

OPŠTA NAČELA UGOVORNOG PRAVA I UPRAVNI UGOVOR

Zoran Filipović

Univerzitet PIM, Pravni fakultet, despota Stefana Lazarevića bb, 78 000 Banja Luka, Bosna i Hercegovina, zoran.filipovic@univerzitetpim.com
Komisija za koncesije Republike Srpske, Save Mrkalja 16, 78000 Banja Luka, Bosna i Hercegovina

STRUČNI RAD

ISSN 2637-2150

e-ISSN 2637-2614

UDK 341.24:347.74/769

DOI 10.7251/STED2201174F

COBISS.RS-ID 136263169

Paper received: 26.04.2022.

Paper accepted: 21.05.2022.

Published: 30.05.2022.

<http://stedj-univerzitetpim.com>

Corresponding author:

Zoran Filipović, University PIM, Faculty of Law, despota Stefana Lazarevića bb, 78 000 Banja Luka, Bosnia & Hercegovina, zoran.filipovic@univerzitetpim.com



Copyright © 2022 Zoran Filipović; published by UNIVERSITY PIM. This work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.

APSTRAKT

Upravni ugovor je specifičan ugovor sa posebnim pravnim režimom, subjektima i karakteristikama koji ga svrstavaju u institut koji se po svojoj pravnoj prirodi nalazi između privatnog i javnog prava. U radu je izvršena uporedna analiza opštih načela ugovornog prava, a prije svega ugovora privatnog prava, građanskopravnog ugovora i upravnog ugovora. Ova analiza treba da dá odgovore na pitanja osnova ugovornog obvezivanja, odnosno osnovnih elemenata koji stvaraju ugovornu obavezu. U radu su navedeni najznačajniji principi, kao i opšti elementi ugovora, posebno

građanskopravnog ugovora sa jedne i osnovne karakteristike upravnog ugovora sa druge strane, kako bi se bolje razumjela njihova pravna priroda, sličnosti i razlike, a posebno pravna priroda upravnog ugovora i njegovog mjesta u ugovornom pravu.

Ključne riječi: građanskopravni ugovor, upravni ugovor, opšta načela ugovornog prava.

UVOD

Ugovorno pravo u svom najopštijem značenju je pojam koji obuhvata širok korpus teorijskih pojmova i praktičnih normativnih rješenja koji za predmet imaju oblast ugovora. Ovaj pojam je više proizvod teorijske konstrukcije i praktične potrebe da se njime prije svega obuhvate mnogobrojni i raznovrsni oblici ugovaranja, pravila i odnosa koji nastaju na osnovu i povodom ugovora. Njegovi sadržajni elementi nalaze se u brojnim pravnim institutima i normama široko rasprostranjenim u različitim pravnim granama. Ugovorno pravo se naročito u domaćem pravu vezuje prije svega za propise, institute i pravne odnose privrednog (trgovačkog) prava. U praksi su najprisutniji privatnopravni ugovori, kojima se dosta bavila i pravna teorija. Istovremeno, naročito u domaćem pravu su neopravdano zanemareni ugovorni odnosi koji su takođe česti, a ne mogu se svrstati u navedene kategorije. To je slučaj i sa ugovorima kojima se regulišu odnosi između ugovornih strana koji imaju za cilj vršenje javnih službi kao djelatnosti od najvećeg značaja za društvenu zajednicu (npr. usluge javnog prevoza, komunalne usluge, usluge vodosnabdijevanja, snabdijevanja električnom energijom,

gasom i dr.). Osim toga država i jedinice lokalne samouprave, u okvirima svoje nadležnosti zaključuju različite ugovore uključujući i ugovore o koncesiji i javno-privatnom partnerstvu. Dakle, pored privatnopravnih lica koja se vrlo često javljaju kao subjekti ugovora, i javnopravna tijela međusobno ili sa privatnopravnim subjektima stupaju u različite vrste ugovornih odnosa.

Ugovorno pravo u širem smislu obuhvata teorijski i praktični korpus pravnih instituta, načela, normi i odnosa koji se tim normama uređuju, a koje se mogu svrstati u oblast ugovora. Te norme koje regulišu ugovorne odnose javljaju se kako u građanskom tako i u porodičnom, upravnom, radnom, socijalnom i međunarodnom pravu. Njihova zajednička karakteristika je da se sve zasnivaju na nekim temeljnim opštim pravnim načelima, ali i nekim posebnim principima koji se svi skupa mogu primijeniti na isti pravni institut - ugovor. O pojmu pravnih načela, postoje različita mišljenja pravnih teoretičara, čija bi šira analiza prevazišla opseg i cilj ovog rada. Pravno načelo je izvedeni pravni pojam koji služi kao izvor prava obuhvatajući pri tom sve one društvene činioce iz kojih pravo može da nastane i koji predstavljaju aksiološki i sociološki sadržaj prava, kao i ostvarenju prava u cjelini. Pravna načela jesu i trebaju biti trajan, dragocijen sadržaj svijesti o pravu koja svjedoči posebno o onim načelima u pravu koja su sveopšta, sveprisutna i trajna (Miličić, 1997). Osnovna načela su u normativnom smislu najopštija pravna pravila, ali to su i vrhovni principi, ideje vodilje i najviši pravni standardi u određenoj pravnoj oblasti. Ona predstavljaju i opšte uputstvo za orijentaciju pa i tumačenje nekih ustanova i konkretnih pravnih odnosa.

U radu se kroz osvrt na opšta načela ugovora kao pravnog instituta u njegovom izvornom značenju, vrši komparacija i utvrđuju zajednički elementi, ali i specifičnosti prije svega ugovora građanskog prava sa jedne, te osnovni principi i karakteristike upravnih ugovora, sa druge strane. Ovakav pristup trebalo bi

da doprinose jasnijem određenju pravne prirode upravnog ugovaranja, preciznijem normiranju upravnog ugovora u pozitivnom zakonodavstvu, a samim tim i njegovoj uspješnijoj primjeni u praksi.

OPŠTI POJAM UGOVORA I UPRAVNI UGOVOR

Najopštiji pojam „ugovor“ (lat. *contractus*), definiše se kao sporazum, saglasno očitovanje volja dva ili više subjekata usmjereno na postizanje dopuštenih pravnih učinaka, a koji se sastoje u postanku, prestanku ili promjeni pravnog odnosa. Ugovori građanskog prava, iako različiti i raznovrsni po svom sadržaju, imaju neke zajedničke karakteristike. Suština ugovora je sporazum ugovornih subjekata. Temelji se na slobodi ugovaranja, koja znači da ugovorni subjekti slobodno odlučuju o nastanku, promjeni ili prestanku ugovornog odnosa, ali je njihova volja ipak ograničena mogućnošću i dopuštenošću sadržaja ugovora. Budući da ugovor nastaje sporazumom ugovornih strana, on u pravilu proizvodi pravne učinke samo za ugovorne strane (načelo relativnog djelovanja ugovora, *inter partes*), jer ugovaranje na teret trećih ne obavezuje. Moderno ugovorno pravo prihvata načelo neformalnosti, koje znači da ugovor nastaje čim su strane postigle saglasnost o njegovim bitnim elementima, bez obzira na to u kojem su obliku očitovale svoju volju, osim kod onih za čiji nastanak zakon izričito predviđa posebnu formu.

Pravni teoretičari pri poređenju upravnog i građanskog prava, posebno ističu razliku u njihovom „predmetu izučavanja“ kada se radi o naučnoj disciplini, kao i u metodu regulacije kada je riječ o pozitivnopravnim propisima. Naglašavaju da se radi o sasvim različitim pravnim granama, ali da se ipak određena veza može uspostaviti među njima (Davitkovski, Davitkovska i Gocevski, 2013). Tako se navodi da se određeni svojinski odnosi građana zasnivaju na autonomiji volje, a ipak, dio njih je regulisan odredbama upravnog prava (npr. eksproprijacija, državljanstvo). Osnovni

predmet regulisanja građanskog prava, predstavljaju vlasnički odnosi, dok upravno pravo, u izvesnim situacijama, reguliše i vlasničke odnose koji nisu njegov glavni predmet uređenja.

„Pa čak i tada, kada se predmet regulisanja poklopi kod ovih dviju pravnih disciplina, metod regulacije se u potpunosti razlikuje. U najvećem broju slučajeva, svojinski odnosi su regulisani građanskopravnim normama i zasnivaju se na principu autonomije volje stranaka, za razliku od svojinskih odnosa obuhvaćenih upravnim pravom, u kojima se jedna strana (država odnosno javna uprava) uvijek nalazi u nadređenom položaju [...]. Ipak, ove razlike između građanskog i upravnog prava ne predstavljaju „nepremostivo razilaženje i dijametralnu suprotstavljenost, već se u određenoj mjeri te dvije grane čak i dopunjavaju“ (Davitkovski, et al., 2013).

U pravnim sistemima koji teže reformisanoj i efikasnijoj javnoj upravi, proširenje obima ugovornih formi koje se zasnivaju na principima saglasnosti i slobode volje je najvažniji zadatak. Demokratizacija društvenih odnosa, podrazumijeva prije svega stvaranje uslova za dostojanstven život i slobodan razvoj građana i njihovo aktivno učešće u društvenim i ekonomskim procesima. Neizbježni element ovog procesa je obogaćivanje funkcionalne uloge države i oštra redukcija primjene klasičnih metoda upravljanja. Ugovorne forme u odnosu između javne uprave i građana predstavljaju novi način funkcionisanja uprave i put ka njenoj liberalizaciji, a protiv njene klasične autoritativne uloge. Kvalitetna javna uprava podrazumijeva precizno određene neophodnog minimuma njenog jednostranog djelovanja i rješavanje svih značajnih pitanja sporazumom. Ipak, upravni ugovor je samo jedna vrsta ugovora, a ugovor je kao što je već rečeno, prisutan kako u građanskom, odnosno privatnom pravu, tako i u javnom pravu, što podrazumijeva da opšti pojam ugovora obuhvata materiju privatnog i javnog prava. Pojedini autori smatraju da nije moguća neka uopštena definicija ugovora jer taj pojam obuhvata tri različita značenja:

ugovor kao pravni akt, ugovor kao pravni odnos i ugovor kao pravni dokument, isprava. Autori sa prostora država ex Jugoslavije, očekivano definišu ugovor na sličan način. Prema tim stavovima ugovor kao pravni akt je razmjena saglasnih izjava volje između dva ili više lica, kojom se zasniva, mijenja ili ukida određeni pravni odnos. Ugovor je uvijek dvostrani pravni posao jer je za njegovu punovažnost za razliku od jednostranih pravnih poslova, gdje samo izjava jedne volje ima pravno dejstvo, neophodno prisustvo najmanje dvije volje (Antić, 2008, str. 196). Ugovor se definiše i kao obligacionopravni odnos koji predstavlja saglasnu izjavu volja dvije strane za nastanak, izmjenu ili prestanak obligacionih odnosa. Ipak, prevladava mišljenje da se pojam ugovora najsažetije može definisati kao saglasnost volje dva ili više lica kojom se postiže neko pravno dejstvo.

Upravni ugovor je međutim, proizvod praktične potrebe da se ublaži prenaplašeni uticaj i jednostranost upravnog akta, sa jedne strane i primjena klasičnog građanskog ugovora u ostvarenju prije svega privrednih oblika saradnje građana i javne uprave sa druge strane. Građanima se preko ovog instituta omogućava da učestvuju u vršenju najvažnijih poslova javne uprave koji su od opšteg, javnog interesa, kao što je obavljanje javne službe. „Savremena prospektivana uprava izlazi iz pozicije pasivne birokratske sluškinje i postaje odgovorni pokretač društvenih tokova baš u cilju očuvanja sopstvenog legitimiteta“ (Mescheriahoff, 1990). Upravni ugovor je prije svega proizvod kontinentalno pravne teorije i prakse, ali i u anglosaksonskom pravnom sistemu je prisutan u različitim formama, naročito kroz primjenu modela tzv. „novog javnog menadžmenta“ (New Public Management). Upravni ugovori imaju značajnu ulogu za privredu, ali i društvo u cjelini, jer se ovim ugovorima često uređuju ugovorni odnosi između javne uprave sa jedne i privrednih subjekata sa druge strane u najznačajnijim investicijama kao što su ulaganja kroz javno-privatna partnerstva ili ugovore o koncesijama javnih službi ili koncesijama

za prirodna bogatstva i prirodne resurse jedne zemlje. Rodonačelnik instituta upravnog ugovora je francuski upravnopravni sistem u kome je on nastao prije više od dva vijeka, da bi danas upravni ugovor zauzimao svoje mjesto u pozitivnom zakonodavstvu većine razvijenih evropskih država, a u svom modifikovanom obliku zastupljen je i u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema. U skladu s tim i značajan broj autora iz ovih zemalja javnu upravu posmatraju u znatno širem kontekstu i to kao korišćenje menadžerskih, političkih i pravnih teorija i procesa vršenja zakonodavne, izvršne i sudske vlasti za obezbjeđenje regulativne i servisne funkcije društva u cjelini ili nekih njegovih dijelova (Rosenbloom, Kravchuk, & Clerkin, 2009). Na tim principima se zasniva i reforma javne uprave, koja prema stavovima pravnih teoretičara ima za osnovni cilj da se strateški, taktički i operativno formuliše planiranje, organizovanje, usmjeravanje, kontrola i koordinisanje aktivnosti organa javne uprave i javnog sektora uopšte. Izvršavanje navedenih aktivnosti povjereno je rukovodiocima ili javnim menadžerima koji su neposredno odgovorni za sprovođenje upravnih ciljeva i upravne politike (Farnham, Horton, Barlow, & Hondeghem, 1996). Analiziraju se efekti uključivanja privatnog sektora u izvršenje javnih usluga, te se konstatuje da je postignuta veća efikasnost, efektivnost, podignut kvalitet uz smanjenje cijena za korisnike. Naglašava se da „javne vlasti“ putem mnogobrojnih ugovora obezbjeđuju brojne usluge od javnog interesa, te da su se država i drugi nivoi vlasti povukli iz mnogih sfera u kojima su monopolski obezbjeđivali usluge i robe ostavljajući taj prostor privatnim i drugim javnim subjektima (Kelman, 2002).

Upravni ugovor je nastao, razvijao se i dostigao svoju punu afirmaciju prije svega zahvaljujući dugogodišnjoj praksi Državnog savjeta Francuske (Conseil d'Etat) koji je uspio da svojim odlukama da nemjerljiv doprinos razvoju upravnog ugovora kao instrumenta specifične upravne djelatnosti koja se ne zasniva na funkciji

uprave kao nosioca vlasti, nego na sporazumnom odnosu javne uprave i privrednih subjekata. U francuskoj pravnoj doktrini i u sudskoj praksi koja se razvijala kako je navedeno preko dvjesto godina, sklapanje upravnih ugovora je postala uobičajena praksa u nizu upravnih područja.

Prema njemačkoj pravnoj teoriji, koja ima nešto drugačiji pristup upravnom ugovaranju, upravni ugovor uvijek stvara, menja ili ukida pravni odnos „u području javnoga prava“, dok drugi ugovori imaju jednake učinke, ali u sferi privatnog prava. Prema tome, ako se pravni odnos koji ugovor stvara, menja ili ukida nalazi u području javnog prava, ugovor će prema pravnoj prirodi biti upravni ugovor (Aviani, 2013). Ovo je npr. slučaj kada govorimo o ugovoru o koncesiji kao pravnom odnosu koji se zasniva između države (koncedenta) i pravnog ili fizičkog lica (koncesionara) u kom država ustupa pravnom ili fizičkom licu pravo iskorišćavanja nekog prirodnog bogatstva ili obavljanje neke javne službe (Šikić, & Staničić, 2011).

Francuski autori kao jednu od specifičnosti upravnih ugovora navode da se radi o ugovorima između nejednakih strana, jer tijelo javne vlasti nastupa s jačom pravnom voljom, te pri izvršavanju ugovora raspolaže nekim javnim ovlaštenjima (Rowan, 2017). Ovaj ugovor odlikuje i niz drugih specifičnosti koje ga razlikuju od ugovora privatnog prava, sa jedne, ali i upravnog akta, sa druge strane. Jedna od najznačajnijih osobina upravnog ugovora je obaveza da je jedan subjekat upravnog ugovora javnopravno tijelo, što ovom institutu daje karakter javnog ugovora. Ipak u pravnoj teoriji su prisutna suprostavljena shvatanja pravne prirode upravnih ugovora. Postoji i shvatanje da je upravni ugovor uvek samo ugovor, bilo kao običan građanskopravni ugovor, ili kao specifičan pravni institut za koji važi poseban pravni režim javnog prava koji ga izdvaja iz kategorije običnih privatnopravnih ugovora. U savremenoj pravnoj teoriji je uglavnom prihvaćen stav da sve upravne ugovore određuje nekoliko osnovnih obilježja koji se odnose na: subjekte ugovora, cilj ugovora i derogativnost odredaba, na

poseban postupak i posebne uslove za zaključenje upravnih ugovora i specifičan način realizacije prava i obaveza ugovornih strana.

NAČELA UGOVORA GRAĐANSKOG PRAVA I NJIHOVA (NE)PRIMJENJIVOST NA UPRAVNI UGOVOR

Već je navedeno da su osnovna načela najopštija pravna pravila, vrhovni principi, ideje vodilje i najviši pravni standardi u određenoj pravnoj oblasti. Tako su osnovni principi zakonodavstva Evropske Unije: zaštita osnovnih ljudskih prava, proporcionalnost, pravna sigurnost, jednakost pred zakonom i subsidijarnost. Principi su zajednički zakonodavstvima svake članice Evropske Unije. Osnovna načela ugovornog prava proizilaze iz načela obligacionog prava, i predstavljaju prihvaćen metod i filozofiju ovog prava u datoj državi. Ona pored toga što daju daju teorijski jasniju i precizniju sliku nekog pravnog instituta, imaju i svoju praktičnu ulogu; predstavljaju uputstvo za tumačenje i za praktičnu primjenu nekih ustanova i konkretnih pravnih odnosa. Ugovor ima neposredno dejstvo na obligaciju u smislu njenog stvaranja, izmjene ili prestanka, pa su pravne osobine obligacije uključene u osnovne pravne osobine ugovora. Ovo se odnosi i na osnovna načela obligacija, odnosno ugovora. U radu se analiziraju osnovna načela obligacija (Zakon o obligacionim odnosima Srbije [ZOO], 2003) koja su u nešto izmijenjenom obliku prisutna u pozitivnim zakonodavstvu i država regiona. Ova analiza izvršena je prije svega u svhu ocjene njihove primjenjivosti na upravne ugovore. Pri tome su kao polazna osnova uzeta načela privatne autonomije i načelo savjesnosti i poštenja kao dva najopštija i najznačajnija principa građanskog prava, a samim tim i obligacija.

Osnovna načela građanskog prava

Dva temeljna načela građanskog prava su načelo privatne autonomije (autonomije volje) i načelo savjesnosti i poštenja. Osnovna načela, ujedno otkrivaju glavne

ciljeve koje jedno društvo želi da postigne u određenoj pravnoj oblasti i zato su veoma značajna. Ona mogu biti razrađena sa više ili manje užitih, posebnih načela. Ova dva najznačajnija načela građanskog prava, sadržana u ZOO, predstavljaju supstituciju za opšti dio građanskog zakonika. Osnovna načela su u zakonu razrađena kroz niz posebnih načela. Usko vezana za načelo privatne autonomije je i sloboda ugovaranja putem koje se realizuje načelo privatne autonomije u ugovornom pravu.

Načelo privatne autonomije

Korijeni načela privatne autonomije (autonomije volje) sežu u daleku prošlost. Smatralo se da je volja izvan pojedinaca, da je ona božanskog porijekla, te da je treba spoznati i djelovati u skladu sa njom. Tek u antičkoj Grčkoj se ovaj stav postepeno mijenja te se volja sve više vezuje za pojedinca, da bi Aristotel to uobličio u teorijski koncept u kome se sazajni odnos upravlja prema ljudskom etičkom sistemu, a vrijednosni sistem polazi od volje pojedinca, slobode izbora, dakle, slobodne volje. Naravno ova koncepcija i praktični odnosi u sistemu ugovaranja su imali vrlo ograničen domet s obzirom da je riječ o robovlasničkom i kasnije srednjovjekovnom feudalnom sistemu u kojima je ogromna većina stanovništva bila potpuno obespravljena. U XVII vijeku, pojavom škole prirodnog prava umjesto prirodnih božanskih prava, ističu se subjektivna ljudska prava kao izvorište same čovjekove prirode.

Daljim istorijskim razvojem ovih principa, čovjek kao slobodno misaono biće i njegova autonomna postaju ishodište i osnov prava. Kako se ljudi, po samoj prirodi stvari rađaju slobodni i jednaki, tako je osnov svakog društva i prava, saglasnost volja pojedinaca, autonomna volja. Iz toga slijedi zaključak da je i sama država kao organizacioni oblik društva, nastala na saglasnosti volja pojedinaca, te je i sama osnova države i prava ugovor, društveni ugovor. Tako volja pojedinca postaje suština prava, a ograničavanje slobode pojedinca putem pravnih obaveza moguće je samo na osnovu njegove slobodne volje.

Opšte granice slobode pojedinca su slobode drugih pojedinaca. Stoga je volja pojedinca odlučujući element za nastanak ugovora, njegovu formu, sadržinu, tumačenje, izmjenu i prestanak. Međutim, kao i svaka druga i ova teorija shvaćena u apsolutnom smislu, imala je niz nedostataka. Ugovor i njegovo poštivanje se smatra neprikosnovenim, bez obzira na moguću povredu niza drugih pravila i principa kao što su pravičnost, savjesnost i poštenje, promjena okolnosti pod kojim je ugovor zaključen i drugo. Autonomija volje polazi od interesa pojedinca, individualnih interesa i zanemaruje interes zajednice bez koje ni pojedinac ne može funkcionisati. Ove i druge argumentovane kritike ova teorija nije mogla izdržati. Vremenom se u zakonodavstvo i praksu ugovornog prava uvode novi instituti i pravila: imperativne norme, javni poredak, pravila morala, dobri običaji, promijenjene okolnosti kao razlog izmjene ili prestanka ugovora, zabrana zloupotrebe prava i sl. Postepeno njihov značaj raste, a autonomija volje u svom izvornom obliku sve više slabi, da bi na kraju bila u potpunosti napuštena. Savremena pravna nauka je načelo autonomije volje modifikovala u načelo „privatne autonomije“. Ovo načelo ima univerzalan karakter, jer je njegovo postojanje preduslov za postojanje modernog obligacionog prava, savremene tržišne privrede i razvijenog društva.

Kod upravnih ugovora potpuna primjena načela privatne autonomije nije moguća. Naime, ugovorne strane nisu potpuno samostalne i ravnopravne u ugovornom odnosu. Privatnopravna ugovorna strana je u tom odnosu slabiji subjekt, jer javnopravni subjekt zbog javnog interesa kao osnovnog cilja upravnog ugovora određuje uslove ugovornog odnosa. Ipak, privatna autonomija kao načelo prisutna je kroz slobodnu volju privatnopravne strane da zaključi ugovor sa javnopravnim tijelom, bez obzira što ugovorne strane u ovom ugovornom odnosu nisu u nekim segmentima potpuno ravnopravne jer privatnopravna strana dobrovoljno prihvata takav odnos. Ovo načelo je izričito

navedeno u pozitivnom zakonodavstvu. (Zakonu o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama Srbije [ZJPPK], 2011, 2016), pod njegovim izvornim nazivom „autonomija volje“. Član 6. ZJPPK definiše da načelo autonomije volje obuhvata slobodu ugovornih strana da u skladu sa ovim zakonom, kojim se uređuju obligacioni odnosi i drugim propisima i dobrim poslovnim običajima, međusobna prava i obaveze urede po svojoj volji. Osim toga zakon predviđa privatnopravnu stranu kao inicijatora i predlagača za zaključenje javnog (upravnog) ugovora. I u pravu Bosne i Hercegovine kao i drugim zemljama regiona, kad inicijativu za zaključenje koncesionog ugovora ne pokreće nadležni organ uprave, nego ponuđač, on prilaže dokumentaciju koja predstavlja dokaz o ispunjenju zakonskih uslova za zaključenje ugovora, i predstavlja osnov za određivanje prava i obaveza u koncesionom ugovoru. Isto tako zaključenju ugovora o koncesiji i javno-privatnom partnerstvu prethode radnje i postupci ili pregovori koji direktno ili indirektno (ne/prihvatanjem predloženih odredaba ugovora), predstavljaju faktički usaglašavanje sadržaja ugovora između koncedenta i koncesionara. Svi navedeni postupci su izraz volje subjekata za zaključenje, odnosno izmjenu ili prestanak ugovora. Ipak, ova volja je u odnosu na volju kod ugovora privatnog prava ograničena širim interesom zajednice, te se načelo privatne autonomije na upravne ugovore može primijeniti samo u okvirima koji ne prelaze granice omeđene javnim interesom.

Načelo savjesnosti i poštenja

Načelo savjesnosti i poštenja je nastalo kao protivteža individualističkom stavu autonomije volje. Naime, za razliku od autonomije volje koja isključivo štiti interese pojedinca odnosno egoističkog principa u pravu, načelo savjesnosti i poštenja polazi od zaštite etičkog, socijalnog i kolektivnog (zajedničkog). Ovo načelo je uvek bilo prisutno, samo u različitim oblicima i nazivima. Tako je poznato i kao *bona fides* (dobra vjera),

poštovanje preuzetih obaveza, uvažavanje promijenjenih okolnosti i dr. Ovo načelo je od najvećeg značaja u ugovornom pravu. Savjesnost i poštenje su, naime takva obaveza koja prethodi svim drugim obavezama iz obligacije i vezana je za nju od njenog nastanka do njenog prestanka. ZOO obavezuje ugovorne strane na savjesnost i poštenje već u fazi pregovora u vidu tzv. predugovorne odgovornosti. Tako se obavezuju pregovarači prije zaključenja ugovora da ukoliko neko od njih vodi pregovore bez ozbiljne namjere da zaključi ugovor, ili odustane od zaključenja ugovora u podmakloj fazi, pa time nanese drugoj strani štetu, dužan je da je nadoknadi. Zakon načelo savjesnosti i poštenja štiti imperativnom normom. Strane su dužne da se pridržavaju ovog načela. Antić navodi da načelo savjesnosti i poštenja prožima cijeli zakon, a u pojedinim njegovim odredbama neposrednim navođenjem ovog načela povodom konkretnog odnosa, daje mu uže značenje. Ako pravno lice zaključi ugovor izvan okvira svoje (specijalne) pravne sposobnosti takav je ugovor ništav, a druga strana može zahtijevati naknadu pretrpljene štete, ako je bila savjesna. Ako je jedna ugovorna strana prilikom zaključenja ugovora, bila u zabludi o bitnim svojstvima predmeta, u pogledu lica, ili okolnosti koje su u konkretnom slučaju odlučujuće, ona je ovlaštena da traži poništenje ugovora zbog bitne zablude. U slučaju poništenja ugovora iz navedenih razloga, druga strana ima pravo na naknadu pretrpljene štete, ali pod uslovom da je bila savjesna. Strana koja je u zabludi, ne može se na nju pozivati, ako je druga strana spremna da izvrši ugovor kao da zablude nije bilo. Takođe, prividan (fiktivni) ugovor je nevažeći posao, bez dejstva među učesnicima, jer strane nisu imale namjeru da stvore obligaciju, već samo njen privid, lažnu predstavu kod trećih lica da je ugovor nastao. Međutim, ako prividan ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi ugovor će važiti ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost. Odredbama ZOO definiše se da je ugovor zaključen pod uslovom, kada njegov nastanak ili prestanak zavisi od neizvesne činjenice, ali ako strana, na čiji je teret

uslov određen, protivno načelu savjesnosti i poštenja spriječi njegovo ostvarenje, smatraće se da je uslov ostvaren. Ako ostvarenje uslova protivno načelu savjesnosti i poštenja, prouzrokuje strana u čiju je korist on određen, smatraće se, da uslov nije ostvaren. Zakonom se regulišu i posljedice ništavosti u vezi sa savjesnošću ugovornih strana. U slučaju ništavosti stranke su dužne da izvrše naturalnu ili novčanu restituciju. Međutim, ako je ugovor ništav zbog toga što je po svojoj sadržini ili cilju protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, sud može odbiti, u cjelini ili djelimično, zahtjev nesavjesne strane za vraćanje onog što je drugoj strani dala. Takođe, data je mogućnost ugovaračima da se mogu svojim ugovorom unaprijed odreći pozivanja na određene promijenjene okolnosti, osim ako je to u suprotnosti sa načelom savjesnosti i poštenja. Povjerilac u obligacionom odnosu je ovlašten da od dužnika zahtijeva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan ispuniti je savjesno u svemu kako ona glasi, u suprotnom, dužan je povjeriocu da naknadi štetu. Zakonom su regulisani i uslovi za proširenje odgovornosti dužnika. Tako je predviđeno da se ugovorom može proširiti odgovornost dužnika i na slučaj za koji on inače ne odgovara, ali samo ako je to u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja. Zakonom je omogućeno nalogodavcu da ne pristupi pregovorima za zaključenje ugovora sa licem koje je posrednik našao, kao ni da zaključi s njim ugovor, pod uslovima koje je saopštio posredniku, ali će odgovarati za štetu ako je postupio nesavjesno. Kao što se vidi, načelo zaštite savjesnosti i poštenja široko je zastupljeno u ZOO i veoma je važno za ugovore građanskog prava. Ovo načelo je svakako jedno od osnovnih načela i u upravnim ugovorima, i kada kao takvo nije izričito navedeno u zakonu. Primjer ovoga nalazimo u uporednom pravu. Tako *presudom Saveznog upravnog suda Njemačke od 18. decembra 1973. godine*, utvrđuje se da vrijeđa savjesnost i poštenje kada jedna ugovorna strana traži povraćaj svoje sopstvene činidbe, a pritom zadržava protivčinidbu.

Načelo slobode ugovaranja

Kao što je navedeno privatna autonomija se u materiji ugovora ostvaruje preko načela slobode ugovaranja. Sloboda ugovaranja podrazumijeva pravo subjekata na izbor da li će zaključiti ugovor ili ne. Ipak, i od ovog osnovnog načela postoje izuzetci, a odnose se na: a) obavezno zaključenje ugovora, b) saglasnost trećeg i v) izbor saugovarača. Ovi izuzeci: predstavljaju ograničenje slobode ugovaranja koja se odnose na akt zaključenja ugovora. Obavezno zaključenje ugovora se prije svega odnosi na obavezno osiguranje koje je regulisano posebnim propisima prema kojima postoji zakonska obaveza da određena lica stupe u ugovorni odnos s nekim osiguravajućim društvom i da se osiguraju od zakonom određenih rizika. Primjer tih ugovora su obavezno osiguranje vozila, javnog prevoza putnika i dr. Istovremeno se mogu obavezati na zaključenje ugovora i pravna lica koja se bave pružanjem javnih usluga. Tako su, npr. javna preduzeća koja se bave distribucijom električne energije ili vodosnabdijevanjem dužna da zakluče odgovarajući ugovor sa fizičkim ili pravnim licem kao potrošačem ukoliko su ispunjeni zakonski uslovi. Saglasnost trećeg može biti uslov za zaključenje ugovora. Jedan aspekt je zaštita javnog interesa, dakle javnopravni, a drugi je zaštita privatnopravnih interesa. Ta saglasnost se mora dobiti od javnog organa u upravnom postupku. Forma dozvole, odobrenja, odnosno saglasnosti, moraju odgovarati formi ugovora za koji se izdaju. Kod izbora saugovarača mogu postojati razna ograničenja, slobode izbora druge ugovorne strane. Ovo se može odnositi na, npr. određene privilegije u korist kolektivnih oblika svojine, ili državne svojine ili pravo preče kupovine. Sloboda ugovaranja kod ugovora javne uprave, uključujući i upravne ugovore, podliježe različitim ograničenjima. Njihovom zaključenju po pravilu prethodi postupak izbora najpovoljnijeg ponuđača. Ovo je slučaj i kod ugovora o javnim nabavkama, ugovora o koncesiji, kao i ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Najčešće je nadležni organ dužan da

provode postupak javnog nadmetanja predviđenog zakonom koji se završava donošenjem upravnog akta nadležnog organa o izboru napovoljnijeg ponuđača. Javnopravni organ je dužan ugovor zaključiti u skladu sa aktom kojim je određen ponuđač koji je u postupku javnog oglašavanja dao najpovoljniju ponudu i ne može ga zaključiti s drugim licem. U uporednom pravu uglavnom, za zaključenje upravnog ugovora je neophodno da određeno, najčešće, specijalizovano, javnopravno tijelo dá saglasnost na zaključenje ugovora. Obično je to posebno regulatorno tijelo (npr. komisija ili agencija za koncesije i javno-privatna partnerstva i sl).

Načela obligacionog prava prema ZOO

Načelo privatne autonomije u ugovornom pravu se ostvaruje preko načela slobode ugovaranja. Načelo savjesnosti i poštenja kao opšte načelo obligacionog prava, takođe je izričito regulisano zakonom. Iz ovih opštih načela proizilaze posebna (uža) načela obligacionog prava: načelo opštosti i dispozitivnosti; načelo ravnopravnosti strana; načelo zabrane stvaranja i iskorišćavanja monopolskog položaja; načelo neformalnosti (konsenzualizma); načelo zabrane zloupotrebe prava; načelo jednake vrijednosti davanja; načelo zabrane prouzrokovanja štete; načelo dužnosti ispunjavanja obaveza; načelo određene pažnje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava; načelo poštovanja dobrih poslovnih običaja; načelo postupanja pravnih lica u skladu sa opšim aktima i načelo mirnog rešavanja sporova. Analizi karakterističnih načela ZOO upućuje na odnos, zajedničke osobine, ali i razlike između ugovora privatnog prava i upravnih ugovora.

Načelo opštosti i dispozitivnosti

Odredbe ZOO su opšta pravila u odnosu na druge propise, te se primjenjuju u svim slučajevima u kojima posebni zakoni nisu predvidjeli šta drugo, ali strane mogu u skladu sa svojom privatnom autonomijom, svoj obligacioni odnos da urede i drugačije nego što je to ovim

zakonom propisano, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili njenog smisla ne proizilazi nešto drugo. Dispozitivnost podrazumijeva da stranke imaju pravo svoje odnose urediti i drugačije nego što je to predviđeno opšim normama. Kada se to primijeni na ugovor, možemo zaključiti da stranke svojim saglasnim voljama mogu dispozitivne norme primijeniti bez promjena ili ih izmijeniti. Takođe, one, dispozitivne norme mogu, ukoliko se o tome usaglase, u potpunosti isključiti. Dispozitivnost je derivat načela privatne autonomije i karakteristika je privatnog prava. O dispozitivnosti kod upravnih ugovora možemo govoriti samo u dijelu koji se odnosi na pojedina pitanja koja zakonom ili upravnim aktom koji prethodi zaključenju upravnog ugovora, nisu decidno regulisana, pa je ugovornim stranama ostavljena mogućnost da ih drugačije urede, ali ne preko granica imperativnih normi.

Načelo ravnopravnosti strana

ZOO definiše da su strane u obligacionom odnosu ravnopravne. Ravnopravnost ugovornih strana je jedan od ključnih uslova za ostvarenje načela privatne autonomije. Kao što je ranije navedeno, autonomija volje je u antičkom i feudalnom društveno-ekonomskom sistemu bila privilegija vrlo uskog socijalnog sloja. Nakon buržuaskih revolucija i proklamovanja principa jednakosti i građanskih sloboda te afirmacije privatnog vlasništva, načelo ravnopravnosti ugovornih strana je postalo temeljni princip privatnog ugovornog prava. Pojedinačna volja postaje izvor subjektivnih građanskih prava, tako da individualne volje moraju biti ravnopravne kako bi mogle zasnovati međusobna prava i obaveze. Ugovorne strane u toku čitavog postupka zaključenja ugovora, od pregovora, ponude, zaključenja ugovora, pa do njegovog izvršavanja i prestanka su ravnopravne. Princip ravnopravnosti je proklamovan u većini zakona koji uređuju ugovornu materiju, privatnih, ali i javnih ugovora. Tako ZJPPK definiše da načelo ravnopravnosti ugovornih strana, podrazumijeva da se

uzajamni odnosi subjekata u javnom ugovoru zasnivaju na njihovoj jednakosti i ravnopravnosti njihovih volja. Ipak, kod upravnih ugovora uglavnom ne postoji ravnopravnost strana. Naime, pošto se upravni ugovor zaključuje prije svega u javnom interesu, to je i javnopravno tijelo kao strana u tom postupku u privilegovanom položaju. Ovo se manifestuje kroz niz posebnih odredaba koje regulišu upravni ugovor. Tako, na primjer, kod ugovora o koncesiji javne službe javnopravna strana nakon provedenog postupka donosi upravni akt koji prethodi zaključenju ugovora. Ugovor koji se nakon toga zaključuje ne smije odstupati od sadržaja tog upravnog akta. Takođe javna uprava kao strana u upravnom ugovoru može samostalno mijenjati uslove ugovora ukoliko to zahtijeva javni interes i bez saglasnosti druge ugovorne strane. Pri tome druga ugovorna strana ne može u tom slučaju raskinuti ugovor nego je dužna izvršavati ugovorne obaveze, uz obavezu javnopravnog tijela da joj nadoknadi štetu, ali ne i izgublenu dobit. Zaključenju upravnog ugovora kod javnih nabavki, prethodi postupak javne nabavke koji se pokreće odlukom javnopravnog organa u kome javnopravno tijelo, jednostrano, u skladu sa javnim interesom, precizno definiše uslove i elemente budućeg upravnog ugovora.

Upravne ugovore karakterišu i druge klauzule koje daju veća ovlašćenja javnoj upravi u tom ugovornom odnosu. U njemačkom pravu postoje tzv. koordinacioni javnopravni ugovori koje zaključuju dvije javnopravne ugovorne strane i koje karakteriše ravnopravnost. Međutim, neki autori ravnopravnost ugovornih strana upravo smatraju dokazom da se ne radi o upravnim nego o privatnopravnim ugovorima. Pojedini autori za koordinacione ugovore ističu da kod tih ugovora izostaje subordinacija tj. jača pravna volja jedne ugovorne strane, što je karakteristika upravnih ugovora, te zaključuju da se na osnovu toga mogu svrstati u privatnopravne ugovore (Ljubanović, 2010). Dakle, da u upravnom ugovoru za razliku od građanskog ugovora,

ugovorne strane nisu ravnopravne, jer je upravo dominantniji položaj javnopravnog subjekta jedna od karakteristika upravnog ugovora.

Načelo zabrane stvaranja i iskorišćavanja monopolskog položaja

Ovo načelo takođe proizilazi iz načela privatne autonomije. Naime, monopol nekog učesnika na tržištu roba i usluga u direktnoj je suprotnosti sa načelom ravnopravnosti stranaka i njihovih volja. Član 14. ZOO predviđa da u zasnivanju obligacionih odnosa strane ne mogu da ustanovljavaju prava i obaveze kojim se za bilo koga stvara ili iskorišćava monopolski položaj na tržištu. Ovo načelo se primjenjuje i na upravne ugovore. Javna uprava je prilikom zaključenja upravnog ugovora o obavljanju javnih službi dužna da vodi računa o tome da ugovorna strana koja obavlja javnu službu ne povećava cijenu usluga građanima bez saglasnosti javne uprave. Građani se štite od monopolističkog ponašanja davaoca usluga kao subjekta upravnog ugovora i time što im se omogućava zaštita njihovih prava u upravnom postupku pred javnom upravom ukoliko smatraju da je davalac usluga prekršio svoje obaveze prema njima. Osim toga u svim savremenim pravnim sistemima, između ostalog, pozitivnim pravnim propisima se uređuju način za sprečavanje monopolskog položaja u određenom sektoru. Tako je u Republici Srpskoj, Dokumentom o politici dodjele koncesije predviđeno da Komisija za koncesije donosi pravila o koncentraciji vlasništva, čiji je cilj da omoguću rast konkurencije u određenom sektoru i spriječi uspostavljanje monopola nad javnim dobrima. Dakle, možemo zaključiti da, iako je česta situacija da pri zaključenju upravnog ugovora za obavljanje neke javne službe kojom se vrše određene javne usluge, davalac usluga bude jedini ovlašćen za njihovo vršenje (npr. komunalne usluge, usluge linijskog prevoza i dr.), javna uprava je dužna da onemoguću monopolističko ponašanje davaoca usluga tako što ga ugovorom obavezuje na određeni nivo kvaliteta i kvantiteta usluga, te obavezne

saglasnosti javne uprave kod određivanja ili eventualne promjene cijena usluga, kao i da pravilima o koncentraciji vlasništva spriječi uspostavljanje monopola.

Načelo konsenzualizma (neformalnosti)

Načelo konsenzualizma ili neformalnosti je opšte pravilo koje predviđa izuzetke samo ako ih zakon propiše. Tako je propisano da zasnivanje ugovornih odnosa ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drugačije određeno. Čak i kada zakon predviđa određenu formu, punovažne su neformalne izmjene i dopune o sporednim tačkama o kojima u formalnom ugovoru nije ništa rečeno, ukoliko to nije protivno cilju radi kojeg je forma propisana, a punovažne su docnije neformalne pogodbe kojim se smanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili druge strane, ako je posebna forma propisana samo u interesu ugovornih strana. Učesnici u obligacionom odnosu u skladu sa načelom privatne autonomije, mogu ugovoriti formu pravnog posla. Načelo neformalnosti nije primjenjivo na upravni ugovor. Naime, upravni ugovor je formalni ugovor koji se obavezno zaključuje u pismenoj (pisanoj) formi. Ugovor o koncesiji, u uporednoj pravnoj teoriji se smatra ili kao upravni ugovor, ili javnopravni ugovor sa dominantnim elementima upravnog ugovora. Borković navodi da se ugovor o koncesiji uvek sklapa u pismenoj formi, te da je ta forma, ujedno i bitan uslov punovažnosti ugovora o koncesiji, forma „ad solemnitatem“, tj. konstitutivni sastojak ugovora, bez ispunjenja kojeg ugovor o koncesiji ne proizvodi pravni učinak.

Načelo zabrane zloupotrebe prava

Pravilo iz rimskog prava je da titular prava koji svoje pravo vrši ne može postupati zlonamerno niti drugome nanositi štetu. Međutim, razvojem pravnog iskustva pojavile su se situacije kada titular, koji određeno subjektivno pravo nesumnjivo ima, u konkretnom slučaju to pravo vrši na način kojim ometa uživanje, ostvarivanje nekih drugih prava, drugih titulara. Apsolutna sloboda jednog subjekta značila bi neslobodu, ropstvo drugog, što se u

savremenim pravima, naravno još manje može tolerisati nego što je to bio slučaj u starim pravima. Zato je i „najsavremenije od svih prava“, pravo svojine, u svim modernim pravima ograničeno: ono se vrši u granicama određenim pozitivnim propisima. Ti propisi ponekad obavezuju na nečinjenje, npr. propisi o poljoprivrednom zemljištu. Ograničenja se odnose i na apsolutna i na relativna prava, jer bi se njihovom zloupotrebom negiralo načelo savjesnosti i poštenja. ZOO predviđena je zabrana vršenja prava iz obligacionog odnosa, protivno cilju zbog koga je takvo pravo zakonom ustanovljeno ili priznato. Antić praveći paralelu između zahtjeva i odgovornosti navodi da između njih postoji korelacija, ali da se to ne odnosi na etički odnos te da je zlupotreba prava dodirna tačka između prava i etike (Antić, 2008). Načelo zabrane zlupotrebe prava primjenjivo je i na upravni ugovor. Ovo je najbolje vidljivo u dijelu o sudskoj zaštiti prava ugovornih strana u francuskom pravu. Tako francuski zakon predviđa da se može voditi postupak protiv javnopravnog tijela zbog zlupotrebe prava iz upravnog ugovora. U Hrvatskoj je poreskim propisima (Zakonom o opštem poreskom postupku [ZOPP], 2016, 2018, 2019. i 2020) regulisano da se upravni ugovor ne može zaključiti s poreskim obveznikom protiv kog se provodi postupak utvrđivanja zlupotrebe prava u poresko-dužničkom odnosu, za poreski dug koji je već bio predmetom raskinutog upravnog ugovora, za dug za koji je *sklopljen upravni ugovor*, ili za dug koji je obuhvaćen reprogramom.

Načelo jednake vrijednosti davanja

Dvostrani ugovori (s naknadom, teretni) zasnivaju se na ideji razmjene (*do ut des*): razlog, osnov, kauza činidbe jedne strane je protivčinidba druge. Otuda pretpostavka da u zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja (ekvivalencije prestacija), ali kako je jednaka vrijednost uzajamnih davanja u doslovnom smislu, po pravilu nemoguća i fizički nedokaziva, zakonom se određuje u kojim slučajevima narušavanje toga načela

povlači pravne posljedice. Dvostrano obavezni ugovori podrazumijevaju jednakost uzajamnih davanja. Razuman subjekt se, u teretnim poslovima, neće obavezati tako da po realizaciji ugovora suprotna strana znatno uveća svoju imovinu tako da se njegova znatno umanjuje. Otuda pravo predviđa nekoliko konkretnih instrumenata zaštite ovog načela: a) odgovornost za materijalne nedostatke, b) odgovornost za pravne nedostatke, c) prekomjerno oštećenje, d) promijenjene okolnosti.

Odgovornost za materijalne nedostatke. U ugovorima s naknadom svaki ugovarač odgovara za materijalne nedostatke svog ispunjenja, pri čemu se shodno primjenjuju pravila ugovora o prodaji (kupoprodaja), odnosno pravila o obavezama prodavca. Materijalni nedostaci postoje: ako stvar nije imala svojstva za redovnu upotrebu ili promet; ako nije imala potrebna svojstva za naročitu upotrebu u pogledu svrhe nabavke, a koja je bila ili je morala biti poznata prodavcu; ako stvar nema svojstva i odlike koji su izričito ili prećutno ugovorene odnosno propisane; kada je prodavac predao stvar koja ne odgovara uzorku ili modelu, osim ako uzorak ili model nisu pokazani samo radi obavještavanja.

Odgovornost za pravne nedostatke. Ukoliko neko lice vrši faktičko uznemiravanje titulara prava, titularu stoji na raspolaganju tužba zbog smetanja posjeda, državinska tužba (posesorna zaštita). Međutim, pravno uznemiravanje je nešto sasvim drugo. Prodavac, naime, odgovara ako na prodajnoj stvari postoji pravo trećeg koje isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo, a o čijem postojanju kupac nije obaviješten, niti je pristao da uzme stvar opterećenu tim pravom (zaštita od evikcije). Ukoliko je u pitanju prenos nekog drugog prava (npr. autorskog prava ili prava industrijske svojine), prodavac garantuje da ono postoji (veritet) i da nema pravnih smetnji za njegovo ostvarenje.

Prekomjerno oštećenje. Ugovarač, u dvostranom ugovoru, koji u vreme zaključenja ugovora, za pravu vrijednost

obaveza nije znao, niti je morao znati, pa je na svoju štetu zaključio ugovor u kojem postoji očigledna nesrazmjerna činidbi, ima pravo da u roku od jedne godine zahtijeva poništenje takvog ugovora. Druga strana, pri tom, ima mogućnost ponuditi dopunu do prave vrijednosti, čime će ugovor ostati na snazi.

Promijenjene okolnosti. Ukoliko posle zaključenja ugovora nastupe takve okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveza jedne strane, ili se zbog tih okolnosti ne može ostvariti svrha ugovora, a sve u toj meri da je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanju ugovornih strana i da bi ga po opštem mišljenju bilo nepravično održati, strana kojoj je otežano ispunjenje, odnosno koja ne može da ispuni svrhu ugovora, može zahtijevati raskid takvog ugovora. Ipak, ugovor se neće raskinuti ukoliko druga strana ponudi ili pristane da se ugovor pravično izmijeni. U slučaju raskida, na zahtjev druge strane sud će obavezati drugu stranu koja je raskid zahtijevala da drugom naknadi pravičan iznos štete koju zbog raskida trpi. Odgovornost za pravne nedostatke, prekomjerno oštećenje i promijenjene okolnosti, može biti prisutna u svom modifikovanom obliku i kod upravnih ugovora. Tako, npr. javnopravno tijelo prilikom zaključenja ugovora o javno-privatnom partnerstvu u kome privatnom partneru ustupa određene nekretnine ili postrojenje, odgovara za materijalne i pravne nedostatke u vezi sa tim postrojenjem ili nekretninama (npr. postojanje određenog založnog prava, ili sudskog spora, za koje privatni partner nije mogao znati u momentu zaključenja ugovora). Prekomjerno oštećenje, teško da može biti razlog pobijanja upravnog ugovora, jer i jedna i druga ugovorna strana u postupku koji prethodi zaključenju, kao i pri zaključenju i realizaciji ugovora, zbog značaja ovih ugovora i propisane procedure, imaju na raspolaganju sve informacije koje su neophodne za odluku o zaključenju ugovora. Promijenjene okolnosti, pak ne mogu biti razlog za jednostran raskid ugovora od strane privatnog partnera, ako javni interes to ne dozvoljava. U

francuskom pravu zaštita prava saugovarača javne uprave, ostvaruje se između ostalog u skladu sa doktrinom *imprévision*. U skladu sa ovom doktrinom stranka nema pravo insistirati na jednostranom raskidu ugovora, već, ako javnopravno tijelo smatra da je to u javnom interesu, mora nastaviti izvršavati svoje ugovorne obaveze, a ako druga ugovorna strana praktično prestane izvršavati ugovorne obaveze, javnopravno tijelo može tu javnu uslugu nastaviti pružati u vlastitoj režiji. Pri tome je potrebno razgraničiti doktrinu *imprévision* i slučaj više sile (franc. *force majeure*). U doktrini *imprévision* nema nemogućnosti izvršavanja ugovorne obaveze zbog činjeničnog ili pravnog osnova, već druga ugovorna strana, dokazuje narušavanje „finansijske ravnoteže ugovora“ kako bi ostvarila pravo na naknadu nepredviđenih troškova.

Načelo dužnosti ispunjavanja obaveza

Strane u obligacionom odnosu su dužne da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje, a obaveza se može ugasiti samo saglasnošću volja strana u obligacionom odnosu ili na osnovu zakona. Kad je upravni ugovor u pitanju, ukoliko uprava kao ugovorna strana ne poštuje svoje obaveze, saugovarač nema mogućnost iskoristiti pravo da odstupi i sam od obavljanja svojih ugovornih obaveza. Ugovorna obaveza privatne ugovorne strane i dalje ostaje na snazi, pri čemu se može od nadležnog suda tražiti nadoknada štete. Na taj način, princip *pacta sunt servanda* upotrebljava se u zaštiti javnog interesa, a koja ipak vodi ka faktičkoj nejednakosti ugovornih strana.

Načelo određene pažnje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava

Strana u obligacionom odnosu dužna je da u izvršavanju svoje obaveze postupa sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa (pažnja dobrog privrednika, odnosno pažnja dobrog domaćina). Kad je u pitanju strana u obligacionom (ugovornom) odnosu koja izvršava obaveze iz svoje profesionalne djelatnosti, ona je dužna da

postupa sa povećanom pažnjom prema pravilima struke i običajima (s pažnjom dobrog stručnjaka). Primjena ovog načela u upravnim ugovorima je kod ugovora o koncesiji javnih službi kad javna uprava daje dio javnih resursa na upravljanje koncesionaru koji se redovno obavezuje da prema javnoj imovini koja je predmet koncesije postupa sa pažnjom dobrog privrednika. Takođe se koncesionar obavezuje da po isteku koncesionog perioda, vrati koncedentu koncesiono dobro u ispravnom stanju.

Načelo mirnog rješavanja sporova

Strane u obligacionom odnosu nastoje da sporove rješavaju usaglašavanjem, posredovanjem ili na drugi miran način. U obligacionom pravu, domaćem i uporednom, uglavnom je prihvaćeno opšte pravilo da organ pred kojim se vodi spor između dvije ugovorne strane, uvek nastoji prvo da se strane u sporu sporazumiju, odnosno mirno riješe nastali spor, a i same ugovorne strane mogu ugovoriti, ili naknadno predložiti neko arbitražno tijelo koje bi rješavalo nastali spor. Francusko pravo u vezi sa sporovima iz upravnih ugovora predviđa nekoliko modaliteta njihovog rješavanja mirnim putem. Tako se za mirno rješavanje sporova nastalih u postupcima javne nabavke predviđaju razna „ad hoc“ tijela, „savjetodavni komiteti za mirno rješavanje nesaglasnosti ili sporova u vezi sa javnim nabavkama“ i sl. U domaćem pravu u sporovima nastalim u vezi sa ugovorima javne uprave, (uključujući i latentne oblike upravnog ugovora), ugovorne strane mogu ugovoriti njihovo arbitražno rješavanje pred domaćom ili stranom arbitražom. Tako u pozitivnom pravu Republike Srpske (Zakon o koncesijama Republike Srpske [ZOK RS], 2013) za rješavanje sporova proisteklih iz ugovora o koncesiji ugovorne strane mogu ugovoriti arbitražu. Ako se ugovorne strane saglase, Komisija za koncesije može vršiti posredovanje u mirnom rješavanju sporova koji nastanu iz koncesionih ugovora.

Završna razmatranja o karakteristikama i pravnoj prirodi upravnog ugovora

U pravnoj teoriji i uporednom pravu, naročito onih država koje se oslanjaju na bogatu francusku teoriju i praksu upravnih ugovora, utvrđene su određene pecifične karakteristike ovog instituta: 1) najmanje jedna ugovorna strana je uvek subjekt javnog prava (javnopravno tijelo); 2) svrha i cilj upravnog ugovora je ispunjenje nekog šireg društvenog interesa; 3) prema kriterijumu „posebnih ovlašćenja“ javnopravno tijelo kao ugovorna strana ima posebna, veća ovlašćenja; 4) upravni ugovori sadrže derogativne odredbe, tj. odredbe kojima se odstupa od opšteg režima privatnog prava u korist režima upravnog prava, (*clauses exorbitantes du droit commun*) čija je svrha obezbjeđenje javnog interesa u postupku zaključenja, načina izvršenja, raskida ugovora i rješavanja sporova u vezi sa tim ugovorom. Postupak i uslovi zaključenja upravnog ugovora su specifični i njihovom zaključenju uglavnom prethodi postupak javnog konkursa ili poziv za dostavljanje ponuda, a u pojedinim pravnim sistemima sporove koji proizlaze iz upravnih ugovora rješavaju specijalizovani upravni sudovi ili nezavisna upravna tijela. Prema francuskom upravnom pravu cilj zaključenja ovog ugovora prevashodno je vezan za obezbjeđenje funkcionisanja određene javne službe, kao što je: nabavka određenih dobara, izvođenje radova, usluga, ustupanje javne službe (koncesionirana javna služba).

Komparativna analiza primjenjivosti osnovnih načela ugovora obligacionog prava koja je prikazana u radu takođe pokazuje da postoje sličnosti, ali i brojna odstupanja u karakteristikama upravnog ugovora u odnosu na ugovore privatnog prava. Ova odstupanja ukazuju na njihovu specifičnost i samostalnost, iako se u nedostatku odredaba koje izričito regulišu upravni ugovor, supsidijarno mogu primjenjivati odredbe privatnog, obligacionog prava. Dakle, upravni ugovor svakako pripada kategoriji ugovora, ali ipak se radi o ugovoru *sui generis*, posebnoj vrsti ugovora koji ima elemente klasičnog građanskog ugovora, ali i niz karakteristika

koje ga čine specifičnim. Na kraju možemo upravni ugovor definisati kao posebnu vrstu dvostranog pravnog posla koji se zaključuje u pisanoj formi, između javnopravnog tijela sa jedne i privatnopravnog ili javnopravnog lica sa druge strane, sa ciljem obavljanja neke djelatnosti ili aktivnosti od javnog interesa i koji podliježe posebnom pravnom režimu.

ZAKLJUČAK

Ugovorno pravo kao generički pojam obuhvata širok spektar teorijskih pojmova i praktičnih normativnih rješenja koji za predmet imaju oblast ugovora. Njegovi sadržajni elementi nalaze se u brojnim pravnim institutima i normama široko rasprostranjenim u različitim pravnim granama. Pored privatnopravnih lica koja se vrlo često javljaju kao subjekti ugovora, i javnopravna tijela međusobno ili sa privatnopravnim subjektima stupaju u različite vrste ugovornih odnosa. Dodirne tačke javnopravnog i privatnopravnog odnosa najvidljivije su u njihovim ugovornim formama. Ugovorne forme u odnosu između javne uprave i građana predstavljaju novi način funkcionisanja uprave i put ka njenoj liberalizaciji, a protiv njene klasične autoritativne uloge. Kvalitetna javna uprava podrazumijeva precizno određenje neophodnog minimuma njenog jednostranog djelovanja i rješavanje svih značajnih pitanja sporazumom. Upravni ugovor je proizvod praktične potrebe da se ublaži prenaplašeni uticaj i jednostranost upravnog akta, sa jedne strane i primjena klasičnog građanskog ugovora u ostvarenju prije svega privrednih oblika saradnje građana i javne uprave sa druge strane. Građanima se preko ovog instituta omogućava da učestvuju u vršenju najvažnijih poslova javne uprave koji su od opšteg, javnog interesa, kao što je obavljanje javne službe. Osim toga upravni ugovori imaju značajnu ulogu i za privredu jer se ovim ugovorima često uređuju ugovorni odnosi u najznačajnijim investicijama i racionalnom korišćenju prirodnih bogatstava i resursa jedne zemlje. Osnovna načela ugovornog prava proizilaze

iz načela obligacionog prava, i predstavljaju prihvaćen metod i filozofiju ugovornog prava u datoj državi. Ona daju kako opštu sliku, tako i opšte uputstvo za tumačenje nekih ustanova i konkretnih pravnih odnosa. Kod upravnih ugovora potpuna primjena načela privatne autonomije nije moguća. Naime, ugovorne strane nisu potpuno samostalne i ravnopravne u ugovornom odnosu. Privatnopravna ugovorna strana je u tom odnosu slabiji subjekt, jer javnopravni subjekt zbog javnog interesa kao osnovnog cilja upravnog ugovora uglavnom određuje uslove ugovornog odnosa. Načelo zaštite savjesnosti i poštenja široko je zastupljeno u ZOO i veoma je važno za ugovore građanskog prava. Ovo načelo je svakako jedno od osnovnih načela i u upravnim ugovorima, i kada kao takvo nije izričito navedeno u zakonu. Kad govorimo o slobodi ugovaranja, pri zaključenju ugovora javne uprave, uključujući i upravne ugovore, ovo načelo ima niz ograničenja, jer njihovom zaključenju po pravilu prethodi poseban postupak izbora najpovoljnijeg ponuđača. O dispozitivnosti kod upravnih ugovora možemo govoriti samo u dijelu koji se odnosi na pojedina pitanja koja nisu decidno regulisana zakonom ili upravnim aktom koji prethodi zaključenju upravnog ugovora, pa je ugovornim stranama ostavljena mogućnost da ih drugačije urede, ali ne preko granica imperativnih normi. Ipak, kod upravnih ugovora uglavnom ne postoji ravnopravnost strana. Naime, pošto se upravni ugovor zaključuje prije svega u javnom interesu, to je i javnopravno tijelo kao strana u tom postupku u privilegovanom položaju. Ovo se manifestuje kroz niz posebnih odredaba koje regulišu upravni ugovor. Javna uprava je dužna da onemogućiti monopolističko ponašanje davaoca usluga tako što ga ugovorom obavezuje na određeni nivo kvaliteta i kvantiteta usluga, te obavezne saglasnosti javne uprave za eventualnu promjenu cijene usluga, kao i da pravilima o koncentraciji vlasništva spriječi uspostavljanje monopola. Načelo zabrane zloupotrebe prava primjenjivo je i na upravni ugovor. Odgovornost za pravne

Filipović, Z. (2021). General principles of contract law and administrative contracts. *STED Journal*, 4(1), 174-189.

nedostatke, prekomjerno oštećenje i promijenjene okolnosti, može biti prisutna u svom modifikovanom obliku i kod upravnih ugovora. Kad je upravni ugovor u pitanju, ukoliko uprava kao ugovorna strana ne poštuje svoje obaveze, saugovarač nema mogućnost iskoristiti pravo da i sam odstupi od izvršenja svojih ugovornih obaveza. Ugovorna obaveza privatne ugovorne strane i dalje ostaje na snazi, pri čemu se može tražiti preko nadležnog suda nadoknada štete. Ugovori o kocesijama redovno sadrže odredbe kojima se koncesionar obavezuje da se prema javnoj imovini koja je predmet koncesije postupa sa pažnjom dobrog privrednika. Takođe se koncesionar obavezuje da po isteku koncesionog perioda, vrati koncedentu koncesiono dobro u ispravnom stanju. Francusko pravo u vezi sa sporovima iz upravnih ugovora predviđa nekoliko modaliteta njihovog rješavanja mirnim putem. Tako se za mirno rješavanje sporova nastalih u postupcima javne nabavke predviđaju razna „ad hoc“ tijela, „savjetodavni komiteti za mirno rješavanje nesaglasnosti ili sporova u vezi sa javnim nabavkama“ i sl. U domaćem pravu za sporove u vezi sa ugovorima javne uprave, (uključujući i latentne oblike upravnih ugovora), ugovorne strane mogu ugovoriti njihovo arbitražno rješavanje pred domaćom ili stranom arbitražom. Dakle, upravni ugovor svakako pripada kategoriji ugovora, ali ipak se radi o ugovoru o posebnoj vrsti ugovora koji ima elemente klasičnog građanskog ugovora, ali i niz karakteristika koje ga čine specifičnim.

LITERATURA

Antić, O. (2008). *Obligaciono pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.

Aviani, D. (2013). Posebnosti upravnih ugovora i njihove sudske kontrole u hrvatskom pravu. *Collected Papers of*

the Faculty of Law in Split, 50(2), 351-370.

- Davitkovski, B., Davitkovska, E., & Gocevski, D. (2013). Odnos između upravnog (javnog) prava i građanskog (privatnog) prava. U Marković Bajalović, D. (Ur.), *Zbornik radova, Harmonizacija građanskog prava u regionu* (str. 193-204). Istočno Sarajevo, Pravni fakultet,
- Farnham, D., Horton, S., Barlow, J., & Hondeghem, A. (1996). *New Public Managers in Europe: Public Servants in Transitions*. London: Macmillan Business.
- Kelman, J. S., (2002). *Contracting out. The tools of government: A guide to the new governance*. Oxford: University press.
- Ljubanović, B. (2010). Upravni ugovori i upravno sudovanje. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 47(1), 37-52.
- Mescheriahoff, S. A., (1990). Legality, Efficiency and Equity: The Vagaries of Administrative Legitimacy. The French Experience. *International Review of Administrative Science*, 56(2), 305-325.
- Miličić, V., (1997). *Opća teorija prava i države*. Zagreb: Sveučilišna tiskarna.
- Rowan, S. (2017). The new French law of contract. *International & Comparative Law Quarterly*, 66(4), 805-831.
- Rosenbloom, D. H., Kravchuk, R. S., & Clerkin, R. M. (2009). *Public administration: Understanding management, politics, and law in the public sector*. New York: Routledge.
- Šikić, M., & Staničić, F. (2011). Pravna narav ugovora o koncesiji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 48(2), 419-441.
- Zakon o obligacionim odnosima Srbije, 1978, 1985, 1989 – odl. USJ, 1993, 2003 – Ust. pov. 2020

GENERAL PRINCIPLES OF CONTRACT LAW AND ADMINISTRATIVE CONTRACT

Zoran Filipović

University PIM, Faculty of Law, despota Stefana Lazarevića bb, 78 000 Banja Luka, Bosnia & Hercegovina, zoran.filipovic@koncesije-rs.org

Commission for concessions of the Republic of Srpska, Save Mrkalja 16, 78000 Banja Luka, Bosnia & Herzegovina

PROFESIONAL PAPER

ISSN 2637-2150

e-ISSN 2637-2614

UDK 341.24:347.74/.769

DOI 10.7251/STED2201174F

COBISS.RS-ID 136263169

Paper received: 26.04.2022.

Paper accepted: 21.05.2022.

Published: 30.05.2022.

<http://stedj-univerzitetpim.com>

Corresponding author:

Zoran Filipović, University PIM, Faculty of Law, despota Stefana Lazarevića bb, 78 000 Banja Luka, Bosnia & Hercegovina, zoran.filipovic@univerzitetpim.com



Copyright © 2022 Zoran Filipović; published by UNIVERSITY PIM. This work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.

ABSTRACT

An administrative contract is a specific contract with a special legal regime, subjects and characteristics that classify it as an institute between private and public law. The paper presents a comparative analysis of the general principles of contract law, and above all civil (private) law and administrative contract. This analysis should answer the questions of the basis of the contractual obligation, ie the basic elements that create a contractual obligation. The paper presents the most important principles, as well as general elements of the contract on the one hand and basic characteristics of the administrative contract on the other, in order to better understand their legal nature, similarities and differences, especially the legal nature of the administrative contract and its place in contract law.

Keywords: civil law contract, administrative contract, public and private law, general principles of contract law.