



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
ДОКТОРСКЕ АКАДЕМСКЕ СТУДИЈЕ ЈАВНО ПРАВО

ПРАВНА ПРИРОДА УПРАВНОГ УГОВОРА
ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор:

Проф. др Драган Милков

Кандидат:

Ратко Радошевић, ДЈ 2/2012

Нови Сад, 2018. године

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA

Redni broj: RBR	
Identifikacioni broj: IBR	
Tip dokumentacije: TD	Monografska dokumentacija
Tip zapisa: TZ	Tekstualni štampani materijal
Vrsta rada (dipl., mag., dokt.): VR	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora: AU	Ratko Radošević
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje): MN	Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Naslov rada: NR	Pravna priroda upravnog ugovora
Jezik publikacije: JP	Srpski
Jezik izvoda: JI	Srp. / eng.
Zemlja publikovanja: ZP	Republika Srbija
Uže geografsko područje: UGP	Autonomna pokrajina Vojvodina, Novi Sad
Godina: GO	2018.
Izdavač: IZ	Autorski reprint
Mesto i adresa: MA	Trg Dositeja Obradovića 1, 21000 Novi Sad
Fizički opis rada: FO	(broj poglavlja / stranica / slika / grafikona / referenci / priloga) Doktorska disertacija ima 8 poglavlja (uvod, zaključak i šest poglavlja u centralnom delu rada), kao i spisak literature, izvora prava i sudske prakse. Ukupan broj stranica je 264, od čega je 235 stranica integralnog teksta. Ukupan broj fusnota je 702. Ukupan broj referenci je 180.

Naučna oblast: NO	Pravo, javno pravo
Naučna disciplina: ND	Upravno pravo
Predmetna odrednica, ključne reči: PO	Upravno pravo, uprava, upravni akt, upravni ugovor, pravna priroda upravnog ugovora
UDK	
Čuva se: ČU	Biblioteka Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu
Važna napomena: VN	
Izvod: IZ	<p>Pod upravnim ugovorom uobičajeno se podrazumeva jedna specifična vrsta ugovora, različita od ostalih po tome što je podvedena pod poseban pravni režim. Posebnost pravila o upravnom ugovoru ogleda se u tome što ona pripadaju upravnom pravu. Sporna suština upravnog ugovora dolazi otuda što se pravni režim koji prvenstveno važi za vršenje upravne delatnosti i donošenje upravnog akta odjednom proširuje i na akte ugovornog karaktera.</p> <p>Protivrečnost upravnog ugovora, ispoljena već u njegovom nazivu, neizbežno nas navodi na pitanje o njegovoj pravnoj prirodi. Kakav je to akt i gde on pripada? Da li je i upravni ugovor po svojoj prirodi ugovor, ili je to posebna vrsta upravnog akta? Možda nije ni jedno ni drugo, možda je nešto treće – pravni akt različit i od ugovora i od upravnog akta? Šta se uopšte podrazumeva pod određivanjem pravne prirode upravnog ugovora i gde je njegovo mesto u pravnom sistemu?</p> <p>Pravni režim upravnog ugovora ukazuje na to da pojam upravnog ugovora odgovara pojmu ugovora uopšte. Upravni ugovor je dvostrani pravni posao, koji nastaje kao rezultat</p>

	<p>saglasnosti volja uprave i njenog saugovarača. Pokušaji da se upravni ugovor predstavi kao upravni akt, ili nešto treće – između ugovora i upravnog akta – ne mogu da se prihvate. Oni zanemaruju ili menjaju bitna obeležja upravnog ugovora i zato su, jednostavno rečeno, pogrešni!</p> <p>Osnovni problem pri određivanju pravne prirode upravnog ugovora sastoji se u tome što se on pogrešno izjednačava sa pravim odnosom koji nastaje njegovim zaključenjem. Kada se kaže upravni ugovor, onda se misli i na sve ono što se dešava posle njegovog zaključenja; onda se misli na pravni odnos u celini. Između upravnog ugovora i pravnog odnosa u celini, međutim, ne sme da se stavi znak jednakosti. Upravni ugovor je jedna od pravnih činjenica koje utiču na pravni odnos. Kao što na isti pravni odnos mogu da utiču i druge pravne činjenice, uključujući i upravni akt. Zahvaljujući tome, pravni odnos dobija složeni, mešoviti karakter.</p> <p>Kao pravni akt i pravna činjenica, upravni ugovor je „običan“ ugovor, kao i svaki drugi. Specifičan nije ugovor, specifičan je pravni odnos koji se njime zasniva, zato što na sadržinu tog pravnog odnosa mogu da utiču pravne činjenice različitog karaktera. Specifična je i pravna ustanova koja uređuje takve odnose, jer je mešovita, jer je istovremeno uređena i upravnim i građanskim pravom.</p>
Datum prihvatanja teme od strane Senata: DP	21.06.2018.
Datum odbrane: DO	

<p>Članovi komisije: (ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status) KO</p>	<p>Predsednik: Dr Miladin Kostić, redovni profesor, Državni univerzitet u Novom Pazaru, Departman za pravne nauke.</p> <p>Član: Dr Dragan Milkov, redovni profesor, Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu.</p> <p>Član: Dr Zoran Lončar, vanredni profesor, Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu.</p>
---	--

University of Novi Sad
Faculty of Law

Key word documentation

Accession number: ANO	
Identification number: INO	
Document type: DT	Monograph documentation
Type of record: TR	Textual printed material
Contents code: CC	Doctoral (Ph.D.) dissertation
Author: AU	Ratko Radošević
Mentor: MN	Dragan Milkov, Ph.D. Full Professor
Title: TI	Legal Nature of the Administrative Contract
Language of text: LT	Serbian
Language of abstract: LA	Eng. / srp.
Country of publication: CP	Republic of Serbia
Locality of publication: LP	Autonomous Province of Vojvodina, Novi Sad
Publication year: PY	2018
Publisher: PU	Author's reprint
Publication place: PP	Trg Dositeja Obradovića 1, 21000 Novi Sad
Physical description: PD	The dissertation contains 8 chapters (introduction, closing remarks and six chapters as a central part of the dissertation), and a list of references. It has total of 264 pages of which 235 pages of integral text. Total number of footnotes is 702. Total number of references is 180.
Scientific field SF	Law, Public Law
Scientific discipline SD	Administrative Law

Subject, Key words SKW	Administrative law, administration, administrative act, administrative contract, legal nature of administrative contract
UC	
Holding data: HD	Library of the Faculty of Law, University of Novi Sad
Note: N	
Abstract: AB	<p>An administrative contract is usually understood as a specific type of contract, different from others because it is placed under a special legal regime. The rules on the administrative contract are special because they are considered as a part of administrative law. The controversial nature of the administrative contract is the consequence of the fact that the legal regime primarily applied to the exercise of administrative power is extended to the conclusion of a contract.</p> <p>The contradiction of the administrative contract, expressed even in its title, inevitably leads us to the question of its legal nature. What kind of contract is the administrative contract and where does it belong? Is the administrative contract really a contract, by its nature, or is it just a special type of administrative act? Perhaps it is neither one nor the other; perhaps it is something else - a legal act different from both the contract and the administrative act? What does it mean to determine the legal nature of the administrative contract and where can it be placed in the legal system?</p> <p>The legal regime of the administrative contract indicates that the notion of the administrative contract corresponds to the notion</p>

of the contract in general. The administrative contract is a bilateral legal act, which arises as a result of the consent of the will of the administration and of the other contracting party. All attempts to present the administrative contract as an administrative act, or something else – an act between a contract and an administrative act - cannot be accepted. They neglect or change the essential features of the administrative contract and, therefore, they are simply wrong!

The basic problem in determining the legal nature of the administrative contract consists in the fact that it is incorrectly equated with the legal relationship that arises from its conclusion. When we speak about administrative contract, we usually think of everything that happens after its conclusion; we usually think of the legal relationship as a whole. However, an equality sign should not be placed between the administrative contract and the legal relationship as a whole. The administrative contract is only one of the legal facts that affect the legal relationship. The same legal relationship can be affected by other legal facts, including an administrative act. Thanks to this, the legal relationship gets a complex and mixed character.

As a legal act and legal fact, the administrative contract is just a "regular" contract, like any other. Specific is not the contract, specific is the legal relationship based on it, because the content of this legal relationship can be influenced by legal facts of a

	different nature. Specific is also the legal institution that regulates such relations, since it is mixed, since it is regulated both by administrative and civil law, at the same time.
Accepted on Senate on: AS	21.06.2018.
Defended: DE	
Thesis Defend Board: DB	<p>President: Miladin Kostić, Ph.D., Full Professor, State University of Novi Pazar, Department of Law Sciences.</p> <p>Member: Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law Novi Sad, University of Novi Sad.</p> <p>Member: Zoran Lončar, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law Novi Sad, University of Novi Sad.</p>

Докторска дисертација
Правна природа управног уговора
Сажетак

Под управним уговором уобичајено се подразумева једна специфична врста уговора, различита од осталих по томе што је подведена под посебан правни режим. Посебност правила о управном уговору огледа се у томе што она припадају управном праву. Спорна суштина управног уговора долази отуда што се правни режим који првенствено важи за вршење управне делатности и доношење управног акта одједном проширује и на акте уговорног карактера.

Противречност управног уговора, испољена већ у његовом називу, неизбежно нас наводи на питање о његовој правној природи. Какав је то акт и где он припада? Да ли је и управни уговор по својој природи уговор, или је то посебна врста управног акта? Можда није ни једно ни друго, можда је нешто треће – правни акт различит и од уговора и од управног акта? Шта се уопште подразумева под одређивањем правне природе управног уговора и где је његово место у правном систему?

Правни режим управног уговора указује на то да појам управног уговора одговара појму уговора уопште. Управни уговор је двострани правни посао, који настаје као резултат сагласности воља управе и њеног саговорача. Покушаји да се управни уговор представи као управни акт, или нешто треће – између уговора и управног акта – не могу да се прихвате. Они занемарују или мењају битна обележја управног уговора и зато су, једноставно речено, погрешни!

Основни проблем при одређивању правне природе управног уговора састоји се у томе што се он погрешно изједначава са правним односом који настаје његовим закључењем. Када се каже управни уговор, онда се мисли и на све оно што се дешава после његовог закључења; онда се мисли на правни однос у целини. Између управног уговора и правног односа у целини, међутим, не сме да се стави знак једнакости. Управни уговор је једна од правних чињеница које утичу на правни однос. Као што на исти правни однос могу да утичу и друге правне чињенице, укључујући и управни акт. Захваљујући томе, правни однос добија сложени, мешовити карактер.

Као правни акт и правна чињеница, управни уговор је „обичан“ уговор, као и сваки други. Специфичан није уговор, специфичан је правни однос који се њиме заснива, зато што на садржину тог правног односа могу да утичу правне чињенице различитог карактера. Специфична је и правна установа која уређује такве односе, јер је мешовита, јер је истовремено уређена и управним и грађанским правом.

Doctoral dissertation
Legal Nature of the Administrative Contract

Abstract

An administrative contract is usually understood as a specific type of contract, different from others because it is placed under a special legal regime. The rules on the administrative contract are special because they are considered as a part of administrative law. The controversial nature of the administrative contract is the consequence of the fact that the legal regime primarily applied to the exercise of administrative power is extended to the conclusion of a contract.

The contradiction of the administrative contract, expressed even in its title, inevitably leads us to the question of its legal nature. What kind of contract is the administrative contract and where does it belong? Is the administrative contract really a contract, by its nature, or is it just a special type of administrative act? Perhaps it is neither one nor the other; perhaps it is something else - a legal act different from both the contract and the administrative act? What does it mean to determine the legal nature of the administrative contract and where can it be placed in the legal system?

The legal regime of the administrative contract indicates that the notion of the administrative contract corresponds to the notion of the contract in general. The administrative contract is a bilateral legal act, which arises as a result of the consent of the will of the administration and of the other contracting party. All attempts to present the administrative contract as an administrative act, or something else – an act between a contract and an administrative act - cannot be accepted. They neglect or change the essential features of the administrative contract and, therefore, they are simply wrong!

The basic problem in determining the legal nature of the administrative contract consists in the fact that it is incorrectly equated with the legal relationship that arises from its conclusion. When we speak about administrative contract, we usually think of everything that happens after its conclusion; we usually think of the legal relationship as a whole. However, an equality sign should not be placed between the administrative contract and the legal relationship as a whole. The administrative contract is only one of the legal facts that affect the legal relationship. The same legal relationship can be affected by other legal facts, including an administrative act. Thanks to this, the legal relationship gets a complex and mixed character.

As a legal act and legal fact, the administrative contract is just a "regular" contract, like any other. Specific is not the contract, specific is the legal relationship based on it, because the content of this legal relationship can be influenced by legal facts of a different nature. Specific is also the legal institution that regulates such relations, since it is mixed, since it is regulated both by administrative and civil law, at the same time.

Садржај

Увод	1
Део први	
Претходне термилошке и појмовне напомене о управном уговору	6
1. О значењу израза „управни уговор“	6
2. Управни уговор као акт управе	9
Део други	
Теоријска схватања о правној природи управног уговора	15
1. Схватања о управном уговору као уговору	17
1.1. Управни уговор као „обичан“ уговор	17
1.2. Управни уговор као уговор јавног права	22
2. Схватања о управном уговору као управном акту	34
3. Схватања о управном уговору као посебном правном акту	43
Део трећи	
Правни режим управног уговора	48
1. Управни уговор у француском праву	50
2. Управни уговор у немачком праву	60
3. Управни уговор у аустријском праву	73
4. Управни уговор у хрватском праву	82
5. Управни уговор у домаћем праву	90
5.1. Расправа о постојању и увођењу управног уговора	90
5.2. Нормирање управног уговора у Закону о општем управном поступку	95
5.3. Управни уговор у посебним прописима	108
Део четврти	
Управни уговор и грађанскоправни уговор	114
1. Појам грађанскоправног уговора	114
2. Правни режим грађанскоправног уговора	117
2.1. Закључење уговора	118
2.1.1. Сагласност воља	118
2.1.2. Уговорне стране и способност уговарања	122
2.1.3. Предмет уговора	125
2.1.4. Кауза уговора	127
2.1.5. Форма уговора	131

2.2. Правно дејство уговора.....	132
2.2.1. „Уговор је закон за уговорне стране“	133
2.2.2. Утицај промењених околности на правно дејство уговора.....	136
2.2.3. Престанак важења уговора	140
2.2.3.1. Неважност уговора	140
2.2.3.2. Раскид уговора	144
2.3. Решавање уговорних спорова.....	147

Део пети

Управни уговор и управни акт	150
1. Појам управног акта	150
2. Правни режим управног акта	153
2.1. Доношење управног акта	154
2.1.1. Доносилац управног акта.....	154
2.1.2. Надлежност за доношење управног акта	158
2.1.3. Овлашћења доносиоца управног акта	159
2.1.4. Поступак доношења управног акта	165
2.1.5. Форма управног акта.....	169
2.2. Правно дејство управног акта	171
2.2.1. Обавезност управног акта.....	172
2.2.2. Принудно извршење управног акта.....	175
2.2.3. Правноснажност управног акта.....	176
2.2.4. Престанак важења управног акта.....	181
2.3. Контрола законитости и целисходности управног акта	188

Део шести

Управни уговор између управног и грађанског права	191
1. Управно и грађанско право	195
2. Управноправни и грађанскоправни однос	197
2.1. Настанак управноправног и грађанскоправног односа	205
2.2. Субјекти управноправног и грађанскоправног односа.....	209
2.3. Садржина управноправног и грађанскоправног односа.....	213
2.4. Правна заштита у управноправном и грађанскоправном односу.....	220
3. Правне установе на пресеку управног и грађанског права	221
4. Управни уговор – мешовита правна установа?	224

Закључак	231
Литература, извори права и судска пракса	237
1. Литература.....	237
2. Извори права и судска пракса.....	245

Увод

Држава се уобичајено посматра као носилац суверене власти. Према странкама она иступа као правно јача страна, ауторитативно. Држава им заповеда и намеће одређено понашање, ради непосредне заштите и остваривања јавног интереса. Односи који се успостављају на тај начин сматрају се управноправним односима, а правне норме које их регулишу делом управног права.

Насупрот томе, држава може да буде и субјект грађанскоправних односа. У том својству, држава директно не штити и не остварује јавни интерес; она не заповеда појединцима и правним лицима, није им надређена, већ је са њима равноправна. Уместо да им намеће одређено понашање, она се са њима споразумева. Њена воља нема јачу правну снагу и није довољна за успостављање правног односа. Правни однос може да настане само сагласном вољом државе и њених саговорача. Правне норме које регулишу тако успостављене односе сматрају се делом грађанског права.

Граница између управног и грађанског права, према томе, повлачи се на основу карактера односа које регулишу. Управно право регулише односе између државе и странака, као неравноправних субјеката. Грађанско право регулише односе који се успостављају између равноправних субјеката, међу којима може да буде и држава.

С обзиром на то да представљају делове једне целине – правног система – управно и грађанско право ипак не могу тако строго да се одвоје. Исти односи могу да буду регулисани делимично као односи неравноправних, а делимично као односи равноправних субјеката. Другим речима, исти односи могу да буду регулисани и управноправним и грађанскоправним нормама, које тек заједно уобличавају једну правну установу. Таква правна установа има мешовиту правну природу. Подведена је, истовремено, и под управноправни и под грађанскоправни режим. Самим тим, она не припада искључиво ни управном ни грађанском праву.

Појава бројних мешовитих правних установа последица је постепеног ширења улоге модерне државе и пораста државних интервенција у грађанскоправним односима. Уз вршење власти, држава на себе преузима и друге активности, које служе непосредном задовољавању основних потреба грађана. Почиње да врши, по речима Слободана Јовановића, и културну мисију, да се стара о културном развоју својих грађана. Нову улогу држава почиње да остварује и неауторитативним средствима – уговорима – до тада карактеристичним за грађанско право. Међутим,

како је вршење ове улоге повезано са јавним интересом, општи режим грађанскоправних уговора почиње да се мења. Ради заштите и остваривања јавног интереса, у њега се уносе елементи управног права, те такав уговор почиње да добија епитет „управни“.

Из самог назива „управни уговор“ открива се противречност у овом правном акту. Већ на први поглед јасно је да се у њему спајају елементи који се уобичајено сматрају неспојивим. Суочени са управним уговором, многи аутори понављају ту чињеницу и одлучно се супротстављају нечему што би, по њиховим речима, представљало *contradictio in adiecto*. Управа се заснива на заповедању, а уговор на споразумевању; заповедање и споразумевање не иду заједно – међусобно се искључују.

Супротан став заступају они аутори који сматрају да поистовећивање управе и управног права са вршењем власти припада прошлости. Они, подједнако предано, бране управни уговор. Тврде да модерна управа не значи само заповедање. Напротив, вршење управне делатности подразумева и закључење управних уговора, које, самим тим, бива уређено нормама управног права.

Противречност управног уговора, испољена већ у његовом називу, неизбежно нас наводи на питање о његовој правној природи. Какав је то акт и где он припада? Да ли је и управни уговор по својој природи уговор, или је то посебна врста управног акта? Можда није ни једно ни друго, можда је нешто треће – правни акт различит и од уговора и од управног акта? Шта се уопште подразумева под одређивањем правне природе управног уговора и где је његово место у правном систему?

Побројана питања нису нова, она већ дуго привлаче пажњу правне науке. О управном уговору многи аутори дали су свој суд. Литературом о управном уговору нарочито су богате француска и немачка теорија. И док је став француске теорије о овим питањима готово јединствен, у немачкој теорији о њима постоји жива расправа. Њени корени могу да се прате све до радова оснивача немачке науке управног права – Ота Мајера. Његов негативан став према управном уговору имао је велики утицај на касније ауторе; како оне који су тај став прихватили, и којих је дуго било више, тако и оне који су се том ставу супротставили и покушали да снагом својих аргумената оборе аргументе великог претходника.

Од аутора који жели да одговори на постављена питања и данас се захтева научна смелост. Његови ставови морају да докажу своју вредност у односу на

ставове једног Леона Дигија, Гастона Жеза, Ота Мајера, Паула Лабанда, Ханса Келзена и других великих имена правне науке. Научна смелост, при томе, не сме да се претвори у потребу за личним доказивањем и „надмудривањем“ са поменутиим класичним правним писцима. Уместо тога, уз уважавање њихових ставова, несумњиве научне вредности, у одговору на постављена питања треба кренути сопственим путем.

За разлику од француске и немачке, наша правна теорија не може да се похвали богатом литературом о управном уговору. Штавише, управни уговор углавном је измицао пажњи домаћих аутора. Озбиљнија расправа о управном уговору у домаћем праву вођена је једино између два светска рата. Оно што је уследило након тога не би ни могло да се назове озбиљном расправом. У малобројним радовима из управног права најчешће се у кратким потезима приказује правни режим управног уговора у француском праву. Обично је то приказивање праћено величањем овог акта управе и залагањем за његово увођење у наш правни систем. Залагањем, које се више заснива на идеолошким представама о држави и управној делатности, него на анализи важећих прописа.

Нешто веће интересовање за управни уговор примећује се у последње време, што је повезано и са његовим увођењем у наш правни систем – Законом о општем управном поступку из 2016. године. То, међутим, ни приближно није довољно за научну обраду овог правног акта у домаћој правној теорији. Недостатак научне обраде представља један од узрока неадекватног, непримереног и на много места спорног регулисања управног уговора у Закону о општем управном поступку. И даље се све заснива на опису, претпоставкама и тврдњама, које нису поткрепљене истраживањима и јасним аргументима.

Истраживање у оквиру овог рада има за циљ стицање различитих научних сазнања о управном уговору. Циљ је да се најпре утврди претходни термиолошки и појмовни оквир у којем ће се кретати даље истраживање. Затим је потребно да се прикажу и анализирају различити теоријски ставови о правној природи управног уговора. Поред теоријских ставова, научни опис мора да обухвати и правни режим управног уговора, у домаћем и упоредном праву. Тек након тога могуће је објашњење правне природе управног уговора и његово поређење са управним актом и грађанскоправним уговором. Коначно, циљ је и сврставање управног уговора у шире јединице систематизације права: одређивање места управног уговора у правном систему – између управног и грађанског права.

Остваривање поменутих циљева и трагање за одговорима на постављена питања захтева примену основних метода правне науке – догматичког и нормативног. Задатак догматичког метода, или метода тумачења права, састоји се у утврђивању тачног или правог значења правне норме. Примена овог метода треба да омогући да се открију специфичности управног уговора и његовог правног режима. Задатак нормативног метода је да право посматра као целину, као систем, а не на нивоу појединих правних норми. Нормативни метод неопходан је за вредновање откривених специфичности управног уговора и одређивање његовог места у оквиру ширих правних целина.

У правној науци уобичајено се користе још два метода – историјскоправни и упоредноправни. Радомир Лукић истиче да они заправо ни нису посебни методи, различити од претходно поменутих. Они само указују на то да се претходно поменути методи не примењују на домаће позитивно право, већ на раније важеће и упоредно право. То, међутим, не умањује њихов значај у правној науци. Данашње право увек представља резултат одређеног развоја правних установа. Без познавања тог развоја, ни данашње правне установе не могу правилно да се разумеју.

Кратак период у којем управни уговор постоји у нашем праву, као именовани правни акт, додатно наглашава значај упоредноправног метода при његовом проучавању. Међутим, циљ упоредноправног метода не сме да буде прост „правни туризам“, како то лепо објашњава Ратко Марковић. Избор проучаваних земаља и правних система мора да буде рационалан и одмерен, а пре свега заснован на њиховом утицају у оквиру предметне материје. У складу са тако постављеним критеријумом, упоредноправни приказ обавезно мора да укључи два основна модела управног уговора – француски и немачки. Ако се у обзир узме и традиционално велики утицај који је аустријско управно право имало на наше, онда је неопходно да се и о аустријском управном уговору напише неколико реченица. Коначно, не сме да се занемари ни хрватско право, које је послужило као директан узор за увођење управног уговора у наш правни систем.

Проблем правне природе управног уговора изискује да се реше две основне дилеме. Прва дилема појмовног је карактера и ослања се на питање шта је управни уговор – управни акт, уговор или нешто треће. Аутор полази од претпоставке да управни уговор има сва битна обележја уговора и да не може да се сматра ни управним актом ни посебним правним актом, мешовитих својстава.

Друга дилема ослања се на питање о месту управног уговора у оквиру правног система. Да ли он припада управном праву, грађанском праву, или представља мешовиту правну установу? Аутор претпоставља да ниједан од понуђених одговора није тачан и да се они заснивају на погрешном изједначавању управног уговора са правним односом који се заснива његовим закључењем. Управни уговор није ни правни однос ни правна установа која уређује тај правни однос. У свету правних појава, управни уговор, као и сваки други уговор, представља правну чињеницу која утиче на настанак, промену или престанак правног односа. Као правна чињеница, управни уговор може да буде само „обичан“ уговор, а мешовитог и сложеног карактера могу да буду једино правни односи који се њиме заснивају и правне установе које те односе уређују.

Део први

Претходне термилошке и појмовне напомене о управном уговору

1. О значењу израза „управни уговор“

Реч у праву има велики значај. Целокупно право се и састоји из речи, којима се придаје одређено значење. Но онолико колико је значајна, правна терминологија може да буде и проблематична, може да завара и доведе у заблуду. Неретко се дешава да се истом термину придаје различито значење, или да се иста појава назива различитим именима. У управном праву има много таквих примера, а са једним од њих сусрећемо се и на почетку овог рада.

Под изразом „управни уговор“ уобичајено се подразумева једна специфична врста уговора које закључује управа. За разлику од грађанскоправних уговора, у чијем закључењу управа такође може да учествује, управни уговори подведени су под другачији правни режим. Управни уговори уређени су правним нормама које се сматрају делом управног права, оним правним нормама које изворно уређују вршење управне делатности. Како би се указало на повезаност овог правног акта са управним правом и управном делатношћу, уз израз „уговор“, карактеристичан за грађанско право, додаје се атрибут „управни“.

Термин „управни уговор“ (*contrat administratif*) француског је порекла.¹ Њиме се у француском праву означава једна посебна врста уговора које закључује управа. У питању су уговори за које важи режим управног права и у погледу којих се спорови решавају пред управним судовима. Посебношћу свог правног режима, управни уговори издвајају се међу бројним уговорима које закључује управа (*contrat de l'administration*). За разлику од управних уговора, остале уговоре управа закључује у складу са општим правилима грађанског права. За остале уговоре управе важи општи, грађанскоправни режим, а спорове између управе и њених саговорача решавају судови опште надлежности.²

¹ У дословном преводу, француски израз *contrat administratif* значио би административни уговор. Овај израз последица је тога што се у француском језику за управу, као једну од делатности државе, користи термин „администрација“. У нашем језику за означавање ове делатности употребљава се немачки термин „управа“. У том смислу и у духу нашег језика овај термин користи се и за означавање одговарајућих уговора.

² J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, 1965, p. 98.

На израз „управни уговор“ (*Verwaltungsvertrag*) наилази се и у литератури на немачком језику. Он се, међутим, често не употребљава за означавање неке посебне врсте уговора, међу онима које закључује управа, већ, напротив, за означавање свих тих уговора. Тек се унутар управних уговора прави разлика између приватноправних и јавноправних.³ У немачкој литератури, али и важећем праву, за означавање уговора подведеног под посебан правни режим користи се израз „јавноправни уговор“ (*öffentlichrechtlicher Vertrag*).

Због ширине и непрецизности израза „јавноправни уговор“ немачки аутори принуђени су да изврше одређено прецизирање и дају додатна објашњења. Наиме, као јавноправни могли би да се означе различити уговори који су подведени под режим јавног права. По речима немачких аутора, ту би могли да спадају и међународни уговори и уговори уставноправног значаја. Но на питање да ли се и на њих односе одредбе Закона о управном поступку, којима се уређује посебан режим јавноправних уговора, немачки аутори дају негативан одговор. У смислу Закона о управном поступку под изразом „јавноправни уговор“ мисли се на оне уговоре који се закључују ради заснивања, мењања или укидања управноправних односа.⁴ Зато се у литератури, ради прецизнијег изражавања, понекад говори о јавноправном уговору у ужем смислу (*öffentlich-rechtlicher Vertrag im engeren Sinn*), или пак, најчешће – супротно позитивноправној терминологији – о управноправном уговору (*verwaltungsrechtlicher Vertrag*). Изрази „управноправни уговор“ и „јавноправни уговор“ користе се најчешће као синоними.⁵ Има, наравно, и оних аутора који у том истом смислу говоре о управном уговору. За њих синтагма „управни уговор“ не означава све уговоре које закључује управа, већ само оне који се у позитивном праву називају јавноправним уговорима.⁶

Полазећи од уобичајених представа о значењу израза „уговор“ у приватном праву, у којем је и настао, поједини писци сматрају да он не може да се пренесе у област јавног права. Зато би, уместо о уговору, било погодније да се говори о споразуму, слагању, утаначењу и сл. Тек уз ове изразе могли би да се додају

³ W. Spannowsky, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin, 1994, pp. 47-48; H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, Wien, 2005, p. 20.

⁴ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011, pp. 378-379; S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München, 2015, pp. 275-279; G. Butterwegge, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*, Berlin, 2001, p. 17.

⁵ H. Eberhard, *op. cit.*, pp. 18-19; S. Detterbeck, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁶ H. Maurer, *op. cit.*, p. 379.

атрибути „јавноправни“ и „управни“. На тај начин би се већ на први поглед истакла разлика између њих и правих уговора, оних које управа закључује на исти начин као и појединци.⁷

Израз „уговор“ у области јавног, односно управног права, нису избегавали само поједини писци, већ и поједини законодавци. Тако се у Италији уговором (*contratto*) назива онај двострани правни акт који има приватноправни карактер, док се двострани правни акт који је подведен под режим управног права означава као споразум (*accordo*).⁸ Израз „споразум“ (*convenio*) постоји и у Шпанији, а користи се за означавање оних двостраних правних аката који су подведени под режим управног права, а не постоје у приватном праву. Они двострани правни акти који су подведени под режим управног права, али постоје и у приватном праву, називају се, као и у Француској, управним уговором (*contrato administrativo*).⁹

Различити термини користе се за означавање ове посебне врсте уговора и у енглеском језику. Помињу се управни уговори (*administrative contracts*), јавни уговори (*public contracts*), па чак и владини уговори (*government contracts*).¹⁰ Ови изрази представљају или буквалан превод француског термина, или покушај да се створе нови термини чији је значење веома спорно. Разлог је то што у англосаксонском правном систему не постоје акти који би суштински одговарали француским управним уговорима, те је и правна терминологија вештачког карактера.¹¹

Израз „јавни уговор“ појављује се и у праву Европске уније, а преко појединих правних установа, попут јавних набавки, јавно-приватних партнерстава и концесија, унет је и у националне правне системе.¹² У том смислу, он је нарочито опасан, јер може веома лако да доведе у заблуду. Може веома лако да завара и наведе на

⁷ Л. М. Костић, *Административно право* (Сабрана дела, други том), Београд, 2000, р. 360.

⁸ F. G. Scosa, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, pp. 385-400.

⁹ A. Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Tübingen, 2013, pp. 265-267.

¹⁰ G. Langrod, „Administrative Contracts: a Comparative Study“, *The American Journal of Comparative Law*, 1955, p. 328; A. W. Mewett, „The Theory of Government Contracts“, *McGill Law Journal*, 4/1958-1959, pp. 222-246.

¹¹ Поједини аутори указују на то да се управни уговор, у специфичном виду, среће и у земљама англосаксонског права. (Cf. Д. Кавран, „Управни уговори, обележја, врсте и развој“, *Правни живот*, 11-12/1993, р. 2104) То, међутим, није довољно да би се говорило о изграђеној правној установи. Тачно је да се разлике између европско-континенталног и англосаксонског права полако смањују. Но када је у питању управно право, оне су још веома велике. Када се говори о управном уговору у англосаксонским земљама, онда се говори о нечему што још увек не одговара суштини управне делатности у тим земљама и начину на који је она подведена под правни поредак.

¹² V. J. Ђуричић, „Јавни уговори код концесија с посебним освртом на концесије за пружање услуга“, *Услужни послови*, Крагујевац, 2013, pp. 799-811.

закључак да су јавни уговори у ствари управни уговори, што никако не мора да буде тачно.

У домаћој литератури најчешће се користи израз „управни уговор“, а данас је то у нашем праву и позитивноправни термин, предвиђен Законом о општем управном поступку. Исто може да се каже и за остале земље бивше Југославије, тачније за оне у којима постоји ова посебна и специфична категорија уговора.

Овај сажет приказ довољан је да укаже на изразиту терминолошку неусаглашеност у погледу означавања једне специфичне врсте аката управе. Познати аутор немачке науке управног права, Карл Корман, рећи ће нам да је назив ирелевантан за правну природу једног акта, јер се она одређује на основу његових унутрашњих обележја.¹³ У основи, ова тврдња је тачна, али не може да се занемари ни чињеница да је терминолошка неусаглашеност често на негативан начин доминирала научном дискусијом о управном уговору.¹⁴ Спорна терминологија заправо указује на спорну суштину управних уговора.

2. Управни уговор као акт управе

У циљу почетног и најједноставнијег одређења, управни уговор може да се сврста међу акте управе. Под актима управе подразумевају се сви акти које доносе органи управе; ради се о простом збиру аката различите природе, а не о усклађеној целини. Акте управе повезује једно формално обележје, а то је њихов доносилац. У погледу материјалних обележја, ови акти немају ништа заједничко. На леп и сажет начин, то је истакао Драган Милков:

„Једини случај када се овај израз може користити, јесте просто, описно означавање да су у питању акти једног доносиоца који може доносити различите акте (мада се то подразумева) и у том смислу би требало говорити, иако је то знатно дуже, о актима које доносе органи управе. Такво означавање не би збуњивало, јер је из његовог назива одмах уочљиво да је реч о простом збиру различитих делова, а не усклађеној категорији.“¹⁵

Они аутори који то нису уочили лако су могли да погреше и да акте управе изједначе са управним актима. Такво поистовећивање доводи до конфузије и

¹³ К. Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910, pp. 35-36.

¹⁴ Cf. Н. Eberhard, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵ Д. Милков, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Београд, 1983, p. 15.

оногоућава јасно разликовање управних аката од других аката које доносе органи управе. У контексту управних уговора, ово поистовећивање за последицу има поделу управних аката на једностране и двостране.¹⁶ Оваква подела не може да се прихвати, јер значи неоправдано и погрешно проширење појма управног акта. С друге стране, она прикрива праву природу управног уговора, која је и без ове додатне конфузије довољно спорна. Наравно, ова примедба важи под претпоставком да се управни акт, управни уговор и други акти управе посматрају у материјалном смислу, спрам својих унутрашњих обележја. Уколико се посматрају формално, а постоје и такви примери, нарочито у француској теорији, онда се овакве разлике ни не праве, имајући у виду да се као критеријум узима доносилац, а не природа акта. Ауторима који тако поступају не може да се замери неразликовање наведених појмова, јер они такво разликовање ни не желе. Напротив, сматрају га немогућим.

Суштински ништа ново не доноси ни разлика између управног акта у ширем и ужем смислу. Она проблем само назива другачије – али га не решава. Како би се ови појмови суштински расветлили, потребно је да се најпре јасно раздвоје акти управе од управног акта. Тек тада може да се уочи да акти управе представљају скуп, збир различитих аката, унутар којег могу да се издвоје одређене целине. У том смислу, као најшире целине унутар аката управе, могу да се издвоје унутрашњи и спољни акти, с једне стране, и правни и неправни акти, с друге.¹⁷

Подела на унутрашње и спољне акте управе врши се спрам њихове усмерености. Унутрашњи су они акти чије се дејство задржава унутар управе и тиче се њеног унутрашњег организовања и функционисања, усмеравања рада, унутрашње дисциплине и сл. Насупрот томе, спољни су они акти чије се дејство простире на лица која се налазе изван управе.¹⁸

Критеријум поделе на правне и неправне акте је непосредно правно дејство. Правни акти имају непосредно правно дејство и изазивају одређене правне последице. Њима се уносе промене у постојећим правима и обавезама. Неправни акти, односно материјални акти, како се понекад још називају, немају непосредно правно дејство. Њима се не уносе промене у постојећим правима и обавезама, већ се та права и обавезе фактички реализују.¹⁹

¹⁶ С. Јовановић, *О држави: основи једне правне теорије*, Београд, 2011, р. 303.

¹⁷ Д. Милков, *Управно право II: управна делатност* (у даљем тексту: *Управно право II*), Нови Сад, 2017, р. 14.

¹⁸ *Ibid.*, р. 15.

¹⁹ *Ibid.*, р. 14.

Правни акти управе могу даље да се поделе на опште и појединачне. Општи правни акти садрже опште правне норме и тичу се неодређеног броја ситуација и лица. С друге стране, појединачни правни акти садрже појединачне правне норме и тичу се одређених ситуација и одређених, или бар одредивих лица.

Све до овог тренутка не постоји дилема о месту управног уговора међу актима управе. Ако се као критеријум поделе узме њихова усмереност, јасно је да управни уговор спада у спољне акте. С обзиром на правно дејство, управни уговор сврстава се међу правне акте и то оне појединачног карактера. Проблем, међутим, настаје при покушају да се одреди место управног уговора међу појединачним правним актима управе. У том циљу, посебно је значајно њихово разликовање на ауторитативне и неауторитативне.²⁰ Ауторитативни акти обавезују субјекта чије понашање регулишу и против његове воље, док су неауторитативни акти за субјекта чије понашање регулишу обавезни с његовим пристанком.²¹ Када се говори о ауторитативним актима управе, првенствено се мисли на управне акте. Под неауторитативним актима мисли се на правне послове, у оквиру којих се по свом броју и значају издвајају уговори.

Доношење управних аката, и уопште ауторитативно иступање, представља основни задатак органа управе, али не и једини. Они имају потребу да склапају и уговоре и тада не иступају као органи власти, већ су подвргнути општем правном режиму, који важи за те акте.²² Ову потребу објашњава нам Лазо М. Костић:

„При раду на задовољавању потреба државе, нису њени органи заогрнути увек тогом власти, нису увек у положају онога који заповеда. Један део својих потреба држава задовољава као појединац, као сваки приватан домаћин: она се са интересентима споразумева, погађа, закључује с њима уговоре. Органи њени налазе се тада на равној ноzi са саговорачима, а не у ма каквом изузетном положају. Њих обадвоје вежу прописи општег права, редовне грађанско правне норме.“²³

Сада се већ полако долази до суштине проблема. Инсистирање на јасном одвајању и разликовању појединих аката управе, како термилошком тако и појмовном, није сâмо себи циљ. Оно је неопходно зато што су различити акти управе подведени под различит правни режим. То се нарочито види на примеру уговора и управних аката. Како је онда могуће да постоје посебни, управни уговори, за које је

²⁰ Д. Милков, *Појам управног акта*, р. 14.

²¹ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *Увод у право*, Београд, 1976, р. 264.

²² Д. Милков, *Појам управног акта*, р. 213.

²³ Л. М. Костић, *op. cit.*, pp. 354-355.

још на почетку рада речено да су специфични по томе што су подведени под режим управног, а не грађанског права?

Историјски посматрано, разлика између ауторитативних и неауторитативних аката управе била је јасно одређена. У складу са тим и управна делатност, као основна делатност органа управе, имала је искључиво ауторитативан карактер. Представљала је један специфичан начин вршења државне власти, који је, у време стварања правне државе, подведен под правни поредак. Посебан правни режим вршења управне делатности, чије су правне норме постале део нове гране права, управног права, омогућавао је да се односи између органа управе и појединаца успостављају као односи неравноправних субјеката. Насупрот томе, делатност органа управе која се није састојала у вршењу власти и није имала ауторитативан карактер била је подведена под режим грађанског права, у оквиру којег су се односи између органа управе и појединаца успостављали као односи равноправних субјеката.

На разлици између ауторитативних и неауторитативних аката управе, односно правних режима којима су они подвргнути, заснивала се и позната француска теорија о актима власти и актима пословања. Као основна разлика у правном режиму ових аката управе, истицала се разлика у начину решавања спорова. Спорове поводом аката власти решавали су управни судови, а спорове који су произлазили из аката пословања – судови опште надлежности.²⁴

Слична разлика постојала је и у Немачкој, захваљујући теорији о две правне личности државе. Једну личност представљала је држава као власт, а другу држава као фиск. Као власт, држава је била правно лице јавног права. Као фиск, држава је сматрана правним лицем грађанског права, носиоцем имовинских овлашћења, и у том својству могла је да закључује уговоре као и обичан појединац.²⁵

Јасно разликовање ауторитативних и неауторитативних аката управе и свођење управне делатности на делатност ауторитативног карактера било је последица тадашњег разумевања опште улоге државе. У складу са тада владајућом политичком теоријом либерализма државну интервенцију требало је свести на што мању меру.²⁶ Прецизније речено, на заштиту од спољног непријатеља и одржавање правног поретка. Активности које служе непосредном задовољавању основних потреба

²⁴ Л. Диги, *Преображају јавног права* (превео Живојин П. Ристић), Београд, 1998, р. 116.

²⁵ О. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Erster Band, Leipzig, 1895 (у даљем тексту: *Deutsches Verwaltungsrecht* [1895]), pp. 47-49.

²⁶ V. В. Становчић, *Политичка теорија*, Том I, Београд, 2008, р. 656.

грађана нису спадале у улогу државе, што је сликовито објаснио Слободан Јовановић:

„Држава има да да суд и полицију. Њено није да даје школу и болницу; њено није да просеца путеве, да гради мостове и железнице; њено није да предузима мере заштите од поплаве. На основу правне сигурности коју она буде створила, и коју само она и може створити, појединци ће сами, властитом иницијативом, радити на свом материјалном благостању, и следствено на свом културном напретку.“²⁷

Оваква индивидуалистичка схватања веома брзо, већ почетком 20. века, замењена су супротним – солидаристичким. Држава је, уз заштиту од спољног непријатеља и одржавање правног поретка, почела да ради и на благостању својих грађана. Нова улога државе, која се састојала у непосредном задовољавању основних потреба грађана, у Француској је довела до стварања познате теорије јавних служби, а у Немачкој до схватања о држави која није само правна, већ и социјална.²⁸

Промене у улози државе довеле су и до промена у правном режиму вршења управне делатности. Имајући у виду да су се нови задаци и послови државе вршили у јавном интересу, они су подведени под режим управног права. На тај начин, правни режим који је у основи био намењен уређивању односа између неравноправних субјеката, проширен је и на одређене активности неауторитативног карактера. Тако је и управна делатност постала сложена делатност, која више не обухвата искључиво ауторитативне, већ и неауторитативне активности.²⁹

Промене су се одразиле и на акте управе; изгубило се раније јасно и строго разликовање ауторитативних и неауторитативних аката, односно правних режима којима су они подвргнути. Поједини уговори органа управе, који су служили вршењу нових активности у саставу управне делатности, почели су да се подводе под режим управног права и да добијају атрибут „управни“. Прецизније речено,

²⁷ С. Јовановић, *op. cit.*, p. 114. У овом контексту, Слободан Јовановић говори о трећој, културној мисији државе, која је, за разлику од њене војне и правне мисије, спорна. На сличан начин, разликујући војничку, правну и културну функцију државе, о њеној улози пише и Ђорђе Тасић. (V. Ђ. Тасић, *Проблем оправдања државе* [Класици југословенског права, Књига 10], Београд, 1995, pp. 42-43)

²⁸ V. П. Димитријевић, Р. Марковић, *Управно право I*, Београд, 1986, pp. 35-40.

²⁹ *Ibid.*, p. 48. „Од тренутка када је администрација почела да се меша у економске активности и да све више интервенише у социјалном домену, морали смо се запитати да ли треба да превагне чињеница да су те активности обављале администрације, из чега је произилаила (*sic!*) примена административног права, или чињеница да су оне имале економски и социјални предмет, из чега произилази (*sic!*) примена приватног права. Заправо, прогресивно се развијао компромис између две тенденције, два екстремна решења, који тежи компликованој комбинацији јавног и приватног права.“ (Г. Бребан, *Административно право Француске* [превела Катарина Дамјановић], Београд-Подгорица, 2002, p. 145)

правни режим појединих уговора органа управе више није био чисто грађанскоправни, који уређује односе између равноправних субјеката, већ и управноправни, који уређује односе између неравноправних субјеката.

Овакав спој раније одвојених правних режима, једног који је важио за управни акт и другог који је важио за грађанскоправни уговор, учинио је спорним и појам и правну природу акта који се назива управним уговором. Да ли је то још увек уговор и да ли уговор уопште може да припада јавном, односно управном праву? Ако је у питању уговор, онда то значи да се сви уговори које закључују органи управе, као родни појам, деле на две врсте – грађанскоправне и управне. Ако није, онда се вероватно ради о специфичној врсти управног акта. У том случају, управни акт представља родни појам, који се дели на врсте, а једна од њих је и управни уговор. Коначно, ако управни уговор није ни уговор, ни управни акт, онда је можда у питању посебна врста појединачних правних аката управе.

Дилема је много; покушаја да се оне теоријски разјасне има још више. При томе, схватања појединих аутора не разликују се само у терминологији, нијансама и детаљима, већ суштински. Супротстављена мишљења о природи управног уговора, често оптерећена идеолошким представама о држави и праву, иду у крајност, те као дилему постављају и сâмо његово постојање.

Део други

Теоријска схватања о правној природи управног уговора

Дилема о правној природи управног уговора повезана је са једним још старијим проблемом – са поделом права на јавно и приватно. Број различитих мишљења о томе да ли та подела постоји и шта она обухвата поставља озбиљну препреку пред покушај да се поменута дилема реши. У овом раду ипак нису релеватна сва мишљења о подели права на јавно и приватно, већ само она која дају одговор на питање да ли њен предмет може да буде уговор.

Одговор на ово питање зависи најпре од тога да ли се подела на јавно и приватно право уопште прихвата, или не. Уколико се не прихвата ни сама подела, онда је логично да њен предмет не може да буде ни уговор; претпоставка за постојање уговора у области јавног права је прихватање постојања јавног права, као посебне правне области. Но то је неопходан, али не и довољан услов. Начелно прихватање саме поделе не значи да се и уговор аутоматски сматра њеним предметом. Напротив, постоје мишљења у складу са којима се негира подела уговора на јавноправне и приватноправне, али не и таква подела у целини.

Ствари се чине јасним, бар за сада. Од тога како се схвати правна природа уговора уопште, зависи и схватање о томе да ли уговор постоји и у области јавног права; зависи и схватање о томе да ли је управни уговор појмовно могућ, или не. У складу са тим, разликују се два основна става: с једне стране, уговор се сматра искључиво приватноправним појмом, док се, с друге стране, уговор посматра као општи правни појам.³⁰

Тврдња да је уговор искључиво приватноправни појам произлази из чињенице да се прихвата подела права на јавно и приватно, али не и одговарајућа подела уговора. Аутори који размишљају на овај начин полазе углавном од одређених карактеристика уговора, које сматрају неспојивим са јавним правом. Уговоре, засноване на равноправности уговорних страна, диспозитивним нормама и слободи уговарања, строго одвајају од јавног права, изједначеног са односима неравноправних субјеката, принудним нормама и одсуством слободе уговарања.

³⁰ В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, Београд, 2016, pp. 191-192.

Између појма уговора и јавног права постоји нерешива контрадикторност; управни уговор представља *contradictio in adiecto*.³¹

Схватање о томе да је уговор општи правни појам није јединствено. Из њега могу да се изведу различити закључци. Једни аутори тврде да је уговор општи правни појам зато што није ни приватноправни ни јавноправни. Други пак тврде да је уговор општи правни појам зато што је и приватноправни и јавноправни; зато што може да постоји како у области приватног тако и у области јавног права. У оба случаја полази се од исте претпоставке, али су резултати до којих се долази различити. Док се у првом случају постојање управног уговора негира, у другом случају управни уговор се прихвата и сврстава у област јавног права.

За оне ауторе који прихватају могућност постојања управног уговора појам уговора није неспојив са јавним правом. Карактеристике које се уобичајено везују за уговоре у области приватног права могу да постоје и у јавном праву. Између њих не постоји нерешива контрадикторност. Проблем се, дакле, састоји у томе да се утврди разлика између две врсте уговора – управног и грађанскоправног. Аутори који не прихватају могућност постојања управног уговора суочавају се са другачијим проблемом. Негирање управног уговора још увек не објашњава правну природу самих аката који се означавају тим именом. Аутори који тврде да то нису уговори морају да одговоре и на додатно питање: ако ти акти нису уговори – шта су?

Сажето и поједностављено, може да се примети да је спор око правне природе управног уговора дошао у већој мери до изражаја у немачкој и аустријској правној теорији, него у француској. У француској теорији постојање управног уговора је општеприхваћено, као и његова јавноправна природа. Насупрот томе, у Немачкој и Аустрији дуго се и упорно оспоравала могућност постојања уговора у области јавног права. Већина претходно поменутих схватања, у складу са којима управни уговор ни не постоји, потиче баш из немачке и аустријске теорије. Упорна теоријска расправа, у којој је свако тражио грешку, недоследност и нелогичност у ставовима својих „противника“, утицала је на то да и образложења правне природе управног уговора буду разноврснија. Тек након интервенције немачког законодавца схватање о уговору јавноправне природе однело је јасну превагу.

Ова разлика би могла, али опет веома поједностављено и уз прихватање опасности коју са собом носи такав начин посматрања, да се објасни историјски,

³¹ На овај начин управни уговор је описао швајцарски аутор Захарија Такомети. (V. W. Pakeerut, *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, Berlin, 2000, pp. 79-80)

различитим начином настанка управног уговора. Док је француски управни уговор настао из грађанскоправног уговора, немачки је настао из посебних области управног права и зато је, од самог почетка, наилазио на супротстављене ставове.³²

У домаћој правној теорији управни уговор ретко се појављује, а још ређе се озбиљно и детаљно разматра његова правна природа. Углавном се прихватају и понављају ставови страних аутора. При томе, може да се примети да је постојање управног уговора дуго било оспоравано, а до значајнијих промена у тим схватањима долази тек у новије време.

1. Схватања о управном уговору као уговору

1.1. Управни уговор као „обичан“ уговор

Преглед различитих схватања о правној природи управног уговора започећемо ставовима великих имена правне теорије, Леона Дигија и Ханса Келзена. Сувишно би било да се на овом месту указује на њихов значај и утицај у свету права. Но када се већ говори о томе, онда мора да се примети да њихов став о правној природи управног уговора није широко прихваћен, упркос великом утицају који су ови писци иначе имали.

У чему се тај став огледа? Иако полазе од различитих представа о праву, о управном уговору мисле исто. Не постоји никакав посебан, управни уговор; у питању је „обичан“ уговор, као и сваки други. Њихове различите представе о праву ипак су утицале на то да своје мишљење образложе на различите начине. Зато и њихово шире учење морамо да узмемо у обзир, у мери која је неопходна за правилно разумевање Дигијевог и Келзеновог негативног става према управном уговору.

Разматрање управног уговора Леон Диги поставља у оквире своје теорије о јавним службама, која представља основу преображаја јавног права. На почетку, он поставља питање чиме може да се објасни обавезујући карактер уговора које држава закључује на својој територији. Лако могу да се запазе сметње на које је, при покушају да се одговори на то питање, наилазило старо схватање о јавном праву, као скупу правила која уређују односе између суверене личности државе и њених поданика. Ако је држава суверена личност, онда она има тај карактер у свим актима које доноси и врши, како уговорним тако и једностраним. Држава стога не може да

³² *Ibid.*, pp. 90-91.

буде везана уговором, пошто суверену вољу одликује баш то да она није потчињена ни једној другој вољи.³³

Како би се објаснио обавезујући карактер уговора које закључује држава, у том старом систему, који Диги назива империјалистичким, створане су разне теорије. Он помиње неке, попут теорије о природним правима појединаца, теорије о држави фиску и теорије о самоограничењу државе. Међутим, све те теорије представљају, по речима Дигија, само игру појмова. Тек одбацивање појма власти и прихватање појма јавне службе, као основе модерног јавног права, објашњава зашто се више не поставља питање обавезујућег карактера уговора које држава склапа на својој територији.³⁴

Обавезујући карактер уговора које држава закључује не може да се оспори. Ниједан државни орган, па ни сам парламент, не може да повреди такав уговор. Уколико би то пак учинио, те укинуо или изменио неку уговорну обавезу која се намеће држави, такав акт био би без вредности. На овом месту и у овом контексту Диги долази и до управног уговора. Супротно свему ономе што је претходно речено, управни уговор је израз једног старог схватања које је преживело и које омогућава држави да избегне своје уговорне обавезе. У том смислу Диги и износи своју основну критику управног уговора, наводећи да је уговор правни акт који има исти карактер и у јавном и у приватном праву. То значи да је њиме држава везана као и сваки појединац.³⁵

За Дигија уговор представља одређену правну категорију, која увек има иста обележја и исте последице. Не постоје никакви посебни уговори, јавноправног карактера:

„Те речи немају никаквог смисла и представљају опасан софизам који би самовољи државе осигуравао правну основу. Постоји само један појам уговора. Последице уговора су исте и у јавном и у приватном праву.“³⁶

То што су неки уговори, који се називају управним, у надлежности управних, а не редовних судова, не мења суштину ствари. То није последица њихове специфичне природе, већ циља њиховог закључења. Наиме, они се закључују у циљу вршења

³³ Л. Диги, *Преображаји јавног права*, pp. 122-123.

³⁴ *Ibid.*, pp. 122-124.

³⁵ *Ibid.*, p. 124.

³⁶ *Ibid.*, p. 109.

одређене јавне службе. Диги то упоређује са привредним уговорима и надлежношћу привредних судова. Он је стога изричит:

„Између грађанскоправног и управног уговора нема суштинске разлике. Оно што уговору даје управни карактер и на чему се заснива надлежност управних судова, јесте то што је сачињен ради јавне службе.“³⁷

До Келзеновог става о управном уговору, као и код Дигија, може да се дође тек када се у обзир узме и његово шире учење, а нарочито оно о јединственом правном поретку и одбацивању логички неодрживог дуализма јавног и приватног права, који нема теоријски, већ идеолошки значај.³⁸

Келзен најпре указује на то да се у складу са владајућим мишљењем разликују јавноправни и приватноправни послови државе. Ова разлика има двоструки значај. С једне стране, она треба да одвоји акте државе од специфичних аката појединаца; с друге стране, она треба да омогући раздвајање самих аката државе, имајући у виду то да држава може, поред јавноправних, да закључује и приватноправне послове. Келзен сматра да се питање разграничења јавноправних и приватноправних послова поклапа са питањем разграничења јавног и приватног права уопште, и да на њега може да се одговори само у вези са тим.³⁹

Осврћући се на велики број различитих схватања о разграничењу јавног и приватног права, Келзен наводи да су се две теорије показале као преовлађујуће. То су стара теорија интереса и теорија субјеката. У складу са теоријом интереса, јавно и приватно право разликују се по томе што прво треба да реализује јавне, а друго приватне интересе. Теорија субјеката има у виду квалитет субјеката који учествују. Јавно право постоји тамо где једни наспрам других не стоје равноправни, већ надређени и подређени субјекти у односу власти. То су заправо два критеријума, која се у правној теорији недовољно оштро разликују. Један је квалитет субјеката правног односа, а други садржина правног односа између њих.⁴⁰

Келзен, међутим, ове теорије и критеријуме разграничења сматра погрешним и неадекватним. Када је у питању интерес, онда држава не може да има други интерес осим јавног. Сâмо по себи противречно је да се држава, као правни израз заједнице,

³⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome troisième: la théorie générale de l'état, Paris, 1923, p. 41.

³⁸ X. Келзен, *Чиста теорија права: увод у проблематику правне науке* (превео Данило Н. Баста – у даљем тексту *Чиста теорија права*), Београд, 2007, p. 76.

³⁹ H. Kelsen, „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1-3/1913, p. 55.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 77 sq.

у било којем односу појављује као носилац приватног интереса. Имајући то у виду, и правни послови државе могу да буду једино јавноправне природе. Појам приватноправног посла државе, како то духовито каже Келзен, истог је логичког квалитета као и тврдња да се на Северни пол долази из правца севера.⁴¹

Теорија која се заснива на конструкцији правног односа надређености и подређености између државе и свих осталих правних субјеката последица је логичке грешке – мешања државе у својству правног поретка и државе као правног субјекта. Смисао правне државе, напротив, у томе је да се држава као субјект права и обавеза, као лице, одвоји од државе као правног поретка, правног ауторитета. Само у својству правног поретка, држава је надређена правним субјектима. Као лице, држава је и сама подређена правном поретку и равноправна је са свим осталим правним субјектима, без обзира на то каква је садржина права и обавеза које јој правни поредак додељује.⁴²

Из досадашњег излагања Келзен закључује да је идеја правне државе неспојива са поделом права на јавно и приватно. Ако је држава подређена истом, јединственом правном поретку као и остали правни субјекти, уколико све њене изјаве воље морају да се препознају као испуњење обавеза или вршење права одређених правним поретком, онда између државе и поданика нема никаквог односа надређености и подређености. У односу надређености према правним субјектима, а то значи и према држави у том својству, налази се искључиво правни поредак.⁴³

Одвајање приватноправних и јавноправних послова, односно приватног и јавног права уопште, које се заснива на овој логичкој грешци, и сâмо је логички неодрживо. То се, сматра Келзен, сасвим јасно види на примеру теорије о јавном или публицистичком уговору:

„Уговор' није појам ни приватног ни јавног права, већ, јер је чисто формалне природе, појам опште правне науке. Правна релевантност ове правне чињенице састоји се у следећем: у томе што правни поредак наступање правних дејстава повезује са изјавом сагласности воље.“⁴⁴

У том смислу, често се дешава да правни поредак одређена правна дејства везује за чињеницу да се изјави воље државе мора придодати сагласна изјава воље другог правног субјекта. Владајућа теорија, како то објашњава Келзен, ове правне

⁴¹ *Ibid.*, p. 86.

⁴² *Ibid.*, p. 191.

⁴³ *Ibid.*, pp. 218-219.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 225.

чињенице разликује од приватноправног уговора по томе што се субјекти налазе у односу надређености и подређености. Зато једни говоре о специфичном, јавноправном уговору, док други тврде да је категорија уговора у таквим случајевима недозвољена.⁴⁵

Келзен, међутим, поставља питање по чему ово различито вредновање правних субјеката долази до изражаја и зашто се држава и поданик при закључењу уговора о купопродаји вреднују једнако, а при именовану службеника неједнако, када жељена правна дејства, у оба случаја, зависе од њихове сагласне воље. Оваква размишљања су, по речима Келзена, логички бесмислена:

„Уколико правни поредак неко правно дејство није учинио зависним само од изјаве воље државне личности, већ и од садржински сагласне изјаве воље другог субјекта (посебно оног, за којег права и обавезе треба да буду засноване), онда обе изјаве воље имају исти значај, обе су неопходне; међутим, онда ни материјално посматрање нема ни најмањи основ за прихватање, кроз правни поредак, више или веће вредности државне личности (њене изјаве воље) наспрам личности поданика (њене изјаве воље).“⁴⁶

Своје образложење Келзен наставља указујући на то да је владајућа теорија покушала да од ових аката направи једностране акте државне власти, који су везани за сагласну изјаву воље поданика; они то, међутим, нису. Ако се под уговором подразумева сагласност воља два или више лица, за коју правни поредак везује намеравана правна дејства, онда су и ови акти прави уговори. Таква конструкција није никакав „правни хоби“, како то мисли Ото Мајер. „Правним хобијем“ пре се чини покушај да се ове правне чињенице представе као једнострани акти државе, који сами од себе стварају правно дејство. Келзен такво схватање на крају доводи до апсурда и тиме завршава своју аргументацију: ако је то једнострани акт, који зависи од захтева и прихватања друге стране, онда би и сваки уговор о купопродаји могао да се сматра актом који делује једнострано; онда би и сваки уговор о купопродаји могао да се конструише као изјава воље једне стране која делује једнострано, али тако да дејство уговора у целини зависи од понуде и изјаве друге стране о њеном прихватању.⁴⁷

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 225-226.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 232-233.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 240.

Сагледавајући схватања двојице великана, нема сумње у то да су њихови аргументи јасни и убедљиви. Наравно, сваки из одређеног угла посматрања и у одређеном контексту. Нарочито је Келзеново схватање изведено детаљно, логички прецизно и доследно његовим општим, нормативистичким учењима. Када се ствари посматрају из њиховог угла, онда се и њихови ставови тешко могу оспорити. Упркос томе, већина аутора не мисли као они и посматра управни уговор на другачији начин, из другог угла.

1.2. Управни уговор као уговор јавног права

Другачије схватање о правној природи управног уговора заступа једна велика група аутора, која прихвата поделу права на јавно и приватно, као и одговарајућу поделу уговора. Ови аутори сматрају да се под управним уговором подразумева посебан уговор, јавноправне природе. И они полазе од тога да је уговор општи правни појам, а не само приватноправни. Међутим, за разлику од Дигија и Келзена, не мисле да је у питању „обичан“ уговор, који се ни по чему не разликује од осталих. Напротив, сматрају да је он другачији од осталих уговора по томе што је подведен под правила јавног, а не приватног права; и управни уговор је уговор, али не као и сваки други, већ специфичан.

Овакво објашњење даје нам један од класичних аутора француског управног права, Гастон Жез. Он наглашава да управни уговор заиста личи на уговоре које закључују приватна лица. Но то је само привидно тако. За управни уговор карактеристично је нешто што се не појављује код уговора закључених између приватних лица. За управни уговор карактеристично је то да се закључује ради несметаног вршења јавне службе.⁴⁸

Жез је, као и Диги, био присталица теорије јавних служби. У том погледу између њих нема разлике. Обојица на исти начин објашњавају циљ управног уговора и повезују га са вршењем јавне службе. Ипак, док се на томе прича о управном уговору за Дигија завршава, за Жеза она тек почиње. То што се управни уговор закључује ради вршења јавне службе није његова једина специфичност:

⁴⁸ G. Jèze, *Les contrats administratifs: de l'état, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, 1927, p. 5.

„У јавном праву Француске постоје *управни уговори*, односно уговори који се разликују од уговора закључених између појединаца по правном режиму којем су подређени.“⁴⁹

Овим Жез негира Дигијеву тврдњу да између управног и грађанскоправног уговора не постоји суштинска разлика. Она постоји, и састоји се у другачијем правном режиму. За разлику од грађанскоправног, управни уговор подређен је посебним правилима, која излазе ван оквира грађанског права. Посебан, јавноправни режим, који се испољава у специфичним последицама закључења уговора и неравноправности уговорних страна, представља суштинско обележје управног уговора. Посебним правним режимом, а не циљем закључења, објашњава се и надлежност управних судова за решавање спорова проистеклих из управног уговора.⁵⁰

За разлику од Дигијевог, Жезово схватање имало је много већи утицај. Њега, у основи, прихвата већина француских аутора, међу које спадају и позната имена науке управног права, попут Жана Ривероа, Андреа де Лобадера, Марсела Валина и других.⁵¹ Евентуалне разлике које између њих постоје не тичу се основног става – да је управни уговор подведен под посебан правни режим – већ одређивања и вредновања самих елемената тог режима. О томе ће касније бити више речи. За сада се задржавамо на основама објашњења правне природе управног уговора. У том смислу, упознаћемо се са аргументима још једног француског аутора, Жоржа Лангрода, који су нешто другачији.

У свом објашњењу Лангрод полази од тога да се управни уговор закључује у ситуацијама у којима делатност управе има посебан карактер и у којима није довољно коришћење једностраних аката, наметнутих ауторитетом власти. Зато се прибегава правним формама типичним за односе између појединаца, за односе приватноправног карактера. Али за разлику од приватноправног уговора, управни уговор претпоставља неједнакост уговорних страна.⁵²

У неједнакости уговорних страна лежи и основни проблем одређивања правне природе управног уговора, који, самим тим, долази у средину између једностраних

⁴⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁵¹ Занимљиво је да Жезово схватање о управном уговору прихвата и један наш аутор, Михаило Илић. (V. М. Илић, *Административно право и други радови* [Класици југословенског права, Књига 17], Београд, 1998, p. 125 sq; Д. Милков, „Михаило Илић о управном уговору“, у: *Правна и политичка мисао Михаила Илића*, Београд, 1995, pp. 240)

⁵² G. Langrod, *op. cit.*, pp. 326-330.

аката и приватноправних уговора, попримајући обележја и једних и других. Имајући то у виду, појављује се сумња у то да ли је управни уговор још увек уговор. Лангрод сматра да јесте и то образлаже на два начина. Прво, појам уговора није дат унапред, већ мора, увек изнова, да се ствара за сваку грану права. Друго, ни приватноправни уговори нису задржали своју „чистоту“. Једнакост уговорних страна, колико год да се чини савршеном, ограничена је на правни аспект и не обухвата економски, психолошки и интелектуални аспект. Међу приватноправним уговорима постоје такође они типског карактера, као што се изузетно јавља и могућност једностране измене првобитне воље уговорних страна.⁵³

Приватно право стога нема монопол на правну форму уговора. Иако се вековима користио у приватном праву, у питању је општи правни изум, који може да се користи и у другим областима. Али не по принципу аналогije и „позајмљивања“ од приватног права, како то тврди владајућа теорија. Опште правне форме су заједничке свим гранама права и употребљавају се *ipso iure* у свим областима на које могу да се прилагоде.⁵⁴ Из Лангродовог излагања произлази да то важи и за управно право, односно за управни уговор.

Један од првих немачких аутора који је прихватио постојање уговора у области јавног права био је Паул Лабанд. Он је то учинио у контексту расправе са Оттом Мајером о правној природи акта којим се заснива службенички однос. Док је Ото Мајер тврдио да се ради о једностраном акту и на томе изградио своје схватање, Паул Лабанд је критиковао тај став и навео да се ради о уговору. У својој критици објаснио је и зашто тако мисли.

Када се каже да држава врши власт, онда се наглашава она карактеристика без које држава не може ни да се замисли, и по којој се она разликује од свих других субјеката. Али из тога не сме да се закључи да се свака делатност државе састоји у вршењу власти и да држава не ради ништа друго, осим вршења власти. Држава употребљава своју власт онда када је то неопходно или корисно за извршавање њених задатака; онда када без употребе власти не може да оствари своју сврху, или то може да учини, али уз прекомерне жртве. Самим тим, Лабанд сматра неубедљивом тврдњу да држава не може да закључује уговоре са приватним лицима зато што са њима није равноправна, односно зато што у односу на њих врши власт. Баш супротно од тога:

⁵³ *Ibid.*, pp. 331-332.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 327-328.

„С обзиром на то да је држава власт, она може, по својој вољи, да се служи свим правним формама које јој се чине корисним.“⁵⁵

Од сличног става полази и Вилибалт Апелт. Ако је држава способна да поданицима намеће обавезе једнострано, управним актом, онда је, на основу аргумента *a maiore ad minus*, способна да са њима закључи и уговор.⁵⁶ Правна форма уговора је у јавном праву не само могућа, већ и потребна. Она је, истина, настала и обликована у области приватног права, али потреба која је до тога довела постоји и у јавном праву. Заправо, потреба за правном формом уговора постоји у свим областима друштвеног живота, с обзиром на то да свуда постоје супротстављени интереси који не могу да се реше једностраним актима, већ слободном сагласношћу воља учесника.⁵⁷ Апелт јасно потврђује да и управноправни уговор има сва битна обележја уговора:

„Суштина уговора, као двостраног правног посла, у управном праву појмовно не може да буде другачија него у приватном праву; наиме, ради се о удруживању две или више сагласних изјава воље, које се дају у међусобној повезаности и које су усмерене ка стварању правног дејства.“⁵⁸

Исто је и са начелом *pacta sunt servanda*. Својим изјавама воље уговорне стране нису везане само у приватном, него и у управном праву. Оно што пак разликује управноправни уговор од уговора у приватном праву јесу предмет и садржина створеног правног односа. Они се тичу задатка управе који може да се изврши једино у оквиру јавног права.⁵⁹

Апелт истиче и следеће: нису све норме управног права принудног карактера. У управном праву постоје и диспозитивне норме, које остављају могућност уговорног уређивања правних односа. Осим тога, управноправни уговор може да се закључи и у оним областима које уопште нису правно регулисане, ни принудним ни диспозитивним нормама; које су тиме у потпуности препуштене вољи заинтересованих правних субјеката.⁶⁰

⁵⁵ P. Laband, „Dr. Otto Mayer, a. o. Prof. in Strassburg, Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Strassburg. K. J. Trübner. 1886. XIV u. 533 S. gr. 8°.“, *Archiv für öffentliches Recht*, 2/1887, p. 159.

⁵⁶ H. Eberhard, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷ W. Apelt, „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3/1959, p. 249.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 253.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 253-254. Диспозитивне правне норме за објашњење јавноправног уговора користи и Рудолф Херман Хернрит. И он полази од тога да немају све норме јавног права принудни карактер. У случају постојања диспозитивних норми постоји сфера слободне воље, како за појединце тако и за

Корак даље од Апелта отишао је Теодор Будеберг, који је јавноправни уговор у потпуности одвојио од позитивног права, смештајући га у оквире своје социолошке теорије. Тек правна социологија уговора открива, како то тврди Будеберг, колективистичку правну природу уговора, која омогућава да се превазиђу дилеме о основи важења уговора у јавном праву. Уговор представља правну форму регулисања живота заједнице, колективитета. Они се међусобно условљавају: колективитет не постоји без уговора, а ни уговор није могућ без колективитета као извора права. Такво колективистичко схватање открива да уговор поседује правно-стваралачку снагу и да своју обавезност носи изворно у себи. Укратко, Будеберг жели да каже да се јавноправни уговор не заснива на позитивном праву и да не зависи од њега.⁶¹

Колективистичко схватање уговора омогућава, по мишљењу Будеберга, да се реши проблем равноправности уговорних страна, који је представљао једну од препрека за примену уговора изван приватног права. Оно уместо равноправности, схваћене у правно-индивидуалистичком смислу, има у виду једнакост, односно једнаку вредност уговорних страна, у правно-колективистичком смислу, каква постоји и у односу државе према приватним лицима. Тако и изјаве воље државе могу да буду једнаке вредности као и изјаве воље приватних лица.⁶²

Своје излагање Будеберг завршава у другачијем стилу, указујући на нешто што му се чини нелогичним. Владајућа теорија признала је да држава може да закључује приватноправне уговоре. Међутим, ако је то тако, онда више не може да се тврди да је закључење јавноправних уговора појмовно немогуће:

„Уколико држава може да се креће у области приватног права, а да тиме не стоји у противречности са својом суштином, онда логично мора да се призна да није у противречности са суштином државе ни када она улази у јавноправне уговоре.“⁶³

За Ернста Форстхофа не постоји дилема. Уговору не може да се оспори припадност управном праву. Штавише, јавноправни уговори представљају честу

органе управе. Унутар ње, одређена управна ствар може да се уреди и сагласношћу њихових воља. (V. H. Eberhard, *op. cit.*, p. 49)

⁶¹ T. Buddeberg, „Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1925, p. 109 sq. На учење о априоритету појма уговора, у складу са којим се обавезујућа снага уговора не изводи из правне норме, већ из саме његове суштине, надовезао се и Клаус Штерн. По његовом мишљењу, уговор носи своју обавезност и обавезујућу снагу у себи. Због ове предправне природе уговора Штерн не прихвата цивилистички начин размишљања, у складу са којим се уговор посматра као појам који искључиво припада науци приватног права. (V. W. Paakeerut, *op. cit.*, p. 71)

⁶² T. Buddeberg, *op. cit.*, pp. 119-120.

⁶³ *Ibid.*, p. 156.

појаву у управном праву. Делатност управе разноврсна је и подељена на бројне носиоце, који се у многим случајевима срећу на бази равноправности. Све су то природни предуслови за закључење уговора. Зато ни правна наука не сме да изгуби везу са стварношћу, упорним настојањем да пред њом „не капитулира“.⁶⁴

Из суштине уговора произлази координација уговорних страна. То је, по речима Форстхофа, заједничка карактеристика јавноправних и приватноправних уговора. Али из тога не следи закључак да уговорни партнери морају да имају једнак правни положај. У супротном, држава уопште не би могла да закључује такве уговоре, јер у својој области ни нема партнера са једнаким правним положајем.⁶⁵

Заправо, за Форстхофа уговорне стране ни нису битно обележје јавноправног уговора. Уговорне стране могу да буду чак и два приватна лица. Јавноправни уговор као такав је означен зато што се односи на предмете јавног права. На њега се зато примењују правила јавног, а не приватног права; али не искључиво, већ примарно. Често се дешава да одговарајућих одредби јавног права ни нема, па је неопходна примена одредби грађанског права. Оне одговарају априорној природи уговора и морају да се користе и у јавном праву. У њима се проналазе општа начела, која важе и за јавно право.⁶⁶

Када се већ помињу обележја јавноправног уговора, онда мора да се укаже и на схватање Макса Имбодена, швајцарског аутора, који се њима детаљно бавио. Он их дели у две групе – на битна и небитна. Управноправни уговор има три битна обележја: прво се састоји у томе што има карактер правног посла; друго је двостраност; треће се заснива на искључењу приватног права.⁶⁷

Управноправни уговор, као правни посао, произлази из воље уговорних страна. Он не производи правно дејство зато што објективно право захтева одређено понашање, већ зато што то понашање желе обе уговорне стране. Усмереност на вољу уговорних страна је обележје које раздваја уговор од наредбе (управног акта). За разлику од уговора, наредба није правни посао, па ни једнострано, како се то понекад говори. Она се не везује за вољу субјеката који учествују у њеном доношењу, већ за објективно право.⁶⁸

⁶⁴ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Erster Band: allgemeiner Teil, München-Berlin, 1966, p. 264.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 267.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 269.

⁶⁷ M. Imboden, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958, pp. 38-40.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 38-39.

Управноправни уговор представља двострани правни посао. За његов настанак неопходна је сагласност воља уговорних страна. Ово обележје не сме да се занемари, с обзиром на то да правни послови могу да имају и једнострани карактер. Из самог појма уговора произлази сагласност воља два или више лица, усмерена на изазивање одређеног правног дејства међу њима.⁶⁹

Ако правни однос, заснован уговором, припада јавном праву, онда се и уговор квалификује као јавноправни. Закључак о томе може да се изведе само на основу права које се примењује на тај правни однос. Уговор има јавноправни карактер када су његов настанак и правно дејство уређени јавним правом. Ово сврставање углавном може да се изврши само негативно, узимајући у обзир то да у управном праву најчешће нема норми о уговорима. Јавноправни карактер уговора изводи се из тога што он није уређен приватним правом – што он, у смислу француске теорије, излази из оквира приватног права.⁷⁰

То што један уговор има јавноправни карактер не значи да се губи свака веза са приватним правом. Напротив, Имбоден указује на то да приватног права, као фонда потврђених правила, не можемо да се лишимо ни у области јавног права. Општа начела приватног права морају да се прихвате и у публицистичком уговорном праву, ако посебне потребе на налажу другачије.⁷¹

Теорија управноправног уговора оптерећена је тиме што се за препознавање ове установе употребљавају бројни критеријуми, који су случајни или небитни. У небитна обележја управноправног уговора Имбоден сврстава: равноправност уговорних страна, учешће јавноправног тела, слободу у обликовању садржине уговора, непостојање потребе за одобрењем и зависност спољних правних дејстава од унутрашње сагласности воље.⁷²

Схватање према којем публицистички уговор претпоставља једнакост, равноправност, једнаку вредност, или једнак положај уговорних страна школски је пример погрешног методолошког приступа:

„Ако се узме да се теза о једнакој вредности односи на вредност датих изјава воље, ако се, дакле, захтева да обема изјавама воље уговорних страна, које имају конститутивни карактер за уговор, припадне једнака тежина, онда се тиме само наглашава једна истина у смислу дефиниције. Наиме, ако је уговор по дефиницији

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 39-40.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁷¹ *Ibid.*, p. 94.

⁷² *Ibid.*, p. 41 sq.

правни однос који се заснива сагласношћу воља, онда овај опис не допушта да се једној од изјављених воља припише већа вредност у односу на другу. На основу ове изјаве се стога не добија неко ново сазнање; она само модификује ону премису која се већ налази у опису појма уговора.⁷³

Исто тако, погрешно је када се теза о једнакој вредности везује за општи положај уговорних страна, а не за њихов однос поводом конкретно закљученог уговора. Из ње произлази захтев да уговорне стране буду равноправне и изван тог конкретног правног односа. Последица је, наравно, негирање могућности јавноправног уговарања између државе и грађана, јер држава, као носилац власти, увек остаје надређена у односу на грађане. Зато се Имбоден слаже са Апелтом да је за појам уговора одлучујуће једино то што конкретан правни однос настаје на основу изјава воље обе уговорне стране. Важно је да уговорне стране у том конкретном случају делују на једнак начин, а како оне међусобно стоје ван тог конкретног правног односа, потпуно је ирелевантно.⁷⁴

На питање да ли је у закључењу управноправног уговора неопходно учешће државе, или неког другог јавноправног тела, Имбоден одговара негативно, као и Форстхоф. Не постоји никаква унутрашња неопходност да закључење управноправног уговора буде дозвољено само између јавноправних тела, или између јавноправних тела и приватних лица, али не и између више приватних лица. Јавноправне уговоре између приватних лица, тврди Имбоден, познаје и пракса.⁷⁵

У теорији и пракси често се подсећа на идеју да је за постојање уговора неопходно да уговорне стране слободно обликују садржину свог правног односа, у

⁷³ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 43. Ово схватање је међу првима изнео један аустријски аутор, Макс Лајер. Он истиче да је сагласност воља државе и грађана потребна у свим оним ситуацијама у којима држава не може да иступа једнострано, јер јој за то недостаје законска основа. Обе стране тада равноправно учествују у стварању правног односа, што одговара појму уговора. За појам уговора ирелевантна је вануговорна неједнакост, која постоји између државе и грађана. (V. H. Eberhard, *op. cit.*, p. 48) Ипак, има и аутора који неједнакост уговорних страна не сматрају искључиво вануговорном. Један од најпознатијих присталица јавноправног уговора у немачкој теорији, Јирген Залцвелд, релативизује равноправност уговорних страна као обележје јавноправног уговора. Да ли постоји равноправност, то зависи од врсте јавноправног уговора и тога ко су уговорне стране. Равноправност постоји када јавноправни уговор закључују, између себе, носиоци власти, или приватна лица. Међутим, јавноправни уговор између носиоца власти и приватног лица закључује се у оквиру односа надређености и подређености. И то не надређености и подређености у односу на њихов општи положај, већ у односу на сам предмет уговора. Залцвелд стога закључује да за јавноправни уговор није неопходно да уговорне стране буду равноправне ни пре ни после закључења уговора. Неопходно је да буду равноправне само у тренутку закључења уговора, односно, неопходно је да надређена страна приликом закључења уговора не искоришћава свој надређени положај и да се са потчињеним равноправно суочи. (V. W. Paakeerut, *op. cit.*, pp. 73-74)

⁷⁵ M. Imboden, *op. cit.*, pp. 43-44.

одређеном оквиру. То би онда требало да важи и за управноправни уговор. Имбоден се не слаже са тим и наглашава да ово схватање мора да се прецизира. Како он каже, слобода јесте, сама по себи, битан елемент уговора. Али слобода се не испољава нужно и искључиво у одређивању садржине уговора. Поред обликовања садржине уговора, слобода се односи и на закључење уговора, избор друге уговорне стране и раскидање уговора. Било који од ових аспеката довољан је за постојање уговора, што важи и за приватно право. Тачно је, по мишљењу Имбодена, само то да слобода у обликовању садржине уговора има практичан значај и да представља посебно употребљиву индицију за сврставање једног јавноправног односа у односе уговорног карактера. Већи значај од тога не треба да јој се придаје.⁷⁶

Имбоден начелно одбацује и непостојање потребе за одобрењем, као обележје управноправног уговора. Потреба за одобрењем не мора да значи негацију управноправног уговора. Она је понекад усмерена на то да се потврди изјава воље једне од уговорних страна, а одобрење представља само услов важења уговора. Када је дато, уговор производи исто правно дејство као и онај за који одобрење није ни потребно.⁷⁷

На крају, Имбоден тврди да спољна правна дејства управноправног уговора не зависе од унутрашње сагласности воље уговорних страна. Управноправни уговор производи правно дејство *inter partes*. Спољна правна дејства, која су му додељена законом или наредбом, немају основу непосредно у закљученом уговору, већ у другим чињеницама.⁷⁸

Један од млађих аустријских аутора, Харалд Еберхард, учи нас да управноправни уговор појмовно претпоставља уговор који припада јавном праву. Као уговор, он подразумева две сагласне изјаве воље, које на једнак начин учествују у заснивању права и обавеза оних који вољу и изјављују. То значи да се и код управноправног уговора, као и код приватноправног, на принципијелно једнак начин узима у обзир како воља органа управе тако и воља лица на које се односи делатност управе.⁷⁹

Атрибут „управноправни“, с друге стране, наглашава његову припадност вишој категорији јавноправних уговора, на коју се примењују начела јавног права и у

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 44-45.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 45-47.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 47-48.

⁷⁹ H. Eberhard, *op. cit.*, pp. 16-17.

погледу које се обезбеђује јавноправна заштита. Јавноправни карактер управноправног уговора произлази из његовог предмета и става законодавца:

„Ако је предмет уговора ствар суверене управе, говори се о јавноправном уговору; ако је то грађанскоправна ствар [...], постоји приватноправни уговор. О томе свакако одлучује – у том погледу се заснива његова слобода избора – законодавац.“⁸⁰

Уколико прихватимо да је Слободан Јовановић само користио неадекватну терминологију, и да није довољно раздвојио управни акт од аката управе, о чему је било речи и у претходном делу овог рада, онда и великана наше правне теорије можемо да сврстамо у ову групу аутора. У том смислу, када дели „управне акте“ на једностране и двостране, он заправо дели акте управе.⁸¹ У наставку објашњава шта се подразумева под двостраним актима управе:

„[О] двостраним актима говори се онда кад је поред изјаве воље управне власти потребна још и изјава воље појединца да би се између ње и њега створио правни однос то јест, кад управна власт не може својим ауторитетом довести појединца у ону правну ситуацију према себи какву жели, него мора ради тога правити с њим споразум.“⁸²

Сви двострани акти управне власти заједнички се називају уговорима и њима се управна власт служи онда када не може да се служи наредбом. То првенствено важи за односе између држава, али може да важи и за односе између управе и појединаца:

„Управа може наређивати појединцима испуњење само оних дужности које су им законом наметнуте. Ако су јој потребне оне њихове услуге које законом нису предвиђене, она те услуге не може добити друкчије него онако као што би их могао добити ма који појединац, а то је путем уговора.“⁸³

Постоје две врсте уговора између управе и појединаца: приватноправни и јавноправни. Приватноправни уговори управе имају исти предмет као и уговори између појединаца; о предмету јавноправних уговора појединци не могу међусобно да се споразумевају. Код јавноправних уговора једна страна мора да буде држава. Као примере јавноправних уговора, Слободан Јовановић помиње уговоре који се закључују приликом ступања у држављанство и државну службу. Њима се заснивају

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁸¹ Д. Милков, *Слободан Јовановић о управи* (сепарат), Београд, 1991, p. 96.

⁸² С. Јовановић, *op. cit.*, p. 303.

⁸³ *Ibid.*, p. 306.

јавноправни односи, у које појединац може да ступи једино према држави, али не и према другом појединцу.⁸⁴

Повезивањем јавноправног уговора са ступањем у државну службу, Слободан Јовановић прикључио се тада актуелној расправи о правној природи службеничког односа и акта којим се он заснива, која се, са великим жаром, водила у немачкој теорији. Прикључио се и заузео јасан став, као што је то и иначе чинио о свим питањима којима се бавио (а њих није мало). Између два супротстављена мишљења о овом питању, Јовановић се определио за оно које је заступао мањи број аутора, предвођених Лабандом: акт којим се заснива службенички однос је јавноправни уговор, а не управни акт.

Слободан Јовановић не би био тако велико име наше правне теорије да свој став није поткрепио и својим аргументима. Он истиче да против мишљења већине говори то да наредбе, које могу да се издају само по претходном пристанку лица којем су упућене, ни нису наредбе:

„Чим управа није у стању никога начинити својим органом без његове воље, правни однос између ње и њених органа мора се оснивати на њиховом међусобном споразуму – дакле, на њиховом уговору“.⁸⁵

А шта је са равноправношћу уговорних страна? И на то Слободан Јовановић има одговор. Равноправност уговорних страна значи искључиво то да при закључењу уговора једна страна не може да намеће своју вољу другој. Она не значи да једна страна не може, својом вољом, да се обавезе на извесну потчињеност другој страни.⁸⁶

На крају разматрања о управном уговору као посебном уговору, јавноправне природе, корисно је да се укаже на схватање још једног нашег аутора, Владимира Водинелића, који се детаљно и свеобухватно бавио поделом права на јавно и приватно. Самим тим, сусрео се и са проблемом одговарајуће поделе уговора. Његово схватање заправо произлази из критике осталих схватања о правној природи управног уговора.

Водинелић најпре критикује став да је уговор увек и искључиво приватноправна категорија, каквом су га дуго доживљавали поједини правни писци,

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 306-307.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 480.

⁸⁶ *Ibid.*

али и законодавци и пракса. Устезали су се да исту појаву у јавном, односно управном праву назову њеним именом:

„Догма о приватноправној природи уговора као таквог спречавала је да управни уговор слободно изговори своје име.“⁸⁷

Данас тај став више нема тежину – тврди Водинелић. Уговор се сматра категоријом права уопште, а то значи како приватног тако и јавног. Теза о приватноправној природи уговора више није у стању да оспори постојање управног уговора, али има историјски значај. Она помаже да се схвати зашто се тамо где се данас говори о управном уговору раније говорило о неким другим категоријама. Водинелић је сматра и шкодљивом, утолико што закривљује поглед на средишњу чињеницу да за овај уговор важи другачији правни режим, да се у главном на њега не примењује приватно, већ јавно право. Исту последицу има и посматрање уговора искључиво као опште правне категорије – ни приватноправне, ни јавноправне.⁸⁸

Управни уговор оспоравају и они аутори који га сматрају управним актом који изискује сарадњу адресата. Њихов став израз је спремности да се управни акт, „та света категорија управног права“, представи као довољно широк појам, тако да је управни уговор уз њега непотребан. Зарад такве негације управног уговора они су спремни да плате и одговарајућу цену, која се састоји у напуштању неких уобичајених елемената појма управног акта и уношењу у тај појам типичних обележја уговора, попут обостраног одређивања садржине, сагласним изјавама воље. Овакво поступање Водинелић не сматра знаком ваљаног грађења правних појмова и брањиве систематике. Под исти кров смештају се две несродне појаве супротстављених обележја, подложне различитим правним режимима. Он се зато и чуди:

„Необјашњиво је тада зашто ту појаву не назвати именом под којим је већ вековима позната, када има обележја за која баш то име стоји. Зашто звати нешто управним актом када је у питању управа, а иначе то исто звати уговором.“⁸⁹

Боље нису прошла ни она схватања која у управном уговору виде појаву *sui generis*. Уместо тога, сматра Водинелић, треба да се истражи све оно што је *sui generis* код управног уговора као уговора. Тиме долази и до суштине свог виђења:

⁸⁷ В. Водинелић, „Управни уговор – између прихватања и одбијања“, *Правни живот*, 11-12/1993, p. 2115.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 2115-2116.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 2118.

„Међу уговорима, управни уговор је међу својима. Као посебна врста уговора (али: уговора!) он је доиста *sui generis*, као што је и приватноправни уговор уговор своје врсте или пак међународноправни. Укратко, управни уговор није као правни феномен *sui generis* – у свету правних појава он је уговор, али је као уговор – *sui generis*.“⁹⁰

Из претходног излагања јасно се уочава заједничка основа појединих схватања: управни уговор је специфична врста уговора. Без обзира на то да ли се специфичност управног уговора види у његовом циљу или у његовом предмету, она овај уговор повезује са јавним правом и условљава да се на њега примени посебан правни режим. Они који то тврде сматрају да су, сваки на свој начин, уклонили супротности између појма уговора и јавног права, а то је нешто што следећа група аутора сматра немогућим.

2. Схватања о управном уговору као управном акту

Полазећи од претпоставке о непремостивом јазу између појма уговора и јавног права, развило се још једно схватање које оспорава постојање управног уговора. У складу са овим схватањем, управни уговор није никакав уговор, ни „обичан“ ни „посебан“. Оно што се назива управним уговором заправо је управни акт. Специфичност управног уговора не одређује се у оквиру више категорије уговора, већ управног акта. Другим речима, не ради се о посебној врсти уговора, већ о посебној врсти управног акта.

Схватање о управном уговору као врсти управног акта имало је нарочит значај и велики број присталица у немачкој и аустријској правној теорији, у којима је дуго било и владајуће.⁹¹ Један од најважнијих разлога за то је чињеница да је ово схватање заступао и Ото Мајер, који се у литератури често помиње као оснивач немачке науке управног права и који спада у њене најутицајније представнике.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 2117-2118. До сличног закључка долази и Предраг Димитријевић: „Управни уговор треба разликовати од управних акта и свих његових модалитета (*sic!*) али и од грађанских уговора иако он често има форму типског (адхезионог) уговора. Управни уговор јесте уговор, али уговор посебне врсте – јавноправни (управни) уговор. Он је по својим унутрашњим структуралним елементима уговор као и сваки други. Међутим, по својој функционалној страни он је јавноправни инструмент. Отуда сложеност његове правне природе.“ (П. Димитријевић, „Извршење управних уговора“, *Правни живот*, 11-12/1993, pp. 2251-2252)

⁹¹ О управном уговору као управном акту често се говори и у Француској, али не у смислу негирања његовог уговорног, односно двостраног карактера. У Француској се управни уговор сврстава у управне акте само у формалном смислу речи, као један од аката управе који може да буде предмет управног спора.

Општи оквир Мајеровог разумевања управног уговора представља његово учење о држави и методу у праву. Ослањајући се на Хегелове и Фихтеове идеје о узвишеном задатку државе да појединце који живе не њеном подручју уједини у нацију, он је пошао од представе о држави као претпоставци свих права, опремљеној највишом влашћу, чија воља поседује једнострано обавезујућу снагу. Једнострано обавезујућа моћ државне воље представља један од основних појмова из којих се дедукцијом, у складу са правним методом, добија и управно право. Његове правне установе изграђују се стога на начелу неједнакости државе и грађана.⁹² Управно право представља део јавног права, које није ништа друго до поредак односа у којима учествује носилац власти као такав.⁹³

Из свог схватања метода у праву Мајер даље изводи закључак о томе да се цивилно право изграђује на начелу једнакости правних субјеката. У цивилном праву ради се о границама правне моћи појединаца једних према другима. Основни појам је субјективно право и све правне установе представљају његов израз. Оне су врста субјективних права, изграђене на тлу једнакости правних субјеката. Цивилном праву припада и уговор, који претпоставља сагласност две равноправне изјаве воље.⁹⁴ Мајер категорички тврди:

„Стога прави уговори државе у области јавног права нису уопште могући.“⁹⁵

Следећи корак у Мајеровој аргументацији делује сасвим логично: пошто прави уговори државе у области јавног права нису могући, ни јавноправни уговор није прави уговор. Између њих постоји спољна сличност, која је и разлог позајмљивања имена једне цивилноправне установе ради боље класификације једне јавноправне установе. Јавноправни уговор је са стране државе управни акт, изјава воље управне власти, у складу са надлежностима различитих органа. Он је изнутра сасвим другачије обликован него цивилноправни уговор. Правно дејство заснива се искључиво на управном акту, а учешће адресата у заснивању правног односа не може да буде равноправно. Засновани правни однос за државу не значи права и обавезе једне уговорне стране, већ проширење надлежности њених органа.⁹⁶

⁹² R. M. Dewitz, *Der Vertrag in der Lehre Otto Mayers*, Berlin, 2004, p. 125.

⁹³ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. und II. Band, Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage, Berlin, 2004 (у даљем тексту: *Deutsches Verwaltungsrecht* [2004]), p. 15.

⁹⁴ R. M. Dewitz, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁵ O. Mayer, „Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge“, *Archiv für öffentliches Recht*, 1/1888, p. 42.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 23 sq.

Најјаснији пример за оно што тврди, Мајер види у природи службеничког односа. Управни акт којим се заснива овај однос суштински се не разликује од других управних аката. Другачији су само услови за његово доношење. Један од услова, и ништа више од тога, представља и пристанак именованог:

„То што постоји пристанак за ступање у државну службу није довољно за постојање уговора. Скоро да је постало уобичајена фраза да се каже: пошто службенички однос може да се заснује само уз пристанак именованог акт о заснивању тог односа мора да буде уговор. Такав закључак је пак преурањен. [...] Није уговор све оно што за своје правно дејство претпоставља пристанак онога на којег то правно дејство треба да се простира. [...] [С]агласност воља учесника, 'заједничка воља', мора да буде носилац последице на основу опште правне норме, која то дејство са њом повезује. Правно дејство не треба да производи једна, а да друга на то пристаје, већ обе заједно морају да га обликују; онда је то уговор.“⁹⁷

И поред тога што јавноправном уговору одриче уговорни карактер, Мајер, бар на почетку, прихвата његов назив и то оправдава једним практичним разлогом. Име „јавноправни уговор“ чини се најсврхисходнијим за изражавање специфичности овог акта.⁹⁸ Касније одустаје и од тога, те у потпуности, како појмовно тако и термилошки, брише сваку везу између овог акта и уговора. Мајер наглашава да јавноправни уговор мора да одбаци своју грађанскоправну прошлост и име које је задржао од грађанског права.⁹⁹ Уместо о јавноправном уговору, Мајер почиње да говори о управном акту који се доноси уз потчињавање.¹⁰⁰

Нова терминологија још више наглашава Мајерово подвођење јавноправног уговора под управни акт, под ауторитативни акт који појединцима у појединачним случајевима одређује шта за њих треба да буде правно.¹⁰¹ Управни акти по потчињавању доносе се у оним појединачним случајевима у којима управа нема законску основу да обавезе појединца и ограничи његову слободу. Основ за интервенцију тада може да буде једино пристанак самог појединца, а он је неопходан због правне државе и начела законитости управе.¹⁰²

Иако је Мајерово схватање јасно и логично изведено, извесно прецизирање ипак је потребно. Све време говори се о јавноправном уговору и неспојивости

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 39-40.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁹⁹ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), p. 136.

¹⁰⁰ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (2004), p. 98.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 93.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 97-98.

уговора и јавног права. Оно што Мајер првенствено има у виду, када негира јавноправни уговор, јесте могућност његовог постојања у оквиру управног права. Он управно право посматра као право које је својствено односима између државе и њених поданика на које она наилази при вршењу управне делатности. Као такво, оно припада јавном праву и заснива се на неравноправности субјеката. Строго противљење јавноправном уговору односи се на могућност његовог закључења између државе и поданика, као неравноправних субјеката, али не и између носилаца јавне власти, који су међусобно равноправни. Јавноправни уговори између равноправних субјеката су могући. Одговарајући на Апелтову критику, Мајер је то и објаснио:

„Писац (напомена аутора: Апелт) је имао утисак да сам ја сразмерно низак обим примене јавноправног уговора признао само нерадо и противречно мојим основним схватањима. Наиме, када ја појам јавног права заснивам на неравноправности правних субјеката [...] онда у потпуности искључујем уговор [...]. Ево о чему се ради: ја појам јавног права нисам засновао на овој неравноправности, већ на појави јавне власти, која се у томе одвија [...]. То свакако важи у управном праву, где се носилац јавне власти, наспрам појединца, налази у таквој начелној неравноправности. Међутим, у међународном праву јавна власт се појављује између равноправних; то је случај и у државном праву [...]. То се исто показује и у односу између правно способних управа.“¹⁰³

Сада смо већ добили изоштренију слику Мајеровог схватања. Где год постоје односи између равноправних субјеката могуће је и закључење уговора. За односе између државе и поданика то може да важи искључиво у области цивилног права. Када је у питању примена цивилноправних установа на државу, сусрећемо се са фиском. Фиск је сажето име за све случајеве у којима за државу важи исто право као и за појединце, у којима она у животне односе ступа као и појединац.¹⁰⁴ Примена цивилног права на односе између државе и појединаца, међутим, представља изузетак, будући да је за ове односе карактеристично јавно право.¹⁰⁵

Мисао Валтера Јелинека потекла је из истог извора као и Мајерова. Пошавши такође од службеничког односа, као примера, Јелинек потврђује Мајеров став да

¹⁰³ O. Mayer, „Dr. Willibalt Apelt, Geheimer Regierungsrat und Privatdozent an der Universität Leipzig: Der Verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte. Leipzig, Felix Meiner 1920. 225 S.“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2/1921, p. 245.

¹⁰⁴ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (2004), pp. 118-120.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 116.

пристанак појединца на заснивање правног односа не значи да је закључен уговор. И у том случају ради се о управном акту – о ауторитативној изјави воље управе која се тиче одређеног лица.¹⁰⁶

Иако потичу из истог извора, мисли ових аутора у једном тренутку се раздвајају. Јелинек покушава да изгради сложенији систем управних аката од Мајеровог и да уједно отклони одређене приговоре који су упућени Мајеровом схватању. У том циљу, Јелинек развија учење о двостраним управним актима, које треба да омогући да се јавноправни уговор лакше и „безболније“ подведе под појам управног акта.

Свој систем Јелинек заснива на разликовању једностраних и двостраних управних аката, између којих се налазе управни акти по потчињавању. Једностран је онај управни акт код којег делује само држава, или други носилац јавне власти, и он највише одговара представама јавног права. Код осталих управних аката потребно је и учешће појединца. Значај тог учешћа различит је, као и последице његовог изостанка. За двостране управне акте учешће појединца има већу вредност; од њега зависи само правно дејство управног акта, а изостанак учешћа управни акт чини ништавим. Управни акти по потчињавању доносе се на захтев или уз пристанак појединца, од којих зависи законитост, али не и правно дејство управног акта. Изостанак захтева или пристанка појединца не повлачи за собом ништавост, већ рушљивост управног акта.¹⁰⁷

Јелинек не прихвата замерку да је могућност постојања двостраног управног акта противречна суштини управе, која се огледа у њеном ауторитативном иступању. И код двостраних управних аката држава је нешто више у односу на појединца:

„Наиме, двострани управни акт састоји се из два неједнака дела: приватне изјаве воље појединца, која уопште подлеже сходној примени грађанског права, и изјаве воље државе, која живи по јавном праву и која у себи носи, дакле, најмање претпоставку законитости и важности.“¹⁰⁸

На овај начин Јелинек двостраном управном акту даје мешовит карактер и раздваја га на два дела, на две изјаве воље, које припадају различитим областима права. Изјаве воље које чине двострани управни акт су ипак, према његовим речима,

¹⁰⁶ W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, p. 246.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 249-250.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 250-251.

мање присно повезане него код уговора, а једна од њих очигледно има већи значај и претеже у односу на другу. У том калупу Јелинек обликује и свој став о јавноправном уговору:

„Двострани управни акт објашњава нешто што се, без вођења рачуна о различитости између државе и појединца, означавало као јавноправни уговор. Реч 'уговор', према нашој употреби језика, претпоставља равноправност изјава воље обе стране, које при пријему у државну службу, у држављанство и сл., још увек нема.“¹⁰⁹

Враћамо се, дакле, на почетну слику о овом проблему; истина, нешто другачијих нијанси. Јавноправни уговор између државе и појединца није прави уговор, већ двострани управни акт. Зашто? Зато што воља државе има већу вредност и надређена је вољи појединца, без обзира на његово учешће у доношењу акта, о којем сугерише и атрибут „двострани“. Међутим, ако се због неравноправности државе и појединца негира јавноправни уговор, онда он, по истом критеријуму, мора да се прихвати у односима између равноправних субјеката. То Јелинек и чини, приближавајући се још једном Мајеровој теорији.¹¹⁰

На ред долази схватање још једног од класика немачког управног права, Карла Кормана. На почетку мора да се нагласи и призна да је Корманово схватање компликовано и тешко за праћење. На појединим местима оно је нејасно и изазива сумњу у погледу тога да ли овај аутор уопште прихвата могућност постојања јавноправног уговора између државе и појединаца, или не. Међу овим подељеним ставовима чини се да ипак преовлађује онај који се ослања на Мајерову теорију, захваљујући којем Корман и може да се сврста у ову групу аутора.

Корман најпре објашњава да се управни акти деле у четири групе, које обухватају: приватноправне акте, чисто материјалне акте, управне акте у облику правних радњи и управне акте у облику правних послова. Заправо, када се ови „управни акти“ мало боље погледају, уочава се да они имају потпуно различиту правну природу и не представљају никакву целину. То схвата и Корман и зато наглашава да управне акте у правом смислу речи представљају једино они у облику правног посла.¹¹¹ Корман увиђа проблем, али не и његов узрок. А узрок може једноставно да се објасни: Корман прави уобичајену грешку и дели акте управе, а не управне акте.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 252-253.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 253.

¹¹¹ К. Kormann, *op. cit.*, p. 14 sq.

Под управним актима у облику правног посла, односно управним актима у правом смислу речи, подразумевају се они публицистички правни послови које предузима држава, или други носилац власти. Њих Корман назива службеним публицистичким правним пословима. Постоје и неслужбени, које предузимају приватна лица и који не представљају управне акте.¹¹²

Основу Кормановог схватања чини појам правног посла, који представља изјаву воље усмерену на наступање одређених правних дејстава. Овај појам, иако потиче из приватног права, важи и у јавном праву, као што је и подела правних послова на једностране и вишестране присутна у обе области. Разлика се своди на то шта је карактеристично и чешће у одређеној области. За приватно право карактеристични су вишестрани правни послови, пре свега уговори. У јавном праву је обрнуто: у првом плану су једностранни правни послови, али постоје и уговори. Појам уговора у јавном праву не разликује се од приватноправног појма и подразумева изјаве воље два лица које су усмерене не изазивање обостраних правних последица.¹¹³

Могућност постојања јавноправних уговора, тврди Корман, не може да се порекне између равноправних субјеката, било да се ради о уговорима између приватних лица, као носилаца јавноправних овлашћења и обавеза, било да се ради о уговорима између правних лица јавног права.¹¹⁴ То није спорно ни за друге ауторе, као што смо претходно и видели. Међутим, Корман додаје и нешто што изазива праву конфузију и што делује противречно у односу на оно што је претходно навео: уговори између правних лица јавног права спадају у управне акте и то оне схваћене у ужем смислу, у смислу службеног публицистичког правног посла.¹¹⁵ Ако су у питању прави управни акти, онда би логичан закључак био да нису у питању прави уговори. Са које год стране да се погледа, како из угла појма управног акта тако и из угла појма јавноправног уговора, Корманово схватање остаје проблематично.

Наставак Кормановог излагања не доноси разјашњење, већ нове дилеме. Наиме, поред начелне могућности закључења јавноправних уговора између равноправних субјеката, она изузетно постоји и између неравноправних субјеката. Границе примене таквог уговора Корман ипак жели да повуче што је могуће уже, наглашавајући да он често без тешкоћа може да се подведе под друге правне

¹¹² *Ibid.*, p. 21.

¹¹³ *Ibid.*, p. 29.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 30.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 32.

појмове. У том погледу слаже се са противницима јавноправног уговора, који и за Кормана представља нешто што није нормално.¹¹⁶

Прво питање које Корман поставља, јесте да ли овде уопште постоји публицистички правни посао, или можда приватноправни уговор. Одговор произлази из правног дејства; публицистички правни посао усмерен је на наступање јавноправних дејстава. Након што се утврди да се ради о публицистичком правном послу, Корман поставља и друго питање, да ли се ради о уговору, или о управном акту који је и поред своје особености једностран. При одговору на то питање, истиче Корман, морамо да водимо рачуна о томе да је уговор нешто више од прости сагласности воља. Да би се њихова сагласност претворила у уговор, воље морају да буду равноправне, а то је нешто што у односу између поданика и надмоћног носиоца власти недостаје. Уговор је зато потребно строго раздвојити од једностраног управног акта, који се доноси уз пристанак погођеног.¹¹⁷ Све су то ставови са којима смо се већ упознали и код Ота Мајера, на почетку овог излагања.

На Мајерово схватање упућује и Корман, када каже да из појма публицистичких уговора треба искључити управне акте по потчињавању. Према владајућем схватању, које изгледа прихвата и Корман, они су једностранни управни акти, чија је посебност у томе што не смеју да се донесу без захтева странке. Другачији карактер нема ни друга група аката, које Корман назива лажним уговорима, јер их сам законодавац „улепшава“ тим називом. Ради се о актима који су усмерени на модификацију јавноправних овлашћења и обавеза. По својој правној природи они се не разликују од поменутих управних аката по потчињавању. Ни они не делују кроз уговорну сагласност воља, већ кроз сопствену публицистичку снагу, као једностране публицистичке изјаве воља. И њихова се посебност састоји у томе што се доносе уз пристанак погођеног и што непостојање тог пристанка повлачи за собом одређене последице.¹¹⁸

Шта онда преостаје од јавноправних уговора и зашто Кормана ипак треба сврстати у ову групу аутора, најбоље је да нам каже он сам:

„Ако бисмо за крај ових разматрања о публицистичком уговору дали кратак приказ значаја овог правног института, резултат бисмо смели овако да сажмемо: када се издвоје уговори између равноправних лица, од којих се из области управних аката

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 32 sq.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 37-38.

искључују неслужбени, преостају само изоловани, рудиментарни облици са уговорним карактером; већина аката који се иначе овде рачунају, при ближем испитивању, показују се као једностранни управни акти, иако делимично посебне природе.¹¹⁹

Ако бисмо и ми желели да резимирамо Корманово схватање онда бисмо пошли од његовог појма управног акта. Дефинисање управног акта као јавноправног посла представља основу на којој Корман изграђује свој став о јавноправном уговору. Као јавноправни послови, и јавноправни уговори представљају управне акте. При томе, од пресудног значаја није то што они имају једностранни карактер, што су то најчешће управни акти по потчињавању, већ то што се ради о правним пословима које предузима држава, или неки други носилац власти. Зато Корман у управне акте сврстава и јавноправне уговоре између равноправних субјеката, правних лица јавног права, чији двострани карактер није споран. Јасно је да његови „двострани управни акти“ нису исто што и Јелинекови. Оно што је за Јелинека двострани управни акт, то је за Кормана, као и за Мајера, управни акт по потчињавању. Оно што су за Кормана „двострани управни акти“, за Јелинека и Мајера су прави уговори, јавноправног карактера.

Теорија Ота Мајера није утицала само на немачке, него и на бројне аустријске ауторе. Између осталог, њу прихвата и Лудвиг Адамовић (Старији), који се сматра једним од класика аустријског управног права. Исто је и са Валтером Антониолијем, као и са једним од млађих аустријских аутора, Хансом Мајером. Јавноправни уговори за њих представљају врсту одлуке, и то ону која се, по речима Ханса Мајера, доноси на захтев странке.¹²⁰

Приказана схватања о управном уговору као врсти управног акта налазе се на супротним позицијама у односу на схватања о управном уговору као врсти уговора. Али оно што их највише раздваја уједно их и повезује. Без обзира на то у чему се састоји специфичност управног уговора, она се посматра у оквиру постојећих правних појмова, уговора и управног акта; управни уговор је врста у оквиру једног или другог познатог родног појма. По томе се ова схватања и разликују од оних у складу са којима управни уговор није појам врсте, већ посебног рода.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹²⁰ V. H. Eberhard, *op. cit.*, pp. 98-100.

3. Схватања о управном уговору као посебном правном акту

Спајање јавноправних и приватноправних елемената у правном режиму управног уговора изазвало је проблем приликом његовог сврставања у већ изграђене појмове уговора и управног акта. Како би се тај проблем решио, ови појмови су често мењани, проширивани и сужавани. Прављене су различите теоријске конструкције, али сврставање управног уговора никада није могло да се изврши строго и круто. У коју год категорију да се смести, он ће испољавати обележја и оне друге. Зато поједини аутори ни не покушавају да сместе управни уговор у оквире строге и круте поделе на уговоре и управне акте, већ прихватају могућност да постоји и нешто између, нешто треће.

Овај став најјасније објашњава Ратко Марковић. Појмови управни акт и уговор узајамно се искључују. Управни уговор, у чијем називу се комбинују речи из назива „управни акт“ и „уговор“, представља не само терминолошки, него и суштински нешто треће:

„Управни уговор је врста правног акта која није ни управни акт, ни уговор приватног права, него је *tertium genus*, међуоблик између два класична правна облика.“¹²¹

Заправо, управни уговор је делом управни акт, а делом уговор. У односу на њих, управни уговор показује и сличности и разлике. Са управним актом спаја га јавни интерес, као мотив настанка, а са уговором приватног права сагласност воља уговорних страна, као начин настанка. Од управног акта разликује се по својој двостраности, а од уговора приватног права по неједнакости уговорних страна. Марковић тако долази и до дефиниције управног уговора:

„Управни уговори [...] су двострани правни акти у којима је један од сауговорача управа, али у њима постоји неједнакост уговорних страна, пошто управа има већа овлашћења и обавезе од друге стране уговорнице, па зато за те уговоре важи правни режим јавног (управног) права.“¹²²

Марковићева дефиниција не разликује се од дефиниције већине француских аутора. Различит је закључак, који из ње произлази. Неједнакост уговорних страна за француске ауторе не представља препреку за сврставање ових аката у уговоре. За

¹²¹ Р. Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, р. 281.

¹²² *Ibid.*, р. 282.

Марковића она је разлог за њихово издвајање у посебну категорију двостраних правних аката.

За Зорана Томића управни уговор представља релативно самосталан јавноправни институт, тачније двострани управноправни посао. Правну природу управног уговора Томић објашњава следећим речима:

„Управни уговор је *засебан ентитет*, мање-више нарочитог правног устројства. Укупно, циљно-функционално узев, он је део јавноправног круга. Сврставам га уз бок управних аката, у ред управних полуга за задовољење јавних потреба.“¹²³

Као „управна полуга“, управни уговор омогућава споразумно формирање управноправних односа и показује неколико обележја. Наиме, ради се о двостраном управноправном послу једносмерних или двосмерних престација, карактеристичном по суженом пољу маневрисања и односу правне неравномерности у корист јавног интереса. То ипак не оставља правно слабију страну без одговарајућег задовољења. Правна дејства управног уговора су специфична и по томе што премашују везу *inter partes*, „рефлектујући се у јавноправном огледалу“.¹²⁴

Другачије речено, управни уговор је сагласност две правно неједнаке воље о произвођењу како међусобних тако и примерених јавноправних учинака. При томе, ради постизања одређених јавних циљева, једна од њих добија могућност једностраног утицаја на засновани правни однос. Таква могућност може бити предвиђена законом, судском праксом, или самим тим правним послом. Томићев резиме гласи овако:

„[У]правни уговор јесте резултанта уговорне технике и управне главнине.“¹²⁵

Проблем правне природе управног уговора заинтересовао је и једног од наших најзначајнијих аутора из области управног права, Лазу М. Костића. Он овом проблему прилази на необичан начин, како термилошки тако и суштински. Његово схватање је сложено, може да се посматра из различитих углова и, у зависности од тога, да се сврста у различите категорије. Уз ту напомену, чини се да је најпримереније да његове ставове размотримо на овом месту.

О томе да Костић прихвата могућност да држава део својих потреба задовољава на исти начин као и појединац – споразумевањем, погађањем и

¹²³ З. Томић, „Правна природа управних уговора“, *Правни живот*, 11-12/1993, р. 2139.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

закључењем уговора – већ је било речи у првом делу овог рада. У питању су уговори општег типа, приватноправни уговори, за које важи принцип пуне једнакости странака и општи режим грађанског законика. У неким земљама, као што је Аустрија, овај режим примењен је „до крајње конзеквентности“. У другима се пак од њега знатно одступа. Тако је у Француској режим општег права признат за мањи део послова између државе и појединаца, који се односе на „приватни домен“ државе. За оне послове без којих једна јавна служба не би могла да функционише створена је нарочита врста уговора – тзв. административни уговори. Овај посебан тип уговора створен је зато што се сматра да положај и намере државе и појединца приликом његовог закључења нису истоветни:

„[О]рган који у име државе закључује те уговоре није прост претставник приватноправне личности државе, већ претставник јавне службе. Он се не руководи посебним интересима државног фискаса, већ општим интересима јавне службе. Суд такођер заштићује у појачаној мери јавну службу, не дозвољава самовољу странака, појединачни приватни интерес подређује у даним приликама, општем интересу. Због тога, за расправљање спорова који проистичу из ових уговора, није надлежан грађански већ управни суд.“¹²⁶

За сада се чини очигледним да Костић управне уговоре, какви постоје у Француској, сврстава у уговоре. Али не општег типа, подведеног под режим грађанског законика, већ посебног типа, подведеног под посебан режим. То је схватање које заступа и већина француских аутора. Остаје нејасно да ли се они подводе под приватноправне уговоре, у оквиру којих Костић и разматра њихове посебности.

Након разматрања приватноправних уговора, Костић констатује да се у теорији помиње још једна посебна врста двостраних аката управе, „која се крсти именом јавноправних уговора“. Под њима се подразумевају уговори који у приватном праву немају своју одговарајућу врсту, који се и по предмету и по саговорачима знатно разликују од свих приватноправних уговора. Њима се заснивају, мењају или укидају јавноправни односи, а бар једна од уговорних страна мора да буде држава или нека јавноправна корпорација. Појединци међусобно не могу да закључују такве уговоре.¹²⁷

¹²⁶ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 355.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 359.

И Костић примећује да су уговори јавног права одувек били оспоравани и негирани, као противни природи јавног права. То је допринело да се из појма јавноправних уговора избаци оно што је навођено као њихов школски пример: акти о првом постављењу чиновника и акти о пријему у држављанство. Упркос сагласности воља, њих већина писаца не сматра уговорима, већ једностраним управним актима нарочите врсте.¹²⁸

Њиховим избацивањем из појма јавноправног уговора, наставља Костић, није могла да се избрише и цела ова категорија. У законодавству још увек постоје прописи о пословима управе, који су очигледно двострани. Међутим, они се битно разликују од поменутих приватноправних уговора и представљају институте јавног, а не приватног права. Њихов предмет је сама јавна служба, а када их закључују, органи управе не спуштају се сасвим на ниво саговорача, већ остају, у пуном смислу речи, органи управне власти. За разлику од приватноправних уговора, који представљају и једине чисте уговоре, ови двострани акти управе треба да добију друго име, попут споразума, које и Костић користи:

„Споразум је двострани акт управне власти, који она сама не може да донесе. И по форми и по садржини он остаје ипак публицистички правни посао.“¹²⁹

Видимо да код Костића могу да се пронађу различита схватања о управним уговорима. Имајући у виду његово одлично познавање француске и немачке теорије управног права, другачије није ни могло да буде. Неки управни уговори имају приватноправни карактер, неки су управни акти, али постоји и једна посебна категорија, коју Костић назива јавноправним споразумима. Та посебна категорија разликује се и од управних аката и од „чистих“ уговора. Они су нешто треће у односу на ове уобичајене правне појмове. Колики је значај разликовања свих ових категорија аката управе сасвим је друго питање. Њега релативизује и сам Костић, следећим речима:

„Ако је игде оправдано схватање Келзенове школе да не постоји битна разлика између приватнога и јавнога права и да се не може подвући сигурна граница између једнога права и другога, да постоји јединствени правни поредак који је извор

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 359-360.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 360.

целокупног права заједно, то је оправдано у овој области (области административних уговора).¹³⁰

Проблем правне природе управног уговора натерао је многе ауторе да се добро замисле. Пољуљао је уобичајене представе о јавном и приватном праву, уговорима и управним актима, и заиста довео у питање границу између њих. Многи су га зато негирали. Они који су га прихватили, морали су те представе да промене и прилагоде, често и противречно својим осталим схватањима. У управном уговору правна теорија добила је појаву са којом понекад није ни знала шта да уради. Њену немоћ пред проблемом правне природе управног уговора лепо илуструју речи Данила Данића:

„Према томе кад се све ово сведе, онда остаје овај резултат: административни уговор није могуће дефинисати као један правни институт који би заузимао једно засебно место у реду правних института било приватног било јавног права. У приватном праву немогуће га је схватити с тога, што би се по општим принципима у њему постављеним, овај већ исцрпео у самој појму уговора. По томе он би био само један уговор и ништа више. У јавном праву опет немогуће га је схватити зато, што јавно право, бар унутрашње, не почива на систему уговора, већ с једне стране на систему правних норми, с друге на систему једностранних ауторитативних аката. Кад га је немогуће овако схватити, онда остаје само да се утврди да је административни уговор један правни феномен, који уз пркос свему овоме до сада изнетом, фактички постоји.“¹³¹

У покушају да се објасни шта је то управни уговор, ако већ није ништа од онога што је познато и постојеће, долази се готово до апсурда: у пракси постоји нешто што је теоријски немогуће! Такав раскорак између теорије и праксе, међутим, не може да се прихвати. Правна природа управног уговора може да се одреди искључиво на основу његовог правног режима, а не априорних ставова о могућности или немогућности његовог постојања.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 364.

¹³¹ Д. Данић, „О административном уговору“, у: *Споменица Мауровићу: прилози посвећени Ивану Мауровићу од пријатеља, другова и ученика о шестогодишњици његова живота*, Прва књига, Београд, 1934, p. 112.

Део трећи

Правни режим управног уговора

Под правним режимом подразумева се укупност правних правила која се односе на једну правну појаву и која омогућавају да се она издвоји као посебна целина. У зависности од саме правне појаве правни режим обухвата различите елементе. Када се говори о правним актима, под правним режимом подразумева се укупност правних правила која се односе на њихов настанак, правна дејства, извршење и контролу законитости.¹³² Самим тим, ови елементи су релевантни и за правни режим управног уговора, односно за одређивање његове правне природе.

Објашњење појединих елемената правног режима управног уговора води ка откривању његове суштине. Међутим, имајући у виду велике разлике које у том погледу постоје између појединих земаља, то објашњење не може да буде опште. Не постоје заједничка правила, која би важила за све управне уговоре у свим правним системима. Напротив, оно што може да се каже за управно право уопште може да се каже и за управни уговор: разлике између појединих земаља веома су велике и не дозвољавају стварање општег калупа, који би обликовао правни режим управног уговора. Такав калуп био би Прокрустова постеља за управне уговоре у појединим земљама: за једне дугачка, за друге кратка; једнима би морало нешто да се дода, другима да се одузме.

За управни уговор уобичајено се каже да представља уговор који је подведен под специфичан правни режим, другачији од грађанскоправног. Али одступања од онога што је уобичајено за грађанскоправне уговоре нису свуда иста. Негде су већа, а негде мања; негде се тичу свих елемената правног режима, а негде само појединих. Зато је погрешно када се режиму управног уговора у француском праву придаје општи значај и када се његове карактеристике сматрају општим карактеристикама управног уговора. Нажалост, многи правни писци, суочени са проблемом управног уговора, прибегавају баш таквом решењу и ослањају се на онај правни режим који је први настао и који је најразвијенији. То што је правни режим француског управног

¹³² Д. Милков, *Појам управног акта*, pp. 8-9.

уговора најстарији и најразвијенији ипак не значи да може произвољно да се проширује.¹³³

Основни проблем при утврђивању суштине управног уговора, дакле, састоји се у постојању бројних разлика између појединих правних система. Оне су понекад толико изражене да се један уговор у неким земљама сматра управним, а у другим грађанскоправним. Чак и тамо где се прихвата постојање управног уговора постоји разлика у начину његовог настанка: негде је управни уговор настао кроз судску праксу, док је негде постао позитивноправна категорија кроз активност законодавца.¹³⁴ Ни различита теоријска схватања у појединим земљама не смеју да се занемаре. Између њих и позитивног права постоји нераскидива веза, чак и онда када поједини аутори претендују на то да њихови теоријски ставови имају општи значај.

Једино уопштавање које би овде могло да се изврши, али веома опрезно и уз свест о његовој ограниченој вредности, јесте издвајање два основна модела управног уговора – француског и немачког.¹³⁵ О њима, као моделима, може да се говори условно, због чињенице да француско и немачко управно право имају велики утицај на друге правне системе. Утицај који француско управно право има на земље романског правног круга може да се уочи и на примеру управног уговора. Исто важи и за немачко управно право, али у оквиру германског правног круга. Поред тога, немачки модел управног уговора за нас има посебан значај, због утицаја на наше важеће право.

Утицај француског и немачког управног уговора јесте велики, али не и апсолутан. Он не значи да су ови модели у потпуности преузети и у другим земљама. Без обзира на узор од којег се полази, свака земља је у правни режим управног уговора уградила и нешто своје, другачије и специфично. Имајући у виду све ове разлике, правни режим управног уговора не може да се прикаже на општи начин, у оквиру појединих елемената, већ једино у оквиру појединих правних система.

¹³³ Хрватски аутор Велимир Иванчевић тако у свом раду посвећеном теорији управног уговора изричито каже да ће ту теорију приказати према француском праву. (В. Иванчевић, „Теорија административног уговора: управноправни аспекти уговора о инвестиционим радовима југославенских подuzeћа у страним земљама“ [у даљем тексту: „Теорија административног уговора“], у: *Инвестиције* [ур. Александар Голдштајн], Загреб, 1969, р. 71)

¹³⁴ Д. Милков, „О управном уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 1-2/1994, рр. 23-24.

¹³⁵ В. З. Томић, „Правна природа управних уговора“, р. 2131.

1. Управни уговор у француском праву

За разлику од других правних система европско-континенталног типа, француско управно право у мањој мери се развијало кроз делатност законодавца, а у већој кроз праксу Државног савета – највишег управног суда. Кроз тражење критеријума за одређивање надлежности Државног савета, и решавање конкретних спорова, настало је и управно право, као посебна грана права:

„Стога су правна правила управног права у Француској неупоредиво чешће била садржана у решењима Државног савета, него у законима.“¹³⁶

Овакву стваралачку улогу Државни савет имао је и у односу на управне уговоре. Прихватајући надлежност за решавање спорова у вези са управним уговорима, Државни савет је почео да обликује њихов правни режим. Временом је, уз одређене „противречности, оклевања и нејасноће“¹³⁷, успео да створи критеријуме за препознавање управних уговора и специфична правила, која се на њих примењују.

У настанку и развоју управних уговора, као и управног права уопште, Државни савет одиграо је важнију улогу од законодавца. То, међутим, не значи да законодавац у настанку и развоју управних уговора није имао никакву улогу. Напротив, први управни уговори су и били предвиђени законом, још почетком 19. века, као изузетак од тадашњег правила да у надлежност Државног савета спадају само акти власти.¹³⁸

Уговори који се сматрају управним по својој природи, а не само по одредбама закона, настали су касније, крајем 19. и почетком 20. века, са променом критеријума за одређивање надлежности Државног савета. Тада је, уместо јавне власти, критеријум за одређивање надлежности Државног савета постала јавна служба.¹³⁹ У складу са новим критеријумом, предмет управног спора више нису били једино акти власти, већ и уговори који су повезани са вршењем јавне службе.¹⁴⁰

¹³⁶ Д. Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања* (у даљем тексту: *Управно право I*), Нови Сад, 2013, р. 13.

¹³⁷ G. Jèze, *op. cit.*, р. 6.

¹³⁸ Ради се о уговорима о јавним радовима и набавкама. Закон о уговорима о јавним радовима донет је 28. пливизоа VIII године (17. фебруара 1800. године), а Уредба о уговорима о набавкама 11. јуна 1806. године. (V. Л. Диги, *Преображаји јавног права*, р. 128)

¹³⁹ Д. Милков, *Управно право I*, р. 13.

¹⁴⁰ Развој идеје о јавној служби као критеријуму за одређивање надлежности Државног савета започео је 1873. године, када је Суд за решавање сукоба надлежности донео познату одлуку „Бланко“. Њоме је уведено правило да о накнади штете која настане у вези са вршењем јавне службе одлучује Државни савет, а не суд опште надлежности. У вези са управним уговорима, посебно су значајне две

Тако су у Француској временом створене две врсте управних уговора: они који су предвиђени законом и они који се сматрају управним уговорима по својој природи; прве је створио законодавац, а друге судска пракса.¹⁴¹ До стварања управних уговора кроз судску праксу дошло је захваљујући формулисању одређених критеријума, на основу којих управни уговори могу да се препознају и издвоје у односу на остале.

Први такав критеријум тиче се уговорних страна. У складу са устаљеном судском праксом, за постојање управног уговора неопходно је да бар једна од уговорних страна буде јавноправни субјект.¹⁴² Под јавноправним субјектима подразумевају се држава, територијални колективитети и јавне установе.¹⁴³ Друга уговорна страна може да буде такође јавноправни субјект, али и приватно лице. Но имајући у виду да јавноправни субјекти могу да закључују и приватноправне уговоре, овај услов сматра се неопходним, али не и довољним за постојање управног уговора.¹⁴⁴ Зато се користе и додатни критеријуми, који се тичу предмета уговора и посебних клаузула. Судска пракса испрва се двоумила око тога да ли ови додатни критеријуми морају да буду испуњени кумулативно или алтернативно, да би на крају прихватила ову другу опцију.¹⁴⁵

Критеријум предмета тиче се повезаности управног уговора са јавном службом. У том смислу, управним уговорима сматрају се они уговори који се закључују ради вршења јавне службе.¹⁴⁶ Ни то, међутим, не мора да буде довољно, пошто уговори који се закључују ради вршења јавне службе немају увек управни карактер, већ могу да буду и приватноправне природе.¹⁴⁷ Да би имали управни карактер, неопходно је да веза између уговора и јавне службе буде непосредна;

одлуке Државног савета. Године 1903. донета је одлука „Терије“, којом се утврђује правило о надлежности Државног савета за решавање свих спорова који се односе на вршење јавне службе, без обзира на то да ли они произлазе из аката ауторитативне или неауторитативне природе. Од 1910. године, и одлуке „Терон“, Државни савет оглашава се надлежним и за спорове у вези са уговорима који се односе на локалне јавне службе. (V. Л. Диги, *Преображаји јавног права*, pp. 127-130)

¹⁴¹ Међу управним уговорима који су предвиђени законом издвајају се три главне категорије: уговори о извођењу јавних радова, уговори о заузимању јавног домена и уговори о јавним набавкама. (V. J. Morand-Deville, P. Bourdon, F. Poulet, *Droit administratif*, s. l., 2017, pp. 473-474)

¹⁴² M. Waline, *Droit administratif*, Paris, 1959, p. 525.

¹⁴³ V. Г. Бребан, *op. cit.*, pp. 47-107.

¹⁴⁴ J. Rivero, *op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁵ J. Morand-Deville *et al.*, *op. cit.*, p. 479. Дебата је завршена 1956. године, када је Државни савет донео одлуку „Брачни пар Бертен“ и дао предност алтернативном односу између ових критеријума. За постојање управног уговора довољан је било који од њих. (*Ibid.*, p. 481)

¹⁴⁶ M. Waline, *op. cit.*, p. 526.

¹⁴⁷ G. Jèze, *op. cit.*, pp. 14-15.

неопходно је да се уговор тиче самог вршења јавне службе.¹⁴⁸ Проста сарадња са јавном службом није довољна; нужно је директно учешће у раду јавне службе и извршењу њених задатака.¹⁴⁹

Посебне клаузуле су оне којима се дерогира примена општег, односно приватног права. У складу са овим критеријумом, за постојање управног уговора потребно је да уговорне стране изразе вољу да се на њихов однос примене она правила која одступају од приватног права.¹⁵⁰ Ове клаузуле често се помињу у судској пракси и придаје им се велики значај, али се, нажалост, не одређују јасно и прецизно. Отуда и различити ставови о томе шта се подразумева под одступањем од правила приватног права. С једне стране, одступање може да се схвати као уговарање клаузула које нису уобичајене у приватноправним уговорима; с друге стране, одступање може да се посматра и строже – као уговарање клаузула које су у приватноправним уговорима недозвољене.¹⁵¹

Сажето посматрано, развој судске праксе у Француској указује на то да се значај појединих критеријума за препознавање управног уговора мењао. Пошло се од уговорних страна и јавне службе, да би временом све већи значај добијао критеријум посебних клаузула, којима се за управне уговоре предвиђају правила другачија од правила приватног права.

Овакве промене нису необичне, када се има у виду општи развој француског управног права. Крајем 19. и почетком 20. века, у време када је и настала теорија о управним уговорима, појам јавне службе одређивао је садржину целокупног управног права. Између управног права и јавне службе готово да је постојао знак једнакости.¹⁵² Након настанка индустријских и трговинских јавних служби, уређених првенствено правилима приватног права, ситуација се променила. Почело је да се говори о кризи појма јавне службе, који је постајао све непрецизнији и више није могао да пружи јасно и поуздано разграничење управног права у односу на приватно право.¹⁵³ Зато су почели да се траже и нови, додатни критеријуми разграничења,

¹⁴⁸ J. Rivero, *op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁴⁹ J. Morand-Deville et al., *op. cit.*, p. 482.

¹⁵⁰ J. Rivero, *op. cit.*, p. 102.

¹⁵¹ M. Waline, *op. cit.*, pp. 530-531.

¹⁵² Г. Бребан, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵³ Д. Денковић, „Јавна служба у француском управном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1970, p. 473.

међу којима је и одступање од правила приватног права, које се огледа у већим овлашћењима, али и обавезама управе у односу на приватна лица.¹⁵⁴

Појава нових јавних служби довела је у питање и дотадашњи начин препознавања управног уговора. Судска пракса више није била у потпуности једнообразна, те се, у односу на дотадашње критеријуме препознавања, појављују и одређени изузеци. Јављају се тако уговори који садрже посебне клаузуле, али се, упркос томе, не сматрају управним уговорима.¹⁵⁵ Још већи изузетак је могућност да под одређеним условима и два приватна лица закључе управни уговор.¹⁵⁶ Ови изузеци озбиљно отежавају дефинисање управног уговора и издвајање његових битних елемената. Ослоњен на судску праксу, не увек једнообразну и доследну, појам управног уговора остаје проблематичан. Обележја из којих би он требало да се изведе више су карактеристична, него што су битна. Критеријуми створени у судској пракси најчешће омогућавају да се управни уговор препозна, али не мора увек да буде тако. Има случајева у којима ови критеријуми нису сасвим поуздани.

Зашто је толико важно да знамо да ли је један уговор управни, или не? Зато што су управни уговори подведени под посебан правни режим. Генерално посматрано, посебна правила о управним уговорима могу да се уоче у свим деловима правног режима: тичу се закључења уговора, извршења уговорних права и обавеза, престанка важења уговора и начина решавања спорова. Суштину ових посебних правила, захваљујући којима се управни уговор и сврстава у управно право, укратко нам саопштава Жез:

„Управни уговор у правом смислу речи за *суштинску* претпоставку има две уговорне стране које се *препознају* као *неравноправне*: једна представља општи интерес, јавну службу; друга свој приватни интерес. За онога који се ангажује закључењем управног уговора појам јавне службе повлачи обавезу да несметан рад јавне службе стави испред сопствених интереса, изузев накнаде штете.“¹⁵⁷

¹⁵⁴ Д. Денковић, „Савремени теоријски основи француског управног права и захтеви за преображај управе“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2/1971, р. 71 sq.

¹⁵⁵ V. J. Rivero, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁵⁶ V. J. Morand-Deville et al., *op. cit.*, pp. 476-479.

¹⁵⁷ G. Jèze, *op. cit.*, p. 8. Треба имати у виду да је француско управно право тога времена било карактеристично по извесном култу према јавној служби. Зато не треба да нас чуди то што је појам јавне службе имао велики значај за настанак теорије о управном уговору; што је, по речима Љубомира Радовановића: „[П]ојам јавне службе претегао и у конструкцији режима управних уговора, потискујући све даље и све дубље његове уговорне елементе. У крајњој линији – и као општа карактеристика – могло би се рећи, да у управним уговорима држава не учествује само као саговорач, него и као јавна власт, а појединац не само као уговорна страна него и као лице, коме је

Захваљујући томе што једна од уговорних страна иступа као носилац општег интереса, управни уговор закључује се на специфичан начин. Карактер и положај уговорних страна условљавају специфичности које се огледају у ограниченој слободи уговорања и различитој могућности уговорних страна да утичу на обликовање садржине уговора.

За јавноправне субјекте, односно њихове органе, закључење управног уговора представља питање надлежности. Управне уговоре закључују они органи управе који су надлежни за то, при чему немају увек ни слободу избора између управног и грађанскоправног уговора. Закључење управног, а не грађанскоправног уговора, у многим случајевима налаже закон.¹⁵⁸

Јавноправни субјекти немају потпуну слободу ни онда када бирају свог сауговорача. Заправо, постојање слободе избора зависи од начина на који се управни уговор закључује. За закључење управног уговора дуго су постојала три уобичајена начина: надметање, подношење понуда и непосредно погађање. Надметање није давало никакву слободу јавноправном субјекту, с обзиром на то да је уговор морао да закључи са оним учесником који је понудио најнижу цену. Подношење понуда значило је да слобода избора друге уговорне стране није сасвим искључена. У овом поступку јавноправни субјект није имао обавезу да прихвати најнижу цену; могао је да изабере ону понуду коју сматра најповољнијом, имајући у виду и друге критеријуме. Највећу слободу при избору друге уговорне стране јавноправни субјект имао је при непосредном погађању. Зато се непосредно погађање и примењивало као изузетак у односу на претходна два поступка, у којима је принцип конкуренције више долазио до изражаја.¹⁵⁹

Под утицајем права Европске уније дошло је до одређених промена у начину на који су се управни уговори традиционално закључивали. Стари поступак надметања више не постоји. Више нема аутоматизма и не постоји обавеза да се изабере она понуда која је најнижа. Увек се бира она понуда која је најповољнија, гледано у целини. У основи, постоје четири поступка закључења управног уговора. Прикупљање понуда само је један од њих и то онај најсложенији. Остали поступци једноставнији су и мање формализовани; за органе управе то значи и већу слободу уговорања. То нарочито важи за прилагођени поступак, предвиђен за уговоре чија

поверено старање о извесној јавној служби.“ (Љ. Радовановић, „Управни уговор“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1926, р. 282)

¹⁵⁸ J. Rivero, *op. cit.*, р. 104.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 105-106.

вредност не прелази унапред прописани праг. Према степену формалности и сложености, између надметања, с једне стране, и прилагођеног поступка, с друге, налазе се поступак преговарања (који је заменио раније непосредно погађање) и поступак конкурентног дијалога.¹⁶⁰

Када говоримо о формалностима, онда треба да нагласимо и то да се управни уговор, по правилу, закључује у писаној форми. Изузетно, када се ради о уговорима мањег значаја, писана форма није обавезна. Такви управни уговори понекад се називају и уговорима-фактурама, јер је фактура једини писани део уговора. Закључење пуноважног управног уговора редовно је условљено и одобрењем надлежног органа.¹⁶¹

За управне уговоре карактеристично је да уговорне стране не утичу у истој мери на утврђивање садржине уговора. Услове уговора одређује она страна која се стара о јавном интересу, а то је јавноправни субјект. Друга страна може да прихвати једнострано одређене услове уговора, или да их одбије. Постоје општи услови који важе за све управне уговоре одређене врсте, али и они који се посебно одређују за сваки уговор. Управни уговори се стога уобичајено сврставају у уговоре по приступу.¹⁶²

Специфичности при извршењу управног уговора произлазе такође из његове повезаности са вршењем јавне службе. При извршењу уговорних права и обавеза јавноправни субјект има специфична овлашћења, која служе томе да се обезбеди уредно вршење јавне службе и задовољавање јавног интереса. То, међутим, не значи да се о интересу друге уговорне стране уопште не води рачуна. Јавни интерес захтева да се обезбеди несметано вршење јавне службе, али интерес друге уговорне стране захтева да она не сноси сву штету која из тога проистиче. Зато се извршење управног уговора не заснива само на посебним овлашћењима јавноправног субјекта, него и на финансијској равнотежи уговора.¹⁶³

¹⁶⁰ J. Morand-Deville *et al.*, *op. cit.*, pp. 496-499.

¹⁶¹ M. Waline, *op. cit.*, pp. 553-554.

¹⁶² J. Rivero, *op. cit.*, pp. 106-107. О правној природи општих услова управног уговора постоје различита мишљења. Доминантно је оно у складу са којим се општи услови сматрају саставним делом уговора, из чега произлази и њихова обавезујућа снага. (*Ibid.*, p. 107) Другачије мишљење изнео је Диги, разматрајући уговоре о концесији. Према његовом мишљењу, општи услови концесије имају карактер закона: „[Т]о су прави закони. Али, с обзиром на то да су они постали после споразума између администрације и повлашћеника, они ће бити у ствари закони-конвенције.“ (Л. Диги, *Преображају јавног права*, p. 106)

¹⁶³ G. Langrod, *op. cit.*, pp. 342-344.

Специфична овлашћења јавноправног субјекта илуструју неједнакост уговорних страна, коју је Жез назвао суштинском претпоставком управног уговора. Она јавноправном субјекту омогућавају да утиче на извршење обавеза друге уговорне стране и да према њој примени одређене санкције.

На обавезе свог саговорача јавноправни субјект може да утиче тако што усмерава и контролише начин њиховог извршења. На ово овлашћење надовезује се и следеће: јавноправни субјект има могућност да једнострано измени обавезе друге уговорне стране. До ових измена долази онда када је то неопходно за остваривање и заштиту јавног интереса и под условом да измењене обавезе нису битно другачије природе у односу на оне првобитно уговорене.¹⁶⁴ Ради заштите јавног интереса јавноправни субјект може и да раскине уговор, уз обавезу да другој уговорној страни накнади штету коју је услед тога претрпела, укључујући и изгубљену добит.¹⁶⁵

Санкције се примењују када друга уговорна страна не извршава своје обавезе – уопште или правилно. Смисао санкција, у складу са потребом да се заштити и оствари јавни интерес, није само накнада штете, већ и извршење уговорених обавеза, које треба да омогући несметано и уредно функционисање јавне службе. За изрицање ових санкција, по правилу, није потребна одлука суда. Изриче их сам јавноправни субјект, доношењем извршиве одлуке (управног акта). Санкције могу да буду новчане, у виду уговорних пенала или накнаде штете. Могу да се састоје и у томе што јавноправни субјект преузима извршење уговора на себе, или га поверава неком трећем лицу, али уз обавезу друге уговорне стране да сноси трошкове таквог извршења. Најтежа санкција је раскид уговора, без обавезе јавноправног субјекта да свом саговорачу накнади штету.¹⁶⁶

У обрнутој ситуацији – када јавноправни субјект не извршава своје обавезе – друга уговорна страна нема таква овлашћења. Зато се и истиче да је она у неравноправном и подређеном положају. Када јавноправни субјект не извршава

¹⁶⁴ A. W. Mewett, *op. cit.*, pp. 225-226. Право на једнострану измену управног уговора Државни савет признао је јавноправним субјектима још почетком 20. века. У одлуци „Нова компанија за гас у Девил-лес-Руану“, донетој 1902. године, Државни савет је заузео став да општина има право да захтева од свог саговорача промену начина на који извршава своју уговорну обавезу и да уместо гасног користи електрично осветљење. Слично је поступио и 1910. године када је у одлуци „Општа француска компанија за трамваје“ прихватио да префект има право на једнострано повећање броја трамваја које друга уговорна страна користи за вршење ове јавне службе. (V. J. Morand-Deviller *et al.*, *op. cit.*, pp. 504-505)

¹⁶⁵ J. Morand-Deviller *et al.*, *op. cit.*, pp. 505-506. Право на раскид управног уговора ради заштите општег интереса Државни савет потврдио је у одлуци „Дестилерија Мањак-Лавал“, донетој 1958. године. (*Ibid.*)

¹⁶⁶ J. Rivero, *op. cit.*, p. 110.

своје уговорне обавезе друга уговорна страна не може да изјави приговор неизвршења. Она и даље мора да изврши оно што је уговорено, уз могућност да од суда захтева накнаду штете. Истина, може да захтева и раскид уговора, али само онда када на страни јавноправног субјекта постоји озбиљна грешка при извршењу уговорних обавеза.¹⁶⁷

Специфична овлашћења јавноправног субјекта указују на то да обавезе друге уговорне стране морају да се посматрају шире и да се оне не састоје искључиво у извршењу онога што је уговорено. Друга уговорна страна има обавезу да изврши све оно што је неопходно за редовно и уредно функционисање јавне службе, ради чега је управни уговор и закључен.¹⁶⁸ На тај начин омогућава се заштита и остваривање јавног интереса; међутим, при извршењу управног уговора сауговорач управе има и свој интерес, обезбеђен кроз финансијску равнотежу уговора. Када због уредног вршења јавне службе сауговорач управе трпи штету онда има и право на накнаду. Ово право заснива се на две чувене теорије, настале у пракси Државног савета.

Прва теорија означава се као теорија једностране измене управног уговора у јавном интересу.¹⁶⁹ У складу са овом теоријом, другој уговорној страни признаје се право на накнаду штете онда када јавноправни субјект једнострано измени њене уговорне обавезе. Јавноправни субјект увек мора да буде онај исти субјект који је и закључио управни уговор. Правна теорија, међутим, није потпуно сложна око тога на који начин и у ком својству јавноправни субјект једнострано мења обавезе свог сауговорача. Поједини аутори ову теорију првенствено повезују са претходно описаним посебним овлашћењима јавноправног субјекта, као једне од уговорних страна.¹⁷⁰ Други пак тврде да се она односи искључиво на спољни утицај који јавноправни субјект, у својству носиоца власти, врши на другу уговорну страну.¹⁷¹ Аутору овог рада делује да је ова разлика вештачки повучена. Француски писци занемарују чињеницу да овлашћења управе која се врше у јавном интересу нису

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 109-110.

¹⁶⁸ G. Jèze, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁶⁹ Назив ове теорије на француском језику гласи *théorie du fait du prince*. На српски језик она се различито преводи. Ратко Марковић каже да би буквалан превод био теорија самовоље. (Р. Марковић, *op. cit.*, p. 285) Драгаш Денковић преводи је описно, као теорију једностране измене уговора у јавном интересу од стране јавноправног лица као стране уговорнице. (Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2/1970, p. 47) Описно превођење чини се бољим, јер указује на суштину ове теорије.

¹⁷⁰ V. J. Rivero, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷¹ V. J. Morand-Deville et al., *op. cit.*, p. 508.

само једнострана, него и ауторитативна; управа их увек врши у својству носиоца власти, а не у својству обичног саговорача.

Друга теорија, названа теоријом непредвидљивости, заснива се на промењеним околностима које саговорача управе могу да доведу до финансијске пропасти.¹⁷² У другачијим околностима, у односу на оне које су постојале у време закључења уговора, извршење обавеза друге уговорне стране још увек је могуће, али и „погубно“, у економском смислу речи. Имајући у виду чињеницу да нове околности не угрожавају само економски интерес друге уговорне стране, већ и вршење јавне службе, у плаћању додатних трошкова учествује и јавноправни субјект. У складу са теоријом непредвидљивости, јавноправни субјект исплаћује свом саговорачу накнаду, која омогућава да се вршење јавне службе несметано настави.¹⁷³

Да би се применила теорија непредвидљивости, неопходно је да буде испуњено неколико услова: неопходно је да промењене околности буду такве да уговорне стране не могу да их предвиде у време закључења уговора, на шта указује и сам назив теорије; нове околности морају да буду независне од воље уговорних страна; нужно је да дође и до преокрета у условима извршења уговора, да штета коју трпи друга уговорна страна премашује оно што је могло да се очекује и предвиди. Као примери ситуација у којима долази до примене теорије непредвидљивости наводе се ратови, економске кризе, природне непогоде, али и мере које предузимају јавноправни субјекти; наравно, они јавноправни субјекти који нису истовремено и уговорна страна, јер се у супротном примењује претходна теорија – о једностраној измени управног уговора.¹⁷⁴

Непредвидљива ситуација мора да буде привременог карактера. Уколико није привремена, уколико је вршење јавне службе дефинитивно и трајно угрожено, онда се ова ситуација изједначава са утицајем више силе, услед чега управни уговор престаје да производи правно дејство.¹⁷⁵

¹⁷² Теорију непредвидљивости, чији назив на француском језику гласи *théorie de l'imprévision*, Државни савет формулисао је у одлуци „Општа компанија за осветљење у Бордоу“, још 1916. године. Ситуација која је навела Државни савет на стварање ове теорије био је Први светски рат. У току рата, дошло је до великог повећања цене угља, који се користио као основна сировина за производњу гаса. У таквим околностима предузеће које је вршило јавну службу и пружало услуге осветљења у Бордоу затражило је накнаду претрпљене штете. Државни савет сложио се са овим захтевом и наложио је граду Бордоу да предузме исплати накнаду која покрива већински део претрпљене штете, омогућавајући тиме да се настави уредно вршење ове јавне службе. (*Ibid.*, pp. 509-510)

¹⁷³ J. Rivero, *op. cit.*, p. 113.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 113-114.

¹⁷⁵ J. Morand-Deville et al., *op. cit.*, p. 510. На потребу да промењене околности буду привременог карактера Државни савет указао је у одлуци „Компанија за трамваје у Шербургу“,

У оба случаја, применом обе теорије, сауговорач управе добија право на накнаду штете. Разлика ипак постоји. Када се примењује теорија о једностраној измени уговора, онда сауговорач управе има право на пуну накнаду штете. У промењеним околностима накнада штете никада није потпуна; управа учествује у сношењу додатних трошкова, али део ризика, и трошкова, пада и на њеног сауговорача.¹⁷⁶

Последња специфичност управног уговора тиче се начина решавања спорова. За ову специфичност можда би исправније било да се каже да је прва, имајући у виду њен значај за правни режим управног уговора у целини. Настанак и укупан развој управног уговора обележени су тиме што се спорови произашли из овог акта решавају пред посебним, управним судовима. Овим се, у извесном смислу, враћамо на сам почетак приче о француском управном уговору, заокружујући његов правни режим оним елементом који се налази у основи свих осталих.

По природи ствари, управни спорови који произлазе из управних уговора представљају спорове пуне јурисдикције. То значи да управни судови приликом решавања спора имају пуна овлашћења. Не заустављају се на поништавању оспореног акта – уговора, или једностраног акта којим јавноправни субјект остварује своја посебна овлашћења. Приликом решавања спора управни судови овлашћени су да одлуче и о другим питањима: о раскиду управног уговора, захтеву за накнаду штете и осталим правима и обавезама уговорних страна.¹⁷⁷

Традиционално посматрано, управни спор пуне јурисдикције водио се због повреде права и обавеза, али не и правних интереса.¹⁷⁸ У контексту управног уговора то је значило да управни спор пуне јурисдикције могу да покрену искључиво уговорне стране; трећа, заинтересована лица, свој правни интерес могла су да заштите једино у спору за поништај. Тужбом због прекорачења овлашћења могла су да побијају једностране акте који се доносе у поступку закључења управног уговора и који се, у смислу судске контроле, сматрају одвојивим од њега. Ту спадају пре свега одлука о избору друге уговорне стране и одобрење закључења уговора. На

донетој 1932. године. Ако су промене дефинитивног и трајног карактера онда нема разлога да управа, о трошку пореских обвезника и супротно суштини онога што су уговорне стране могле да предвиде, обезбеђује рад јавне службе која постаје неодржива. (*Ibid.*)

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 509-510.

¹⁷⁷ С. Поповић, „Специфичности управних уговора у романском праву“, *Правни живот*, 11-12/1993, p. 2177.

¹⁷⁸ Д. Денковић, *Добра управа* (избор текстова, редакција и предговор Ратко Марковић), Београд, 2010, p. 360.

исти начин могли су да се побијају и општи услови концесија, за које се тврди да имају карактер прописа.¹⁷⁹

Новија пракса Државног савета напушта традиционално везивање управних спорова пуне јурисдикције за повреду права и обавеза и омогућава да овакве спорове против управног уговора покрену и трећа, заинтересована лица. Иако је у почетку био резервисан за уговорне стране, управни спор је сада увелико доступан и трећим лицима – било да се ради о лицима која учествују у поступку закључења уговора, било о корисницима јавне службе која је предмет уговора. Француска теорија сматра да би то требало знатно да прореди спорове за поништај одвојивих аката, иако се не очекује да ће они бити потпуно потиснути.¹⁸⁰

2. Управни уговор у немачком праву

Док је француска судска пракса још почетком 20. века почела да уређује посебан правни режим управног уговора, дилеме о постојању овог акта управе у Немачкој отклоњене су тек у другој половини 20. века. Све до тада, управни уговор био је предмет теоријских расправа, ослоњених на аргументе Ота Мајера и Паула Лабанда. Они аутори који су следили мишљење Ота Мајера сматрали су да управни уговор не може да постоји; други, који су временом били све бројнији, тврдили су супротно. Тако је, током скоро једног века, управни уговор у Немачкој посматран првенствено као теоријска конструкција – могућа или немогућа.

Први покушај да се управни уговор уреди законом везује се за једну од немачких земаља – Виртемберг. У Виртембергу је 1931. године сачињен Нацрт Закона о управном праву, који је садржао и одредбе о управном уговору. Прецизније речено, садржао је одредбе о дозвољености, претпоставкама за закључење и ништавости управног уговора. Овај Нацрт никада није постао закон, и није ступио на

¹⁷⁹ В. Цуцић, *Управни спор пуне јурисдикције: модели и врсте*, Београд, 2016, pp. 111-112. Ово, међутим, није карактеристично само за управне уговоре, него и за грађанскоправне. Спор може да се води и против одвојивих аката који су донети у вези са грађанскоправним уговорима управе – оним уговорима у односу на које се спорови решавају пред судовима опште надлежности. (*Ibid.*)

¹⁸⁰ J. Morand-Deville *et al.*, *op. cit.*, p. 513 sq. Могућност да и учесник у поступку закључења управног уговора покрене управни спор пуне јурисдикције Државни савет први пут је прихватио 2007. године, када је донео одлуку „Друштво Тропик Радови Сигнализација“. Касније, 2014. године, ово право проширено је на сва трећа, заинтересована лица, доношењем одлуке „Департаман Тарн-е-Гарон“. (*Ibid.*, pp. 514-515)

снагу, али је, упркос томе, имао значајан утицај на ширење оних ставова који говоре у корист могућности постојања управног уговора.¹⁸¹

Дилеме су отклоњене тек 1976. године, доношењем савезног Закона о управном поступку. Њиме су предвиђене одредбе које уређују правни режим ове посебне врсте аката управе – назване јавноправним уговорима. Наравно, одредбе о јавноправним уговорима важе уколико се ради о области примене овог Закона. Оне не важе онда када је примена Закона о управном поступку искључена, као што је то у случају права социјалних услуга или пореског права. У овим посебним областима одредбе о јавноправним уговорима морају да се потраже у посебним законима, или да се изведу из општих начела управног права.¹⁸²

Према Закону о управном поступку, јавноправни уговор дефинисан је као уговор којим се заснива, мења или укида правни однос у области јавног права.¹⁸³ Прва ствар која се уочава у вези са овом законском дефиницијом јесте њена терминолошка непрецизност, о чему је било речи и на самом почетку овог рада. Када би се изрази „јавноправни уговор“ и „јавно право“ схватили дословно, онда би имали другачије и много шире значење од оног које се придаје управном уговору. Зато се немачки аутори не задовољавају језичким тумачењем: полазећи од области примене Закона о управном поступку, јавноправном уговору придају ужи смисао – онај који одговара уобичајеном смислу појма управног уговора.¹⁸⁴ Под јавноправним уговорима и правним односима у области јавног права заправо се подразумевају управни уговори и управноправни односи, имајући у виду одредбе Закона о управном поступку у целини. Упућивање на јавно право служи разграничењу ових уговора у односу на приватноправне, а не проширењу на све уговоре који би могли да се назову јавноправним.¹⁸⁵

Из законске дефиниције јавноправног уговора произлази да се његова правна природа одређује спрам предмета уговора, који се везује за јавно право. На то да је специфичан предмет битно обележје јавноправног уговора немачки аутори

¹⁸¹ W. Pakeerut, *op. cit.*, p. 53 sq.

¹⁸² H. Maurer, *op. cit.*, p. 371-372.

¹⁸³ *Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 2 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist – VwVfG, § 54, S. 1.*

¹⁸⁴ „Управни поступак, у смислу овог Закона, представља делатност органа са спољним дејствима, која је усмерена на проверу испуњености услова, припрему и доношење управног акта или на закључење јавноправног уговора; она укључује доношење управног акта или закључење јавноправног уговора.“ (VwVfG, § 9)

¹⁸⁵ H. Maurer, *op. cit.*, p. 379.

указивали су и пре доношења Закона о управном поступку.¹⁸⁶ Законом је заправо потврђено оно што је у правној теорији већ било уобичајено схватање.

Дефинисањем јавноправног уговора на основу његовог предмета законодавац се ослонио на објективан критеријум. Субјективне представе уговорних страна нису меродавне при одређивању правне природе једног уговора. Да би уговор био јавноправни, неопходно је да се предмет уговора односи на ситуације које се оцењују као јавноправне: да уговор, примера ради, служи извршењу јавноправних норми; да садржи обавезу доношења управног акта или вршења службене радње; да се односи на јавноправна овлашћења и обавезе грађана.¹⁸⁷

У спорним случајевима судска пракса ослања се на принцип претежности. У складу са њим, јавноправни уговор постоји онда када јавноправни елементи чине тежиште садржине уговора и односе превагу над приватноправним елементима. Уколико пак ови делови нису непосредно и узајамно повезани, примењује се принцип одвајања: јавноправни и приватноправни делови уговора раздвајају се и правно различито вреднују.¹⁸⁸

Проблем при одређивању правне природе једног уговора постоји нарочито онда када су уговорне чинидбе „неутралног“ карактера. Обично се ради о обавези плаћања одређене суме новца која, сама по себи, није ни јавноправна ни приватноправна. У таквим случајевима, узима се у обзир сврха чинидбе и целокупан карактер уговора.¹⁸⁹

Као последица оваквог дефинисања јавноправног уговора – преко специфичног предмета – јавља се закључак да уговорне стране нису битно обележје јавноправног уговора. За постојање јавноправног уговора неопходно је и довољно да предмет уговора буде везан за јавно право, без обзира на то ко су уговорне стране. Ако се законска дефиниција посматра и тумачи издвојено, онда је овај закључак тачан. Нејасно је само зашто би се у овом случају тумачење задржало на једној, издвојеној правној одредби, када тако није поступљено при утврђивању правога смисла израза „јавноправни уговор“. Ако је право значење израза „јавноправни уговор“ утврђено на основу целине законског текста, зашто се тако не би поступило и у овом случају. Систематско тумачење и овде упућује на нешто другачији закључак од оног који може да се изведе из језичког смисла законске дефиниције. Одредбе Закона о

¹⁸⁶ V. E. Forsthoff, *op. cit.*, p. 268; H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, München, 1968, p. 281.

¹⁸⁷ H. Maurer, *op. cit.*, pp. 380-382.

¹⁸⁸ S. Detterbeck, *op. cit.*, pp. 280-281.

¹⁸⁹ H. Maurer, *op. cit.*, p. 382.

управном поступку примењују они субјекти који врше управну делатност. У контексту јавноправних уговора то значи да се Закон о управном поступку примењује онда када је једна од уговорних страна вршилац управне делатности. Његово је учешће стога неопходно за постојање јавноправног уговора, одређеног у смислу Закона о управном поступку. Зашто би иначе немачки аутори за јавноправне уговоре између приватних лица тражили посебно законско овлашћење.¹⁹⁰ Зато што такви уговори не потпадају под дефиницију из Закона о управном поступку, имајући у виду субјекте који овај Закон примењују.

Правни положај уговорних страна узима се ипак у обзир, као основа за поделу јавноправних уговора на координационе и субординационе. Координациони јавноправни уговори закључују се између равноправних субјеката, а субординациони између неравноправних. Спорно је, међутим, да ли се равноправност, односно неравноправност субјеката тиче њиховог конкретног уговорног односа, или општег положаја. Према једном схватању, релевантан је општи правни положај уговорних страна, а не конкретан правни однос. У складу са овим схватањем, координациони уговори закључују се између начелно равноправних субјеката, као што су два вршиоца управне делатности, или два приватна лица; субординациони уговори закључује се између начелно неравноправних субјеката, попут уговора између вршиоца управне делатности и приватног лица.¹⁹¹ Друго схватање полази од обрнуте претпоставке: разлика између координационих и субординационих уговора изводи се из положаја субјеката у конкретном правном односу, без обзира на њихов карактер и положај ван тог односа. Овако схваћен критеријум поделе омогућава да се координациони уговори закључују између вршилаца управне делатности, с једне стране, и приватних лица, с друге, а субординациони између самих вршилаца управне делатности.¹⁹²

Подела на координационе и субординационе јавноправне уговоре није изричито предвиђена Законом о управном поступку, али се изводи из одредбе која прописује да орган са странком, уместо доношења управног акта, може да закључи

¹⁹⁰ Маурер најпре тврди да се у складу са законском дефиницијом правна природа јавноправног уговора одређује на основу његовог предмета и да је, самим тим, правни положај уговорних страна ирелевантан. Но одмах затим наглашава и то да су јавноправни уговори између приватних лица дозвољени само онда када постоји посебно законско овлашћење. (V. H. Maurer, *op. cit.*, p. 381) Када би се уговори између приватних лица подводили под дефиницију из Закона о управном поступку такво посебно законско овлашћење не би било потребно. Чини се да Маурер није сасвим у праву и да је правни положај уговорних страна ипак релевантан.

¹⁹¹ H. J. Wolff, *op. cit.*, pp. 281-282.

¹⁹² S. Detterbeck, *op. cit.*, pp. 282-284.

јавноправни уговор.¹⁹³ С обзиром на то да се ови јавноправни уговори закључују између субјеката који се налазе у односу надређености и подређености, сматрају се субординационим.

Поменута одредба Закона о управном поступку навела је поједине ауторе да и везу са управним актом искористе као додатни критеријум за поделу јавноправних уговора на координационе и субординационе. Координациони уговори уређују оне правне односе који не могу да буду уређени управним актом. Субординациони уговори су често повезани са управним актом, тако што му претходе или тако што га замењују. Често, али не и увек, пошто постоје и субординациони уговори који нису повезани са управним актом.¹⁹⁴ Но ако је то тако, онда ни повезаност са управним актом не може да буде критеријум класификовања.

Подела јавноправних уговора на координационе и субординационе дубоко је укорењена у немачкој правној теорији. Она се јавила и пре доношења Закона о управном поступку, а прихваћена је и после тога. Њени корени чак допиру до самих почетака расправе о могућности постојања јавноправног уговора, која се и водила из угла правног положаја и међусобног односа уговорних страна. Упркос томе, подела се чини веома спорном.

Када се каже да је неки уговор координациони, онда је то плеоназам. Тиме није речено ништа ново у односу на оно што појам уговора већ подразумева. Уз јавноправни уговор није потребан ни атрибут „субординациони“, уколико се неравноправност односи на општи положај уговорних страна, а не на конкретан правни однос. Какве везе са уговором има чињеница да би уговорне стране у неком другом правном односу могле да буду неравноправне? Никакве; релевантан је само њихов међусобни однос у конкретном случају. Међутим, ни они који тврде да се неравноправност уговорних страна тиче баш тог конкретног случаја, конкретног правног односа, не наводе у чему се та надређеност и подређеност огледају. Они мењају уобичајено посматрање критеријума ове поделе и износе тврдње, али их не поткрепљују аргументима и образложењем.

Основу за другачији став, чини се, не пружају ни одредбе Закона о управном поступку. Могућност да орган, уместо доношења управног акта, закључи са странком јавноправни уговор, не упућује ни на који начин на однос надређености и подређености између њих. Напротив, указује на то да орган напушта своју надмоћну

¹⁹³ VwVfG, § 54, S. 2.

¹⁹⁴ H. Maurer, *op. cit.*, pp. 384-385.

позицију и користи овлашћење да правни однос са странком заснује уговором, а не на ауторитативан начин. Издвајање ових јавноправних уговора има одређене практичне последице, с обзиром на то да за њих важе и нека специфична правила, која не важе за друге јавноправне уговоре. Али ни та правила не указују на однос надређености и подређености; ни она нису разлог да се ови уговори назову субординационим, нити остали координационим. Упорним инсистирањем на једној подели теоријског карактера, овим одредбама придаје се смисао који оне, једноставно речено, немају.

Законом о управном поступку ближе је одређено у којим се то ситуацијама јавноправни уговори закључују уместо доношења управног акта. Они се најпре закључују као уговори о поравнању, у ситуацијама у којима постоји неизвесност у погледу чињеничног стања или примене права. Специфичност овог поравнања огледа се у томе што се оно закључује између органа и странке, онда када орган процени да је узајамно попуштање целисходно за отклањање постојеће неизвесности.¹⁹⁵

Управне акте могу да замене и уговори о размени, којима се странка обавезује на противчинидбу органу. Противчинидба странке служи органу за испуњење његових јавних задатака. Према укупним околностима, она мора да буде прикладна и да стоји у стварној вези са уговорном чинидбом органа. Уколико странка има право на чинидбу органа, онда може да се уговори само она противчинидба која би при доношењу управног акта могла да се унесе као његов додатак.¹⁹⁶

Уговори о поравнању и уговори о размени једини су изричито предвиђени јавноправни уговори у Закону о управном поступку. У осталим случајевима, правни односи у области јавног права могу да се заснују, измене или укину јавноправним уговором уколико то није у супротности са правним прописима.¹⁹⁷ Овим је требало да се одговори на питање о дозвољености закључења јавноправног уговора, које се у правној теорији од самог почетка постављало као једно од основних и најважнијих питања. Дилеме о односу начела законитости управе и дозвољености закључења јавноправног уговора ипак нису сасвим отклоњене ни овом законском одредбом, о чему сведоче и њена различита тумачења.

¹⁹⁵ VwVfG, § 55.

¹⁹⁶ VwVfG, § 56. У складу са Законом о управном поступку, додаци – у виду рока, услова, придржаја опозива и налога – могу да се унесу у управни акт само онда када је то предвиђено законом, или онда када треба да осигурају да законске претпоставке управног акта буду испуњене. (VwVfG, § 36)

¹⁹⁷ VwVfG, § 54, S. 1.

Према једном ставу, поменута одредба Закона о управном поступку садржи генерално овлашћење за закључење јавноправног уговора. Посебно законско овлашћење, у конкретном случају, није потребно. Довољно је да закључење јавноправног уговора није забрањено; да оно није *contra legem*. Супротан став гласи да се ова одредба односи како на закључење тако и на садржину уговора. Она предвиђа јавноправни уговор као апстрактан облик деловања управе и има искључиво негативан смисао. Јавноправни уговор, у конкретном случају, не сме да се закључи ако је то у супротности са правним прописима. Из ње не произлази, у позитивном смислу, дозвољеност закључења јавноправног уговора. Он може да се закључи искључиво *secundum legem*, на основу посебног законског овлашћења.¹⁹⁸

Први став шире је заступљен у немачкој теорији. Но чак и након његовог прихватања, остаје спорно када се сматра да је закључење јавноправног уговора у супротности са правним прописима. На изричите забране ретко се наилази, а то што се у неким случајевима предвиђа доношење управног акта не мора да значи да је јавноправни уговор забрањен. Закон о управном поступку предвиђа да јавноправни уговор и тада може да се закључи, уместо доношења управног акта. Ситуација је јасна једино онда када је доношење управног акта предвиђено као обавезно. У осталим случајевима мора да се води рачуна о смислу и сврси правних норми. Укратко речено, онда када јавноправни уговор није забрањен, сматра се да његово закључење спада у дискрециону оцену органа.¹⁹⁹

Начелно посматрано, јавноправни уговор закључује се у писаној форми, уколико правним прописима није предвиђено другачије.²⁰⁰ То свакако значи да посебним прописима може да се предвиди и строжа форма. О супротној могућности мишљења су подељена. Док за једне ауторе одступање може да подразумева и усмену форму, за друге је оваква могућност спорна.²⁰¹

Јавноправни уговор који утиче на права трећих лица производи правно дејство тек онда када се она са тим сагласе. И за ову сагласност предвиђена је писана форма, без могућности да се посебним законима предвиди другачије.²⁰² Уколико се

¹⁹⁸ W. Pakeerut, *op. cit.*, pp. 137-138. У немачкој правној теорији постоји мишљење да управа закључењем управног уговора ради исто оно што ради и доношењем управног акта: тумачи и примењује закон. Зато су управни уговори дозвољени само онда када не служе избегавању и кршењу закона, него његовом извршењу. (V. E. Stein, „Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2-3/1961, pp. 326-327)

¹⁹⁹ W. Pakeerut, *op. cit.*, pp. 139-140.

²⁰⁰ VwVfG, § 57.

²⁰¹ H. Maurer, *op. cit.*, p. 398; S. Detterbeck, *op. cit.*, p. 292.

²⁰² VwVfG, § 58, Abs. 1.

јавноправни уговор закључује уместо управног акта који се доноси уз одобрење или сагласност другог органа, онда и тај други орган мора да учествује у закључењу уговора, у прописаној форми; тек након тога јавноправни уговор производи правно дејство.²⁰³ Правило о обавезном учешћу више органа у доношењу управног акта важи и онда када се уместо њега закључује јавноправни уговор.

Законом о управном поступку регулисане су и последице незаконитости јавноправног уговора. Последица је заправо једна и подразумева ништавост уговора. Разлози ништавости могу да се поделе на опште и посебне: општи разлози важе за све јавноправне уговоре, а посебни само за оне који се закључују уместо доношења управног акта. Општи разлози нису предвиђени Законом о управном поступку, већ Грађанским закоником, чије се одредбе сходно примењују.²⁰⁴ Они су стога исти као и за приватноправне уговоре. Специфични разлози ништавости постоје само за оне јавноправне уговоре који замењују управне акте и таксативно су набројани у Закону о управном поступку.²⁰⁵

Јавноправни уговори који замењују управне акте ништави су из истих оних разлога из којих би ништави били и сами управни акти одговарајуће садржине. Ништави су и из оних разлога из којих би управни акти одговарајуће садржине били незаконити (исправније би било да се каже рушљиви, јер су и ништави уговори незаконити), али под одређеним, додатним условима: први услов је да то буде познато уговорним странама; други услов је да се незаконитост не односи на небитне повреде правила о поступку, форми и месној надлежности, које немају утицаја на суштину ствари.

За уговоре о поравнању и уговоре о размени важе и додатни разлози ништавости: уговори о поравнању ништави су онда када нису испуњени услови за поравнање, предвиђени Законом о управном поступку; уговори о размени ништави су онда када је уговорена противчинидба странке недозвољена, имајући у виду услове за закључење овог уговора.

Јавноправни уговор може да буде ништав у целини, или делимично. Уколико се разлог ништавости односи на уговор у целини, ситуација је јасна. Дилеме настају онда када се разлог ништавости односи на део уговора. Ако може да се прихвати да би уговор био закључен и без тог дела, онда је ништав делимично. У супротном,

²⁰³ VwVfG, § 58, Abs. 2.

²⁰⁴ VwVfG, § 59, Abs. 1.

²⁰⁵ VwVfG, § 59, Abs. 2.

ништав је у целини, без обзира на то што разлог ништавости погађа само један део уговора.²⁰⁶

Из чињенице да је ништавост једина последица незаконитости јавноправног уговора произлази да оне незаконитости које нису предвиђене као разлози ништавости остају несанкционисане (бар када су у питању они јавноправни уговори који не замењују управне акте). Упркос незаконитости, јавноправни уговори који нису ништави производе правно дејство и не могу да се побијају.²⁰⁷ Немогућност побијања незаконитих јавноправних уговора не слаже се са начелом законитости управе, на шта се указује и у немачкој теорији. И поред различитих покушаја да се ова противречност објасни, она остаје спорна.²⁰⁸

Чини се да проблем ништавости јавноправног уговора произлази из сходне примене Грађанског законика. Као основно, поставља се питање који разлози ништавости предвиђени Грађанским закоником могу да се односе и на јавноправни уговор. Тачније, да ли се на јавноправни уговор примењује одредба Грађанског законика о ништавости правног посла који крши законску забрану, ако из закона не произлази другачије.²⁰⁹ Строга примена ове одредбе подразумевала би да је сваки незаконити јавноправни уговор ништав, без обзира на карактер незаконитости. Оваква примена била би у складу са начелом законитости управе, али би, истовремено, значила да су разлози таксативно предвиђени Законом о управном поступку сувишни. Зато се у немачкој литератури, али и судској пракси, прихвата средње решење. Одредба Грађанског законика се примењује, али не увек и на све повреде закона. Прави се разлика између квалификованих и обичних повреда закона: квалификоване повреде закона за собом повлаче ништавост јавноправног уговора, а обичне не. Наравно, проблем ни на овај начин није сасвим решен, с обзиром на то да не постоје јасни и прецизни критеријуми за разликовање ових повреда.²¹⁰

Када се поменуће одредбе Закона о управном поступку и Грађанског законика поново прочитају, делује да немачки аутори нису у праву. Разлози ништавости таксативно набројани у Закону о управном поступку нису сувишни. Сувишном се пре чини конструкција „квалификованих“ и „обичних“ повреда закона, која уноси

²⁰⁶ VwVfG, § 59, Abs. 3.

²⁰⁷ H. Maurer, *op. cit.*, p. 404.

²⁰⁸ W. Pakeerut, *op. cit.*, pp. 150-151.

²⁰⁹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist – BGB, § 134.

²¹⁰ H. Maurer, *op. cit.*, pp. 406-407; S. Detterbeck, *op. cit.*, pp. 295-297.

несигурност у оцену постојања разлога ништавости јавноправних уговора. Из одредбе Грађанског законика заиста произлази да повреде закона представљају разлог ништавости јавноправног уговора. Међутим, то је само део поменуте одредбе. Други део ове одредбе оставља могућност да се од тог правила предвиде и одређени изузеци. Незаконит правни посао је ништав, под условом да неким посебним законом није прописано другачије. У односу на јавноправне уговоре другачије одредбе и постоје, предвиђене су Законом о управном поступку. У складу са њима, небитне процесне и формалне повреде закона не доводе до ништавости јавноправног уговора.

У вези са сходном применом Грађанског законика може да се уочи још једна нелогичност у радовима немачких аутора. На основу сходне примене Грађанског законика, они у разлоге ништавости јавноправног уговора убрајају и недостатке воље, као што су заблуда, превара и претња.²¹¹ У Грађанском законнику, међутим, недостаци воље нису предвиђени као разлози ништавости правног посла, већ као разлози његове рушљивости. Како би недостатке воље подвели под разлоге ништавости јавноправног уговора, они се позивају на одредбу Грађанског законика која прописује да се рушљив правни посао, који буде оспорен, од почетка посматра као ништав.²¹² Смисао поменуте одредбе није у томе да недостатке воље подведе под ништавост правног посла, већ у томе да укаже на последице рушљивости правног посла. Правни посао се поништава, што значи да се уклањају сва правна дејства која је од самог почетка произвео. Зато се у наведеној одредби Грађанског законика и наглашава да је правни посао оспорен. Уколико није, у предвиђеном року, онда нема никаквих последица. Самим тим, недостаци воље не могу да се сврстају у разлоге ништавости правног посла, односно јавноправног уговора. Недостаци воље код јавноправних уговора не могу да буду санкционисани у оквиру разлога ништавости, већ на основу општег упућивања на сходну примену одредби Грађанског законика.

Правни режим јавноправног уговора, уређен Законом о управном поступку, обухвата и правила о измени и раскиду уговора у посебним случајевима. Први случај односи се на промењене околности, а други на потребу да се заштити и оствари јавни интерес. Уколико није прописано другачије, уговор се раскида у писаној форми, а раскид мора да буде образложен.²¹³

²¹¹ H. Maurer, *op. cit.*, p. 405; S. Detterbeck, *op. cit.*, p. 295.

²¹² BGB, § 142, Abs. 1.

²¹³ VwVfG, § 60, Abs. 2.

Када се околности, које су одлучујуће за одређивање садржине уговора, битно промене у односу на оне које су постојале у време закључења уговора, измену уговора може да захтева она страна од које више не може да се тражи да се придржава првобитно уговорених услова. Ако измена уговора није могућа, или не може да се захтева, уговорна страна коју нове околности погађају може да раскине уговор.²¹⁴ Право да захтева измену, односно да раскине уговор, може да има како орган тако и странка; у том погледу орган нема никакве предности у односу на свог сауговорача.

Насупрот томе, када је потребно да се спречи или отклони тешка штета по јавни интерес право на једностранни раскид уговора припада само органу, али не и другој уговорној страни.²¹⁵ Ово посебно право органа представља најзначајнију специфичност у режиму јавноправног уговора, имајући у виду да се његовим прописивањем нарушава начелна једнакост уговорних страна. Зато је у немачкој правној теорији и оцењено као спорно. Понекад се посматра као захват који споља утиче на уговорни однос, а понекад као посебан случај примене теорије о промењеним околностима.²¹⁶

Једностранни раскид уговора – ради заштите и остваривања јавног интереса – повлачи за собом и питање накнаде штете коју трпи друга уговорна страна. Право на накнаду штете није изричито предвиђено, али се изводи из сходне примене одредби о опозиву законитог управног акта.²¹⁷ Када дође до опозива законитог управног акта, ради спречавања или отклањања тешке штете по јавни интерес, орган је дужан да странци накнади претрпљену штету.²¹⁸ Полазећи од тога да се и јавноправни уговор раскида из истог разлога, као и од тога да се остале одредбе Закона о управном поступку сходно примењују и на јавноправни уговор, долази се до закључка да је и овде орган дужан да другој уговорној страни накнади штету, иако то није посебно прописано.

Повољнији положај органа постоји у односу на раскид, али не и у односу на извршење уговора. Када друга уговорна страна не извршава своје обавезе, орган нема право да је на то принуди. Мора да се обрати суду, исто као и друга уговорна

²¹⁴ VwVfG, § 60, Abs. 1, S. 1.

²¹⁵ VwVfG, § 60, Abs. 1, S. 2. Право органа на једностранни раскид уговора, ради заштите и остваривања јавног интереса, још једном показује да је подела јавноправних уговора на координационе и субординационе вештачка и погрешна. Ово право не постоји само код „субординационих“ уговора, оних који замењују управне акте, већ код свих јавноправних уговора.

²¹⁶ W. Pakeerut, *op. cit.*, pp. 154-155.

²¹⁷ *Ibid.*, pp. 156-157.

²¹⁸ VwVfG, § 49.

страна у супротном случају.²¹⁹ Равноправност уговорних страна очувана је и у случају потчињавања непосредном извршењу, које је, као специфично, предвиђено за јавноправне уговоре закључене уместо управних аката. Код ових јавноправних уговора обе уговорне стране – како орган тако и странка – могу да се потчине непосредном извршењу.²²⁰ Само у том случају и у односу на ону уговорну страну која је пристала на непосредно извршење, јавноправни уговор представља извршни наслов. Ако је на непосредно извршење пристала странка, онда је орган овлашћен да спроведе извршење у складу са правилима о извршењу управног акта. Ако је на непосредно извршење пристао орган, странка своја потраживања може да оствари у складу са правилима о извршењу пресуде управног суда. Укратко, то значи да јавноправни уговори који садрже клаузулу о непосредном извршењу могу да се изврше на исти начин као и управни акти, односно пресуде управних судова.²²¹

Овим су заокружена посебна правила која су у Закону о управном поступку предвиђена за јавноправне уговоре. Као што може да се примети, посебних правила нема много и она не чине режим јавноправног уговора у целини. У односу на бројна питања посебна правила нису ни предвиђена, али је зато предвиђена сходна примена неких других правила. На све оно што није посебно регулисано у делу о јавноправном уговору сходно се примењују остале одредбе Закона о управном поступку. Ако ни то није довољно, онда се сходно примењују одредбе Грађанског законика.²²² Правни режим јавноправних уговора обухвата стога три групе правила. У првој групи су правила која су специфична за јавноправне уговоре и важе само за њих. У другој групи су правила која првенствено важе за управне акте, али се сходно примењују и на јавноправне уговоре. Коначно, у трећој групи су правила која су заједничка за све уговоре, како јавноправне тако и приватноправне, предвиђена Грађанским закоником.

Последња специфичност јавноправног уговора тиче се начина решавања спорова. Спорове који произлазе из јавноправних уговора решавају специјализовани, управни судови. У складу са Законом о управним судовима, ови судови надлежни су за решавање свих спорова јавноправне природе, који немају уставноправни карактер

²¹⁹ H. Maurer, *op. cit.*, p. 416.

²²⁰ VwVfG, § 61, Abs. 1.

²²¹ H. Maurer, *op. cit.*, p. 416.

²²² VwVfG, § 62.

и нису посебним законом изричито стављени у надлежност неког другог суда.²²³ Посебно се наглашава да се у управном спору решава и о имовинскоправним захтевима који почивају на јавноправним уговорима, имајући у виду да овакве захтеве иначе, чак и када произлазе из повреде јавноправних обавеза, решавају судови опште надлежности.²²⁴

У односу на јавноправне уговоре не постоји посебна тужба за покретање управног спора; која ће тужба бити дозвољена зависи од тужбеног захтева. Уколико се орган јавноправним уговором обавезао на доношење управног акта, па своју обавезу није извршио, дозвољена је тужба која се подноси у случају ћутања управе (а то је иста тужба која се подноси и онда када је захтев странке за доношење управног акта изричито одбијен). Оспоравање правног дејства јавноправног уговора постиже се помоћу тужбе за утврђење, док се захтеви усмерени на чинидбе истичу помоћу кондемпнаторне тужбе.²²⁵

Сумарно посматрано, правила о немачком јавноправном уговору не делују сасвим јасно и логично. Многа питања и даље могу да се поставе, упркос томе што је овај уговор нормиран законом. Јавноправни уговор је замишљен, или се бар тако чини, као алтернативни начин вршења управне делатности – у односу на доношење управног акта. Уместо да донесе управни акт, орган са странком може да закључи уговор; уместо да заснује управноправни однос ауторитативно, он га заснива сагласношћу воља. Међутим, стиче се утисак да је све то сувишно и непотребно. Ако је немачки законодавац желео да нам саопшти то да управа не мора увек да иступи ауторитативно према појединцима, онда није морао да конструише никакве посебне, јавноправне уговоре. Исти ефекат може да се постигне и закључењем „обичних“, грађанскоправних уговора. Да је желео да постигне и нешто више од тога, онда би вероватно и правни режим јавноправног уговора био другачији; вероватно се не би заснивао на истим принципима на којима се заснива и правни режим грађанскоправног уговора.

Немачки законодавац постигао је једино то да прошири и обесмисли неке од основних појмова управног права – појам управног акта и појам управноправног

²²³ Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (*BGBI.* I S. 686), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (*BGBI.* I S. 1151) geändert worden ist – VwGO, § 40, Abs. 1.

²²⁴ VwGO, § 40, Abs. 2.

²²⁵ A. Glaser, *op. cit.*, p. 98.

односа.²²⁶ Он полази од претпоставке да се управноправни однос заснива и закључењем уговора. Зашто? Зато што би у истој ситуацији могао да буде донет и управни акт. Али у томе и јесте суштина овог проблема: управни акт није донет зато што је закључен уговор; зато што није ни било потребе да се ауторитативно интервенише. Жељени ефекат постигнут је и заснивањем грађанскоправног односа. Потенцијална могућност доношења управног акта још увек не даје једном односу управноправни карактер. Да би настао управноправни однос та могућност мора да буде и остварена.

Да резимирамо: орган је странци понудио закључење уговора; понудио је странци могућност да се поравнају. Уколико она ту понуду прихвати онда нема никакве потребе за доношењем управног акта и заснивањем управноправног односа. Али никакве потребе онда нема ни за конструисањем неког посебног уговора, који би заправо био посебан једино по имену. У питању је слобода управе да бира начин свог деловања – доношењем управног акта или закључењем уговора. Сетимо се експропријације, као примера. Уколико управа изабере уговор, а не управни акт, зашто би тај уговор аутоматски био јавноправни. Зашто би се тада говорило о управној делатности, када је управа одлучила баш супротно, да не врши управну делатност и да поступи онако како поступају и појединци.

3. Управни уговор у аустријском праву

За разлику од немачког, у аустријском праву управни уговор није изричито предвиђен законом. Не постоји законска дефиниција управног уговора, нити на општи начин уређен правни режим ове посебне врсте аката управе.²²⁷ Ни

²²⁶ Могућност да јавноправни уговор замени управни акт неизбежно отежава њихово међусобно разликовање и разграничење. Ово се нарочито односи на управне акте који се доносе уз пристанак странке. У појединим случајевима може да буде спорно да ли постоји управни уговор или управни акт који се доноси уз пристанак странке. Правна природа таквог акта зависи од тога како се правно квалификује изјава воље органа. У том смислу, пристанак странке може да се схвати као закључење уговора само ако је претходно разјашњено да и изјава воље управе има такав карактер. (W. Spannowsky, *op. cit.*, pp. 73-74) Замислимо је и то да орган и странка имају различите представе о донетом акту, што у разграничење уводи додатну конфузију: „Ако орган жели да закључи уговор, а грађанин искључиво жели да његова изјава воље буде схваћена као захтев за издавање управног акта (који се доноси уз пристанак странке), у недостатку сагласности воља не постоји уговор, а поред тога ни управни акт. Насупрот томе, ако орган жели да изда управни акт, а грађанин своју изјаву воље посматра као састојак уговора, такође не постоји уговор, али постоји управни акт (свакако незаконит, а можда чак и без правног дејства).“ (H. Maurer, *op. cit.*, p. 390)

²²⁷ H. Eberhard, *op. cit.*, p. 15; A. Glaser, *op. cit.*, p. 215; B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 2017, p. 469.

терминологија стога није позитивноправна, већ теоријска. Ова специфична врста аката управе означава се најчешће термином „управноправни уговор“. О постојању управноправних уговора говори се само у оквиру посебних области управног права. У судској пракси и правној теорији прихвата се да управноправни уговори постоје у одређеним управним областима, уз различите покушаје да се они подведу под режим правне заштите карактеристичан за управно право. У недостатку изричитог законског регулисања, расправа о управноправном уговору води се најчешће *de lege ferenda* и налази се, како се то понекад истиче, у пат-позицији.²²⁸

Издвајање једне специфичне врсте уговора – управноправног карактера – везује се за једну ширу поделу у аустријском управном праву и само у оквиру ње може правилно да се објасни. То је подела на суверену и приватно-привредну управу. Под сувереном управом уобичајено се подразумева ауторитативна делатност – заповедање. Када врши суверену управу, држава иступа као носилац власти и доноси акте сувереног карактера. Насупрот томе, приватно-привредна управа не заснива се на ауторитативном иступању и заповедању, већ се ослања на акте који су начелно доступни сваком приватном лицу. То је од самог почетка дало повода схватању да се при разликовању суверене и приватно-привредне управе првенствено ради о разликовању између аката којима се органи управе служе.²²⁹ Овај критеријум поделе прихваћен је и у судској пракси:

„За разграничење приватно-привредне управе од суверене управе нису толико значајни мотив и сврха делатности, пре је одлучујуће које правно-техничко средство законодавство обезбеђује за остваривање задатака који треба да се изврше.“²³⁰

На суверене акте управе надовезује се и одговарајућа правна заштита, која се остварује пред Управним и Уставним судом (судовима јавног права). Акти управе који могу да буду предмет контроле пред судовима јавног права предвиђени су Савезним уставним законом и стога се само њима придаје својство суверености. Другим речима, у оквиру суверене управе могу да се доносе само они акти о којима може да се одлучује пред судовима јавног права.

Историјски посматрано, судска контрола појединачних аката управе у аустријском праву дуго је била везана искључиво за одлуке (управне акте).²³¹

²²⁸ H. Eberhard, *op. cit.*, p. 5.

²²⁹ B. Raschauer, *op. cit.*, pp. 275-276.

²³⁰ Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs – VfSlg, 3.262/1957. (A. Glaser, *op. cit.*, p. 206)

Суверена управа се самим тим сводила на ауторитативно иступање, које се у појединачним ситуацијама изражавало у доношењу одлуке. Без одлуке није постојала ни суверена управа, већ једино приватно-привредна:

„Када год држава не доноси одлуку – средство којим се изражава надређеност државе над појединцима – она у спољним односима делује као приватноправно лице.“²³²

Последице оваквог разграничења биле су јасне: за уговоре није било места у оквиру управног права и суверене управе. Уговори су се сматрали искључиво приватноправним актима, који се закључују у оквиру приватно-привредне управе, а спорови из уговорног односа решавали су се пред редовним судовима.²³³

Проблем је настао онда када је законодавац у низу пореских прописа предвидео могућност закључења уговора између пореског органа и пореског обвезника. Полазећи од тога да је област пореза једна од класичних области суверене управе и да предмет оваквих уговора има јавноправни карактер, они више нису могли да се сматрају приватноправним актима.²³⁴ Самим тим, о споровима из уговорног односа више нису могли да решавају редовни судови. Надлежни, међутим, нису били ни судови јавног права, који су решавали искључиво спорове проистекле из одлука. У погледу судске контроле управе настала је празнина, што је

²³¹ Одлука је јединствени назив за управне акте, уведен у аустријски правни систем Законом о општем управном поступку из 1925. године. Пре доношења овог Закона говорило се о наредбама и решењима. Наредбе су сматране конститутивним, а решења декларативним управним актима. Поједини аустријски аутори данас покушавају да у оквиру ове поделе подведу и јавноправне уговоре. Тачније, да јавноправне уговоре подведу под решења, декларативне управне акте, у смислу судске контроле пред тадашњим судовима јавног права. Тврде да су јавноправни уговори били нарочито карактеристични за област субвенција. У области субвенција наглашен је јавни интерес, те се у складу са тим критеријумом и успостављала линија разграничења између јавног и приватног права, а тиме и надлежности судова јавног права и редовних судова. Сматра се да је појам решења био довољно широк да обухвати и двостране, поред једностранних аката. Након Новеле Савезног уставног закона и доношења Закона о општем управном поступку из 1925. године више се не говори о наредбама и решењима, већ се за управне акте употребљава термин „одлука“. Под одлукама се пак подразумевају искључиво једностранни акти. То је довело до напуштања критеријума јавног интереса као мерила за одређивање надлежности судова јавног права. Уместо критеријума интереса, критеријум разликовања надлежности постаје субординација. У складу са мерилем субординације, судови јавног права контролишу законитост ауторитативног иступања државе, које се у конкретним ситуацијама испољава у доношењу одлуке. Доношење одлуке постаје претпоставка за вођење поступка пред судовима јавног права, бар када су у питању конкретне ситуације. Свођење судске контроле на одлуку имало је негативне последице на развој управноправног уговора. Значило је заправо да уговори ни немају места у јавном праву и да се увек сматрају приватноправним актима. (V. H. Eberhard, *op. cit.*, pp. 54-64)

²³² *Ibid.*, p. 64.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ L. K. Adamovich, B. C. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York, 1987, p. 292.

било у супротности са начелом законитости управе и уставноправним гаранцијама правне заштите.

Недостатак правне заштите неизбежно је водио ка питању о дозвољености закључења оваквих уговора. На постављено питање одговор је дао Уставни суд – и то потврдан. Уставни суд је прихватио управноправне уговоре, али под одређеним условима: управноправни уговори дозвољени су онда када за њихово закључење постоји изричита законска основа; други услов је да се ради о случајевима у којима је предвиђено да се о спорним питањима из уговорног односа решава одлуком, што управноправном уговору даје карактер „несамосталног извора права“.²³⁵

Потреба за изричитом законском основом управноправног уговора произлази из начела законитости управе, схваћеног у строгом смислу речи. За разлику од Немачке, у Аустрији се строго схваћено начело законитости односи на целокупну суверену управу, а не само на оне делатности којима се ауторитативно захвата у сферу права и слобода појединаца. И док је у Немачкој довољно да закључење јавноправног уговора није у супротности са законом, у Аустрији се тражи да закључење управноправног уговора законом буде изричито предвиђено. Према овој теорији, која се назива теоријом нормативног овлашћења, однос управноправног уговора према закону сличан је односу између одлуке и закона. Слично као и код одлуке, потребно је да законом буде уређено више питања: надлежност за закључење уговора, форма уговора и његова садржина.²³⁶

Законско овлашћење не значи увек и употребу термина „уговор“. Довољно је да закон предвиђа правни акт који је по својој суштини уговор, без обзира на назив који се том приликом употребљава. У спорним случајевима, када се у закону не помиње овај термин, о постојању управноправног уговора закључује се систематски, из целине законских правила, при чему се посебна пажња посвећује начину на који је уређена правна заштита. Начин на који се решавају спорови произашли из уговора представља један од важних критеријума при одређивању његове правне природе.²³⁷

²³⁵ VfSlg, 9226/1981. (B. Raschauer, *op. cit.*, pp. 469-470)

²³⁶ H. Eberhard, *op. cit.*, pp. 294-300. У питању је разлика која у немачком и аустријском праву постоји између принципа првенства закона и принципа потпуне везаности законом. Први принцип подразумева да је закон граница делатности управе, а други да закон представља основ и услов делатности управе. У односу на јавноправни уговор, у Немачкој се примењује принцип првенства закона, док се у Аустрији на управноправни уговор примењује принцип потпуне везаности законом.

²³⁷ *Ibid.*, pp. 303-304.

На специфичну правну заштиту циља и схватање о управноправном уговору као „несамосталном извору права“.²³⁸ „Несамосталност“ подразумева да спорови у вези са управноправним уговором не могу непосредно да се решавају пред судовима јавног права. Управноправни уговор може да буде предмет судске контроле посредно, преко одлуке која се претходно доноси. У складу са идејом о „затвореном систему извора права“, дозвољени су само они акти у односу на које постоји одговарајућа правна заштита, предвиђена Савезним уставним законом. Пошто такве заштите у односу на управноправни уговор нема, Уставни суд је условно прихватио његово постојање и приписао му „несамосталан“ карактер.²³⁹

Оно што се чини јасним, већ на први поглед, уочавају и аустријски аутори. Конструкција о „несамосталном извору права“ није отклонила све дилеме у вези са постојањем управноправног уговора. Напротив, чини се да она не говори само у корист управноправног уговора, већ и против њега; онолико колико га потврђује, она га и негира. Веома је необично и спорно то што се својство „извора права“ управноправном уговору додељује у зависности од постојања спора. Ако између уговорних страна нема никаквог спора, управноправном уговору признаје се правно дејство и „самосталан“ карактер. У случају спора пак управноправни уговор губи своју „самосталност“ и захтева се доношење одлуке, како би се након тога, посредно, обезбедила и правна заштита пред судовима јавног права. Такво претварање управноправног уговора из „самосталног“ у „несамосталан извор права“ у супротности је са самом природом уговора и начелом *pacta sunt servanda*.²⁴⁰

Схватање о „несамосталном“ карактеру управноправних уговора није једино схватање које објашњава дозвољеност њиховог закључења. Ослањајући се такође на праксу Уставног суда, правна теорија развила је и став о управноправном уговору као одлуци, схваћеној у уставноправном смислу речи. То би заправо требало да значи да у аустријском правном систему постоје два појма одлуке: први, ужи, произлази из Закона о општем управном поступку и подразумева једностране акте;

²³⁸ Сврставање појединачних правних аката у „изворе права“ заснива се на учењу нормативистичке правне теорије о ступњевитости правног поретка, у складу са којим између стварања и примене права постоји само релативна супротност: „Увид у ступњевитост правног поретка показује да супротност између стварања права или произвођења права, на једној, и вршења права или примене права, на другој страни, уопште нема онај апсолутни карактер који традиционална теорија права повезује с том супротношћу која је за њу тако значајна. Већина правних аката уједно су акти стварања права и вршења права. Са сваким од тих правних аката извршава се једна норма вишег ступња и ствара се једна норма нижег ступња.“ (Х. Келзен, *Чиста теорија права*, р. 58)

²³⁹ Н. Eberhard, *op. cit.*, pp. 258-274.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 339.

други, шири, проистиче из Савезног уставног закона и обухвата како једностране тако и двостране акте. Према овом схватању, а у смислу одредби Савезног уставног закона које уређују судску контролу управе, управноправни уговори сматрају се одлукама које се доносе уз сагласност странке.²⁴¹

За разлику од „несамосталног извора права“, подвођење управноправног уговора под „уставноправни појам одлуке“ омогућава директну судску контролу. То, међутим, не значи да је ова конструкција боља и правилнија од претходне. И она је створена подједнако вештачки. Ако је за претходну конструкцију могло да се каже да делимично негира постојање управноправног уговора, онда за ову може да се каже да то чини у потпуности. Када се поједностави, постаје јасно да она ни не значи прихватање управноправног уговора, већ враћање на стару и превазиђену идеју о двостраним управним актима.

Видимо да је у аустријском праву уложено много труда у покушаје да се управноправни уговор подведе под оквире судске контроле управе, чиме би се оправдало и његово постојање. У обе изложене варијанте, управноправни уговор не може да се одвоји од одлуке, јер у супротном не може да буде предмет контроле пред судовима јавног права. Као једини изузетак од тог правила наводи се супсидијарна надлежност Уставног суда за одлучивање о имовинскоправним захтевима поднетим против Савеза, земаља, општина и удружења општина. У питању су имовинскоправни захтеви који не могу да се остваре ни пред редовним судовима ни пред органима управе. Овим се управноправни уговор и одлука јасно раздвајају, с обзиром на то да је немогућност доношења одлуке процесна претпоставка за покретање поступка пред Уставним судом.²⁴²

Свакако да и овакво схватање заслужује критику. Исправно се истиче да се на овај начин негира равноправност уговорних страна. Једна од њих је легитимисана искључиво активно, а друга пасивно. Осим тога, правна заштита осмишљена у овој варијанти не обезбеђује садржинску проверу правног односа који је створен управноправним уговором. Практично посматрано пак, оваква правна заштита не може да буде ефикасна, пошто би довела до преоптерећења Уставног суда.²⁴³ Критика би, чини се, могла да буде и оштрија: оваква правна заштита потпуно је непримерена решавању спорова који произлазе из управноправних уговора.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 241-251.

²⁴² *Ibid.*, p. 341.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 344-346.

Решавање тих спорова мора да буде подведено под редовну и уобичајену, а не изузетну и супсидијарну судску надлежност. Супсидијарна надлежност Уставног суда не може да буде основа прихватања једне посебне врсте аката управе, о каквој би овде требало да се ради.

Решење проблема није у стварању вештачких конструкција и позивању на супсидијарну надлежност Уставног суда. То су приметили и аустријски аутори, наглашавајући при томе да је за издвајање управноправног уговора у посебну врсту аката управе неопходна реформа система правне заштите, који почива на одредбама Савезног уставног закона.

Реформа аустријског система судске контроле управе трајала је дуго, више деценија. Започела је стварањем независних управних већа, 1988. године, која су, у организационом смислу, представљала део управне власти. Завршила се 2012. године, стварањем већег броја управних судова. Стари Управни суд, који је до тада био и једини, у новој организацији управног судства добио је место на врху.²⁴⁴ За то време, дошло је и до проширења предмета судске контроле управе. Након измена из 2012. године, одредбама Савезног уставног закона предвиђено је да управни судови одлучују о законитости одлука и одређених упутстава, о законитости вршења непосредне власти заповедања и принуде, као и у случају ћутања управе.²⁴⁵

Осим у овим изричито наведеним случајевима, надлежност управних судова може посебним законом да буде предвиђена и за одлучивање о следећим питањима: о законитости поступања органа управе у извршавању закона, о законитости поступања наручилаца у стварима додељивања јавних уговора и о споровима у службеничким стварима.²⁴⁶

На први поглед, могло би да се помисли да су након овог проширења и управноправни уговори постали предмет управног спора; тачније, могли би да постану предмет управног спора – у облику јавних уговора – уколико је то предвиђено посебним законима. Овде се, међутим, најбоље уочава колико непрецизна терминологија може да буде опасна. Са изразом „јавни уговор“ већ смо се срели на почетку овог рада и већ тада смо видели зашто је он проблематичан – зато што јавни уговори немају увек и јавноправну природу. Овај несрећни термин

²⁴⁴ V. P. Радошевић, „Организација управног судства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2014, pp. 414-415.

²⁴⁵ Bundes-Verfassungsgesetz (BGBl. Nr. 1/1930), zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 22/2018 – B-VG, Art. 130, Abs. 1. Измене из 2012. године извршене су Новелом о управном судству. (Verwaltungsgerichtsbarkeits Novelle, [BGBl, Nr. 51/2012])

²⁴⁶ B-VG, Art. 130, Abs. 2.

долази из права Европске уније, широко је заступљен, али под њим се ни у ком случају не подразумевају увек управни уговори. Иако то звучи контрадикторно, јавни уговори могу да буду и приватноправне природе. То нам потврђују и аустријски аутори: сматра се да у аустријском праву ови уговори имају грађанскоправни карактер и да њихово закључење спада у приватно-привредну управу.²⁴⁷ Управноправни уговори, дакле, не могу да се подведу под предмет управног спора, бар не као јавни уговори, јер јавни уговори уопште ни немају јавноправни карактер.²⁴⁸

Уместо под јавне уговоре, управноправни уговори подводе се под другу надлежност управних судова – ону за одлучивање о законитости поступања органа управе у извршавању закона.²⁴⁹ У поређењу са раније објашњеним конструкцијама, подвођење управноправног уговора под „извршавање закона“ подједнако је спорно, а самим тим и подједнако неприхватљиво. Смисао контроле законитости поступања органа управе у извршавању закона не може да буде решавање спорова који проистичу из управноправног уговора; ови спорови тичу се извршавања уговора, а не закона. На оваквој изузетној могућности судске контроле, везаној за поједине области и условљеној постојањем посебних прописа, не може да се заснује општи правни режим управноправног уговора.

Све ово делује веома нелогично и конфузно! Имајући у виду чињеницу да се у оба случаја ради о судској контроли законитости поступања једне уговорне стране, остаје нејасно зашто јавни уговори немају управноправни карактер, иако се посебно помињу, а неки други би требало да имају, зато што се подводе под „извршавање закона“. Ако су уговори које закључује јавни наручилац приватноправни, без обзира на то што се о законитости његовог поступања одлучује у управном спору, онда исту правну природу имају и други уговори које закључују органи управе. Онда ни други уговори не могу да добију управноправни карактер само зато што се о законитости поступања органа управе одлучује у управном спору.

²⁴⁷ В. Raschauer, *op. cit.*, p. 288; А. Glaser, *op. cit.*, p. 217.

²⁴⁸ У немачком језику за јавне уговоре заправо се користи израз *öffentliche Aufträgen*. Дослован превод овог израза био би јавни налози. У питању су заправо уговори о грађењу, испорукама и вршењу услужних делатности, које додељује јавни наручилац. На савезном нивоу, поступак додељивања ових уговора уређен је Савезним законом о додељивању јавних уговора. Овим законом предвиђена је и надлежност Савезног управног суда за одлучивање о законитости поступања јавног наручиоца. (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, [BGBl, Nr. 65/2018]) За разлику од аустријског права, у француском праву ови уговори имају јавноправни карактер и сматрају се управним уговорима. Али не због права Европске уније, него зато што су као такви били предвиђени још почетком 19. века, много пре него што је Европска унија и настала.

²⁴⁹ В. Raschauer, *op. cit.*, p. 469.

Инсистирање на правној заштити и настојање да се управноправним уговорима пронађе место у њеним оквирима указује на то да се проблем углавном посматра кроз уговоре закључене између управе и приватних лица. То, међутим, није спречило да се и у аустријском праву, као и у немачком, говори о две врсте управноправних уговора – координационим и субординационим – у зависности од тога ко су уговорне стране и какав је њихов међусобни однос. Субординациони уговори су уговори између субјеката који стоје у односу надређености и подређености, првенствено између управних субјеката и приватних лица. Координациони уговори закључују се између равноправних субјеката.²⁵⁰ Ради се пре свега о уговорима између управних субјеката, али то могу да буду и уговори између приватних лица. Предмет ових уговора могу да буду међусобни захтеви приватних лица, јавноправног карактера, о којима би у случају спора одлучивао орган управе.²⁵¹

У аустријском праву расправа о управноправном уговору траје већ дуго, али још увек није завршена. Напротив, чини се да је ближа почетку, него крају. Прича се још увек своди на различите предлоге *de lege ferenda*, који би требало да доведу до излаза из поменуте пат-позиције. Један такав предлог ослања се на немачко право, али није занимљив зато што је добар и прихватљив, већ зато што се нешто слично догодило у земљама бивше Југославије, укључујући и нашу. Према речима аутора овог предлога:

„Први корак ка обезбеђењу ефикасности инструмента управноправног уговора, при досадашњем стању догматике, било би уграђивање неколико начела о уговорима у оквиру суверене управе у Закон о општем управном поступку. [...] На основу таквих општих принципа јавног уговорног права, био би дат бар импулс, који би у наставку могао да стимулише законодавца да се и у области материјалног права више и очигледније послужи овом правном формом. Разлог што то до сада није био случај, лежи свакако и у недостатку таквих одредби.“²⁵²

²⁵⁰ Н. Eberhard, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁵¹ Као класичан пример наводи се поступак у области водног права и споразум између странака о захтевима о којима би, у одсуству споразума, орган управе донео одлуку. (В. Raschauer, *op. cit.*, pp. 472-473) Споразум странака у управном поступку није ништа друго него поравнање. За разлику од немачког права, овде се мисли на класично поравнање, између странака, а не између странке и органа управе. Но зашто би се поравнање у управном поступку сматрало управним уговором? Поравнање у управном поступку постоји и у оним правним системима у којима нема управних уговора, а потиче из парничног поступка. Да ли то онда значи да су поравнања у парницама, које решавају судови, такође управни уговори? Нису, смисао поравнања је једно, а управних уговора нешто сасвим друго.

²⁵² Н. Eberhard, *op. cit.*, pp. 368-369.

4. Управни уговор у хрватском праву

Цитирани предлог аустријске правне теорије аустријски законодавац још увек није усвојио, али јесте хрватски. Управни уговори постали су део хрватског права 2009. године, доношењем Закона о општем управном поступку.²⁵³ Овим процесним прописом управни уговор први пут се изричито помиње и уређује. Истина, о управном уговору говорило се и пре доношења Закона о општем управном поступку; и пре изричитог регулисања, било је покушаја да се одређени уговори окарактеришу као управни. У том смислу, истицало се да у хрватском праву постоје посебне врсте уговора, попут уговора о концесији, чија су обележја иста или слична обележјима класичних управних уговора.²⁵⁴ Детаљније расправе о проблемима који се јављају при њиховом подвођењу под посебан, управноправни режим, није било. Зато су вероватно управни уговори тако олако и унети у Закон о општем управном поступку, без јасног плана и циља. Да је такве расправе било, можда би и хрватски законодавац био опрезнији и уздржанији према оваквом нормирању управног уговора.²⁵⁵

Законом о општем управном поступку управни уговори уређени су начелно, у оквиру неколико законских норми. По мишљењу хрватских аутора, то је и разумљиво, пошто се ради о првом регулисању ових аката управе. Зато је законодавац заузео само начелне ставове и одговорио на нека нужна питања у вези са њиховим закључењем и извршењем. Детаљније нормирање очекује се од посебних закона, који, уз управну и управносудску праксу, треба да дају одговоре и на преостала питања.²⁵⁶ Посебан правни режим управних уговора, уређен Законом о

²⁵³ Закон о опћем управном поступку, *Народне новине*, бр. 47/09 – Хрватски ЗУП.

²⁵⁴ И. Борковић, „Управни уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 2/1993, pp. 432-433; Д. Ђерђа, „Уговор о концесији“, *Хрватска јавна управа*, 3/2006, p. 116.

²⁵⁵ На то да су ови акти управе унети у хрватско право без јасног плана и циља указују битно другачије редакције одредби о управним уговорима у различитим нацртима Закона о општем управном поступку. У првој верзији полазило се од претпоставке да је управни уговор дозвољен онда када његово закључење није искључено посебним законом, под додатним условом да његово закључење дозвољава природа управне ствари, а орган управе је овлашћен да одлучује на основу дискреционе оцене. У другој верзији, а слична редакција постоји и у усвојеном тексту Закона, више се не полази од претпоставке о дозвољености управног уговора, већ се захтева изричито законско овлашћење, уз додатно ограничење које се састоји у томе да се управни уговори закључују само ради извршења права и обавеза утврђених управним актом. (V. В. Ђулабић, „Нови хрватски Закон о опћем управном поступку као полуга модернизације јавне управе“, *Хрватска јавна управа*, 2/2009, pp. 312-313) Како би другачије ове битно различите редакције норми о управним уговорима могле да се објасне осим брзоплетошћу и произвољношћу? Пажљивим и озбиљним планирањем?

²⁵⁶ Д. Авиани, Д. Ђерђа, „Актуална питања правног уређења управних уговора у хрватском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 3/2011, p. 479.

општем управном поступку, обухвата правила која се односе на: услове за закључење и предмет уговора, измену уговора због промењених околности и раскид уговора, ништавост уговора и правну заштиту, која се остварује изјављивањем приговора.²⁵⁷ Специфична правила о начину решавања спорова који проистичу из управног уговора садржи и Закон о управним споровима.²⁵⁸

У погледу услова за закључење и предмета уговора, предвиђено је да се управни уговор закључује између јавноправног тела и странке – о извршењу права и обавеза утврђених решењем којим је решена управна ствар – ако је закључење таквог уговора прописано законом.²⁵⁹ Из овакве законске одредбе произлази неколико последица. Произлази да дозвољеност управног уговора зависи од постојања посебних закона; другим речима, закључење управног уговора условљено је постојањем посебног законског овлашћења. Уговорне стране увек су јавноправни орган, који води управни поступак, и странка. Закључењу управног уговора увек претходи доношење управног акта, којим се управна ствар решава на ауторитативан начин. Тек након тога и под претпоставком да је то предвиђено посебним законом, доносилац управног акта и странка закључују уговор, како би уредили извршење права и обавеза о којима је претходно већ одлучено управним актом. Укратко, управни уговор је само средство којим се уређује начин извршења донетог управног акта.²⁶⁰

Имајући у виду његов специфичан предмет, управни уговор не сме да буде противан изреци решења на којем се заснива. Поред тога, не сме да се противи ни принудним прописима, ни јавном интересу, нити сме да буде склопљен на штету трећих лица. Уколико утиче на права трећих лица, правно је ваљан уз њихов пристанак, дат у писаном облику. Писана форма предвиђена је и за закључење управног уговора – као обавезна.²⁶¹

Управни уговор који је у супротности са решењем, ради чијег извршења је и закључен, не производи правне последице, ништав је. Овај разлог ништавости специфичан је за управне уговоре. Но није једини: управни уговор ништав је и из разлога предвиђених законом који уређује облигационе односе, заједничких за све уговоре, без обзира на њихову природу. Управни уговор може да буде ништав у

²⁵⁷ Хрватски ЗУП, чл. 150-154.

²⁵⁸ Закон о управним споровима, *Народне новине*, бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16 и 29/17 – Хрватски ЗУС.

²⁵⁹ Хрватски ЗУП, чл. 150, ст. 1.

²⁶⁰ Д. Авиани, Д. Ђерђа, *op. cit.*, р. 480.

²⁶¹ Хрватски ЗУП, чл. 150, ст. 2-4.

целини или делимично. Заправо, ништав је и када се разлог ништавости односи на део уговора, осим ако би уговор производио правно дејство и без тог дела. Ништавост управног уговора утврђује суд надлежан за управне спорове, на основу тужбе странке или јавноправног тела. Суд само констатује ништавост управног уговора, који по слову изричите законске норме не производи правне последице.²⁶²

У случају промењених околности, управни уговор може и да се измени, али на основу сагласности уговорних страна. Измену уговора, у складу са новим околностима, које у време закључења уговора нису могле да се предвиде, може да захтева она уговорна страна за коју је извршење обавеза постало битно отежано.²⁶³ Ни овде не сме да се занемари то да се управни уговор закључује на основу донетог управног акта. Хрватски аутори стога наводе да би измена која прекорачује границе постављене управним актом могла да доведе до ништавости управног уговора.²⁶⁴

О измени управног уговора сауговорачи морају да се сагласе, а трећа лица, уколико постоје, на измену морају да пристану. У супротном, јавноправно тело може једнострано да раскине управни уговор. Право на једнострано раскид управног уговора јавноправно тело има у још два случаја. Најпре онда када странка не извршава своје обавезе; ако је услед тога јавноправно тело претрпело штету, има право и на накнаду. Други случај односи се на потребу да се отклони тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, под условом да та опасност не би могла да се отклони неким другим средствима, којима би се мање дирало у стечена права. У свим овим случајевима управни уговор се раскида решењем, у којем морају да се наведу и образложе разлози за раскид, као и да се одреди износ штете, уколико ју је јавноправно тело претрпело. Против решења о раскиду управног уговора може да се покрене управни спор.²⁶⁵

За разлику од јавноправног тела, странка нема право на једнострано раскид уговора, чак ни онда када јавноправно тело не извршава своје обавезе. У том случају, странка може да изјави приговор, уз који може да захтева и накнаду штете. Приговор

²⁶² Хрватски ЗУП, чл. 151. У хрватском Закону о општем управном поступку за управни уговор каже се да је „ништетан“, а за управни акт, уобичајено, да је „ништав“. Ова термилошка разлика последица је преузимања нове терминологије из закона који уређује облигационе односе. У важећем хрватском закону који уређује облигационе односе стари термин „ништавост“ замењен је термином „ништетност“. (V. С. Никшић, „Правна средства за побијање неваљаних правних послова – остваривање преображајног права или конститутивна тужба?“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 3-4/2015, pp. 361-362) Различита и неуједначена терминологија у Закону о општем управном поступку делује необично и непотребно, али суштински ништа не мења.

²⁶³ Хрватски ЗУП, чл. 152.

²⁶⁴ Д. Авиани, Д. Ђерђа, *op. cit.*, p. 482.

²⁶⁵ Хрватски ЗУП, чл. 153.

нема ремонстративан карактер, као што би се можда очекивало, већ се изјављује вишем органу, односно телу које на основу закона врши надзор над јавноправним телом с којим је странка закључила управни уговор. О приговору се одлучује решењем, а против решења, касније, може да се покрене управни спор.²⁶⁶

У складу са Законом о управним споровима, предмет контроле пред управним судовима може да буде и сам управни уговор; тачније, оцена законитости његовог закључења, раскида и извршења.²⁶⁷ Управни спор, као тужилац, може да покрене физичко или правно лице које сматра да су му закључењем, раскидом или извршењем управног уговора повређена права и правни интереси, као и јавноправно тело које није уговорна страна, али је учествовало или требало да учествује у закључењу уговора.²⁶⁸

Када суд утврди да је тужба основана, усвојиће тужбени захтев. Последице усвајања тужбеног захтева зависе од његовог карактера: ако тужени није поступио у складу са управним уговором, суд ће пресудом наредити поступање у примереном року; ако утврди да је управни уговор ништав, огласиће га ништавим; уколико утврди да је јавноправно тело незаконито раскинуло управни уговор, поништиће одлуку о раскиду.²⁶⁹ Посебно се истиче да ће суд, када утврди да је управни уговор незаконито раскинут или ништав, одлучити и о накнади штете. Захтев за накнаду штете ће одбити уколико утврди да је тужилац својим поступањем проузроковао штету, или допринео њеном настанку.²⁷⁰

Начин на који је у хрватском праву уређено решавање спорова који проистичу из управног уговора делује веома компликовано и указује на бројне дилеме. У основи проблема налази се сама концепција управног уговора као средства за извршење управног акта. Нераскидива повезаност између управног уговора и управног акта условљава и специфичне проблеме у вези са решавањем спорова. Подсетимо се још једном: управни уговор се закључује ради извршења права и обавеза претходно одређених управним актом. Законитост тог управног акта, наравно, може да буде предмет управног спора. Посебан предмет управног спора, међутим, може да буде и законитост закључења управног уговора. Какав је уопште однос између ова два спора? Како спор о законитости управног акта утиче на

²⁶⁶ Хрватски ЗУП, чл. 154.

²⁶⁷ Хрватски ЗУС, чл. 3, ст. 1, тач. 4.

²⁶⁸ Хрватски ЗУС, чл. 17, ст. 1, 3.

²⁶⁹ Хрватски ЗУС, чл. 58, ст. 4-6.

²⁷⁰ Хрватски ЗУС, чл. 59.

управни уговор? Да ли тужилац има право да бира предмет спора, да бира између побијања управног акта и побијања управног уговора? Да ли се ови спорови надовезују један на други, међусобно искључују, или је један сувишан? Иста ова питања могла би да се поставе и у вези са раскидом управног уговора, о чему се такође одлучује управним актом.

За хрватске ауторе су одговори на ова питања једноставни. Против управног уговора тужба може непосредно да се поднесе, „прескакањем“ тужбе против управног акта. Ради се о два одвојена акта, те управни уговор може да се побија директно, без потребе да се претходно оспори управни акт. Суд би, додуше, најпре морао да провери законитост управног акта, а затим да води и спор о законитости закључења управног уговора.²⁷¹

Ствари изгледа ипак нису тако једноставне, како се то у први мах чини. Ако се заиста ради о одвојеним актима и одвојеним споровима, како то да суд у спору против управног уговора одлучује и о законитости управног акта? Ако ова два спора нису одвојена, зар један од њих није сувишан? Шта се дешава у обрнутој ситуацији, када управни спор против управног акта није „прескочен“? Уколико управни суд поништи управни акт, нестала је и основа за закључење управног уговора. Такав уговор више се не би заснивао на донетом управном акту и био би ништав.²⁷² А ништавост управног уговора такође утврђује управни суд и тако у круг.

Ситуација се додатно компликује када се у обзир узме и приговор, који странка изјављује када јавноправно тело не извршава своје обавезе. О изјављеном приговору одлучује се управним актом, који затим може да се побија у управном спору. Да ли то значи да је изјављивање приговора процесна претпоставка за вођење управног спора? Ако се узме у обзир то да управни спор може да се води само онда када су исцрпљена редовна правна средства у управном поступку, одговор би требало да буде потврдан. Но како је онда спор против управног уговора одвојен и како може да се води директно? Зашто је уопште и предвиђено да се у управном спору оцењује законитост извршења управног уговора, ако се извршење побија приговором, да би се тек после водио управни спор – против управног акта донетог по приговору? Или обрнуто, зашто уопште постоји приговор, ако већ управни спор може непосредно да се покрене против управног уговора? Могло би само још једном да се понови да и

²⁷¹ Ф. Станичић, „Контрола над склапањем управних уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/2016, pp. 241-242.

²⁷² *Ibid.*, p. 240.

приговор против управног уговора делује потпуно сувишно, да додатно мрси већ замршену ситуацију. Оправдање хрватски аутори виде у томе што приговор омогућава управи да сама покуша да исправи неправилности у свом раду, како би се избегао управни спор.²⁷³ Да би ствари биле једноставније треба их закомпликовати – то је логика на основу које се изводе овакви закључци.

Нелогичним се чини и то што тужилац у управном спору може да буде искључиво странка, али не и јавноправно тело. То произлази већ из предмета управног спора, а потврђено је и начином на који су уређене странке у спору. Предмет управног спора је оцена законитости закључења, раскида и извршења управног уговора, што у сваком случају упућује на контролу аката јавноправног тела, а не странке. Тужени може да буде само јавноправно тело, али не и странка, упркос супротним тврдњама појединих хрватских аутора.²⁷⁴ Законска норма је у том погледу јасна и не дозвољава различита тумачења. У њој не пише да је тужени странка управног уговора, како се то наводи у хрватској литератури, већ јавноправно тело као странка управног уговора. Са друге стране, тужилац може да буде странка, али не и јавноправно тело, јер се у спору проверава законитост његовог поступања. Спор може да покрене једино неко друго јавноправно тело, које је учествовало или требало да учествује у закључењу управног уговора. Учествовати у закључењу уговора, међутим, није исто што и бити једна од уговорних страна. Како је уопште могуће да уговорна страна буде неко ко је требало да учествује у закључењу уговора, али није.

Из смисла законских норми произлази да је странка при покретању управног спора легитимисана само активно, а јавноправно тело, као друга уговорна страна, само пасивно. Зар то није у колизији са одредбом Закона о општем управном поступку, у складу са којом ништавост управног уговора утврђује суд надлежан за управне спорове, на основу тужбе странке или јавноправног тела? Зар је могуће да у једном уговорном односу јавноправно тело искључиво ауторитативно одлучује, те се зато сви спорови воде против његових аката? Зар је могуће да не постоје случајеви у којима би и јавноправно тело могло да покрене управни спор, ако је већ управни уговор одвојен од управног акта и може самостално да се побија? Проблем се и састоји у томе што они нису јасно одвојени, што се ни не зна шта је тачно предмет

²⁷³ Д. Авиани, „Посебности управних уговора и њихове судске контроле у хрватском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 2/2013, р. 361.

²⁷⁴ *Cf. ibid.*, р. 365.

управног спора, те се контрола примерена за управне акте пресликава и на управне уговоре.

Ово би био, укратко изложено, посебан правни режим управног уговора у хрватском праву, обликован Законом о општем управном поступку и Законом о управним споровима. Та правила, међутим, чине један део, онај специфичан, правног режима управног уговора и нису довољна. На многа питања одговор не може да се пронађе у поменутих правилима, чак ни онда када се на управни уговор сходно примене остале одредбе Закона о општем управном поступку.²⁷⁵ На одредбе закона који уређује облигационе односе упућује се само на једном месту, у вези са разлозима ништавости управног уговора. На сходну примену осталих норми облигационог права у Закону о општем управном поступку се не упућује. Сада је тек у потпуности јасно зашто хрватски аутори истичу значај посебних закона, од којих се и очекују одговори на остала питања. То би требало да буду они закони којима се уређује закључење управног уговора, на које је ослоњен и сам Закон о општем управном поступку. Зато је неизбежно да се запитамо који то посебни закони предвиђају закључење управног уговора у хрватском праву.

Закључење управног уговора изричито је предвиђено Општим пореским законом: управни уговор, на основу тог Закона, могу да закључе порески орган и порески обвезник, ради намирења доспелог пореског дуга.²⁷⁶ Правна природа других уговора, који имају обележја прописана Законом о општем управном поступку, али нису изричито именовани као управни, остаје спорна. Као пример таквих уговора углавном се истиче уговор о концесији, о чијем карактеру је хрватска правна теорија развила два схватања. Према првом, уговор о концесији испуњава све услове прописане Законом о општем управном поступку и може да се сматра управним. Да би један уговор био управни, довољно је да има прописана обележја; није потребно да буде тако и именован.²⁷⁷ Друго схватање полази од супротне претпоставке – да

²⁷⁵ Хрватски ЗУП, чл. 3, ст. 2.

²⁷⁶ Опћи порезни закон, *Народне новине*, бр. 115/16 – Хрватски ОПЗ, чл. 101, ст. 1. Занимљиво је да порески орган и порески обвезник могу да закључе и пореску нагодбу – о новим пореским обавезама, утврђеним у току поступка пореског надзора. (Хрватски ОПЗ, чл. 104, ст.1) Ова нагодба се не закључује ради извршења управног акта, те зато нема ни карактер управног уговора. Она нам заправо показује колико је конструкција „управног уговора“ у пореском поступку вештачка и непотребна. Ако орган и странка могу да се споразумеју о новим пореским обавезама, зашто не би могли да закључе нагодбу и о начину извршења постојећих пореских обавеза. Зашто би у овој другој ситуацији морало да се измишља нешто ново и другачије. Можда зато да би се оправдало увођење управних уговора и прикрила чињеница да су они уведени само привидно.

²⁷⁷ М. Шикић, Ф. Станичић, „Правна нарав уговора о концесији“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 2/2011, pp. 436-437.

управни уговор мора изричито да буде предвиђен и именован законом. Пошто код уговора о концесији то није случај, он нема управни карактер. Као додатни аргумент у корист овог схватања, истиче се да ни начин решавања спорова није исти. Спорове који произлазе из управних уговора решавају управни судови, а спорове у вези са уговорима о концесији – трговачки судови. Штавише, код уговора о концесији уговорне стране могу да уговоре и арбитражно решавање спорова.²⁷⁸

Сличне дилеме постоје и у вези са уговорима о јавним набавкама и јавно-приватним партнерствима. И код њих се уочавају одређене карактеристике управних уговора, али их законодавац тако не назива и не даје им изричито такав карактер. Отуда се и њихова правна природа различито оцењује у правној теорији. Понекад се сврставају у управне уговоре, али нису ретка ни супротна мишљења.²⁷⁹

Начин на који је управни уговор нормиран у хрватском праву заслужује критику. Ту критику упутио је чак и један од хрватских аутора који се залагао за увођење управних уговора Законом о општем управном поступку.²⁸⁰ По његовим речима, имајући у виду како је регулисан, управни уговор је непотребан, па чак и контрапродуктиван. Онако како је регулисан, управни уговор не убрзава поступак и не побољшава правну позицију грађана; напротив, поступак се продужава и додатно компликује.²⁸¹

²⁷⁸ Г. Војковић, „Нови правни оквир концесија у Републици Хрватској“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/2014, р. 144.

²⁷⁹ М. Црнковић, „Управни уговори у посебном законодавству Републике Хрватске“, *Хрватска и компаративна јавна управа*, 4/2014, рр. 1048-1051. Хрватски аутори највише пажње посвећују томе да ли је један уговор законом назван управним, или не. Не ради се, међутим, само о називу. Код свих ових уговора, који се изричито не називају управним, спорно је и то да ли уопште могу да се подведу под законску дефиницију управног уговора. Хрватски аутори полазе од претпоставке да се ови уговори закључују ради извршења одлуке о избору сауговарача управе, која има карактер управног акта. Најпре бисмо могли да се запитамо да ли одлука о избору сауговарача управе заиста има карактер управног акта. Но чак и да је то тачно, оправдано би могло да се постави питање да ли је прави смисао ових уговора само у томе да се њиховим закључењем изврши донета одлука. Или је обрнуто – смисао одлуке само је у томе да припреми закључење управног уговора, тако што њоме треба да се изабере најбоља понуда и сауговарач управе? Шта чему служи у овој ситуацији – уговор донетом управном акту, или управни акт закључењу уговора?

²⁸⁰ V. I. Koprić, *Administrative Procedures on the Territory of Former Yugoslavia*, Regional Workshop on Public Administration Reform and EU Integration, OECD SIGMA, Budva, 4-5. December 2005, р. 4.

²⁸¹ И. Копрић, „Закон о општем управном поступку и технолошко унапређење управе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу: тематски број посвећен Славољубу Поповићу*, Ниш, 2011, р. 65.

5. Управни уговор у домаћем праву

5.1. Расправа о постојању и увођењу управног уговора

У домаћем праву, расправа о постојању управних уговора води се дуго, већ скоро читаво столеће. Дуговечност јој, нажалост, не даје и сразмеран квалитет. Вођена је повремено, уз честе и дуге прекиде; појављивала се и нестајала у зависности од „духа“ одређеног времена. Чак и када се водила није остављала дубљег трага. Њено појављивање било је стидљиво, узгредно и без значаја који би могао да се упоређи са сличним расправама у француском, немачком или аустријском праву.

Расправу о карактеру појединих уговора у домаћем праву подстакло је доношење Закона о државном рачуноводству, 1910. године. Радило се о уговорима које закључује држава, на које се, до тада, примењивао општи правни режим, уређен Грађанским закоником. Закон о државном рачуноводству, међутим, донео је са собом одступања од тог режима. Уговори државе, уређени посебним правилима, издвојили су се тиме у посебну категорију, специфичну у односу на уговоре општег типа.²⁸²

Посебна правила о уговорима закљученим са државом нису имала никакве везе са приватним правом, тврдило се у тадашњој правној теорији. Ослањајући се на овај специфичан правни режим, који су чинила правила о јавном надметању, казни закашњења, вештачкој комисији и једностраном раскиду уговора, поједини аутори су закључили да су и код нас постојали управни уговори. Једино што наши управни уговори, за разлику од француских, нису спадали у искључиву надлежност управних судова, већ и редовних. Та разлика није била последица самих уговора, него другачијег управног спора и чињенице да код нас није постојао спор пуне јурисдикције. Зато су се пред Државним саветом решавали само спорови у вези са применом посебних правила из Закона о државном рачуноводству. Спорови из самог уговорног односа решавали су се пред редовним судовима.²⁸³

Као одговор на изложено схватање, појавио се и супротан став, у складу са којим посебна правила о уговорима државе немају управни, већ приватноправни карактер. То су само модификације облигационог права, које уређују

²⁸² Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 355.

²⁸³ Љ. Радовановић, „Надлежност Државног Савета у споровима, потеклим из уговора, закључених са државом: Одељак Б. Уговори и набавке, зак. о држ. рачуноводству.“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1925, pp. 322-325.

приватноправне односе између државе и појединаца. Ни спорови који се тичу тих правила стога нису управни, већ спорови између уговорних страна о закључењу и извршењу уговора. Ако су уговори државе, према Закону о државном рачуноводству, послови приватног права, онда је јасно да орган при целом том послу, од закључења до извршења, представља државу као приватноправну личност, а не као власт.²⁸⁴

Пажљиво посматрање ове расправе указује на то да њен предмет нису ни били сами уговори државе, већ други акти који се доносе у поступку њиховог закључења и извршења. Спорна је била правна природа тих других аката, а не самих уговора. Приватноправну природу уговора државе истицали су и једни и други аутори. Чак и они који су говорили о управним уговорима нису негирали њихов приватноправни режим, као ни надлежност редовних судова за решавање уговорних спорова.²⁸⁵ Нејасно је било да ли се и други акти, донети у вези са закључењем и извршењем уговора, сматрају приватноправним актима. Став о њиховој приватноправној природи, о одредбама Закона о државном рачуноводству као модификацијама облигационог права, остао је усамљен. Већинско мишљење, које је прихватио и Државни савет, било је да ти акти имају управни карактер, да их држава доноси као власт, а не као једна од уговорних страна, и да зато спадају у предмет управног спора.²⁸⁶ Сажето и прецизно, како је то и иначе чинио, тачку на ову расправу ставио је Лазо М. Костић:

„Из свега овога излази да су уговори по З.Д.Р. ипак у суштини приватно правни уговори регулисани донекле и нормама посебног права. То су ипак уговори о предметима 'о којима се и између појединаца могу закључивати уговори'. Надлежност редовног суда не само да није по њима уопште искључена, него је баш призната у главној ствари. Преурањено би било, при оваквом стању законодавства, конструисати административне уговоре француског права и за наше прилике.“²⁸⁷

Оно што је било преурањено у време када је наша судска контрола управе била уређена по узору на француско право, касније, после Другог светског рата, када тог

²⁸⁴ С. Сагадин, „Уговори и набавке према Закону о државном рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1935, р. 288 sq.

²⁸⁵ Љ. Радовановић, „Уговори и набавке према Закону о државном рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1935, р. 25.

²⁸⁶ Л. М. Костић, *op. cit.*, р. 356; Д. Данић, *op. cit.*, р. 114; Љ. Радовановић, „Управни уговор“, р. 293; Б. Протић, „Надлежност Државног савета код уговора по Закону о државном рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, 2/1929, рр. 116-117.

²⁸⁷ Л. М. Костић, *op. cit.*, р. 357.

утицаја више није било, није се готово ни разматрало. О непостојању управних уговора став је био јединствен. Ни у тадашњем позитивном праву ни у тадашњој судској пракси нису постојали посебни, управни уговори, јер су се сви спорови поводом уговора решавали по општим правилима грађанског права и Општим узансама за промет робом.²⁸⁸

Упркос томе, примећивало се да наше тадашње право познаје многе особине француског управног уговора. Тако су, у различитим законима, могле да се пронађу одредбе о поступку закључења уговора, укључујући и јавно надметање, одредбе о ограничењу у погледу избора друге уговорне стране, обавезном закључењу уговора, претходном одобрењу, односно сагласности за закључење уговора, једностраној измени обавеза друге уговорне стране уз накнаду штете, уговорима по приступу итд.²⁸⁹ Ове одредбе се, истина, нису примењивале само на уговоре државе и организација које врше јавна овлашћења, већ на све субјекте који закључују уговоре у складу са тим прописима.²⁹⁰

У време рада на кодификацији грађанског права тадашње Југославије, полазећи од примећених карактеристика француског управног уговора и у нашем праву, поједини аутори су, *de lege ferenda*, почели да говоре и о управном уговору. Запитали су се да ли би и код нас било места увођењу управних уговора, поготово што смо тада, за разлику од претходног периода, имали и управни спор пуне јурисдикције. Такву могућност ипак су сагледали веома пажљиво и опрезно, истичући да би оба гледишта, како оно у корист тако и оно против управног уговора, могла да се одбране.²⁹¹

Ослањајући се на „Скицу за законик о облигацијама и уговорима“ Михаила Константиновића, поменути аутори су према увођењу управног уговора напослетку заузели негативан став. Дошли су до закључка да одредбе „Скице“, формулисане гипко и уопштено, омогућавају примену и на уговоре које закључују држава и организације којима су поверена јавна овлашћења. Штавише, у одредбама „Скице“ уочили су и поједине карактеристике управног уговора, захваљујући чему његово посебно регулисање није било ни потребно. Евентуални изузеци од општег режима

²⁸⁸ Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, р. 63; С. Поповић, *Управно право: студије и чланци*, Београд, 1973, р. 172; В. Иванчевић, „Теорија административног уговора“, р. 71.

²⁸⁹ Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, рр. 63-64.

²⁹⁰ С. Поповић, *Управно право: студије и чланци*, р. 173.

²⁹¹ Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, рр. 64-65.

увек су могли да буду предвиђени посебним законима, уколико је то неопходно. Општи режим ових уговора обухватао би и решавање спорова; уговорни спорови решавали би се пред судовима опште надлежности или привредним судовима, у зависности од тога ко је друга уговорна страна. У управном спору могло би да се решава, уколико би то било посебно прописано, једино о законитости управних аката донетих у вези са закључењем уговора. Ако могућност вођења управног спора не би била прописана, онда би о законитости управних аката, као о претходном питању, одлучивали они исти судови који решавају спорни уговорни однос.²⁹²

Нестанак социјалистичке Југославије донео је са собом велике и бројне промене у нашем правном систему, али не и управни уговор. И даље је владао став да у нашем праву нема управних уговора, издвојених у посебан и целовит правни режим. Одређене карактеристике управног уговора и трагови посебног правног режима, међутим, уочени су и у овом периоду. Уочена су, као и раније, специфична правила о закључењу, извршењу и престанку уговора, могућности једностраног раскида уговора и умањењу равноправности уговорних страна.²⁹³ Као пример заметка овог посебног правног режима, углавном су се истицали прописи о јавним службама и концесијама.²⁹⁴

Суочена са истим питањем – да ли би управни уговор требало да постане део домаћег правног система – правна теорија, у новим околностима, понудила је другачији одговор. Само су ретки аутори упозоравали на потребу да се овом проблему посвети пажња и изврши детаљна анализа правних прописа, након чега би тек могло да се размишља о стварању ове специфичне врсте уговора.²⁹⁵ Већина се одмах определила за управни уговор и предложила његово што скорије нормирање. Заснивали су тај предлог на погодности управног уговора за подвргавање строжем систему регулација управе, без угрожавања њене ефикасности.²⁹⁶ Његову улогу су видели у располагању стварима у државној својини, насупрот грађанскоправном уговору, који представља функцију приватне својине.²⁹⁷ Тврдили су да у новом, посткомунистичком времену, одређена аналогија, иако далека, може да се повуче са

²⁹² Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, *pp.* 65-68; С. Поповић, *Управно право: студије и чланци*, *pp.* 175-179.

²⁹³ Д. Милков, „О управном уговору“, *p.* 32; Д. Кавран, *op. cit.*, *p.* 2112; Р. Марковић, *op. cit.*, *p.* 289.

²⁹⁴ С. Лилић, „Административни уговори и јавне службе“, *Правни живот*, 11-12/1993, *pp.* 2149-2150; Р. Марковић, *op. cit.*, *p.* 289.

²⁹⁵ Д. Милков, „О управном уговору“, *p.* 32.

²⁹⁶ Д. Кавран, *op. cit.*, *p.* 2112.

²⁹⁷ В. Водинелић, „Управни уговор – између прихватања и одбијања“, *p.* 2126.

немачким правом. Интересовање за управни уговор у Немачкој после Другог светског рата јавило се делом и као реакција на ауторитарност управног поступања у периоду националсоцијализма. Управни уговор супротставио се управном акту, као инструменту тог ауторитаризма. Слично томе, у посткомунистичком времену управни уговор могао би да послужи као пожељан део промењеног концепта политичког система, у којем грађанин није тек објект управе, већ стиче статус субјекта и налази се са управом у партнерском односу.²⁹⁸ Након увођења нових облика својине, тржишне привреде и јавне службе, као и смањења елемената полицијске принуде, за увођење управног уговора изјаснио се чак и аутор који је у претходном периоду заузео супротан став.²⁹⁹

Разматрао се и начин увођења управног уговора. Било је предлога да пут управног уговору прокрче судови, својом праксом, по узору на француско право.³⁰⁰ Други су заговарали обликовање његовог „правног одела“ по узору на немачки процесни модел.³⁰¹ У погледу начина решавања спорова, предност се углавном давала специјализованим, управним судовима³⁰², мада је било аутора који су говорили да је и надлежност редовних судова подједнако логична.³⁰³

Одушевљење управним уговором приметно у домаћој правној теорији крајем прошлог века, поткрепљено више идеолошким ставовима о старом и новом политичком систему, него озбиљном анализом, није одмах довело до промена у позитивном праву; почетком овог века опало је и научно интересовање за овај правни акт. Управни уговор још једном је сишао са домаће научне сцене тако да озбиљне расправе о њему није ни било. Уместо анализе нашег права, подстицај за стварање управног уговора дало је туђе законодавство – хрватско. Убрзо након нормирања управног уговора хрватским Законом о општем управном поступку, истим путем пошла је и наша земља. То је, на крају, требало да значи да ће „правно одело“ управног уговора у нашем праву ипак бити обликовано по узору на процесни модел, али не у изворној немачкој варијанти, него оној хрватској.

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 2125-2126.

²⁹⁹ С. Поповић, „О потреби увођења института управних уговора у наше право“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-3/1996, p. 536.

³⁰⁰ С. Лилић, *op. cit.*, p. 2152.

³⁰¹ З. Томић, „Правна природа управних уговора“, p. 2140.

³⁰² *Ibid.*; С. Поповић, „О потреби увођења института управних уговора у наше право“, p. 537.

³⁰³ С. Лилић, *op. cit.*, p. 2152.

5.2. Нормирање управног уговора у Закону о општем управном поступку

Покушај да се управни уговори нормирају законом који уређује општи управни поступак, без јасне представе о томе да ли они постоје у нашем правном систему, довео је до озбиљних проблема. У три различита предлога новог Закона о општем управном поступку, утврђена у периоду од 2012. до 2016. године, редакције одредби о управним уговорима битно се разликују.³⁰⁴ Уочава се да ни писци ових текстова нису знали шта тачно да ураде са управним уговором и како да га дефинишу, лутајући од једне могућности до друге. И они су, попут твораца текста који је послужио као узор, замишљали како би посебан правни режим управног уговора требало да изгледа, вођени жељом да овај правни акт предвиде по сваку цену, макар и насупрот стварном стању у нашем правном систему. На овако нестабилној основи, нејасне идеје о посебном правном режиму управног уговора 2016. године коначно су преточене и у текст новог Закона о општем управном поступку.³⁰⁵ Овим је, по први пут, управни уговор изричито предвиђен и у домаћем праву.

³⁰⁴ V. Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године), 23. фебруара 2012. године – Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 30-36, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120, (приступљено: 20.01.2018); Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године), 18. децембра 2013. године – Предлог ЗУП-а из 2013, чл. 21-26, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=201834, (приступљено: 20.01.2018); Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 195. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014. године), 2. фебруара 2016. године – Предлог ЗУП-а из 2016, чл. 22-26, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=257741, (приступљено 20.01.2018). Разлике између ових предлога нису приметне само у погледу одредби о управном уговору; оне се односе на текст у целини. Како би се схватила неозбиљност при раду на доношењу новог Закона о општем управном поступку довољно је да се помене разлика у броју чланова између појединих предлога. Први предлог, из 2012. године, садржао је 171 члан, што је било значајно мање од тада важећег Закона, који је бројао 291 члан. Скраћивање текста чак је био један од главних циљева новог Закона. Предлог из следеће, 2013. године, имао је 299 чланова, што значи више него стари Закон (од скраћивања се очигледно одустало). Последњи, трећи предлог, из 2016. године, бројао је 217 чланова, а у том обиму нови Закон је и усвојен. Овако драстичне промене не указују на озбиљан и пажљив рад на нормирању управног поступка!

³⁰⁵ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 – ЗУП, чл. 22-26. Одредбе о управном уговору налазе се у оквиру другог дела Закона – названог „управним поступањем“. Управни уговор требало би да представља један од облика „управног поступања“, поред управног акта, гарантног акта, управних радњи и пружања јавних услуга: „Сам термин 'управно поступање' представља новину у нашем правном систему и неуспешан покушај да се ове суштински различите ствари повежу у једну целину. Ради се, заправо, само о 'игри речима', која би, претпостављамо, требало да нам укаже на то да се правила која уређују управни поступак примењују приликом 'управног поступања'. Законодавац је, изгледа, заборавио да се за означавање задатака и послова које врши управа у Уставу Републике Србије и Закону о државној управи користи термин 'послови државне управе'. Већи проблем од ове 'игре терминима' представља чињеница да су послови државне управе у Закону о државној управи одређени другачије у односу на оно што је предвиђено у оквиру 'управног поступања'. Тиме нови Закон о општем управном поступку излази из оквира чисто

Законске одредбе о управном уговору почињу његовом дефиницијом, уз коју се прописују и услови за дозвољеност његовог закључења. Из законске дефиниције сазнајемо да управни уговор има неколико битних обележја. Управни уговор је појединачан и двостран правни акт који се закључује у управним стварима, између органа и странке:

„Управни уговор је двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари. Садржина управног уговора не сме бити противна јавном интересу нити правном интересу трећих лица“.³⁰⁶

Сврставање управног уговора у правне акте јасно произлази из чињенице да се њиме стварају, мењају или укидају правни односи. И двостраност је предвиђена изричито, али неспретно. У Закону се говори о двострано обавезном акту, што би, језички посматрано, требало да указује на узајамне обавезе уговорних страна. То вероватно није смисао овог обележја; смисао је вероватно у томе да се нагласи да управни уговор нема једностран и ауторитативан карактер – за разлику од управног акта. На овај смисао упућује и првобитна редакција, она у Предлогу Закона из 2012. године, у којој је писало то да је управни уговор двострани акт.³⁰⁷

Кроз законску дефиницију управног уговора изричито је прописана и форма у којој се он закључује. Управни уговор обавезно се закључује у писаној форми; за његово закључење писана форма има карактер битне форме, према изричитој законској одредби.

Управни уговор се закључује у појединачним ситуацијама, те и сам има такав карактер. Прецизније речено, закључује се у управним стварима. У смислу Закона о општем управном поступку, управна ствар је:

„[П]ојединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што

процесних прописа, којима се уређује начин вршења постојећих задатака и послова. Уместо тога, њиме се стварају неки потпуно нови задаци и послови, док се постојећи одређују на другачији начин.“ (Д. Милков, Р. Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку: 'управно поступање'“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, pp. 737-738) То, међутим, како исправно примећује Зоран Лончар, не би требало да буде смисао доношења Закона о општем управном поступку. Смисао доношења Закона о општем управном поступку требало би да буде уређивање поступка вршења оних задатака и послова који су претходно одређени Законом о државној управи: „Ако се већ жели у постојећи правни систем увести неки нови задатак или посао органа управе, онда то треба уредити кроз измене постојећег Закона о државној управи [...]“ (З. Лончар, „О Нацрту Закона о општем управном поступку“, *Правна ријеч*, 35/2013, pp. 433-434)

³⁰⁶ ЗУП, чл. 22.

³⁰⁷ Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 30.

доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге.³⁰⁸

Новим Законом о општем управном поступку појам управне ствари проширен је у односу на појам из Закона о управним споровима и у односу на уобичајена схватања у домаћој теорији. Уместо да се, као и до сада, управна ствар везује за управни акт, она се, ради стварања нових облика управне делатности, проширује на све појединачне акте и радње управе.³⁰⁹

Шта ово проширење појма управне ствари заиста значи за управни уговор? Да ли оно стварно омогућава да се управни уговор одвоји од других уговора – грађанскоправног карактера? Враћајући се на цитирану законску дефиницију, одговор на ово питање може да буде искључиво негативан. Управна ствар требало би да буде свака ситуација у којој орган „правно или фактички утиче на положај странке“. У контексту управног уговора, као правног акта, тај утицај би требало да

³⁰⁸ ЗУП, чл. 2.

³⁰⁹ О проширењу појма управне ствари, након доношења новог Закона о општем управном поступку, аутор овог рада већ је детаљно писао. Корисно би било да се поједини закључци понове и овде: „Традиционално, појам управне ствари се у домаћој науци управног права и досадашњем законодавству везује за појам управног акта. Она представља материјално обележје управног акта, специфичну друштвену ситуацију у којој се доноси ова специфична врста појединачних и ауторитативних правних аката. Нови појам управне ствари, утврђен у смислу новог Закона о општем управном поступку, потпуно је другачији. Управна ствар се више не везује искључиво за управни акт, већ за све облике управног поступања, у које, пак, поред управног акта, спадају гарантни акт, управни уговор, управне радње и пружање јавних услуга. Другим речима, управна ствар се везује за све појединачне акте и радње управе, па чак и шире од тога, за делатности јавних служби. Ново одређење управне ствари изазвало је потребу да се одреде и бројни нови појмови, који се по први пут уводе овим Законом, а да се постојећи појмови, почев од управног акта, одреде другачије него до сада. То је, међутим, урађено на конфузан и нејасан начин. Критеријуми разграничења нису прецизни, непознати појмови се дефинишу помоћу других, такође непознатих појмова, при чему се одступа од уобичајених схватања у домаћој науци управног права, као и од дефиниција садржаних у другим прописима. Оваква одступања правдају се чињеницом да је ново одређење управне ствари дато искључиво „у смислу“ новог Закона о општем управном поступку, те да нема утицај на друге прописе. „Смисао“ закона који уређује општи управни поступак, међутим, није онакав каквим га законодавац представља. Управни поступак је део јединственог, управноправног режима, којем је подвргнуто вршење једне од основних функција државне власти, управне функције. Оно што се одређује „у смислу“ закона који уређује општи управни поступак, одређује се у смислу целине управноправног режима. То значи и „у смислу“ судске контроле управе која се врши у управном спору. Законодавац је свестан ове чињенице, само настоји да је прикрије. Зато и уводи ново правно средство, приговор, којим омогућава да се све нове ситуације, које сада назива „управним стварима“, подведу под управноправни режим контроле. Све ово показује да је законодавац нови појам управне ствари створио потпуно вештачки, подводећи под њега ситуације које су суштински различите. Он жели да под појам управне ствари, а тиме и под исти, управноправни режим, подведе све појединачне акте и радње којима се „правно или фактички“ утиче на положај странке. Дакле, како оне који имају, тако и оне који немају непосредно правно дејство. Како ауторитативне, тако и неауторитативне, укључујући и привредне и друштвене делатности. Но, да ли је то и примерено, да ли то може да доведе до проблема у пракси, чини се да није важно. Важно је да то пише, макар само привидно. Можда је то и најбољи израз који описује све оно што управна ствар по новом Закону о општем управном поступку треба да представља – привид.“ (Р. Радошевић, „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку Републике Србије“, *Правна ријеч*, 46/2016, pp. 339-340)

буде правни. Рећи пак, у контексту акта који се заснива на сагласности воља две стране, да његовим закључењем једна страна правно утиче на положај друге, потпуно је непримерено. У истој мери у којој орган правно утиче на положај странке, закључењем управног уговора, и странка правно утиче на положај органа.³¹⁰ Осим тога, дефинисање управног уговора помоћу правног утицаја који орган врши на странку не значи ништа. Тиме није речено ништа специфично за управни уговор, већ нешто што би могло да се каже за било који уговор закључен између ових субјеката.³¹¹

Можда би нешто шири поглед унео мало више светла и смисла у мрак ове законске одредбе. Наиме, не само да орган закључењем управног уговора правно утиче на положај странке, већ он то чини „непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте“. Нажалост, ни овим допуњавањем ништа се не мења. Напротив, потврђује се непримереност покушаја да се управни уговор дефинише помоћу управне ствари. Још једном: сваки уговор, па и управни, настаје на основу сагласности воља уговорних страна. Када орган „непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте“ правно утиче на њен положај, закључењем управног уговора, зар се странка о томе ништа не пита? Наравно да се пита! На њен положај орган може да утиче само ако се и она са тим сагласи! А како је то онда управни уговор различит од грађанскоправног уговора? Можда зато што при закључењу грађанскоправних уговора орган не примењује законе, друге прописе и опште акте. Или то чини посредно, а не непосредно.

Ствар је јасна: „утицај“ који органи управе врше на странке непосредном применом закона односи се на ауторитативне активности – наметање и принудно спровођење воље правно јачег субјекта. Управне ствари могу да буду само оне ситуације у којима орган иступа ауторитативно. Каже се да законодавац може све, па тако може под ове ситуације да подведе и закључење уговора. Али да на тај начин смислено дефинише управне уговоре, тако да се они јасно разликују од грађанскоправних уговора, то већ не може.

Долазимо напокон до самих уговорних страна. И оне би требало да буду специфичне, будући да се управни уговор закључује између тачно одређених субјеката – органа и странке. Да ли је то та специфичност управног уговора, која може да нам понуди оно што претходна обележја нису – ваљан критеријум

³¹⁰ *Ibid.*, p. 333.

³¹¹ Д. Милков, Р. Радошевић, *op. cit.*, p. 745.

разликовања? Оно што одмах мора да се разјасни, јесте да орган и странка, у смислу Закона о општем управном поступку, представљају процесне појмове. Под органом и странком мисли се на обавезне учеснике управног поступка.³¹² То би требало да значи да се управни уговори, за разлику од грађанскоправних уговора, закључују између органа и странке као учесника управног поступка. Предмет таквог поступка требало би да буде закључење управног уговора. Зашто се онда у законској дефиницији странке говори о лицу чија је управна ствар предмет управног поступка?³¹³ Зар је закључење управног уговора само ствар странке, а не и органа? Није, закључење управног уговора подједнако „припада“ и органу и странци. У законској дефиницији странке говори се о њеној управној ствари, као предмету поступка, зато што се ни не мисли на закључење уговора, већ на ситуације у којима орган ауторитативно одлучује о њеним правима и обавезама.

Закључак је и овде једноставан: коришћење процесних појмова органа и странке за означавање субјеката који закључују управни уговор такође је непримерено. Физичко или правно лице које закључује уговор није никаква странка, „чија би управна ствар била предмет управног поступка“, нити странка „на чија би права, обавезе и правне интересе управни поступак могао да утиче“. Појам странке у управном поступку примерен је адресату управног акта, а не лицу које закључује уговор и које представља једну уговорну страну. Враћајући се на раније постављено питање, мора да се констатује да ни ово обележје није погодно да нам пружи јасан критеријум за препознавање и издвајање управних уговора.

У основи овог проблема је обесмишљавање појма управне ствари, који је одређен тако широко и непрецизно да више не може да служи као критеријум за разграничење појединачних аката управе. Некаква разлика повучена је једино између управног акта и управног уговора, као правних аката који се доносе, односно закључују, у управним стварима. Разлика између ових и других појединачних правних аката управе, изведена из појма управне ствари, не може јасно да се уочи.³¹⁴

³¹² Д. Милков, *Управно право II*, р. 115.

³¹³ V. ЗУП, чл. 44, ст. 1.

³¹⁴ Проблем разграничења не односи се само на управни уговор, већ и на управни акт: „С обзиром на то да појам управног акта више не везује за појам управне ствари, законодавац је морао да пронађе нови критеријум на основу којег управни акт може да се разликује од других појединачних и ауторитативних правних аката. Тај нови критеријум, уместо управне ствари, представља управна област. Према томе, управни акт, у смислу новог Закона о општем управном поступку, 'јесте појединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима'. Једини проблем, при оваквом дефинисању управног акта, састоји се у томе што законодавац није објаснио шта се подразумева под 'управним областима' и прописима који те области уређују. Тако

Као што видимо, законска дефиниција не открива много о управном уговору. Помоћ се изгледа очекује од посебних закона, на које се изричито упућује. Постојање посебних закона који предвиђају управне уговоре претпоставка је дозвољености њиховог закључења и примене посебног процесноправног режима. Иако се полази од тога да нови Закон о општем управном поступку уводи управне уговоре у наше право, мора да се нагласи да он то чини условно. Његове одредбе нису довољне за увођење управних уговора, јер су за то потребни и други прописи. За дозвољеност закључења управног уговора релевантна је и његова садржина. Права и обавезе уговорних страна не смеју да буду у супротности са јавним интересом нити правним интересом трећих лица.

Након покушаја да се уоче обележја и услови за закључење управног уговора, време је да се прикаже и његов посебан правни режим. Специфична правила, која обликују овај правни режим, тичу се измене уговора, раскида уговора и начина решавања спорова између уговорних страна.³¹⁵ Одступања од општег, грађанскоправног режима, укратко, огледају се у већим овлашћењима једне уговорне стране у односу на другу – органа у односу на странку. Посебна овлашћења, која има орган, али не и странка, оправдавају се јавним интересом, ради чијег остваривања орган и закључује управни уговор.³¹⁶ Нажалост, о томе да између управног уговора и остваривања јавног интереса постоји директна веза можемо само да верујемо на реч редакторима Закона о општем управном поступку. У законској дефиницији управног уговора не помиње се никакав јавни интерес; не помиње се ни у дефиницији управне ствари, бар не оној садржаној у Закону о општем управном поступку.³¹⁷ Помиње се једино то да управни уговор не сме да буде у супротности са јавним интересом, али то је нешто сасвим друго.

објашњење не може да се нађе ни у другим домаћим прописима, а ни у домаћој науци управног права. [...] [Б]ило је аутора који су, на сличан начин, покушали да одреде саму управну ствар, а тиме, посредно и управни акт. Но, такви покушаји су се показали неуспешним. 'Управне области', 'управни прописи' и слични појмови не могу да послуже као материјални критеријум за дефинисање управног акта, јер ни сами нису јасно и прецизно одређени.' (Р. Радошевић, „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку Републике Србије“, р. 332)

³¹⁵ У првом Предлогу новог Закона о општем управном поступку, из 2012. године, посебан правни режим укључивао је и одредбе о ништавости управног уговора, као и одредбе о правним последицама неиспуњења управног уговора. (V. Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 31, 35) У Предлогу из 2013. године више није било посебних правила о ништавости управног уговора, али су задржане одредбе о правним последицама, у облику права на накнаду штете у парничном поступку. (V. Предлог ЗУП-а из 2013, чл. 25) Из последњег Предлога, а тиме и донетог Закона, избачене су и ове одредбе.

³¹⁶ V. Предлог ЗУП-а из 2016 (Анализа ефеката), р. 31.

³¹⁷ У Закону о управним споровима управна ствар је заиста одређена као ситуација од јавног интереса. Према овом Закону, међутим, у таквој ситуацији увек се доноси управни акт – не закључује се уговор. (V. Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009 – ЗУС, чл. 4-5)

Измена управног уговора предвиђена је због промењених околности и могућа је када се испуни неколико кумулативно прописаних услова: почетна претпоставка је да се ради о околностима насталим после закључења уговора; други услов је да оне у време закључења уговора нису могле да се предвиде; последњи услов је да нове околности битно отежавају испуњење обавеза једне уговорне стране. Када су испуњени сви наведени услови, та уговорна страна може од свог саговорача да захтева да се уговор измени и прилагоди насталим околностима.³¹⁸ Уколико измену уговора захтева странка онда важи и једно посебно правило:

„Орган решењем одбија захтев странке ако нису испуњени услови за измену уговора или ако би измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка.“³¹⁹

Цитирано правило требало би да буде довољно јасно и не би требало да оставља простор за било какве дилеме. Прецизно се каже да орган доноси решење само у једној ситуацији – када одбија захтев странке. Када орган пристаје на измену уговора није предвиђено доношење решења, нити за тим има потребе. Језички смисао цитиране одредбе не дозвољава да се она схвати онако како су је схватили поједини аутори – који сматрају да орган о захтеву странке увек одлучује решењем, без обзира на то да ли се са тим захтевом слаже, или га одбија.³²⁰

Право на раскид уговора дато је органу у различитим случајевима. Два случаја везују се за понашање странке, а трећи за заштиту јавног интереса. У вези са понашањем странке, орган може једнострано да раскине управни уговор онда када она не испуњава своје уговорне обавезе или се не сагласи са предложеном изменом уговора због промењених околности. Независно од понашања странке – у јавном интересу – орган може једнострано да раскине уговор онда када је то неопходно за отклањање тешке и непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир, јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди. Услов је, при томе, у складу са начелом сразмерности, да опасност по јавни интерес не може успешно да се отклони другим средствима, којима се мање дира у стечена права странке. Уговор се раскида решењем, а орган има обавезу да разлоге раскида изричито наведе и јасно образложи.³²¹

³¹⁸ ЗУП, чл. 23, ст. 1.

³¹⁹ ЗУП, чл. 23, ст. 2.

³²⁰ *Сф. З. Р. Томић, „Управни уговори: елементи правног режима у Србији“, Правни живот, 10/2017, р. 258.*

³²¹ ЗУП, чл. 24.

У обрнутој ситуацији – када орган не испуњава своје уговорне обавезе – странка нема право да раскине уговор; може једино да изјави приговор органу.³²² Немогућност странке да раскине управни уговор редактори Закона сматрају неопходном, јер би се у супротном изгубила разлика између управног уговора и оних уговора за које важи општи режим.³²³ Овим долазимо до последњег и најкомпликованијег дела у специфичном правном режиму управног уговора – до правне заштите и начина решавања спорова.

Приговор је ново правно средство у управном поступку, ремонстративног карактера. Изјављује се руководиоцу органа у року од шест месеци од пропуштања тог органа да испуни обавезу из управног уговора. Руководилац органа одлучује о приговору решењем, у року од 30 дана од дана пријема приговора. У решењу којим се приговор усваја одређује се даљи начин испуњења обавеза органа и одлучује о захтеву странке за накнаду штете. Иста овлашћења има и другостепени орган, који одлучује о жалби против решења.³²⁴

Сва решења која орган доноси у вези са управним уговором – о приговору, измени или раскиду уговора – могу даље да се побијају онако како је то уобичајено за управне акте. Уколико та решења немају својство коначности, против њих може да се изјави жалба у управном поступку. Уколико имају карактер коначних управних аката, може да се води управни спор. Исход је на крају увек исти: спорови се решавају пред Управним судом.

Иако се тичу управних уговора, ови спорови за предмет имају управне акте. Управни уговори нису предмет управног спора и не могу непосредно да се побијају

³²² ЗУП, чл. 25.

³²³ V. Предлог ЗУП-а из 2016 (Анализа ефеката), р. 33.

³²⁴ ЗУП, чл. 147-149. Правна природа приговора веома је спорна (као и све остало што је уведено новим Законом о општем управном поступку). Полазећи од места на којем се налази у Закону, могло би да се помисли да приговор, као и жалба, представља редовно правно средство. Смисао приговора, међутим, није исти као смисао жалбе. За разлику од жалбе, приговор се изјављује из таксативно набројаних разлога, што није уобичајено за редовна правна средства. С друге стране, то не значи да је приговор ванредно правно средство. Он се заправо ни не односи на побијање управног акта, чему су намењена остала правна средства у управном поступку – редовна (жалба) и ванредна. Приговор представља редовну могућност побијања других аката и радњи управе, који се доносе и врше у управном поступку (управни уговори, управне радње и пружање јавних услуга). Проблем се у ствари састоји у томе што се ови акти и радње управе само формално доносе и врше у управном поступку. Тако пише на папиру, али то је само привид. Са већином ових аката и радњи управе процесне норме Закона о општем управном поступку немају никакве везе. Примера ради, оне не уређују закључење управног уговора, нити начин пружања јавних услуга, иако би формално и то требало да буде предмет управног поступка. У већини случајева, ови акти и радње управе долазе у додир са управним поступком тек након што се изјави приговор. Тек онда се спроводи управни поступак и доноси решење – управни акт. У том смислу, приговор више подсећа на акт иницијалног карактера, којим се покреће управни поступак, него на правно средство које се изјављује у току управног поступка.

пред Управним судом.³²⁵ Могућност вођења управног спора обезбеђује се посредно, преко претходно донетог управног акта. У осталим ситуацијама, у којима није предвиђено доношење управног акта, спорови не могу да се решавају пред Управним судом. Могу да се решавају, као и сви други уговорни спорови, у парничном поступку, пред надлежним судом.

Правна заштита уговорних страна очигледно није подведена под јединствен режим. У управном спору правну заштиту може да оствари само странка и то побијајући донете управне акте, а не сам управни уговор. Ако доношење управног акта није предвиђено, онда ни странка не може да покрене управни спор. Правну заштиту тада може да потражи једино у парничном поступку. За разлику од странке, орган правну заштиту може да оствари искључиво у парничном поступку. У

³²⁵ Предмет управног спора, истина, нису само управни акти. Предмет управног спора, поред управних аката, могу да буду и други појединачни правни акти. Под њима се подразумевају појединачни акти „којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“, као и други појединачни акти „када је то законом предвиђено“. И за друге појединачне акте, као и за управне акте, тражи се да претходно стекну својство коначности. (ЗУС, чл. 3, ст. 2-3) Ради се о две одвојене категорије појединачних аката, које се у предмет управног спора сврставају под различитим условима. У односу на прву категорију ових појединачних аката, заштита у управном спору има супсидијаран карактер. Она је могућа и дозвољена само ако није предвиђена нека друга судска заштита. Насупрот томе, у односу на другу категорију појединачних аката заштита у управном спору није супсидијарна, већ основна и изричито предвиђена посебним законима. За обе наведене категорије аката заједничко је то да имају појединачни карактер и да се, за разлику од управних аката, не доносе у управним стварима. За прву категорију ових појединачних аката јасно је да имају правни и ауторитативни карактер, с обзиром на то да се њима „решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу“. Када је у питању друга категорија ових аката, никаква друга обележја, осим појединачности, нису одређена. У правној теорији постојао је покушај да се под ову другу категорију појединачних аката подведу и управни уговори, односно да се ова категорија појединачних аката схвати као основа за то да се неким посебним прописом предвиди могућност вођења управног спора против уговора. Такав став изнео је Зоран Томић: „Уопште, сматрам да сви појединачни акти – па и управни уговори, као за сада у нашем праву неименовани двострани управни послови/акти – могу, према упућујућој одредби става 3. члана 3. ЗУС-а, да добију правну заштиту у управном спору.“ (З. Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010, pp. 182-184) Овакав закључак делује претерано. И сам Томић каже да су, бар у тренутку када је Закон о управним споровима донет, управни уговори били неименована категорија аката управе. Другим речима – нису ни постојали. Тешко да је законодавац, при доношењу Закона о управним споровима, могао да има на уму акте који нису ни постојали. Одредбе Закона о управним споровима, гледано у целини, указују на правну заштиту која се странкама пружа против ауторитативног иступања органа управе. Оне нису примерене споровима који произлазе из уговора, у којима би правну заштиту могао да тражи и сам орган управе. Исправнији став заступа Добросав Миловановић, који каже да би предмет управног спора, по овом основу, могли да буду само појединачни акти који се доносе у вези са процедуром закључења управних уговора, али не и остали спорови проистекли из њих. (Д. Миловановић, „Визионарска мисао професора Славољуба Поповића о управним уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу: тематски број посвећен Славољубу Поповићу*, Ниш, 2011, p. 134) Проширење предмета управног спора на друге појединачне правне акте израз је тежње да се наш управни спор усагласи са европским стандардима у овој области, али и са Уставом Републике Србије. (V. З. Лончар, „Предмет управног спора“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Нови Сад, 2014, p. 531) Смисао проширења предмета управног спора није у решавању уговорних спорова, већ у пуној заштити странака против сваке одлуке која се тиче њихових права, обавеза или правних интереса.

управном спору он може да буде једино пасивно легитимисан и да има својство туженог. Као тужилац може да се појави само у парничном поступку.

Компликован и различит правни режим уочава се и код правила о накнади штете. Првобитно је било замишљено, у ранијим верзијама новог Закона о општем управном поступку, да се захтеви за накнаду штете остварују у парничном поступку, без обзира на то која уговорна страна подноси захтев – орган или странка.³²⁶ Пишући последњу верзију новог Закона, писци су се очито предомислили. У образложењу усвојеног текста наводи се да тражење накнаде штете у парничном поступку, иако у пракси већ постоји, обесмишљава институт управног уговора.³²⁷ Ако је већ тако, зашто је то онда уопште и било предвиђено у ранијим редакцијама? Зар је тада намера била да се управни уговор уведе и истовремено обесмисли? Како је могуће да иста правила у једном тренутку буду смислена, а у другом бесмислена. Зар уопште и може да се каже да је бесмислено оно што већ постоји у пракси? Бесмисленим би пре могао да се назове покушај да се управни уговори предвиде без обзира на све, па и супротно ономе што постоји!

Како гласе та нова и „смислена“ правила о накнади штете? Према њима, орган и странка накнаду штете остварују на различите начине, у различитим поступцима. Странка захтев за накнаду штете може да поднесе већ у приговору, изјављеном због неиспуњења уговорних обавеза органа. О приговору, а то значи и о захтеву за накнаду штете, одлучује сам орган – друга уговорна страна. Ако је странка незадовољна одлуком органа, његовим управним актом, може да се жали и води управни спор, под уобичајеним условима. Захтев за накнаду штете тако долази пред Управни суд, који о њему одлучује узгред, уз одлуку о законитости управног акта. О накнади штете Управни суд може, али не мора да реши. Странку на крају може да упути и на парнични поступак.³²⁸

Описани начин остваривања права на накнаду штете изабран је из више разлога. Он је оцењен као ефикаснији од друге опције, такође „смислене“, да се захтев за накнаду штете подноси непосредно у управном спору. Недостатак ове друге опције, образлаже се даље, произлази из чињенице да све управне спорове решава један Управни суд, те би постојала опасност од преоптерећености. Потенцијална опасност била би и могућност да се пред Управним судом воде два

³²⁶ Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 35; Предлог ЗУП-а из 2013, чл. 25.

³²⁷ Предлог ЗУП-а из 2016 (Анализа ефеката), р. 33.

³²⁸ V. ЗУС, чл. 45.

спора поводом истог управног уговора. До такве ситуације могло би да дође ако незадовољна странка тражи накнаду штете директно у управном спору, а поред тога побија и управни акт којим је коначно одлучено о њеном приговору.³²⁹

Стиче се утисак да би било боље да нема никаквог образложења, јер оно које је понуђено уопште не звучи логично. Укратко: због дужине предвиђеног пута правне заштите о ефикасности не може ни да се говори. Како је могуће да се изјављивање приговора, па жалбе и на крају тужбе сматра ефикаснијим од непосредног вођења управног спора? До управног спора свакако се долази и то неће спречити преоптерећеност Управног суда. А опасност од вођења два спора поводом истог управног уговора могла би да се избегне веома лако – избацивањем приговора као сувишног. Ако би се спор водио непосредно пред Управним судом, зашто би приговор уопште и постојао? Шта би било када би се одмах покренуо парнични поступак, што већ постоји у пракси? Зар то не би било ефикасније, без оптерећења Управног суда, без опасности од вођења више спорова о истом предмету? Вероватно би било, али то онда обесмишљава управни уговор и зато мора да се избегне.

Питање о праву странке на накнаду штете мора да се постави и у другим случајевима у којима орган доноси управни акт. У тим случајевима, подсетимо се, орган не решава о приговору, већ одбија захтев странке за измену уговора због промењених околности или једнострано раскида уговор. Посебна овлашћења органа не морају да буду последица понашања странке, него могу да се користе и у јавном интересу. Орган тако неће дозволити измену уговора која би била штетна по јавни интерес. Уговор ће, с друге стране, раскинути онда када је то неопходно за отклањање тешке и непосредне опасности по одређена добра. Право странке на накнаду штете, међутим, у овим случајевима није изричито предвиђено.

У случају раскида уговора, проблем може лакше да се реши. Право странке на накнаду штете може да се изведе из сходне примене правила о укидању извршног решења.³³⁰ Извршно решење може да се укине из истих оних разлога из којих орган може да раскине управни уговор. У случају укидања извршног решења, странка има право на накнаду стварне штете, али не и изгубљене добити.³³¹ Исто право стога странка има и код раскида уговора. Не зна се само у ком поступку и пред којим

³²⁹ Предлог ЗУП-а из 2016 (Анализа ефеката), р. 34.

³³⁰ М. Петровић, М. Прица, „Управни уговор као проблем правне науке и позитивног права: управни акт, уговор, управни уговор“, *Људска права између идеала и изазова садашњости*, Косовска Митровица, 2016, р. 696.

³³¹ ЗУП, чл. 187, ст. 3.

органом то право може да се оствари. У претходном Закону о општем управном поступку било је предвиђено да се о захтеву за накнаду штете, настале услед ванредног укидања решења, одлучује у парничном поступку.³³² У важећем Закону не пише ништа. Странка би накнаду штете могла да тражи у управном спору, узгред, уз побијање законитости донетог управног акта. Да ли је, међутим, нешто спречава да захтев за накнаду штете постави у парничном поступку, као основни захтев, на шта би и Управни суд свакако могао да је упути.

Код измене уговора, проблем је нешто тежи. Одбијање захтева за измену уговора значи да странка мора да изврши своје уговорне обавезе и у новим околностима, иако због тога трпи штету. Разлог је заштита јавног интереса, који има превагу над интересом странке. Ова ситуација ипак се разликује од оне у којој се укида извршно решење или раскида управни уговор. Сходна примена правила о накнади штете због укидања извршног решења овде је спорна. У теорији се појавио став да би овај случај могао такође да се реши сходном применом, али овај пут правила о накнади штете због неизвршења уговорне обавезе органа.³³³ Овај став не делује логично: зашто би се овде право на накнаду штете изводило из сходне примене правила о неизвршењу уговора, када штета није последица пропуста органа, већ потребе да се заштити јавни интерес. Одговорност органа за накнаду штете у овој ситуацији нема уговорни карактер; ни право на накнаду штете, самим тим, не може да се изведе из уговорних принципа, него једино из јавноправних принципа. Одговорност за накнаду штете у овој ситуацији постоји као и у свим оним ситуацијама у којима држава причини штету грађанима, вршењем своје делатности.

Након осврта на ова компликована правила о накнади штете, мора да се постави и следеће питање. Да ли је на тај начин остварен основни циљ њиховог прописивања? Да ли је избегнуто вођење парничног поступка, које „обесмишљава“ институт управног уговора? Одговор је негативан. Чак ни онда када накнаду штете тражи странка, парнични поступак није избегнут у потпуности, јер се на крају тог дугог и компликованог пута правне заштите опет долази до њега. Када пак накнаду штете захтева орган, парнични поступак не само да није избегнут, већ представља једину опцију: орган не може сам да одлучи о сопственом захтеву за накнаду штете; накнаду штете не може да захтева ни у управном спору, јер тамо никад нема улогу

³³² Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, чл. 256, ст. 4.

³³³ М. Петровић, М. Прица, *op. cit.*, p. 695.

тужиоца. Преостаје му да уради оно што је „бесмислено“ и да накнаду штете тражи у парничном поступку.

Изложена правила о управном уговору чине део његовог правног режима, онај специфичан. Укупан правни режим управног уговора обухвата и друга правила, која се примењују по различитим основама. Тако се на управни уговор сходно примењују и остале одредбе Закона о општем управном поступку. Такве одредбе су ретке, нема их много, нити може да их буде, пошто се њима првенствено уређује доношење управних аката. Зато се, супсидијарно, на управне уговоре примењује и закон којим се уређују облигациони односи.³³⁴ Овај део правног режима управног уговора ни по чему није посебан. Њега, напротив, чине она правила која су заједничка за све уговоре, без обзира на њихов карактер. У правном режиму управног уговора, закон који уређује облигационе односе требало би да буде *lex generalis*.³³⁵

Да би правни режим управних уговора био потпун, неопходан је још један, „четврти слој правне регулативе“³³⁶. Њега би требало да чине правила садржана у посебним законима, специфична за поједине управне уговоре. Не заборавимо: управни уговори закључују се онда када је то предвиђено посебним законима. Правила тих посебних закона такође чине део правног режима управних уговора, али не свих, већ оних чије закључење нормирају. Одредбе посебних закона, каже се у теорији, не би смеле да буду у супротности са основним начелима Закона о општем управном поступку, нити да умањују њиме предвиђени ниво правне заштите странака.³³⁷ Ова четврта група правила заправо би требало да буде прва, јер се код појединих управних уговора полази од њих.

Овако замишљен правни режим управних уговора обухвата сложен низ прописа општег и посебног карактера. Један део тих прописа специфичан је за управне уговоре; чине га правила посебних закона, којима се предвиђа закључење одређеног управног уговора, и она нешто општија, нормирана Законом о општем управном поступку. Други део правног режима чине правила која су заједничка за све уговоре, регулисана Законом о облигационим односима.

Исплетена мрежа прописа који дају целину правног режима управног уговора није само сложена, већ и спорна. Она у међусобну везу доводи прописе различитог карактера, чинећи при томе једне општим, а друге посебним. Да би Закон о општем

³³⁴ ЗУП, чл. 26.

³³⁵ М. Петровић, М. Прица, *op. cit.*, p. 696.

³³⁶ З. Р. Томић, „Управни уговори: елементи правног режима у Србији“, p. 258.

³³⁷ *Ibid.*, pp. 259-260.

управном поступку могао да дерогира одредбе Закона о облигационим односима, мора и сам да садржи одредбе материјалноправног карактера. Одредбе о управном уговору имају такав карактер, али је спорно сâмо њихово уношење у закон који уређује општи управни поступак. Није немогуће да процесни закон садржи одређене материјалноправне одредбе и обрнуто. Али то свакако није исто што и стварање једне потпуно нове материјалноправне установе процесним законом.

Дилеме постоје и у односу између Закона о општем управном поступку и посебних закона, којима се уређује закључење појединих управних уговора. У овом односу Закон о општем управном поступку више нема посебни, већ општи карактер. За закон који уређује општи управни поступак то је и уобичајено; он је општи пропис за све оне прописе који регулишу посебне управне поступке. Дилема и јесте у томе да ли закони који уређују закључење управног уговора уређују посебне управне поступке. Шта је са правилима материјалноправног карактера? Да ли однос општег и посебног прописа важи и за материјалноправне норме о управним уговорима, садржане у посебним законима? Много тога је помешано у правном режиму управног уговора, зато се и постављају бројна питања. Да би се одговорило на постављена питања и добила јаснија слика о управном уговору, ти посебни прописи морају такође да се размотре.

5.3. Управни уговор у посебним прописима

О постојању посебних закона који уређују закључење управних уговора домаћа правна теорија заузела је два супротстављена става. Према једном мишљењу, таквих закона нема, што значи да у нашем праву нема ни управних уговора.³³⁸ Супротан став гласи да управни уговори постоје и да су предвиђени пре свега законима који уређују јавне набавке, јавно-приватна партнерства и концесије.³³⁹

Од постојања управних уговора у овим областима пошли су и редактори новог Закона о општем управном поступку. У првој верзији овог Закона, из 2012. године, уговори закључени у области јавно-приватног партнерства, концесија и јавних служби изричито су квалификовани као управни.³⁴⁰ У другој верзији, из 2013. године, овакве квалификације више нема, а примери управних уговора уопште нису

³³⁸ Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку: корак напред или десет у страну?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, pp. 94-95.

³³⁹ З. Р. Томић, „Управни уговори: елементи правног режима у Србији“, pp. 261-263.

³⁴⁰ V. Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 30, ст. 2.

наведени.³⁴¹ У последњој и усвојеној верзија Закона, из 2016. године, опет се као примери помињу уговори уређени приписима о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама, али овај пут у његовом образложењу.³⁴²

Пажљиво читање образложења новог Закона показује заправо нешто друго. Показује да су ставови о правној природи уговора о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама противречни. Писци Закона их најпре помињу као примере управних уговора, да би након тога такву тврдњу сами довели у питање. Објашњавајући разлику у односу на првобитни предлог, они кажу да су на крају изабрали другачију опцију – да се управни уговори уводе у правни систем посебним законима, а не Законом о општем управном поступку. У супротном, могло би да дође до сукоба прописа и проблема у њиховој примени. Спорно би било да ли треба да се примени Закон о општем управном поступку, као општи пропис, донет касније, или посебни прописи, донети раније. Спорно би било и то што посебни закони у већој мери штите странку, као уговорну страну, од Закона о општем управном поступку; пошто посебним законима не може да се смањи ниво правне заштите странака предвиђен Законом о општем управном поступку, писци овог Закона закључују да није дозвољено ни обрнуто. Како би се избегли ови проблеми и како одредбе Закона о општем управном поступку не би остале „мртво слово на папиру“, управни уговори треба да се уведу посебним законима.³⁴³

Понуђено објашњење не може да се прихвати, из више разлога. Прво, опасност од сукоба каснијег и ранијег закона у овом случају не постоји: без обзира на време доношења, одредбе посебног закона увек дерогирају одредбе општег закона. У правној теорији јасно се каже да новија општа норма не укида посебну, старију.³⁴⁴ Друго, зашто би било спорно то што одредбе посебних закона штите странку више од Закона о општем управном поступку. Напротив, то и јесте смисао односа између ових прописа. Коначно, шта писци образложења желе да кажу? Јесу ли уговори о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама управни или нису? Пошто истичу да управни уговори тек треба да се уведу посебним законима, закључак би био да нису. А шта су онда одредбе Закона о општем управном поступку о уговорима који не постоје? Можда је најбоље да поновимо оно што су рекли и сами аутори Закона – „мртво слово на папиру“.

³⁴¹ V. Предлог ЗУП-а из 2013, чл. 21; Предлог ЗУП-а из 2013 (Образложење), р. 3.

³⁴² V. Предлог ЗУП-а из 2016 (Образложење), р. 5.

³⁴³ Предлог ЗУП-а из 2016 (Анализа ефеката), р. 32.

³⁴⁴ Д. Митровић, *Теорија државе и права*, Београд, 2010, р. 391.

Да би уговори о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама могли да се назову управним уговорима, морају да имају она обележја која су прописана Законом о општем управном поступку. Потребно је да се ради о појединачним, двостраним правним актима које закључују орган и странка у управним стварима. Појединачност и двостраност не доводе се у питање, јер су то обележја сваког уговора. Проблем је у карактеру уговорних страна и ситуацији у којој се уговор закључује. Између кога се и када закључују уговори о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама? Да ли се закључују у управним стварима? Да ли су уговорне стране орган и странка?

Нажалост, већ смо видели да широко и непрецизно одређен појам управне ствари није поуздан критеријум за препознавање управних уговора. Под појединачне ситуације у којима се непосредном применом закона и других прописа правно или фактички утиче на положај странке може да се подведе скоро све што ради управа, па тако и закључење уговора о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама. Проблем је у томе што би под овако одређен појам управне ствари могли да се подведу и други уговори, а не само „управни“.

Уговор о јавној набавци закључују наручилац и понуђач, у поступку јавне набавке.³⁴⁵ Јавне уговоре – као уговоре о јавно-приватном партнерству и уговоре о концесији – закључују јавни и приватни партнер, у поступку избора приватног партнера, који се води или као поступак јавне набавке или као поступак давања концесије.³⁴⁶ Ако ови уговори имају карактер управних уговора, онда то значи да наручилац и јавни партнер имају својство органа, понуђач и приватни партнер својство странке, а поступак јавне набавке и поступак давања концесије карактер посебних управних поступака. Површно посматрано, можда и делује тако; када се погледа испод површине, међутим, онда и проблем делује сложеније.

Смисао посебних управних поступака огледа се у одступањима од општих правила; одступањима, а не прописивању потпуно другачијих правила. Поступак јавне набавке и поступак давања концесије потпуно су другачији од општег управног поступка. Посебним правилима нису уређена само одступања од општих правила – њима су ови поступци уређени на целовит начин. На поступак јавне

³⁴⁵ Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015 – ЗЈН, чл. 3, тач. 2, у вези са чл. 31-116.

³⁴⁶ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016 – ЗЈП, чл. 4, тач. 3, у вези са чл. 20, ст. 1-2.

набавке и поступак давања концесије општа правила о управном поступку уопште се ни не примењују.

Веза са управним поступком приметна је искључиво у погледу правне заштите учесника у поступку јавне набавке и поступку давања концесије. Правна заштита у овим поступцима остварује се помоћу захтева за заштиту права, о којем одлучује Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.³⁴⁷ Правна заштита уређена је Законом о јавним набавкама, али се на питања која нису посебно регулисана сходно примењује Закон о општем управном поступку.³⁴⁸ У вези са правном заштитом могло би стога да се говори о управном поступку, као што се то чини и у судској пракси.³⁴⁹ Исти карактер, међутим, не би могао да се призна самом поступку јавне набавке и поступку давања концесије. За овакво одвајање потврда опет може да се пронађе и у судској пракси, у складу са којом захтев за заштиту права нема карактер правног средства (у судској пракси говори се о правном леку), већ иницијалног акта којим се покреће поступак контроле.³⁵⁰ Захтевом за заштиту права покреће се нови поступак, посебан, за који тек може да се каже да је управни.

Слично претходном, за наручиоца и јавног партнера могло би да се каже да имају својство органа, али у поступку заштите права.³⁵¹ При самом закључењу уговора они то својство немају, јер се не ради о управном поступку. Ако се не ради о управном поступку, онда ни друга уговорна страна нема својство странке. И странке се, попут органа, појављују једино у поступку заштите права, као лица која су заинтересована за закључење уговора.

Разлика између Закона о општем управном поступку и прописа о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама још више долази до изражаја када се погледа правни режим управног уговора. Суштина посебног правног режима управног уговора требало би да се огледа у неравноправности

³⁴⁷ ЗЈН, чл. 139, тач. 1.

³⁴⁸ ЗЈН, чл. 148, ст. 5; ЗЈПП, чл. 58, ст. 1.

³⁴⁹ V. Пресуда Управног суда, 23 У 8878/12 од 22.01.2013; Решење Управног суда, 9 У 17500/12 од 08.02.2013; Пресуда Управног суда, 3 У. 10128/11 од 23.05.2013; Пресуда Управног суда, 6 У.12539/12 од 03.10.2013; Пресуда Управног суда, 6 У.9970/13 од 03.10.2013; Пресуда Управног суда, III-27 У. 8273/11 од 19.02.2014; Пресуда Управног суда, 25 У. 10830/13 од 26.03.2015.

³⁵⁰ Управни суд, *Билтен судске праксе бр. 7*, Београд, 2017, *pp.* 284-287.

³⁵¹ Судска пракса овде није сасвим јасна. Заправо, из судске праксе јасно произлази да наручилац има својство првостепеног органа, али није јасно да ли се мисли само на поступак заштите права. С обзиром на то да се наручилац посматра као првостепени орган у контексту активне легитимације за покретање управног спора против одлука Републичке комисије, логичан закључак био би да се мисли на поступак заштите права. V. Решење Управног суда, 8 У. 5356/14 од 15.04.2014; Решење Управног суда, III-11 У. 8346/14 од 03.09.2014; Решење Управног суда, 14 Ув. 238/14 од 19.09.2014; Решење Управног суда, 10 Ув. 201/14 од 17.10.2014.

уговорних страна и могућности једне од њих да ауторитативно одлучује о правима и обавезама друге. Правни режим уговора о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама не заснива се на неравноправности уговорних страна; напротив, заснива се на начелу аутономије воље и равноправности сауговорача.³⁵² Потпуно супротно ономе што пише у Закону о општем управном поступку, уговоре о јавно-приватном партнерству и концесијама једнострано могу да раскину и јавни и приватни партнер.³⁵³ За ове уговоре не важе посебна правила о управном уговору; за њих важе другачија правила, заснована на начелима грађанског права. На питања која нису посебно регулисана, примењују се правила грађанског права, тачније оног закона којим се уређују облигациони односи.³⁵⁴ То се можда не допада појединим ауторима, али не може да се назове „нетачним“ и „неразумевањем суштине“.³⁵⁵ Нетачно је обрнуто, када се каже да су то управни уговори, иако то не произлази из њиховог правног режима.

Ни начин решавања спорова не указује на то да уговори о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама имају управни карактер. Према Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама, уговорне стране могу да уговоре арбитражно решавање спорова, а ако то не учине, надлежни су судови Републике Србије.³⁵⁶ Надлежни судови, на основу општих прописа, одлучују и о накнади штете проузроковане у поступку доделе јавног уговора.³⁵⁷ Спорови се, дакле, решавају у парничном поступку. За њихово решавање није надлежан Управни суд. Пред Управним судом побијају се искључиво одлуке Републичке комисије, ради заштите правног интереса учесника у поступку јавне набавке и поступку давања концесије.³⁵⁸ За спорове између уговорних страна важи другачији – општи режим. То нам јасно потврђује и судска пракса:

„[П]равилност уговора, закљученог са изабраним понуђачем након спроведеног поступка јавне набавке и евентуално утврђивање ништавости овог уговора, није предмет оцене Управног суда у управном спору, већ може бити предмет оцене код

³⁵² ЗЈПП, чл. 6, ст. 9-10.

³⁵³ ЗЈПП, чл. 54-55.

³⁵⁴ ЗЈПП, чл. 8, ст. 3.

³⁵⁵ *Сф. Љ. Дабих, „Јавно-приватно партнерство и концесије (у законодавству и правној теорији)“, Правне норме у времену и простору, Косовска Митровица, 2012, р. 72.*

³⁵⁶ ЗЈПП, чл. 60, ст. 1, 3.

³⁵⁷ ЗЈПП, чл. 59, ст. 1.

³⁵⁸ ЗЈН, чл. 159.

надлежног суда у парничном поступку, по евентуално поднетој тужби за утврђивање ништавости закљученог уговора[...]³⁵⁹

Начин на који су управни уговори нормирани у нашем праву, а слично може да се каже и за хрватско право, веома је необичан и нелогичан. Утисак је да су одредбе о управним уговорима морале да се унесу у закон који уређује општи управни поступак, без обзира на то што такви уговори нису јасно издвојени у осталим прописима. Они су измишљени, о чему сведоче и аутори нашег Закона о општем управном поступку. У време писања нашег Закона и оцене његових ефеката, затражени су подаци о управним уговорима у хрватском праву. Испоставило се, како кажу писци нашег Закона, да таквих података нема, јер се увођење управних уговора очекује тек посебним законима. Хрватски законодавац очигледно, објашњава се даље, још увек није у значајнијој мери искористио ту могућност.³⁶⁰ С обзиром на то да података о управним уговорима нема, фраза „у значајнијој мери“ звучи као еуфемизам.

Занимљиво је и то да се у хрватском и нашем праву управни уговори уводе по узору на немачко право. Зашто се онда као оправдање за увођење управних уговора наводе они уговори који у немачком праву, а видели смо да то исто важи и за аустријско, имају приватноправну природу? Немачка правна теорија јасно каже да уговори о јавним набавкама и слични „јавни уговори“ имају приватноправни карактер.³⁶¹ Испада да се управни уговори уводе по немачком моделу зато што и код нас постоје уговори који се у немачком праву сматрају приватноправним уговорима?! Ово је само још једно у низу „логичних“ објашњења која прате стварање управних уговора у домаћем праву.

³⁵⁹ Управни суд, *Билтен судске праксе бр. 7*, р. 281.

³⁶⁰ Предлог ЗУП-а из 2016 (Анализа ефеката), р. 19.

³⁶¹ V. H. Maurer, *op. cit.*, р. 49; S. Detterbeck, *op. cit.*, р. 358.

Део четврти

Управни уговор и грађанскоправни уговор

Након увида у његов правни режим, време је да се управни уговор упореди са грађанскоправним уговором. Поређење треба да открије сличности и разлике у њиховим обележјима и правном режиму, стварајући тиме јаснију слику о правној природи управног уговора. На првом месту, потребно је да се одреди појам грађанскоправног уговора, како би се проверило да ли иста битна обележја има и управни уговор. После тога, на ред долазе правила која чине правни режим грађанскоправног уговора. У односу на њих правила о управном уговору требало би да буду специфична. При покушају да се уоче специфичности управног уговора, међутим, мора да се води рачуна и о томе да његов правни режим није јединствен. Посебна правила о управном уговору нису идентична у свим правним системима, иако се у правној теорији карактеристике француског управног уговора често представљају као опште.

1. Појам грађанскоправног уговора

За грађанскоправни уговор уобичајено се каже да представља посебну врсту правног посла. Под правним послом подразумева се изјава воље, усмерена на то да произведе одређено правно дејство.³⁶² Правни посао је врста циљног поступања – изјава воље усмерена на настанак, промену, пренос или престанак одређених права и обавеза,³⁶³ или, краће речено, одређених правних односа.

О изјави воље и њеним правним последицама постоје различита схватања. Понекад се сматра да промене у правним односима нису директна последица изјаве воље, него објективног права. Најчешће се пак тврди обрнуто: промене у правним односима јесу последица изјаве воље, а објективно право одређује њихове границе и домашај. Истина је заправо да изјава воље и објективно право само заједно могу да доведу до промена у правним односима. Сама изјава воље, коју не признаје објективно право, не би могла да доведе до таквих последица.³⁶⁴

³⁶² Л. Марковић, *Грађанско право, Прва књига: општи део и стварно право* (у даљем тексту: *Грађанско право*), Београд, 1927, р. 199.

³⁶³ Д. Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2013, р. 325.

³⁶⁴ Л. Марковић, *Грађанско право*, рр. 200-201.

За разлику од једностранних правних послова, за чији настанак је довољна једна изјава воље, уговор се сматра двостраним правним послом. За његов настанак потребан је спој, односно стицај две изјаве воље. До настанка уговора и промена у правним односима доводи њихова подударност, која није проста и случајна; напротив, свака изјава воље дата је с обзиром на ону другу и у циљу слагања са њом.³⁶⁵ Као посебна врста правног посла, уговор се издваја спајањем више воља у једну – јединствену и неподељену.³⁶⁶ Зато се традиционално и каже:

„[У]говор је сагласност воља два или више лица којом се постиже неко правно дејство“.³⁶⁷

У закључењу уговора учествују најмање два лица. За постојање уговора, као двостраног правног посла, међутим, није пресудан број лица, већ број страна уговорница. Битно је да увек постоје две уговорне стране, без обзира на број лица који се јавља у својству сваке од њих. Два лица представљају минимум, али у закључењу уговора може да их учествује и више. На свакој од уговорних страна може да се нађе не само једно, него и већи број лица.³⁶⁸

Појам уговора, одређен на овај начин, није искључиво грађанскоправни, већ и општи. Он је настао у оквирима грађанског права и зато се полази од грађанскоправне дефиниције, али је касније пренет и у неке друге гране права. Уочено је да уговор, као један од најгипкијих правних инструмената, може да произведе разна правна дејства, у разним областима права.³⁶⁹ Према томе, разлика између грађанскоправног уговора и уговора у неким другим гранама права није у битним обележјима, већ у карактеру остварених правних дејстава. У свим гранама права уговор је двострани правни посао, сагласност воља два или више лица, која производи одређено правно дејство. Карактер тог правног дејства ствара разлику између појединих уговора и условљава њихово сврставање у одређене гране права.

³⁶⁵ Л. Марковић, *Облигационо право* (Класици југословенског права, Књига 15), Београд, 1997, pp. 175-176.

³⁶⁶ С. F. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, p. 307.

³⁶⁷ С. Перовић, *Облигационо право*, Књига прва, Београд, 1980, p. 151. Историјски посматрано, може да се примети да воља уговорних страна није увек сматрана суштином уговора. У римском праву суштина уговора сводила се на форму. Према каснијем схватању, суштину уговора чинио је његов циљ, који се састоји у преносу права. Тек у складу са модерном концепцијом, суштину уговора чини сагласна воља уговорних страна. (V. J. Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2005, pp. 218-223)

³⁶⁸ Изрази „двострани правни посао“ и „уговор“ користе се најчешће као синоними. Поједини аутори, међутим, уговоре не сматрају искључиво двостраним правним пословима, већ сматрају да постоје уговори и са више страна уговорница. (Cf. М. Константиновић, *Облигационо право* [према белешкама са предавања професора др. М. Константиновића], Београд, 1959, p. 14)

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 13.

Под грађанскоправни, односно општи појам уговора, може да се подведе и управни уговор. Битна обележја уговора поседује и управни уговор и у том погледу између њих нема разлике. Управни уговор такође представља двострани правни посао, за чији настанак је потребна сагласна изјава воље уговорних страна. Воља управе, као једне уговорне стране, није правно јача од воље њеног сауговорача. На правна дејства у истој мери и на принципијелно једнак начин утичу и воља управе и воља лица на које се делатност управе односи.³⁷⁰

У чему се онда састоји разлика између управног и грађанскоправног уговора? Разлика може да се потражи једино у карактеру правних дејстава уговора. Полазећи од карактеристика управног уговора у анализираним правним системима, приметно је да се за њега везују специфична правна дејства. За разлику од грађанскоправног уговора, који производи грађанскоправне последице, сматра се да управни уговор доводи до промена у правним односима јавноправног карактера. Промене у правима и обавезама настају сагласношћу воља, али та права и обавезе нису грађанскоправне, већ јавноправне природе. Зато за управни уговор важе и нека посебна правила, која се разликују од оних општих – грађанскоправних.

Понекад се у правној теорији уз двостране правне послове, односно уговоре, помињу и заједнички послови. За њихов настанак такође није довољна једна изјава воље. Попут уговора и заједнички послови представљају сагласност воља два или више лица. Код уговора су, међутим, изјаве воље садржински различите; зато лица која изјављују вољу чине две различите стране правног посла и имају различите улоге. Насупрот томе, код заједничких послова изјаве воље имају исту садржину, а лица која изјављују вољу чине исту страну правног посла и имају исту улогу.³⁷¹

На сличан начин појму уговора супротстављају се и појмови договора, уније и збирног акта. Сви они подразумевају сагласност воља; ипак, за разлику од уговора, сагласност воља код договора, уније и збирног акта усмерена је ка заједничком циљу. Код договора, уније и збирног акта воље учесника немају различите предмете и не теже различитим циљевима.³⁷²

У контексту овог ужег и прецизнијег одређења појма уговора могу да се сагледају и управни уговори. Са уже дефинисаним појмом уговора не поклапају се

³⁷⁰ Н. Eberhard, *op. cit.*, p. 17.

³⁷¹ В. Водинелић, *Грађанско право: увод у грађанско право и општи део грађанског права* (у даљем тексту: *Грађанско право*), Београд, 2014, pp. 450-453. Сличну разлику прави и Михаило Константиновић, када говори о закључцима. Константиновић ипак не говори о улогама лица и зато закључке сматра вишестраним правним пословима. (V. М. Константиновић, *op. cit.*, p. 14)

³⁷² М. Петровић, М. Прица, *op. cit.*, p. 693.

ни неки управни уговори, првенствено они који се закључују између два јавноправна субјекта. Примера ради, управним уговором у немачком праву сматра се и уговор закључен између две општине о оснивању музеја, са статусом јавне установе.³⁷³ Учесници у овом правном послу имају исту улогу и заједнички циљ који желе да постигну сагласношћу воља. Ако су различите улоге и циљеви битна обележја уговора, онда овај правни посао представља нешто друго. На то се указује и у француској правној теорији, када се говори о злоупотреби термина „уговор“ при означавању сагласности воља два јавноправна субјекта.³⁷⁴

Нажалост, покушај да се појам уговора одреди прецизније не решава проблем правне природе управног уговора. Без обзира на то да ли се ради о уговорима, заједничким правним пословима, договорима или сличним актима, још увек мора да се одреди њихово место у правном систему. Још увек мора да се одговори на питање о томе да ли припадају грађанском или управном праву. Инсистирање на разлици између уговора и сличних правних аката, који се заснивају на сагласности воља, може само додатно и непотребно да закомпликује овај проблем.

2. Правни режим грађанскоправног уговора

Правила која чине правни режим уговора настала су, као и појам уговора, у оквиру грађанског права. Грађанскоправни режим уговора може такође да се назове општим режимом. Правила која важе за грађанскоправни уговор налазе се у основи правног режима осталих уговора. Само тамо где је то неопходно, због специфичности осталих уговора, одступа се од општих правила. И за управни уговор тако важе нека посебна правила. Одступања могу да буду различита, већег или мањег обима, у зависности од конкретног правног система, али, начелно посматрано, могу да се уоче у свим елементима правног режима уговора: специфичности управног уговора испољавају се у вези са настанком уговора, правним дејствима и извршењем уговора, као и начином решавања спорова.

Аутори који се баве управним правом неретко греше када указују на посебности управног уговора. Оно што називају специфичностима управног уговора често постоји и код „обичних“, грађанскоправних уговора. Разлог је јасан: они не познају правила грађанског права у довољној мери и зато олако доносе закључке. Да

³⁷³ З. Томић, „Правна природа управних уговора“, *pp.* 2134-2135.

³⁷⁴ J. Morand-Deville *et al.*, *op. cit.*, *p.* 476.

би могло да се каже да је нешто посебно и специфично за управни уговор, најпре мора да се утврди шта је то опште у режиму уговора. У супротном, прави смисао и значај посебних правила о управном уговору може лако да се промаши. Одступања могу да се преувеличају и представе као нешто суштински другачије, иако то није увек тако. Наравно, подједнако опасно може да буде и обрнуто поступање, занемаривање и негирање специфичности управног уговора; потребно је, дакле, да се одреди њихова права мера.

2.1. Закључење уговора

Први део правног режима уговора чине правила о његовом закључењу. Да би уговор настао и био пуноважан, потребно је да буду испуњени одређени услови. Уговор настаје сагласношћу воља и то је прва претпоставка, али не и једина. Сагласност воља није довољна уколико лица која изјављују вољу немају одговарајућу способност за закључење уговора. Поред ових услова, који се односе на уговорне стране, способност уговарања и сагласност воља, потребно је да буду испуњени и одређени услови у погледу предмета, каузе, а понекад и форме уговора.³⁷⁵

2.1.1. Сагласност воља

У настанку уговора сагласност воља игра одлучујућу улогу; толико важну да се и сам појам уговора заснива на сусрету и подударности воља два или више лица. Складно спојене воље дају суштину уговору, као двостраном правном послу. На ово битно обележје уговора надовезују се сви остали услови за његов настанак и пуноважност.

Воља је стога неизбежна претпоставка сваког уговора. Поред тога што мора да буде сагласна, мора да има и неке друге особине. Како би била правно релевантна, воља сваког од уговорника мора да обухвата свест о закључењу уговора и намеру да се уговор закључи. Уобичајено се захтева и то да воља буде озбиљна, стварна, слободна и упуњена на оно што, правно и фактички, може да се оствари.³⁷⁶ Побројани атрибути чине је погодном да у сусрету са вољом истих особина

³⁷⁵ С. Перовић, *op. cit.*, p. 245.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 253.

пуноважно произведе одређене правне последице. Обрнуто од тога, недостаци у погледу ових атрибута спречавају настанак пуноважног уговора или могу да утичу на његово правно дејство.

Да би воља била релевантна у свету права, она не може да остане искључиво психички акт, задржан у свести лица које у тај свет жели да унесе извесне промене. На одређени начин, воља мора и да се искаже, изрази, саопшти другима. Отуда воља увек може да се посматра са две стране, из два различита угла: у једном делу, она задржава свој унутрашњи, психички карактер; у другом делу – у виду изјаве – добија и свој спољни израз.

Између унутрашње, стварне воље, и оне која је изјављена, по правилу, нема никакве разлике. О „две воље“ може да се говори условно, када се, изузетно, таква разлика појави. Тада више није сасвим јасно која воља може да се сматра правно релевантном и да ли промене у правним односима изазива унутрашња воља, или она која је саопштена. Два могућа одговора на ово питање довела су до настанка две различите теорије.

Према теорији воље, правно дејство изазива унутрашња, стварна воља. Теорија изјаве, логично, полази од супротног става, ослањајући се првенствено на потребу да се обезбеди правна сигурност: за последице правног посла релевантно је оно што је изјављено. Обе теорије, међутим, иду у крајност и појединачно не могу да дају задовољавајући одговор. До задовољавајућег одговора може да се дође само ако се обе теорије узму у обзир и пронађе неко средње решење. Воља и изјава воље нераздвојно су повезане и чине две стране једне исте појаве. Ниједна од тих страна не сме у потпуности да се занемари. Зато се и каже да би било најправилније да се однос између унутрашње и изјављене воље уреди спрам околности конкретног случаја.³⁷⁷

Воља да се закључи уговор може да се изрази на више начина. По правилу, изјава воље подразумева неко активно понашање уговорних страна. Под активним понашањем подразумева се како изричита изјава воље тако и прећутна;³⁷⁸ другим речима, како непосредно тако и посредно изражена воља.³⁷⁹ Прећутна, односно посредна изјава воље назива се још и конклюдентном радњом.

³⁷⁷ Л. Марковић, *Грађанско право*, pp. 201-203.

³⁷⁸ С. Перовић, *op. cit.*, p. 257.

³⁷⁹ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 22.

За пасивно понашање – ћутање – важи супротно правило: ћутање се не сматра изјавом воље, сем у ретким и специфичним ситуацијама. Напротив, пасивно понашање, односно ћутање, противречно је изјави воље. Оно редовно подразумева баш супротно, уздржавање од предузимања било каквих радњи којима се воља изражава.³⁸⁰

До сагласности воља долази онда када једна уговорна страна пристаје на оно што јој друга страна предлаже; када једна страна прихвати оно што јој друга страна нуди.³⁸¹ Из понуде и прихватања понуде, као сукцесивних и подударних радњи, настаје сагласност воља подобна да произведе одређено правно дејство.³⁸² Уговор настаје спајањем две једностране изјаве воље, од којих једна представља понуду, а друга њено прихватање.

Да би дошло до настанка уговора, стране уговорнице треба да се сагласе о битним елементима уговора; битни елементи су они без којих уговор не може да постоји.³⁸³ Без сагласности о битним елементима, уговор не може да настане и не може да произведе правно дејство. По томе се битни елементи разликују од природних и случајних. За постојање и пуноважност уговора сагласност уговорних страна о природним и случајним елементима није неопходна.³⁸⁴

Без сагласности воља уговорних страна нема ни управног уговора. Као битно обележје уговора, сагласност воља је услов за настанак сваког, па тако и управног уговора. И управни уговор закључује се тако што једна уговорна страна прихвати понуду друге. У том погледу, управни уговор није другачији од грађанскоправног уговора. Двостраност управног уговора, која произлази из сагласности воља уговорних страна, данас је општеприхваћена.

Извесне специфичности управног уговора уочавају се онда када се говори о начину на који се одређује његова садржина. Често се указује на то да садржину управног уговора стране уговорнице не одређују споразумно, већ то чини једна од њих: садржину уговора одређује јавноправни субјект, као једна од уговорних страна. Приватно лице може једино да прихвати или одбије унапред одређену садржину

³⁸⁰ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 258-259.

³⁸¹ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 21.

³⁸² С. Перовић, *op. cit.*, p. 264.

³⁸³ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 27.

³⁸⁴ Д. Николић, *op. cit.*, p. 338.

уговора, због чега се управни уговори уобичајено посматрају као уговори по приступу.³⁸⁵

Покушај да се управни уговори издвоје као уговори по приступу израз је жеље да се они прикажу као уговори који се закључују између неравноправних субјеката. То, међутим, није прихватљиво објашњење, из више разлога. Најпре, свођење управних уговора на уговоре по приступу никако није оправдано; између њих не може да се стави знак једнакости. Управним уговорима у појединим правним системима сматрају се и уговори закључени између два јавноправна субјекта, између којих нема никакве неравноправности; исто важи и за уговоре који се закључују између два приватна лица. Чак ни то што се неки управни уговори заиста закључују као уговори по приступу не представља никакво специфично обележје, које би их разликовало од грађанскоправних уговора. То што се неки уговор закључује као уговор по приступу не значи да су уговорне стране неравноправне. Уговори по приступу постоје и у грађанском праву, те нису никакав критеријум разграничења:

„По правилу се јавља да појединац који ступа у јавноправни уговор, прима унапред утврђене услове. Али то није никаква карактеристика, пошто се то може десити и код приватноправног уговора [...].“³⁸⁶

Чињеницу да је управни уговор резултат сагласне воље две стране не може да промени начин на који се до те сагласности долази. Никакав поступак који претходи закључењу уговора не може да промени његову суштину и природу. Без обзира на начин закључења, управни уговор никада нема карактер ауторитативног правног акта. Зар то што се управни уговори (а и овде би морало да се каже неки, јер се то не односи на све) закључују након спроведеног јавног надметања представља некакву специфичну карактеристику? Наравно да не представља, јер надметање постоји и у грађанском праву.³⁸⁷ Управни уговор је сагласност воља чак и онда када се, бар формално, закључује у управном поступку – према немачком моделу. Ко обликује садржину уговора, на који начин и какав поступак мора да спроведе, нису питања од којих зависи суштина једног уговора. Какви год да су одговори на ова питања, уговор увек задржава своју суштину и остаје сагласност воља уговорних страна.

³⁸⁵ О карактеру уговора по приступу постоје различита мишљења: „Она се крећу почев од становишта да уговори по приступу нису уопште уговори, па преко читавог низа нијанси, до супротног схватања по коме уговори по приступу не представљају никакву посебну групу уговора која би се одликовала посебним обележјима, већ да су они уговори као и сви други, те да се на њих имају применити општа правила уговорног права.“ (С. Перовић, *op. cit.*, p. 221)

³⁸⁶ Ђ. Тасић, *Одговорност државе по принципу једнакости терета*, Београд, 1996, p. 183.

³⁸⁷ V. Л. Марковић, *Облигационо право*, pp. 193-194.

Понекад за закључење уговора није довољна само сагласност воља уговорних страна. Понекад је потребно да се са закључењем уговора сагласи и неко треће лице, односно надлежни државни орган. Ова потреба, међутим, не јавља се искључиво код управних, него и код појединих грађанскоправних уговора. Ни потреба за одобрењем, самим тим, није никакво специфично обележје управног уговора, на основу којег би могла да се уочи разлика у односу на грађанскоправне уговоре.³⁸⁸

2.1.2. Уговорне стране и способност уговарања

Начелно посматрано, грађанскоправни уговор може да закључи било који правни субјект. Као уговорна страна, може да се појави било које физичко или правно лице. Учешће одређених субјеката није обавезно и њиме није условљено постојање грађанскоправног уговора, иако, по природи ствари, постоје уговори које могу да закључе само одређена лица. Њихово учешће неопходно је за настанак конкретног уговора, али то нема везе са његовом грађанскоправном природом.

За разлику од грађанскоправних уговора, каже се да у закључењу управних уговора обавезно учествује и јавноправни субјект. Бар једна уговорна страна је држава, општина или неко друго јавноправно лице. Њихово учешће сматра се битним обележјем управног уговора и почетном разликом у односу на грађанскоправни уговор. Наравно, та разлика није довољна, јер јавноправни субјекти могу да закључују и грађанскоправне уговоре, попут свих других субјеката.

Правна природа управног уговора ни не би била тако спорна када би његова битна обележја могла да се дефинишу на уопштен начин. Имајући у виду различите правне системе, учешће јавноправног субјекта не може да се назове битним обележјем управног уговора, већ карактеристичним. Управне уговоре по правилу закључују јавноправни субјекти, али од тог правила постоје и изузеци.

³⁸⁸ О правној природи одобрења уговора постоје три основна схватања. Прва два одобрење везују уз услове за настанак пуноважног уговора: према првом схватању, одобрење је елемент саме уговорне воље, а према другом елемент форме уговора. Треће схватање правну природу одобрења сагледава у другачијем контексту и измешта је из оквира услова за настанак уговора. У складу са њим, одобрење уговора представља одложни услов; као одложни услов, оно не утиче на настанак уговора, него на његова правна дејства. (Ј. Салма, *Облигационо право*, pp. 310-311) Суочена са проблемом правне природе одобрења уговора, теорија грађанског права углавном се одлучује за ово последње схватање. У одобрењу уговора (сагласности за закључење уговора) најчешће се уочава правна чињеница која има особине одложног услова. Када сагласност дају приватна лица онда она има карактер једностране изјаве воље. Сагласност коју дају надлежни државни органи има карактер управног акта. (С. Перовић, *op. cit.*, p. 340) Она, међутим, ни на који начин не мења правну природу самог уговора. (М. Константиновић, *op. cit.*, p. 43)

Инсистирање на томе да бар једна од уговорних страна буде јавноправни субјект примећује се у француском праву и сматра се почетним критеријумом за издвајање управних уговора. Видели смо ипак да ни француска судска пракса није била сасвим уједначена по том питању. И она је, повремено и под одређеним условима, признавала управни карактер појединим уговорима закљученим између приватних лица.

У немачком и аустријском праву, супротно француском, истиче се да карактер уговорних страна није од пресудног утицаја на постојање управног уговора. Битан је предмет уговора, а уговорне стране могу да буду и приватна лица. Када уређује јавноправне уговоре додуше немачки Закон о управном поступку нема у виду уговоре закључене између приватних лица, али ни не спречава њихово закључење. У хрватском и нашем праву пак, захваљујући томе што се управни уговори закључују између органа који води управни поступак и странке, у улози једне од уговорних страна увек се појављују субјекти који врше јавна овлашћења, било да им она изворно припадају, или су им поверена.

Способност за закључење уговора ослања се на један шири појам, а то је појам пословне способности. Под пословном способношћу подразумева се могућност пуноважног предузимања правних послова.³⁸⁹ То је способност правног субјекта да својом изјавом воље произведе оне правне последице на које је изјава воље и усмерена.³⁹⁰ Способност уговарања није ништа друго него пословна способност, посматрана из угла закључења уговора. То је могућност лица да својом изјавом воље закључи пуноважан уговор и стекне одређена права и обавезе. Изјава воље мора да подразумева свест и намеру да се уговор закључи, а такву вољу немају лица која нису пословно способна.³⁹¹

Када се посматра уопштено, пословна способност може да буде потпуна или ограничена. Зато се и говори о способности уговарања, која се захтева при закључењу одређеног уговора. Ограничена пословна способност није препрека за закључење уговора, уколико је њеним оквирима обухваћена и та могућност. За настанак и пуноважност уговора неопходно је, али и довољно, да пословна способност укључује и способност за закључење тог уговора, чак и када је иначе, у погледу неких других правних послова, ограничена.

³⁸⁹ Д. Николић, *op. cit.*, p. 251.

³⁹⁰ Л. Марковић, *Грађанско право*, p. 217.

³⁹¹ С. Перовић, *op. cit.*, p. 245.

Пословна способност не може на исти начин да се посматра код физичких и правних лица. Код физичких лица она је правни израз одређене зрелости и способности за расуђивање, схваћене у психолошком смислу речи.³⁹² Стиче се са одређеним узрастом и посматра одвојено од правне способности. Код правних лица не може да се говори о зрелости и расуђивању, пошто се ради о колективима. Проблем пословне способности правних лица сагледава се другачије и обично се повезује са њиховом правном способношћу. У том смислу, истиче се да је пословна способност правних лица одређена и ограничена њиховом правном способношћу; уговоре могу да закључују само у овину своје правне способности.³⁹³ Она се зато, за разлику од опште правне способности физичких лица, назива специјалном.³⁹⁴

Када се каже да једно лице може да закључи уговор само у оквиру своје правне способности, онда је то тачно, али није довољно да би се она објаснила. Суштина пословне способности је у квалитету који право признаје вољи једног лица. Пословна способност омогућава лицу да самостално и сопственим правним радњама стиче права и обавезе. Проблем се састоји у томе што правна лица, као колективи, не могу да изјаве вољу и предузму правну радњу; уместо њих то мора да учини неко физичко лице. Правна лица закључују уговоре и предузимају друге правне радње преко својих органа. Понекад се каже да је орган заступник правног лица, а понекад његов саставни део.³⁹⁵ У сваком случају, захваљујући својим органима, правна лица имају пословну способност и могу да изјаве вољу која је потребна за настанак уговора.

Претходно речено важи и за јавноправна лица, која се, по правилу, јављају као једна од страна уговорница управног уговора. И јавноправна лица закључују уговоре преко надлежних органа, у оквиру своје правне способности. У том погледу се управни уговори не разликују од грађанскоправних уговора, које јавноправна лица такође могу да закључују. Специфична ограничења која се постављају при закључењу управних уговора не тичу се способности, већ слободе уговарања. У границама својих права и обавеза, јавноправна лица способна су да закључују како управне тако и грађанскоправне уговоре, али при томе немају исту слободу.

³⁹² Ј. Салма, *Облигационо право*, р. 264.

³⁹³ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 248-249; Ј. Салма, *Облигационо право*, р. 276.

³⁹⁴ А. Гамс, *Увод у грађанско право: општи део* (у даљем тексту: *Увод у грађанско право*), Београд, 1974, р. 115.

³⁹⁵ Д. Николић, *op. cit.*, р. 315; В. Водинелић, *Грађанско право*, р. 406.

2.1.3. Предмет уговора

Сагласност воља уговорних страна неопходна је претпоставка за настанак и пуноважност уговора, али није довољна. За постојање уговора није довољно да уговорне стране само усагласе своју вољу. Потребно је да сагласност воља има и свој предмет, одређених карактеристика. Најједноставније и најкраће речено:

„Предмет уговора је оно о чему је уговор.“³⁹⁶

О чему то стране уговорнице треба да се сагласе? Треба да се сагласе о томе какво понашање једна страна може да захтева од друге. Предмет уговора може да буде неко активно понашање, као што је давање или чињење. С друге стране, може да буде и неко пасивно понашање, попут нечињења или трпљења.³⁹⁷

Везаност предмета уговора за понашање дужника могла би да наведе на закључак да су предмет уговора заправо обавезе које из уговора произлазе. На први поглед, заиста тако и делује; понашање које се очекује од дужника (предмет уговора) истовремено је и обавеза створена уговором. У грађанскоправној теорији овакав став ипак није општеприхваћен. Као исправније прихвата се схватање према којем стварање обавеза није предмет уговора, већ његово правно дејство.³⁹⁸ Правно дејство уговора шире је од предмета уговора и не обухвата само оно понашање које се од дужника очекује.³⁹⁹

Очигледно је да се при дефинисању предмета уговора теорија грађанског права суочила са озбиљним проблемом. Овај проблем још је сложенији када се дода и разлика између предмета и објекта уговора. Док се под предметом уговора подразумева понашање на које се дужник обавезује, објект уговора указује на шта се то понашање односи – примера ради, на одређену ствар. Насупрот покушају да се предмет уговора одреди терминолошки и појмовно прецизно, није реткост ни то да се оно што представља објект уговора назове предметом.⁴⁰⁰ Стиче се утисак да правна теорија није успела да јасно и прецизно разграничи предмет уговора од

³⁹⁶ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 28.

³⁹⁷ С. Перовић, *op. cit.*, p. 311. Слободан Перовић заправо наглашава да акт давања, чињења, нечињења или трпљења представља посредни предмет уговора, а непосредни предмет уговорне обавезе. Овакву разлику одмах и релативизује, тврдњом да предмет уговорне обавезе не може да се посматра ван уговора, јер су уговор, обавезе које он ствара и њихов непосредан предмет нераздвајно повезани појмови.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Ј. Салма, *Облигационо право*, p. 282.

⁴⁰⁰ О. Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, p. 286.

сличних појмова. Покушај разликовања делује вештачки и неизбежно доводи до преклапања.

Не улазећи у даље теоријско објашњење предмета уговора, осврнимо се на то које услове он мора да испуни, како би уговор могао пуноважно да настане. У том смислу, предмет уговора мора да буде одређен или одредив, могућ и дозвољен. У супротном, када ти услови нису испуњени, уговор се сматра ништавим.⁴⁰¹

Приликом издвајања управних уговора у посебну категорију, често се говори о њиховом специфичном предмету. То посебно важи за немачко право, у којем се предмету уговора придаје значај основног критеријума за разликовање управних и грађанскоправних уговора. За разлику од грађанскоправних уговора, предмет управних уговора везан је за јавно право и јавноправне односе. На сличној идеји управни уговор замишљен је и у другим правним системима који у основи прихватају немачки модел, укључујући и наше право.

На специфичан предмет управног уговора указује се и у француском праву, али му се не придаје значај основног критеријума за издвајање управних уговора. За француски управни уговор важне су најпре уговорне стране, а онда тек долази на ред и предмет уговора. Понашање које се очекује од уговорних страна односи се на вршење јавне службе и по томе се разликује од понашања које се сматра предметом грађанскоправног уговора.

Нажалост, недоумице које се уопштено јављају при одређивању предмета уговора неизбежно и овде долазе до изражаја. И овде се неизбежно поставља питање да ли јавноправни односи и вршење јавне службе заиста спадају у предмет управног уговора. Ако се управним уговором стварају, мењају или гасе јавноправни односи, зар то онда нису специфична дејства управног уговора, а не његов предмет? Код грађанскоправних уговора видели смо да између предмета и дејстава уговора постоји велика сличност; оно што чини предмет уговора уједно може да се посматра и као дејство уговора. Разлика се састоји у томе што дејства уговора нису исцрпљена у оном понашању које се сматра предметом уговора, већ обухватају низ других права и обавеза. Уколико је управни уговор специфичан по томе што ствара, мења или гаси јавноправне односе, онда бисмо морали да кажемо да има специфична правна дејства, а не предмет. Ако су јавноправни односи предмет управног уговора, шта би то преостало у оквиру његових правних дејстава када се тај предмет издвоји?

⁴⁰¹ *Ibid.*, pp. 287-288.

Не би преостало ништа. Када се говори о томе да један правни акт ствара, мења или укида правне односе, онда се мисли на његова правна дејства.

Проблем није отклоњен ни онда када се узме да је предмет управног уговора вршење јавне службе, онако како се то чини у француској теорији. Вршење јавне службе није битно обележје управног уговора: постоје управни уговори који се не тичу вршења јавне службе, бар не директно. И обрнуто је могуће: да неки уговори имају грађанскоправни карактер, иако се тичу вршења јавне службе. Чак и када се управни уговор тиче вршења јавне службе, остаје нејасно да ли то значи да он има специфичан предмет, или специфичну каузу. Француска, а и правна теорија уопште, нису доследни по том питању. Јавна служба се понекад наводи као предмет уговора, а понекад као кауза уговора; није ретко ни то да се јавна служба помиње и у једном и у другом контексту – истовремено.

2.1.4. Кауза уговора

Учење о томе да сваки уговор има свој предмет праћено је учењем о каузи, као још једном битном услову за настанак пуноважног уговора. И док нам предмет уговора показује на шта се дужник обавезује, кауза треба да одговори на питање зашто се дужник обавезује.⁴⁰² Кауза треба да објасни сврху коју дужник жели да оствари прихватањем одређене обавезе.⁴⁰³ Њоме се објашњава зашто се уговорне обавезе рађају и настају.⁴⁰⁴

Сматра се да питање о томе зашто се дужник обавезује представља једно од најспорнијих питања у теорији облигационог права.⁴⁰⁵ Логично је онда да и одговора на то питање има много, као и то да су одговори веома различити. Крајње упрошћено, могло би да се каже да о каузи уговора постоје два супротстављена става: један став гласи да кауза не постоји и није услов за настанак уговора; супротан став подразумева прихватање каузе и њене улоге у настанку пуноважног уговора. Начелно прихватање каузе прати даље разилажење у погледу тога како се и чиме она објашњава. И ту постоје бројна схватања, од којих су нека објективног, а нека субјективног карактера; нека схватања каузу посматрају са економског, а нека са психолошког аспекта. За правну науку, међутим, релевантно је пре свега оно што

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 246-247.

⁴⁰³ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰⁴ С. Перовић, *op. cit.*, p. 323.

⁴⁰⁵ О. Антић, *op. cit.*, p. 247.

кауза представља у правном смислу речи. Са правног аспекта, кауза представља правни циљ који уговорне стране остварују извршавајући своје обавезе.⁴⁰⁶

То што се кауза првенствено посматра као правни циљ не значи да мотиви, унутрашње и дубље побуде које наводе уговорну страну на закључење уговора, немају никакав значај; у неким случајевима и они могу да буду правно релевантни. Отуда се често прецизира да кауза представља непосредан правни циљ уговора, а мотиви посредне циљеве које дужник жели да постигне извршењем своје обавезе. Сваки уговор мора да има дозвољену каузу – непосредан правни циљ. Под одређеним условима, међутим, на пуноважност уговора могу да утичу и посредни циљеви – мотиви уговорних страна.⁴⁰⁷

Упркос настојању да се кауза одреди објективно – као правни циљ уговора – ни субјективни мотиви уговорних страна не могу потпуно да се занемаре. Штавише, уношење субјективних елемената у појам каузе сматра се неопходним, како би она могла да се разликује од предмета уговора. Када би се кауза посматрала чисто објективно, предмет уговора био би довољан, а кауза сувишна.⁴⁰⁸

Према уобичајеном и најшире заступљеном схватању, кауза може да се одреди на различите начине, у зависности од тога да ли се ради о двострано или једнострано обавезујућем уговору. Код двострано обавезујућих уговора свака уговорна страна прихвата обавезу због тога што друга страна извршава своју; кауза је извршење обавезе друге уговорне стране. Код једнострано обавезујућих и добротних уговора кауза се састоји у намери да се другоме учини нека услуга, корист или поклон.⁴⁰⁹

Захваљујући начину на који је дефинисана код двострано обавезујућих уговора, кауза за собом повлачи две основне правне последице. Прва последица састоји се у могућности да једна уговорна страна изјави приговор неизвршења уговора и одбије извршење своје обавезе зато што ни друга страна није извршила своју обавезу, или није спремна да то учини. Друга последица огледа се у праву на раскид уговора због неизвршења. Право на раскид даје се оној уговорној страни која је извршила своју обавезу, или је спремна да то учини, а друга страна није.⁴¹⁰

Када се узму у обзир различити правни системи, онда се долази до закључка да се каузи највећи значај придаје у француском праву, у којем је изричито предвиђена

⁴⁰⁶ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 331-332.

⁴⁰⁷ М. Константиновић, *op. cit.*, pp. 31-33.

⁴⁰⁸ А. Дудаш, *Кауза облигационих уговора* (докторска дисертација), Нови Сад, 2011, p. 23.

⁴⁰⁹ С. Перовић, *op. cit.*, p. 332.

⁴¹⁰ *Ibid.*, pp. 337-338.

као један од услова за настанак пуноважног уговора. У земљама германског правног круга ситуација је другачија: кауза нема улогу општег услова за закључење пуноважног уговора, већ може да се потражи само у оквиру појединих правних установа.⁴¹¹ У немачком праву сматра се да је предмет уговора довољан да обухвати и оно што се уобичајено подводи под каузу.⁴¹²

Општи значај каузе у појединим правним системима пресликава се и на управне уговоре. О томе да управни уговори имају нарочиту сврху, циљ, говори се у француском праву. Циљ закључења управног уговора специфичан је по томе што је везан за јавну службу: управни уговор закључује се ради вршења одређене јавне службе. Насупрот томе, у немачком праву истицање посебне каузе управног уговора није уобичајено. И код грађанскоправних и код управних уговора важан је предмет, од чијег карактера зависи и карактер уговора у целини.

Они који покушавају да каузу управног уговора сагледају на општи начин, долазе до појма јавног интереса. Повезаност између јавног интереса и управног уговора требало би да објасни зашто за управни уговор важе и нека специфична правила. Наравно, јавни интерес је релевантан и за грађанскоправне уговоре, али као граница коју уговорне стране не смеју да пређу. Код управних уговора јавни интерес није само оквир у којем се уговорне стране крећу, већ сам циљ који треба постићи – кауза.⁴¹³

И код каузе управног уговора, нажалост, много тога је спорно. Чак ни тамо где кауза има велики значај ствари нису сасвим јасне. Француски аутори воле да повезују управне уговоре са вршењем јавне службе, али нису сасвим доследни у томе: у јавној служби час виде каузу уговора, а час његов предмет. Још важније питање од тога да ли је јавна служба кауза или предмет уговора јесте питање да ли појмом јавне службе заиста могу да се објасне специфичности управног уговора. И сами француски аутори пишу о томе да вршење јавне службе може да буде циљ како управних тако и грађанскоправних уговора.

Ни јавни интерес не пружа јасне одговоре. На први поглед он објашњава све, али заправо то није тако. Ако је кауза непосредни правни циљ уговора, онда би сваки

⁴¹¹ А. Дудаш, „Преглед релевантне литературе о основу (циљу) уговорне обавезе у европско-континенталном (causa) и англосаксонском праву (consideration)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2009, р. 412.

⁴¹² А. Дудаш, „Правна релевантност циља уговора у немачком праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, р. 272.

⁴¹³ З. Р. Томић, *Опште управно право: организационо, материјално, процесно* (у даљем тексту: *Опште управно право*), Београд, 2018, р. 230.

управни уговор морао да се закључи у циљу непосредне заштите и остваривања јавног интереса. За неке управне уговоре то би и могло да се каже, али не за све. Да ли се уговор о јавној набавци, под претпоставком да се уопште и сматра управним уговором, заиста увек закључује ради непосредног задовољења јавног интереса? Одговор је ипак негативан: заштита јавног интереса у таквим ситуацијама има други смисао. Важно је, као и код грађанскоправних уговора, да јавни интерес не буде повређен. Оваква, посредна веза између јавног интереса и појединих управних уговора није довољна да би могло да се каже да они имају специфичну каузу. То што се јавни интерес јавља као разлог за ограничење слободе уговарања управе не значи да је увек и кауза управног уговора. Нешто слично својевремено је приметио и Ђорђе Тасић, објашњавајући зашто управни уговори не могу да се обележе општим интересом:

„Општи интерес је ангажован и онда кад држава закључује приватноправни уговор, пошто она остаје увек носилац његов, и не може никад ни једног тренутка бити нешто друго.“⁴¹⁴

Иако јавни интерес није нарочито стабилан ослонац за управни уговор, одређени значај мора да му се призна и то баш у погледу каузе уговора. Како би другачије могло да се објасни то што кауза управног уговора нема оне уобичајене грађанскоправне последице. За разлику од грађанскоправног уговора, код управног уговора сауговарач управе нема увек могућност да изјави приговор неизвршења уговора нити да раскине уговор због неизвршења. Подсетимо се француског права, а нешто слично може да се каже и за хрватско и наше право.⁴¹⁵ Заиста звучи логично када се ово одступање оправда специфичном каузом уговора – вршењем јавне службе, односно задовољењем јавног интереса. Међутим, када би јавни интерес био довољан за објашњење специфичне каузе управног уговора, онда би и ово одступање било присутно у свим правним системима – а није. Зар је немачки управни уговор мање повезан са јавним интересом од француског? Назвали ми везу управног уговора са јавним интересом каузом или предметом, очигледно је да она не доводи до истих последица у различитим правним системима.

⁴¹⁴ Ђ. Тасић, *Одговорност државе по принципу једнакости терета*, р. 181.

⁴¹⁵ Истина, у хрватском и нашем праву странка може да изјави приговор онда када орган не изврши своје обавезе. Тај приговор, међутим, представља нешто друго и има другачију правну природу од приговора због неизвршења у грађанском праву. Приговор који странка изјављује представља правно средство у управном поступку, ремонстративног карактера, помоћу којег странка ступа на пут правне заштите карактеристичан за управно право.

2.1.5. Форма уговора

Питање форме уговора повезано је са оним што чини суштину уговора, а то је сагласност воља. Сетимо се: воља не може да остане само психички акт, него мора и да се изрази на одређени начин. У том, најширем смислу, форма уговора представља начин изражавања уговорне воље.⁴¹⁶

О форми као услову настанка пуноважног уговора може стога да се говори само у ужем смислу. Као услов настанка пуноважног уговора, форма није било који начин изражавања уговорне воље, већ онај који је обавезан и неопходан.⁴¹⁷ То је начин изражавања садржине уговора кроз унапред предвиђене спољне и видљиве облике, преко којих воља уговорних страна мора обавезно да се манифестује.⁴¹⁸ Отуда, за разлику од претходних услова за закључење пуноважног уговора, овај услов не може да се назове општим, јер се не јавља код свих уговора. У посебној форми закључују се само неки уговори – они формалног карактера.

Форма уговора може да се подели на различите врсте. Критеријуми поделе могу да буду начин испољавања, правно дејство и начин настанка. Према начину испољавања, форма може да буде писана, форма јавне исправе и реална. Према правном дејству, форма може да буде битна и доказна. С обзиром на начин настанка, форма се дели на законску и уговорену.⁴¹⁹

За формалне уговоре форма је битан, конститутиван састојак уговора, без обзира на то да ли је као таква предвиђена законом или вољом уговорних страна. Најчешће се испољава у облику писане форме, под којом се подразумева писана редакција уговора на одређеној исправи. Чине је текст изјаве и потписи уговорних страна.⁴²⁰

Правило гласи да писаном формом морају да буду обухваћени битни елементи уговора. Сматра се да о осталим елементима сагласност може да се постигне и на неформалан начин, под условом да то није у супротности са садржином уговора и сврхом форме. Ако то није у супротности са сврхом форме, која је прописана законом, споредни елементи уговора могу да се измене и на неформалан начин. Ако

⁴¹⁶ Ј. Салма, „Форма облигационих уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3/1983, р. 206.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ С. Перовић, *op. cit.*, р. 339.

⁴¹⁹ *Ibid.*, р. 342 sq.

⁴²⁰ *Ibid.* Данас се, у оквиру електронског пословања, уговори закључују и у електронској форми, која постаје све чешћа и привлачнија. (V. Д. Николић, *op. cit.*, р. 336)

је писана форма предвиђена уговором, а не законом, онда уговор може да се раскине, допуни или измени и неформалним споразумом. Таква могућност обухвата и битне и споредне елементе уговора и постоји зато што форма уговора произлази из заједничке воље уговорних страна.⁴²¹

Обавезна писана форма јавља се и код управних уговора. Негде је она битно обележје управног уговора, а негде правило у односу на које постоје изузеци. Била она нужна или карактеристична, потпуно је свеједно. Форма уговора не одређује његову правну природу и не прави никакву посебну разлику између управног и грађанскоправног уговора:

„Циљ и садржина су главно, а не форма.“⁴²²

У литератури се ипак указује на једну специфичност: за разлику од грађанскоправних уговора, писана форма је код управних уговора обавезна за све елементе, како битне тако и споредне – „небитне“. Разлог је то што се управни уговори закључују у јавном интересу, а поступање управе мора да буде „транспарентно“ и „леgitимно“, како би створило што бољи „углед“ код грађана.⁴²³

Да ли наведена разлика постоји, тешко је рећи на уопштен начин. Једно је ипак извесно: уместо позивања на ове фразе, које не значе ништа, било би боље да се и овде примени оно што важи у грађанском праву. Неформални договори око споредних елемената уговора могући су, али под условом да то није у супротности са сврхом форме која је прописана као обавезна. Логично би било да се и код управних уговора претходно утврди шта је сврха писане форме и да се на основу тога изведе закључак о дозвољености неформалних договора око споредних уговорних елемената. То је свакако логичније од позивања на „транспарентност“, „леgitимност“ и „углед“ управе!

2.2. Правно дејство уговора

Након излагања правила о настанку уговора, време је да се укаже и на његово правно дејство. То подразумева да најпре мора да се објасни у односу на која лица уговор производи правно дејство и у чему се оно састоји. Након тога, остаје да се

⁴²¹ С. Перовић, *op. cit.*, p. 348 sq.

⁴²² Љ. Радовановић, „Управни уговор“, p. 282.

⁴²³ Д. Миљкић, „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017, p. 523.

види до када траје правно дејство уговора и када оно престаје. И овде је, наравно, смисао излагања у томе да се укаже на оне елементе у правном режиму грађанскоправног уговора у односу на које управни уговор показује одређена одступања, или се бар тако чини.

2.2.1. „Уговор је закон за уговорне стране“

У свету права уговор је правни акт и као такав производи непосредно правно дејство. Правно дејство увек подразумева одређене промене у правном поретку, у постојећим правима и обавезама. Тако се и правно дејство уговора, најједноставније речено, састоји у стварању права и обавеза за одређена лица.⁴²⁴

Правно дејство уговора релативног је карактера. За уговор се уобичајено каже да производи правно дејство између два лица – *inter partes*; прецизније и тачније било би да се каже између две стране. У улози сваке од уговорних страна може да се нађе и више лица, али то не утиче на релативан карактер уговора и његовог правног дејства.⁴²⁵ Сматра се да уговор производи правно дејство и у односу на универзалне правне следбенике уговорника, осим ако сами уговорници искључе такву могућност или ако је уговор закључен с обзиром на њихове личне особине.⁴²⁶

Сва остала лица, која нису уговорне стране или њихови универзални правни следбеници, сматрају се трећим лицима. У односу на трећа лица, уговор не производи правно дејство. Када су у питању обавезе, онда то важи увек и у потпуности; када су у питању права, данас постоје одређени изузеци. У одређеним ситуацијама, изузетно, уговором могу да се створе права и у корист трећих лица.⁴²⁷

О обавезној снази уговора најчешће сведочи латинска изрека *pacta sunt servanda*. Она је израз дуге еволуције уговорног права и основно правило у овој материји, према којем уговорне обавезе морају да се изврше онако како гласе – „уговор је закон за уговорне стране“. У супротном, због повреде уговора, странама уговорницама прете негативне правне последице.⁴²⁸ Одговорност за накнаду штете основна је последица повреде уговора: она уговорна страна која своју обавезу не извршава онако како она гласи, дужна је да другој уговорној страни накнади

⁴²⁴ С. Перовић, *op. cit.*, p. 367.

⁴²⁵ О. Антић, *op. cit.*, pp. 361-362.

⁴²⁶ М. Константиновић, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 51.

⁴²⁸ С. Перовић, *op. cit.*, p. 374.

претрпљену штету.⁴²⁹ Ослањајући се на учење о каузи уговора, та друга уговорна страна, под одређеним условима, може и да раскине уговор – једнострано.

Начело *pacta sunt servanda* несумњиво има велики значај, али не може да се схвати у апсолутном смислу. Уговорне стране нису само „робови“ уговора, оне су истовремено и његови „господари“. Воља уговорних страна може не само да створи уговор, него и да одлучи о његовој даљој судбини. Вољом уговорних страна уговорне обавезе могу да се укину или измене, а до тога може да дође и у законом прописаним случајевима. Тек када се схвати на овај начин, правило према којем уговор представља закон за уговорне стране добија свој прави смисао.⁴³⁰

За правно дејство управног уговора везују се бројне специфичности. Неретко се тврди да су те специфичности најважније – да оне чине суштину правног режима управног уговора. Разлика се уочава већ на првом кораку, код питања на кога се дејство управног уговора простире. За разлику од грађанскоправног уговора, чије се дејство задржава на уговорним странама, дејство управног уговора схвата се много шире:

„[У]правни уговор не делује само, односно првенствено *inter partes*. Он вреди *erga omnes*, као у неком јавноправном огледалу. Његова функција није у односу између уговорника. То је само средство да се постигне предвиђена кауза, одређени јавни интерес у конкретном случају.“⁴³¹

На овај начин, правно дејство управног уговора не схвата се шире, већ прешироко. Рећи да управни уговор нема никакву улогу у односу између уговорника делује претерано и нетачно. Зар управни уговор не ствара никаква права и обавезе за уговорне стране? Каква то права и обавезе управни уговор ствара за трећа лица, да би могао да делује *erga omnes*? На која то права и обавезе из управног уговора трећа лица могу да се позову?

Наравно да управни уговор првенствено ствара права и обавезе за уговорне стране; управни уговор не обавезује трећа лица. Синтагма „јавноправно огледало“ требало би вероватно да укаже на то да се правно дејство управног уговора рефлектује и на неке треће субјекте. Али то рефлектовање може да значи само посредни утицај на њихове правом заштићене интересе. Оно није разлог да се каже

⁴²⁹ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 65.

⁴³⁰ С. Перовић, *op. cit.*, p. 374.

⁴³¹ З. Р. Томић, *Опште управно право*, p. 230.

да управни уговор нема релативно дејство и да су права и обавезе уговорника нешто споредно и безначајно.

Када је у питању начело *pacta sunt servanda*, одступања у режиму управног уговора још више долазе до изражаја. У односу на управне уговоре, од правила да уговорне обавезе морају да се изврше онако како гласе постоје бројни изузеци. Они могу да се уоче у свим анализираним правним системима, али не у подједнаком обиму. Највише одступања постоји у француском праву, а најмање у немачком. Наше и хрватско право налазе се између, а не треба да заборавимо ни аустријско право и њихову концепцију о управном уговору као „несамосталном извору права“.

У чему се, укратко посматрано, огледају та одступања? Огледају се у посебним овлашћењима управе, каква нема друга уговорна страна. Палета тих овлашћења може да буде шира или ужа, али увек подразумева могућност једностраног утицаја управе на извршење управног уговора. О судбини уговора и уговорних обавеза једнострано може да одлучи једино управа, док друга уговорна страна нема такву могућност. У основи, то значи да су при извршењу управног уговора, за разлику од грађанскоправног, уговорне стране неравноправне.

Оваква скица правних дејстава управног уговора јесте тачна, али и упрошћена. Неравноправност уговорних страна јесте омиљени критеријум за издвајање управних уговора, али је питање да ли може да му се прида општи значај. Они који тврде да је то битно обележје француског управног уговора заборављају да он може да буде закључен и између два јавноправна субјекта. Која би од уговорних страна у тој ситуацији била надређена, а која подређена? Исто питање може да се постави и за немачке координационе уговоре.

Прецизније сагледавање овог проблема захтева да се и једнострана овлашћења управе ближе објасне. Једнострана овлашћења управе могу најпре да буду последица понашања друге уговорне стране. Када друга уговорна страна не извршава своје обавезе управа може да примени одређене санкције. Неравноправност и даље постоји, јер у обрнутој ситуацији сауговорач управе не би имао иста овлашћења. Ово, међутим, не важи свуда: у немачком праву последице повреде уговора увек су исте, без обзира на то који уговорник не извршава своје обавезе.

Једнострана овлашћења управе, с друге стране, могу да буду последица потребе да се заштити и оствари јавни интерес. Зарад заштите јавног интереса, управа једнострано одлучује о судбини уговора, без обзира на понашање друге уговорне стране. То значи да управа може да раскине уговор чак и онда када друга

уговорна страна уредно извршава своје обавезе. Овакво овлашћења управе јесте општа карактеристика, која постоји чак и у немачком праву. У француском праву иде се и корак даље: поред раскида уговора, управа може једнострано и да измени обавезе друге уговорне стране. Питање је да ли ова овлашћења уопште могу да се подведу под правна дејства уговора. Чини се да не могу: ова овлашћења управе нису само једнострана, већ и ауторитативна. Она представљају израз власти и у том смислу управа их и користи. Таква дејства уговор не може да произведе, без обзира на то како га називамо.

У основи, начело *pacta sunt servanda* важи и за управне уговоре. Да је то тако, сазнајемо и из тога што повреду управног уговора прати одговорност за накнаду штете, као и код грађанскоправног уговора. Она постоји без обзира на то која уговорна страна није извршила своју обавезу. У погледу неких других овлашћења разлика можда и постоји, али у погледу накнаде штете уговорне стране су равноправне.

Право на накнаду штете постоји и онда када управа своја овлашћења користи ради заштите јавног интереса. Спорно је само из чега ово право произлази. У таквој ситуацији, пошто нема повреде уговора, нема ни уговорне одговорности. Одговорност за штету, према томе, може да буде искључиво вануговорног карактера. У питању је одговорност која наступа без икакве грешке и без противправног деловања.⁴³² На основу чега? На основу принципа једнакости терета. Вршећи своја овлашћења управа истовремено повређује права друге уговорне стране. Та друга уговорна страна налази се у нарочитој ситуацији: ради заштите јавног интереса она једина трпи штетне последице. Пошто у јавном интересу нико не треба да трпи више штете од других, принцип једнакости терета захтева да се том уговорнику накнади претрпљена штета.⁴³³ Очигледно је да ни сама штета, а ни право на накнаду штете, немају везе са дејствима уговора.

2.2.2. Утицај промењених околности на правно дејство уговора

У строгом смислу речи, начело *pacta sunt servanda* значи да свака уговорна страна мора да изврши своју обавезу без обзира на накнадну промену околности, у односу на оне које су постојале у време закључења уговора. Мисли се на околности

⁴³² И. Крбек, *Одговорност државе за штету*, Загреб, 1954, р. 156.

⁴³³ Ђ. Тасић, *Одговорност државе по принципу једнакости терета*, рр. 26-29.

које су уговорници имали или могли да имају у виду при постизању сагласности воља. Овако строго разумевање везаности уговорних страна закљученим уговором не би било правично. Зато се ни овде начелу *pacta sunt servanda* не приписује апсолутно важење. „Ударац“ му задаје и теорија о промењеним околностима, често названа синтагмом *clausula rebus sic stantibus*, која омогућава промену или престанак правних дејстава уговора, иако он у моменту закључења нема недостатке.⁴³⁴

Раскид или измена уговора, као последице промењених околности, објашњавају се на различите начине. У основи се налази идеја о потреби да се заштити једнакост узајамних давања уговорних страна. Зато се промењене околности и узимају у обзир код двострано обавезујућих и теретних уговора. Уколико се, услед наступања непредвиђених и изузетних околности, однос узајамних давања поремети у толикој мери да је извршење обавезе за једну од уговорних страна постало претерано тешко, правично је да се такав уговор измени и прилагоди новонасталим околностима, или раскине.⁴³⁵

Услови за измену или раскид уговора тичу се карактера промењених околности, момента њиховог наступања и последица које њихово наступање има на извршење уговорних обавеза. Да би уговор могао да се измени или раскине због промењених околности, потребно је да оне извршење уговорне обавезе не чине немогућим, него отежаним. Услов је најчешће и то да нове околности нису предвидљиве, мада се понекад, уместо тога, говори и о одсуству кривице погођене стране за њихов настанак. Позивање на промењене околности могуће је уколико су оне наступиле у периоду између закључења уговора и тренутка који је одређен за извршење уговорних обавеза.⁴³⁶

Промењене околности утичу и на правно дејство управног уговора. Објашњење ове карактеристике, међутим, није увек исто. Понекад чак није јасно ни то да ли се у промењеним околностима уочава нешто што је заједничко за управни и грађанскоправни уговор, или нешто по чему би управни уговор требало да буде специфичан. Разлог се крије у непознавању и неразумевању клаузуле *rebus sic stantibus* – њеног настанка, развоја и смисла.

⁴³⁴ А. Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, pp. 198-199.

⁴³⁵ С. Перовић, *op. cit.*, p. 428.

⁴³⁶ М. Ђурђевић, *Раскидање или измена уговора због промењених околности* (магистарска теза), Београд, 1994, p. 175 sq.

За почетак, мора да се нагласи да институт промењених околности, клаузула *rebus sic stantibus*, данас уобичајено важи и за грађанскоправне и за управне уговоре. Дилеме и недоумице постоје зато што то раније није било тако. Клаузула *rebus sic stantibus* настала је и развијала се на специфичан начин, а у њеном развоју важну улогу имали су и управни уговори.

Корени учења о утицају промењених околности на извршење уговора несумњиво припадају цивилистици. То је једна од ретких установа грађанског права која нема извор у римском праву. Први озбиљнији покушај да се клаузула *rebus sic stantibus* објасни и прихвати као општа правна установа везује се за постгласаторе. После њих, клаузула губи на значају и прихвата се само у неким случајевима, као изузетак. У таквом, ограниченом обиму, унета је и у прве грађанске законике, крајем 18. века. У току 19. века, у време настанка великих грађанских кодификација, клаузула је потпуно занемарена: у француски и немачки грађански законик није унета чак ни у ограниченом обиму.⁴³⁷

Преокрет у развоју идеје о промењеним околностима уследио је почетком 20. века и директно се везује за управне уговоре. Уобичајено се прихвата да је то време у којем је клаузула *rebus sic stantibus* уобличена у општу правну установу, а посебна заслуга за то припада француском Државном савету и познатој одлуци из 1916. године.⁴³⁸ Тек касније и постепено, установа промењених околности проширила се и на праксу редовних судова, да би потом ушла и у законодавство. Тенденција законског уређења промењених околности присутна је нарочито након Другог светског рата. У оквиру те опште тенденције, установа промењених околности постала је део и оних кодификација у којима раније није имала места. У немачки Грађански законик, примера ради, унета је 2000. године;⁴³⁹ у француски Грађански законик изменама из 2016. године.⁴⁴⁰

Развој клаузуле *rebus sic stantibus* имао је очигледно занимљив ток и занимљиве обрте. Идеја о томе да промењене околности могу и треба да утичу на извршење уговорних обавеза потекла је из цивилистике, али је своју афирмацију доживела тек у оквирима управног права. Након тога, вратила се и у полазне оквире, у оквире грађанског права.

⁴³⁷ А. Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *pp.* 211-212.

⁴³⁸ *Ibid.*, *p.* 199. У питању је одлука „Општа компанија за осветљење у Бордоу“, која се помиње и објашњава у делу рада посвећеном француском управном уговору.

⁴³⁹ *Ibid.*, *pp.* 209-210.

⁴⁴⁰ J. Morand-Deviller *et al.*, *op. cit.*, *p.* 512.

Сада је тек јасно зашто може лако да се погрешно када се говори о промењеним околностима и правном дејству управних уговора. Они аутори који у утицају промењених околности на извршење уговорних обавеза виде специфично обележје управних уговора јесу у праву, али само ако се ствари посматрају историјски. У време настанка теорије непредвидљивости у пракси француског Државног савета, за грађанскоправне уговоре слична теорија није постојала; на извршење грађанскоправних уговора промењене околности нису имале никакав утицај. Једини утицај имале су на управне уговоре и то из добро познатог разлога: управни уговори треба да омогуће вршење јавне службе. Промењене околности стога не погађају само уговорне стране. Ако у новим околностима уговорна страна отежано извршава своје обавезе, онда то не угрожава искључиво њен интерес, него и вршење јавне службе.

Полазећи од праксе француског Државног савета, учење о утицају промењених околности на извршење уговорних обавеза изграђено је постепено у општу правну установу. Тако се бар тврди, чак и у теорији грађанског права. Но то није сасвим неспорно. Када се данас говори о промењеним околностима, онда се имају у виду две основне последице. Под утицајем нових околности долази до измена или раскида уговора. Теорија непредвидљивости има сасвим други смисао. Укратко, њена суштина огледа се у томе да уговор мора да се изврши чак и у промењеним околностима, јер од тога зависи и уредно вршење јавне службе; нема измене, а нарочито нема раскида уговора. Последица тога што уговорна страна своје обавезе мора да извршава и у новим околностима састоји се у њеном праву на накнаду штете. Суштина теорије непредвидљивости уопште не може да се објасни грађанскоправним принципима, већ једино јавноправним принципом, који смо већ разматрали – то је принцип једнакости терета. И овде саговорарач управе трпи штетне последице зато што је то неопходно како би се заштитио јавни интерес. Због јавног интереса његов терет већи је од терета других лица и зато има право на накнаду штете. У том смислу, теорија непредвидљивости код управних уговора могла је да буде инспирација за каснији развој опште теорије о измени и раскиду уговора због промењених околности, али разлика између њих не сме да се занемари.

Закључак који прати ову сложу еволуцију могао би да буде следећи: начелно посматрано, промењене околности могу да имају утицаја на извршење обавеза из управног уговора, као што је то случај и код грађанскоправних уговора. Последице промењених околности могу да се састоје понекад у измени, а понекад у раскиду уговора. Специфичност управног уговора састоји се у томе што, онда када то захтева

јавни интерес, уговорне обавезе морају да се изврше онако како гласе; нема измене, нити раскида уговора. Постоји само право на накнаду штете, засновано на вануговорној одговорности управе. Помало парадоксално, али произлази да се у овој ситуацији специфичност управног уговора састоји у потврди основног начела уговорног права – начела *pacta sunt servanda*.

2.2.3. Престанак важења уговора

Правно дејство уговора престаје на различите начине. Основни и уобичајени начин је извршење уговорних обавеза, што је и сврха самог уговора. Но уговор може да престане и онда када та сврха није у потпуности испуњена. Сагласношћу воља уговор може не само да настане, већ и да престане да важи. Понекад уговор престаје и зато што тако жели једна од уговорних страна, а објективно право јој даје такву могућност. У неким случајевима уговор престаје зато што уговорне стране више нема, или зато што више нема објекта уговора. Могуће је да уговор не важи и због тога што је противправан.⁴⁴¹

Из истих разлога престаје да важи и управни уговор. У односу на неке од њих, за управни уговор не може да се каже ништа посебно. Извесне специфичности могу да се уоче у погледу неважности и раскида управног уговора.

2.2.3.1. Неважност уговора

О условима за пуноважно закључење уговора већ смо говорили, али морамо још једном да се вратимо на њих. Да би уговор могао да настане и произведе правно дејство морају да буду испуњени бројни услови: у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета, каузе и форме. Уколико ти услови нису испуњени, онда уговор није пуноважан и не производи правно дејство; једном речју, уговор је неважећи.⁴⁴²

Ово је грубо скицирана слика неважности уговора. На њу могу и морају да се додају извесне нијансе. Полазећи од тога да недостаци уговора нису увек исти, разликују се и санкције које наступају. Санкције неважности уговора тако могу да буду строже или блаже, те се и уговори у зависности од тога традиционално деле на

⁴⁴¹ О. Антић, *op. cit.*, pp. 416-417.

⁴⁴² С. Перовић, *op. cit.*, pp. 447-448.

ништаве и рушљиве. Нешто ређе помиње се и трећа категорија неважећих уговора, названих непостојећим.⁴⁴³

За непостојеће уговоре каже се да ни нису уговори, јер немају битне елементе који сачињавају њихову суштину. Када нема битних елемената, када нису испуњени услови за настанак уговора, онда нема ни самог уговора, ни са фактичког ни са правног гледишта:

„То је једно ништа, о коме право не води никаква рачуна.“⁴⁴⁴

Са становишта права, ни ништави уговори не сматрају се уговорима, али се фактички појављују као такви.⁴⁴⁵ Код ништавих уговора, споља и привидно, делује да су услови за настанак уговора испуњени, али суштински није тако. Ништави уговори не производе правна дејства зато што су у супротности са принудним правом и моралним нормама; њима се, најкраће речено, вређа јавни поредак и зато су погођени строгим санкцијама. Ништавост може да се односи на уговор у целини, али, исто тако, може да буде и делимична. То значи да ништавост појединих одредби уговора не мора увек за собом да повуче и ништавост целог уговора, под претпоставком да он и без тих одредби може да постоји.⁴⁴⁶

Основна последица ништавости састоји се у томе што уговор не производи правно дејство од самог почетка. На ништавост, као недостатак, може да се позове свако заинтересовано лице; о њој рачуна води и суд, по службеној дужности. Ништавост уговора наступа по сили закона, суд је само констатује, тако да судска одлука има декларативан карактер. Најзад, указивање на ништавост уговора није временски ограничено и не застарева.⁴⁴⁷

Уз основну последицу ништавости уговора јавља се и неколико додатних. Ништавост уговора прати реституција – дужност враћања оног што су уговорне стране примиле извршењем уговорних обавеза. Савесна уговорна страна има право и на накнаду штете. Изузетно, дешава се да последица ништавости уговора буде и одузимање предмета престације, иако то није у складу са начелима и духом грађанског права.⁴⁴⁸

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 448.

⁴⁴⁴ Л. Марковић, *Грађанско право*, p. 212.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 213.

⁴⁴⁶ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 450-451.

⁴⁴⁷ Д. Николић, *op. cit.*, pp. 348-349.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pp. 349-351. Одузимање предмета престације Душан Николић назива системском грешком и дислоцираним правним институтом, који припада сфери казног права. (*Ibid.*, p. 350)

Полазећи од истоветности санкција и код непостојећих и код ништавих уговора, многи аутори дошли су до закључка да непостојећи уговори не треба ни да буду издвојени у посебну категорију. Пошто је санкција иста, пошто ни једни ни други уговори од самог почетка не производе правно дејство, практични разлози указују на то да је једна категорија довољна. Зато се под ништаве уговоре често подводе и непостојећи, иако њихово разликовање не би могло да се назове сасвим неоправданим.⁴⁴⁹ Непостојећи уговори никада не могу да се замене неким другим уговором, који би био пуноважан, нити накнадно да се оснаже. Иако ретко и изузетно, код ништавих уговора то је могуће.⁴⁵⁰

За разлику од претходних, рушљиви уговори постоје и фактички и правно. Они производе правно дејство, али имају одређене недостатке због којих могу да буду поништени. Недостаци који један уговор чине рушљивим, међу које се традиционално сврставају мане воље, уперени су првенствено против интереса једне од уговорних страна. Њихово постојање не вређа јавни интерес, бар не директно; отуда је праћено и блажим санкцијама.⁴⁵¹

О рушљивости уговора суд не води рачуна по службеној дужности. На разлоге рушљивости могу да се позову само заинтересована лица и то у одређеном року. Судска одлука више нема декларативно дејство; уместо да се само констатује да уговор не важи по самом закону, овде се доноси конститутивна одлука којом се уговор поништава. Када се уговор поништи, узима се да он од почетка није имао правно дејство. Последице се, слично као и код ништавих уговора, огледају у повраћају примљеног и праву на накнаду штете, које се гарантује савесној уговорној страни. Природа рушљивих уговора не дозвољава да се као једна од санкција јави одузимање предмета уговора. То што се рушљивост првенствено тиче интереса уговорних страна омогућава им и да се договоре о уклањању уговора из правног поретка за убудуће, без задирања у правна дејства која је уговор до тада произвео.⁴⁵²

Уговор чије дејство у прописаном року није оспорено постаје оснажен. Додуше, до конвалидације уговора не мора да дође само на овај начин – прећутно. До конвалидације може да дође и раније, уколико се она уговорна страна која је погођена разлогом рушљивости изјасни о томе да неће тражити поништавање

⁴⁴⁹ С. Перовић, *op. cit.*, p. 449.

⁴⁵⁰ В. Водинелић, *Грађанско право*, pp. 470-471.

⁴⁵¹ Л. Марковић, *Грађанско право*, p. 215.

⁴⁵² С. Перовић, *op. cit.*, pp. 470-473.

уговора.⁴⁵³ И док се код ништавих уговора јавља сасвим изузетно, код рушљивих уговора конвалидација представља редовну могућност.⁴⁵⁴

Код неважности управних уговора није потребно да улазимо у расправу о непостојећим уговорима. Она може да буде занимљива из угла теорије грађанског права, али на овом месту није посебно значајна. За питање неважности управних уговора релевантна је пре свега разлика између ништавости и рушљивости.

И управни уговори могу да буду ништави. У овом погледу, правни режим управног уговора ослања се на општи, грађанскоправни режим. Они разлози који један грађанскоправни уговор чине ништавим, имају исту последицу и на управни уговор. То важи чак и у оним правним системима у којима се за управне уговоре, уз опште, предвиђају и неки посебни разлози ништавости.

Спорно је, међутим, да ли управни уговори могу да буду и рушљиви. За разлику од ништавости, посебних правила о рушљивости управних уговора нема. У том смислу, у свим анализираним правним системима меродавна могу да буду само правила грађанског права. Пошто се она на управне уговоре примењују сходно, правила грађанског права о рушљивости уговора схватају се другачије. У односу на управне уговоре, њима се у правној теорији даје други смисао: они разлози који један грађанскоправни уговор чине рушљивим, управни уговор чине ништавим. Шта је резултат оваквог тумачења? Резултат је то да неважеће управне уговоре погађа само једна правна последица и то ништавост. Сви недостаци у једном управном уговору, без обзира на њихов карактер, сматрају се разлозима ништавости и санкционишу се на исти начин.

До брисања разлике између ништавости и рушљивости управног уговора долази из једноставног разлога. Тај разлог је веза између управног уговора и јавног интереса. Ако се управни уговор закључује у јавном интересу – а то се увек тврди – онда сваки недостатак у уговору вређа јавни интерес и доводи до ништавости. Рушљивост би значила да је повређен појединачни или ужи интерес, а то код управног уговора, изгледа, не може да се деси.

Општеприхваћено мишљење не мора увек да буде и тачно. И општеприхваћени ставови морају да се сагледају критички. Тако и став о томе да управни уговори могу да буду једино ништави може да се сагледа и из другог угла. Управни уговор закључују, по правилу, јавноправно лице, на једној, и приватно лице, на другој

⁴⁵³ Д. Николић, *op. cit.*, p. 364.

⁴⁵⁴ В. Водинелић, *Грађанско право*, p. 480.

страни. Ако се недостаци при закључењу уговора сагледају из угла приватног лица, да ли је заиста оправдано схватање да такав уговор не може да буде рушљив? Зар то лице нема никакав приватни интерес приликом закључења управног уговора? Ако се за јавноправно лице каже да управни уговор закључује ради задовољења јавног интереса, да ли то исто може да се каже и за приватно лице? Чини се да не може: без обзира на то што управни уговор служи јавном интересу, приватно лице има и свој интерес, који жели да задовољи.⁴⁵⁵ Ако би неки недостатак погађао првенствено интерес тог лица, зашто онда уговор не би био рушљив? У таквој ситуацији, ништавост више погађа јавни интерес, него што га штити!

Када се посматра из угла управе, онда може да се каже да је управни уговор закључен у јавном интересу. У том смислу, тврдња о ништавости као јединој санкцији за недостатке уговора могла би да буде и тачна. Проблем је, међутим, у томе да ли јавноправна лица уопште и имају неки други интерес, без обзира на то да ли закључују уговоре који се сматрају грађанскоправним или управним.

2.2.3.2. Раскид уговора

До неважности уговора доводе разлози који су присутни од самог почетка, од самог закључења уговора. До раскида пак доводе разлози који се јављају након закључења уговора: раскид је начин престанка пуноважног уговора. У случају раскида, уговор је настао и почео да производи правно дејство, али касније, вољом обе или само једне од уговорних страна, престаје да важи.⁴⁵⁶

Уговор је дело уговорних страна и сагласности њихових воља. Он настаје зато што уговорници желе да се оствари одређено правно дејство и постигне одређена сврха. Од такве намере касније могу и да одустану. Ако уговорне стране промене мишљење и више не желе да се остваре намеравана правна дејства, могу да раскину уговор.⁴⁵⁷ Споразумно, као што су га и закључиле. Споразумни раскид је заправо нови уговор којим уговорне стране одустају од раније закљученог. Такву могућност, по природи ствари, имају све док првобитни уговор није у потпуности извршен.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ „Сауговарач управе индиректно постаје учесник у вршењу одређене јавне службе, што се посебно види код уговора о концесији. Сауговарач управе, међутим, није јавни службеник, јер он и даље има своје сопствене интересе које жели да очува; нити је он филантроп, који не би требало да прихвати да оствари било какав профит.“ (A. W. Mewett, *op. cit.*, p. 224)

⁴⁵⁶ С. Перовић, *op. cit.*, p. 486.

⁴⁵⁷ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁵⁸ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 486-487.

У начелу, споразумни раскид уговора нема повратно дејство и делује само за будућност. Раскид уговора нема утицај на извршене обавезе; оно што је на основу уговора учињено остаје и даље пуноважно. Изузетно, уговорне стране могу да се споразумеју и другачије. Вољом уговорника, раскид уговора може да добије и повратно дејство, што значи да сваки уговорник мора да врати оно што је примио. Пуноважна тада остају само права трећих савесних лица.⁴⁵⁹

Двостраност уговора захтева да о његовој правној судбини одлучују обе уговорне стране – заједно. По правилу, тако и јесте. Но има случајева у којима дејство уговора зависи од воље једне уговорне стране. У тим случајевима, уговор може да се раскине и једнострано.

Могућност да једна уговорна страна раскине уговор може да буде предвиђена самим уговором. У том случају, међутим, не може да се говори о једностраном раскиду, јер до њега не долази против воље друге уговорне стране. Баш супротно, уговорне стране се и овде споразумевају о томе да једна од њих има право на раскид уговора и одређују околности под којима то право може да се искористи. То би у ствари био још један облик споразумног раскида уговора. Раскид се тада једнострано остварује, али је његов основ у сагласној вољи уговорних страна. Прави једнострани раскид уговора постоји онда када он може да се оствари и против воље друге уговорне стране. Пошто се једнострано поступање супротставља самој идеји уговора, таква могућност представља изузетак, а њен основ може да се налази искључиво у закону.⁴⁶⁰

Право на једнострани раскид уговора постоји првенствено у случају неизвршења уговорне обавезе. Уговорне стране при закључењу уговора имају у виду одређени циљ, који желе да постигну извршењем уговорних обавеза. Проблем настаје онда када једна уговорна страна своју обавезу не изврши. Подразумева се да друга уговорна страна тада може да захтева принудно извршење уговора и накнаду штете.⁴⁶¹ Логична последица идеја на којима се заснивају двострано обавезујући уговори јесте и право на раскид уговора. Ако једна уговорна страна не изврши своју обавезу, онда више нема основа ни за обавезу друге стране:

„Када се једна страна не покорава уговору, не поштује заједнички закон, онда треба дозволити другој страни да изиђе из те ситуације, дакле, да уговор раскине. Не

⁴⁵⁹ М. Константиновић, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁶⁰ К. Доловић, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења* (докторска дисертација), Београд, 2014, p. 11.

⁴⁶¹ С. Перовић, *op. cit.*, p. 493.

може се захтевати од једне стране да остане при уговору који друга страна неће да изврши како је речено.⁴⁶²

Неизвршење уговорне обавезе може да буде потпуно или делимично. Код потпуног неизвршења дужник се понаша као да уговор није ни закључио и ништа не предузима како би извршио своју обавезу. У тој ситуацији, друга уговорна страна има право на раскид уговора. Ситуација је сложенија када дужник изврши своју обавезу, али не у целини и онако како је то уговором било одређено. Да би друга уговорна страна тада имала право на раскид, неопходно је, начелно посматрано, да је делимичним извршењем обавезе онемогућено остварење циља уговора.⁴⁶³

До раскида уговора може да дође на два начина: један је судским путем, а други вансудским – простом изјавом воље. У првом случају, о раскиду уговора одлучује суд и доноси одлуку конститутивног карактера. Код вансудског раскида, када су за то испуњени услови, довољна је само изјава воље повериоца и уговор је раскинут без икакве интервенције суда.⁴⁶⁴

За разлику од споразумног раскида, једностранни раскид због неизвршења има повратно дејство. Последице раскида огледају се у повраћају датог и праву на накнаду штете у корист уговору верне стране. Накнада штете треба да је доведе у онај материјални положај у којем би се налазила да је уговор уредно извршен. Право на накнаду претрпљене штете имају и трећа савесна лица.⁴⁶⁵

Због неизвршења уговорних обавеза и управни уговор може једнострано да се раскине. У односу на једностранни раскид грађанскоправног уговора постоји ипак једна разлика. Док су на једностранни раскид грађанскоправног уговора овлашћене обе уговорне стране, када она супротна не изврши своју обавезу, код управног уговора такво право има само једна уговорна страна, и то управа. Специфичност управног уговора није у томе што управа може да раскине уговор, онда када њен сауговорач не извршава своју обавезу, већ у томе што ово овлашћења има само она, али не и друга уговорна страна.

Ако бисмо по сваку цену желели да у управним уговорима видимо нешто специфично и другачије, онда би било довољно да се задржимо на ових неколико реченица. Ако пак специфичности управног уговора желимо да сагледамо у правој мери и на објективан начин, онда морамо да приметимо да овакво одступање нема

⁴⁶² М. Константиновић, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁶³ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 502-503.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, pp. 505-506.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, pp. 517-518.

апсолутан и општи карактер. Оно у потпуности важи за хрватско и наше право (у којима је управни уговор и нормиран уз велики напор да се измисле његове специфичности, по сваку цену). Већ за француско право то не би могло да се каже. Истина је да у француском праву управа има право на раскид уговора и то се сматра санкцијом за неизвршење обавезе друге уговорне стране. Исто право, међутим, припада и другој уговорној страни, уколико је управа озбиљно погрешила при извршењу уговорних обавеза. Управа уговор раскида сама, а друга уговорна страна мора да се обрати суду. Можда уговорне стране нису сасвим равноправне, али не може ни да се каже да право на раскид припада једино управи. О релативном карактеру овог обележја управног уговора највише говори немачко право, у којем управа нема никакву „привилегију“ при извршењу уговора, а то значи ни онда када друга уговорна страна не изврши своју обавезу. Обе стране су у том погледу равноправне и имају иста овлашћења.

О раскиду управног уговора због потребе да се заштити и оствари јавни интерес већ је било речи. Ово овлашћење управе заиста је посебно и специфично. Полазећи од његове природе, међутим, не би могло да се каже да је то једнострано овлашћење управе као уговорне стране. Раскид уговора у јавном интересу представља ауторитативно иступање, вршење власти. Оваква овлашћења управе тешко могу да се подведу под правна дејства и извршење уговора. Оно што може управа као власт, подразумева се да не може њен саговорач.

2.3. Решавање уговорних спорова

Последњи део режима грађанскоправних уговора јесте начин решавања спорова између уговорних страна. Спорови настали из грађанскоправних уговора решавају се у парничном поступку; овај судски поступак и назива се спорни, односно парнични зато што је претпоставка за остваривање правне заштите постојање спора између правних субјеката. За уговорне стране, након настанка спора, парнични поступак представља редован пут правне заштите.⁴⁶⁶

Као надлежни за решавање спорова из грађанскоправних уговора јављају се првенствено судови опште надлежности. Када се говори о грађанскоправним уговорима, међутим, онда се мисли и на привредне уговоре. Без обзира на

⁴⁶⁶ С. Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1983, pp. 2-3.

специфичности, а понекад и одвојено кодификовање, привредни уговори суштински се не разликују од грађанскоправних уговора: по својој правној природи, привредни уговори такође су грађанскоправни уговори.⁴⁶⁷ Самим тим, надлежни за решавање уговорних спорова могу да буду и посебни, привредни судови; у оба случаја спорови се решавају у парничном поступку.

Уместо у судском поступку, правну заштиту уговорне стране могу да потраже и пред разним недржавним телима. У том смислу, држава делимично одустаје од свог монопола у пружању правне заштите и омогућава уговорним странама да своје спорове реше пред изабраним, односно арбитражним судовима.⁴⁶⁸ Арбитражни суд је недржавно судско тело које настаје и врши своју функцију суђења на основу споразума страна у спору. Чине га једно или више изабраних лица, овлашћених да о насталом спору донесу одлуку која има снагу судске пресуде.⁴⁶⁹

Спорови из управног уговора решавају се на специфичан начин. Надлежни за ове спорове нису судови опште надлежности, нити привредни судови, него управни судови. Другим речима, спорови који произлазе из управних уговора не решавају се у парничном поступку, него у управном спору. Посебан начин решавања спорова једна је од најчешће истицаних карактеристика правног режима управног уговора.

О специфичном начину решавања спорова заиста може да се говори као о обележју управних уговора. Ни ово обележје, међутим, не би могло да се назове општим, када се погледају различити правни системи. Ово обележје управних уговора важи за француско и немачко право. У основи важи и за хрватско право, или би бар тако требало да буде. За аустријско и наше право то не би могло да се каже. Основни проблем у Аустрији и састоји се у томе што управни уговори не могу директно да се побијају у управном спору. Зато су и измишљене различите теорије, како би се до управног спора дошло бар заобилазним путем. Ни данас, након реформе управног судства, ствари нису много другачије. У нашем праву, сасвим је јасно, управни уговори нису предмет управног спора. Истина, до управног спора може да се дође, али онда када је донет управни акт; без управног акта нема ни судске контроле у управном спору.

⁴⁶⁷ В. Капор, С. Царић, *Уговори робног промета*, Нови Сад, 2000, р. 21.

⁴⁶⁸ Р. Кеча, *Грађанско процесно право* (Приручници за полагање правосудног испита, Књига 7) Београд, 2009, рр. 27-28.

⁴⁶⁹ Г. Станковић, Б. Старовић, Р. Кеча, Н. Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002, р. 23.

Ако би неки уговор требало да буде управни, онда би и надлежност управних судова требало да буде логично решење у случају спора између уговорних страна. Ако се у решавању спорова појављују и судови опште надлежности, онда то значи да правни режим управног уговора, како то лепо рече Лазо М. Костић, није логично уређен:

„Разумљиво је да се код спорова око јавноправних уговора мора а priori искључити надлежност редовних (грађанских) судова. Уколико се она ипак појављују (*sic!*), то је само доказ да сам институт није логично конструисан и да идеја јавноправних уговора и њихове особености није потпуно ухватила корена.“⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 364.

Део пети

Управни уговор и управни акт

Поређење са грађанскоправним уговором открило је много занимљивих и корисних детаља о управном уговору. У циљу разумевања правне природе управног уговора у подједнакој мери мора да се сагледа и онај други део у његовом правном режиму – описан епитетом „управни“. Најбољи начин да се то постигне јесте поређење управног уговора са управним актом. Сучељавање са управним актом, сучељавање је управног уговора са суштином управне делатности и управног права. Као такво, оно би требало да помогне у схватању суштине и самог управног уговора.

1. Појам управног акта

О управном акту говори се од раног 19. века. За израз „управни акт“ каже се да има теоријски карактер и порекло; употребљава га најпре француска, а касније преузимају и друге правне теорије.⁴⁷¹ Пракса га усваја постепено, а законодавство веома опрезно и полако.⁴⁷² У законодавству се овај израз дуго није ни користио, бар не усклађено и доследно. Законодавство се најчешће задовољавало називима појединих врста управног акта, или описним изражавањем.⁴⁷³

Идеја о управном акту остварена је у правној држави, по узору на судски акт, односно пресуду. За управну делатност управни акт треба да буде оно што је за судску делатност пресуда – акт примене закона на један конкретан случај. Без управног акта, као акта којим се закон примењује у конкретној ситуацији, правна држава не би могла ни да се оствари.⁴⁷⁴ То нам, категорички, тврди и Ото Мајер:

„Држава која за своју управу нема закон и која нема управни акт, није правна држава.“⁴⁷⁵

Доношење управних аката није једини, али јесте један од најчешћих и најзначајнијих облика вршења управне делатности. Зато је управном акту и дат тако општи назив, који би, на први поглед, могао да упућује на све акте органа управе и

⁴⁷¹ Д. Милков, *Појам управног акта*, р. 17.

⁴⁷² Л. М. Костић, *op. cit.*, р. 367.

⁴⁷³ Д. Милков, *Појам управног акта*, р. 19.

⁴⁷⁴ Л. М. Костић, *op. cit.*, р. 366.

⁴⁷⁵ О. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), р. 66.

управну делатност у целини.⁴⁷⁶ Невоља и јесте у томе што се изразу „управни акт“ придају различита значења – понекад шира, понекад ужа. Тако су и настале различите концепције о појму управног акта. Шири концепција, француска, изводи се из могућности вођења управног спора. Према њој, управни акт је сваки акт управе против којег може да се покрене управни спор. Ужа концепција, немачка и аустријска, али и наша, управним актом именује само неке од аката управе, оне који имају одређена обележја.⁴⁷⁷

Посматрање управног акта у ужем, или, како се то понекад каже, правном и техничком смислу, једино је исправно. Шири појам, нарочито онај који се заснива на формалном критеријуму доносиоца акта, има веома малу теоријску вредност. Тај појам лако доводи у заблуду и замагљује проблематику појединих врста аката управе:

„Термин управни акт користан и употребљив је само онда, ако њиме захватимо само одређене карактеристичне појаве, које чине неко јединство, и тако дођемо до једне специфичне правне категорије.“⁴⁷⁸

У потрази за обележјима која управни акт издвајају у посебну целину, међу разноврсним актима органа управе, полази се од његовог правног дејства. Управни акт производи непосредне правне ефекте разликујући се тиме од бројних неправних, односно материјалних аката и радњи управе. Још прецизније одређење подразумева поделу правних аката управе на опште и појединачне, и сврставање управног акта међу ове друге.

За сада се долази до тога да је управни акт појединачан правни акт. То, међутим, није довољно. Уколико се напушта чисто формално становиште, које води рачуна искључиво о доносиоцу акта, онда управни акт мора да се обележи и неким материјалним критеријумом. Појединачних правних аката има разних, те се још увек не зна који од њих спадају у управне. Као и обично, правна теорија понудила је различите одговоре. Многи од понуђених критеријума, нажалост, формулисани су толико широко и неодређено да доносе више питања него одговора. Најближе истини дошли су они ставови који материјално обележје управног акта виде у карактеру њиме створене појединачне норме. Управним актом се, наиме, прецизира

⁴⁷⁶ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁷⁷ Д. Милков, *Управно право II*, pp. 18-20.

⁴⁷⁸ И. Крбек, *Управни акт*, Загреб, 1957, pp. 6-7.

основно правило понашања, диспозиција, што га јасно одваја од судског акта, којим се прецизира санкција.⁴⁷⁹

Појам управног акта сада се већ назире, али још увек није одређен. Појединачни правни акти којима се прецизира диспозиција нису само управни акти, него и правни послови. При повлачењу линије разграничења између управног акта и правног посла полази се од учешћа адресата у стварању правне норме. Тако се долази до закључка да диспозиција створена управним актом обавезује субјекта чије понашање уређује без обзира на његову вољу, чак и против ње. За разлику од тога, диспозиција створена правним послом обавезује адресата само ако је то у складу и са његовом вољом.⁴⁸⁰ У правној теорији ова супротност обично се изражава као супротност између аутономног и хетерономног стварања права.⁴⁸¹ Управни акт, дакле, има ауторитативан карактер и по томе се одваја од правног посла.⁴⁸²

Ауторитативност указује на то да је управни акт заправо акт вршења власти, којим се, под претњом принудног извршења, странка доводи у неравноправан и подређен положај. Логично је онда да и правна дејства управног акта проистичу из једнострано изражене воље његовог доносиоца. Није стога случајно што правна теорија управни акт често квалификује као једностранни правни акт, нарочито онда када жели да га упореди са грађанскоправним уговором.

Тачно је да једностраност омогућава да се управни акт одвоји од грађанскоправног уговора, али није тачно да једностраност управног акта значи исто што и ауторитативност. Једностраност можда пружа критеријум за разликовање између управног акта и уговора, али не и за разликовање између управног акта и правног посла уопште. Они који говоре о једностраности управног акта морају да буду свесни тога да и правни послови могу да буду једностранни.⁴⁸³

Када се каже да је управни акт једностран, онда се указује искључиво на то да га доноси један субјект, тачније једна страна, и да се њиме уређују права и обавезе друге стране. Ауторитативност нам говори више од тога: она није само формално и квантитативно обележје, већ обележје које однос између две стране одређује и у садржинском смислу. Да, управни акт доноси једна страна, али том приликом она иступа као власт, као јачи субјект, у правном смислу речи. Сваки је ауторитативан

⁴⁷⁹ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, p. 263 sq; П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 109; Д. Милков, *Појам управног акта*, pp. 282-283.

⁴⁸⁰ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁸¹ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, p. 73.

⁴⁸² Д. Милков, *Појам управног акта*, p. 205; И. Крбек, *Управни акт*, p. 10.

⁴⁸³ В. Иванчевић, *Институције управног права*, Загреб, 1983, p. 239.

акт и једностран, али не и обрнуто; једнострани карактер могу да имају и поједини правни послови.⁴⁸⁴

Стварајући поједностављену слику о појму управног акта, дошли смо до обележја које нам је потребно за његово поређење са управним уговором. Ауторитативност је обележје које управни акт одваја и од управног уговора. Није једностраност оно што разликује управни акт од управног уговора, већ другачија правна природа: управни акт није правни посао, управни уговор јесте.⁴⁸⁵ Управни акт је увек ауторитативан, управни уговор није никада. У настанку управног уговора сагласност воља игра битну улогу, као и код сваког уговора. Управни уговор не може да настане ако обе уговорне стране не прихвате да буду везане утврђеном диспозицијом. Разлика која постоји између управног акта и управног уговора иста је као и разлика између управног акта и правног посла. Управни уговор стога може да се сврста искључиво у категорију правних послова, никако у категорију управних аката.

Кратко и сажето, може да се каже да је управни акт једностран, а управни уговор двострани правни акт, како би се истакла разлика између њих. То, међутим, може да се уради условно, ни у једном тренутку не заборављајући да та разлика није само формална (разлика у броју страна и воља), већ и суштинска (разлика у квалитету исказаних воља). То је разлика коју најбоље описује деоба појединачних правних аката управе на ауторитативне и неауторитативне.

2. Правни режим управног акта

Захваљујући томе што за њега важи другачији правни режим, управни акт се и издваја у посебну целину унутар бројних и разноврсних аката управе. И док је појмовна сличност између управног уговора и грађанскоправног уговора наметнула потребу да у њиховом правном режиму трагамо за разликама, супротстављеност појмова управног акта и управног уговора намеће супротну потребу: уместо за разликама, које произлазе из њихових битних обележја, морамо да трагамо за оним што је у њиховом правном режиму слично и заједничко. Начелно, могло би да се каже да оно што раздваја правни режим управног уговора од правног режима грађанскоправног уговора истовремено управни уговор приближава управном акту.

⁴⁸⁴ Д. Милков, *Управно право II*, р. 22.

⁴⁸⁵ М. Imboden, *op. cit.*, pp. 38-39.

2.1. Доношење управног акта

Настанак пуноважног управног акта такође подразумева испуњеност одређених услова. Они, наравно, не могу да се покlope са условима за закључење пуноважног уговора, с обзиром на битно другачију природу управног акта. Зато се услови за доношење управног акта тичу првенствено самог доносиоца и његове надлежности. Доношење управног акта подвргнуто је и специфичним процесним правилима, а посебна правила важе и за његову форму. Релевантна су и овлашћења доносиоца, која долазе до изражаја приликом одређивања садржине управног акта. Када се испуне сви наведени услови, како они формалног тако и они садржинског карактера, онда је донет законит и целисходан управни акт.

2.1.1. Доносилац управног акта

Већ код појма управног акта видели смо да се доносиоцу, као обележју управног акта, придаје велики значај. Највећи свакако онда када се доносилац користи као искључиви критеријум за дефинисање управног акта. Но већ смо констатовали да ово строго формалистичко схватање није корисно, а самим тим ни прихватљиво. Доносилац јесте важно обележје управног акта, али никако и једино; од њега се полази, али се онда узимају у обзир и неке друге особине.

Који све субјекти могу да доносе управне акте? На првом месту, доносиоци управних аката су органи управе. Њима је то најважнија, основна делатност, она делатност због које су и формиран, због чијег вршења и постоје. Органи управе су најчешћи, али не и једини доносиоци управних аката. Управне акте могу да доносе и други државни органи, иако им то није основна улога. Под условом да су им поверена јавна овлашћења, управне акте могу да доносе и недржавни субјекти:

„Теоријски посматрано, управне акте могу доносити органи управе и сви други државни органи, као и сви недржавни субјекти, предузећа, установе и друге организације (свима могу бити, начелно посматрано, поверена јавна овлашћења), као и појединци.“⁴⁸⁶

Овако широко одређен круг потенцијалних доносилаца управног акта релативизује значај овог обележја. То постаје још јасније и уочљивије када се у

⁴⁸⁶ Д. Милков, *Управно право II*, р. 27.

разматрање узме обележје ауторитативности управног акта. Доносилац управног акта својом изјавом воље намеће одређено понашање странци – ауторитативно одлучује о њеним правима и обавезама. Отуда произлази да се као доносиоци управног акта јављају искључиво они субјекти који могу ауторитативно да иступају. Другачије речено, ауторитативност управног акта даје нам истовремено одговор на питање који све субјекти могу да доносе управне акте.⁴⁸⁷

Насупрот доносиоцу налази се странка – адресат управног акта. Њено понашање уређено је, на заповедан начин, изјавом воље доносиоца управног акта. Странка је у односу на доносиоца управног акта подређена, правно слабија и дужна да се покори издатој заповести. У улози странке најчешће се налази једно лице, али може да их буде и више; адресати управног акта најчешће су одређени индивидуално, али је могуће да буду одређени и генерално. Код генералних управних аката адресати заправо ни нису одређени, али су одредиви на основу задатог критеријума. Упркос томе, генерални управни акти задржавају својство појединачности, које се крије у карактеру ситуације, а не у броју лица.⁴⁸⁸

И кратак поглед на субјекте који учествују у доношењу управног акта довољан је да се примети разлика у односу на управни уговор: код управног уговора нема никаквог доносиоца и њему подређене странке, постоје две уговорне стране које равноправно утичу на настанак уговора. Сличност се огледа у томе што се на једној од страна управног уговора обично налази јавноправни субјект. Бар једна од страна управног уговора уобичајено се поклапа са доносиоцем управног акта, што се нарочито види у оним правним системима у којима је управни уговор уређен правилима о општем управном поступку.

Управни уговор задржава карактер правног посла без обзира на то што правна теорија тврди да су уговорне стране неравноправне. О једностраним овлашћењима управе посебно се говори у француском праву, али идеја о неравноправности уговорника није сасвим страна ни немачком праву. Зашто би иначе немачки аутори делили управне уговоре на координационе и субординационе. Ова неравноправност, међутим, само привидно утиче на природу управног уговора. Једнострана овлашћења управе не могу да претворе управни уговор у ауторитативан акт. Без обзира на каснија једнострана овлашћења управе, он остаје уговор – сагласност

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ И. Крбек, *Управни акт*, р. 9.

воља. „Субординација“ код немачког управног уговора чак није ни привидна – она уопште не постоји.

На проблем разграничења наилази се посебно онда када се управни уговор упореди са управним актима који се доносе уз пристанак странке. За њих се каже да стоје на граници између управних аката, који се доносе без учешћа адресата, и управног уговора.⁴⁸⁹ Код њих је потребна извесна сагласност воља, с обзиром на то да се не доносе без предлога и жеље заинтересованих странака.⁴⁹⁰ Ова „сагласност“ странака ипак не може да се изједначи са сагласношћу воља потребном за закључење уговора. Пристанак странке на доношење управног акта нешто је другачије и мање, у квалитативном смислу речи, у односу на уговорну изјаву воље.⁴⁹¹ Доношење управног акта и настанак правног односа зависе од изјаве воље органа, а не од пристанка странке. Код управног уговора, од сагласности воља зависи и његово постојање; управни уговор и јесте сама та сагласност воља.

Као што ни уговор не може да промени своју правну природу, не може да је промени ни управни акт. Пристанак странке јесте правно релевантан, али не у том смислу да се управни акт захваљујући њему претвара у двострани правни акт, како је то раније тврдио Валтер Јелинек. И поред пристанка странке, управни акт задржава својство једностраности, тачније ауторитативности. Пристанак странке само је један од услова законитости управног акта и не сме да му се придаје већи значај од тога.⁴⁹² Тврдња о двостраности управног акта логички је погрешна, она је *contradictio in adiecto*.⁴⁹³

Додатну неизвесност приликом раздвајања управног уговора од управног акта, који се доноси уз пристанак странке, изазива то што се поједини управни уговори закључују као уговори по приступу. Границу између таквих уговора и управних аката, у чијем доношењу учествује адресат, није лако уочити. Она свакако не може да се повуче одсечно и чврсто, а поједини аутори уопште је ни не виде. Такав уговор:

„[Н]е разликује се, садржински и у вези са мером утицаја уговорних страна на садржину, од управног акта који се доноси уз пристанак странке.“⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ Н. Eberhard, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹⁰ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 383.

⁴⁹¹ Н. Eberhard, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹² Д. Милков, *Појам управног акта*, p. 253.

⁴⁹³ И. Крбек, *Управни акт*, p. 11.

⁴⁹⁴ W. Spannowsky, *op. cit.*, p. 75.

Колико год се чинило да се ради о истој појави, истом акту, разлика и те како постоји. Неизвесност у ову поделу уноси пристанак странке, који подсећа на прихватање понуде, какво постоји код уговора по приступу. И странка пристаје на управни акт, као што сауговорач пристаје на учињену понуду. Пристанак странке, међутим, није исто што и прихватање понуде. Да бисмо то боље разумели, треба да се запитамо у којим то ситуацијама странка пристаје на управни акт и шта то заправо значи. То најчешће значи да странка подноси захтев органу управе, зато што жели да стекне одређено право. Да ли ће странка стећи то право или не, зависи од органа управе и његове воље, изражене у управном акту. Ту нема никакве понуде и њеног прихватања, већ се ради о томе да орган управе ауторитативно одлучује о томе да ли странка има или нема одређено право. Зашто? Зато што закон условљава остварење тог права позитивном одлуком органа управе. Понуда за закључење уговора, независно од тога са које стране долази и ко је формулише, нема ауторитативан карактер, као ни њено прихватање. То што је садржину уговора дефинисала једна страна не значи да је она наметнута другој страни. Није јој наметнут ни управни акт, она га жели, али какву садржину тај управни акт треба да има ауторитативно одређује орган управе. Да ли своју жељу странка изражава унапред, у виду иницијативе усмерене на доношење управног акта, или накнадно, када је он већ донет, сасвим је свеједно. Доношење управног акта у оба случаја потпуно је у рукама органа управе. За разлику од управног уговора, којим се уређују међусобна права и обавезе уговорних страна, чак и онда када их формулише само једна од њих, управним актом уређују се права и обавезе странке, на ауторитативан начин:

„Управним актом се, тако – било на захтев странке, било по службеној дужности – кроји правна судбина потчињеног лица у конкретном случају, коришћењем власти у процесу примене закона. Чак и кад је посреди признавање права.“⁴⁹⁵

Понекад се дешава да у доношењу управног акта учествује више органа управе и то на различите начине. Такав управни акт обично се назива сложени, збирни или заједнички. Два или више органа тада заједно обликују изјаву воље која обавезује странку. Но без обзира на учешће два или више органа, према странци се појављује једна изјава воље – један акт – који ауторитативно уређује њено понашање. По томе се и заједнички управни акт разликује од управног уговора, чак и оног „координационог“, закљученог између два јавноправна субјекта. Док се јавноправни

⁴⁹⁵ З. Р. Томић, *Опште управно право*, р. 229.

субјекти закључењем управног уговора споразумевају о међусобним правима и обавезама, доносиоци заједничког управног акта „споразумевају се“ о правима и обавезама странке.

2.1.2. Надлежност за доношење управног акта

До сада је више пута поменуто да управни акт представља изјаву воље његовог доносиоца. Воља доносиоца управног акта, међутим, није његова сопствена воља. Када врше управну делатност, органи управе не штите свој лични интерес. Самим тим, ни управни акт није израз њихове личне воље. Вршећи управну делатност, органи управе представљају државу. Зато је у управни акт уткана воља државе, а не воља њених органа. Вољу државе, изражену у закону, доносилац управног акта спроводи у конкретном случају, иступајући као субјект надлежности. На доношење управног акта он је законом истовремено и овлашћен и обавезан:

„Дакле, воља која се изјављује је само констатација одређеног органа да су право или правни интерес појединца такви да их, са становишта јавног интереса, треба заштитити или да му у јавном интересу треба наметнути неку обавезу.“⁴⁹⁶

О надлежности се говори и код закључења управног уговора, будући да у његовом закључењу, по правилу, учествује и неко јавноправно лице. У име и за рачун тог јавноправног лица управни уговор закључује надлежни орган. Надлежност за закључење управног уговора стога делује као врло погодна веза између управног уговора и управног акта. Погодна јесте, али да ли је и исправна?

Чини се да овде наилазимо на још једну заблуду о управном уговору и ономе што га одликује. Спорна није сама надлежност за закључење управног уговора, спорно је вредновање те надлежности као нечега по чему је управни уговор сличан управном акту, а различит од грађанскоправног уговора. Таква оцена не може да се уважи. У овом контексту, надлежност даје одговор на питање који од органа једног јавноправног лица има право и обавезу да донесе управни акт, односно да закључи уговор. Надлежност нам објашњава однос између јавноправног лица и његових органа. За поступање у конкретној ситуацији јавноправно лице одређује надлежан орган. О каквом се поступању ради, споредно је питање. Орган мора да буде надлежан и за доношење управног акта и за закључење уговора; али било ког

⁴⁹⁶ Д. Милков, *Управно право II*, pp. 22-23.

уговора, а не само управног. Другачије не може ни да буде када су у питању правна лица и њихови органи. Орган увек делује у име и за рачун правног лица и увек мора да буде надлежан, без обзира на то коју правну радњу предузима у конкретном случају.

За органе једног правног лица закључење управног уговора јесте питање надлежности, али није за то правно лице. За правно лице питање закључења уговора није питање права, да бисмо уопште и могли да разматрамо каквог је оно карактера – да ли је то субјективно право или надлежност. За правно лице питање закључења уговора је питање његове способности уговарања.

Закључак је овај: органи према правном лицу чије интересе следе и штите имају само надлежност. Карактер тог овлашћења не мења се у зависности од тога коју правну радњу предузимају у име правног лица. Различит карактер може да има овлашћење самог тог правног лица, које и делује преко надлежног органа. Тек када у обзир узмемо карактер овлашћења правног лица, а не његових органа, можемо да уочимо разлику између управног акта и управног уговора. Доношење управног акта и за јавноправно лице представља надлежност – право и обавезу у исто време – која се врши ради заштите и остваривања јавног интереса. Закључење уговора, а то значи и оног управног, не спада у надлежност јавноправног лица, већ у његову способност уговарања. Јавноправно лице нема право и обавезу да закључи било који уговор, оно је само способно да то учини у оквиру својих права и обавеза. Ради се о две блиске, али ипак различите категорије.

2.1.3. Овлашћења доносиоца управног акта

О вољи доносиоца управног акта, видели смо, може да се говори условно. Као субјект надлежности, доносилац управног акта нема своју вољу; његов задатак састоји се у томе да примени закон у конкретној ситуацији. Заснованост управног акта на закону оличење је начела законитости управе и парадигма правне државе. Смисао везаности законом огледа се у томе да управном акту претходи општа правна норма, коју он треба да конкретизује у појединачном случају.⁴⁹⁷

Ситуације у којима се доносе управни акти ипак не могу увек да буду уређене потпуно прецизно и детаљно, тако да се улога управе сведе на просту примену

⁴⁹⁷ Д. Милков, *Појам управног акта*, pp. 159-160.

закона. У појединим ситуацијама јавни интерес не може да се дефинише унапред, већ зависи од конкретних околности. Тада и управа добија нешто шири овлашћења и извесну стваралачку улогу. Добија слободу процене како ће то јавни интерес бити најбоље заштићен и остварен, имајућу у виду конкретне околности. Од управе се очекује да дефинитивно уреди те ситуације и доврши оно што је законодавац започео.⁴⁹⁸

Управни акти који се доносе у ситуацијама које су законом уређене детаљно и прецизно називају се везаним управним актима. При њиховом доношењу, управи се не оставља никаква слобода, јер су сви њихови елементи унапред предвиђени. Извесну слободу управа има у оним ситуацијама које законом нису унапред прецизно и детаљно уређене. Управни акти који се доносе у таквим ситуацијама називају се дискреционим.⁴⁹⁹

У чему се састоји слобода управе при доношењу дискреционих управних аката? Једно мишљење гласи да слобода може да се односи како на доношење управног акта тако и на његову садржину.⁵⁰⁰ Према другом схватању, дискрециона оцена тиче се само садржине управног акта, не и слободе одлучивања о томе да ли управни акт уопште треба да се донесе.⁵⁰¹

У то да се дискрециона оцена тиче садржине управног акта нема никакве сумње. С обзиром на то да ли постоји слобода при утврђивању њихове садржине, сви управни акти могу да се поделе на везане и дискреционе. Подела извршена у складу са овим критеријумом је свеобухватна. То, међутим, не би могло да се каже и за други критеријум – слободу при одлучивању да ли управни акт уопште треба да се донесе. Чак и када би се прихватило да таква слобода спада у дискрециону оцену, то не би могло да важи за све управне акте, већ једино за оне који се доносе по службеној дужности. Код управних аката који се доносе по захтеву странке таква слобода не постоји. Доношење управног акта управа тада не може да избегне, јер се, у супротном, сматра да она „ћути“. Чини се да је овде ипак у питању замена теза и

⁴⁹⁸ V. R. Radošević, “Discretionary Administrative Acts in the Field of Weapons and Ammunition”, in: *Dani Arčibalda Rajsa*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Tom II, (glavni i odgovorni urednik Dragana Kolarić), Beograd, Kriminalističko-policijska akademija, 2016, pp. 251-252.

⁴⁹⁹ Имајући у виду да је заснованост на закону обележје свих управних аката, израз „дискрециони управни акт“ није најпогоднији. Зато је „означавање ових аката као дискреционих нешто што треба условно схватити, тј. само као скраћени назив за управне акте који се доносе на основу дискреционе оцене“. (Д. Милков, *Управно право II*, р. 34)

⁵⁰⁰ И. Крбек, *Управни акт*, р. 30; Р. Марковић, *op. cit.*, р. 261; З. Томић, „Дискрециона оцена у управном праву“, *Правни живот*, 10/2006, р. 295.

⁵⁰¹ Д. Милков, *Управно право II*, р. 34; Ј. М. Костић, *op. cit.*, р. 371.

погрешно веровање да то што управа може да одбије заснивање неког правног односа значи да је она овлашћена и на избор да ли ће управни акт уопште донети или не. Овим је промашена суштина дискреционе оцене, која се увек односи на уређивање садржине правног односа. У уређивање садржине правног односа спада и одбијање управе да изврши промене у постојећим правима и обавезама странке.

Суштина дискреционе оцене увек се састоји у избору између две или више опција које су законом понуђене за решавање одређене управне ствари. Могућност избора између законом предвиђених опција остављена је како би се постигао одређени циљ. И циљ је, као и саме опције између којих управа може да бира, унапред предвиђен законом. Начелно посматрано, циљ вршења дискреционе оцене увек је повезан са јавним интересом. У чему се конкретно састоји потреба да се заштити и оствари јавни интерес, прецизирано је истим оним законом који управи даје дискреционо овлашћење.

Могућност вршења дискреционе оцене при доношењу појединих управних аката не значи да они нису засновани на закону. Напротив, сваки дискрециони управни акт има и правно везане делове, поред оног правно слободног, невезаног. У правно везане делове спадају овлашћење на вршење дискреционе оцене, границе тог овлашћења и циљ у којем се оно врши. Поред тога, у правно везане делове сваког управног акта, па тако и дискреционог, спадају и питања надлежности, материјалноправних услова, спроведеног поступка и утврђеног чињеничног стања.

Из тога што правно слободни део дискреционог управног акта није опредељен законом не произлази да управа при његовом утврђивању може да делује самовољно. Границе и ту постоје, само што оне нису одређене законом, већ принципом целисходности. Између понуђених опција управа треба да изабере ону која омогућава да се јавни интерес заштити и оствари на најбољи начин, спрам потреба сваког конкретног случаја.⁵⁰²

Уочавање разлике између правно везаних и правно слободних делова дискреционог управног акта нема само теоријски, него и практични значај; он се односи на могућност и границе судске контроле. Наиме, судска контрола управе ограничена је на проверу законитости управних аката и не обухвата проверу њихове

⁵⁰² „Код легалности је одлучна воља закона, код арбитрарности лична воља, а код опортуности односна конкретна ситуација: треба изабрати ону могућност, која према конкретној ситуацији највише одговара интересима јавне службе.“ (И. Крбек, *Управни акт*, р. 65)

целисходности. То значи да суд у управном спору контролише искључиво правно везане, а не и правно слободне делове дискреционих управних аката.

И поред теоријски изграђеног појма дискреционе оцене, уочавање разлике између везаних и дискреционих управних аката није увек једноставно. Овлашћење за вршење дискреционе оцене законом није увек јасно предвиђено, на тај начин да у погледу карактера једног управног акта нема никакве сумње. Напротив, дешава се да су законске одредбе недовољно јасне и да из њих произлази дилема да ли се ради о везаном, или о дискреционом управном акту.

Тешкоће при утврђивању постојања дискреционе оцене произлазе често из чињенице да одредбе управног права садрже бројне неодређене појмове. Међутим, то што је неки појам неодређен још увек не значи да садржи овлашћење за вршење дискреционе оцене. За одредбе које садрже неодређене појмове карактеристично је да у сваком конкретном случају постоји само једно понашање које одговара њиховој диспозицији, иако оно није унапред прецизно одређено.⁵⁰³ Задатак управе састоји се у томе да правилним тумачењем утврди које понашање представља садржину тог неодређеног појма; и то не само у конкретном случају поводом којег доноси управни акт, већ и у другим, сродним случајевима. Све док се ради о томе да управа треба да утврди вољу закона, а не да бира између више опција, са становишта закона једнаких, не може да се говори о дискреционој оцени.⁵⁰⁴ Суштина дискреционе оцене огледа се у избору који управа врши по сопственом нахођењу и то за сваки конкретан случај посебно, а не за све сродне случајеве:

„Ситуације о којима се ту ради нису погодне за апстрактно регулисање; законодавац оставља примениоцима закона једно слободно поље, једну слободну сферу да поступају како нађу за сходно, да, невезаним (*sic!*) правним прописима, своје држање удесе према субјективно схваћеним начелима опортунитета и према посебним околностима појављеног случаја.“⁵⁰⁵

До одговора на питање да ли је одређени управни акт дискрециони, или није, може да се дође само пажљивим тумачењем прописа који уређују овлашћења управе. При томе, не сме да се пође од става да се карактер одређеног управног акта подразумева само зато што то делује логично, или произлази из природе ствари.

⁵⁰³ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁰⁴ И. Крбек, *Управно право I* (по предавањима И. Крбека, Клуб слушалаца права), Загреб, 1938, pp. 19-20.

⁵⁰⁵ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 401.

Релевантно је пре свега оно што је у појединим областима и управним стварима предвиђено законом.⁵⁰⁶

Питање односа према закону једно је од занимљивијих питања о управном уговору. Не толико за француску теорију, колико за немачку и аустријску, које су, пишући о управном уговору, велики број страница посветиле начелу законитости управе. Расправа о томе шта је закон за управни уговор толико се распламсала, да није успео да је угаси ни немачки законодавац, својом начелном одредбом о дозвољености закључења управног уговора онда када се закон томе не противи.

Основна дилема огледа се у томе како кроз „уши“ начела законитости управе да се „удене“ уговору својствена широка слобода уговарања. За француске ауторе то није нарочито тешко: они ће једноставно рећи да је слобода уговарања управе увелико спутана, али постоји.⁵⁰⁷ Она је суштински елемент уговора и примењује се како на грађанскоправне тако и на управне уговоре.⁵⁰⁸ Немачка и аустријска теорија тиме се не задовољавају и потпуно негирају слободу уговарања управе: зато што је везана начелом законитости, управа нема слободу уговарања. Приватној аутономији и слободи уговарања нема места у управном праву – једнодушно тврде немачки и аустријски аутори.⁵⁰⁹

Негирање слободе уговарања неизбежно доводи до тога да се заснованост на закону протеже и на управне уговоре. Аустријски аутори то тврде сасвим огољено: управни уговор мора да буде одређен законом у истој мери као и управни акт.⁵¹⁰ Немачки аутори овој црно-белој слици покушавају да додају и мало боја, раздвајајући овлашћење за закључење управног уговора од овлашћења за дефинисање садржине уговора. И док за садржину уговора траже строгу везаност управе, дозвољеност закључења уговора не посматрају тако строго – задовољавају се тиме да оно није противно закону. На то их наводи и немачки законодавац.⁵¹¹ Ако се и управни уговор заснива на закону, онда не треба да чуди то што се и он, попут управног акта, сматра само средством за извршење општих правних норми.⁵¹²

⁵⁰⁶ Ђ. Тасић, „О слободној оцени (дискреционој власти)“, *Архив за правне и друштвене науке*, 5/1927, p. 382.

⁵⁰⁷ J. Rivero, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁰⁸ J. Morand-Deviller *et al.*, *op. cit.*, p. 491.

⁵⁰⁹ V. H. Eberhard, *op. cit.*, p. 307; W. Pakeerut, *op. cit.*, p. 143.

⁵¹⁰ H. Eberhard, *op. cit.*, p. 291.

⁵¹¹ W. Pakeerut, *op. cit.*, pp. 137-139.

⁵¹² V. J. Martens, „Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 4/1964, p. 430.

Одређену слободу при закључењу управног уговора управа свакако има. Не би било логично да управа буде чвршће везана при закључењу управног уговора, него при доношењу управног акта. Али ако то није слобода уговарања, шта је онда? То је један „простор за извршење“, сличан дискреционој оцени; дискрециони простор, дат законом, унутар којег постоји „управноправна слобода уговарања“.⁵¹³

Није, дакле, у питању слобода уговарања, већ „управноправна слобода уговарања“, која постоји у оквиру дискреционог простора управе, датог законом. Ако звучи компликовано, то је зато што оваква конструкција и јесте компликована. Она није само слична дискреционој оцени, она јесте дискрециона оцена. Уместо да се тако и назове, измишља се некакав „простор за извршење“.

Све је то потпуно непотребно и може да се објасни много једноставније: или постоји дискрециона оцена, или постоји слобода уговарања. Уношење слободе уговарања унутар дискреционе оцене потпуно је неумесно. У питању су две одвојена и различита појма: дискрециона оцена израз је начела законитости управе и заснива се на слободи додељеној законом; слобода уговарања ослања се на аутономију воље и означава слободу која је законом изузетно ограничена.

Након појашњења, јасно је да немачка и аустријска теорија у закључењу управног уговора виде вршење дискреционе оцене, иако то не желе потпуно отворено да кажу. Вршење дискреционе оцене на страни управе, наравно! Сауговорач управе има слободу уговарања и може да се служи својом приватном аутономијом.⁵¹⁴

У томе и јесте проблем. Управни уговор није ауторитативан, већ двострани правни акт. Његов однос према закону не може да се мери искључиво из угла управе. Управни уговор није изјава воље управе, то је сагласност воља управе и њеног сауговорача. Само тако, јединствено, може и да се посматра. Однос ових сједињених воља према закону не може да буде различит, у зависности од уговорне стране. Ако за приватна лица постоји слобода уговарања, онда она постоји и за управу. Онда та слобода не може за управу да буде нешто друго. Можемо да је меримо, да кажемо да је има више или мање; можемо да кажемо да је увелико спутана, али то не значи да је постала нешто друго – да је постала дискрециона оцена. Дискрециона овлашћења примерена су ауторитативном деловању управе, а не закључењу уговора. Правна теорија то недовољно уважава; она у управним уговорима види једино управу, а не

⁵¹³ Н. Eberhard, *op. cit.*, p. 319.

⁵¹⁴ *Ibid.*, pp. 318-319.

види да ту постоји и друга уговорна страна. Управни уговор не долази само од управе, у његовом настанку једнако важну улогу игра и друга уговорна страна. Ако се дискрециона оцена јавља код управних уговора, онда то значи да управа има и нека ауторитативна овлашћења. Тада управа свакако јесте начелно везана и може да се креће само унутар тих законских веза.

2.1.4. Поступак доношења управног акта

Захваљујући подвођењу управе под опште правне норме, материјалноправног карактера, управни акт није израз воље управе, већ воље законодавца. Није требало да прође много времена како би се увидело да подвођење управе под правни поредак не може да се заустави на материјалноправним прописима. У циљу заштите права странака и спречавања самовоље управе није довољно да се само пропише какву одлуку управа треба да донесе, потребно је да се пропише и на који начин то треба да учини.⁵¹⁵

Правни поступци неопходни су за остваривање сваког правног поретка. Они су „начин живота права“; без њих право само постоји – са њима и важи.⁵¹⁶ Свој „начин живота“ морало је тако да добије и управно право. Уређењем управног поступка, то се и догодило.

За развој модерне управе, која више није у контакту са поданицима, већ са грађанима, уређење управног поступка има велики значај. Правила о управном поступку развила су се, великим делом, тако што су разрађена процесна овлашћења странке и њен положај у поступку. Зато не треба да нас чуди то што је као основа и узор за изградњу управног поступка послужио парнични поступак, у којем су таква овлашћења странака већ постојала:

„[С]лично као што суд доноси одлуку на основу проведеног поступка, тако чини и модерна управа.“⁵¹⁷

Прописивањем правила о управном поступку доношење управног акта бива уређено и у процесном смислу речи. Управни акт постаје резултат претходно спроведеног управног поступка, у којем, поред стварно и месно надлежног органа,

⁵¹⁵ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 415.

⁵¹⁶ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 297.

⁵¹⁷ И. Крбек, *Право југославенске јавне управе, III књига: функционирање и управни спор* (у даљем тексту: *Право југославенске јавне управе III*), Загреб, 1962, p. 21.

обавезно учествује и странка; по правилу једна, а изузетно и више њих. Сам израз „странка“ упућује на истоимене учеснике у судским поступцима и још једном потврђује њихов начелно сличан положај, бар када су у питању процесна овлашћења.⁵¹⁸ Унапред уређена процедура ту је да осигура доношење законите и правилне одлуке о правима и обавезама странке.

На управном поступку изграђен је немачки концепт управног уговора, касније преузет и на овим просторима. У Француској за тим није било потребе, јер ни правила о управном поступку нису кодификована. Уместо у посебном закону, процесна правила која уређују начин доношења управних аката налазе се у одлукама Државног савета и управних судова.⁵¹⁹ Има их и у посебним законима, али на општи начин нису сакупљена и систематизована.

Кодификовањем управног поступка немачки законодавац истовремено је прописао и правила о закључењу управног уговора. Тиме и закључење управног уговора постаје предмет управног поступка. Након спроведене процедуре не мора увек да се донесе управни акт, може да се закључи и управни уговор. Другим речима, управни поступак може да се заврши на два различита начина: доношењем управног акта и закључењем управног уговора.

Процесно повезивање управног акта и управног уговора доводи до одступања од традиционалног погледа на управни поступак. Када закључују управни уговор, орган и странка равноправни су учесници поступка. Орган више не иступа искључиво са позиције власти, као што је то случај при доношењу управног акта. Правила намењена доношењу управног акта сада добијају шири смисао и треба да важе у суштински другачијој ситуацији – при закључењу управног уговора. Овако велика промена није могла да прође без различите оцене:

„За класичног управно-процесног правника то је, бар на први поглед, потпуно апсурдно. Међутим, ако се запитамо да ли је то могуће, онда почињемо лагано померати свој став.“⁵²⁰

„Апсурдно“ је можда претерано оштра реч, али то не значи да би оцену о проширењу управног поступка требало да променимо само зато што је то могуће. Законодавац може све! Не ради се о томе да ли законодавац у оквиру правила о

⁵¹⁸ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 423.

⁵¹⁹ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 299.

⁵²⁰ П. Димитријевић, „Нека отворена питања примене ЗУП-а“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, p. 147.

управном поступку може да уреди и закључење управног уговора. Питање је да ли је он то урадио и да ли би то требало да уради. Одговор ни овде није једноставан, али на то смо се већ навикли бавећи се управним уговором.

Аутор ових редова не може да се отме утиску да у повезивању управног уговора и управног поступка има нечега вештачког и привидног. То је свакако последица чињенице да је управни поступак скројен по мери управног акта и ауторитативног деловања управе. У такав калуп управни уговор тешко се умеће. Не може да се оспори то да је законодавац у појединим правним системима одредбе о закључењу управног уговора унео међу одредбе о управном поступку. Споран је, међутим, прави смисао везе између управног уговора и управног поступка. Не само у хрватском и нашем праву – ту су и сами управни уговори илузија – већ и у немачком, одакле је ова идеја и потекла.

Питање треба да поставимо на следећи начин: какве су природе одредбе о управном уговору, садржане у закону који уређује управни поступак? Оне одредбе које се односе на управни уговор имају материјалноправни карактер. Одредбе процесног карактера, које и обликују управни поступак, тичу се доношења управног акта и на управни уговор примењују се сходно. Основно питање и јесте да ли одредбе другачијег смисла и сврхе могу да се примене на закључење управног уговора. Чак и немачки аутори кажу да је таквих правила мало. Много не може ни да их буде, јер сходна примена увек подразумева везу између сродних правних појава; аналогија између суштински различитих појава тешко се повлачи.

Закључење управног уговора и доношење управног акта јесу суштински различите појаве. Разликују се у оној мери у којој се управни уговор разликује од управног акта. Из жеље да створи управни уговор, ослањајући се више на идеолошке представе него на правну логику, законодавац је посегнуо за управним поступком, сматрајући, очигледно, да је пропис процесног карактера најпогоднији за стварање једне материјалноправне установе.

Ако се каже да су управни акт и управни уговор битно другачији, онда то не значи да се негира било каква веза између њих. Управни акт можда претходи закључењу управног уговора, или се доноси након што је управни уговор закључен, када управа користи своја посебна овлашћења. Да ли је то разлог да се закључење управног уговора сврста у управни поступак? Није, у управном поступку и тада се доноси управни акт. Управни поступак, као и сам управни акт, претходи закључењу управног уговора, или се води након што је управни уговор већ закључен. Управни

акт не може да се стопи са управним уговором, помеша, како би онда и поступак доношења управног акта постао поступак закључења управног уговора.

Најближа веза са управним актом постоји онда када се управни уговор закључује уместо доношења управног акта. Логично звучи да до тога долази у управном поступку. Да ли је тако, може да се провери. Намеће се најпре питање шта то заправо значи када управни уговор замењује управни акт. Да ли то значи да се прво води управни поступак, ради доношења управног акта, али се онда, у току поступка, одустаје од те намере и закључује управни уговор? Или то значи да орган ни нема намеру да донесе управни акт, већ одмах прелази на закључење управног уговора? У обе варијанте, чини се да закључење управног уговора не може оправдано да се третира као управни поступак. То што се уговор закључује у току управног поступка, уместо доношења управног акта, не доводи директно у везу управни поступак са управним уговором и још увек не значи да је управни поступак заправо поступак закључења управног уговора. Напротив, то само потврђује да управни поступак служи доношењу управног акта. У другој варијанти – ако орган ни нема намеру да донесе управни акт – какав се уопште поступак и спроводи? Које се то процесне радње предузимају, како би се закључио управни уговор? Зар поента и није у томе да се одмах прелази на закључење уговора? Ако су странке сагласне, какав би то уопште поступак требало да се спроведе? Неки виртуелни управни поступак, који се састоји од потписивања уговора?

Као да се заборавља да је управни поступак скуп процесних радњи: ако нема процесних радњи онда нема ни поступка. То што се законодавац досетио да у прописе о управном поступку дода и управни уговор није довољно да се закључење управног уговора назове управним поступком. Процесне радње у управном поступку примерене су доношењу управног акта, а не закључењу уговора. Да је управни уговор заиста предмет управног поступка, зар би се процесна правила на њега примењивала сходно? Не би, то би била уобичајена и нормална процедура при закључењу сваког управног уговора. Чини се да је цео проблем произашао одатле што су управни уговори повезани са управним актом, а самим тим и са поступком његовог доношења. Пошто су повезани, онда је најлакше да се потпуно помешају и да се каже да је све то управни поступак.

2.1.5. Форма управног акта

Након спроведеног управног поступка доносилац управног акта своју вољу мора да изрази на одређени начин, у одређеном облику. Без спољног израза воље надлежног органа нема ни управног акта. Минимум формалности налаже да већ споља буде уочљиво да се ради о управном акту.⁵²¹ Наравно, законодавац се тиме не задовољава и најчешће детаљно прописује како то управни акт треба да изгледа и које елементе треба да садржи.

Формалности управног акта могу да буду различите. Тако и управни акти могу да се поделе на формалне и неформалне. Формални управни акти имају строго одређену форму, а неформални се доносе и без нарочито прописаног облика.⁵²² Прецизније речено, формални управни акти имају писану форму и прописане саставне делове. Неформални су они који се доносе усмено или они који немају све прописане саставне делове.⁵²³

Форма управног акта уређена је законом. Из саме природе управног акта не би могло да се закључи да је писана форма обавезна. Најчешће јесте, јер то траже правна сигурност, заштита права грађана и лакша контрола управног акта.⁵²⁴ Ове потребе уважио је и законодавац. Међутим, законодавац је уважио и то да из природе појединих управних аката проистиче потреба да се реагује одмах, без чекања; у таквим ситуацијама, за управни акт прописује се усмена форма.

Разлика у форми управног акта може да буде последица и тога што се у управном поступку доносе две врсте одлука: једна одлука је главна, њоме се одлучује о самом предмету поступка; остале су споредне и служе доношењу главне одлуке. Правило је да се одлука о самом предмету поступка доноси у писаном облику, док се одлуке о споредним питањима саопштавају усмено.⁵²⁵ Под претпоставком да и оне имају самосталност и непосредно правно дејство, да нису само узредни, акцесорни акти, којима се припрема доношење управног акта, у току претходне процедуре.⁵²⁶

Осим елемената који служе томе да се управни акт индивидуализује и да се потврди његова аутентичност, писани управни акти имају неколико уобичајених

⁵²¹ И. Крбек, *Управни акт*, р. 37.

⁵²² *Ibid.*, р. 31.

⁵²³ Д. Милков, *Управно право II*, р. 42.

⁵²⁴ И. Крбек, *Управни акт*, рр. 37-38.

⁵²⁵ *Ibid.*, р. 31.

⁵²⁶ Д. Милков, *Појам управног акта*, р. 300.

составних делова. Срж управног акта је диспозитив, одлука о предмету поступка. Њој обично претходи дефинисање предмета поступка и странке на коју се одлука односи. Иза диспозитива, као битног дела, следи образложење, као природан део управног акта. Образложење има велики значај: учвршћује начело законитости управе, тера доносиоца да пажљиво размисли о својој одлуци, омогућава лакшу контролу одлуке и даје странци упориште за побијање управног акта. Сам начин побијања објашњен је странци у последњем делу управног акта.⁵²⁷

Између форме управног акта и форме управног уговора начелна сличност свакако постоји. Формализам, оличен у писаној форми, карактеристичан је како за управне акте тако и за управне уговоре. Ова сличност је ипак површна, исто као што је површна и разлика у форми између управног уговора и грађанскоправног уговора. Није ствар у томе да је форма једног акта неважна када се разматра његова правна природа. И форма је један од елемената правног режима акта, једна у низу карактеристика које обликују његову правну природу. Не сме да се заборави ни то да се акт обликује спрам своје суштине и да носи њене обресе. Али суштина акта је оно главно, оно најважније од чега мора да се пође када се испитује његова правна природа.

Чему уопште служи то што се правна теорија силно упира да покаже како је писана форма обележје управног уговора. И како је то, као уосталом и све што се тиче управног уговора, последица јавног интереса. Као да то, узето сâмо за себе, нешто значи! И код грађанскоправних уговора на обавезну писану форму може да се гледа из угла јавног интереса. С друге стране, тамо где јавни интерес највише долази до изражаја, управни акти се доносе у усменом облику. И шта нам онда говори писана форма управног уговора? Ако се меша оно што је суштински различито – ништа.

За настанак пуноважног управног уговора писана форма редовно представља битан услов. Код разграничења управног уговора од управног акта и грађанскоправног уговора она једноставно нема такву улогу – битну. Нарочито не може да послужи као оправдање за тврдњу да је управни уговор различит од грађанскоправног уговора и сличан управном акту. Можемо само да се запитамо зашто је за управне уговоре типична писана форма, а за грађанскоправне није.

⁵²⁷ И. Крбек, *Управни акт*, pp. 38-42.

Одговор би, међутим, пре могао да се пронађе у карактеру једне од уговорних страна, него у карактеру самог уговора.

2.2. Правно дејство управног акта

По дефиницији, управни акт производи правно дејство. Не, додуше, зато што то жели његов доносилац, већ зато што то „жели“ закон који се примењује. Дејство управног акта је непосредно и за њега се директно везују одређене правне последице. Њиме се директно утиче на правну ситуацију странке, на њено понашање.⁵²⁸

Правно дејство лако може да се уочи код оних управних аката којима се нешто мења у правним ситуацијама. Називају се позитивним, јер је нешто урађено: створена су нова права и обавезе; измењена су или укинута постојећа. Главно је то да у конкретној правној ситуацији није све остало онако како је било.⁵²⁹ Много теже се правни ефекти примењују код оних управних аката, названих негативним, којима се одржава постојеће стање и одбија вршење било каквих промена у конкретној правној ситуацији. Теже се примењују, али постоје:

„Смисао свих управних аката је да се отклони неизвесност и прецизира правило понашања које ће важити у будућности. Негативним управним актима се такође отклања неизвесност која је до тада постојала и ауторитативно утврђује да неко лице нема неко право. Такво лице, незадовољно одлуком органа управе, тј. ако сматра да је неизвесност незаконито отклоњена, стиче право које раније није имало, а то је да користи правна средства и побија законитост негативног управног акта.“⁵³⁰

На сличан проблем наилази се и онда када се разматра подела на конститутивне и декларативне управне акте. Правно дејство конститутивних управних аката подразумева се сâмо по себи. Они и служе томе да заснују, измене или укину један правни однос. Декларативни управни акти само утврђују да правни однос постоји.⁵³¹ Правни однос постоји од раније, извор му је закон, али правна сигурност захтева да се његово постојање меродавно констатује. Они су отуда управни акти у пуном смислу речи. Издаје их власт и њима расправља један

⁵²⁸ Д. Милков, *Појам управног акта*, р. 141.

⁵²⁹ Л. М. Костић, *op. cit.*, р. 368.

⁵³⁰ Д. Милков, *Управно право II*, рр. 30-31.

⁵³¹ И. Крбек, *Управни акт*, р. 17.

конкретан случај, подводећи га под општу правну норму.⁵³² И не само то: они служе и томе да се правни однос реализује – дају наслов за принудно извршење.⁵³³ Ако је смисао управног акта у отклањању неизвесности и прецизирању будућег понашања странке, онда и декларативни управни акти имају правно дејство. Посебно зато што је разлика између конститутивних и декларативних управних аката само релативна. Већина управних аката садржи и једне и друге елементе – и конститутивне и декларативне. Такви управни акти нису искључиво ни конститутивни ни декларативни; поједини елементи у њима могу једино да превладају.⁵³⁴

Након ових уводних напомена преостаје да се правно дејство управног акта испита детаљније. Треба да проверимо неколико ствари. Треба да проверимо које то субјекте обавезује управни акт, на који начин и до када. На обавезност управног акта надовезује се и правноснажност, али и питање принудног извршења. Све је то основа за даље поређење управног акта и управног уговора.

2.2.1. Обавезност управног акта

Док је управни акт на снази, и странка и орган управе имају дужност да га сматрају важећим и да се придржавају онога што у њему пише. Оваква обавезна снага управног акта не заснива се на ауторитету власти његовог доносиоца, не долази из самог управног акта, већ из правног поретка. У правном поретку, који „негује“ начело законитости, управа није нека самосвојна власт. Њена овлашћења не излазе из ње саме, него из закона; тако се и обавезност управног акта не изводи из њега самог, већ из закона на основу којег се и доноси.⁵³⁵ Одатле и претпоставка законитости управног акта, све док се супротно не докаже, на прописан начин и у прописаном поступку.⁵³⁶

Сврха доношења и основно дејство управног акта јесте у томе да се уреди понашање странке, да се одлучи о њеним правима и обавезама. Понашање странке уређено је и законом, али на апстрактан начин. Управним актом оно се конкретизује и зато управни акт обавезује адресате којима је упућен. Они морају да ускладе своје

⁵³² Л. М. Костић, *op. cit.*, pp. 387-389.

⁵³³ И. Крбек, *Управни акт*, p. 19.

⁵³⁴ *Ibid.*, pp. 20-21.

⁵³⁵ *Ibid.*, pp. 46-47. Крбек нам јасно саопштава: „Управа су уста, кроз која говори закон.“ (*Ibid.*, p. 46)

⁵³⁶ „За све управне акте претпоставља се да су законити и да важе.“ (W. Jellinek, *op. cit.*, p. 247)

понашање са садржином управног акта; морају да се повинују издатој заповести и то под претњом принуде.⁵³⁷

Управним актом везан је и његов доносилац. Другачије него странка, јасно. Доносилац управног акта не уређује сопствено понашање, него понашање странке. Но доношењем управног акта за њега не престају дужности које произлазе из његове надлежности. Дужан је да се стара о томе да странка изврши своје обавезе, али и да јој омогући да користи дата права.⁵³⁸

Уколико права дата странци имају апсолутни карактер, онда може да се говори и о дејству управног акта према трећим лицима. Овакво дејство, *erga omnes*, само је посредно и није смисао управног акта. Управни акт важи за странку и није му циљ да директно обавезе трећа лица. Њих обавезује апсолутност права датог странци, које не смеју да угрозе или повреде. Правни ефекат управног акта према трећим лицима изражава се негативно, што је типично за права апсолутног карактера.⁵³⁹

За странку управни акт важи од тренутка када јој је саопштен или достављен. Од тада управни акт производи своје основно правно дејство и од тада странка мора да усклади своје понашање са садржином управног акта. Доносиоца пак управни акт везује и раније, већ од тренутка издавања. Једном издати управни акт доносилац више не може да мења, изузимајући неке специфичне ситуације, предвиђене законом.⁵⁴⁰

Временски посматрано, управни акт може да делује или унатраг или у будућности. Правило гласи да ретроактивно дејство управних аката није дозвољено, да управни акти делују само у будућности.⁵⁴¹ Разуме се, овај проблем не постоји код декларативних управних аката, јер је за њих природно да делују уназад, *ex tunc*. Њима се само констатују промене које су већ наступиле, директно на основу закона. Прави проблем ретроактивности може да се појави искључиво код конститутивних управних аката, за које се непосредно везују одређене правне последице. Они не могу да делују уназад зато што такво дејство нема ни закон, на основу којег се доносе. У оној мери и у оном делу у којем закон делује ретроактивно, могао би да делује и управни акт – ако за то постоји изричита законска одредба.⁵⁴²

⁵³⁷ Д. Милков, *Управно право II*, pp. 43-44.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁵³⁹ И. Крбек, *Управни акт*, pp. 45-46.

⁵⁴⁰ Д. Милков, *Управно право II*, p. 45.

⁵⁴¹ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁴² Д. Милков, *Управно право II*, pp. 45-46.

Законско овлашћење потребно је и за антиципирано дејство управног акта. Обрнуто од ретроактивног, овде се дејство управног акта пролонгира. Његови правни ефекти наступају касније него што би то нормално требало да се деси.⁵⁴³ За разлику од ретроактивног дејства, оваква могућност може да буде нормирана и на општи начин.⁵⁴⁴

Правно дејство управног акта може да буде блиско повезано са правним дејством управног уговора. То смо нарочито видели у аустријском праву, где се управни уговори „претачу“ у управни акт у случају спора и зато се ни не сматрају „самосталним извором права“. Веза је посебно блиска и у хрватском праву, у којем управни уговори служе само томе да се изврши управни акт. Разлика у правном дејству управног акта и управног уговора, упркос томе, може и мора да се повуче.

Не гледајући оно што је посредно и пресликано у „јавноправном огледалу“, правно дејство оба акта простире се међу учесницима у њиховом доношењу. Дејство међу уговорним странама назива се релативним, а можда би, условно, тако могло да се опише и основно дејство управног акта. Релативност дејства управног уговора ипак није исто што и „релативност“ дејства управног акта. Разлог је у њиховој битно другачијој правној природи. Управни уговор ствара међусобна права и обавезе, подједнако уређујући понашање обе уговорне стране. Управни акт је ауторитативан правни акт; његов смисао није у томе да међусобно обавезе доносиоца и странку. Његов смисао је у томе да доносилац обавезе странку, да уреди њено понашање без обзира на њену вољу. За правно дејство управног акта кључна су права и обавезе странке; њиме се не уређује правна ситуација доносиоца, већ управна ствар странке.⁵⁴⁵ У правима и обавезама странке исцрпљује се и везаност доносиоца управним актом. Вршење права мора да јој омогући – на извршење обавеза мора да је принуди.

Различита је и основа правног дејства. Иако пољуљано, начело *pacta sunt servanda* важи и за управне уговоре. Воља уговорних страна, и поред тога што је ограничена, извор је обавезности управног уговора. Правни поредак је спутава, али и признаје као „закон за уговорне стране“ и њихов међусобни однос. Дејство управног акта, насупрот томе, нема извор у вољи доносиоца. Воља доносиоца управног акта

⁵⁴³ И. Крбек, *Управни акт*, р. 55.

⁵⁴⁴ Наш Закон о општем управном поступку тако оставља генералну могућност да правна дејства управног акта почну касније, а не од тренутка у којем је странка о њему „обавештена“. (ЗУП, чл. 17)

⁵⁴⁵ З. Р. Томић, *Опште управно право*, р. 229.

није само ограничена правним поретком, она без правног поретка ни не постоји. Кроз доносиоца управног акта странци се „обраћа“ сам правни поредак и уређује њено понашање. Управни акт не обавезује зато што га правни поредак прихвата и толерише, него зато што је он оличење тог правног поретка.

2.2.2. Принудно извршење управног акта

Сваки управни акт обавезује, али његови правни ефекти могу да буду различити. Доношењем управног акта странка може да добије право да се понаша на одређени начин. Али, исто тако, одређено понашање може да јој буде наметнуто, као обавезно. Остварење додељеног права најчешће зависи од воље странке. Када су јој наметнуте обавезе, странка нема избор и мора да их изврши. Ако то не уради добровољно, наложено понашање спроводи се у живот принудним путем.⁵⁴⁶

Извршивост долази као логична последица природе управног акта. Он је заповест, власт заснована на закону, која мора да се спроведе и онда када то странка не жели. Управни акт извршава се директно; није потребна никаква судска пресуда којом се наређује његово извршење.⁵⁴⁷ Основу за извршење – извршни наслов – даје сам управни акт.

Принудним путем извршава се увек основно правило понашања, садржано у управном акту; не изричу се санкције за повреду наметнутих обавеза. Идеја извршивости управног акта лежи у принудном остварењу диспозиције, чак и пре него што је законитост управног акта дефинитивно проверена. Довољно је што се претпоставља да је управни акт законит, а неопходност брзог и ефикасног реаговања намеће природа управне делатности. После управног спора и дефинитивне провере законитости управног акта, његово извршење могло би да постане беспредметно.⁵⁴⁸

За разлику од управног акта, који се извршава непосредном принудом, правни послови извршавају се посредно, путем судског акта.⁵⁴⁹ То важи и за онај правни посао који се назива управним уговором, нарочито у немачкој варијанти и њеним дериватима. Могућност непосредног извршења у немачком праву постоји само за оне управне уговоре који се доносе уместо управног акта и то под претпоставком да

⁵⁴⁶ И. Крбек, *Управни акт*, р. 49.

⁵⁴⁷ Р. Марковић, *op. cit.*, р. 250.

⁵⁴⁸ Д. Милков, *Управно право II*, рр. 24-25. „У Аустрији, Немачкој и Француској је обележје извршивости управног акта готово генерално прихваћено, чак један број француских аутора, по овом својству, управни акт назива извршивом одлуком.“ (*Ibid.*, р. 24)

⁵⁴⁹ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутићем, *op. cit.*, р. 301.

је таква могућност уговорена. Но управни уговор ни тада нема својство извршивости. Он није извршив сам по себи, већ зато што уговорне стране тако желе; зато што оне на то пристају. Идеја извршивости управног акта, сасвим супротно од тога, подразумева могућност принудног остварења његове садржине против воље странке, а не зато што странка на то пристаје.

На извршење управног акта подсећа и француски управни уговор, тачније мера извршења управног уговора преко трећих лица, уз обавезу странке да плати ове трошкове.⁵⁵⁰ Сличност постоји, али она је привидна: ова мера не спроводи се на основу управног уговора, него на основу управног акта. Управни уговор не спроводи се директно, већ посредно, преко управног акта. Извршив, дакле, ни овде није управни уговор, него управни акт. Нема судског акта, истина, али то још увек не значи да је управни уговор извршив. Он то својство нема, без обзира на то да ли се извршава преко судског, или преко управног акта. Уместо сличности, извршивост управног акта пре може да нам понуди још једну разлику у односу на управни уговор.

2.2.3. Правноснажност управног акта

Обавезност и извршивост морамо да разликујемо од правноснажности управног акта. У питању су одвојени појмови, одвојена својства управног акта, различитог значења. Сваки правноснажан управни акт истовремено је и обавезан, али то не важи и у обрнутом смеру. То што је управни акт обавезан, не значи да је и правноснажан. Принудно извршење такође може да се поклопи са правноснажношћу управног акта, али не мора. Могуће је да се управни акт извршава и пре и после тога.⁵⁵¹ Најчешће пре, зато што тако налаже природа управне делатности.

Правноснажност означава својство начелне непроменљивости управног акта.⁵⁵² Правноснажан управни акт, по правилу, не може да се мења, укида или поништава новим управним актом. Под условом да постоји идентитет предмета и странака – да се ради о истом предмету и истом лицу.⁵⁵³ То је процесно правило, изражено у латинској изреци *ne bis in idem*, према којем редовно окончан поступак не може

⁵⁵⁰ Д. Милков, „О управном уговору“, р. 27.

⁵⁵¹ И. Крбек, *Управни акт*, рр. 46, 94.

⁵⁵² Д. Милков, *Управно право II*, р. 48.

⁵⁵³ С. Поповић, *Управно право: општи део*, Београд, 1982, р. 379.

поново да се води; у редовном поступку, не може поново да се решава о истом предмету.⁵⁵⁴

Својство непроменљивости управног акта захтева правна сигурност, потреба да странке извесно знају на који начин могу, односно морају да се понашају. Уколико би могућност измене, укидања или поништавања управног акта увек постојала, странка никада не би била сигурна у своја права и обавезе.⁵⁵⁵ Правна сигурност захтева да се поступак провере законитости управног акта оконча и то у релативно кратком року. Једино тако правне норме могу да се остваре у пуној мери. Само на тај начин норма садржана у управном акту може да буде сигурна оријентација за понашање странака. Ако не би биле сигурне у њену законитост, странке би се устручавале да је примене.⁵⁵⁶ У том смислу, правноснажност је средство које служи заштити сигурности правног саобраћаја и неповредивости појединачних правних ситуација.⁵⁵⁷

Постизање правне сигурности не задовољава само интересе странака, оно је истовремено и у јавном интересу. И јавни интерес води рачуна о извесности у правима и обавезама. Непроменљивост управног акта тиме омогућава да се остваре два циља: први је заштита интереса странака и тада се говори о релативној или субјективној правноснажности; други је заштита јавног интереса и таква правноснажност назива се апсолутном или објективном.⁵⁵⁸

Из два различита угла правноснажност се посматра и онда када се раздваја на формалну и материјалну. Формална правноснажност има процесни смисао и огледа се у томе што управни акт више не може да се побија редовним правним путем. У формалном смислу, правноснажност везује странке, које више немају начина да се одупру дејству управног акта. Материјална правноснажност није својство спољног,

⁵⁵⁴ И. Крбек, *Право југославенске јавне управе III*, р. 36.

⁵⁵⁵ Д. Милков, *Управно право II*, р. 48.

⁵⁵⁶ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутићем, *ор. cit.*, р. 300.

⁵⁵⁷ П. Димитријевић, *Основи управног права*, Београд, 1983, рр. 224-225.

⁵⁵⁸ Д. Милков, *Управно право II*, р. 48. Иво Крбек истиче да апсолутно, односно објективно схваћена правноснажност има за циљ постизање процесне економије. И док објективна правноснажност уопштено брани поновно решавање истог предмета, субјективна правноснажност брани само оне промене којима би се повредила повољна правна ситуација странке. Објективна правноснажност не сме да се схвати у строгом смислу речи. Ако би била тако схваћена онда управа не би могла поново да разматра ни оне захтеве странака који су раније одбијени. Такву могућност даје само субјективно схваћена правноснажност. Одбијањем захтева странке није створено никакво право и зато нема препрека да се он поново претресе и да се странци омогући оно што јој је раније било ускраћено. Строго примењену објективну правноснажност Крбек зато оцењује као бесмислену, као крајњи формализам, стран свакој ваљаној управи. (В. И. Крбек, *Право југославенске јавне управе III*, рр. 40-42) Наш Закон о општем управном поступку изричито прописује да негативни управни акти немају својство правноснажности. То својство имају само позитивни управни акти – они којима је странка стекла неко право, односно којима су јој наметнуте неке обавезе. (ЗУП, чл. 14)

него унутрашњег карактера. Постоји онда када је једна управна ствар дефинитивно решена управним актом, тако да више не може да се реши другачије. Садржина акта тада је за право једина истина и мора да остане нетакнута, неповређена. Материјална правна снага иде даље од самог акта, она захвата и његов предмет, однос који је њиме решен. Оног тренутка када управни акт постане правноснажан и у материјалном смислу, он више не везује једино странке; од тада везује и свог доносиоца – управу:

„Укратко би се могло рећи да правна снага једнога управног акта показује његову постојаност, његову непроменљивост: формална правна снага непроменљивости према странкама (коју не могу да поколебају странке), материјална правна снага непроменљивост и према самој власти (коју ни власт не може да осујети односно поремети). Циљ правомоћности јесте стабилност акта, избегавање колебљивости и нерешености ситуација, крајњи циљ: правна сигурност уопште.“⁵⁵⁹

Својство правноснажности дуго се одрицало управним актима и то позивањем баш на јавни интерес. Променљивост јавног интереса, тврдило се, захтева и променљивост управних аката. У новим околностима, промену јавног интереса треба да прати и прилагођавање донетих управних аката.⁵⁶⁰ Како је слобода опозивања управног акта временом почела да се ограничава, почела је да се развија и идеја о његовој правноснажности. За то је, као и за читаву данашњу концепцију управног акта, заслужна правна држава. Спровођење начела законитости управе постепено је све више ограничавало слободу опозивања управног акта и свело је, од некадашњег правила, на прецизно уређене изузетке.⁵⁶¹

Звучи можда парадоксално, али и правноснажност управног акта и ограничења овог својства долазе од начела законитости управе. Ако нема законитости управе, онда нема ни правноснажности управног акта, јер тада управа своје акте може да опозива слободно и самовољно. Принцип законитости то спречава, али не тако да идеју правноснажности истерује до крајњих граница, уклањајући било какву могућност промене управног акта. Дотерана до крајњих граница, правноснажност би заправо постала опасност по начело законитости управе. Непроменљиви, наиме, не постају искључиво законито донети управни акти, као што нам то у првом тренутку пада на памет. Својством непроменљивости, зарад правне сигурности, покривају се и

⁵⁵⁹ Л. М. Костић, *op. cit.*, pp. 500-501.

⁵⁶⁰ Д. Милков, *Управно право II*, pp. 48-49.

⁵⁶¹ И. Крбек, *Право југославенске јавне управе III*, pp. 38-39.

одређени недостаци управног акта, одређене незаконитости при његовом доношењу. Замислимо сада ситуацију у којој би управни акт морао да остане у правном поретку, без обзира на то какве и колико озбиљне мане садржао. Тако нешто подрило би саму основу правне државе, обезвредило оно што је на њој изграђено и стога је неприхватљиво. Правноснажност управног акта може да се прихвати само под условом да управни акт не садржи озбиљније, крупније грешке. Услед таквих грешака долази до корекције правноснажности управног акта и могућности да се, изузетно, ставе ван снаге и они управни акти који су начелно стекли својство непроменљивости:

„[П]равноснажност и ванредна средства (односно ванредно стављање ван снаге) јесу супротности, али међу њима постоји јединство: те се супротности узајамно условљују, једна претпоставља другу и једна повлачи за собом другу.“⁵⁶²

Нормирање изузетака од правноснажности управног акта нипошто није лак задатак. Напротив, веома је тежак и осетљив. Онај ко се прихвати таквог задатка, а то може да буде једино законодавац, мора да покаже велику вештину како би постигао равнотежу између сукобљених правних принципа – законитости на једној, а правне сигурности и стечених права на другој страни. Довољно је да се сетимо тога у колико правних ситуација и односа задире ово питање и одмах нам је јасно колико је оно и практично важно.⁵⁶³ Свакој странци стало је до тога да правна ситуација у којој се налази буде што јаснија и стабилнија. Али ни та стабилност не сме да се отера у крајност, да се схвати тако да никада не сме да буде поремећена:

„Исти интереси који су захтевали стабилност могу понекад тражити измену неког акта; никад више штете не би ти интереси претрпели него кад би се упорно инсистирало на непроменљивости управног акта у свакој прилици.“⁵⁶⁴

Стабилност у циљу остваривања јавног интереса карактеристична је и за управни уговор.⁵⁶⁵ Да ли то онда значи да и управни уговор, слично управном акту, постаје правноснажан? Одговор гласи не: управном уговору, за разлику од управног акта, својство правноснажности не може да се припише.

Сваки правни акт има одређену правну снагу, обавезујуће правно дејство. Није, међутим, сваки правни акт непроменљив. Када се у правној теорији уопштено

⁵⁶² *Ibid.*, pp. 39-40.

⁵⁶³ Н. Стјефановић, *Административно право ФНРЈ: општи део*, Београд, 1954, p. 390.

⁵⁶⁴ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 506.

⁵⁶⁵ „Посебна, у јавном праву укоренења особина уговора, огледа се пре свега у правној постојаности, која се разликује од оне приватноправног уговора.“ (Е. Forsthoff, *op. cit.*, p. 270)

говори о правноснажности аката, онда се то чини у контексту контроле њихове законитости.⁵⁶⁶ Својство непроменљивости иде даље од процесне немогућности побијања једног правног акта. Његов смисао састоји се у томе да ни сам доносилац више не може да утиче на сопствени акт. Садржином акта везан је и сам његов творца и не може више да је мења. Овако схваћена правноснажност примењује се на ауторитативне правне акте, појединачног карактера. Ауторитативним правним актом, а то значи и управним, доносилац заповеда странци како треба да се понаша. Пошто јој се, мимо њене воље, намеће одређено понашање, странка мора да буде заштићена и сигурна у то да се наметнуто понашање неће стално и изнова мењати. Оваква, материјална непроменљивост непримерена је за уговоре и супротна је њиховој природи.

Уговор је производ сагласности воља уговорних страна. Сагласном вољом уговорне стране стварају уговор и уређују међусобна права и обавезе. Сагласном вољом свој међусобни однос касније могу и да измене; он за њих није постао непроменљив. Управни акт није чак ни производ воље његовог доносиоца, он је производ закона и зато може да се мења само онда када закон то дозвољава.

За разлику од управног акта, постојаност управног уговора не потиче од правноснажности, већ од начела *pacta sunt servanda*; уговорне обавезе треба да се изврше онако како гласе. Мера стабилности управног уговора директно је сразмерна важењу начела *pacta sunt servanda*. Ако је управни уговор стабилнији од грађанскоправног уговора, онда то значи да је ово основно начело уговорног права код управних уговора додатно наглашено. Оно што већина писаца види као разлику, за аутора овог рада само је потврда уговорне природе овог акта.

У причу се неизбежно уплиће и слобода уговарања. Будући да је код управних уговора слобода уговарања увелико ограничена, њихов правни режим уређен је законом детаљније, често и на заповедан начин. Могућност утицаја на садржину уговора – једнострана или обострана – редовно је дефинисана законом. Сетимо се једностраних овлашћења управе, нарочито оних датих ради заштите јавног интереса: у циљу заштите јавног интереса управа може да раскине управни уговор. Овде је сличност са управним актом очигледна. Управни акти који у једном тренутку постају опасни по јавни интерес уклањају се без обзира на то што су формално исправни и што су стекли својство правноснажности. Они су, како то истиче Лазо М.

⁵⁶⁶ „Акти чија је законитост утврђена окончавањем поступка око утврђивања њихове законитости називају се правноснажним.“ (Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, p. 300)

Костић, правноснажни у складу са начелом *rebus sic stantibus* – све док се не појаве нове околности у којима би њихово спровођење постало „несношљиво“.⁵⁶⁷ Разлика није толико очигледна, али је важна и мора да се истакне: код управног акта овде је у питању изузетак од правноснажности, а код управног уговора изузетак од начела *pacta sunt servanda*. Прописивање оваквих изузетака код управних аката заснива се на начелу законитости, а код управних уговора на ограничењу слободе уговарања.

2.2.4. Престанак важења управног акта

Много је фактора који утичу на то колико дуго траје дејство једног управног акта и када се оно завршава. У обзир морају да се узму створени правни односи, постојање додатака, непосредна или посредна веза са странком, коришћење додељеног овлашћења, нови закони и нови управни акти. Посебан значај има питање противправности управних аката и њему мора да се посвети нарочита пажња.

Као и код уговора и овде је најнормалније да правно дејство управног акта престаје зато што су остварена њиме створена права и обавезе. Многи управни акти не уређују неку трајну правну ситуацију, већ делују временски ограничено – док се не изврше дата права или наметнуте обавезе. Извршењем је тада остварена сврха доношења управног акта и исцрпљено његово правно дејство.⁵⁶⁸

На дејство управног акта могу да утичу услови и рокови, раскидног карактера. Дејство таквих управних аката унапред је ограничено и траје до наступања одређених неизвесних чињеница или до одређеног тренутка.⁵⁶⁹ Ефекти код оваквих управних аката нису исцрпљени, али су условљени или орочени. Гасе се оног тренутка када се услов оствари, односно када им истекне рок трајања.

Управним актима заснивају се најчешће лична права и обавезе странака. У том случају, управни акт важи све док постоји и сама странка. Смрћу странке нестаје њихов носилац, тако да више нема ни права ни обавеза. До истих последица доводи и пропаст ствари, уколико се управни акт директно везује за њих. Реални управни акти, који за непосредан предмет имају неку ствар, престају да важе када та ствар престане да постоји.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Л. М. Костић, *op. cit.*, pp. 520-521.

⁵⁶⁸ И. Крбек, *Управни акт*, p. 56.

⁵⁶⁹ Д. Милков, *Управно право II*, p. 47.

⁵⁷⁰ И. Крбек, *Управни акт*, pp. 56-57.

Управни акти престају да важе и онда када се странка одрекне признатих права, под претпоставком да тим правима може слободно да располаже. У теорији се понекад погрешно узима да је и некоришћење датог права довољно за престанак важења управног акта. Некоришћење права, међутим, не утиче на правно дејство управног акта, утиче једино на његово фактичко остварење. Да би некоришћење права било довољан разлог за престанак важења управног акта потребно је да то буде предвиђено као раскидни услов, повезан са одређеним раскидним роком. То значи да се враћамо на претходне случајеве, ништа ново нисмо ни добили.⁵⁷¹

С обзиром на то да су управни акти засновани на закону, на њихово правно дејство могу да утичу и промене у прописима. Ако је законом изричито прописано да се раније донети управни акти стављају ван снаге, онда они престају да важе непосредно на основу новог закона:

„Законом је могуће укинути овлашћења или обавезе који су постојали у ранијем пропису и предвидети да се стављају ван снаге сви управни акти који су на основу ранијег прописа донети [...]“⁵⁷²

За правника свакако је најважнији и најинтересантнији случај када се управни акт ставља ван снаге доношењем новог управног акта или доношењем судског акта, у управном спору. Ово изричито стављање управног акта ван снаге заснива се на употреби редовних и ванредних правних средстава у управном поступку, с једне стране, и судској контроли управе, с друге. Изузетно, ван снаге може да се стави и законито донет управни акт, онда када је то потребно ради заштите и остваривања јавног интереса у накнадно измењеним приликама. Најчешће се пак на овај начин из правног поретка уклањају управни акти који нису у складу са правним прописима.⁵⁷³

⁵⁷¹ Д. Милков, *Управно право II*, р. 47.

⁵⁷² *Ibid.*, р. 48.

⁵⁷³ Доношење новог управног акта не мора увек да значи и опозивање старог. Када је управним актом створен трајни правни однос, управа тиме није завршила своју улогу. Она над тим односом задржава сталан надзор, који може да доведе до постављања нових услова странци, а чак и до престанка самог односа. То, међутим, није опозивање ранијег акта, већ доношење потпуно новог и самосталног управног акта, који само фактички утиче на садржину ранијег. (И. Крбек, *Управни акт*, рр. 115-116) Овакав нови управни акт назива се супротним, јер има супротну садржину од раније донетог управног акта, захваљујући чему и утиче на окончање дејстава тог ранијег акта. Супротан акт може да се донесе само на основу закона, онда када закон предвиђа могућност развијања правних односа успостављених управним актима. (Р. Марковић, *op. cit.*, рр. 269-270) Супротни акти се формално не односе на првобитне управне акте. Зато се њихово доношење ни не сматра повредом правноснажности ранијих управних аката. До такве повреде долази само ако се првобитни управни акти повуку, опозову, ставе ван снаге, укину или измене у битним састојцима. Супротан акт нема такав утицај. (Л. М. Костић, *op. cit.*, р. 501)

Иако се противи правној сигурности, могућност да се новим управним актом окончају дејства неког раније донетог законитог управног акта потребна је како би се омогућило њихово прилагођавање промењеним приликама у којима се остварују. Како би се ови супротстављени принципи ипак помирили, могућност уклањања законитих управних аката може да буде само изузетно предвиђена. Проблем је нарочито изражен онда када се уклањањем законитог управног акта погоршава правна ситуација странке. Решење проблема се и овде тражи у посебном законском овлашћењу. Уклањање законитих управних аката, које доводи до погоршања правне ситуације странке, може да се врши само у случајевима предвиђеним законом.⁵⁷⁴

Потреба да се из правног поретка uklони законит управни акт настаје због јавног интереса. Претпоставља се да је дошло до промене прилика и да у новим околностима управни акт, без обзира на то што је законит, директно угрожава јавни интерес. У сукобу између интереса странке и јавног интереса овај други, као и обично, односи превагу. Али не зато што тако хоће доносилац управног акта, него зато што тако хоће законодавац; зато што законодавац бира ову другу опцију.⁵⁷⁵

До опозивања управног акта, без обзира на то што је законит, може да дође и зато што је доносилац задржао за себе такво право, зато што је додао и такву могућност уз своју основну одлуку. Под претпоставком, дакако, да је на то био и овлашћен. Овде се, као и у претходном случају, углавном ради о наступању неких нових чињеница или околности, мада то није обавезно. Данас је, међутим, овај начин стављања управног акта ван снаге реткост и о њему се више говори у историјском, него у актуелном контексту.⁵⁷⁶

Питање противправности управних аката увек се односи на моменат њиховог доношења и цени са према правним и фактичким околностима времена у којем су донети. Противправност не мора увек да буде потпуна, може да буде и делимична. Не мора увек да захвати управни акт у целини, може да га погоди и у појединим деловима, без којих је управни акт и даље способан да опстане. Подразумева се и то да један управни акт може да буде противправан у више погледа, при чему је исто тако логично да крупније грешке засењују оне ситније и не дају им да дођу до изражаја.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ П. Димитријевић, *Основи управног права*, pp. 262-263.

⁵⁷⁵ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 521.

⁵⁷⁶ Д. Милков, *Управно право II*, pp. 52-53.

⁵⁷⁷ Л. М. Костић, *op. cit.*, pp. 508-509.

Основна последица противправности огледа се у њеном утицају на постојање управног акта. Услед противправности, угрожена је егзистенција управног акта, само за убудуће, *ex nunc*, или чак и уназад, *ex tunc*, од тренутка када је донет. Даља могућа последица је и дужност накнаде штете странци, проузроковане противправним управним актом, као и враћање онога што је странци одузето. Најзад, материјалну одговорност за донети противправни акт могу да прате и други облици одговорности – попут дисциплинске, прекршајне, па чак и кривичне.⁵⁷⁸

Управни акти могу да буду противправни у два смисла. Приликом доношења управног акта закон може да буде повређен директно, али и индиректно, тиме што јавни интерес, начелно опредељен законом, није у конкретној ситуацији остварен на најбољи начин. Управни акти из прве групе називају се незаконитим, а из друге нецелисходним.⁵⁷⁹

Унутар незаконитих управних аката може да се уочи одређена градација и даље разликовање према тежини учињених повреда закона. Већина правних система, укључујући немачко, аустријско и наше право, дели управне акте према овом критеријуму – на ништаве и рушљиве. Француско право је специфично и у њему се оваква разлика углавном не повлачи. Разлог је у томе што се последице незаконитости управног акта првенствено посматрају са становишта управног спора, као уосталом и целокупно француско управно право. Грешка због које управни судови поништавају управне акте означава се као „нулитет“, а она, по Крбековој тврдњи, обухвата и ништавост и рушљивост.⁵⁸⁰ Не треба онда да нас зачуди то што се у француској теорији уз незаконите управне акте издваја и једна посебна категорија управних аката, названих непостојећим, чија је грешка толико очита да они немају никакву правну вредност. Иако специфично француска, концепција непостојећег управног акта могла би да се прихвати и у другим правним системима, али једино у случају грубе узурпације власти.⁵⁸¹ У том смислу, о непостојећим управним актима изјаснио се и Никола Стјепановић:

„Мислимо, да би се са сигурношћу могло рећи за један акт неког лица да је непостојећи акт, само онда ако то лице није уопште службено лице односно нема изглед таквог лица, или ако то лице у том моменту не дејствује као службено, иако је иначе службено лице. Другим речима, овде нема уопште управног акта, па ни

⁵⁷⁸ И. Крбек, *Управни акт*, pp. 59-60.

⁵⁷⁹ Д. Милков, *Управно право II*, p. 54.

⁵⁸⁰ И. Крбек, *Управни акт*, p. 72.

⁵⁸¹ *Ibid.*, pp. 81, 84.

неправилног. Стога у оваквом случају није потребна никаква активност надлежног органа да констатује да нема управног акта, него се овакви акти могу напосто игнорисати без рђавих правних последица.⁵⁸²

У подели на ништаве и рушљиве управне акте први се одликују тежим, а други лакшим повредама закона. Шта је тежа, а шта лакша повреда закона може различито да се тумачи и у томе нема једнообразности. Правна теорија о томе није успела да заузме јединствен став; једни аутори грешке ништавости посматрају врло уско, други их проширују. Разграничење је једноставно једино онда када је извршено законом, када у самом закону пише које се грешке сматрају тежима и зато за собом повлаче ништавост управног акта. Рушљивост је тада претпоставка, а ништавост изузетак, изричито нормиран законом.⁵⁸³

Ништави управни акти никада не могу да постану правноснажни. У свету права, они су „мртворођенче“ и у свако доба могу да се уклоне из правног поретка. Повреда коју садрже толико је озбиљна да се начелу законитости даје предност у односу на начело правне сигурности. Нема санације, конвалидације, а последице ништавости делују унатраг.⁵⁸⁴

Ни на овом месту ипак не смемо да заборавимо чињеницу да је управни акт на закону заснован и ауторитативан, те да се претпоставља да је законит све док се супротно не утврди. Ова претпоставка односи се и на ништаве управне акте; и они су пуноважни све док се разлози ништавости формално не констатују. Тек након тога, управни акт уклања се из правног поретка, бришу се његова правна дејства, а ситуација се враћа у пређашње стање, као да он никада није ни постојао.⁵⁸⁵ Све док се то не деси, странка дугује покорност и ништавом управном акту.⁵⁸⁶

Захваљујући лакшим повредама закона, код рушљивих управних аката правна сигурност односи превагу над начелом законитости и налаже да се могућност

⁵⁸² Н. Стјепановић, *op. cit.*, pp. 389-390. „У Немачкој је чувен случај био једног обућара који се преобукао у официрску униформу капетанског чина, преузео команду над једним одредом војске, отишао у општину Кепеник, затворио сву општинску управу, одузео новац из касе и издао читав низ наредба. Све те његове наредбе су правно без икаквог значаја, све оне претстављају правно непостојеће акте.“ (Ј. М. Костић, *op. cit.*, p. 511)

⁵⁸³ И. Крбек, *Управни акт*, p. 75.

⁵⁸⁴ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 275.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 275-276. „Они правно нису могли никад ни ваљати, али пропустом управне власти они су издати као ваљани и, док није њихова ништавост констатована, производили су своје дејство.“ (Ј. М. Костић, *op. cit.*, p. 508)

⁵⁸⁶ Д. Милков, *Управно право II*, p. 56.

отклањања недостатака временски ограничи.⁵⁸⁷ Када то време прође, грешке више не могу да се истичу, оне ишчезавају:

„[А]кт који је услед тих грешака трпео и био манљив ослободио се њих, он је оздравио или конвалесцирао, он је саниран. Мане које је акт имао биле су излечиве и време их је заиста излечило.“⁵⁸⁸

Овакво „излечење“ не делује само за убудуће, оно има повратно дејство, те се сматра да је санирани управни акт законит од самог почетка, од самог доношења. Он је фактички био незаконит одређено време, али се након конвалидације незаконитост потпуно брише и правно се узима као да је није ни било.⁵⁸⁹

Између ништавости и рушљивости разлика у правним последицама уопште не мора да постоји. Попут ништавих, и рушљиви управни акти могу да се уклоне из правног поретка унатраг, а то значи са свим до тада произведеним правним дејствима. По дејства ништавих управних аката, међутим, то је и једина последица, док код рушљивих управних аката она није нужна: рушљиви управни акти понекад задржавају ранија дејства, а губе само она будућа.⁵⁹⁰

Ни разлика у иницијативи не може строго да одвоји ништаве од рушљивих управних аката. Иницијатива може да долази из оба правца – како од странке тако и од доносиоца управног акта и њему надређених органа. Подразумева се да странка може да указује на све повреде, док се по службеној дужности реагује само на одређене. Ако су у питању грешке ништавости, онда се по службеној дужности реагује увек, а ако се ради о грешкама рушљивости, реагује се само у одређеним случајевима.

Грешке различите тежине и различите природе – формалноправне или материјалноправне – управном акту дају обележје незаконитости. Условно речено, повреда закона постоји и код нецелисходних управних аката, али она више није директна:

„За разлику од незаконитих управних аката, којима се непосредно повређују правни прописи, нецелисходним управним актима то се чини посредно, повредом јавног интереса који је заштићен правним поретком.“⁵⁹¹

⁵⁸⁷ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 272.

⁵⁸⁸ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 510.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 511.

⁵⁹⁰ И. Крбек, *Управни акт*, p. 74.

⁵⁹¹ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 278.

Нецелисходни могу да буду само дискрециони управни акти, јер једино код њих и постоји слобода у процени шта то у конкретној ситуацији одговара јавном интересу. Нецелисходност и јесте грешка у самом вршењу дискреционе оцене.⁵⁹² То је грешка коју је доносилац управног акта учинио приликом избора између законом понуђених опција: изабрао је једну опцију, а околности конкретног случаја налажу избор друге. Зашто? Зато што је избор баш те друге опције у јавном интересу. У конкретним приликама, једино сврсисходно, опортуно, целисходно решење, било би оно друго, а не оно које је изабрано.

У већини случајева исти или слични разлози који доводе до престанка важења управног акта доводе и до престанка важења управног уговора. Али то није зато што је управни уговор нарочито близак управном акту, него зато што су то истовремено и уобичајени разлози за престанак важења сваког уговора, а то значи и „обичног“, грађанскоправног. Специфична повезаност између управног уговора и управног акта могла би једино да се потражи у случајевима изричитог стављања ван снаге.

Попут управног акта и управни уговор може да се стави ван снаге када угрози јавни интерес. То је она права специфичност управног уговора, општеприсутна, на коју смо претходно већ наишли више пута, у различитом контексту. Истина, ту је формално реч о раскиду управног уговора у јавном интересу, и то једностраном, на који је овлашћена само управа. Суштински, као што смо већ имали прилику и да констатујемо, није у питању само једнострано овлашћење управе, него и ауторитативно. „Ауторитативност“ је епитет који прецизније, а тиме и тачније, описује ову ситуацију. Формално посматрано, управа једнострано раскида управни уговор, али суштински гледано, управа ауторитативно ставља управни уговор ван снаге и то доношењем управног акта. Оног тренутка када управни уговор угрози јавни интерес управа добија право и дужност да реагује и отклони насталу опасност. Сауговорач управе, као и странка када се у истом циљу из правног поретка уклања управни акт, има право на накнаду штете.

Сада смо у прилици да дефинитивно потврдимо: зарад јавног интереса управа не раскида управни уговор као уговорна страна, она га ставља ван снаге као власт, као доносилац управног акта. Не ради се ни о каквој једностраној и јавноправној изјави воље управе, као сауговорача, него о ауторитативној изјави воље, управном акту, који доноси управа као власт.

⁵⁹² Д. Милков, *Управно право II*, р. 57.

Питање противправности управне уговоре у већој мери приближава грађанскоправним уговорима, него управним актима. Режим противправности управног уговора ослања се на режим противправности управног акта само тамо где су управни уговори, сви или поједини, директно везани за управне акте; било тако што се закључују уместо управних аката, било тако што се закључују ради њиховог извршења. Ван тога, разлози неважности управног уговора траже се у грађанскоправним прописима.

Разлика између управног уговора и управног акта посебно долази до изражаја у последицама противправности. Она чак и надмашује начелну разлику која у том погледу постоји између управног акта и грађанскоправног уговора. Наиме, за противправне управне акте претпоставља се да су рушљиви, ништави су изузетно, у изричито набројаним случајевима. Код грађанскоправног уговора ништавост је правило, претпостављена последица противправности. Код управних уговора ништавост се узима за једину, а не само претпостављену последицу противправности. Све и да је свођење противправности управних уговора на ништавост претерано, а чини се да јесте, разлика у односу на управни акт остаје, бар у оној мери у којој се управни акт по том питању одваја и од грађанскоправног уговора.

Повреда правних прописа код управног уговора може да се посматра само директно, као незаконитост. При закључењу управног уговора нема дискреционе оцене, а самим тим, нема ни њене повреде – нецелисходности. Слобода при закључењу управног уговора појмовно одговара слободи уговарања, иако је увелико ограничена. Границе слободе уговарања постављене су правним прописима и њихова повреда значи да је уговор незаконит. Унутар тих граница, свако, па и управа, може да делује потпуно слободно. Ту више нема никаквих понуђених опција чији би избор могао да буде погрешан – нецелисходан.

2.3. Контрола законитости и целисходности управног акта

Када већ помињемо целисходност, онда можемо одмах да додамо и то да се контрола целисходности управних аката врши само у оквирима управе, као унутрашња контрола. Дајући управи дискрециона овлашћења, законодавац хоће да она, у предвиђеним оквирима, делује по сопственом нахођењу и схватању јавног интереса у конкретном случају. Да ли је орган управе у конкретном случају изабрао

право решење, целисходну опцију, може да проверава само неки виши орган управе, али не и суд. Када би судска контрола целисходности управне делатности била могућа, онда управа не би имала никакву слободу. Судска контрола целисходности значила би заправо негацију саме дискреционе оцене. У односу на дискреционе управне акте судска контрола може да обухвати искључиво оно што и иначе обухвата – проверу законитости правно везаних делова.⁵⁹³

За разлику од целисходности, контрола законитости управних аката врши се и унутар управе и споља, од стране судова. Временски старија, унутрашња контрола омогућава управи да сама обезбеди законитост у свом раду. Као полазна, почетна провера законитости, она редовно прати доношење управног акта, намењена је његовом коначном уобличавању и дефинитивном разрешењу правне ситуације странке, бар са становишта управе. Наравно, може да се јави и у неким изузетним, ванредним приликама, када управа поново преиспитује своју одлуку, на сопствену иницијативу или на захтев странке, иако се веровало да је она коначна.

Судска контрола управе правно се већ посматра и као спор између управе и странке, која се супротставља донетом управном акту и тврди да је он незаконит. Има правних система у којима се тај спор решава на општи начин, као и сваки други, но за нас много су интересантнији и важнији они правни системи у којима се спор између доносиоца управног акта и странке решава на посебан начин – пред специјализованим судовима. Такав нарочити спор назива се управним, а и судови који га решавају носе исту ознаку.⁵⁹⁴ Решавање спорова пред управним судовима представља онај елемент правног режима који управни акт највише приближава управном уговору; тачније, обрнуто, који управни уговор највише приближава управном акту.

Имали смо већ прилику да видимо – у неким правним системима управни уговор заиста јесте предмет управног спора. Али, исто тако, могли смо да видимо да има и оних правних система у којима спор, који произлази из управног уговора, не може да се покрене директно пред управним судовима. Уместо тога, спор се најпре решава пред самом управом, како би се тим поводом донео управни акт, а онда, против тог управног акта, покренуо и управни спор. Овакав систем може свакако да се окарактерише, једино не може да се назове логичним. Посредно успостављање

⁵⁹³ V. Д. Милков, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад, 2011, pp. 99-100.

⁵⁹⁴ V. Р. Радошевић, „Системи судске контроле управе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, pp. 460-461.

судске контроле над управним уговором заснива се на идеји да је у односу између уговорних страна правна заштита потребна само сауговорачу управе, а не и самој управи. Вероватно стога што управа у односу на свог сауговорача има и нека ауторитативна овлашћења. Заборавља се, изгледа, да управа своја ауторитативна овлашћења остварује доношењем управног акта и да то више није спор из уговора, него спор поводом управног акта. Заборавља се, изгледа, и то да сам управни уговор није ауторитативан, него двострани правни акт и да питање правне заштите код таквог акта не може да се посматра само једнострано, из угла сауговорача управе. Да, тачно је, управа има ауторитативна овлашћења и њој тада није потребна правна заштита; потребна је њеном сауговорачу. Он и јесте заштићен, јер може да побија донете управне акте, којима управа ауторитативно утиче на његова уговорна права и обавезе. Међутим, нису сва овлашћења управе ауторитативног карактера и потпуно је нелогично да се сваки спор између уговорних страна најпре разрешава пред управом, а тек после пред управним судом.

Без обзира на то што се решавају пред истим судовима, спорови који произлазе из управног уговора су једно, а спорови о законитости управних аката, чак и онда када су донети у вези са неким управним уговором, нешто друго. То су два различита предмета управног спора, о чему, нажалост, законодавци у појединим правним системима нису размишљали. Стапање и преливање управног уговора у управни акт сасвим је непотребно и непримерено. То што су у неким случајевима повезани, што се настављају један на други, не значи да треба потпуно да их помешамо; не значи да између њих треба да избришемо сваку границу и разлику.

Део шести

Управни уговор између управног и грађанског права

Бавећи се правом, а не теоријским конструкцијама, можемо поуздано да потврдимо да управни уговор јесте уговор – двострани правни акт, настао као резултат сагласности воља управе и њеног сауговорача. Све оне теорије које управни уговор покушавају да представе другачије, најједноставније речено, погрешне су! Није управни уговор ни управни акт, а ни нешто треће, измењено у својим „правним генима“.

Када кажемо да управни уговор није управни акт, онда не мислимо на француско схватање управног акта, широко и формално. Мислимо на оно схватање које у управном уговору види ауторитативан акт, донет уз пристанак странке. Француски аутори су последњи који би управном уговору дали својство ауторитативности и тиме га изједначили са оним што називају извршивом одлуком. За њих ова дилема уопште ни не постоји; дилему су створили немачки аутори, а пратили су их у стопу и аустријски. Најстарији међу њима, додуше, заиста су и имали у виду неке управне акте који се доносе на захтев странке, али су погрешно закључили да то онда важи за све управне уговоре.

Различита теоријска схватања о правној природи управног уговора прате различит начин настанка овог правног акта. У Француској је настао кроз праксу, прихватањем чињенице да су поједини уговори управе другачији од осталих. Зато француски управни уговор и можемо лакше да упоредимо са грађанскоправним уговором, указујући на одступања; и разлика у односу на једностранни управни акт – извршиву одлуку – може лакше да се изведе. У Немачкој и Аустрији управни уговор еволуирао је из управног акта донетог уз пристанак странке, те зато не изненађује то што се тешко разликују. Немачки законодавац је, бар наизглед, решио ову дилему, али и даље остаје исправно запажање да је немачки управни уговор жртва тамошње теорије управног права.⁵⁹⁵

Законодавац је и на овим просторима одлучио да пресече ствари и саопшти нам да управни уговор постоји и то без икаквог ослонаца на праксу и теорију. Оно до чега је након тога дошло није ни могло да се избегне: не само да не знамо који су то

⁵⁹⁵ Н. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1992, p. 248; нав. према: З. Томић, „Правна природа управних уговора“, p. 2135.

уговори које треба да сматрамо управним, него не знамо ни како да их разликујемо од грађанскоправних. А што је још лошије, у нашој верзији „управних уговора“ добили смо једну необичну смешу, захваљујући чему и управни акт губи своја јасна и прецизна обележја. На крају не знамо тачно ни шта поредимо, али није ни важно; довољно је, изгледа, што се све то, тако замршено и запетљано, на крају завршава управним спором.

Претходна разматрања дала су нам увид у правну природу управног уговора, већ тиме што смо открили, или само потврдили, да он јесте уговор. Но то је само део одговора на питање о његовој правној природи, никако није одговор у целини. Целовит одговор захтева од нас да управном уговору одредимо место у правном систему. Захтева да правила о управном уговору сместимо у шире целине од којих се правни систем састоји. Како нас учи Радомир Лукић:

„Истраживање места које једна установа има у целокупном систему права управо и јест оно што се зове истраживањем 'правне природе' неке установе“.⁵⁹⁶

Питање места управног уговора у правном систему заправо је питање његове припадности одређеној грани права. Али не било којој грани права. Противречност коју управни уговор носи у себи, тај спој управног и грађанскоправног, изражен и у самом његовом имену, намеће нам обавезу да и овде поступимо на исти начин као и претходно, када смо га супротставили управном акту и грађанскоправном уговору. Налаже нам да се сада окренемо управном и грађанском праву, како бисмо у њиховом међусобном односу нашли место и за управни уговор.

Сврставање правила о управном уговору, било у управно било у грађанско право, нужно је условљено потребом да се пре тога одреди шта то ове гране права регулишу и на који начин. То подразумева да најпре мора да се утврди које то правне односе уређује управно, а које грађанско право. Када буду познати и једни и други правни односи, када буду позната правила и једне и друге гране права, онда може да се провери и то којој групи припадају она о управним уговорима.

На први поглед, разлика између управног и грађанског права чини се јасном и логичном. Делује да су то гране права између којих је разлика и највише изражена, које се налазе на супротним половима правног система. Чим се мало дуже и боље загледамо у ову поделу, постаје нам јасно да у правном систему нема никаквих супротних страна, полова, да је строга одвојеност и супротност управног и

⁵⁹⁶ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутићем, *op. cit.*, p. 397.

грађанског права само илузорна. Проблем је дубљи и сложенији, а досеже и до једног много старијег питања, до једне много старије поделе – оне између јавног и приватног права.

О јавном и приватном праву говори се још од времена римских правника. Један од класичних, Улпијан, даје нам и значење ових термина: јавно право односи се на добро римске заједнице, на оно што је ствар, брига, интерес свих грађана, а приватно на оно што је корисно за појединце.⁵⁹⁷ Улпијанову дефиницију многи су касније „претресали“, тумачили, прихватили или оспоравали. Тако су и настале разне теорије о подели права на јавно и приватно, више или мање удаљене од почетне замисли. Могло би да се каже да су оне бројне, али то ни изблиза не би одразило право стање. Аутор који се детаљно бавио овим питањем избројао их је чак четрдесет, а вероватно је да их има и више. Ниједна од њих није општеприхваћена, али за одређене теорије може да се каже да преовлађују. То су теорије које при подели права на јавно и приватно полазе или од интереса, како је то чинила изворна деоба, или од субјеката чије се понашање регулише и њиховог међусобног односа. Свакој од ових теорија могу да се упуте и упућене су озбиљне критике. По правилу, број и учесталост критика сразмерни су ширини заступљености једне теорије, тако да су ове, преовлађујуће, уједно и најчешће критиковане.⁵⁹⁸

Поделу права на јавно и приватно додатно отежава питање њиховог међусобног односа. Основу тог односа, као и саме поделе, дали су нам римски класични правници. Овај пут то је Папинијан, који нас учи да јавно право не може да се мења приватноправним споразумима.⁵⁹⁹ Око правог смисла овог исказа не морамо да се сложимо. Једно је ипак извесно: већ од тада машту правних писаца заголицала је идеја о томе да јавно право, бар на неки начин, у неком облику, стоји изнад приватног права. Вековима касније, потврдиће нам то и Френсис Бекон, веома отворено и без устручавања – приватно право налази се под старатељством јавног.⁶⁰⁰

И ови искази биће оспоравани, често, као уосталом и све што је повезано са поделом на јавно и приватно право. Многе од замерки сасвим су оправдане и у том погледу не треба да имамо било какву резерву. Али у овим тврдњама остаје и нешто што не може да се оспори, а то је утицај који јавно право врши на приватно. Погрешно би, међутим, било када бисмо овај утицај посматрали искључиво

⁵⁹⁷ А. Маленица, *Римско право*, Нови Сад, 2003, р. 109.

⁵⁹⁸ В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, рр. 67-68, 148, 161.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, р. 398.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, р. 400.

једнострано, у једном смеру, од јавног ка приватном. Утицај је обостран, креће се и у супротном смеру, од приватног ка јавном. Наизменично или истовремено, јавно и приватно право утицали су и утичу једно на друго, нешто узимајући, а нешто дајући. У том процесу, узимања и давања, и јавно и приватно право неизбежно се мењају и померају сопствене границе, отежавајући тако посао свима онима који те границе желе да утврде. Уколико прихватимо поделу морамо да будемо свесни њене релативности; морамо да будемо свесни тога да јавно и приватно право све више утичу једно на друго и да је то данас готово универзална појава.⁶⁰¹

Управни уговор као да је парадигма свих ових дилема у вези са поделом права на јавно и приватно. На примеру управног уговора најбоље се виде све тешкоће овог разграничења. О томе колико је ова подела утицала на различита мишљења о правној природи управног уговора, његовом постојању и прихватању, било је речи на почетку овог рада. У већини случајева, видели смо, став о јавном и приватном праву имао је пресудан утицај на разумевање карактера управног уговора.

Не спорећи значај ове поделе, аутор овог рада ипак сматра да питање правне природе управног уговора мора да се сагледа у нешто другачијем светлу. Ако већ испитујемо правну природу уговора који називамо управним, а такав је суштински и онај који Немци називају јавноправним – сами су нам то и рекли – зашто бисмо је онда испитивали у оквирима јавног и приватног права, а не управног и грађанског. Уколико правила која се односе на управни уговор желимо да сврстамо у неку ширу целину, онда морамо да пођемо од гране права, а не одмах од правне области. У систематизацији права мора да се пође од ужих целина, како би се дошло до ширих. При логичком сређивању права основни елемент је (општа) правна норма.⁶⁰² Није област права та од које се полази. Обрнуто је, полази се од правних норми, које се онда повезују у шире целине. Али не одмах у области права, када претходно постоје правне установе и гране права. Ако се одређује место једне правне установе у оквиру ширих целина, зашто би се прескакало; зашто би се било која правна установа одмах смештала у област права, а не у грану права, која је следећа на реду.

За аутора овог рада основно питање није да ли управни уговор припада јавном или приватном праву. Основно питање је да ли управни уговор треба да сврстамо у управно или у грађанско право. Када ту дилему решимо, подразумева се да смо

⁶⁰¹ W. G. Friedmann, „Public and Private Law Thinking: the Need for Synthesis“, *Wayne Law Review*, 3/1959, pp. 292-294.

⁶⁰² Р. Д. Лукић, са Б. Кошутићем, *op. cit.*, p. 396.

решили и ону прву. Онолико колико управни уговор припада управном праву, толико припада и јавном. Обрнуто од тога, онолико колико припада грађанском праву, толико припада и приватном. Под условом, наравно, да се сложимо око тога да управно спада у јавно, а грађанско у приватно право.⁶⁰³

1. Управно и грађанско право

Чим се појавило као посебна грана права, управно право је постало, како нам то шаљиво описује Иво Крбек, право „немирно дете“ (*enfant terrible*), које задире у све остале гране права и отежава глатко разграничење између њих.⁶⁰⁴ Управно право, више него било која друга грана права, стварало је и ствара тешкоће када треба да се одреди његова садржина и одвоји од садржине других грана права.⁶⁰⁵

То што се управно право теже одређује од осталих грана права долази од самог појма управе. Колико год да су различити, приступи у дефинисању управног права увек воде до заједничког извора – до појма управе.⁶⁰⁶ У најједноставнијем смислу, рећи ће Ото Мајер, управно право је право које се односи на управу.⁶⁰⁷ А дефиниција управе има мало мање него што има писаца који су се тим задатком бавили.⁶⁰⁸

Ако се управно право односи на управу, грађанско право би, етимолошки посматрано, требало да се односи на грађане. Овај назив и долази од латинске

⁶⁰³ Својевремено је Ханс Ј. Волф, познати немачки аутор управног права, осмислио концепт „управног приватног права“. Наменио га је оним ситуацијама у којима управа ступа у приватноправне односе како би остварила јавноправне задатке. По речима Волфа, њена делатност тада више није „фискална“ делатност, бар не у садржинском смислу речи. Зато је и право које се примењује приватно само формално, али не и суштински: „Тада важи посебно, управно приватно право, чија се посебност, између осталог, састоји у томе што носиоци управе више не уживају потпуну приватну аутономију, карактеристичну за правне послове, већ подлежу већем броју јавноправних ограничења.“ (Н. Ј. Wolff, *op. cit.*, p. 99) Волфово „управно приватно право“ настало је као реакција на Флајнерово упозорење, да би управа избором приватноправне уместо јавноправне форме деловања могла да „побегне“ у приватно право. (В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, p. 383) Уплашивши се да ће управа злоупотребити своју слободу и „побећи“ у приватно право, правна теорија похитала је да је и тада веже јавноправним везама. Теорија је занимљива, али чини се кадра да нам саопшти само то да управа у приватноправним односима нема пуну аутономију воље. Али то није ништа ново и непознато. Потпуне аутономије воље нема ни у приватном праву, чак ни за приватна лица, зашто би је онда било за управу. Њена воља је ограничена, то је тачно, можда и више него што је слободна, али да ли је то разлог за стварање ове противречне конструкције.

⁶⁰⁴ И. Крбек, „Управно право и његово разграничење“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1951, p. 351.

⁶⁰⁵ П. Димитријевић, „Управно право као грана правног система“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3-4/1974, p. 328.

⁶⁰⁶ И. Крбек, „Управно право и његово разграничење“, p. 351.

⁶⁰⁷ О. Мауер, *Deutsches Verwaltungsrecht* (2004), p. 13.

⁶⁰⁸ Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 13.

синтагме *ius civile*, која се користила за означавање права римских грађана.⁶⁰⁹ Израз „дивилно право“ имао је заправо више значења, у различитим периодима развоја римског права, али ниједно од њих не одговара данашњем. Тек од 19. века и пандектне систематике, израз „грађанско право“ почиње да се употребљава у оном смислу у којем се то у основи чини и данас – за означавање целине састављене од општег дела, стварног, облигационог, породичног и наследног права. Пре тога, уз овај израз није ни ишла свест о одређеном делу правног система, који би се по материји, садржини, разликовао од осталих.⁶¹⁰

Да ли онда треба да нас зачуди то што и аутори грађанског права за своју грану права мисле да није довољно разјашњена, као што и аутори управног права мисле за своју. Андрија Гамс тако тврди да упркос дугом трајању грађанског права и томе што се надовезује на римско право, његов предмет ни до данас није одређен.⁶¹¹

Предмет једне гране права, оно што њене норме регулишу, јесу одређени друштвени односи. Од њих се и полази када се једна грана права пореди са другима. Имајући то у виду, поједине гране права могу лакше да се одвоје од других, будући да регулишу различите предмете, односно различите друштвене односе.⁶¹² Нажалост, за управно и грађанско право то не вреди. Управно и грађанско право не могу да се одвоје искључиво на основу предмета регулисања, јер се он у неким случајевима поклапа. Другим речима, постоје случајеви у којима и управно и грађанско право уређују истоветне друштвене односе.⁶¹³ Најчешће се каже да грађанско право уређује имовинскоправне односе, али то никако није искључиви критеријум; имовинскоправне односе, истина ређе, регулишу и норме управног права.⁶¹⁴

Када предмет регулисања није довољан за разграничење, као што је то у случају управног и грађанског права, онда у обзир мора да се узме и метод регулисања. Управно и грађанско право друштвене односе, чак и оне који су

⁶⁰⁹ А. Гамс, *Увод у грађанско право*, р. 51.

⁶¹⁰ В. Водинелић, „Савремени појам грађанског права: настанак и систематика“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/1989, рр. 71-72.

⁶¹¹ А. Гамс, „Предмет грађанског права“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1950, р. 419.

⁶¹² П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, р. 218.

⁶¹³ *Ibid.*, р. 237.

⁶¹⁴ Д. Милков, *Управно право I*, р. 42. „Став да само имовинскоправни део грађанског права може да нађе своју примену на државу не сме да се разуме тако да је држава, када се у њеној делатности јављају имовина, новац и новчана вредност, увек подведена под грађанско право. Постоји имовинскоправни поредак грађанског права и имовинскоправни поредак управног права.“ (О. Мауер, *Deutsches Verwaltungsrecht* [1895], р. 138)

истоветни, регулишу на различите начине. Разлика се, сажето посматрано, огледа у следећем:

„За грађанско право је карактеристична слобода успостављања правних односа, равноправност у успостављању и слобода располагања правима и обавезама из успостављеног односа. За управно право је, обрнуто, карактеристично да се односи који су нормама ове гране регулисани успостављају на ауторитативан начин, да су субјекти неравноправни и да нема слободе у располагању створеним правима и обавезама.“⁶¹⁵

Исти друштвени односи, према томе, могу да буду уређени на различите начине, као што је могуће и обрнуто, да различити друштвени односи буду уређени на исти начин. Отуда предмет и метод регулисања чине једну целину, јединство. То јединство друштвеног односа и начина на који је он уређен изражено је у појму правног односа. Регулишући друштвене односе на одређени начин, свака грана права регулише и себи својствене правне односе. Тако је и са гранама права које овде разматрамо. Правни односи које оне уређују називају се управноправним и грађанскоправним односима. Они су претходно грубо скицирани, сада остаје да их и детаљно објаснимо.

2. Управноправни и грађанскоправни однос

Разграничењу управноправног и грађанскоправног односа правна наука посвећује посебан значај. Јасно је и зашто, ако се узме у обзир чињеница да су у питању две најчешће врсте правних односа. Међутим, не ради се само о питању броја и заступљености. Видели смо да понекад исти друштвени односи могу да се сврстају како у управноправне тако и у грађанскоправне. Без њиховог разграничења ни управно право не може да се разграничи од грађанског права.

Управноправни и грађанскоправни однос представљају посебне врсте правних односа. У том смислу, за њих важи све оно што важи и за друге правне односе, али и нешто што их од других правних односа одваја. Шта је то што управноправном и грађанскоправном односу даје специфична обележја?

О томе шта једном правном односу даје атрибут „управни“, постоје различита схватања. Управноправни однос одређује се најпре спрам субјеката између којих се

⁶¹⁵ Д. Милков, *Управно право I*, р. 42.

успоставља. У том смислу, управноправни однос је однос који се успоставља између државе, као носиоца власти, с једне стране, и лица потчињених тој власти, с друге.⁶¹⁶ За управноправне односе битно је то да се успостављају између две неравноправне стране. Једна страна иступа са позиције власти и одређује права и обавезе друге стране. На овај начин, међутим, управноправни однос одређује се прешироко. Не успостављају се само управноправни односи између неравноправних субјеката; то нису синоними, између њих не може да се стави знак једнакости. Аутори који овако одређују управноправни однос имају на уму јавноправни однос; они управноправне односе изједначавају са јавноправним односима.⁶¹⁷ Ово схватање зато не омогућава да се појам управноправног односа одреди, али пружа основу на којој он може да се изгради.

Корак даље могао би да се начини онда када би управноправни однос покушали да одредимо као однос регулисан нормама управног права. Тачно је да свака грана права, па и управно право, регулише одређене друштвене односе. Но природу једног друштвеног односа не одређују правне норме које га регулишу; обрнуто је – друштвени однос одређује природу правних норми. Основни недостатак овог схватања јесте у томе што оно доводи до „зачараног круга“. Управноправни однос одређује се као однос регулисан нормама управног права, а управно право као скуп правних норми које регулишу управноправне односе. Ово схватање је тиме логички неприхватљиво. Одређење појма управноправног односа претпоставка је за одређење појма управног права. Тек када се зна шта је управноправни однос, правне норме које га регулишу могу да се групишу у посебну грану права.

Од неравноправности субјеката полазе и они који појам управноправног односа одређују преко појма управе. Управноправни однос је, према овом схватању, однос

⁶¹⁶ На овај начин управноправни однос одређује и један од класика немачке науке управног права, Фриц Флајнер: „Управно право регулише односе између државе, као носиоца власти (или са њом изједначене јавноправне корпорације) и подређених лица, поданика.“ (F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1913, pp. 137-138) У домаћој правној теорији управноправне односе на исти начин одређује Лазо М. Костић; „Пошто административно право регулише односе између државе или једне јавноправне корпорације с једне стране и њиховој власти подложних лица с друге стране, то административно право интересују само такви односи.“ (Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 532) Слично томе, Никола Стјепановић истиче: „Административно-правни однос карактерише се следећим ознакама: 1. што је једна страна у односу увек државни или неки општедруштвени орган; нема административно-правног односа између два грађанина; 2. државни орган иступа у име државе, делујући у границама овлашћења и појављује се, према другом учеснику у односу, са јачом вољом.“ (Н. Стјепановић, *op. cit.*, p. 3)

⁶¹⁷ Лазо М. Костић изричито каже: „Ти односи се називају јавноправни или административноправни односи.“ (Л. М. Костић, *op. cit.*, p. 532)

који настаје вршењем управе, односно управне делатности.⁶¹⁸ Иако је прецизније од претходних, ни ово схватање не омогућава отклањање свих дилема. Проблем се састоји у томе што се појам управне делатности одређује на различите начине. Најчешће се под управном делатношћу подразумева једна посебна функција државне власти, али ни тада нема сагласности о томе који све задаци и послови у њу спадају. Но чак и ако се прихвати да постоји заједничко језгро, минимум сагласности о суштини појма управе, управноправни односи не могу да се сведу на њега. Могло би да се каже да они настају вршењем управне делатности, али по правилу – не увек. Управноправни односи могу да настану и на други начин.⁶¹⁹ Самим тим, они нису тек узгредна последица вршења управне делатности; напротив, то што настају вршењем управне делатности може да буде само последица неког другог обележја.

До битног обележја управноправног односа може да се дође једино ако се узме у обзир карактер друштвене ситуације у којој он настаје. За разлику од других правних односа, управноправни однос настаје у специфичним друштвеним ситуацијама, које се називају управним стварима.⁶²⁰ То су конкретне ситуације, у којима из правних прописа произлази потреба да се основно правило понашања странака – диспозиција – уреди на ауторитативан начин, ради заштите и остваривања јавног интереса.⁶²¹ Управна ствар је, дакле, оно обележје које једном

⁶¹⁸ Како би управноправне односе одвојио од осталих правних односа који се регулишу као односи између неравноправних субјеката, Павле Димитријевић истиче да они „настају у процесу остваривања управе“. (П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 183) Слично схватање заступа и Зоран Томић: „[У]правни однос је друштвени однос који је настао или је бар конкретно формиран управним радом, чиме задобија и одговарајућу правну садржину.“ (З. Р. Томић, *Опште управно право*, p. 72) Славољуб Поповић пише: „Под управноправним односима се подразумевају правни односи у које ступају државни органи, а најчешће органи државне управе, као и организације удруженог рада и друге самоуправне организације и заједнице кад врше јавна овлашћења, са појединцима, организацијама и другим правним лицима, у вршењу управне делатности.“ (С. Поповић, *Управно право: општи део*, p. 7) Исто тврди и Иво Борковић. (V. И. Борковић, *Управно право*, Загреб, 1984, p. 36)

⁶¹⁹ То признају и сами аутори који управноправни однос одређују помоћу управне делатности: „Конечно, постоје и случајеви код којих управно-правни односи настају непосредно ступањем на снагу самог општег правног акта. [...] Ово би био истовремено изузетан пример успостављања управно-правног односа активношћу која се не може уврстити у 'управу' (доношење законског прописа не представља манифестацију управне власти).“ (П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 188)

⁶²⁰ Помоћу појма управне ствари управноправни однос одређује Драган Милков: „Управно-правни однос представља такав правни однос који се успоставља између појединца или организације са државом поводом остварења неких права или обавеза странака у некој управној ствари.“ (Д. Милков, *Управно право I*, p. 55)

⁶²¹ „[У]правна ствар је она појединачна ствар у којој из правних прописа произлази потреба да се правило понашања на ауторитативан начин прецизира примарном диспозицијом.“ (Д. Милков, „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1986, p. 502) Само такве ситуације и јесу управне ствари, упркос жељи нашег законодавца да овај појам прошири на све оно што управа ради у појединачним случајевима. Сви појединачни акти и радње управе могу да се назову „управним стварима“, али то не значи да они и суштински спадају у управне ствари. Када се сагледа њихов

правном односу даје атрибут „управни“. Зато што настају у управним стварима, управноправни односи успостављају се између неравноправних субјеката, најчешће вршењем управне делатности.

Доследно овом схватању, битно обележје грађанскоправног односа морамо такође да потражимо у карактеру друштвене ситуације у којој се он успоставља. Грађанскоправни однос настаје у оним ситуацијама које се називају грађанскоправним стварима. То су такође конкретне ситуације, у којима постоји потреба да се прецизира основно правило понашања – диспозиција. Али овај пут постоји потреба да се права и обавезе правних субјеката одреде у складу са њиховом вољом и уз учешће њихове воље, ради заштите и остваривања њиховог појединачног или ужег интереса. С обзиром на то да настају у грађанскоправним стварима, грађанскоправни односи успостављају се између равноправних субјеката, чија воља, правно посматрано, има једнаку вредност. То су односи у којима се не врши власт и у којима нема ауторитативног иступања.

Неопходно је да се одмах нагласи да овакво одређење грађанскоправног односа мора да се схвати условно. Овако одређен грађанскоправни однос наука грађанског права сасвим извесно не би могла да прихвати. Аутори који се баве грађанским правом тврде чак да јединствени грађанскоправни однос ни не постоји; да грађанско право уређује разноврсне друштвене односе и то на различите начине. Они грађанскоправни однос не посматрају појмовно, него типски, преко карактеристичних обележја. Та обележја најчешће постоје, али нису присутна у свим грађанскоправним односима, без изузетка.⁶²² За ауторе који се њиме баве, грађанско право уопште није грана права, него породица права. Гране права су поједини делови грађанског права, али не и оно сâмо. Оно је целина која је по обиму шира од гране права, а ужа од правне области. Грађанско право је скуп сродних грана права; његови делови међусобно су повезани и блиски, више него што су повезани и блиски са другим деловима правног система. Поједине гране грађанског права повезује то што у њима доминира одређена комбинација предмета и метода регулисања.⁶²³

правни режим, онда постаје јасно да законодавац произвољно проширује овај појам, на оне активности које нису директно повезане са управноправним односима и нису регулисане управним правом.

⁶²² V. В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, pp. 582-584.

⁶²³ V. В. Водинелић, *Грађанско право*, pp. 50-51. Исто схватање прихвата и Душан Николић: „Грађанско право је фамилија или породица више грана права, које су засноване на сличним начелима.“ (Д. Николић, *op. cit.*, p. 145)

Стиче се утисак да је грађанско право овим разводњено, а да није сасвим јасно шта се тиме добија. Могла би да се поставе још нека питања. На пример, да ли би онда и поједини делови грађанског права могли да буду гране права, ако би се овај начин резонувања доследно спровео. Затим, у чему је разлика између породице права и правне области – конкретно између грађанског и приватног права. И томе слично. Но указивање на ове дилеме је једно, а њихово решење нешто сасвим друго.

Било би веома претенциозно када би неко ко се бави управним правом сматрао да је позван да у пар потеза пером реши основне проблеме грађанског права. За аутора који се бави управним правом битно је да јасно дефинише и разграничи свој предмет, а не туђи.⁶²⁴ Отуда и упозорење о ограниченој вредности овде датог одређења грађанскоправног односа. Оно пре свега служи покушају да се што јасније одреди разлика између управног и грађанског права, како би, у наставку, могла да се одреди и правна природа управног уговора. Овде стога ни немамо у виду све грађанскоправне односе, већ првенствено оне који се заснивају правним пословима. Само уз ту оgradu и можемо да говоримо о специфичним ситуацијама у којима се управноправни и грађанскоправни односи заснивају.

Неравноправност, односно равноправност страна у односу последице су карактера интереса који оне штите и остварују. У управним стварима ангажован је јавни интерес, те се ради његове заштите и остваривања једној од страна дају ауторитативна овлашћења. У грађанскоправним стварима ангажован је појединачни или ужи интерес, те ниједна од страна у односу не иступа са позиције власти. Заступљеност једног интереса у правном односу, наравно, није искључивог карактера:

⁶²⁴ У правној теорији нису тако ретки ни покушаји да се управном праву одузме својство гране права. До негирања управног права, као посебне гране права, доводе сва она схватања која норми управног права издвајају полазећи од субјеката који их примењују – од органа управе. Такви скупови правних норми нису целине, немају никакво јединство. То нам је Паул Лабанд саопштио врло отворено: „Управно право није специфична врста права, већ сума оних правних норми које се односе на јавну управу [...]. Настојање да се од управног права створи посебан, особен род правних норми и да се он доведе у појмовну супротност према приватном, кривичном, процесном и државном праву, уместо да се препозна као конгломерат разноврсних правних норми, чији сваки део има специфичну природу, по мом мишљењу највећа је препрека на путу ка задовољавајућој догматици о управном праву.“ (P. Laband, *op. cit.*, pp. 155-156) Већина писаца такво схватање није прихватљиво. Како би добила потребно јединство, већина писаца управно право одређује ослањајући се на управну делатност, а не на органе управе. Сумирајући овај став, Павле Димитријевић пише да управно право само у овом смислу испољава особине једне хомогене и непротивречне правне целине, каква је грана права. Само у овом смислу управно право обухвата правне норме које произлазе из истих основних начела, обликујући за управну делатност један посебан правни режим, различит од оних који важе за друге делатности државе. (П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 113)

„Веза између успостављања управноправног односа и јавног интереса је непосредна и сваки управноправни однос је њиме обележен, па чак и онај који се успоставља на захтев странке. С друге стране, грађанскоправни однос се успоставља ради реализације неких појединачних или ужих интереса, а јавни интерес није непосредно ангажован, што не значи да није уопште присутан.“⁶²⁵

Ангажовани интерес објашњава зашто је један друштвени однос регулисан на одређени начин; зашто је један правни однос управноправни или грађанскоправни. Разлози и мотиви иза конкретног правног односа ипак не морају увек да буду јасно уочљиви и препознатљиви. Њихов спољни израз, који се огледа у начину регулисања друштвених односа – субординацији или координацији учесника – лакше може да се препозна и уочи.

Имајући у виду да непосредно штите јавни интерес, норме које уређују управноправне односе имају принудни карактер.⁶²⁶ Оне садрже правила понашања која су обавезна за адресате.⁶²⁷ Унапред је прописано под којим условима један управноправни однос може и мора да се успостави и каква треба да буде његова садржина. С једне стране, то значи да се и правна моћ управе, иако већа од правне моћи појединаца, изводи из општих правних норми и њима је ограничена. С друге стране, то значи да је управа везана и приликом уређивања права и обавеза странака.⁶²⁸

Везаност управе општим правним нормама, принудног карактера, постоји и приликом вршења дискреционе оцене, онда када јавни интерес не може унапред прецизно да се дефинише, већ зависи од околности конкретног случаја. У таквим случајевима, управи се оставља слобода процене на који начин ће јавни интерес бити најбоље заштићен и остварен. Но та слобода није апсолутна, већ постоји у границама

⁶²⁵ Д. Милков, „Експропријација – између приватног и јавног“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, р. 49.

⁶²⁶ Иво Крбек је тврдио другачије, да принудни карактер никако не може да буде битно обележје норми управног права. Оне постоје и на подручју приватног права. На подручју управног права оне само претежу, али и ту често важи страначка диспозиција. Овај Крбеков став само је последица начина на који је он гледао на управно право. Он је, бар на почетку свог научног рада, управним правом сматрао све правне норме које примењују органи управе. (V. И. Крбек, *Управно право, I књига: уводна и основна питања*, Загреб, 1929, рр. 87-94)

⁶²⁷ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, р. 213.

⁶²⁸ „Овде се ради о правним односима који су у главној ствари претходно уређени законом. Законом је одређено под којим претпоставкама органи управе могу да захтевају чинидбе од поданика – позитивне као и негативне – и какве природе и у ком обиму ове чинидбе треба да буду. На исти начин установљава се у којим случајевима поданицима припада право на правне захтеве против јавне управе. Односи јавног права одустају од еластичности, која одликује облигације приватног права. То тако жели правна држава. Јер само кроз строжу везаност органа управе законом остварују се правна сигурност и правна једнакост, на којима је правна држава радила.“ (F. Fleiner, *op. cit.*, р. 132.)

правног поретка. Управа мора да буде овлашћена на вршење дискреционе оцене и мора да се креће у границама тог овлашћења. Може да изабере, али само између оних опција које су унапред предвиђене. Тај избор мора да врши у складу са циљем који је такође унапред предвиђен. Мора да изабере ону опцију која је целисходна, која омогућава да се на најбољи начин заштити и оствари јавни интерес, спрам околности конкретног случаја.

Принудним нормама уређени су и грађанскоправни односи, али ређе, оне нису карактеристичне за грађанско право. Материја грађанског права углавном је регулисана диспозитивним нормама, што значи да адресати у великом броју случајева могу да одступе од законских правила и грађанскоправни однос уреде другачије.⁶²⁹ Диспозитивне норме појединци могу својом вољом да мењају, оне се примењују онда када појединци нису сами, својом вољом, уредили један грађанскоправни однос.⁶³⁰ За разлику од управноправних норми, које адресати само примењују, грађанскоправне норме адресати могу сами и да стварају:

„Тако, грађанскоправна норма се пре свега разликује од других норми по томе што је диспозитивна, што је сами субјекти норми стварају.“⁶³¹

Диспозитивне норме грађанског права дају адресатима слободу у поступању. Адресати су слободни да своје односе уреде и другачије, према својим посебним жељама, потребама и интересима.⁶³² Слободни су да одступе од понуђеног правила и уреде грађанскоправни однос по сопственом нахођењу. Њихова воља је до одређене мере независна од закона; њихова воља је аутономна. У грађанском праву, начело аутономије воље има широку примену, а нарочито долази до изражаја при заснивању уговорних односа и остваривању грађанских субјективних права.⁶³³

У уговорном праву аутономија воље долази до изражаја кроз широко схваћен принцип слободе уговарања. При заснивању уговорног односа, свако лице самостално одлучује о томе да ли ће и са ким ступити у уговорни однос и коју ће

⁶²⁹ Д. Николић, *op. cit.*, p. 121.

⁶³⁰ Л. Марковић, *Грађанско право*, p. 20.

⁶³¹ А. Гамс, „Грађанскоправна норма: једна критика Келсеновог схватања о грађанском праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1959, p. 46.

⁶³² Л. Марковић, *Облигационо право*, p. 199.

⁶³³ Д. Николић, *op. cit.*, p. 122. „Произашла из политичког либерализма проповеданог од филозофа 18. века и економског либерализма током 19. века, теорија аутономије воље представља тријумф појединца над друштвом. То је једно филозофско схватање према коме обавезе међу људима настају зато што то они хоће. Индивидуална воља је изнад закона, она поседује стваралачку моћ. Воља је извор облигација а не закон као спољни ауторитет. Пошто је човек слободан, обавезу може преузети само он и то одлуком своје слободне воље. Отуда се обавезна снага уговора заснива на вољи, а не на закону. Индивидуална воља је аутономна и суверена.“ (С. Перовић, *op. cit.*, p. 156)

врсту уговора закључити. Са другом уговорном страном споразумно одлучује о садржини и форми уговора, али и о судбини његових каснијих дејстава.⁶³⁴

Без обзира на то колико је широко схваћена, аутономија воље субјеката грађанскоправног односа никада није неограничена. Аутономија воље никада није била прихваћена у буквалном и апсолутном смислу. Напротив, може да се говори само о ужим или ширим оквирима у којима се она јавља.⁶³⁵ Слобода уговарања увек има извесне границе, одређене јавним интересом који треба да се заштити. Те границе слобода уговарања не сме да прекорачи и пред јавним интересом мора да се повуче.⁶³⁶

У општем смислу, слобода уговарања ограничена је установом јавног поретка. Овај појам, чувен по својој непрецизности, представља демаркациону линију која раздваја дозвољено и недозвољено уговарање, повлачећи границу индивидуалној вољи у циљу заштите општих интереса. Ова „каучук“ норма, како је назива Слободан Перовић, која може различито да се савија, не састоји се само од норми позитивног права, већ обухвата и друга правила понашања, попут моралних и обичајних.⁶³⁷

Осим на општи начин, слобода уговарања ограничена је и у посебним случајевима. Све оно у чему су уговорне стране начелно слободне може, изузетно, да буде и ограничено. Таква ограничења могу најпре да се односе на само закључење уговора. Уговорне стране не могу увек слободно да бирају да ли ће закључити уговор, или не. Постоје ситуације у којима је закључење уговора обавезно, наложено законом. Понекад је за закључење уговора потребна и сагласност трећег лица, а не само уговорних страна. Дешава се и то да једна уговорна страна не може слободно да бира свог сауговорача, као у случају права прече куповине.⁶³⁸

Ограничења се затим односе и на слободу утврђивања садржине уговора. Елементи уговора понекад су одређени унапред, законом. У закону је прописано шта уговор мора да садржи и о чему све уговорници морају да постигну сагласност. То значи да је слобода уговарања ограничена за обе уговорне стране, јер је садржину уговора унапред одредио неко трећи – законодавац. Ситуација је другачија код уговора по приступу. И ту постоји ограничење слободе уговарања, али за једну од

⁶³⁴ Д. Николић, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁶³⁵ С. Перовић, *op. cit.*, p. 158 sq.

⁶³⁶ Л. Марковић, *Облигационо право*, pp. 199-200.

⁶³⁷ С. Перовић, *op. cit.*, pp. 162-172.

⁶³⁸ *Ibid.*, pp. 173-178.

уговорних страна, ону која приступа уговору. Овде је садржина уговора такође одређена унапред, али то није урадио законодавац, већ једна од уговорних страна.⁶³⁹

Уговори се, у складу са начелом консенсуализма, закључују простом сагласношћу воља, неформално. Одступања од овог правила, међутим, толико су заступљена да се говори о „ренесанси формализма“. Све више је формалних уговора, код којих је форма битан услов пуноважности уговора; све више се јављају уговори који морају да се закључе у прописаној форми, под претњом ништавости.⁶⁴⁰

Јавни интерес, непосредно ангажован у управноправним односима, не оставља субјектима слободан простор, какав, по правилу, постоји у грађанскоправним односима. Нема оне широке слободе, аутономије која подразумева да од воље самих субјеката зависи да ли ће ступити у правни однос, каква ће бити његова садржина и да ли ће се она променити, да ли ће вршити правна овлашћења, те како ће правни однос престати.⁶⁴¹ Таква слобода могућа је само у оним правним односима, попут грађанскоправног, у којима није непосредно ангажован јавни интерес, већ се првенствено штити и остварује појединачни или ужи интерес.

Покушај да се управноправни и грађанскоправни однос дефинишу у зависности од друштвене ситуације у којој се успостављају, омогућио нам је, бар у ограниченом обиму, да уочимо основне разлике између њих. Из ових основних разлика произлазе и друге: произлазе специфичности ових правних односа у погледу настанка, субјеката, садржине и остваривања правне заштите.

2.1. Настанак управноправног и грађанскоправног односа

Постојање правног односа увек се везује за правну норму и њено правно дејство. Када постоји један правни однос, то онда значи да су одређени субјекти дужни да се понашају у складу са одређеном правном нормом. Правни однос настаје онда када правна норма почне да обавезује одређене субјекте; онда када правна норма престане да производи своје правно дејство, престаје да постоји и правни однос.⁶⁴²

Тренутак у којем правни однос настаје зависи од карактера правне норме. Уколико је она безусловна – конкретна – на настанак правног односа утиче само

⁶³⁹ *Ibid.*, pp. 178-179.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 182.

⁶⁴¹ В. Водинелић, *Грађанско право*, p. 42.

⁶⁴² Р. Д. Лукић, са Б. Кошутићем, *op. cit.*, p. 277.

њено доношење, односно ступање на снагу. Уколико је условна – апстрактна – за настанак правног односа није довољно то што је донета. Потребно је да наступе и одређене, правном нормом предвиђене чињенице. Понекад су то неки природни догађаји, који не зависе од воље правних субјеката; најчешће су то радње самих правних субјеката. Међу правним чињеницама које зависе од воље правних субјеката, посебан значај за настанак правних односа имају правни акти:

„Зато што се условна норма доноси унапред, према предвиђању шта ће наступити, она ретко може да буде потпуно прецизна. Стога она као услов за своје важење најчешће предвиђа претходно доношење једног правног акта који ће садржати безусловну норму, која ће бити прецизнија од ње, тј. која ће је прецизирати с обзиром на конкретан друштвени однос који је условна норма апстрактно предвидела и који стога није могла прецизно да одреди [...]”.⁶⁴³

Управноправни односи настају у управним стварима – конкретним ситуацијама у којима постоји потреба да се права и обавезе странака уреде на ауторитативан начин, како би се заштитио и остварио јавни интерес. Самим тим, за управноправни однос карактеристично је да настаје доношењем једне посебне врсте појединачних и ауторитативних правних аката – управних аката. Основни смисао управних аката и састоји се у уређивању права и обавеза странака у управним стварима, у успостављању управноправних односа. Субјекти у управноправном односу нису равноправни, већ једна страна иступа са позиције власти и одређује понашање друге стране.

Из чињенице да се вољи једне стране у управноправном односу придаје већа правна вредност, не произлази да воља друге стране нема никакав правни значај. Напротив, воља странака правно је релевантна у свим оним случајевима у којима се управни акти доносе уз њихов пристанак. Но то не мења природу управноправног односа, као односа између неравноправних субјеката. Пристанак странака представља само један од услова за законито успостављање управноправног односа, које се везује за вољу правно јачег субјекта.⁶⁴⁴

Злоупотреба овакве правно јаче позиције једне од страна у управноправном односу спречава се везивањем управног акта за закон. Управни акти су засновани на закону и доносе се у примени закона. Они су, по речима Фрица Флајнера,

⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 277-279.

⁶⁴⁴ F. Fleiner, *op. cit.*, pp. 182-184.

„уметнути“ између закона и поданика.⁶⁴⁵ Када су испуњени законом предвиђени услови, управноправни однос може, али и мора да се успостави. Извесна слобода у погледу његовог успостављања постоји једино код управних аката који се доносе на основу дискреционе оцене. Једино у тим случајевима од процене правно јачег субјекта зависи да ли је, спрам околности конкретног случаја, успостављање управноправног односа у јавном интересу, или не. Али његова процена ни тада није потпуно слободна и произвољна, већ мора да се врши у границама закона и у складу са циљем који је законом опредељен.

Управноправни однос може да буде успостављен, изузетно, и општим правним актом.⁶⁴⁶ На овом месту настаје нерешив проблем за све оне ауторе који појам управноправног односа изводе из појма управне делатности. Ако је тачно да је битно обележје управноправних односа то што настају вршењем управне делатности, како је онда могуће да постоје управноправни односи који не настају на тај начин. Могуће је, зато што управноправни односи настају у специфичним ситуацијама, а не на специфичан начин. Они настају у управним стварима, у којима постоји потреба да се ауторитативно уреде права и обавезе странака. То не подразумева само стварање права и обавеза, већ и констатовање да одређена права и обавезе већ постоје. У првом случају, за настанак права и обавеза потребно је доношење управног акта, који има конститутивни карактер. Као један од услова за настанак права и обавеза, општи правни акт поставља и доношење управног акта. У другом случају, управни акт има декларативни карактер, њиме се констатује да је, на основу општег правног акта, настао управноправни однос одређене садржине. Основни смисао декларативних управних аката састоји се у томе да се омогући остваривање права и обавеза насталих на основу општег правног акта. Права и обавезе имају извор у општем правном акту, али је за њихово остваривање, оживотворење, потребан и управни акт. Суштина управноправног односа није у томе да он настаје вршењем

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 174.

⁶⁴⁶ Пример за настанак управноправног односа на основу општег правног акта може да се пронађе у области држављанства. „Тако је према Закону о држављанству Републике Србије из 2004. године (члан 51) предвиђено да се држављанином Републике Србије сматра свако лице које је стекло држављанство Републике Србије у складу са претходним прописима. За сва ова лица се није издавало никакво посебно решење о држављанству, које би иначе било декларативног карактера, већ је дошло до аутоматског стицања држављанства непосредно на основу општег правног акта – Закона о држављанству.“ (Д. Милков, *Управно право I*, p. 56) Као пример настанка управноправног односа на основу општег правног акта наводи се и ћутање управе. До ћутања управе долази онда када надлежни орган не донесе управни акт по захтеву странке, у законом предвиђеном року. Недоношење управног акта у законом предвиђеном року узима се као чињеница која је релевантна за настанак управноправног односа на основу закона. (П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 188)

управне делатности, већ у томе да он настаје у оним ситуацијама у којима се врши управна делатност – у којима се ауторитативно одлучује о правима и обавезама странака, било ради њиховог стварања, било ради њиховог остваривања.

У грађанскоправним стварима нема потребе за субординацијом. Права и обавезе страна у грађанскоправном односу уређују се у складу са њиховом вољом, а не против ње. Грађанскоправни однос не настаје доношењем ауторитативног акта, настаје закључењем правног посла, најчешће уговора. При заснивању грађанскоправног односа и утврђивању међусобних права и обавеза, стране су равноправне:

„Ту важи *принцип координације (усаглашености) воља*. Наиме, опште је правило да нико не може бити приморан да ступи у грађанскоправни однос и да преузме обавезу противно својој вољи. Без сагласности воља нема пуноважног уговора.“⁶⁴⁷

У једном делу грађанскоправне теорије примећује се да од принципа равноправности странака постоје и изузеци. Примећује се да има грађанскоправних односа у којима постоји субординација, у којима је једна страна надмоћна и добија власт над другом: изузетно, једна страна у грађанскоправном односу може да буде овлашћена да наређује другој; да јој једнострано определи понашање; да своју вољу спроведе упркос противљењу друге стране. Такво овлашћење, на пример, има тражилац поништења уговора према свом саговорачу.⁶⁴⁸

Ови изузеци, међутим, не могу да се прихвате. И у грађанскоправним односима постоје једнострана овлашћења, али то не значи да су она и ауторитативна. Наређења и наметања воље нема чак ни онда када се грађанскоправни однос заснива једностраним правним послом. Ови изузеци не дерогирају принцип равноправности субјеката при заснивању грађанскоправног односа. Они нам указују на позицију субјеката након што је грађанскоправни однос заснован, која по природи ствари мора да се промени:

„Када се нађу у грађанскоправном односу, странке, по правилу, више нису равноправне, нити то могу бити по логици ствари. Наручилац је овлашћен да издаје налоге извођачу радова (посленику). Депонент може издавати благајничке налоге

⁶⁴⁷ Д. Николић, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁴⁸ В. Водинелић, *Грађанско право*, p. 44.

банци. И уопште, сваки поверилац може нешто захтевати од дужника, а он је дужан да поступи по захтеву.⁶⁴⁹

Сумарно посматрано, управноправни и грађанскоправни односи представљају најчешће врсте правних односа. Они настају у уобичајеним, свакодневним и нормалним ситуацијама, које чине „анатомију и физиологију друштвеног живота“⁶⁵⁰. То су конкретне ситуације, у којима се уређује будуће понашање учесника – уређују се њихова права и обавезе. Међутим, будуће понашање учесника уређује се на различит начин. У управним стварима, у којима настају управноправни односи, права и обавезе уређују се ауторитативно, вољом једне од страна у односу. У грађанскоправним стварима, права и обавезе уређују се сагласношћу воља обе стране у односу, које имају једнаку правну вредност. Другачије речено, за управноправни однос карактеристично је да настаје на ауторитативан начин, на основу воље правно јаче, надређене стране. По правилу, она успоставља управноправни однос доношењем управног акта, којим одлучује о правима и обавезама друге стране. За грађанскоправни однос карактеристично је да се успоставља сагласном вољом обе стране. Ниједна од њих није надређена нити овлашћена да своју вољу спроведе без обзира на вољу друге. Њихове воље су усаглашене. Настанак грађанскоправног односа, како би то рекао Келзен, одговара принципу аутономије, а управноправног, принципу хетерономије.⁶⁵¹

2.2. Субјекти управноправног и грађанскоправног односа

Правни односи увек се успостављају између правних субјеката. Као стране у правном односу могу да се појаве само они субјекти којима, како то истиче Радомир Лукић, право ставља нешто у корист или на терет, без обзира на њихову свест и вољу.⁶⁵² Једино правни субјекти могу да буду носиоци права и обавеза из којих се правни однос састоји и они су услов за његово постојање.⁶⁵³

⁶⁴⁹ Д. Николић, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵⁰ А. Гамс, *Увод у грађанско право*, p. 135.

⁶⁵¹ Х. Келзен, *Опита теорија права и државе* (превели Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић), Београд, 2010, p. 299.

⁶⁵² Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, p. 282.

⁶⁵³ Ханс Ј. Волф наводи да стране у правном односу могу да буду и ствари. Наводи да правни однос, истина у ширем смислу, представља правом регулисан однос једног или више субјеката према стварима. (Н. Ј. Wolff, *op. cit.*, p. 186)

С обзиром на то да се управноправни однос везује за управну ствар, он се успоставља између субјеката који штите јавни интерес, с једне стране, и субјеката који штите свој појединачни или ужи интерес, с друге. Субјекти који штите јавни интерес чине обавезну страну сваког управноправног односа.⁶⁵⁴ Налазе се наспрам странака, о чијим овлашћењима и обавезама одлучују на ауторитативан начин.

У својству обавезне стране управноправног односа могу да се нађу сви они субјекти који врше управну делатност. Они могу да се поделе, начелно, у две групе: у једној групи су државни, а у другој недржавни субјекти.⁶⁵⁵ Како је управна делатност једна од функција државне власти, претпоставља се да њу врше државни субјекти. Недржавним субјектима за њено вршење неопходно је посебно овлашћење; њима вршење управне делатности мора да буде изричито поверено законом.

Прву и најважнију категорију државних субјеката који врше управну делатност чине органи управе. У питању су они државни органи који су и основани ради вршења управне делатности. Њима је управна делатност основна делатност.⁶⁵⁶ Поред органа управе, обавезни субјект управноправног односа могу да буду и други државни органи, када су на то изричито овлашћени. Слично је и са посебним (управним) организацијама; и оне могу да иступају ауторитативно у управноправним односима када су на то изричито овлашћене. Иако је њихова основна делатност стручног карактера, за њено несметано и ефикасно обављање неопходна им је могућност ауторитативног иступања.⁶⁵⁷

Вршење управне делатности законом може да се повери различитим недржавним субјектима. Најпре, то могу да буду установе, предузећа и друге

⁶⁵⁴ Д. Милков, *Управно право I*, р. 56.

⁶⁵⁵ Често се у правној теорији наводи да је правно јача страна у управноправном односу држава. То је тачно, али не и довољно. Тачно је да држава представља правно лице и да је она носилац права и обавеза, а не њени органи. Међутим, као правно лице она не може да ступа у правне односе без својих органа. Без прецизирања о којим органима се ради, управноправни однос не може да се одреди и разграничи од других правних односа. У управноправним односима држава учествује као носилац управне власти, преко одређених органа и недржавних субјеката које користи као своје „органе“. Свакако да је држава у позадини власти коју врше њени органи. Али захваљујући постојању различитих органа држава и може да иступа у различитим својствима – законодавца, судије, управе. Захваљујући постојању различитих органа држава може да ствара правни поредак и да, истовремено, буде тим правним поретком везана. Када тако не би било, ни правни односи са државом не би били могући.

⁶⁵⁶ Д. Милков, *Управно право I*, р. 61.

⁶⁵⁷ У нашем праву постоји и једна специфична категорија субјеката који врше управну делатност, слична посебним организацијама. То су јавне агенције. Међутим, без обзира на сличности са посебним организацијама, законодавац је сврстао јавне агенције у групу субјеката којима се поверавају јавна овлашћења и тиме њихову правну природу учинио спорном. Теоријски посматрано, њима би место било међу посебним организацијама; позитивноправно посматрано, смештене су међу недржавне субјекте којима се поверавају јавна овлашћења. Овакав раскорак доводи до конфузије и проблема, нарочито када се узме у обзир велики број ових субјеката.

организације, као типични недржавни субјекти. Типични су зато што њихова основна делатност није вршење државне власти, него нека привредна, друштвена или стручна активност. Када је континуирано и несметано обављање те активности од општег интереса за друштво, онда држава и њима поверава инструменте државне власти. Могућност ауторитативног иступања за њих представља средство које треба да им омогући да своје основне активности обављају успешно и редовно.⁶⁵⁸

Затим, то могу да буду и органи нижих политичко-територијалних јединица. Како се не ради о државним органима, њима се вршење државних послова поверава, као и предузећима и установама. Међутим, за разлику од предузећа и установа, органи нижих политичко-територијалних јединица јесу органи власти. Ниже политичко-територијалне јединице имају и своју изворну надлежност, у оним оквирима које је држава одредила. Иако се под управном делатношћу подразумева једна од функција државне власти, управни послови врше се и на овим нижим нивоима. И у оквиру своје изворне надлежности, а не само у оквиру поверених послова, органи нижих политичко-територијалних јединица могу да буду обавезни субјекти управноправних односа. Они и у оквиру своје изворне надлежности могу да иступају на ауторитативан начин и да уређују права и обавезе странака у конкретним ситуацијама. Ако је у питању ситуација истог карактера, нема разлога да се правни однос посматра и квалификује другачије.

У својству странке, која у управноправном односу штити свој појединачни или ужи интерес, налазе се, по правилу, физичка и правна лица. Поред физичких и правних лица, субјекти у управноправном односу могу да буду и одређени колективи, који немају општу правну способност, већ им се она признаје само у оквиру одређене материје.⁶⁵⁹ Они стога могу да буду субјекти само у конкретном управноправном односу, у којем могу да буду носиоци одређених права и обавеза. У ову категорију субјеката спадају и државни органи, када заступају неки ужи, а не јавни интерес. Они тада не представљају државу и не врше власт, већ им право признаје способност да у конкретном случају ступе у управноправни однос са државом, ради заштите тог ужег интереса. Иако се у том случају у управноправном односу налазе два државна органа, само један од њих представља државу и заступа јавни интерес. Други, који заступа ужи интерес, налази се у истој подређеној позицији као и остале странке.

⁶⁵⁸ Р. Марковић, *op. cit.*, p. 190.

⁶⁵⁹ Е. Forsthoff, *op. cit.*, p. 174.

Да би неко могао да буде учесник у грађанскоправном односу потребно је да има одговарајући правни субјективитет. У најширем смислу, под правним субјективитетом подразумева се укупан правни положај субјеката у грађанском праву. Садржину правног субјективитета чини више способности, као што су правна, пословна, деликтна и процесна. На основу правног субјективитета зна се: ко може да буде носилац грађанских субјективних права и обавеза; ко може да их стиче пуноважним предузимањем правних послова; ко може да одговара за проузроковану штету; и ко може самостално да предузима процесне радње. Најопштији одговор био би: физичка и правна лица.⁶⁶⁰

За разлику од управноправног, у грађанскоправном односу нема обавезних субјеката. И са једне и са друге стране може да се нађе било који субјект, који штити и остварује свој појединачни или ужи интерес. Поред тога, колективи без правне способности не могу да буду субјекти грађанскоправног односа, већ то може да буде свако од појединаца који чине колектив, у оквиру своје правне способности.⁶⁶¹

Управноправни и грађанскоправни однос не могу да се разграниче на основу тога да ли је једна од страна у односу држава, или не. Држава може да учествује и у једном и у другом правном односу. За разграничење битан је положај који држава има према другој страни. У управноправном односу држава заповеда другој страни, док се у грађанскоправном односу са њом споразумева. У управноправном односу држава иступа као носилац власти, ауторитативно, док у грађанскоправном односу иступа као носилац грађанскоправних овлашћења и обавеза.⁶⁶²

⁶⁶⁰ Д. Николић, *op. cit.*, pp. 250-254. У правној теорији води се расправа о томе да ли и животиње имају правни субјективитет, да ли су и оне правни субјекти. Они аутори који се за то залажу кажу да животиње представљају засебну, трећу врсту правних субјеката, која се не подудара ни са физичким ни са правним лицима. „Животиње су *и објекти права и субјекти права*, али у оба својства *специфични*, различити од других субјеката и других објеката. У неком погледу јесу имаоци права, кад је реч о личним правима, у другом погледу су објекти права, и то објекти права својине, послуге, закупа и неких других имовинских права, што, међутим, људи и правна лица нису. То што су животиње субјекти права не значи да су исто што и људи и организације, као што ни то што су објекти права не значи да су исто што и друге ствари.“ (В. Водинелић, *Грађанско право*, p. 425)

⁶⁶¹ Д. Милков, „Експропријација – између приватног и јавног“, pp. 49-50.

⁶⁶² „Када се ради о случају да држава наступа приватно-економски, као приватно лице? Када она, на пример, продаје робу, то је лако увидети; и обрнуто, када наплаћује порезе и сл., супротност је очигледна.“ (О. Мауер, *Deutsches Verwaltungsrecht* [1895], p. 139) „Треба истаћи да је држава најсличнија у послу појединцу својом управном делатношћу. Држава има монопол нормативне и судске функције; а и појединац управља својим имањем, породицом, пословима, предузимајући мере за задовољење својих потреба као и држава. Државни управни органи не употребљавају увек право заповедања као пут и начин за задовољење потреба државе, него се често служе истим начином као и појединац, те се том приликом налазе према појединцу или према другим државним или друштвеним органима у односу са равноправним субјектом. (Н. Стјепановић, *op. cit.*, pp. 5-6)

Да држава може да буде субјект управноправног односа, подразумева се сâмо по себи. Држава, односно субјект који је у конкретном случају представља, стара се о заштити и остваривању јавног интереса и у том циљу намеће одређено понашање странкама. Без носиоца власти, државне или оне која се врши у њеним оквирима, нема ни управноправног односа. Његово учешће је услов за успостављање и постојање управноправног односа.

У грађанскоправном односу, насупрот томе, нема обавезних субјеката, те ни држава не мора, али може да учествује. У својству субјекта грађанскоправног односа држава не штити директно јавни интерес. Самим тим, она не врши власт и нема ауторитативна овлашћења према физичким и правним лицима, већ је са њима равноправна. То што је држава једна од страна у правном односу, а исто важи и за друга јавноправна лица, не значи нужно да је и однос управноправног карактера. Тешкоћа у разликовању управног и грађанског права и лежи у томе што односи између државе и њених грађана могу да буду не само јавноправне, него исто тако и приватноправне природе. Правни субјекти постоје само у својим правима и обавезама. Ако имају иста права и обавезе, онда се ни правна личност државе не разликује од правне личности приватног лица.⁶⁶³

2.3. Садржина управноправног и грађанскоправног односа

Сваки правни однос има два основна елемента – састоји се из понашања два субјекта, односно две стране, које је дефинисано правном нормом. Једна од страна овлашћена је да нешто чини, а друга је обавезна.⁶⁶⁴ Сваки правни однос, дакле, састоји се из права и обавеза, као корелативних појмова; праву једне стране одговара обавеза друге и обрнуто. Правни однос није ништа друго него однос узајамних права и обавеза, однос између овлашћеног и обавезаног.⁶⁶⁵

Под правним овлашћењем подразумева се могућност одређеног понашања коју штити правни поредак. У зависности од интереса који се остварује, постоје две врсте правног овлашћења: субјективно право и надлежност. Субјективно право је овлашћење усмерено на заштиту сопственог интереса, док је надлежност овлашћење

⁶⁶³ Х. Келзен, *Опита теорија права и државе*, р. 296.

⁶⁶⁴ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутећем, *op. cit.*, р. 270.

⁶⁶⁵ Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1977, рр. 104-105.

усмерено на заштиту нечијег туђег, а не свог интереса. Зато надлежност и није чисто овлашћење, као што је то субјективно право, већ је истовремено и обавеза.⁶⁶⁶

Правна обавеза, с друге стране, подразумева дужност одређеног понашања, санкционисану такође правним поретком. Када један субјект има правну обавезу, то онда значи да мора да се понаша на одређени начин. Нема никакву могућност избора, зато што је супротно понашање противправно:

„Тако, бити правно обавезан на извесно понашање значи да је супротно понашање деликт и као такво да је услов санкције коју прописује правна норма [...]“⁶⁶⁷

У управноправном односу, овлашћења и обавезе распоређују се између субјеката који штите и остварују јавни интерес и субјеката који штите и остварују свој појединачни или ужи интерес. Карактер интереса који ови субјекти штите одређује и карактер њихових овлашћења и обавеза.

Овлашћења субјекта који штити јавни интерес састоје се у могућности наметања одређеног понашања странкама. Он издаје заповести странкама и стара се о томе да их оне изврше.⁶⁶⁸ Уколико странке не изврше наметнуте обавезе добровољно, субјект који штити јавни интерес овлашћен је да према њима примени мере принуде. С обзиром на то да се ова овлашћења врше у јавном интересу, она не могу да се сматрају субјективним правима, већ надлежношћу. Њих надлежни субјект може, али и мора да врши и у том погледу нема слободу избора, каква постоји код субјективних права.

Овлашћења субјекта који штити свој појединачни или ужи интерес састоје се у могућности одређеног понашања, или захтевања од других субјеката да се понашају на одређени начин, и имају карактер субјективних права.⁶⁶⁹ За субјективна права из управноправног односа карактеристично је да су неимовинског и личног карактера. Њихов објект најчешће нема имовинску вредност, која би могла да се изрази новчано. Самим тим, субјективна права из управноправног односа везана су за личност свог носиоца и не могу да се пренесу на друге субјекте.⁶⁷⁰ Штавише, ако је

⁶⁶⁶ Р. Д. Лукић, са Б. Кошутићем, *op. cit.*, pp. 272-273.

⁶⁶⁷ Х. Келзен, *Опита теорија права и државе*, p. 137.

⁶⁶⁸ Е. Forsthoff, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁶⁹ П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 192. Историјски посматрано, са настанком правне државе долази до преношења појма субјективног права из области приватног права у област јавног права. Појам субјективног јавног права тако има функцију да нам јасно предочи да појединац нема спрам јавне власти само дужности, него и права, да он није само поданик, него и грађанин. Захваљујући том појму, појединцу се правни субјективитет додељује и на подручју јавног права. (И. Крбек, *Управно право, I књига: уводна и основна питања*, p. 149)

⁶⁷⁰ Е. Forsthoff, *op. cit.*, p. 184.

ангажован јавни интерес, није искључено да и могућност одрицања од тих права буде ограничена.⁶⁷¹ Немогућност преноса посебно важи за субјективна права која се стичу на основу дискреционих управних аката, јер се при њиховом доношењу узимају у обзир и лична својства странке.⁶⁷² Наравно, изузеци од овог правила су могући. Субјективна права из управноправног односа могу понекад и да се пренесу на друге субјекте, под претпоставком да су имовинског карактера. Са преносом субјективног права долази заправо до промене управноправног односа; један управноправни однос престаје да постоји, а настаје други са новим носиоцем субјективног права.⁶⁷³

Обавезе субјекта који штити јавни интерес састоје се у томе да омогући странкама да остваре своја овлашћења. Ове обавезе могу да буду како позитивног тако и негативног карактера. С једне стране, обавеза субјекта који штити јавни интерес може да се састоји у доношењу аката или вршењу радњи којима се странкама омогућава да остваре своја овлашћења. С друге стране, обавеза овог субјекта може да се састоји у томе да трпи и не омета странке у остваривању њихових овлашћења.⁶⁷⁴

Обавеза је странака у управноправном односу да се понашају у складу са заповестима субјекта који штити јавни интерес. Као и за субјективна права, и за обавезе странака карактеристично је да су неимовинског и личног карактера. Поред тога, за обавезе странака из управноправног односа карактеристично је и то да се извршавају уз помоћ принуде. Обавезе странака не могу да се замене изрицањем санкције, већ морају да се изврше онако како су одређене. То захтева јавни интерес. Санкције могу да послуже само као средство како би се странке натерале да изврше своје обавезе, али не могу да се изрекну уместо њих.⁶⁷⁵ То не значи да обавезу из управноправног односа увек и фактички мора да изврши она странка којој је наметнута. У том смислу, разликују се незаменљиве и заменљиве обавезе. Незаменљиве су оне обавезе које може да изврши искључиво лице којем су

⁶⁷¹ Д. Милков, *Управно право I*, p. 57.

⁶⁷² В. Иванчевић, *Институције управног права*, p. 175.

⁶⁷³ У немачкој правној теорији прави се разлика између преноса овлашћења и обавеза и посредног означавања овлашћених или обавезаних лица. У том смислу, када су овлашћења и обавезе повезани са одређеним стварима онда припадају власнику, односно држаоцу тих ствари. Они нису везани за конкретно лице, већ за свако оно лице које постане власник, односно држалац те ствари. Овде се заправо ради само о привиду преноса овлашћења и обавеза. Са променом власника, односно држаоца, један управноправни однос престаје да постоји, а ствара се нови. (F. Fleiner, *op. cit.*, pp. 140-142; K. E. von Turegg, E. Kraus, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlin, 1962, p. 113)

⁶⁷⁴ П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁷⁵ Д. Милков, *Управно право I*, p. 58.

наметнуте. Ако их оно не изврши добровољно, приступа се принуди. Заменљиве су оне обавезе које може да изврши и неко друго лице, али о трошку лица којем су наметнуте.⁶⁷⁶ На тај начин, међутим, не долази до преношења обавезе, она се и даље сматра обавезом оног лица којем је и наметнута, једино што је фактички извршава неко друго лице. Могућност преноса обавеза странака из управноправног односа представља изузетак, слично као и код субјективних права.

У вези са одређивањем садржине управноправног односа, потребно је да се одговори на још једно питање. Оно произлази из чињенице да субјекти који штите јавни интерес и иступају ауторитативно своја овлашћења и обавезе остварују на правно регулисан начин, према правилима једног посебног поступка – управног поступка. Субјекти који штите јавни интерес и странке сматрају се учесницима тог поступка и у њему имају низ овлашћења и обавеза процесног карактера. Да ли онда и та овлашћења и обавезе чине садржину управноправног односа?

Иако су процесна овлашћења и обавезе тесно повезани са садржином управноправног односа, нарочито када је у питању она страна која штити јавни интерес, између њих треба да се направи разлика.⁶⁷⁷ Процесна овлашћења и обавезе не чине садржину управноправног односа. Тачно је да субјекти управноправног односа своја овлашћења и обавезе остварују у једном правно уређеном поступку. Међутим, сама овлашћења и обавезе су једно, а начин њиховог остваривања је нешто друго. Управни поступак, а тиме и процесна овлашћења и обавезе учесника, представља само средство на основу којег се остварују материјалноправна овлашћења и обавезе субјеката управноправног односа. Између управноправног односа и управног поступка не може да се стави знак једнакости. У супротном, управноправни однос би настајао са покретањем управног поступка и трајао би онолико колико и управни поступак, а сви учесници управног поступка истовремено би се сматрали и субјектима управноправног односа. Ако би и процесна овлашћења и обавезе учесника управног поступка чинили садржину управноправног односа, онда он никад не би настајао доношењем управног акта, већ би постојао и пре тога. Ако управноправни однос најчешће настаје доношењем управног акта, онда процесна овлашћења и обавезе из управног поступка не чине његову садржину, јер

⁶⁷⁶ Д. Милков, *Управно право II*, pp. 279-282.

⁶⁷⁷ Другачије мисли Зоран Томић. Он дели управноправни однос на „пун“ и „празан“, у зависности од тога да ли је управним актом један однос створен, односно измењен, или је одбијено његово успостављање, односно укинут је неки ранији однос. Управноправни однос је „празан“ у овом другом случају и има искључиво процесноправну егзистенцију. (Cf. З. Р. Томић, *Управно право*, Београд, 1991, p. 80)

она постоје и пре тога. Процесна овлашћења и обавезе у управном поступку несумњиво имају велики значај за управноправне односе, али то је значај који има свако средство за постизање одређеног циља; сваки начин да се оствари одређени резултат.

У грађанскоправном односу, по правилу, учесници штите своје појединачне или уже интересе. Карактер њихових права и обавеза начелно се не разликује. Без обзира на учеснике, садржину грађанскоправног односа чине грађанска субјективна права и обавезе.

Грађанска субјективна права увек су нека повољност за њихове имаоце, нека конкретно одређена могућност која је правном нормом било потврђена било створена.⁶⁷⁸ Грађанска субјективна права састоје се из овлашћења, једног или више њих, усмерених на задовољење оних интереса које објективно право признаје и гарантује једној страни у грађанскоправном односу.⁶⁷⁹

Већина грађанских субјективних права имовинског су карактера, непосредно гласе на одређену суму новца или се односе на неки предмет чија вредност може новчано да се изрази. Мањи број ових права има неимовинску природу и односи се на нека лична добра субјектата грађанскоправног односа. Могуће је да грађанска субјективна права буду и сложена, у том смислу да истовремено обухватају и имовинска и неимовинска овлашћења.⁶⁸⁰

Насупрот грађанском субјективном праву стоји обавеза друге стране у грађанскоправном односу. Грађанскоправна обавеза је објективним правом установљена дужност једне стране да поступи тако да другој страни омогући несметано остваривање субјективног права, односно овлашћења која из њега проистичу. Грађанскоправне обавезе традиционално се деле на позитивне и негативне, а с обзиром на то да ли ефекат њиховог испуњења може имовински да се вреднује, могу да буду, попут грађанских субјективних права, имовинског и неимовинског карактера.⁶⁸¹

⁶⁷⁸ В. Водинелић, *Грађанско право*, р. 192. Изузетно се и у грађанском праву дешава да повољност коју има титулар неког права не мора да буде повољност само или првенствено за њега. У том случају, вршење права је за титулара уједно и обавеза, он је на исто понашање и овлашћен и обавезан. (*Ibid.*, р. 195) Лако може да се примети да оваква права личе на надлежност, иако овај израз у грађанском праву није уобичајен. С разлогом, јер то ни није надлежност о којој говоримо у управноправним односима. Надлежност нам сугерише да у управноправном односу једна страна штити јавни интерес. Интерес који се штити у грађанскоправним односима, чак и онда када је туђи, првенствено је појединачног или ужег карактера.

⁶⁷⁹ Д. Николић, *op. cit.*, pp. 221-222.

⁶⁸⁰ О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, pp. 101-102.

⁶⁸¹ Д. Николић, *op. cit.*, pp. 235-236.

Принудно извршење грађанскоправних обавеза није увек могуће, јер у грађанском праву важи начело извршења на имовини. Принуда се у грађанскоправним односима не врши према самим учесницима, она једино захвата у њихову имовину. Субјекти грађанскоправног односа не могу да се принуде на одређено понашање. Уместо извршења основне обавезе, њима може да се изрекне одређена санкција, која такође има имовински карактер и погађа имовину, а не личност одговорног лица.⁶⁸² Ако одговорно лице нема имовину подобну за принудно извршење, онда ни грађанскоправна санкција не може да се изврши.⁶⁸³

Сврха грађанскоправне санкције различита је од сврхе санкција у другим гранама права. Грађанскоправна санкција није казна, она не служи томе да казни одговорно лице, већ томе да успостави угрожено, нарушено или повређено право титулара.⁶⁸⁴ Грађанскоправна санкција има реститутивно дејство и усмерена је ка томе да се имовина или лична неимовинска добра учесника у грађанскоправним односима доведу у стање у којем би највероватније и била, да није било њихове повреде или угрожавања.⁶⁸⁵

Крајња и најопштија санкција у грађанском праву јесте успостављање имовинске равнотеже међу учесницима у грађанскоправном односу.⁶⁸⁶ Имовинска равнотежа, односно принцип еквивалентности, прожима све делове грађанског права, а нарочито облигационо право. Одступања свакако постоје, али и поред тога начело еквивалентности чини грађанскоправне односе битно другачијим од других правних односа, па тако и управноправних, у којима се питање узајамности и еквивалентности најчешће и не поставља.⁶⁸⁷

За грађанскоправни однос карактеристична је и слобода располагања субјективним правима. Субјекти грађанскоправних односа, у складу са начелом аутономије воље, могу слободно да располажу својим правима и то на више начина.

⁶⁸² „Морамо рећи да принудно извршење, принудно остварење правног односа ако то неки од учесника неће добровољно, не може се у грађанском праву увек остварити. [...] Ако се неки певач обавезао да пева на неком концерту, па не дође на концерт, не може се силом вршеном противу његове личности принудити да дође на концерт и да пева, већ приређивач концерта може у крајњој линији да тражи од њега накнаду штете коју је претрпео због његовог недоласка. У томе је, дакле, смисао имовинске санкције у грађанском праву.“ (А. Гамс, *Увод у грађанско право*, р. 41)

⁶⁸³ Д. Николић, *op. cit.*, р. 138.

⁶⁸⁴ В. Водинелић, *Грађанско право*, р. 46. „Ретке су у грађанском праву санкције у виду казне, каква је, рецимо, одузимање предмета чинидбе у корист општине, кад је реч о забрањеним уговорима, или као што је плаћање новчане своте повређеном (независно од накнаде штете), ако повредилац упркос судској наредби не престане с повређивањем личних права тужиоца.“ (*Ibid.*)

⁶⁸⁵ Д. Николић, *op. cit.*, р. 132.

⁶⁸⁶ А. Гамс, *Увод у грађанско право*, р. 40.

⁶⁸⁷ Д. Николић, *op. cit.*, pp. 130-132.

Свог права могу да се одрекну, а могу и да га ограниче у корист другог лица. Слобода располагања подразумева и то да своје субјективно право могу да пренесу на друго лице, у целини. Под одређеним условима, са једног на друго лице могу да пређу и грађанскоправне обавезе. Генерално посматрано, субјективна права и обавезе из грађанскоправног односа налазе се у правном промету.⁶⁸⁸

Велика већина грађанских субјективних права су преносива, подобна да се одвоје од свог имаоца и пређу на друго лице. Има и непреносивих права, која се често називају и личним правима, јер су везана за личност њиховог имаоца и од ње не могу да се одвоје. Ова подела се у добром делу поклапа са поделом на имовинска и неимовинска субјективна права, али не може да се изједначи у потпуности. Неимовинска права увек су непреносива, али имовинска права нису увек у правном промету; и она, изузетно, могу да буду непреносива.⁶⁸⁹ У основи, ово важи и за грађанскоправне обавезе.

Укратко: у погледу садржине, постоји начелна разлика између управноправног и грађанскоправног односа. Субјекти управноправног односа су неравноправни, те њихова права и обавезе имају различит карактер; субјекти који штите јавни интерес представљају носиоце надлежности, док су странке носиоци субјективних права. Код грађанскоправних односа је другачије: субјекти су равноправни, те су њихова права и обавезе истог карактера.⁶⁹⁰ У грађанскоправном односу обе стране су носиоци грађанских субјективних права и обавеза. Принципијелна разлика постоји и у погледу карактера субјективних права и обавеза. Субјективна права и обавезе странака из управноправног односа најчешће су неимовинског и личног карактера. Супротно овоме, субјективна права и обавезе из грађанскоправног односа најчешће су имовинског карактера и могу да се пренесу на друга лица. Најзад, јавни интерес налаже да се обавезе странака из управноправног односа извршавају уз помоћ принуде и не могу да се замене изрицањем санкције. Санкције могу да се изрекну, али само као средство да се странке натерају да изврше своју основну обавезу, а не уместо ње. Грађанскоправне санкције усмерене су на постизање реститутивних ефеката и увек погађају имовину субјектата, а не њихову личност.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 127.

⁶⁸⁹ О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁹⁰ Н. Ј. Wolff, *op. cit.*, p. 243.

2.4. Правна заштита у управноправном и грађанскоправном односу

Друштвени однос је правни однос не само зато што га држава регулише, већ и зато што му обезбеђује одговарајућу и делотворну правну заштиту.⁶⁹¹ Захваљујући заштити коју им пружа правни поредак, овлашћења правних субјеката у међусобним односима имају правни карактер. Уз само субјективно право, јавља се и право на правну заштиту, данас претежно схваћено као посебно правно овлашћење, упркос томе што је повезано са субјективним правом чију заштиту обезбеђује.⁶⁹²

С обзиром на то да су субјекти управноправног односа у неравноправном положају, да једни иступају ауторитативно и одређују права и обавезе других, правна заштита у овом односу има специфичан смисао. Она се пружа правно слабијим субјектима, о чијим се правима и обавезама ауторитативно одлучује. Правно јачој страни – субјектима који штите јавни интерес – није потребна правна заштита. Они иступају са позиције власти и могу да повреде интерес странака, а не обрнуто. Будући да се ауторитативно иступање у управноправном односу испољава у доношењу управног акта, правна заштита странака обезбеђује се у поступку контроле законитости и целисходности управних аката – описаном у претходном делу рада. Поновимо укратко то да се правна заштита странака у управноправном односу редовно остварује у другостепеном управном поступку и управном спору.

Другостепени управни поступак први је корак у остваривању правне заштите странака – неопходан, али не и довољан. Управа не сме да буде и једна од страна у правном односу и судија који решава спорове из тог односа. Дефинитивну оцену законитости одлучивања о правима и обавезама странака морају да дају судови, као органи који су независни од управе.⁶⁹³ Док органи управе у управном поступку имају доминантну улогу и доносе ауторитативне одлуке, у судском поступку они начелно

⁶⁹¹ С. Трива, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁹² Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1995, p. 32. „Право на правну заштиту јесте у функцији заштите и гарантовања материјалних субјективних права, али има самосталан значај (теорија двојства, публицистичка теорија). У том смислу напуштена је концепција по којој се оно сматрало само једним изразом, дериватом или рефлексijом субјективног грађанског права у случају његове повреде и угрожавања (теорија јединства, цивилистичка теорија).“ (Р. Кеча, *op. cit.*, pp. 29-30) Право на правну заштиту одређује се данас као посебно право јавноправног карактера, чак и онда када се односи на грађанска субјективна права. Раније се сматрало да и право на правну заштиту, попут права које се штити, има приватноправни карактер. Данас се у праву на правну заштиту, међутим, види једно субјективно јавно право, усмерено ка држави као таквој. (Ј. Марковић, *Грађанско право*, p. 85)

⁶⁹³ V. P. Радошевић, „Системи судске контроле управе“, p. 460.

стоје на равној нози са појединцима.⁶⁹⁴ За спорове из управноправног односа карактеристично је да се решавају пред специјализованим, управним судовима.

У грађанскоправном односу учесници су равноправни, тако да се правна заштита подједнако гарантује и једној и другој страни. Правна заштита грађанских субјективних права остварује се, по правилу, у грађанском судском поступку. Општи и основни метод заштите грађанских субјективних права је парнични поступак, који се стога означава и као редован пут правне заштите у грађанскоправним односима.⁶⁹⁵

За спорове из грађанскоправних односа, дакле, карактеристично је да се решавају у парничном поступку, пред судовима опште надлежности, онда када дође до повреде или угрожавања грађанских субјективних права. Карактеристично је и то да се правна заштита остварује у складу са начелом страначке иницијативе – на захтев лица чија су права повређена или угрожена, а не по службеној дужности. Остваривање заштите на приватни захтев изводи се из начела аутономије воље, према којем титулар слободно одлучује да ли ће вршити и штитити своје субјективно право.⁶⁹⁶ Но то би могло да се каже уопштено за сва субјективна права, а не само за грађанска. Правна заштита се и у управноправним односима редовно остварује на захтев странке. Поступање по службеној дужности јесте карактеристично за управноправне односе, али не у циљу заштите интереса странке, већ јавног интереса. У контексту правне заштите, начело страначке иницијативе више служи томе да укаже на разлику између грађанскоправног и кривичноправног, него између грађанскоправног и управноправног односа.

3. Правне установе на пресеку управног и грађанског права

То што су управно и грађанско право начелно одвојене гране права и што регулишу различите правне односе, не значи да између њих нема никакве везе. Ове, на први поглед оштро супротстављене гране права, повезане су међусобно у многим случајевима. Упркос разлици, између њих не постоји непремостив јаз, оне се

⁶⁹⁴ „Док у управном поступку органи управе још заузимају доминантну позицију и могу да доносе једностране одлуке, у судском поступку органи управе и грађани стоје једни наспрам других као начелно равноправни учесници.“ (Н. Mauger, *op. cit.*, p. 175)

⁶⁹⁵ С. Трива, *op. cit.*, pp. 2-3. Због специфичне природе појединих грађанскоправних односа парнични поступак није одговарајући, па се правна заштита остварује у неком од ванпарничних поступака. Њихова разноврсност отежава дефинисање у позитивном смислу, зато се и означавају негативним именом. (*Ibid.*, p. 3)

⁶⁹⁶ Д. Николић, *op. cit.*, p. 139.

међусобно додирују и допуњују.⁶⁹⁷ Разлика између управног и грађанског права није апсолутног, него релативног карактера; између њих не може да се повуче строга линија разграничења, тако да у сваком тренутку буде потпуно јасно које правне установе треба да буду смештене са једне, а које са друге стране.

Повезаност управног и грађанског права нужна је последица тога што су део јединственог правног система, који никада не може потпуно да се подели на поједине гране права, тако да између њих не остане ништа заједничко. Зато између грана права нема апсолутних и чврстих граница. Њихова материја је повезана, као што су повезани и сами друштвени односи које регулишу.⁶⁹⁸

Управноправни и грађанскоправни односи могу да буду повезани на различите начине. Могу да прате једни друге, да следе једни иза других. Грађанскоправни односи тако могу да претходе управноправним односима и да буду разлог њиховог настанка. Успостављање управноправног односа долази тада као последица постојања одређеног грађанскоправног односа. Могуће је и обрнуто, да управноправни односи претходе грађанскоправним, условљавајући њихов настанак. Грађанскоправни однос тада може да се успостави под претпоставком да постоји управноправни однос, одређене садржине. Под претпоставком, другачије речено, да постоји управни акт који дозвољава закључење одређеног грађанскоправног посла.⁶⁹⁹

Када управноправни и грађанскоправни однос следе један иза другог, без обзира на смер, они су повезани, али ипак могу да се разграниче, јер сваки од њих задржава свој посебан правни режим. Има случајева, међутим, у којима су управноправни и грађанскоправни односи тако повезани да чине једну целину, један сложени правни однос. Овај сложени правни однос регулисан је делимично као однос између неравноправних субјеката, а делимично као однос између равноправних субјеката; регулисан је делимично нормама управног права, а делимично нормама грађанског права, које заједно граде једну јединствену правну установу. Таква правна установа уређена је правним нормама које одражавају различита основна начела, али не могу да се одвоје у две или више посебних

⁶⁹⁷ Н. Стјепановић, *op. cit.*, p. 5. То не мисле само аутори управног права, већ и аутори грађанског права: „Међу њима нису тврде демаркационе линије, већ меке, флуидне границе које чине могућим различита преклапања, узајамна прожимања и допуњавања.“ (Д. Николић, *op. cit.*, p. 166)

⁶⁹⁸ И. Крбек, „Управно право и његово разграничење“, p. 349.

⁶⁹⁹ П. Димитријевић, Р. Марковић, *op. cit.*, p. 241.

установа.⁷⁰⁰ Таква правна установа налази се на граници – на пресеку управног и грађанског права и има мешовити карактер.

Када се одређује правна природа једне мешовите правне установе, увек постоје тешкоће, јер није извесно у коју ширу целину, грану права, она треба да буде смештена. Павле Димитријевић нас упозорава на то да у овом поступку морамо да будемо опрезни. Морамо да водимо рачуна о томе да је правна установа логичка целина, која не сме да буде разбијена. По његовом мишљењу, мешовита правна установа, као целина, укључује се у ону грану права у коју спадају правне норме које регулишу главне елементе понашања субјеката у правном односу. Ако не може да се утврди која група правних норми је битнија, онда постоји начелна могућност да се правна установа уврсти у било коју од грана права, којима те групе правних норми иначе припадају.⁷⁰¹

Правна установа јесте логичка целина, то је исправан став. Исправан је и покушај да се у мешовитој правној установи издвоје они елементи који су главни, битни, како би се на основу њих определила и њена правна природа. Битни елементи, међутим, чак и онда када могу да се издвоје, не могу да избришу и потисну остале елементе, који припадају некој другој грани права; не могу од мешовите правне установе да направе јединствену, јер она то није. Она је јединствена само ако се прихвати да у једну грану права улазе и норме које иначе припадају другој грани права. Да ли то онда значи да правна норма може да промени своју правну природу, да иста правна норма може да припада различитим гранама права? Не може, иста правна норма увек припада истој грани права; она не може у једном случају да буде грађанскоправна, а у другом управноправна.

Настојање да се од мешовитих створе јединствене правне установе заснива се на фикцији, јер се узима да су управноправне норме оне за које знамо да долазе из грађанског права. То важи и у обрнутом смеру. Ако прихватимо да је једна правна установа мешовитог карактера, онда то не значи да негирамо њену целовитост. То само значи да доследно спроводимо принцип у складу са којим управно и грађанско право не могу да се одвоје у апсолутном, строгом смислу. Чим је правна установа мешовитог карактера, њена правна природа не може да се одреди по принципу искључивости; може да се одреди, како нам то исправно саопштава Драган Милков,

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 176.

једино по принципу претежности.⁷⁰² У њеном правном режиму елементи једне гране права могу да претежу, али то не значи да елементи друге гране права могу да се занемаре и стопе са онима који су доминантни, мењајући тиме свој карактер и одричући се тиме свог правног порекла. Мешовита правна установа по дефиницији припада различитим гранама права, можда подједнако, можда у различитом обиму. У мешовитим правним установама, колико год елементи једне гране права били доминантни, увек остаје и онај део другачије правне природе. Такве правне установе увек су делом управноправне, а делом грађанскоправне.

4. Управни уговор – мешовита правна установа?

Од почетка овог рада, од првих написаних реченица, јасно је да и управни уговор на неки начин повезује управно и грађанско право. Сада видимо да је управни уговор добар пример тога како елементи ових, начелно одвојених грана права, могу да буду повезани у једну целину. Управни уговор нам показује да правни односи у које управа ступа нису увек прости и једнообразни; да не могу увек да се разграниче, тако да сваки од њих задржи свој посебан правни режим. Управни уговор нам показује да управа може да ступа и у сложене правне односе, мешовитог карактера.

Правни однос који настаје закључењем управног уговора настаје сагласношћу воља уговорних страна, заснива се између равноправних субјеката, што је карактеристично за грађанскоправне односе. Међутим, једна од страна у том правном односу – управа – стара се о заштити и остваривању јавног интереса и зато не може да се сведе на носиоца искључиво грађанскоправних овлашћења и обавеза. Ради заштите и остваривања јавног интереса она добија и управна овлашћења, поред оних грађанскоправних. Након закључења уговора, она добија могућност да на садржину правног односа утиче и једнострано, тачније ауторитативно. Равноправност која постоји при настанку правног односа касније нестаје и бива замењена, у већој или мањој мери, неравноправношћу уговорних страна, карактеристичном за управноправне односе.

Када се у правној теорији, нарочито немачкој, каже да управни уговор ствара управноправни однос, онда то значи да се правни режим управног уговора исувише

⁷⁰² Д. Милков, „Експропријација – између приватног и јавног“, р. 45.

поједностављује. Један сложен правни однос посматра се упрошћено и једнострано. Истовремено, неоправдано се проширује појам управноправног односа. Ако се управноправни односи заснивају и ауторитативно и споразумно, по чему су онда специфични? По чему се онда разликују од грађанскоправних односа? Овако проширен, појам управноправног односа губи своја суштинска обележја и поприма формални карактер. Ако је управноправни однос сваки правни однос у којем учествује управа, без обзира на то да ли заповеда странкама или се са њима споразумева, онда нам појам управноправног односа није ни потребан.

Правна природа управног уговора не може исправно да се одреди уколико се он посматра искључиво као правна установа управног права. То онда значи да се занемарује све оно што је у правном режиму управног уговора заједничко са грађанскоправним уговором. Разлика између грађанскоправног и управног уговора најчешће је разлика између правила и изузетка; то су два типа уговора, а не два различита појма.

Супротно од онога што је тврдио Ото Мајер, управни уговор није у потпуности одбацио своје грађанскоправно порекло. Уз нека нова и посебна правила, управни уговор задржао је и она стара, општа. Његов правни режим не сме да се посматра једнострано – он је мешовит; он не обухвата искључиво правила управног права, него и правила грађанског права, која су заједничка за све уговоре. Искључиво, у потпуности, управни уговор не припада ни управном ни грађанском праву.

Упркос томе, већина правних писаца управни уговор сврстава у управно право. Превагу обично односе јавни интерес и специфична овлашћења управе у односу на другу уговорну страну. Питање је, међутим, да ли ови елементи заиста претежу у правном режиму управног уговора и да ли су они довољни да се управни уговор смести у управно право. Нарочито је спорно да ли то може да се каже за све управне уговоре, у свим правним системима, без обзира на разлике које између њих постоје.

Стиче се утисак да се о припадности управног уговора управном праву закључује по аутоматизму, а не на основу пажљиве анализе његовог правног режима, како би се открило који су елементи у њему битни, или бар важнији од оних других. Ако се управни уговор закључује у јавном интересу, онда то аутоматски значи да нема слободе уговарања, да управа има посебна овлашћења, да уговорне стране нису равноправне. Не може да се каже да су овакви закључци нетачни, али су исувише упрошћени и олако изведени.

Да ли је заиста јавни интерес непосредно ангажован при закључењу сваког управног уговора? Чини се да је таква тврдња ипак претерана. Не закључује се сваки управни уговор како би се директно остварио јавни интерес. Јавни интерес јесте ангажован, али не у тој мери да би управа правни однос могла да успостави ауторитативно, без обзира на вољу друге стране. Наравно, то не значи да јавни интерес није заштићен. Ако се деси да јавни интерес директно буде угрожен, управа има могућност да иступи ауторитативно, упркос томе што је правни однос настао споразумно.

Зато тај правни однос и јесте сложен, мешовит. У време његовог настанка, јавни интерес нема превагу над интересом странке. Управа иступа као једна од уговорних страна и ништа не заповеда. У току трајања правног односа, међутим, управа не сме да дозволи да јавни интерес буде угрожен или повређен и зато добија посебна овлашћења. Каже се обично да су то једнострана овлашћења. Делује ипак да су она и нешто више од тога. Једнострана овлашћења не би била специфична за управне уговоре, она постоје и код грађанскоправних уговора. Овде се ради о томе да управа иступа ауторитативно и доноси управни акт, којим одлучује о даљој судбини управног уговора. Отуда је погрешно када се ова овлашћења припишу дејствима самог уговора. Она не произлазе из уговора, него из управног акта који се доноси у овој сложеној ситуацији. Када користи своја посебна овлашћења, управа не иступа као једна од уговорних страна, иступа као вршилац управне делатности. Као уговорна страна, управа је равноправна са својим сауговорачем; као вршилац управне делатности – није.

Када говоримо о слободи уговарања, онда такође морамо да будемо веома опрезни. Ограничена слобода уговарања није карактеристична само за управне уговоре. Бројна органичења слободе уговарања постоје и код грађанскоправних уговора. Ако при закључењу уговора ни приватна лица немају потпуну слободу, онда не треба да нас чуди то што такву слободу нема ни управа. У оној мери у којој слобода уговарања удаљава управни од грађанскоправног уговора, она га и приближава, јер нам показује да разлика између њих није квалитативне природе, него квантитативне.

У томе и јесте проблем. Оно што се означава као специфичност управног уговора најчешће то није, јер постоји и код грађанскоправног уговора. Чини се да би у правном режиму управног уговора подједнако убедљиво могло да се говори и о претежности грађанскоправних елемената. Ако не о претежности, онда бар о томе да

су подједнако битни као и управноправни. Ако дамо превагу једнима, онда то значи да неоправдано занемарујемо оне друге, подједнако важне. Она правила која се примењују као општа, када год нема посебних, не могу да се сматрају мање важним. Напротив, општа правила нам о правној природи управног уговора говоре више него она посебна.

Упркос дугом разматрању правне природе управног уговора, правна теорија се није много удаљила од спора који су започели Диги и Жез. Њихово основно питање може и данас да се постави: да ли је управни уговор само „обичан“ уговор, или је нешто више од тога? Нажалост, ни Диги ни Жез нису успели да одговоре на ово питање, бар не на задовољавајући начин. И један и други били су у праву, али делимично.

Диги је у праву када каже да сваки уговор има иста обележја. Сваки уговор је двострани правни акт – израз сагласности воља уговорних страна. Није у праву, међутим, када негира чињеницу да за управне уговоре важе и нека посебна правила. Жез је то исправно приметио, али није успео да објасни како та посебна правила, која у правни однос између уговорних страна уносе неједнакост и неравноправност, могу да се помире са појмом уговора. По мишљењу аутора овог рада, ни Жез ни многи каснији правни писци нису успели да помире ову противречност зато што су исувише изједначавали управни уговор са правним односом који се њиме заснива.

Ова грешка веома је уобичајена у правној теорији, не само управног права, него и грађанског. Толико је честа и уобичајена, да се скоро и не примећује. О уговору се редовно говори као о уговорном односу – између њих се ставља знак једнакости. У наставку оваквог размишљања, следи да је уговор исто што и целокупна садржина правног односа: уговор је сама облигација, сам правни однос.

Колико год уговор био везан за правни однос, он са њим не сме да се изједначи. Уговор ствара правни однос, мења га или укида. Уговор је правна чињеница, од које зависи настанак, промена или престанак правног односа. Уговор не може да буде сам тај правни однос, као што ни управни акт не може да буде исто што и управноправни однос. Уговор је једна од правних чињеница које утичу на садржину правног односа, али није једина. На садржину правног односа, створеног закључењем уговора, могу да утичу и друге правне чињенице.

Ако се управни уговор посматра као правна чињеница којом се заснива један правни однос, али не и као сам тај правни однос, онда постаје јасно како је могуће да тај однос настане на један начин, између равноправних субјеката, а промени се или

оконча као однос између неравноправних субјеката. Могуће је зато што на тај правни однос делују различите правне чињенице, различите изјаве воља. Однос је успостављен сагласношћу воља, уговором, али је измењен или укинут на ауторитативан начин, изјавом воље управе. Доношењем управног акта ауторитативно се утиче на садржину правног односа, а не уговора. Ако се каже да су управна овлашћења обележје самог управног уговора, онда се долази у немогућу позицију, у којој треба да се објасни како то управни акт може да буде део управног уговора. Управна овлашћења врше се доношењем управног акта, а управни акт не може да буде део неког другог правног акта. Он је посебна правна чињеница, која може да се посматра само са аспекта правног односа у целини, а не из угла уговора којим је тај правни однос створен.

Сложен и мешовит карактер, дакле, може да има само правни однос, али не и уговор. Једино правни однос може да буде уређен на мешовит начин, истовремено и нормама управног и нормама грађанског права. Правни односи могу да се повежу, помешају, али не и правне чињенице. Један правни акт не може да постане део другог правног акта, мењајући тиме његову правну природу. Другим речима, на мешовит начин могу да се уређују само правни односи; мешовите могу да буду само правне установе које уређују такве сложене правне односе.

Тиме долазимо до још једне уобичајене грешке, која је одговорна за противречну правну природу управног уговора. Грешка се састоји у томе што се управни уговор посматра као правна установа. Опет се бежи од суштине уговора и придаје му се смисао који његову правну природу чини спорном. Правна установа је скуп правних норми, један од елемената правног система. Правна установа уређује правне односе. Управни уговор је правни акт, правна чињеница. Њиме се правни односи заснивају, мењају или укидају. Као правна чињеница, управни уговор такође је уређен правним нормама, које могу да се сврстају у неку правну установу. Али он сам није та правна установа, као што није ни правни однос њоме регулисан.

Уколико управни уговор посматрамо као оно што он јесте, а не као оно што он није, онда се чини да ни проблем одређења његове правне природе више није толико тежак. Онда се чини да је управни уговор заиста „обичан“ уговор, јер другачији уговор ни не постоји. Као правни акт, као правна чињеница, управни уговор има иста обележја као и сваки други уговор. Међу њима нема никакве разлике.

Само ако управни уговор посматрамо шире од тога, као правни однос у целини, онда у њему можемо да видимо и нешто више од „обичног“ уговора. Онда у њему

можемо да видимо и специфична овлашћења управе и неједнакост уговорних страна. Уколико га посматрамо као правни акт, као правну чињеницу, онда лако увиђамо да све оно што се дешава након закључења уговора не може са њим да се изједначи. Онда лако увиђамо да су специфична овлашћења управе заправо дејства управног акта, а не самог уговора, да их управа не врши као уговорна страна, већ као носилац власти и вршилац управне делатности.

Када управни уговор посматрамо као правни акт, онда нам је јасно да он не може никако да буде мешовит, не може никако да буде двостран и једностран у исто време, ауторитативан и неауторитативан. Таква противречност могућа је једино ако под уговор подведемо и касније изјаве воља, које мењају или укидају његово правно дејство. Међутим, те касније изјаве воља, биле оне једностране или двостране, ауторитативне или неауторитативне, представљају посебне правне акте. Као посебни правни акти, они не могу да се помешају са неким другим правним актом, нити да промене његову правну природу.

Као правни акт, управни уговор није посебан уговор, то је уговор као и сваки други. Он нема мешовиту правну природу, а још мање може да се сврста у правне установе управног права. Мешовиту правну природу, међутим, имају правни односи на које утиче закључење управног уговора и правне установе које те сложене правне односе регулишу. Управни уговор је један од елемената мешовитих правних усанова и то онај грађанскоправног карактера. Као што управни акт представља други елемент, управноправног карактера. Специфичности правног односа заснованог управним уговором произлазе одатле што је тај правни однос уређен како нормама грађанског права тако и нормама управног права.

Као илустрација за ову тврдњу могу да послуже било који уговори, за које се уобичајено тврди да су управни. На пример, уговори о концесијама, јавним набавкама и сл. Грешка о којој је претходно било речи састоји се у томе што се ставља знак једнакости између уговора о концесији и саме концесије; између уговора о јавној набавци и саме јавне набавке. Правне установе, међутим, нису уговори о концесијама и јавним набавкама, него концесије и јавне набавке. Правна природа концесија и јавних набавки, као мешовитих правних усанова, може да буде спорна, али правна природа уговора не би требало да буде. Можемо да говоримо о томе да концесије и јавне набавке имају претежно управноправну или грађанскоправну природу, али не можемо у том смислу да говоримо о уговору. Његова правна природа остаје иста. Уговор о јавним набавкама, примера ради, у основи је исти као

и уговор о купопродаји. Разлика није у карактеру уговора, него у карактеру правне установе. Купопродаја, за разлику од јавне набавке, није правна установа мешовитог карактера, већ установа грађанског права.

Када се ствари поставе на право место и доведу у прави контекст, онда може да се објасни и оно што је од самог почетка спорно. Када се управни уговор схвати као део мешовитих правних установа, онда може да се објасни зашто се спорови између уговорних страна решавају као посебни, управни спорови – пред посебним, управним судовима. Правна заштита у сложеним правним односима не мора да буде уређена одвојено; може да буде уређена и јединствено. Уколико у мешовитој правној установи претежу управноправни елементи, онда је потпуно разумљиво и то што се правна заштита остварује на онај начин који је карактеристичан за управноправне односе.

Закључак

Када се говори о управном уговору, онда се уобичајено полази од идеје да се у мноштву уговора које закључује управа издваја и једна специфична категорија, различита од осталих по томе што је подведена под посебан правни режим. Посебност правила о управном уговору огледа се у томе што она припадају управном праву; у томе што се њима, у основи, уређује вршење управне делатности.

Ова идеја, као и сам израз „управни уговор“, француског је порекла. Временом је прихваћена и у другим правним системима. У неким од њих прихваћена је и француска терминологија, док су у другима за овај акт управе осмишљени другачији називи. Од неусаглашене терминологије већи проблем представља спорна суштина управног уговора. Она долази отуда што се правни режим који важи за управни акт одједном проширује и на акте уговорног карактера. Такав спој неизбежно је довео до тога да се правни писци запитају са чим то имају посла и какав је то акт који обједињује оно што на први поглед не може да се обједини.

Суочени са потребом да дефинишу и објасне управни уговор, правни писци почињу да заузимају различите ставове, ослањајући се при томе на један још старији проблем – деобе права на јавно и приватно. У зависности од тога да ли ову деобу прихватају, или не, почињу да се изјашњавају и о управном уговору. Они аутори који се не слажу са овом деобом, не слажу се ни са постојањем управног уговора. За њих, он је само „обичан“ уговор, зато што другачији уговор ни не постоји.

До истог закључка о постојању управног уговора, међутим, долазе и они аутори који право деле на јавно и приватно – али начелно, не и онда када је у питању појам уговора. Према њиховом мишљењу, уговор је увек приватноправни појам, неспојив са појмом јавног права. Оно што се назива управним уговором не може никако да буде уговор, може да буде једино управни акт, донет уз учешће странке.

Гласови против управног уговора остали су ипак у мањини. Већина писаца потврђује његово постојање и не мисли да је појам уговора неспојив са појмом јавног права; не мисли да је управни уговор логичка грешка, противречност. Већина писаца полази од тога да је уговор општи правни појам, подједнако примењив и у области приватног и у области јавног права.

Сажето гледано, спор око правне природе управног уговора дошао је више до изражаја у немачкој и аустријској правној теорији, него у француској. Немачки и

аустријски аутори дуго су се опирали управном уговору, инспирисани схватањем свог цењеног учитеља, Ота Мајера. У француској теорији постојање управног уговора је општеприхваћено. Леон Диги, једно од највећих имена француске правне теорије (а и правне теорије уопште), остао је усамљен у борби против управног уговора. Јасну превагу однео је став његовог ученика, Гастона Жеза, у корист управног уговора и посебног, јавноправног режима, намењеног овом акту управе.

Проблем је и настао због тога што је правна теорија управни уговор често посматрала као теоријску конструкцију – могућу или немогућу – уместо да се бави његовим правним режимом. До правне природе управног уговора може да се дође само на основу његовог правног режима, а не на основу априорних ставова о могућности или немогућности његовог постојања.

Нажалост, о правном режиму управног уговора може да се говори једино условно, с обзиром на то да он у различитим правним системима није уређен једнообразно. Сваки покушај стварања јединственог режима, био би Прокрустова постеља за управне уговоре у појединим правним системима. Најчешћа грешка састоји се у томе што се карактеристике француског управног уговора представљају као опште карактеристике. Једино уопштавање које би могло да се изврши, али веома опрезно и уз свест о томе да оно има релативну и ограничену вредност, било би издвајање два основна модела управног уговора – француског и немачког.

Француски модел управног уговора, заснован на идеји о надмоћној позицији управе у односу на њеног саговорача, створила је судска пракса. Суштину правног режима француског управног уговора чине правила о неједнакости уговорних страна и посебна овлашћења која управи гарантују могућност једностраног утицаја на садржину уговора.

Немачки модел управног уговора (јавноправног уговора) створио је законодавац и то оним законом који уређује општи управни поступак. Немачки управни уговор замишљен је као један од два основна начина вршења управне делатности, поред управног акта. Заснива се на посебном предмету уговора, али не и на надмоћности управе у односу на другу уговорну страну.

Нормирање управног уговора законом који уређује општи управни поступак предлаже се и у аустријској правној теорији. Док се то не деси, аустријски управни уговор заснива се на тези о „несамосталном извору права“, створеној у судској пракси. Као „несамосталан извор права“, управни уговор не може да се одвоји од управног акта. Доношење управног акта претпоставка је за вођење управног спора и

једини пут за остваривање правне заштите у уговорном односу. Карактер управног уговора није се битно променио ни након велике реформе аустријског управног судства, праћене проширењем предмета управног спора.

Управни уговор не може да се одвоји од управног акта ни у хрватском праву. Закључује се ради извршења права и обавеза створених претходно донетим управним актом, под условом да је његово закључење изричито прописано неким посебним законом. Посебним у односу на хрватски Закон о општем управном поступку, у који су и унете ове начелне одредбе о управном уговору. Хрватски управни уговор у основи се заснива на немачком моделу, али од њега и одступа, у два правца. С једне стране, могућност његовог закључења много је ужа него код немачког управног уговора, будући да се везује за изричито законско овлашћење, какво се не тражи у немачком праву (тражи се у аустријском праву), и за извршење права и обавеза створених управним актом. С друге стране, правни режим управног уговора заснива се и на неједнакости сауговорача, карактеристичној за француско, а не немачко право. Хрватски управни уговор је једна мешавина за коју чак и тамошњи аутори кажу да је непотребна, имајући у виду начин на који је нормирана.

Хрватским управним уговором не бисмо се ни бавили, да његово нормирање није послужило као директан узор за нормирање управног уговора и у нашем праву. Управни уговор је и код нас уведен Законом о општем управном поступку. Такође условно, јер се и код нас за његово закључење тражи изричит правни основ – дат у неком посебном закону.

Из начина на који је управни уговор уређен, произлази да редактори нашег Закона о општем управном поступку нису уопште ни знали шта да ураде са овим правним актом. Знали су једино да желе да га уведу у наш правни систем по сваку цену и без обзира на све. Како би то урадили, били су спремни да мењају, проширују и обесмишљавају све оно што је домаћа правна теорија до сада постигла. Још већи проблем од тога је спремност да се у наш правни систем унесе потпуна конфузија и доведе до неуједначености правних прописа.

Да би управне уговоре некако уклопили у режим управног права, редактори нашег Закона о општем управном поступку морали су да прибегну формулисању нејасних правила и измишљању нових правних средстава – попут приговора. Резултат овако непромишљеног поступања је компликован правни режим управних уговора, који ни на који начин не побољшава правну заштиту странака. Само је

усложњава и успорава, супротно начелно прокламованој делотворности и економичности управног поступка.

Највећа замерка оваквом нормирању управних уговора у нашем праву тек следи: Законом о општем управном поступку прописан је правни режим за оне уговоре који у нашем правном систему уопште не постоје! Они уговори које редактори Закона о општем управном поступку наводе као пример управних уговора, то никако не могу да буду. Ни посебни прописи, ни судска пракса, не дају основу за закључак да су уговори о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама управни уговори. Посебни прописи и судска пракса дају основу за потпуно супротан закључак: управни уговори у нашем правном систему не постоје – они су измишљени. Посебан правни режим управних уговора постоји на папиру, али те одредбе не могу да се примене, зато што су оне измишљене без икаквог ослоња на наше важеће право. Нажалост по редакторе Закона о општем управном поступку, њихови страхови остварили су се у потпуности. Управни уговори остали су „мртво слово на хартији“; уведени су тако да су истовремено и обесмишљени.

Када се у обзир узме правни режим, онда се долази до закључка да појам управног уговора одговара појму уговора уопште. Управни уговор је двострани правни посао, који настаје као резултат сагласности воља управе и њеног сауговорача. Покушаји да се управни уговор представи као управни акт, или нешто треће – између уговора и управног акта – не могу да се прихвате. Они занемарују или мењају битна обележја управног уговора и зато су, једноставно речено, погрешни!

Све време говори се о посебном и специфичном правном режиму управног уговора. То, међутим, не значи да се он потпуно разликује од правног режима грађанскоправног уговора. Напротив, режим управног уговора ослања се на режим грађанскоправног уговора и то у великој мери; много већој него што они аутори који безрезервно заступају тезу о јавноправној природи управног уговора желе да признају. Готово све оно што се истиче као специфичност у режиму управног уговора може да се пронађе и код грађанскоправног уговора. Њихов правни режим не разликује се битно, разликује се по ономе што је карактеристично; по ономе што се јавља као правило и као изузетак.

Генерално посматрано, могло би да се каже да оно што највише раздваја управни уговор од грађанскоправног уговора истовремено приближава управни

уговор режиму управног акта. Међутим, подударност између режима управног уговора и режима управног акта мања је него што се то уобичајено мисли. До сличности између управног уговора и управног акта долази се на исти начин на који се долази до разлика између управног уговора и грађанскоправног уговора – површно и олако. Пажљиво проучавање указује на то да су сличности између управног уговора и управног акта неретко привидне и да између њих постоје суштинске разлике.

О правној природи управног уговора закључује се најчешће по аутоматизму, а не на основу пажљиве анализе његовог правног режима. Управни уговор се закључује у јавном интересу, што аутоматски значи да нема слободе уговарања, да уговорне стране нису равноправне, да управа има посебна овлашћења. Чак и ако прихватимо да ове тврдње нису потпуно нетачне, морамо да упозоримо на то да су оне исувише упрошћене. Нити се сваки управни уговор закључује ради непосредне заштите и остваривања јавног интереса, нити су уговорне стране увек неравноправне.

У карактеру посебних овлашћења управе крије се прва грешка у објашњењу правне природе управног уговора. Готово искључиво, говори се да су то једнострана овлашћења, која управа врши као један од сауговарача. Посебна овлашћења управе, међутим, нису само једнострана. Она су ауторитативна, а управа их не врши као једна од уговорних страна, већ као власт, у јавном интересу. Посебна овлашћења управе не произлазе из уговора, она се врше доношењем управног акта. Посебна овлашћења управе указују на то да је управни уговор повезан са вршењем управне делатности, али сâмо закључење уговора не спада у управну делатност.

По истом аутоматизму, управни уговор сврстава се међу установе јавног, односно управног права. У овом исказу тачно је једино то да се правна природа једне правне установе одређује њеним сврставањем у шире јединице систематизације права. Све остало је погрешно. На првом месту, основно питање није да ли управни уговор припада јавном праву. Ако се већ одређује правна природа једне правне установе, онда треба да је сместимо у најближу ширу целину, а то је грана права. Основно питање мора да буде да ли управни уговор припада управном праву.

Имајући у виду то да управно право уређује управноправне односе, одговор на претходно постављено питање може да буде једино негативан. Управноправни односи заснивају се на ауторитативан начин, доношењем управног акта. Правни однос заснован закључењем управног уговора није заснован на ауторитативан начин,

већ сагласношћу воља уговорних страна, што је карактеристично за грађанскоправне односе. Да ли то онда значи да управни уговор припада грађанском праву?

Када не би било посебних овлашћења управе, можда би одговор на ово питање и био позитиван. Овако, пошто управа може ауторитативно да утиче на садржину правног односа, одговор такође мора да буде негативан. Како је то уопште могуће? Могуће је зато што правни односи засновани управним уговором имају сложени карактер. У једном делу, они се појављују као односи између равноправних субјеката; у другом делу, они постају односи између надређених и подређених. Правна установа која уређује овакве сложене правне односе може да има само мешовити карактер. Она не припада искључиво ни управном ни грађанском праву; она је истовремено уређена и управним и грађанским правом.

Да ли је онда и управни уговор мешовита правна установа? Није, зато што управни уговор уопште није правна установа. Управни уговор је правни акт, правна чињеница, а не скуп правних норми. Као правна чињеница, управни уговор је уређен правним нормама, које припадају одређеној правној установи. Он сам, међутим, није та правна установа, као што није ни правни однос њоме регулисан.

У томе и јесте основни проблем при одређивању правне природе управног уговора. Он се погрешно изједначава са правним односом који настаје његовим закључењем. Када се каже управни уговор, онда се мисли и на све оно што се дешава после његовог закључења; онда се мисли на правни однос у целини. Између управног уговора и правног односа у целини, међутим, не сме да се стави знак једнакости. Управни уговор је једна од правних чињеница које утичу на правни однос. Као што на исти правни однос могу да утичу и друге правне чињенице, укључујући и управни акт. Захваљујући томе, правни однос и добија сложени, мешовити карактер.

Као правни акт и правна чињеница, управни уговор је „обичан“ уговор, као и сваки други. Специфичан није уговор, специфичан је правни однос који се њиме заснива, зато што на садржину тог правног односа могу да утичу правне чињенице различитог карактера. Специфична је и правна установа која уређује такве односе, јер је мешовита, јер је истовремено уређена и управним и грађанским правом.

Литература, извори права и судска пракса

1. Литература

- Авиани, Дамир: „Посебности управних уговора и њихове судске контроле у хрватском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 2/2013, 351-370.
- Авиани, Дамир; Ђерђа, Дарио: „Актуална питања правног уређења управних уговора у хрватском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 3/2011, 475-486.
- Adamovich, Ludwig K.; Funk, Bernd-Christian: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York, 1987.
- Антић, Оливер: *Облигационо право*, Београд, 2008.
- Apelt, Willibalt: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3/1959, 249-272.
- Борковић, Иво: *Управно право*, Загреб, 1984.
- Борковић, Иво: „Управни уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 2/1993, 417-434.
- Бребан, Ги: *Административно право Француске* (превела Катарина Дамјановић), Београд-Подгорица, 2002.
- Buddeberg, Theodor: „Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages“, *Archiv des öffentlichen Recht*, 1925, 85-161.
- Butterwegge, Georg: *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*, Berlin, 2001.
- Водинелић, Владимир: „Савремени појам грађанског права“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/1989, 71-104.
- Водинелић, Владимир: „Управни уговор – између прихватања и одбијања“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2113-2128.
- Водинелић, Владимир: *Грађанско право: увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, 2014.
- Водинелић, Владимир: *Јавно и приватно право*, Београд, 2016.
- Војковић, Горан: „Нови правни оквир концесија у Републици Хрватској“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/2014, 131-149.

- Гамс, Андрија: „Предмет грађанског права“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1950, 419-440.
- Гамс, Андрија: „Грађанскоправна норма: једна критика Келсеновог схватања о грађанском праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1959, 35-48.
- Гамс, Андрија: *Увод у грађанско право: општи део*, Београд, 1974.
- Glaser, Andreas: *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Tübingen, 2013.
- Дабић, Љубиша: „Јавно-приватно партнерство и концесије (у законодавству и правној теорији)“, *Правне норме у времену и простору*, Косовска Митровица, 2012, 49-74.
- Данић, Данило: „О административном уговору“, у: *Споменица Мауровићу: прилози посвећени Ивану Мауровићу од пријатеља, другова и ученика о шестогодишњици његова живота*, Прва књига, Београд, 1934, 101-115.
- Денковић, Драгаш: „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2/1970, 45-72.
- Денковић, Драгаш: „Јавна служба у француском управном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1970, 461-476.
- Денковић, Драгаш: „Савремени теоријски основи француског управног права и захтеви за преображај управе“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2/1971, 71-82.
- Денковић, Драгаш: *Добра управа* (избор текстова, редакција и предговор Ратко Марковић), Београд, 2010.
- Detterbeck, Steffen: *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München, 2015.
- Dewitz, Ralf Michael: *Der Vertrag in der Lehre Otto Mayers*, Berlin, 2004.
- Диги, Леон: *Преображају јавног права* (превео Живојин П. Ристић), Београд, 1998.
- Димитријевић, Павле: „Управно право као грана правног система“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3-4/1974, 327-357.
- Димитријевић, Павле: *Основи управног права*, Београд, 1983.
- Димитријевић, Павле; Марковић Ратко: *Управно право I*, Београд, 1986.

- Димитријевић, Предраг: „Извршење управних уговора“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2237-2252.
- Димитријевић, Предраг: „Нека отворена питања примене ЗУП-а“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 143-156.
- Доловић, Катарина: *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења* (докторска дисертација), Београд, 2014.
- Duguit, Leon: *Traité de droit constitutionnel*, Tome troisième: la théorie générale de l'état, Paris, 1923.
- Дудаш, Атила: „Преглед релевантне литературе о основу (циљу) уговорне обавезе у европско-континенталном (causa) и англосаксонском праву (consideration)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2009, 411-437.
- Дудаш, Атила: *Кауза облигационих уговора* (докторска дисертација), Нови Сад, 2011.
- Дудаш, Атила: „Правна релевантност циља уговора у немачком праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, 271-289.
- Дудаш, Атила: „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 197-214.
- Ђерђа, Дарио: „Уговор о концесији“, *Хрватска јавна управа*, 3/2006, 85-120.
- Ђулабић, Ведран: „Нови хрватски Закон о опћем управном поступку као полуга модернизације јавне управе“, *Хрватска јавна управа*, 2/2009, 307-316.
- Ђурђевић, Марко: *Раскидање или измена уговора због промењених околности* (магистарска теза), Београд, 1994.
- Ђуричић, Јована: „Јавни уговори код концесија с посебним освртом на концесије за пружање услуга“, *Услужни послови*, Крагујевац, 2013, 799-811.
- Eberhard, Harald: *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, Wien, 2005.
- Живановић, Тома: *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1977.
- Иванчевић, Велимир: „Теорија административног уговора: управноправни аспекти уговора о инвестиционим радовима југославенских подuzeћа у страним земљама“, у: *Инвестиције* (ур. Александар Голдштајн), Загреб, 1969, 71-87.
- Иванчевић, Велимир: *Институције управног права*, Загреб, 1983.

- Илић, Михаило: *Административно право и други радови* (Класици југословенског права, Књига 17), Београд, 1998.
- Imboden, Max: *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958.
- Jèze, Gaston: *Les contrats administratifs: de l'état, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, 1927.
- Jellinek, Walter: *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931.
- Јовановић, Слободан: *О држави: основи једне правне теорије*, Београд, 2011.
- Кавран, Драгољуб: „Управни уговори, обележја, врсте и развој“ *Правни живот*, 11-12/1993, 2103-2112.
- Капор, Владимир; Царић, Славко: *Уговори робног промета*, Нови Сад, 2000.
- Келзен, Ханс: *Чиста теорија права: увод у проблематику правне науке* (превео Данило Н. Баста), Београд, 2007.
- Келзен, Ханс: *Опита теорија права и државе* (превели Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић), Београд, 2010.
- Kelsen, Hans: „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1-3/1913, 53-98, 190-249.
- Кеча, Ранко: *Грађанско процесно право* (Приручници за полагање правосудног испита, Књига 7) Београд, 2009.
- Константиновић, Михаило: *Облигационо право* (према белешкама са предавања професора др. М. Константиновића), Београд, 1959.
- Корџић, Иван: *Administrative Procedures on the Territory of Former Yugoslavia*, Regional Workshop on Public Administration Reform and EU Integration, OECD SIGMA, Budva, 4-5. December 2005.
- Копрић, Иван: „Закон о опћем управном поступку и технолошко унапређење управе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу: тематски број посвећен Славољубу Поповићу*, Ниш, 2011, 43-75.
- Kormann, Karl: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910.
- Костић, Лазо М.: *Административно право* (Сабрана дела, други том), Београд, 2000.
- Крбек, Иво: *Управно право, I књига: уводна и основна питања*, Загреб, 1929.

- Крбек, Иво: *Управно право I* (по предавањима И. Крбека, Клуб слушалаца права), Загреб, 1938.
- Крбек, Иво: „Управно право и његово разграничење“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1951, 349-360.
- Крбек, Иво: *Одговорност државе за штету*, Загреб, 1954.
- Крбек, Иво: *Управни акт*, Загреб, 1957.
- Крбек, Иво: *Право југославенске јавне управе, III књига: функционирање и управни спор*, Загреб, 1962.
- Laband, Paul: „Dr. Otto Mayer, a. o. Prof. in Strassburg, Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Strassburg. K. J. Trübner. 1886. XIV u. 533 S. gr. 8°.“, *Archiv für öffentliches Recht*, 2/1887, 149-161.
- Langrod, Georges: „Administrative Contracts: a Comparative Study“, *The American Journal of Comparative Law*, 1955, 325-364.
- Лилић, Стеван: „Административни уговори и јавне службе“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2141-2152.
- Лончар, Зоран: „О нацрту Закона о општем управном поступку“, *Правна ријеч*, 35/2013, 425-443.
- Лончар, Зоран: „Предмет управног спора“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Нови Сад, 2014, 521-537.
- Лукић, Радомир Д.; са Будимиром Кошутећем, *Увод у право*, Београд, 1976.
- Маленица, Антун: *Римско право*, Нови Сад, 2003.
- Марковић, Лазар: *Грађанско право, Прва књига: општи део и стварно право*, Београд, 1927.
- Марковић, Лазар: *Облигационо право* (Класици југословенског права, Књига 15), Београд, 1997.
- Марковић, Ратко: *Управно право*, Београд, 2002.
- Martens, Joachim: „Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 4/1964, 429-471.
- Maurer, Hartmut: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011.
- Mayer, Otto: *Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band*, Leipzig, 1895.
- Mayer, Otto: „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge“, *Archiv für öffentliches Recht*, 1/1888, 3-86.

- Mayer, Otto: „Dr. Willibalt Apelt, Geheimer Regierungsrat und Privatdozent an der Universität Leipzig: Der Verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte. Leipzig, Felix Meiner 1920. 225 S.“, *Archiv des öffentlichen Recht*, 2/1921, 244-246.
- Mayer, Otto: *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. und II. Band, Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage, Berlin, 2004.
- Mewett, Alan W.: „The Theory of Government Contracts“, *McGill Law Journal*, 4/1958-1959, 222-246.
- Милков, Драган: *Појам управног акта* (докторска дисертација), Београд, 1983.
- Милков, Драган: „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1986, 490-504.
- Милков, Драган: *Слободан Јовановић о управи* (сепарат), Београд, 1991, 93-103.
- Милков, Драган: „О управном уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 1-2/1994, 23-33.
- Милков, Драган: „Михаило Илић о управном уговору“, у: *Правна и политичка мисао Михаила Илића*, Београд, 1995, 238-243.
- Милков, Драган: *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад, 2011.
- Милков, Драган: „Експропријација – између приватног и јавног“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 43-62.
- Милков, Драган: *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад, 2013.
- Милков, Драган: „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку: корак напред или десет у страну?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, 85-99.
- Милков, Драган: *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад, 2017.
- Милков, Драган; Радошевић, Ратко: „Неке новине у Закону о општем управном поступку: 'управно поступање'“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, 733-752.
- Миловановић, Добросав: „Визионарска мисао професора Славољуба Поповића о управним уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу: тематски број посвећен Славољубу Поповићу*, Ниш, 2011, 113-135.
- Миљевић, Дражен: „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017, 521-539.

- Митровић, Драган: *Теорија државе и права*, Београд, 2010.
- Morand-Deville, Jacqueline; Bourdon, Pierre; Poulet, Florian: *Droit administratif, s. l.*, 2017.
- Николић, Душан: *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2013.
- Никшић, Саша: „Правна средства за побијање неваљаних правних послова – остваривање преображајног права или конститутивна тужба“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 3-4/2015, 361-386.
- Pakeerut, Worachet: *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, Berlin, 2000.
- Перовић, Слободан: *Облигационо право*, Књига прва, Београд, 1980.
- Петровић, Милан; Прица, Милош: „Управни уговор као проблем правне науке и позитивног права: управни акт, уговор, управни уговор“, *Људска права између идеала и изазова садашњости*, Косовска Митровица, 2016, 687-700.
- Познић, Боривоје: *Грађанско процесно право*, Београд, 1995.
- Поповић, Славољуб: *Управно право: студије и чланци*, Београд, 1973.
- Поповић, Славољуб: *Управно право: општи део*, Београд, 1982.
- Поповић, Славољуб: „Специфичности управних уговора у романском праву“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2163-2181.
- Поповић, Славољуб: „О потреби увођења института управних уговора у наше право“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-3/1996, 525-537.
- Протић, Божидар: „Надлежност Државног савета код уговора по Закону о државном рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, 2/1929, 99-118.
- Радовановић, Љубомир: „Надлежност Државног Савета у споровима, потеклим из уговора, закључених са државом: Одељак Б. Уговори и набавке, зак. о држ. рачуноводству.“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1925, 319-325.
- Радовановић, Љубомир: „Управни уговор“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1926, 281-298.
- Радовановић, Љубомир: „Уговори и набавке према Закону о државном рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1935, 23-41.
- Радошевић, Ратко: „Системи судске контроле управе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 459-473.
- Радошевић, Ратко: „Организација управног судства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2014, 407-425.

- Радошевић, Ратко: „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку Републике Србије“, *Правна ријеч*, 46/2016, 325-342.
- Radošević, Ratko: “Discretionary Administrative Acts in the Field of Weapons and Ammunition”, in: *Dani Arčibalda Rajsa*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Том II, (glavni i odgovorni urednik Dragana Kolarić), Beograd, Kriminalističko-policijska akademija, 2016, 250-257.
- Raschauer, Bernhard: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 2017.
- Rivero, Jean: *Droit administratif*, Dalloz, 1965.
- Сагадин, Стеван: „Уговори и набавке према закону о државном рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1935, 287-295.
- Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840.
- Салма, Јожеф: „Форма облигационих уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3/1983, 203-222.
- Салма, Јожеф: *Облигационо право*, Нови Сад, 2005.
- Spannowsky, Willy: *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin, 1994.
- Станичић, Фране: „Контрола над склапањем управних уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/2016, 232-252.
- Станковић, Гордана; Старовић, Боривоје; Кеча, Ранко; Петрушић, Невена: *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002.
- Станковић, Обрен; Водинелић, Владимир: *Увод у грађанско право*, Београд, 1996.
- Становчић, Војислав: *Политичка теорија*, Том I, Београд, 2008.
- Stein, Ekkehart: „Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2-3/1961, 320-331.
- Стјепановић, Никола: *Административно право ФНРЈ: општи део*, Београд, 1954.
- Scosa, Franco Gaetano: *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014.
- Тасић, Ђорђе: „О слободној оцени (дискреционој власти)“, *Архив за правне и друштвене науке*, 5/1927.
- Тасић, Ђорђе: *Проблем оправдања државе* (Класици југословенског права, Књига 10), Београд, 1995.

- Тасић, Ђорђе: *Одговорност државе по принципу једнакости терета*, Београд, 1996.
- Томић, Зоран: „Правна природа управних уговора“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2129-2140.
- Томић, Зоран: „Дискрециона оцена у управном праву“, *Правни живот*, 10/2006, 289-302.
- Томић, Зоран Р.: *Управно право*, Београд, 1991.
- Томић, Зоран Р.: *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010.
- Томић, Зоран Р.: „Управни уговори: елементи правног режима у Србији“, *Правни живот*, 10/2017, 249-265.
- Томић, Зоран Р.: *Опште управно право: организационо, материјално, процесно*, Београд, 2018.
- Трива, Синиша: *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1983.
- Turegg, Kurt Egon von; Kraus, Erwin: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlin, 1962.
- Fleiner, Fritz: *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1913.
- Forsthoff, Ernst: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Erster Band: allgemeiner Teil, München-Berlin, 1966.
- Friedmann, Wolfgang Gaston: „Public and Private Law Thinking: the Need for Synthesis“, *Wayne Law Review*, 3/1959, 291-302.
- Црнковић, Матеја: „Управни уговори у посебном законодавству Републике Хрватске“, *Хрватска и компаративна јавна управа*, 4/2014, 1035-1056.
- Цуцић, Вук: *Управни спор пуне јурисдикције: модели и врсте*, Београд, 2016.
- Шикић, Марко; Станичић, Фране: „Правна нарав уговора о концесији“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 2/2011, 419-441.
- Waline, Marcel: *Droit administratif*, Paris, 1959.
- Wolff, Hans J.: *Verwaltungsrecht I*, München, 1968.

2. Извори права и судска пракса

- Bundes-Verfassungsgesetz, *BGBI.*, Nr. 1/1930, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz *BGBI.* I Nr. 22/2018.
- Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, *BGBI.*, Nr. 65/2018.

- Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBL.*, I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018, *BGBL.*, I S. 1151, geändert worden ist.
- Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991, *BGBL.*, I S. 686, die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. Juli 2018, *BGBL.*, I S. 1151, geändert worden ist.
- Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003, *BGBL.*, I S. 102, das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 2 des Gesetzes vom 18. Juli 2017, *BGBL.*, I S. 2745, geändert worden ist.
- Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.
- Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.
- Закон о опћем управном поступку, *Народне новине*, бр. 47/09.
- Закон о управним споровима, *Народне новине*, бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16 и 29/17.
- Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016.
- Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015.
- Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016.
- Опћи порезни закон, *Народне новине*, бр. 115/16.
- Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године), 23. фебруара 2012. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120
- Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године), 18. децембра 2013. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=201834
- Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 195. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014. године), 2. фебруара 2016. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=257741

- Пресуда Управног суда, 23 У 8878/12 од 22.01.2013.
- Пресуда Управног суда, 3 У. 10128/11 од 23.05.2013.
- Пресуда Управног суда, 6 У.12539/12 од 03.10.2013.
- Пресуда Управног суда, 6 У.9970/13 од 03.10.2013.
- Пресуда Управног суда, III-27 У. 8273/11 од 19.02.2014.
- Пресуда Управног суда, 25 У. 10830/13 од 26.03.2015.
- Решење Управног суда, 9 У 17500/12 од 08.02.2013.
- Решење Управног суда, 8 У. 5356/14 од 15.04.2014.
- Решење Управног суда, III-11 У. 8346/14 од 03.09.2014.
- Решење Управног суда, 14 Ув. 238/14 од 19.09.2014.
- Решење Управног суда, 10 Ув. 201/14 од 17.10.2014.
- Управни суд, *Билтен судске праксе бр. 7*, Београд, 2017.