

Дражен Миљич¹

Прегледни чланак

ПРОБЛЕМ ИДЕНТИФИКОВАЊА УПРАВНИХ УГОВОРА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ

doi: 10.7251/GOD1739179M

Резиме: *Управни уговор представља савремени облик управног дјеловања којим се задовољавају потребе од јавног интереса. У упоредном праву ужива репутацију института који ријешава управне проблеме који се, између осталог, огледају у недостатку новчаних, кадровских и стручних ресурса за обављање текућих административних задатака. Ипак, његова улога ни данас није прецизно одређена. У свом профилисању овај институт се суочавао са многим оспоравањима која до данас нису занемарена. У упоредном праву не постоји сагласност око конститутивних елемената овог правног института. Стога, овај рад указује на неке проблеме који се јављају у француском праву приликом његовог препознавања.*

Кључне ријечи: *управни уговор, јавне службе, јавни интерес, правни режим.*

УВОД

Управни уговор можемо дефинисати као двострани правни посао закључен између јавне управе и других физичких или правних лица, који је, у циљу испуњења јавног интереса, дефинисан посебним правним режимом. Као посебан правни институт, настао је у Француској крајем XIX и почетком XX вијека. Само постојање, као и проблем одређивања правне природе управних уговора тема је многих расправа. Постојали су и аутори који су негирали његово постојање. За примјер ћемо навести Дигија, који

¹ Доктор правних наука, Универзитет у Бањој Луци. drazen.miljic@unibl.rs

је тврдио сљедеће: „Ако је држава по својој дефиницији суверена личност, она има тај карактер, ту правну личност у свим аспектима које врши, како у уговорним тако и у једностраним актима. Према томе, држава не може бити везана једним уговором, јер ако је везана, њена правна личност ће бити потчињена другој, а пошто суверену вољу одликује баш то да није потчињена ниједној другој вољи, она би на тај начин престала да буде суверена“.² Данас не постоје аутори који заступају Дигијеве ставове.

Управни уговор представља само једну врсту уговора које јавна управа закључује. Постоје уговори које закључује управа (*contrat de l'administration*), за које важе правила грађанског права, односно који спадају под надлежност редовних судова,³ и управни уговори (*contrat administratif*), који су регулисани посебним правним режимом и чије спорове рјешавају управни судови.⁴ Треба истаћи да се и управни уговори, као акти управе, ослањају на уговорне принципе грађанског права и да не постоји радикални раскол између ових уговорних режима.

Већина данашњих управних уговора била је под јурисдикцијом редовних судова. Наиме, у XIX вијеку, институт управног уговора није постојао као самостална категорија. У овом периоду се сматрало да држава своју дјелатност доминантно врши путем аката власти који представљају једностране акте – наредбе, а осликавају односе неједнакости и подређености приватног лица управи (*actes de puissance publique, actes d'autorité, actes de commandement, actes administratifs*). Акти које доноси управа, а који нису били под овим режимом, јесу тзв. акти пословања (*actes de gestion*). У ту групу аката спадају уговори које закључује управа и који су подвргнути правилима приватног права. Изузеци су били једино уговори који су законском нормом (*les contrats administratifs per détermination de la loi*)⁵ проглашени „управним“ и стављени у надлежност управних судова. Ситуација се измијенила када се јавноправни карактер акта престао одређивати на основу критеријума једностраности и подређености лица јавној власти,

2 Леон Диги, *Преображаји јавног права*, (Београд: 1998). 122–123.

3 У такве уговоре спадају купопродајни уговори, уговор о закупу, међународни уговор о сарадњи и сл.

4 У француској литератури, овај однос је кратко описан на сљедећи начин: „Сваки административни уговор је уговор администрације, али није сваки уговор администрације уједно и административни уговор“. Rivoir Jean, *Droit administrative*, 2^{Ed.}, (Paris: 1962). 98.

5 Примјер уговора који је законском нормом категорисан као управни јесте уговор о јавним радовима, и то према „Закону од 28 плувиоза године VIII“ (ради се републиканском мјесецу који траје од 28. јануара до 18. фебруара, док је година VIII -1799). Видјети: P. L. Frier, *Precis de droit administratif*, (Montchresten: 2003). 328.

односно када се почео везивати за појам јавне службе.⁶ Велику улогу у развоју управних уговора у француском праву одиграо је и највиши управни суд, Државни савјет.⁷ У том правцу је дјеловала и револуционарна одлука овог суда у случају „*Terrier*“, којом је Државни савјет заузео став да управни уговор треба да спада у надлежност управног судства, и то не по опредјељењу закона, већ и по својој природи, имајући у виду да се управни уговори закључују ради функционисања јавних служби.

Из наведеног се може закључити да је развој управних уговора у Француској производ упоредног дјеловања законодавца и судске праксе. Ради се о два система стварања са традицијом дужом од једног вијека, која су најаутентичније изградили концепт управног уговора у свијету. Законско дјеловање подразумијева доношење појединачних прописа који регулишу одређене врсте уговора управе као *lex specialis*. Судска пракса, рјешавајући спорове настале из управних уговора, попуњава празнине које су учињене приликом нормирања појединих врста уговора.⁸ Тако су створени поједини институти који су страни уговорима приватног права, а прилагођени потребама континуираног дјеловања јавних служби.⁹ Са једне стране дјеловање судске праксе је утицало на усавршавање овог управног института док је са друге стране стварало један вид несигурности јер су поједини уговори добијали епитет управних тек када дође до спора између уговорних страна које би рјешавао надлежни суд. Сврставање појединих споразума у категорију управних уговора за странке би повлачило другачији правни положај.

Као разлог настанка управног уговора у француском праву наводи се неповјерење које је имала револуционарна млада буржоазија према редовним судовима, који су сматрани институцијама феудалног режима. У циљу заштите створеног стања, револуционарно законодавство је жељело да успостави јаку управну власт и да, спроводећи досљедно принцип подјеле власти, онемогући редовним судовима вршење контроле над радом уп-

6 Видјети: Владимир Водинелић, *Јавно и приватно право*, докторска дисертација, (Београд: 1986). 181.

7 Највећи број управних уговора, због њихове правне природе, одредила је судска пракса јер је стварала критеријуме на основу којих су се поједини споразуми издвојили као управни уговори. Више о томе види: Ch. Debbach, *Institutiones et Droit Administratif*, (Paris: Presses Universitaires de France 1978). 157.

8 Упореди: С. Ionas, *The administrative agreement as a legal form for public services in comparative and roman law*, Socialsciences – Law, No 1, (Universitu Brasov: 2012). 104.

9 У овом случају, мисли се на сљедеће теорије: *La théorie du fait du Prince* (теорија једностране измјене уговора у јавном интересу од стране јавноправног лица као стране уговорнице), *La théorie Imprévision* (теорија непредвидљивости) и сл.

раве.¹⁰ У овом периоду, али и касније, контролу над радом управе остварио је Државни савјет, који је, поред судске, имао и управне функције. У том смислу, поред судске, осигурана је и управна контрола органа управе.

Постојали су и други разлози који су довели до стварања института управног уговора. Један од њих је да се држава и друга јавна тијела нису могла, приликом обављања својих дјелатности, служити искључиво „јачом вољом“.¹¹ Наиме, управни акт, као традиционално средство управног дјеловања, никада није био одговарајуће средство за обављање све разноврсних и бројнијих управних послова. Појавила се потреба за сарадњом са другим, како јавним, тако и приватним субјектима, у циљу остваривања управних задатака.¹²

Данас, као инструмент којим се формира споразумни однос, управни уговор је нашао своје мјесто у систему аката управе, међу којима су најзначајнији: једнострани ауторитативни акти, једнострани акти пословања, двострани акти пословања по приватном праву и двострани акти који су подвргнути режиму јавног права.¹³ Очигледно је да управни уговори припадају посљедњој категорији аката управе.

ЕЛЕМЕНТИ ПРЕПОЗНАВАЊА

Управни уговори су подвргнути посебном правном режиму, другачијем од оног који важи за уговоре грађанског права. Један правни однос је подвргнут „посебном правном режиму“ када је регулисан посебним правним нормама које се разликују од норми општег права. Међутим, треба истаћи да свако одступање од општег случаја које је прописано неком посебном нормом не представља и „посебан правни режим“. Да би постојао посебан правни режим, одступања морају бити и довољно бројна и довољно

10 Тако се у литератури наводи Закон од 16–24. августа 1790. године, који је искључио могућност судске контроле над законитошћу управног дјеловања. Видјети: В. Nicolas, *The French Law of Contracts*, Clarendon Press, (Oxford: 1996). 24.

11 У том смислу, управни уговор представља институт који ће помирити дејства управног акта и уговора грађанског права јер представља „средњи пут“, који није превише ауторитативан, али ни превише благ за остваривање управних послова. Упореди: Велимир Иванчевић, *Институције управног права*, (Загреб: 1983). 72.

12 Упореди: Славољуб Поповић, „Специфичности управних уговора у француском праву“, *Правни живот*, бр. 11–12/1993, (1993). 2163.

13 У француској литератури истиче се да су акти пословања термин прошлости, али да је и даље одржана теза о управном уговору као средњем путу између управног акта и уговора приватног права. Видјети: Велимир Иванчевић, *Теорија административног уговора*, (Загреб: Инвестиције, Информатор, 1960). 71–87.

значајна.¹⁴ У Француском праву не постоји пропис који садржи дефиницију и општа правила која би била универзална за све врсте управних уговора. Овај недостатак ствара проблем приликом препознавања управних уговора у правном промету.

Судска пракса покушава одговорити на овај недостатак стварајући критеријуме препознавања управног уговора у конкретном случају. У том смислу, према судској пракси, да би се један споразум одредио као управни уговор битно је сљедеће: а) да се уговор закључује поводом вршења јавне службе,¹⁵ б) да садржи уговорне клаузуле које су стране другим врстама уговора,¹⁶ и ц) да једна уговорна страна буде представник јавне власти.¹⁷ Међутим, није прецизно дефинисано да ли се ови критеријуми у сваком случају морају кумулативно испунити. Посебан проблем представља што ниједан од наведених критеријума није поуздан и дефинисан до краја, односно сваки од њих трпи бројне изузетке и представљају временски промјенљиву категорију. У наставку рада ће се детаљније приказати проблеми који се појављују приликом примјене сваког од наведених критеријума.

1. УПРАВНИ УГОВОР И ЈАВНЕ СЛУЖБЕ

Циљ закључивања управних уговора је ефикасно вршење и функционисање јавне службе. Ово правило се не смије широко тумачити и није сваки уговор који је везан за јавну службу истовремено и управни уговор. Наиме, потребно је да уговором једна страна стиче одређено право или обавезу, дјелимично или потпуно, да непосредно обавља јавну службу. Јавна управа путем управног уговора настоји остварити сврху која је од већег друштвеног значаја. Та сврха се најчешће реализује путем функционисања јавних служби. Заједнички елемент за све системе у којима постоји управни уговор је да се он закључује у областима које су за државу од посебног (јавног) интереса. Према одлуци Државног савјета (од 4.10.1904. године, у случају „*Therond*“), уговор који је град закључио са појединцем који је за обавезу имао да хвата псе луталице, да их одводи у посебан објекат за њихов прихват и да одвози тијела уинулих животиња са градских улица, представља управни уговор јер се путем њега обављају услуге од ширег

14 Више о томе видјети: Павле Димитријевић, *Елементи правног режима комуналних делатности*, Научни скуп „*Правни положај комуналних делатности*“, (Београд: Српска академија наука и уметности, 1985). 143.

15 J. Rivero, *Droit Administratif*, (Paris: Daloz, 1971). 108.

16 M. Waline, *Droit Administratif*, 9 édition, (Paris: Sirey, 1963). 620.

17 J. M. Auby, *Droit Administratif spécial*, (Paris: Sirey, 1966). 28.

друштвеног интереса, а које су се у конкретном случају односиле на заштиту хигијене града.¹⁸ У том смислу, њихово поље примјене се, најчешће, сужава на области јавних служби преко којих држава задовољава своје потребе и захтјеве грађана. То значи да је појам јавне службе један од кључних елемената уопште у теорији управног права за разумијевање управног уговора. Управни уговори се не могу проучавати независно од овог појма.

У Француској се одувијек сматрало да се поједине јавне службе могу повјеравати приватном сектору.¹⁹ Историјски посматрано, постојала су различита схватања појма јавне службе, од политичког преко социолошког до правног. У управном праву, овај термин није најпрецизније дефинисан јер се различито схвата, односно некада се он поистовјећује са одређеним органом управе, понекад се посматра као дио административних активности или као једна активност или задатак.

Независно од схватања, циљ јавних служби је задовољавање јавног интереса. Међутим, у Француској поставља се питање када ће се једна дјелатност сматрати јавном службом. На ово питање је лако одговорити уколико један јавни субјект има задатак да обавља дјелатност од општег интереса, онда ту нема дилеме да се ради о јавној служби. Ријетко се доказује супротно, односно да активности које врше органи управе нису јавне службе.²⁰ Проблем настаје у ситуацијама када се одређене дјелатности обављају од стране других субјеката који су ван миљеа органа јавне управе а имају друштвени значај.

У оваквим ситуацијама неопходно је да такве дјелатности буду подвргнуте посебном правном режиму да би се сматрале јавном службом. Подвргнутост посебном правном режиму подразумијева да лице које обавља одређену дјелатност има овлашћења која су страна субјектима приватног права. У том смислу, лица приватног права приликом вршења јавне службе добијају на праву утемељена овлашћења да нормативно дјелују у одређеној друштвеној области, да изрекну поједине санкције и сл. Уколико нема наведених овлашћења, до вршења јавне службе неће доћи, чак и ако се, фактички, обављају исти послови. За примјер оваквог приступа се цитира случај

18 Видјети: *Consield Etat*, 4.10.1904 – *Therond*, Publié au recueil Lebon, N° 29373.

19 Још у XVI вијеку, долазило је до повјеравања јавних служби, односно приватници су стављали своје ресурсе на располагање владарима или су прикупљали порез за краљевски трезор. Детаљније о овом видјети: Ги Бребан, *Административно право Француске*, (Београд–Подгорица: 2002). 124–125.

20 Такав један случај се десио 1953. године, када је Државни савјет пресудио да организација коњских трка није била сматрана јавном службом иако ју је вршила општина. Види *Consiled' Etat*, 3.10.1953, случај „*Bossuyt*“.

„*Terrier*“, када је Генерални савјет обећао награду свим лицима која донесу убијене змије, како би поспијешо лов на штеточине у покрајини Saoneet Loira. У том смислу, довољно је да локални јавни колективитети обећају награду ловцима на штеточине, па да у конкретном случају постоји вршење јавне службе. Појединац може понудити исту врсту награде за убијене штеточине и општи интерес ће бити подједнак, али у посљедњем случају неће бити ријеч о јавној служби јер не постоји интервенција јавноправног органа.²¹ Међутим, ове активности могу постати јавна служба ако се тако пропише правним прописима и ако закон тим лицима да одређена овлашћења. Тако је и Државни савјет заузео став да је за стварање јавне службе кључно да „законодавац има намјеру“ да установи административну јавну службу чије вршење може бити повјерено и организацијама приватног права, са овлашћењима која та лица немају у свакодневним односима.²² Наведеном формулацијом Државни савјет се служи како би исказао став да појам јавне службе није сталан и да се он временом мијења, зависно од околности и од иницијативе законодавца. Посљедица оваквог става је правна несигурност при примјени овог критеријума јер се број јавних служби временом повећава а обим послова који врши јавни сектор има тенденцију раста. Све то ствара тешкоће при одређивању правне природе споразума који се закључују између јавне управе и других физичких и правних лица.

2. УПРАВНИ УГОВОРИ И ПОСЕБНЕ (ВАНРЕДНЕ) ОДРЕДБЕ (CLAUSE EXORBITANTE DU DROIT COMMUN)

У литератури се управни уговори често дефинишу као споразуми између јавне управе и других лица у којима се налазе одредбе које су стране приватном праву. Путем ових одредби уговорним странама се намећу обавезе или дају права која у оквиру приватног или трговинског права нико не би уговорио.

Ванредне клаузуле су један од највјеродостојнијих елемената на основу којих се одређени споразум категорично као управни уговор. Тако се у теорији управног права и у судским одлукама овакве клаузуле третирају као обилежје које је типично само са управне уговоре.²³ Ванредна клаузула је дио управног уговора која садржи норму која је страна уговорима

21 Видјети: Бребан, *Административно право Француске*, 122–125.

22 Више о томе видјети у пресуди *Consiel'd'Etat.*, 13.1.1961. године, случај „*Mognier*“.

23 Државни савјет је 11. маја 1956. године у случају „*Gondrandfrères*“ пресудио да је уговор који је закључен ради функционисања јавне службе уговор приватног права, осим ако не садржи ванредну клаузулу или ако не упућује на посебне услове уговора.

приватног права, а представља повластице за орган јавне управе у циљу обезбјеђивања несметаног функционисања јавних служби. У литератури се понекад њихово дефинисање поједностављује, па се одређују као ставке које јавној управи дају овлашћење за раскидање уговора у случају да друга уговорна страна закасни са извршавањем својих обавеза. Државни савјет је такву одредбу сматрао ванредном клаузулом иако се такве норме срећу и у уговорима приватног права.²⁴

Судска пракса третира ванредне клаузуле као одредбе којима се: а) дерогира примјена приватног права (*clause derogatoire sau droit commun*), б) дају прерогативи јавној власти које не познаје приватно право.²⁵ Међутим, Управни апелациони суд је у случају из 1995. године пресудио да ставка у управном уговору која је резервисала општини право на раскид уговора због тешких пропуста друге уговорне стране у извршењу обавеза не представља ванредну клаузулу у односу на опште право.²⁶ Суд за рјешавање сукоба надлежности је 1999. године донио одлуку којом је као ванредну клаузулу прогласио уговорну норму која је дала управи право да једнострано раскине уговор, иако друга уговорна страна није повриједила ниједну уговорну норму.²⁷

У литератури се срећу ставови да је функција ванредних клаузула да осигура управи право контроле над лицем које врши повјерене послове јавне службе, да изрекне казнену мјеру када се за то испуне услови, да утиче на цијену одређених услуга и сл.²⁸ Поред наведеног, уговорне одредбе које омогућавају јавној управи да замијени сауговорача ако потребе јавне службе то буду захтијевале, сматрају се ванредним клаузулама.²⁹

Иако се овим клаузулама стварају овлашћења за јавну управу, треба нагласити да оне постају дио уговора на основу сагласности воља обе уговорне стране.³⁰ У том смислу, оне нису једнострана категорија. Њиховим уговарањем, странке пристају да се на њихов уговорни однос примијени

24 Милан Петровић у сарадњи са Милошм Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, (Ниш: 2014).205.

25 Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, *Управни договори*, (Скопље: 2009). 77.

26 Видјети случај „Hohl“ од 11.10.1995. године.

27 Видјети случај: *UGAP c Société SNCA ctiv SCA*– 5.7.1999.

28 Упореди са: Michel Rousset et Oliver Rousset, *Droit administratif*, (Presses Universitaires de Grenoble, 2004). 173.

29 Овакви примјери су могући код концесиониране јавне службе како би се обезбиједило несметано и континуирано пружање јавних услуга.

30 Зоран Томић, *Јавна управа и управни уговори*, Право енергетике (зборник радова), (Београд: 2005). 300.

посебан правни режим.³¹ Због чињенице да постају дио уговора тек када уговорне стране пристану на њихову примјену, Ведел и Лобадер сматрају да ванредне клаузуле нису забрањене у приватноправним односима, али да су просто неуобичајене јер не одговарају природи таквих правних релација.

Стварање прерогатива путем ванредних клаузула у корист јавне управе има одређене границе. Јавна управа у управни уговор не смије уградити клаузулу која би била противуставна или незаконита.³² Такође, ако је законом одређена цијена појединих услуга, уговорни орган не може исту путем ванредних клаузула у било којем смислу дерогирати. Поред наведеног, постоје забрањене клаузуле које се не смију уносити у управне уговоре, али ни у друге врсте уговора које закључује управа. Тако је забрањено уговарати клаузуле које ће овластити треће лице да једнострано одлучује у одређеним управним стварима, јер је то искључива надлежност органа управе, која се не може преносити на трећа лица.

Колико је ванредна клаузула типична само за управни уговор говори и сљедећа дефиниција: „Ванредна клаузула је немогућ и необичан услов који је саставни дио управног уговора и која јавној управи даје овлашћење које нема еквивалента“.³³ Као доказ ове тезе навешћемо и сентенцу из говора некадашњег француског премијера Леона Блума: „Када се ради о уговору, треба истражити не који је предмет закљученог уговора, него какав је то уговор по својој природи. Да би административни судија био надлежан, није довољно да испорука која је предмет уговора касније буде коришћена за неку јавну службу. Потребно је да тај уговор, сам по себи и по својој природи, буде од оних уговора које само неко лице јавног права може закључити, да буде по својој форми и структури административни уговор (...). Оно што треба испитати јесте природа самог уговора, независно од лица које га је закључило и од предмета поводом којег је закључен“. У том контексту, Блум сматра да су ванредне клаузуле елемент који осликава природу управног уговора.³⁴

31 Georges Vedel, *Remarquessur la notion de clauseexorbitante*, (M. A. Mestre, 1956). 559; наведено према, Славољуб Поповић, *Специфичности управних уговора у романском праву*, Правни живот, бр. 11–12/1993 (Београд: 1993). 2167.

32 За примјер ћемо навести да се не смије уговорити ванредна клаузула која би предвидјела надлежност неког другог суда осим управног. У том смислу, забрањено је уговарање било каквих арбитража.

33 Видјети: I. Elbehery, *Théorie des contrats administratifs et marchés public internationaux*, (Université Nice: Sophia Antipolis, 2004). 133.

34 Текст доступан на страници: <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante/h/4390ceb41ebf0c9d38fc87d337686ee5.html>, (27. август 2015).

Иако представљају елемент који је типичан само за управне уговоре, поставља се питање како препознати ванредне клаузуле у конкретном случају. У француском праву, законодавац на ово питање није дао одговор. Судска пракса сматра да ванредне клаузуле постоје у оним ситуацијама када у уговору егзистирају одредбе које нису типичне за односе међу појединцима јер је укључен јавни интерес. Ово правило представља само смјерницу за њихово препознавање и тумачу одређеног уговора готово увијек отвара дилему приликом њиховог препознавања. У том смислу, произилази да је кључни субјект за препознавање ванредних клаузула суд јер он најчешће тумачи одређени уговор и утврђује постојање оваквих одредби. Уколико суд утврди њихово постојање у питању је управни уговор.³⁵ Међутим, судска пракса је често двосмислена по овом питању јер су се поједине одредбе категорисале као ванредне клаузуле иако су као такве типичне и за уговоре приватног права. У том контексту и данас се јављају велики проблеми приликом идентификовања појединих одредби као ванредних клаузула што за посљедицу има и недефинисан став о природи појединих споразума између управе и других правних и физичких лица у смислу да ли су такви споразуми управни уговори или уговори грађанског права.

3. УГОВОРНЕ СТРАНЕ

Управни уговори су они споразуми у којима једна уговорна страна мора бити представник јавне управе. То се наводи као једна од његових битних особина.³⁶ Управни судови у Француској су у неколико пресуда потврдили ово правило, односно да управни уговор мора подразумевати учешће јавне управе као уговорне стране.³⁷ Према пракси Државног савјета, обична интервенција управе у поступку закључивања уговора између појединаца није довољна да би се један такав споразум сматрао управним уговором.

Владајуће мишљење је било да управни уговор може постојати само ако је барем једна уговорна страна представник јавне власти (*une persone*

35 Ово важи само за уговоре који нису законом проглашени управним уговорима. Уколико јесу, за њих није потребно тумачење уговорних норми и утврђивање да ли посједују ванредне клаузуле. Они су по сили закона управни.

36 С. Debbach, *Institutiones et Droit Administratif*, (Paris: Presses Universitaires de France, 1978).159.

37 Више о томе видјети: Tribunal des Conflits, одлука од 26. марта 1990. године у случају „Association Nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes“ publié au recueil Lebon, N° 02596.

publique).³⁸ Уколико би се десило да се један споразум закључи између субјеката приватног права, такав уговор неће бити управни уговор, чак ни у случају да му је предмет везан за обављање јавне службе. Ова особина се наводи као једна од битнијих особина управног уговора и тај став је јединствен у литератури.³⁹ Учешће јавне управе као уговорне стране се обиљежавало као „*L'élément constant*“ управног уговора.⁴⁰ У прилог овом схватању, навешћемо мишљење Обија, по којем управни уговор може настати само између субјеката јавне управе или између јавне управе и појединаца.⁴¹ Уговор о концесији, као типичан примјер управног уговора, у име концедента у Француској потписује министар као руководилац министарства. У департаманима, то овлашћење је повјерено префекту.⁴² То је била одлика елиминаторног карактера, која је представљала нужан, али и недовољан елемент за одређивање управног уговора. Статус друге уговорне стране је ирелевантан.⁴³

Временом је дошло до „кризе“ овог критеријума као елемента препознавања управног уговора у односу на остале уговоре у француском правном систему. У појединим случајевима,⁴⁴ пресуде Државног савјета су концесионе уговоре признавале као управне уговоре, иако ниједна уговорна страна није била орган јавне управе, односно обје уговорне стране су били субјекти приватног права. Тако је Суд за рјешавање сукоба надлежности у пресуди „*Enterprise Peyrot*“ од 8. јула 1963. године одлучио да су уговори закључени у сврху изградње ауто-пута управни уговори, чак и ако су били закључени између акционарског друштва у мјешовитој својини и

38 Видјети: G. Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, (Université de Montpellier 1945). 169–175.

39 Неведено према: Ch. Debbach, *Institutiones et Droit Administratif*, (Paris: Presses Universitaires de France, 1978). 159. и J. M. Auby, *Droit administratif spécial*, (Paris: Sirey 1966). 28.

40 Слично наводи и Валин, који сматра да најмање једна од уговорних страна у управном уговору мора бити јавно тијело (*collectivité publique*). То је први услов да би се уопште могло говорити о управном уговору. Видјети: M. Walline, *Droit administratif*, (Paris: Sirey, 1963). 566.

41 J. M. Aubi, *Droit administratif spécial*, (Paris: Sirey, 1966). 28.

42 Видјети: J. M. Auby, V. Pierre, *Droit administratif des biens*, (Paris: Daloz, 1993). 205.

43 У Француској, друга уговорна страна може бити и физичко лице, као што смо видјели у случају „*Terrier*“ или „*Therond*“. Међутим, чешћи је случај да то буду правна лица због обима и природе послова.

44 У том смислу види: *Consiel d'Etat*, 30.5.1975. – *Société d'équipement de la région montpelliéraine*; *Tribunal des conflits*, 23. Sept. 2002 – *Sotrame et Métalform d G.I.E.SESAM Vitale*.

једног привредника. Суд је овакав став образложио тиме да су ови уговори закључени „за рачун“ јавне управе.⁴⁵ У том смислу, јавни путеви су одувјек сматрани за предмет дјеловања јавних служби. Ови уговори се дефинишу као управни, и то само у оним ситуацијама када једна уговорна страна иступа у име и за рачун неког субјекта јавне управе.⁴⁶ Послије је ова пракса проширена и на удружења која су се бавила уређењем простора.⁴⁷

Неконзистентност судске праксе о овом питању изазвала је бројне расправе. Почело се постављати питање поузданости овог критеријума за препознавање управног уговора. За овакву ситуацију кривац није била само судска пракса, већ и поједини правни прописи.⁴⁸ Тиме је створена доктрина која је негирала правило да једна уговорна страна мора бити орган јавне управе.⁴⁹ Када ће „изузетак“ од правила бити примијењен у пракси ствар је околности датог случаја. При томе, велика је улога судија који рјешавају овакве спорове, јер они одређују домет овог изузетка. Велики значај имају и правила француског Грађанског законика која се тумаче када се одређује да ли је један уговор закључен у име јавне управе, односно да ли је приватном лицу повјерен мандат.

Међутим, бројни аутори сматрају да је веома ризично повјеравати приватним лицима вршење јавне службе у толиком обиму. Наводи се и да је велика разлика између јавног и приватног сектора у начинима одлучивања, контроли рада и коришћењу имовине и средстава.⁵⁰ Такође, поставља

45 Наведено према: Бребан, *Административно право Француске*, 142.

46 Овакав став је примијењен и у случају грађења тунела кроз Мон Блан, који је такође градило правно лице у мјешовитом власништву. Видјети: *Conseil d'Etat, 24. april, 1968, Société concessionnaire fran Vaise pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le mont Blanc*.

47 Суд за рјешавање сукоба надлежности је споразуме који су закључени у циљу изградње нуклеарних електрана прогласио управним уговорима. Видјети случај: *Société Wanner Isofilsolation*, од 10. 5. 1993. године. Наведено према: Петровић у сарадњи са Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, 204.

48 Тако је Уредба о концесијама из 1959. године прописала да јавна тијела могу повјерити мандат приватним лицима да дјелују у њихово име у областима урбанизма, развоја привреде и сл. Упореди са: F. Lichhère, *L'évolution de critère organique du droit contrat administratif*, (*Revue française de droit administratif*, mars-avril, 2002). 341–351.

49 У литератури сеизузетци од наведеног правила сврставају у три категорије, и то: 1) ако приватно лице има мандат добијен од стране јавне власти; 2) ако је уговор закључен између приватних лица, а предмет уговора се односи на дјелатности које изворно спадају у надлежност државе; 3) ако привредник наступа у име државе. Видјети о овоме: J. C. Ricci, *Droit administratif*, 4^{ed}, (Hachette Supérieur: 2004). 69–70.

50 У том смислу, иронично се поставља питање да ли ће се ићи и даље у примјени овог принципа. Упореди: G. Braibant, *Le droit administratif français*, (Daloz: 1992). 143; F.

се питање какав третман ће имати уговори које закључују фондови у приватном власништву, а који дјелују у области осигурања имовине и лица, саобраћаја, заштите животне средине и у другим областима које су традиционално одређиване као дјелатности јавних служби. До сада су уговори који су ове организације закључивале са другим приватницима сматрани уговорима приватног права, чак и ако су се директно односили на вршење јавне службе која им је повјерена.⁵¹ Такав случај је и са уговорима који се закључују између синдиката љекара и удружења социјалног и здравственог осигурања ради повећања цијене лијекова који се прописују осигураним лицима. Наведени уговори се сматрају приватним јер су закључени између два субјекта приватног права. Поред наведеног, уговори које закључују професионална удружења са произвођачима ради регулисања пољопривредних тржишта, односно ради обављања одређене јавне службе у спровођењу економске политике Владе, спадају у уговоре приватног права.⁵² Међутим, када је идентичан уговор закључио Фонд за организацију и регулисање пољопривредних тржишта, пресуђено је да се ради о административним уговорима јер су фондови јавне установе.⁵³

Интересантан случај се десио у вези са активностима Националног удружења француских жељезница (SNCF). То је била организација приватног права која је добила концесију управљања јавним жељезницама. Као посљедица тога, сви радови на изградњи или одржавању станица и жељезничких пруга које је извршио SNCF имали су карактер јавних радова, док су куповине и набавке биле под режимом приватног права. Када је донесен закон којим је ова организација претворена у јавно предузеће,⁵⁴ на SNCF и његове правне односе се много шире примјењивао режим административног права. У том смислу, купопродаје које су вршене у циљу обављања јавне службе биле су под режимом јавног права.⁵⁵

Битно је истаћи да се у улози представника јавне власти може наћи и неки други орган као уговорна страна, а не само извршна, односно управна власт. У једном случају, управним уговором проглашен је и споразум који је закључила Народна скупштина у циљу обнове аудио-визуелне опреме

Lichhère, *L'evolution de critère organique du droit contrat administratif*, 341–351.

51 Видјети пресуде Државног савјета, и то: *Consiel d' Etat, Merlin, 13. decembré 1963; Consiel d' Etat, 4. mai 1987 – Société Marx.*

52 Видјети: *Tribunal des Conflits, Société Interlait, 3, mars, 1969.*

53 *Tribunal des Conflits, 24 juin, 1968, Société d' approvisionnements alimentaires.*

54 Закон од 30. децембра 1982. године.

55 Наведено према: Бребан, *Административно право Француске*, 141.

полукружне дворане. Тај случај се у теорији среће под називом „*Président del'Assemblée nationale*“.⁵⁶ Рјешавање спора из овог уговора било је у надлежности управних судова.⁵⁷

Иако су поједине пресуде дерогирале обавезно учешће јавне власти у управном уговору, такве случајеве би требало сматрати изузецима од општег правила. Овај критеријум мора остати и имати улогу елиминаторног фактора при категорисању уговора, јер би његово брисање довело до великог уплива приватног сектора у област јавних служби. Посљедице оваквог поступања могле би бити катастрофалне у смислу угрожавања и остваривања јавног интереса. Наиме, допуштање закључивања управних уговора између субјеката приватног права водило би ка мање контролисаном начину пружања јавних услуга. Овакво поступање би ишло у прилог оним теоретичарима који су тврдили да је управни уговор средство путем којег јавна управа настоји извршити бјекство од ограничења прокламованим принципима правне државе.⁵⁸ Јавна управа у управном уговору није само уговорна страна, већ и гарант вршења јавне службе на адекватан начин. У циљу стварања правне сигурности, битно је да постоје јасни критеријуми који ће одређивати један правни институт као што је управни уговор. Јасно је да ће и у будућности највећу улогу у развоју француског модела управних уговора имати превасходно судије управних судова. Поред судске праксе, велики значај за одржавање става о обавезном учешћу управе у управним уговорима имају и теоретичари управног права јер они у својим дефиницијама подржавају тезу да једна од уговорних страна мора да буде „јавно лице“.⁵⁹

56 Consiel d'Etat, 5. mars, 1999, *Président del'Assemblée nationale*.

57 Више о томе видјети: Петровић у сарадњи са Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, 219.

58 Детаљније о овом питању у упоредном праву видјети: Владимир Водинелић, *Јавно и приватно право*, докторска дисертација, (Београд: 1986). 191; М. Р. Singh, *German administrative Law in Common Law Perspective*, (Berlin: 2002). 97.

59 Упореди са: Р. Foillard, *Droit administratif*, (Paris: Editure Paradigme 2008). 241–242; R. L. Mestre, *Termes du droit administratif*, (Paris: 2006). 58–62.

4. ТЕОРИЈСКИ ПОГЛЕДИ НА ЕЛЕМЕНТЕ ПРЕПОЗНАВАЊА УПРАВНИХ УГОВОРА

Теорија француског управног права одавно је признала концепт управног уговора. Аутори из области управног права нису сагласни по питању кључних фактора за препознавање управних уговора. У том смислу, наводе се различити елементи на основу којих се кроји дефиниција управног уговора.

Валин и Дебаш истичу да одредбе које су стране приватноправним уговорима представљају елемент препознавања управних уговора. Они сматрају да се управни уговори не склапају под условима приватног права, већ по правилима која дерогирају његову примјену. Наводе да „један уговор може увијек постати управни уговор, само је потребно да садржи неку клаузулу којом се дерогира примјена приватног права“.⁶⁰ Француска теорија има два правца размишљања у погледу ванредних клаузула. Наиме, по једнима, у питању је таква врста уговорних норми која је нетипична за уговоре приватног права. По другима, то је елемент који управним уговорима даје посебан правни режим, јер ако би таква клаузула постојала у било којој врсти уговора приватног права, такав споразум би био ништав због неспојивости са јавним поретком.

Ведел сматра да су клаузуле управног уговора неуобичајне и непримјерене грађанском праву те стога представљају специфичност која одликује само управне уговоре. Овај аутор наводи сљедеће: „Клаузуле које су потврђене од стране судске праксе као дерогативне по општем праву нису забрањене нити је недопуштено да буду предмет приватноправних уговора, али су оне неуобичајне у грађанском праву“.⁶¹

Други аутори истичу да се управни уговори закључују поводом вршења јавне службе. Оно што управни уговор уопште издваја јесте његова функција, односно вршење јавне службе.⁶² Жез је правио разлику између двију врста административних уговора, односно уговора помоћу којих се држава снабдијева покретним стварима (*marché defourniture*) и уговора по-

60 M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, (Paris: 1951). 154. и Ch. Debbasch, *Institutions et droit administratif*, 2, (Paris: 1978). 2.

61 G. Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, (M.A. Mestre: 1956). 14.

62 У том смислу, Жез наводи: „Постоји један битан елемент који се не среће у уговорним односима између појединаца. Ови (управни –Д.М.) уговори су закључени ради функционисања јавних служби“. Видјети: G. Jèze, *Les Principes généraux de droit administratif*, III, Dalloz, (Paris: 2005). 3.

моћу којих држава инвестира у јавне објекте (*marché de travail public*).⁶³

Лобадер сматра да је неспорна чињеница да се управни уговор одликује посебним режимом у односу на уговоре грађанског права. Режим управних уговора у основи је аутономан. Управни уговори су подвргнути правилима управног права која су несумњиво различита од правила грађанског права, мада се и управни уговори у неким питањима ослањају на правила која важе за остале врсте уговора. Све посебности којима се одликује теорија управног уговора су под доминацијом појма и захтјева јавне службе.⁶⁴

Поједини аутори истичу режим јавног права као елемент препознавања којем су подвргнути управни уговори. Тако Оби дефинише управни уговор као уговор који је склопљен између једног или више јавних субјеката, а према режиму јавног права.⁶⁵

Ривероу први план истиче јавни интерес као кључно обиљежје управног уговора. Наводи да је воља уговорних страна увијек детерминисана јавним интересом, што није случај код осталих врста уговора. У том смислу, овај аутор истиче сљедеће: „Док код уговора приватног права постоји потпуна аутономија воља уговорних страна, код управног уговора воља управе никад није слободна, већ је увијек детерминисана јавним интересом“.⁶⁶

ЗАКЉУЧАК

Без обзира на дилеме које се јављају, управни уговор у француском праву представља самосталан и јединствен правни институт који је подвргнут посебном правном режиму. Француски управни уговор има довољно правних гаранција да обезбиди несметано функционисање јавних служби у складу са захтјевима јавног интереса. У том контексту се треба и вредновати његова улога у једном правном систему. Колико је овај модел управног уговора развијен и прилагођен несметаном функционисању јавних служби говори и податак да не постоји правни систем који познаје овај институт а да се у својим рјешењима није ослонио на француска рјешења. У том смислу, француски модел управног уговора је имплементиран на свим континентима. У нашем окружењу, државе које су имплементирале управни уговор (Србија, Хрватска, Македонија) у многе су се ослониле

63 *Ibid.*

64 A. Laubadere, *Traité élémentaire de droit administratif*, I t (Paris: 1953). 282.

65 J. M. Aubi, *Droit administrative special*, (Paris: Deuxieme Edition, Sirey, 1966).28.

66 J. Rivero, *Les memeseures d'ordre interieur administrative (thèse)*, (Paris: 1934). 103.

на француски модел, односно у овим правним системима јасно се уочавају француска рјешења по питању уговорних страна, областима њиховог закључивања и начину рјешавања управних спорова.

Ванредне клаузуле представљају елемент који креира посебан правни режим и ствара правно повољнији положај јавних власти у уговорном односу а све у циљу задовољавања јавног интереса. У оваквим правним односима, јавна управа нема само улогу уговорне стране већ је њена функција знатно озбиљнија, односно она је једини гарант да ће се јавни интерес остварити на адекватан начин. Због тога, присуство јавне управе у уговорном односу би требало бити обавезно.

За Републику Српску и њен правни систем од кључне је важности да анализира дилеме које постоје у другим државама како би адекватним нормирањем избјегла проблеме са којима се суочавају друге земље.

Drazen Miljic⁶⁷

PROBLEMS IN IDENTIFYING THE ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN FRENCH LAW

***Abstract** The administrative contract represents a contemporary form of administrative action which meets the needs of the public interest. In administrative law, this type of contract enjoys the reputation of an institution that solves contemporary administrative issues which are reflected, inter alia, in the lack of pecuniary, personnel and expert resources for performing ongoing tasks. Nonetheless, the role of the administrative contract has yet to be precisely defined in comparative law. Through its development, the administrative contract has been disputed repeatedly, which has not been settled to the present day. In comparative law, there is no consent regarding the constituent elements of this legal institution.*

***Keywords:** administrative contract, public services, public interest, rule of law.*

67 LL.D. University of Banja Luka.

ЛИТЕРАТУРА

1. Auby, Jean-Marie, *Droit Administratif spécial*, Paris, Sirey, 1966;
2. Бребан, Ги, *Административно право Француске*, Београд–Подгорица, 2002;
3. Водинелић Владимир, *Јавно и приватно право*, докторска дисертација, Београд, 1986;
4. Давитковски, Борче, Павловска-Данева, Ана, *Управни договори*, Скопље, 2009;
5. Debbach, Charles, *Institutiones et Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978 ;
6. Диги Леон, *Преображаји јавног права*, Београд, 1998;
7. Димитријевић Павле, *Елементи правног режима комуналних делатности*, Научни скуп „Правни положај комуналних делатности“, Српска академија наука и уметности, Београд, 1985;
8. Elbehery, Ibrahim, *Théorie des contrats administratifs et marchés public internationaux*, Université Nice Sophia Antipolis, 2004 ;
9. Иванчевић, Велимир, *Институције управног права*, Загреб, 1983;
10. Иванчевић, Велимир, *Теорија административног уговора*, Инвестиције, Информатор, Загреб, 1960;
11. Ionas, Christina, *The administrative agreement as a legal form for public services in comparative and roman law*, Socialsciences – Law, No 1, 2012;
12. Jèze, Gaston, *Les Principes généraux de droit administratif*, III, Dalloz, Paris, 2005;
13. Lichère François, *L'évolution de critère organique du droit contrat administratif*, Revue française de droit administratif, mars-avril, 2002;
14. Mestre, Renan, *Termes du droit administratif*, Paris, 2006 ;
15. Müller, W., *Der Consiel d'Etat*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1992;
16. Nicolas, Berry, *The French Law of Contracts*, Clarendon Press Oxford, 1996;
17. Петровић, Милан у сарадњи са Милошем Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш, 2014;
18. Requignot, Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, Université de Montpellier, 1945;
19. Поповић, Славољуб, *Специфичности управних уговора у француском праву*, Правни живот, бр. 11–12/1993;
20. Ricci, Jean-Claude, *Droit administratif*, 4^{ed}, Hachette Supérieur;

21. Rivero, Jean, *Les memeseures d'ordre interieur administrative (thèse)*, Paris, 1934;
22. Rivero, Jean, *Droit administrative*, 2^{Ed.}, Paris, 1962;
23. Rivero, Jean, *Droit Administratif*, Paris, Daloz, 1971;
24. Rousset, Michel, Rousset, Oliver, *Droit administratif*, Presses Universitaires de Grenoble, 2004 ;
25. SinghMahendra P., *German administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin, 2002;
26. Томић, Зоран, *Јавна управа и управни уговори*, Право енергетике (зборник радова), Београд, 2005;
27. Vedel, Georges, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, M. A. Mestre, 1956;
28. Foillard, P., *Droit administratif*, Editure Paradigme, Paris, 2008 ;
29. Frier, P. L., *Precis de droit administratif*, Montchresten, 2003 ;
30. Waline, Marcel, *Droit Administratif*, 9 édition, Paris, Sirey, 1963;
31. **ЦИТИРАНЕ СУДСКЕ ПРЕСУДЕ**
32. **Consiled' Etat**, 3.10.1953, - „Bossuyt“
33. **Consiled' Etat** - 4.10.1904. - *Therond*
34. **Consiled' Etat**- 11.5. 1956. - *Gondrandfrères*
35. **Consield' Etat**, 30.5.1975. – *Société d'equipmentd la région montpelliéraine*;
36. **Consield' Etat**, 24. april, 1968, - *Société concessionnaire fran Vaise pour la construction et l'expolitation du tunnel routier sous le mont Blanc.*
37. **Consield' Etat.**, 13. decembré 1963- *Merlin*,
38. **Consield' Etat**, 13.1.1961. - „Mognier“.
39. **Consiel d' Etat**, 4. mai 1987 – *Société Marx.*
40. **Consiel d' Etat**, 5. mars, 1999 -*Présidentdel'Assemblé nationale*
41. **Tribunal des Conflits**, 3, mars, 1969- *Société Interlait*,
42. **Tribunal des Conflits**, 24 juin, 1968 - *Société d'approvisionnementns alimentaires.*
43. **Tribunal des Conflits**, 26.3.1990. - „*Association Nationale pour la Formation Professionnelle des Adultes*“
44. **Tribunal des conflits**, 23. Sept. 2002 – *Sotrame et Métalform d G.I.E.SESAM Vitale.*
45. **Tribunal des conflits**, 5.7.1999. – *UGAPc Société SNCA ctiv SCA*
46. **Tribunal des conflits**, 10. 5. 1993 -*Société WannerIsofi Isolation*,
47. **Cour d Appel**, 11.10.1995. -*Hohl*