

Проф. др Борче Давитковски, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Скопљу

UDK: 342.924(497.7)

ПОЈАМ УПРАВНИХ УГОВОРА И ЊИХОВО МЕСТО У МАКЕДОНСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ

***Апстракт:** Предмет рада су управни уговори као специфични акти јавне управе који су детаљно проучени у француској правној теорији, а у Републици Македонији још увек представљају новину, како за науку, тако и за позитивно право. У раду се врши дефинирање института управног уговора, одређивање његових суштинских карактеристика и анализа постојећег стања у погледу његовог правног регулисања и примене у македонском правном систему и пракси.*

***Кључне речи:** појам управних уговора, извршење управних уговора, македонска управно-правна регулатива, ставови судске праксе.*

1. Увод

Управни уговори су концепт управног права великог значаја. Овај институт у различитим временским периодима под различитим називима јавља се у правним системима више *civil law* земаља, (а, у специфичном облику јавља се и у *common law* земљама), као посебна институција паралелна грађанскоправном уговору. У начелу, уговори које закључују јавна тела имају третман управних уговора, уколико њихов предмет представља обављање јавне службе са стране судоговарача, или уколико, уговор садржи посебна правила која одступају од општег права. Са друге стране, у неким земљама постоје и посебне законске одредбе којима одређени уговори утврђују као управни уговори.

Историјски, управни уговор јавља се у Француској као израз политичких тенденција, да се јавна управа у привредним односима са појединцима не служи искључиво ауторитативним актима, нити са класичним цивилним уговорима када буде реч о остварењу јавне службе.

Из овога, управни уговор јавља се као ублажујући мост између ауторитативних једностраних управних аката и приватноправних уговора управе, неопходан за реализацију њене нове улоге сервиса за пружање услуга грађанима.

2. Појам управних уговора

Уговори између управе и појединаца могу бити разноврсни. У једном делу управа види искључиво инструмент за постизање економског ефекта, шта представља у крајњој линији, циљ сваког уговора у оквиру приватног права. За неизвршавање обавеза из таквих уговорних односа, разумљиво, тражи се правна заштита код грађанских или редовних судова. У том случају недозвољиве су било какве административне мере принуде преузете са стране управе као уговорне стране. Овакве уговоре управа закључује са појединцима у својству приватно-правног лица. Пример: када држава због експлоатације свог имања даје га у закуп како би постигла бољу цену. У случају не ради се о обављању јавне службе. По класичноме фискалном начелу,

у случају спора из оваквог уговора, управа и приватно лице, траже правну заштиту код редовних грађанских судова.¹

Са друге стране, основни циљ управних уговора, (у којем већина аутора види полазну детерминанту за њихово разграничење од осталих уговора управе), не састоји се у постизању економског ефекта, који би значео повећање средстава државне касе (шта је иначе циљ приватноправних уговора управе), већ, у задовољавању ширег јавног интереса изражено путем обављања јавних послова/услуга од стране приватноправних лица. Спорови из управних уговора, због чињенице да су сматрани јавноправним инструментом у правном промету падају под јурисдикцију управних судова.

Управни уговори се препознају по експлицитној чињеници да су уговори јавних органа, подведени посебном режиму који произлази из управљачких функција тих органа и њихова одговорност за опште благостање. По овоме, јавни режим има потребу за флексибилност у уговорним перформансама, којом се дозвољава променљивост потреба јавног интереса; истовремено, судоговарачи морају бити заштићени од последица оваквих промена уговора, да би се обезбедио континуитет извођења уговора, као и капацитет и воља суконтрахираната за обављање јавних послова у будућности. Поред тога, јавни режим тражи постојање једнаког третмана према контракторима који држави пружају услуге.²

Да би се препознао управни уговор, пре свега приступа се испитивању основног критеријума: *једна од уговорних страна мора бити јавноправно лице*. Овај критеријум сам по себи није довољан за квалификацију уговора као управни. Још треба “уговор да носи обележје јавног управљања”³ које се изражава: преко предмета уговора - *вршење јавне службе*, или преко режима којим су уговорне стране утврдиле да ће подлећи уношењем *клаузула које дерогирају опште право, односно који излазе из његовог оквира*. У француском праву, где настаје управни уговор, ове клаузуле познате су како *clauses exorbitantes du droit commun*.

1 Данић Д., О административном уговору, Београд, 1934, стр.9

2 Turpin C, Public Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII, Ch.4, Martinuss Nijhoff Publ., 1982, стр.27

3 Lebreton JP, Documents d'études, Le contrat administratif, Droit administratif, No 2,11, La documentation Francaise,1993, стр.6

Обављање јавне службе је критеријум за опредељивање уговора као управни, и везан је предметом и природом самог уговора. Реч је о препознавању обављања јавне службе са стране приватноправног лица како би се уговор закључен између јавног и приватног субјекта могао дефинисати како управни уговор. Овај критеријум је објективан, а то је елемент који уговор чини управним независно од воље уговорних страна.

Државни савет (Conseil d'Etat), термин *клаузуле које дерогирају опште право, односно које излазе из његовог оквира* објашњава како 1) постојање клаузула којима се дерогира опште право (clause derogatoires au droit commun); или 2) постојање клаузула којима се јавној власти дају прерогативи који излазе из граница општег права (prerogatives exorbitantes du droit commun). У једној од одлука Државног савета (Conseil d'Etat) садржана је дефиниција појма clause exorbitante du droit commun: “клаузула која има за циљ да уговорним странама да права, или, да им натури обавезе, по својој природи различите, од оних које подложе слободном одобрењу било кога у оквиру грађанских и трговачких закона”.⁴ Clauses exorbitantes представља субјективан елемент уговора. Он најчешће зависи од воље садоговарача. Наиме, уколико они желе да њихов уговор има управни карактер, прихватају овакве клаузуле.

Последњи елемент са којим одређује правна природа управних уговора је *управносудска заштита спорова* произашли из њих. Притом, реч је о управном спору пуне јурисдикције у коме се како тужиоц може јавити и јавноправни орган, разуме се, не у својству доносиоца управног акта, већ као уговорна страна.

3. Контрола над извршењем управног уговора

Право јавне управе на контролу (надзор) над испуњењем уговорних обавеза добија димензију обавезе за побољшање извршења уговореног. Цела ова активност обављања контроле над испуњењем уговорних обавеза приватног лица своди се на најједноставније речено - усмерење извршавања обавеза друге уговорне стране. Даље, право контроле које припада управи не може се ограничити никаквим

4 Arret Stein, CE 20 octobre 1950, Rec.505

уговорним клаузулама. Код концесија, управа је чак и обавезана да прати пословање концесионара, јер њена апстиненција у том погледу може бити нападнута са стране корисника јавних услуга, по основу прекорачења овлашћења управе, па чак и тражити надокнаду од управе за претрпелу штету. Против активности управе у оквиру њене надзорна функције, уобичајено садоговарач има право да тужбом поведе управно-судски поступак, уколико сматра да је повређено неко његово субјективно право или правни интерес.

У поступку вршења надзора или контроле над испуњењем уговора, управа може приметити неправилности и недостатке у начину његовог извршавања. За непоштовање било ког уговорног услова, она има право да примени санкције, које су сасвим различите од санкција у грађанском праву. Будући да се циљ санкција код управних уговора, не састоји само у одстрањивању последица непоштовања уговора, већ и у обезбеђењу несметаног и квалитетног обављања јавне службе која је предмет уговора, није довољно уобичајено обраћање суду, већ санкције које управа примењује произлазе из посебног правног режима. Ту је реч о режиму јавног права, јер мере извршења управног уговора, представљају извршан наслов и у великој мери подсећају на мере извршења управног акта. Врсте санкција које јавној управи стоје на располагању су следеће:

- прво, она има право да изриче парничне санкције. Изречена парнична санкција, по правилу, не гаси обавезу садоговарача већ је прати. Ка изрицању санкција за надокнаду штете, посеже се уобичајено, уколико претходно уговором нису утврђени пенали за неизвршење уговорних обавеза. Пенали представљају унапред фиксирану суму у уговору, и они су обавезни у концесионим уговорима.
- друго, управа може наметнути т.з. принудне санкције тако да се она може супституирати на место друге уговорне стране која је озбиљно повредила уговорну обавезу.⁵ Ове санкције, управа има право да употреби по свој налазу и без претходног обраћања суду. Међутим, то треба радити само у

⁵ Георгиевски С., Концесиските и слични договори за вложување помеѓу државата и странскиот вложувач во меѓународното и внатрешното право, докторска дисертација, Скопје, 1997 стр.102

јавном интересу. Супституција како санкција државе, може се састајати у директном преузимању обављања уговорене делатности јавног интереса са стране саме управе или присилном супституисању уговорне стране трећим лицем које би држава одредила, али на рачун и ризик стране која је повредила уговорне обавезе - секвестар.

- јавна управа има право на једностран раскид уговора као санкцију за начињену важну повреду уговора, без обавезе надокнаде настале штете, при чему постоји могућност друге стране за обраћање суду са захтевом за надокнаду штете.

Уколико управа као уговорна страна не поштује своје обавезе, садоговарач нема могућност искористити право да одступи и сам од обављања својих уговорних обавеза. Уговорна обавеза приватне уговорне стране и даље остаје на снази, при чему се тражи од надлежног суда надокнада штете. На тај начин, принцип *acta sunt servanda* употребљава се у заштити јавног интереса, а која ипак води ка фактичкој неједнакости уговорних страна.

3.1. Заштита интереса приватноправне стране управног уговора

У управним уговорима, због постојања посебних прерогатива јавне управе, а пре свега, због овлашћења за једнострану интервенцију управе у спровођењу уговора, садоговарач доживљава погоршање своје ситуације и без његове кривице што није својствено грађанским уговорима. Тачно због овог елемента несигурности, који би могао бити индиректно штетан и за интересе саме јаве службе, теорија управног уговора додељује посебно место појму финансијске равнотеже, или, како што се још назива, финансијски еквилибриум уговора.

Правне основе по којима приватноправна уговорна страна може штитити своје интересе у случају интервенције јавне управе, састоје се од неколико теорија око промене околности под којима је иницијално закључан управни уговор. Начело финансијске равнотеже уговора има своје практичне последице делимично у сагласности са нормама општег права, а делимично у сагласности са јавноправним модификацијама специфичним само за управне уговоре.

У основи начела финансијског евилибриума стоји чињеница да је садоговарач управе изложен опасности од финансијског неуспеха до ког може доћи из две групе разлога: прва, је када јавна управа примењује своје прерогативе једностране модификације уговорних услова у јавном интересу, а другу, сачињавају одређене непредвидљиве околности, које, независно од воље уговорних страна, могу довести до измене уговорних услова.

У вези са овим, у доктрини познате су две теорије чији корени се налазе у француској судској пракси: ”теорија самовоља или *fait du prince*” и ”теорија непредвидљивости или *imprevision*”

3.1.1. Теорија fait du prince

У случају т.з. теорије самовоља или *fait du prince*, реч је о одстрањивању штетних последица за садоговарача јавне управе из финансијског гледишта, до којих је дошло коришћењем прерогатива власти које има управа, у погледу промене уговорних услова. Разуме се, код једностраног проширења обавеза суконтрагенту због заштите јавног интереса, он бива изложен финансијским штетама. У овим случајевима, потребно је разликовати две ситуације: прву, када до ових неповољних финансијских услова долази због примене мера које је преузела управа као уговорна страна; и другу, када до њих долази због примене промењених општих прописа, који се односе на све истородне случајеве, а независно од воље управе као уговорна страна у конкретном случају. Разликовање ових ситуација је веома значајно, зато што, уколико се утврди постојање прве од њих, приватноме суконтрагенту припада право на пуно (интегрално) обештећење у коме спада и право на надокнаду изгубљене добити. Друга ситуација, резултира применом рестриктивнијих мера обештећења, и по правилу нуди само парцијалну надокнаду. У суштини, највећем броју случајева који припадају овој другој групи, готово да се и не примењује начело финансијске равнотеже сагласно теоријом самовоља, већ се они регулишу према теорије непредвидљивости (*imprevision*).

3.1.2. Теорија *imprevision*

Овде је реч о новонасталим околностима, са негативним економским последицама сауговарачу јавне управе које могу довести чак до његовог финансијског слома.

Теорија *imprevision* има двојну улогу: са једне стране, она је креирана да би штитила и помогла интересима приватне уговорне стране, дирнути индиректним мерама управе или на други начин који није био предвидљив у тренутку закључења уговора; са друге стране, да би се омогућило нормално остварење и обављање јавне службе, сагласно начелима континуитета и адаптацији новим условима. Значи, теорија управних уговора, предвиђа могућност, уговорних страна да направе поделу економског ризика, по којој јавна управа има обавезу да сауговарачу исплати надокнаду чиме се омогућује нормално извршење уговора све до испуњења уговорних обавеза, или до истека уговореног рока. Притом, сауговарач није потпуно обештећен, како код теорије самовоља, јер код теорије непредвидљивости важи принцип по ком штету деле управа и њен партнер (сауговарач). У којем обиму свака од уговорних страна сноси насталу штету, у крајњој инстанци одлучује суд, вођен “разумним тумачењем уговора.” Основа за одређење надокнаде у *imprevision* је реално настала штета, а не и изгубљена добит.⁶

4. Зачеци управних уговора у Македонском правном систему

Непостојање посебног Закона о установама у Републици Македонији био је један од главних разлога досадашњег нецеловитог установљавања и доследног регулисања између осталог, и института управног уговора. До маја 2005 године у Републици Македонији није постојао једнообразан и унифициран систем уређења правног

6 Види: Георгиевски С., Концесиските и слични договори за вложување помеѓу државата и странскиот вложувач во меѓународното и внатрешното право, докторска дисертација, Скопје, 1997, стр.113-116; Ivančević V., Teorija administrativnog ugovora, Investicije, Zagreb, 1969, стр. 83-85; Richer L., Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991, стр.66-68; Barry N., The French Law of Contract, Clarendon Press Oxford, 1992, стр.208-210; Поповић, Специфичности управних уговора у романском праву, Правни живот, ИИ том, бр.11-12/93, Београд, 1993, стр.2176-2177; Димитријевић, Извршење управних уговора, Правни живот, ИИ том 11-12/93, Београд, 1993, стр.2241-2244

статуса установа које врше јавне услуге, а којим би се регулисао и начин преношења одређених функција са јавног на приватни сектор, односно који би регулисао механизме за увођење тржишних елемената у пословању јавног сектора. Ово је посебно важно, јер, као што је познато „приватизација се не састоји само у продаји државних предузећа приватним инвеститорима. Приватизација се такође односи и на трансфер функција које је претходно обављала искључиво држава на приватни сектор.“⁷

Закон о установама⁸, представља велики реформски захват за македонски јавни сектор у целини. Њиме су предвиђене бројне новине, у погледу функционисања јавних служби у држави. Посебно значајно је, а још више, корисно и друштвено је оправдано, *изричито предвиђање института управног уговора*.

Пре свега, у појмовнику законских термина садржаног у члану 2, тачки 24 извршено је дефинирање института управног уговора: „Управни уговор је двострани правни акт, јавноправног карактера, који се закључује између надлежног министарства и оснивача установе, односно физичког лица које делатност обавља као професионалну делатност.“ Оваквим опредељивањем појма управног уговора, без оптерећивања законског текста, употребљена је дефиниција која може послужити као основа за извлачење основних карактеристика управног уговора, онако као што су они предвиђени теоријом управних уговора. Из законске дефиниције произлазе:

- двостраност као карактеристика управних уговора, што их разликује од решења као једностранни управни акти и
- јавноправни карактер уговора указује на његово дистанцирање од приватноправних, грађанских уговора, што треба да подразумева могућност уношења уговорних клаузула које одступају од одредба општег, грађанског права;

Ипак, потребно је истакнути да Закон превише рестриктивно дефинише субјекте управног уговора. Тиме се непотребно и погрешно утврђује да управни уговор може закључити само надлежно министарство. Напротив, започети процес децентрализације у Републици Македонији предвиђа надлежност локалне самоуправе за

⁷ Гризо Н., Давитковски Б., Приватизација во светот, Куманово, 1994, стр.130

⁸ Закон за установи, Службен весник на РМ, бр.32/05

обављање већег броја јавних служби. Тако, недвосмислено се отвара могућност и потреба да се у управним уговорима као уговорна страна јавља и орган локалне самоуправе, а не само држава, па постаје јасно да је у овом случају прихватљивији термин „јавноправни субјект“, или „надлежан јавни орган“, уместо употребљена терминологија – надлежно министарство.

На крају, законској дефиницији управног уговора недостаје један искључиво важан елемент за дефинисање уговора као управног, а то је да обављање јавне службе представља основни циљ уговора.

Решења за ове недостатке били су предвиђена у Предлог - закону о установама, али на жалост, коначни законски текст садржи другачију дефиницију управних уговора.

Закон о установама садржи два члана у којима се изричито спомиње управни уговор и у којима су садржане неке од кључних теоретских карактеристика или атрибута института управног уговора. Пре свега, експлицитно се уређује начин решавања спорова који произлазе из управних уговора. Тако, таксативно су утврђена питања која обавезно требају бити уређени управним уговором за лиценцу за обављање делатности између надлежног управног органа и корисника лиценце, одредба завршава утврђујући надлежност Врховног суда Републике Македоније да решава спорове произашле од управног уговора у поступку утврђеном Законом о управним споровима⁹. Оваква одредба заслужује снажну подршку, зато што разрешава једно од најспорнијих питања из области управних уговора, а то је њихова судска заштита. По досадашњим законским решењима, спорови из управних уговора (будући да нигде нису изричито предвиђени и регулисани) решавали су се код редовних судовима, применом правила грађанског процесног права. Одредбом из Закона о установама предвиђа се управно-судска заштита спорова произашлих из управних уговора. Притом, реч је о управном спору пуне јурисдикције, будући да уговор представља двостран правни акт, па не постоји могућност да се за њим води спор законитости и да он буде враћен „надлежном органу“.

⁹ У време доношења Закона о установама (2005) у Републици Македонији још није био формиран Управни суд. То је учињено Законом о управним споровима (2006) и са овим Законом изрично у надлежности Управног суда су утврђени и спорови који произлазе из управних уговора.

Потпуно су усаглашена са теоријом управних уговора и одређена решења садржана у наведеној одредби Закона, којим се врши нормирање т.з. теорије самовоље (*fait du prince*) и теорије непредвидљивости (*imprevision*). Тако, у чл.25 ст. 2 тачка 7 предвиђена је могућност да надлежно министарство као уговорна страна једнострано раскине или промени уговор, због заштите јавног интереса (значи и без кривице друге уговорне стране, али због остваривања заштите јавног интереса). У истом члану, у ставу 2, тачки 5 наводи се потреба да се под одређеним условима, уговорне обавезе обаве независно од наступања и утицаја непредвидљивих околности.

Поред овог, Закон о установама садржи и начине престанка управног уговора: истек рока; опозив; одузимање дозволе за обављање делатности установе; и раскидање. И у овој одредби независно од правичног решења садржаног у Предлог Закону, изостаје још један елемент карактеристичан за управне уговоре сагласно са правном теоријом, а то је раскидање уговора по основу више силе.

Даље, предвиђена је могућност да оснивач установе одлучи да са њом управља менаџер или менаџерски тим. Њихова међусобна права и обавезе требају бити регулисани менаџерским уговором, за који се изричито предвиђа да има карактер управног уговора.

Институт управног уговора изричито је предвиђен само у Закону о установама и Закону о управним споровима. Ипак, у македонском позитивном праву могу се пронаћи бројни елементи који представљају карактеристике класичног модела управног уговора и онда када се овај институт изричито не спомиње у законодавству. Анализа неколико важећих законских прописа у нашој земљи, доводи до констатације да се клице управног уговора налазе у оним законским одредбама где су предвиђени:

а) отворени позив, ограничени позив, прикупљање понуда и непосредна погодба предвиђени код закључивања уговора о јавним набавкама;¹⁰

б) обавезан избор уговорне стране,¹¹

¹⁰ Закон о јавним набавкама, Сл.весник на РМ бр.136/2007

¹¹ Пример за овакво ограничење избора уговорне стране садржи Закон о јавним путевима, Сл. весник на РМ, бр.84/2008

в) експлицитна могућност локалних органа да закључују „уговоре о обављању послова јавног интереса“¹² и,

г) сва начела на којима почива управни уговор, а који су најчешће изражени у уговорима за концесије, (шта је случај и са македонским Законом о концесијама) као један од његових облика: јавни конкурс; додела концесије и закључивање концесијског уговора; начело економско-финансијске равнотеже; прерогативи јавне управе изражени преко: надлежности јавног органа за стављање концесије под привременом принудном управом (секвестар), обавеза концесионара да продужи с обављањем јавне услуге независно од битне промене околности под којима је закључан уговор; право превременог откупа концесије због јавног интереса; и право јавног органа на једностран раскид уговора код концесија за јавне услуге.¹³

Одређени уговори о јавним набавкама, исто као и уговори о концесионираним јавним службама, имају карактер управних уговора. Тако, уговори о набавкама канцеларијског материјала, о набавкама молерско-фарбарских услуга за управу, о набавкама службених униформи и бројних других уговора о јавним набавкама, који се закључују због успешног функционисања јавне управе (најчешће су од мање вредности и поступак за њихово закључивање је једноставнији - прикупљањем понуда, или непосредном погодбом), несумњиво представљају грађанскоправне уговоре у којима се као равноправан партнер приватном субјекту (уколико обе уговорне стране нису јавноправни субјекти) јавља јавноправни орган. То је тако, зато што у овим уговорима није заступљен јавни интерес. Управа закључује уговор, водећи рачуна пре свега о економским ефектима.

Међутим, много значајнији за цело друштво су они уговори о јавним набавкама у којима је изражен, пре свега, *јавни интерес*. Такви би на пример били, уговори о обезбеђивању социјалних и санитарних услуга, услуге за едукацију и професионално оспособљавање, или

¹² Чл.2 точ.9 и чл. 24 ст.2 Закона о локалној самоуправи, Сл. весник на РМ бр.5/2002

¹³ Закон о концесијама, Сл.весник на РМ, бр.25/2002. На жалост, нови Закон о концесијама и јавно-приватном партнерству (2008) не садржи све одредбе које је садржао цитирани Закон о концесијама од 2002 године, али ипак и овај законски текст обилује елементима који карактеришу институт управног уговора, без изричног навођења овог појма.

рекреативне, културне и спортске услуге. Број оваквих уговора је готово неограничен, и њихово таксативно набрајање је немогуће, јер њихов број и врста зависи од потреба који се мењају у различитим временским периодима под утицајем динамичног развоја свих друштвених односа.

Шта је општа карактеристика ових уговора? Чињеница да, по свом карактеру и правној природи, спадају у категорију управних уговора. Критеријуми за овакву њихову квалификацију су следећи:

- обавезно учешће јавноправног органа;
- строго прописан поступак за њихово закључивање који почиње са критеријумима за обавезно стављање понуђача у конкуренцију, чиме се остварују начела једнакости и транспарентности;
- садржај одредаба са којима се одступа од правила општег права, преко предвиђања посебних овлашћења јавноправном органу, који одређују његов надређени положај у односу на другу уговорну страну; и коначно,
- присуство јавног интереса чије обезбеђење представља основни циљ закључења уговора.

Уколико су сви ови елементи присутни у уговору о јавној набавци, тада је реч о управном уговору!

Прихватањем овог става, аутоматски се дерогира претходни закључак и адекватно објашњење да уговори о јавним набавкама, генерално, представљају приватноправни уговори јавне управе. То може важити само у оној мери уколико нису заступљени претходно наведени елементи. Када се установи њихово присуство, уговор о јавним набавкама поприма карактер управног уговора, чиме напушта област приватног (облигационог) права и помиче се у сферу јавног (управног) права.

У складу са овим закључком, и судска заштита спорова који произлазе из ових уговора, обавезно мора бити смештена у оквиру управног спора.

5. Македонска судска пракса суочена са проблемом нерегулисања управних уговора

Недовољно познавање правне природе института управног уговора и његовог досадашњег игнорисања са стране нашег законодавства довело је до појаве “нерешљивости” спорова између државе и осталих правних субјеката, поред концесије, и код других правних других института, као што је лиценца.

У овом делу рада биће елаборирано неколико мишљења¹⁴ који су били разматрани на општој седници Врховног суда Републике Македоније по правном питању дали додељивање лиценце за стално приређивање игара на срећу јесте управни акт у смислу чл. 6 ст.2 Закона о управним споровима¹⁵. Наиме, у управно-судској пракси као спорно јавило се питање дали *лиценцу за стално приређивање игара на срећу*, која у складу са чл.16 Закона о играма на срећу и забавним играма¹⁶, издаје Влада Републике Македоније, јесте управни акт у смислу чл.6 Закона о управним споровима, по коме се управни спор може водити само против коначних управних аката.

По првом правном мишљењу око овог питања, део учесника у расправи изнели су мишљење да, додељивање лиценце за стално приређивање игара на срећу јесте управни акт. Аргументација је следећа: врсте, услови и начин приређивања игара на срећу и забавних игара регулисани су Законом о играма на срећу и забавне игре. Овим Законом утврђено је да приређивање игара на срећу представља право Републике Македоније и зато се приређивачу издаје лиценца, односно одобрење које је непреносиво. Лиценце за стално приређивање игара на срећу у име Републике Македоније, издаје Влада Републике Македоније, путем јавног огласа друштвима ограничене одговорности или акционарским друштвима, под условима прописаним истим Законом. Надзор над спровођењем одредаба овог Закона врши Министарство финансија преко својих инспектора, који,

14 Реферат са расправе опште седнице Врховног суда РМ одржане 21.1.2000 г.

15 «Управни акт у смислу овог Закона јесте акт којим државни орган, организација удруженога рада или друга самоуправни организација или заједница, у обављању јавних овлашћења решава о извесном праву или обавезу одређеног појединца или организације у некаквом управном послу».

16 «Службен весник на РМ», бр.30/97 и 54/97.

уколико утврде незаконитост, односно неправилност, доносе решење о њиховом одстрањивању са стране приређивача у опредељеном року; супротно, инспектори достављају извештај министру финансија који може повести поступак за одузимање лиценце. Начин и поступак за издавање лиценце (спроводи Министарство финансија) били су уређени посебном Уредбом¹⁷ донету на основу чл.17 ст.4 Закона о играма на срећу и забавним играма. На овим правним актима заснива се и правно мишљење да додељивање лиценце јесте управни акт, зато што:

1. га доноси државни орган - Влада Републике Македоније;
2. са њим се решава о праву – додела лиценце са стране државе;
3. односи се на право правних лица да приређују игре на срећу;
и
4. додела лиценце је управна ствар коју обавља Влада Републике Македоније као право, односно законом одређено овлашћење државе.

Аргумент више да се ради о управној ствари представља чињеница да држава додељује право са позиције власти (империума). Будући да Закон о играма среће и забавним играма не предвиђа право жалбе против издате лиценце Владе Републике Македоније (као и код концесије, због непостојања вишег другостепеног органа), произлази да је лиценца за стално приређивање игара на срећу коначан управни акт, против којег нема места за жалбу у управном поступку, па по Закону о управним споровима, може се повести управни спор.

Са друге стране, по другом правном мишљењу изреченом на наведеној општој седници Врховног суда, лиценца за стално приређивање игара на срећу не представља управни акт. Наиме, то што у име Републике Македоније лиценцу издаје Влада, не значи да је лиценца управни акт, који представља акт власти. Лиценцу треба схватити у смислу чл. 686 (бившег) Закона о облигационим односима¹⁸,

¹⁷ «Службен весник на РМ», бр.17/97.

¹⁸ Сада, по новом Закону о облигационим односима, то је члан 742 ст.1 који гласи: „Уговором за лиценцу даваоц лиценце обавезује се да стичалацу лиценце отступи у потпуности или делимично, право искориштавања патента, знања и искуства, жига, моделе или модела, а стичалац лиценце се обавезује да њему плати за то одредјену накнаду.“, Закон о облигационим односима, Службен весник на РМ, бр.18/2001

а не као акт империјума. Начин и поступак издавања лиценце о сталном приређивању игара среће прописује Влада, па према томе није реч о управном поступку. Лиценца о сталном приређивању игара среће требала би се третирати као грађанскоправни однос, а судску заштиту имао би тужилац у поступку у коме би нападао поступак за издавање лиценце и евентуалну штету коју би трпео због повреде тог поступка. Из законских одредаба произлази да се издавање лиценце обавља путем јавног огласа, на коме се може јавити свако акционарско друштво или друштво ограничене одговорности које испуни законски утврђене услове, и да право на лиценцу може остварити понудиоц који да најповољнију понуду за лиценцу. Из овог произлази да се између даваоца лиценце и оног који је добија, успостављају међусобна права и обавезе, па о решавању евентуалних спорова одлучују редовни судови у смислу Закона о облигационим односима.

И, на крају, треће правно мишљење састоји се у томе да лиценца не представља нити управни акт, нити грађанско-праван однос. Прво, лиценца за стално приређивање игара на срећу се не може схватити у смислу чл.686 (бившег) Закона о облигационим односима, па се не може пружити нити грађанскоправна заштита по Закону о парничном поступку. Са друге стране, судећи по пословима које обавља Влада по чл. 91 од Устава, Влада није управни орган, због чега и не може носити управне акте. Тако, управно-судска заштита је могућа у делу доношења лиценце, а редовна судска заштита у делу који се односи на надокнаде штете.

Недостатак последњег изнешеног правног мишљења је што и његови заступници игноришу појам управног уговора. А, одговор о правној природи лиценце се заправо ту и налази.

Став да је издавање лиценце о сталном приређивању игара среће облигациони однос, чини се потпуно неприхватљивим. Пре свега, одредба ЗОО која се наводи као основа за третман овог уговора као облигациони је апсолутно непримењива у овом случају. Предмет регулисања ЗОО су уговори за пренос права коришћења на права индустријског власништва, а то нема никакве додирне тачке са приређивањем делатности јавног интереса. Беспредметно би било свако даље поређење ове две различите врсте правних аката;

Даље, не може се заузети генералан став да сви акти које доноси Влада Републике Македоније, не могу подлећи управно-судској контроли. Како ће се тада правним субјектима обезбедити право на правну заштиту?;

Аутори мишљења да је лиценца грађанско-правни однос, као што је наведено, полазе од чињенице да се лиценца издаје путем јавног огласа. Сматрамо, да заправо јавни оглас представља основну карактеристику поступка закључивања управних уговора. Тако, ова чињеница, у суштини представља контрааргумент за одређење уговора за лиценцу о сталном приређивању игара на срећу као грађанскоправни однос, т.ј. говори у прилог ставу да полазећи од прописаног начина за избор стицалаца лиценце, овај се правни институт слободно може сматрати управним уговором;

И на крају, учешће Владе (јавни орган) као страну у односу, како и овлашћења државне управе (министарство финансија и инспекторат у његовом саставу) да спроводи контролу и надзор над коришћењем лиценце, односно, над спровођењем уговорених услова, су само додатни аргументи који указују на чињеницу да је реч о управном уговору.

У вези правног мишљења изнешеног по овом питању у Реферату са расправе опште седнице Врховног суда РМ, - да је лиценца само управни акт власти, поново се треба заузети критичан став. Нису спорни елементи империјума проткани у одредбама Закона о играма на срећу и забавним играма, али се не сме занемарити чињеница да једнострано постављени услови са стране државе за обављање ове делатности се *добровољно прихватају* са стране сауговорача, што говори о постојању уговорних елемената у целој ситуацији.

Крајни закључак у вези овог конкретно постављеног питања, би био то да лиценца за стално приређивање игара на срећу представља типичан управни уговор.

Овакве „нерешљиве“ расправе по појединим правним питањима су резултат непрецизног дефинисања правне природе појединих правних института, а, који су од искључивог значења за правни промет у држави. Свакако, ове неповољне околности и стања онемогућују и попречују судску практику да се справи са конкретним проблемима када се они појаве.

6. Критичка анализа македонског законодавства из области управног права

У наредним редовима указаћемо на правне празнине македонског законодавства из области управног права, како и предлоге за њихово превазилажење:

Пре свега, Закон о организацији и раду органа државне управе¹⁹ садржи 73 члана, од којих нити један не предвиђа могућност органа државне управе да закључују уговоре. Ова замерка односи се посебно на чл.13 у коме су наведене све надлежности органа државне управе. Решавање управних послова, шта значи доношење конкретних управних аката је изричито предвиђено у ставу 1 точки 6 наведеног члана.

Чини се, да у данашње време значење закључивања управних уговора достиже степен важности доношења управних решења, па зато, ова активност органа државне управе треба бити изричито предвиђена Законом као део њених надлежности. Корисно је, да у истом Закону, буде начелно опредељен и поступак за закључивање ових уговора, бар у погледу субјеката који ће да буду овлашћени за обављање ове делатности.

Иста констатација односи се и на Закон о Влади Републике Македоније.²⁰ У члану 8 овог Закона којим се утврђује надлежност Владе, потребно је предвидети и закључивање управних уговора. Често пута, посебно код концесија, како концедент јавља се сама Влада РМ. Управо у тим случајима, реч је о управним уговорима, у којима је једна уговорна страна Влада. Није логично да она закључује овакве уговоре, а да такво њено овлашћене није изричито предвиђено Законом којим се регулишу сва друга питања њене надлежности.

Сасвим другачије решење нуди Закон о локалној самоуправи.²¹ Овај Закон предвиђа управне уговоре као један од оба начина за спровођење надлежности локалне самоуправе. Закон, у члану 2 који представља појамник, чак садржи и кратку дефиницију оваквих

19 Службен весник на Република Македонија, бр.58/2000

20 Закон за Владата на Реублика Македонија, Службен весник на РМ, бр.59/2000

21 Закон за локалната самоуправа, Службен весник на РМ, бр.5/2002

уговора. Једино изостаје изричита употреба термина „управни уговори“.²²

Овакве околности доводе до реалности у којој се примећује одсуство правне логике: органи јединица локалне самоуправе имају *законску* могућност да закључују „уговоре за извршавање послова јавног интереса“, шта се може нарећи - управне уговоре, док органима државне управе и Влади Републике Македоније, оваква могућност није предвиђена законским актима који уређују њихову надлежност!

7. Закључак

Управни уговори, онако како што су прихваћени у француској теорији и судској пракси, имају у основи неке од битних својстава приватноправних уговора, али од њих се разликују по извесним својим карактеристикама. Сви уговори које закључује држава не спадају у категорију управних уговора. Следећа фраза означава нешто много више него обичну игру речи: “сваки управни уговор је уговор управе, али није сваки уговор управе уједно и управни уговор”.²³

Управни уговор представља двострани правни однос, у чијем стварању учествују управа и субјекат приватнога права, из кога произлазе права и обавезе за обе стране, усмерени према истовременом остварењу јавног интереса и постизању економског ефекта, у чему јавни интерес има доминантан значај. Зато, овакво “уговорно право”, представља у суштини део управног права и садржи правила/одредбе које су несвојствене цивилистици. Али, цела конструкција може се поставити и другачије: управни уговори, никад нису у потпуности регулисани правилима управног права. У њиховој регулацији, неопходна је примена норми грађанског, односно облигационог права. Овај институт отвара нове могућности за наше друштво. Са једне стране, он представља погодно средство за заштиту јавног интереса, но истовремено “освежава” јавно право, чини га еластичнијим и представља реакцију на крутост управног акта, како најчешће

²² За разлику од оваквог решења, Закон о установама предвиђа закључивање управних уговора само од стране надлежног министарства, шта значи да органи локалне управе немају ово право по Закону о установама, а супротно Закону локалне самоуправе.

²³ Rivero J., *Droit administratif*, 2.ed., Paris, 1962, стр.98

Проф. др Борче Давидковски

ПОЈАМ УПРАВНИХ УГОВОРА И ЊИХОВО МЕСТО У МАКЕДОНСКОМ...

употребљаван инструмент управног права. Његова економска улога је у томе што доприноси смањивању трошкова државе путем преношења дела њених функција за обављање јавних служби на приватни сектор, остављајући ипак, контролу над остварењем јавног интереса у рукама саме државе.

Borče Davitkovski, LL.D.

Full Professor

Law Faculty in Skopje

CONCEPT OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND ITS PLACE IN MACEDONIAN LEGAL SYSTEM

Summary

This paper deals with the administrative contracts as specific type of acts of public administration which are thoroughly studied in French legal theory, and in Republic of Macedonia still represent a novelty, both in science and the positive law. Paper defines institute of administrative contracts, determination of its core features and analysis of existing conditions with regard to its legal regulation and application in Macedonian legal system and practice.

Key words: *concept of administrative contracts, enforcement of administrative contracts, the Macedonian administrative regulations, case law opinions.*