

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. Jurišičko 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 jurišičko 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 arbitraran 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 pedigre 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 uslijedio 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 državnim 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*a 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 *principies 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 napori 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 pravници 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)