenjenim okolnostima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49, 1/2012., str. 23-37; N. Popović, *Regulatorna tijela kao institucionalna rješenja sui generis – redefinirana uloga države u tržišnom gospodarstvu i procesima liberalizacije mrežnih industrija, hrvatska država i uprava – stanje i perspektive*, okrugli stol, HAZU, 26. i 27. ožujka 2008.; M. Vedriš i R. Šimić, *Institucije, regulatorna uloga i gospodarski rast nacionalnih ekonomija; Functional Constitutionalism in the European Union*.

⁴¹ „Agencija je tip upravne organizacije koji nastaje u okviru procesa upravne (stvarne, funkcionalne) decentralizacije, dodjeljivanjem upravnih poslova od centralne državne uprave strukturno izdvojenim organizacijama s određenim stupnjem autonomije u djelovanju, s odgovornošću za rezultat i ostvarivanje unaprijed određene posebne svrhe.“ U: A. Musa, *Institucionalni i pravni okvir za dobro upravljanje u hrvatskim agencijama*, GONG, Istraživački centar, Zagreb, 2012., str. 10; B. Smerdel, *Nezavisni regulatori i vladavina prava, hrvatska praksa u svjetlu američkog iskustva*; Rad je pripremljen za Susret pravnika u privredi, Opatija, svibanj, 2012.

kao *neovisna regulatorna tijela* posebno zanimljivi jer ih kao nove autonomne segmente političkog i upravnog procesa prati tendencija „izuzimanja od direktne i konstantne političke kontrole“ ne samo izvršne vlasti.⁴² U Hrvatskoj su se ta tijela pojavila tek nakon 2000. godine pa su ista za neke recentne istraživače tek „egzotična pojava u hrvatskom upravnom prostoru“.⁴³ Međutim, za nešto iskusnije i ustrajnije istraživače suvremenih ustavnih demokracija, poput profesora **B. Smerdela**, riječ je o tvorevinama za koje vrijede poznata i opetovana upozorenja da su prilikom njihovog preuzimanja i instaliranja u hrvatski vladavinski proces:

... trajno zanemarena i prekršena sva pravila racionalnog upravnog ustroja, kao i ustavna načela nadzora i odgovornosti nositelja javnih ovlasti, te ustavno pravo na djelotvornu sudsku zaštitu ustavom zajamčenih prava.⁴⁴

Kao iskusni komparativni konstitucionalist, **B. Smerdel** je opravdano kritizirao recentno iskustvo tobože „hrvatskog modela nezavisne agencije“ te je s pravom ustvrdio da na najozbiljnije pitanje – kad je riječ o zaštiti javnih interesa – dakle ono o „kontroli nad regulatorima“, kod nas još nije ponuđen zadovoljavajući odgovor.⁴⁵ Ostavljajući, dakle, po strani detalje koji govore o procesu „agencifikacije“, konfuznoj i neusklađenoj regulativi, enormnim troškovima uspostave regulatornih agencija, sumnjivim rezultatima i bilanci njihova „izvršavanja poslova“,⁴⁶ vrijedi u našim uvjetima tranzicijske nekonsolidirane ustavne demokracije stalno podsjećati na potrebu snažne kritike svake koncentracije vlasti i odlučivanja u institucijama politike i uprave te opravdanosti temeljnog cilja i razloga diobe vlasti.⁴⁷

⁴² A. Musa, *Institucionalni i pravni okvir za dobro upravljanje u hrvatskim agencijama*, GONG, Istraživački centar, Zagreb, 2012., str. 7.

⁴³ A. Musa, op. cit. str. 4.

⁴⁴ B. Smerdel, *Nezavisni regulatori i vladavina prava, hrvatska praksa u svjetlu američkog iskustva*; Rad je pripremljen za Susret pravnika u privredi, Opatija, svibanj, 2012., str. 7.

⁴⁵ B. Smerdel, op. cit. str. 19; Usp. B. Smerdel, *Evolucija predsjedničke vlade u Sjedinjenim Američkim Državama: kongresni veto*, Zagreb, doktorska disertacija, 1984., str. 890.

⁴⁶ „Trend koji je obilježio upravni razvoj u svjetskim razmjerima od početka 80-ih godina prošlog stoljeća, a kojeg obilježava stvaranje velikog broja upravnih organizacija agencijskog tipa naziva se *agencifikacijom*. Radi se o procesu koji se javlja pod utjecajem od tada dominantne upravne doktrine, novog javnog menadžmenta, te novog shvaćanja uloge države u društvu izraženog kroz koncept regulatorne države. S jedne strane, neomenadžerska ideja da upravno djelovanje i struktura trebaju inkorporirati ekonomske vrijednosti i načine ponašanja odražava se kao čitav niz strukturnih i funkcionalnih promjena u upravi, od decentralizacije, fragmentacije, orijentacije na efikasnost, fokusa na rezultat i sl. Novi javni menadžment tako zagovara racionalizaciju javnog sektora, odvajanje upravnih organizacija prema vrsti poslova na one koje su zadužene za oblikovanje i praćenje javne politike (centralna ministarstva) i onih koji izvršavaju zadatke (agencije) te zagovara stvaranje manjih upravnih organizacija (pod motom *small is beautiful*) s jasnom odgovornošću vodstva za rezultat.“ A. Musa, op. cit., str.

⁴⁷ „S obzirom na odredbe o diobi vlasti i delegaciji zakonodavnih ovlasti u hrvatskom Ustavu bilo bi nemoguće konstruirati ustavnu osnovu za delegaciju zakonodavnih, izvršnih i sudbenih ovlasti takvih razmjera administrativnim tijelima. Široko tumačenje ovlasti na delegaciju zakonodavnih ovlasti Vladi RH iz članka 87. Ustava RH u praksi Hrvatskog sabora, samo po sebi je problematično sa stajališta ustavnosti. Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i ograničenja poduzetničke djelatnosti (članci 16., stavak 1. i članak 50., stavak 2. Ustava RH) dopušteno je uvesti samo zakonom, iz pobrojanih razloga. Ustav nedvojbeno ne dopušta delegaciju ovih razmjera tijelima koja obavljaju javne ovlasti, pogotovo ne u obliku kojim se vrijeđa ustavno načelo diobe vlasti iz članka 4. Ustava RH.“ B. Smerdel, op. cit., str. 27.

6. ZAKLJUČNA NAPOMENA

U jednoj od najoštrijih kritika suvremene administrativne države i njenih ekstenzija suvremeni američki autor **Philip Hamburger** zaključuje da se „suvremeno administrativno zakonodavstvo vraća u ekstralegalni režim stvaranja prava“.⁴⁸ Poput starih prerogativnih tijela, i suvremene administrativne agencije djeluju izvan prava, legislature i legislativnog procesa koji uspostavlja obvezujuća pravila i tumačenja. Agencije u tom smislu označuju povratak na ekstralegalnu vladavinu protiv čega se ustavno pravo bori još od 17. stoljeća. Dobar dio obvezujućih agencijskih pravila pojavljuje se i djeluje u obliku koji su pisci američke *Deklaracije o neovisnosti* zvali *acts of pretended legislation* (hinjeni zakoni). U dugim i burnim raspravama o delegiranju regulatornih ovlasti administrativnim agencijama (*rule-making powers to administrative agencies*) isticalo se kako je temeljna distinkcija o prirodnoj crti razdvajanja između zakonodavne i nezakonodavne vlasti u pravilima koji obvezuju pravne subjekte i onima koji to ne čine. Ali, kada egzekutivna pravila pretpostavljaju podvrgavanje subjekata obvezama, onda oni zapravo stvaraju zakonodavni režim izvan zakona i zakonodavnih institucija i procesa koji su određeni Ustavom.

Jedan je američki žalbeni sudac s bogatom praksom odlučivanja o ustavnosti agencijskih propisa i procedura govorio da se najveći broj žalbenih razloga uvijek odnosio na njihovu „arbitrarnost i kapricioznost“:

Arbitrarnost i kapricioznost pretvorili su se u sveobuhvatnu parolu osude smisla postojanja agencija, njihovu cjelovitost ili logiku. Na to su ukazivali slučajevi koji se jednostavno nisu mogli svesti na pogrešnu interpretaciju zakona, ustava ili ignoriranje bitnih i ključnih dokaza. Najčešće se arbitrarnost i kapricioznost temeljila na pritužbama da se agencija ne drži vlastitih argumenata i razloga iz prijašnjih situacija a koje sada nije priznala a da nikome nije bilo jasno zašto je to tako. Ponekad se agencija odbijala jer nije davala adekvatno obrazloženje za alternativno rješenje. No najčešće je sud zaključivao da je agencijsko objašnjenje bilo neadekvatno... U iznenađujućem broju slučajeva sud je najviše bio frustriran greškama agencije da iskomunicira bilo koji razlog zbog čega je postupala na određeni način.⁴⁹

Upravo je zato dosljedna ustavnodemokratska kontrola administrativne vlasti postala danas nužni uvjet legitimizacije *administrativne države* unutar struktura koje počivaju na načelu diobe i ravnoteže vlasti.⁵⁰ Primjer američke *administrativne države* osvjedočio je sjećanja na *Hobbesovog Levijatana* pa se u integraciji različitih

⁴⁸ Philip Hamburger, „Is administrative law unlawful?“, The University of Chicago Press Books, 2014., p. 648.

⁴⁹ Patricia M. Wald, „THE FIFTIETH ANNIVERSARY OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT: PAST AND PROLOGUE JUDICIAL REVIEW IN MIDPASSAGE,“ 32 *Tulsa L.J.* 221, 233-34 (1996) cit. pr. F. Bignami, THE ADMINISTRATIVE STATE IN A SEPARATION OF POWERS CONSTITUTION: LESSONS FOR EUROPEAN COMMUNITY RULEMAKING FROM THE UNITED STATES, Revised Version

⁵⁰ v. D. S. Rubenstein, RELATIVE CHECKS: TOWARDS OPTIMAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE POWER, *William and Mary Law Review*, Vol. 51, 2010, p. 2169-2241

kritika administrativne države traži čak njegovo „revolucioniranje“. Riječ je o trendu „demokratskog eksperimentalizma“ koji opisuje i traži načina da olakša put do novih racionalnijih regulatornih struktura. Isti pretpostavlja rekreiranje participatorne demokracije izvan tehnoških i neosvojivih segmenata administrativne države. Diljem različitih sfera koje suvereno vode eksperti, udaljeni kako fizički tako i socijalno od građana, pragmatičke inovacije vode do novih participativnih i kolaborativnih modela.⁵¹

Ipak, daleko prije revolucionarnih metoda čini nam se da bi trebalo podsjetiti kako bi već i afirmacija *administrativnog konstitucionalizma* kao integralnog dijela konstitucionalizma bila prvi optimalni korak u smjeru efikasnije kontrole administrativne države i njezinih različitih performansi.⁵² I ovdje konstitucionalizam ne znači ništa drugo nego podvrgavanje vlasti strogim pravnim propisima koji su „objektivni, izvjesni i jednaki“. Zato kao mogući „kritički dodatak sudskom konstitucionalizmu koji pomaže adaptaciji Ustava u stalno promjenljivom društvenom kontekstu“ i administrativni konstitucionalizam svjedoči o održivom kapacitetu kontrole odgovorne vlasti kojoj je cilj vladavina prava. Riječ je samo o tome da se sačuvaju oni elementi odgovornosti i oni uvjeti ravnoteže među vlastima koje je vlastita tradicija i komparativno iskustvo stalno isticala kao uvjet bez kojega se ne mogu graditi uspješna ustavna demokracija i dobra vladavina. Riječ je zapravo o obliku legalno-kulturne rekonzilijacije između ustavnih vrijednosti naslijeđenih iz prošlosti i sadašnjih „potreba za upravljanjem“.⁵³ A za tim oblikom, koji podrazumijeva adekvatnu „adaptaciju tehnike vlasti“, Hrvatska, kao što vidimo, još uporno traga.

⁵¹ Jamison E. Colburn, DEMOCRATIC EXPERIMENTALISM?: A SEPARATION OF POWERS FOR OUR TIME?, *Suffolk University Law Review*, 2004; Martino Maggetti, LEGITIMACY AND ACCOUNTABILITY OF INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES: A CRITICAL REVIEW, *Living Reviews in Democracy*, Vol 2 (2010)

⁵² “Administrative constitutionalism offers a critical supplement to judicial constitutionalism in adapting the Constitution to changing societal contexts. When judicial and agency applications of constitutional principles coexist, a process that I call “constitutional experimentation” takes place. Experimentation advances constitutional adaptation by allowing the operative effects of various constitutional applications to be tested. The People can then pressure courts and agencies to adopt constitutional applications that best advance constitutional principles in particular societal contexts” . **B. L. Ross II**, EMBRACING ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM, *Boston University Law Review*, Vol. 95, 2015, p. 519-585

⁵³ P. L. Lindseth, „The paradox of parliamentary supremacy: delegation, democracy and dictatorship in Germany and France“, 1920s-1950s, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004., 1341-1415.

CONSTITUTIONALISM AND ADMINISTRATIVE STATE - THE REQUIREMENTS OF CONSTITUTIONALISM IN THE ERA OF THE EXECUTIVE SUPREMACY

Politics limited by law that subjects every public activity to court or other controls is the basic characteristic and demand of constitutionalism and the rule of law. It is in keeping with the rule of law principle and legitimate constitutional and democratic demands for its supremacy. The state, mostly its executive and other institutions of the system of rule should be subject to the law and various controls. In this text the authors analyse the comparative experience of an administrative state which in almost 100 years of its existence in various ways has put democratic means of control to the test.

Key words: *constitutionalism, administrative state, division of powers, rule of law, constitutionality controls, means of controlling an administrative state*