

*Јована Ђуричић, студентки докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

*Марија Мркић, студентки докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

О МОДЕЛ ЗАКОНИМА УНЦИТРАЛ-А С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА МОДЕЛ ЗАКОНЕ У ОБЛАСТИ ЈАВНИХ НАБАВКИ И ИНФРАСТРУКТУРНОГ РАЗВОЈА

Сажетак: УНЦИТРАЛ (Комисија Уједињених нација за међународно привредно право) је међународна организација усмерена на модернизацију и хармонизацију привредног права на интернационалном нивоу. Њене нормативне делатности примарно обележава доношење извора права који припадају групи *soft law* извора (водичи, саопштења, модел закони, итд.). Предмет истраживања у овом раду јесу модел закони УНЦИТРАЛ-а и њихов значај као извора права за међународне привредне односе. Намера аутора је да укажу на својства и адекватности примене модел закона пре свега у области јавних набавки и инфраструктурног развоја, с аспекта уочавања предности и недостатака регулисања ове врло значајне материје у области привредних односа поменутих извором права. У циљу сагледавања разлога *pro et contra* уређивања ове материје модел законом било је потребно сровести уредну анализу са другим изворима права, који регулишу ова питања (пре свега директивама Европске уније), уз посебан осврт на прописе који постоје у националним правним системима, којима модел закони не би требало да буду алтернатива, већ водич за саварање квалитетних норми.

Кључне речи: УНЦИТРАЛ, модел закон, *soft law*, јавно-приватно партнерство, јавне набавке

1. Нормативна делатност УНЦИТРАЛ – а: допринос процесима хармонизације и унификације права, методи и средства рада

УНЦИТРАЛ (Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право, енгл. *United Nations Commission on International Trade Law*, у даљем тексту: УНЦИТРАЛ) је као међународна организација која је фокусирана на модернизацију и хармонизацију привредног права на интернационалном нивоу, кључно утицала на формирање уједначених нормативних ставова поводом бројних правних питања у друштвима обележеним глобализационим токовима и процесима конвергенција правних система.¹ Најбитнија улога ове организације, креирање правних прописа, спроводи се у крајњем циљу као унификациона, било да је реч о регулисању услова за обављање одређених активности (макро проблематика), било о правилима којима се такве трансакције непосредно и конкретно уређују (микро проблематика). При том, није значајно о којим правним актима је реч, тј. да ли се одређена материја регулише кодексима понашања, међународним конвенцијама, модел законима, општим условима, типским или формуларним уговорима итд.² У том смислу, у својству агенције за формулисање (енгл. *formulating agencies*) УНЦИТРАЛ формулише и усваја прописе, самостално учествујући у изради међународних правила или сарађујући са другим међународним организацијама у изради прописа које касније УНЦИТРАЛ сам преузима или користи свој ауторитет да препоручи државама да усвоје правна правила које су израдиле друге међународне организације³ (као што је то, на пример, учињено са прихваћеним и промовисаним веома успешним Принципима УНИДРОИТ за међународне трговинске уговоре).

У светлу чињенице да УНЦИТРАЛ спроводи организоване покушаје⁴ да хармонизује или унификује међународно привредно право, такве орга-

¹ Основни циљеви УНЦИТРАЛ – а огледају се у потреби извршавања следећих основних задатака: да ради на постепеној хармонизацији и унификацији права међународне трговине путем координације рада организација које су активне на овом пољу; да подстиче да што већи број држава приступи постојећим међународним конвенцијама, модел и једнообразним законима; да припрема и промовише прихватање нових међународних конвенција, модел и једнообразних закона као и да промовише правце и средства њиховог јединственог тумачења и јединствене примене; да прати национална законодавства и савремене правне тенденције, укључујући и судску праксу из релевантних области права итд. (Вукадиновић, Р., *Међународно пословно право – општи део*, Крагујевац, 2005., стр. 178.)

² Вилус, Ј., Царић, С., Шогоров, С., Ђурђев, Д., Дивљак, Д., *Међународно привредно право*, Нови Сад, 2012., стр. 65.

³ *Ibidem*, стр. 67.

⁴ У правној доктрини се на основу критеријума постојања или непостојања систематског приступа приликом стварања уједначавајућих правних прописа разликују организована и спонтана хармонизација односно унификација. У случају спонтаних процеса настају извори аутономног међународног права.

низоване акције резултирају бројним усвојеним конвенцијама и модел правилима.⁵ Зависно од циљева које је потребно остварити, односно од конкретне правне области коју је потребно унификовати или хармонизовати, у правном регулисању користе се примарно два поменута средства, конвенције (свакако је најуспешнији пример Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године, односно Бечка конвенција) и модел закони и правила⁶ (на пример, на међународном плану широко примењивани: Модел закон о међународној трговинској арбитражи из 1985. године, Модел закон о међународном трговачком мирењу из 2002. године, Модел закон о прекограничној инсолвенцији из 1997. године, а из области од значаја за овај рад: Модел закон о набавкама добара и радова из 1993. године (енгл. *UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction*), затим Модел закон о набавкама добара, радова и услуга из 1994. године (енгл. *UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services*) и последњи Модел закон о јавним набавкама из 2011. године (енгл. *Model Law on Public Procurement*)).

Анализа модел закона биће, између осталог, у фокусу даљег рада с намером аутора да укажу на адекватност и својства модел закона као тзв. *soft law* извора (извора меког права)⁷ и могућности које пружа коришћење модел закона УНЦИТРАЛ – а у вези са јавним набавкама и питањима инфраструктурног развоја у односу на *hard law* изворе (изворе тврдог права и то пре свега директиве Европске уније) који регулишу иста питања. Наиме, услед такозваног “губитка моментума”⁸ процеса хармонизације вршених путем конвенција (које захтевају ратификацију) и/или путем уредби и директива на нивоу Европске уније (које захтевају више, односно мање интрузиван модел импликације у свакој држави чланици), уследио је интензивнији рад бројних организација на креирању уједначавајућих правила кроз несанкционисано меко право. Различити *soft law* појавни облици

⁵ Вукадиновић, Р., Међународно пословно право – посебни део, Крагујевац, 2009., стр. 339-340.

⁶ Вукадиновић, Р., Међународно пословно право – општи део, *op. cit.*, стр. 179.

⁷ *Soft law* представља релативно нову тенденцију у превасходно међународном праву и систем алтернативних метода у процесима хармонизације права. Иако доктринарно неуниверзално схватан и дефинисан, институт меког права може бити одређен као скуп необавезујућих правила, тј. норми без правних санкција, које не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, а које су као квазилегални инструменти различитих појавних облика све учесталије примењивани. Манифестациони видови меког права су: модел закони (енгл. *model laws*), модел уговори (енгл. *model contracts*), начела или принципи (енгл. *principles*), смернице и оквири за одлучивање (енгл. *decisional guidelines and frameworks*), акцијски програми (енгл. *action programs*) итд.

⁸ Basedow, J., *The renaissance of uniform law: European contract law and its components*, *Legal Studies*, бр. 2, 1998., стр. 122.

показују се адекватним у погледу различитих правних питања. У области јавних набавки и инфраструктурног развоја глобално посматрано уочена је потреба управо за модел законима као најадекватнијим *soft law* извором за њихово регулисање, при чему је за материју јавних набавки донет један такав модел закон 2011. године, док у области инфраструктурног развоја постоји консензус да се поступку израде сличног документа приступи у будућности, о чему ће у даљем излагању бити више речи.

2. Модел закони као *soft law* међународни регулативни извори и инструменти хармонизације

Модел закон је правни инструмент који је поникао на европском тлу. Као један од првих познатих модел закона може се навести онај о меници који су 1848. усвојиле немачке земље (њих педесет пет, као и Аустрија и Лихтенштајн). Данас је њихова примена широко заступљена и промовисана са становишта правне доктрине са најпознатијим и најуспешнијим примером управо УНЦИТРАЛ – овим Модел законом о међународној трговинској арбитражи (који је послужио као нацрт закона о арбитражи у више од тридесет јурисдикција).⁹ Међутим, поднебље на којем је најраспрострањенија употреба модел закона је територија САД – а, на којој се путем њих инсистира на унификацији права држава чланица америчке федерације. Између осталог, управо у промовисању употребе ових инструмената као хармонизационих, очигледан је процес тзв. американизације права,¹⁰ карактеристичног процеса и у обликовању генеричног појма *soft law* (превасходно вршењем утицаја кроз примере ристејтмента).¹¹

Модел закони припадају, према новијим научним схватањима, скупини терцијарних извора права, пре свега посматрано у хијерархији прописа

⁹ Станивуковић, М., Инструменти хармонизације и унификације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на Начела европског уговорног права, у: Радован Д. Вукадиновић (уредник), Начела европског уговорног права и југословенско право – зборник реферата са саветовања на Правном факултету у Крагујевцу, 2001., стр. 75.

¹⁰ Американизација права је процес ширења утицаја англосаксонског правног система (енгл. *common law*) на европскоконтинентални систем (енгл. *civil law*), што кроз промовисање прецедентног модела и с тим у вези ристејтмента, што кроз све ширу примену енглеског језика на сличан начин на који је у ранијем периоду као доминантан коришћен латински језик.

¹¹ Ристејтменти су посебан *soft law* извор којим се систематизују, кодификују правила садржана у прецедентним одлукама САД-а. У правном систему какав је амерички, у коме велики део права није кодификован већ извор налази у прецедентима, смисао ристејтмента је да учине право једноставнијим, јаснијим и посебно да ублаже правну несигурност која је последица постојања мноштва судских одлука. Секундаран су и неформалан, али у америчкој правној и пословној пракси изузетно утицајан извор права.

у оквиру Европске уније. Они су вид манифестације меког права првенствено у том смислу што њихово непримењивање нема за последицу санкцију и што су им у највећем броју случајева творци карактеристичне агенције за формулисање. Ови импликујући извори права одређују се као легислативни текстови који се препоручују државама не би ли их оне уврстиле у своје национално законодавство и представљају базу за жељену хармонизацију и усавршавање појединачних унутрашњих правних система, а да им при томе нису претња јер се не стварају под одређујућим политичким диктатом. Модел закони јесу дизајнирани тако да врше хармонизацију дате области, али остављају адресатима простор да самостално, без претње санкцијом (као што је то случај код оглушавања о уредбе и директиве Европске уније или конвенцију), одреде у којим размерама ће бити коришћени у решавању појединог проблема.¹²

Модел закони су, дакле, намењени усвајању на националном нивоу, али представљају флексибилније средство од међународног уговора, једнообразног закона или директиве Европске уније. Док се међународни уговор и једнообразни закон морају прихватити у тексту у којем су усвојени, евентуално уз резерве које су обично малобројне и лимитиране, дотле модел закон оставља држави могућност да приликом усвајања унесе у његов текст модификације које сматра за неопходне. Такође, модел закони не подлежу ратификацији као међународни уговори, већ стоје на располагању свакој држави која жели да их искористи као образац за прављење сопственог закона.¹³ Они ни на који начин не стварају правом засновану обавезу државама да их унесу у своје националне системе, али снагом својих аргумената и очигледним хармонизујућим настојањима често за последицу управо имају примену на унутрашња релевантна правна питања. Наиме, модел закони су адекватни за хармонизацију права у оним областима у којима се националне разлике оцењују као сувише велике да би се могла постићи унификација.

Модел закони представљају алтернативно хармонизационо средство, национално неутралну опцију у односу на изворе тврдог права, пред – право, увод у право или увод у обавезујуће норме. Они нису замена конвенционалним прописима, али значајно унапређују процесе хармонизације и унификације у оном простору у коме традиционални извори показују недостатке.

¹² Gabriel, H. D., *Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference*, Brooklyn Journal of International Law, бр. 3, 2009., стр. 660.

¹³ Станивуковић, М., *op.cit.*, стр. 75.

3. Модел закони УНЦИТРАЛ-а у области јавних набавки и инфраструктурног развоја

Развој инфраструктуре у новије време посматра се претежно кроз призму реализованих пројеката јавно-приватног партнерства. Иако доста заступљен у привредној пракси у последњих петнаест година,¹⁴ овај концепт није још увек добио своју званичну дефиницију на међународном нивоу. Штавише, још увек не постоји ни обавезујући извор права на нивоу Европске уније који би допринео једнообразном регулисању јавно-приватног партнерства. Јавно-приватно партнерство у Европској унији претежно је регулисано нормама које припадају *soft law* изворима (водичима, саопштењима, модел законима и др.).¹⁵ На поједина питања у оквиру овог концепта примењују се извори права који примарно регулишу друге институте. Такав пример постоји у вези са директивама из области јавних набавки, због чињенице да се уговор који чини основ за реализацију јавно-приватног партнерства - јавни уговор, додељује уз поштовање процедура регулисаних директивом о јавним набавкама. Одређивање која ће процедура бити најадекватнија за доделу јавног уговора код јавно-приватног партнерства прилично је комплексно. Често се најбољим решењем сматра избор конкурентског дијалога.

Примена модел закона и других *soft law* извора у области јавно-приватног партнерства има своју сврху с обзиром на то да је реч о релативно новом институту који према речима Европске комисије чак не представља самостални правни институт, већ модел сарадње између јавноправног и приватноправног партнера, те још увек није сазрео да буде предмет регулисања неког обавезујућег извора права. Основна предност *soft law*-а у овом случају у Европској унији тиче се уважавања ставова држава чланица да делатност свог јавног сектора у погледу остваривања јавног интереса и развоја инфраструктуре регулишу на начин који њиховом државном уређењу највише погодује. Међутим, дугорочно посматрано регулисање инфраструктурног развоја меким изворима права није одрживо.

Јавне набавке у Европској унији и шире такође су првобитно биле регулисане меким изворима права. Наиме у раним 90-тим годинама већина земаља централне и источне Европе узимала је модел законе за основу њихових закона о јавним набавкама. Данас већина тих држава је држава чла-

¹⁴ Summaries of EU legislation, Green paper on public-private partnership (http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/122012_en.htm), септембар 2013.

¹⁵ Најважнији извори права о јавно-приватном партнерству у Европској унији су: Смернице Европске комисије за успешно јавно-приватно партнерство у Европској унији из 2003. године и Зелена књига о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама из 2004. године.

ница или кандидат за чланство у Европској унији и обавезана је да прилагоди своје национално законодавство европским директивама.¹⁶ Усклађивање ове материје на нивоу Европске уније је нужно због нормалног функционисања заједничког тржишта и уклањања препрека слободној трговини унутар Европске уније. Због тих чињеница, као и због тога што вредност јавних набавки чини значајан део бруто друштвеног производа, јавне набавке у Европској унији морају бити регулисане обавезујућим извором права.¹⁷ Директиве представљају изворе права Европске уније за које се каже да имају директно дејство,¹⁸ али не и директну примену, како је то случај са уредбама. Смисао доношења директива је да се постигне одређени циљ, а метод и начин на који ће се тај циљ постићи је дискреционо право националних органа власти држава чланица Европске уније.

Предмет нашег интересовања на путу изучавања начина регулисања јавних набавки и појединих сегмената развоја инфраструктуре односи се на предности и недостатке регулисања поменутих питања модел законима, чија је широка примена била евидентна, а у последње време поново се истиче значај њиховог доношења и имплементације. Јавне набавке представљају област од значајног утицаја на привредни развој. Примењују се у најзначајнијим друштвеним сферама (здравству, образовању, на пољу развоја инфраструктуре). Основни разлог зашто их треба квалитетно правно уредити тиче се спречавања злоупотреба и непотребног одлива новчаних средстава. Имајући у виду све наведено, УНЦИТРАЛ је 2011. године донео Модел закон о јавним набавкама, настојећи да модернизује сам процес спровођења јавних набавки, а истовремено трудећи се да захтеви хармонизације правних правила буду реализовани, што је за последицу имало узимање у обзир одредаба Споразума о јавним набавкама Светске трговинске

¹⁶ Јавне набавке у Европској унији уређене су Директивом 2004/17 и Директивом 2004/18.

¹⁷ Европска комисија је 2004. године вршила процену колико ће мање новца одлазити на јавне набавке након почетка примене новодонетих Директива. Дошла је до закључка да примена адекватних поступака јавних набавки и велика конкуренција када су у питању јавни уговори у Европској унији умањују цене за око 30%. Резултат тога је да се новац пореских обвезника ефикасније троши, побољшава се економски развој, стварају нови послови и боља конкурентност. Преузето од: Лемке, М., Директиве Европске уније о јавним набавкама, Публикација настала као резултат Пројекта који финансира Европска унија (Програм подршке Европске уније систему јавних набавки у Босни и Херцеговини – II фаза), 2006., стр. 9.

¹⁸ Европски суд је први пут признао директно дејство директивама у познатом случају Ивона Ван Дуин (Предмет 41/74, *Van Duyn v. Home Office*), прописујући могућим да се појединци позову пред националним судовима на одређену одредбу из директиве, како корисна дејства тог акта не би била умањена. Више о томе у: Hartley, T.C., *The foundations of European Union law*, Oxford, 2012., стр. 219-221. Превод делова пресуде на српски: Станивуковић, М., Појединач пред Судом европских заједница, Београд, 2009., стр. 196-199.

организације (енгл. *WTO Agreement on Government Procurement*), потом европских директива о набавкама и правним лековима, Водича о набавкама и саветодавног водича Светске банке (енгл. *The Procurement Guidelines and Consultant Guidelines of the World Bank*) и других докумената.¹⁹

Овај модел закон је, као што смо видели, имао своје претходнике, међу којима се посебно издваја УНЦИТРАЛ-ов Модел закон о набавци добара, радова и услуга из 1994. године, којим су постављене процедуре за доделу јавних уговора. Јавни уговори су основ јавних набавки, јавно-приватног партнерства и концесија. Основна карактеристика ових уговора је да једну уговорну страну увек чини јавноправни субјект, који поштујући правила конкуренције настоји да изабере најбољег понуђача ком ће понудити склапање јавног уговора. Један од циљева овог модел закона био је да промовише примену међународне конкуренције на пољу јавних набавки, а то се најбоље постиже применом транспарентних процедура приликом доделе јавних уговора.

Основни разлог због ког се УНЦИТРАЛ упустио у стварање правних правила у области набавки крио се у неадекватним или застарелим нормама које су постојале у много држава, што је за последицу имало неефикасне и неефективне процедуре набавки, злоупотребу и неуспех јавних органа као субјеката који врше набавку да трошењем јавних средстава за узврат добију одговарајућу вредност.²⁰

Проблем лоших норми у конкретној држави, временом постаје међународни проблем и због тога је требало донети један међународни документ, чији ће утицај допринети измени неадекватних норми које су се до тада примењивале. УНЦИТРАЛ-ов Модел закон о набавкама добара, радова и услуга из 1994. године био је акт чије је доношење утицало на регулацију стања у области набавки на међународном нивоу и представљао је основу закона о набавкама у више од тридесет земаља широм света, а општи принципи у њему садржани били су рефлектовани у већој или мањој мери у много више држава.²¹ Међутим, због потребе за иновирањем постојећих правила, на седници УНЦИТРАЛ-а одржаној 2004. године одлучено је да, пратећи пре свега савремене тенденције вршења јавних набавки електронским путем, требало би донети нови модел закон у овој области. То је и учињено на седници одржаној у јуну/јулу 2011. године. Међутим, основни принципи претходног модел закона су задржани.

¹⁹ UNCITRAL, Model Law on Public Procurement, 2011, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html), септембар 2013.

²⁰ UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, (<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/ml-procurement-2011/pre-guide-2012.pdf>, стр. 1), септембар 2013.

²¹ *Ibidem*, стр. 2.

За разлику од директива из области јавних набавки у Европској унији чије је дејство директно, Модел закон УНЦИТРАЛ-а има сврху законодавног оквира (енгл. „*framework*“ *law*), који сам по себи не поставља сва правила и прописе који се односе на процедуре јавних набавки, а које би требало да државе имплементирају.²² Циљ његовог доношења је да буде водич за стварање законодавства у области јавних набавки.

Модел закон о јавним набавкама из 2011. године примењује се на све врсте јавних набавки без изузетака. Прецизније, не предвиђа постојање вредносних разреда (енгл. *threshold*; у праву Србије користи се термин „граничне вредности“²³) за примену својих норми, мада постоје одређени изузеци за набавке мале вредности.²⁴ За разлику од УНЦИТРАЛ-овог модел закона, европске директиве о јавним набавкама примењују се само на додељивање уговора чија је вредност једнака или прелази одређени вредносни разред. Модел законом о јавним набавкама то питање није регулисано јер јединствено правило не би могло бити примењиво у свим државама. Њиме је предвиђено да ће државе саме донети правила о јавним набавкама да би употпуниле законодавни оквир у области јавних набавки, пре свега ради детаљног регулисања процедура које су предвиђене Модел законом, али и ради уређења специфичних ситуација, које могу бити различите сходно афинитетима држава (као што је на пример питање висине вредносних разреда).²⁵ Дакле, Модел законом о јавним набавкама УНЦИТРАЛ је само означио која су то кључна питања која морају бити уређена прописима о јавним набавкама у националним правним системима, што нам потврђује нешто раније изнету тезу да модел закони представљају водиче државама на путу стварања законодавства.

Поставља се питање како ће се усвајати одредбе модел закона у националним правним системима, кад је већина држава обавезна да примењује друге изворе права, који уређују исту област, а чије непримењивање је санкционисано. У члану 3 Модел закона о јавним набавкама из 2011. године је наиме дефинисано да ће други извори права, пре свега међународни уговори и споразуми, који постављају строжије захтеве за реализовање јавних набавки, имати приоритет у примени, али исто тако се наводи у Водичу за примену овог модел закона да међународне обавезе не треба користити као изговор за избегавање мера заштите предвиђених Модел зако-

²² *Ibidem*, стр. 13.

²³ Видети члан 25 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, Сл. гласник РС, бр. 88/2011.

²⁴ UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, *op. cit.* стр. 10.

²⁵ *Ibidem*, стр. 14.

ном.²⁶ Много држава у свету је потписало Споразум о јавним набавкама Светске трговинске организације. Такође, државе чланице Европске уније имају обавезу да поштују правила предвиђена поменути директивама о јавним набавкама. Међутим, снагом својих аргумената, Модел закон о јавним набавкама тражи пут до примене, нудећи државама законодавни оквир за регулисање питања јавних набавки на целисходнији начин, уз прилагођавање националних правила потребама државе и конкретним околностима.

УНЦИТРАЛ је у мају 2013. године на конференцији одржаној у Бечу разматрао који би то могли бити будући кораци на путу регулисања јавно-приватног партнерства. Дискусија на конференцији водила се око два питања: прво, да ли постоји потреба за УНЦИТРАЛ-овим ангажовањем у области јавно-приватног партнерства, и друго, ако постоји, који је обим таквог посла.

Регулисање јавно-приватног партнерства у свету не може се приказати на једноставан начин. Државе су приступиле том задатку тражећи за себе најбоље решење, не пресликавајући ситуацију која постоји у другим државама. О томе сведоче подаци објављени од стране Уједињених нација у документу под називом „Могућа будућа делатност у области јавно-приватног партнерства“ (енгл. *Possible future work in the area of public-private partnerships*).²⁷ Из поменутог текста сазнали смо да је тренд у већини земаља да регулишу јавно-приватно партнерство путем статута, чак и уз одсуство практичног искуства у његовом коришћењу. Затим, неке правне системе карактерише регулисање поменутог института само на локалном нивоу (ниво града и општина), док је у другима случај да и на локалном и на националном нивоу постоје релевантне одредбе. Само у неколико држава постоји кохерентан и свеобухватан законски оквир, који отвара пут за успешна јавно-приватна партнерства. Постоје и земље које су имплементирале у свој правни систем одредбе којима се регулише јавно-приватно партнерство, али те одредбе не примењују у пракси. Неке државе су усвајајући одредбе о јавно-приватном партнерству то учиниле кроз три или више правних аката (нпр. кроз закон о регулисању јавних набавки, закон који регулише концесије и закон о јавно-приватном партнерству), при том стварајући могућност сукоба ових аката у погледу области коју уређују. Није реткост да се јавно-приватно партнерство регулише путем водича, правилника, чак и да се не регулише уопште правним нормама, него по основу принципа „пројекат за пројекат“ (енгл. *„project by project“*), што би захтевало разна одобрења од стране органа власти и израде студија изводљивости.

²⁶ *Ibidem*, стр. 48.

²⁷ Документ се може пронаћи на сајту: <http://documents.un.org/>.

Закони о јавно-приватном партнерству у различитим државама различитог су обима. Оно по чему су махом слични је чињеница да углавном садрже широк спектар аранжмана кроз које приватни сектор може да се ангажује ради пружања јавних услуга. Иако квалитетно регулисање јавно-приватног партнерства не гарантује успех у примени, неспорно је да неадекватан правни оквир ствара препреке успешној реализацији јавно-приватног партнерства.²⁸

На темељу сиромашних правних правила настају сиромашни пројекти.²⁹ Ово правило почива на чињеници да припремање комплексних уговора који би требало да попуне празнине и несигурности које постоје у правном оквиру повлачи за собом велике трошкове. Због поменутих празнина и правне несигурности у вези са јавно-приватним партнерством, на међународном нивоу одлучено је да се саставе модел закони или водичи који би регулисали поступак припреме и имплементације националних закона у овој области. УНЦИТРАЛ је 2003. године израдио правне препоруке у виду модел одредаба о приватном финансирању инфраструктурних пројеката (енгл. *Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*), али начин регулисања овог института не може да се преслика на уређење јавно-приватног партнерства, због тога што модел јавно-приватног партнерства садржи одређене елементе који не могу да се пронађу код приватног финансирања инфраструктурних пројеката. За регулисање јавно-приватног партнерства неким извором *soft law*-а најбоље би било применити кишобран модел, чиме би се омогућило регулисање свих могућих облика укључивања приватног сектора у делатности јавног сектора.³⁰ Међутим, опште прихваћено је становиште да концесије не би требало да буду регулисане на овакав начин, због тога што су углавном политички условљене и представљају осетљив сектор те би најбоље било самостално их регулисати на националном нивоу.

Закључак са конференције у Бечу био је да УНЦИТРАЛ треба да формулише опште принципе којима би били обухваћени заједнички елементи јавно-приватног партнерства. У наставку је додато да би било непотребно регулисати посебне елементе свих облика јавно-приватног партнерства зато што ће они у сваком конкретном случају бити уређени сходно локалним обичајима и потребама конкретног пројекта. Дакле, начин на који је УНЦИТРАЛ регулисао јавне набавке 2011. године примениће се и на регули-

²⁸ Више о томе у: „Possible future work in the area of public-private partnerships“, Report of the UNCITRAL colloquium on PPPs (Vienna, 2-3 May 2013), Forty-sixth session, Vienna, 8-26 July 2013, (<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html>), септембар 2013.

²⁹ *Ibidem*, стр. 6.

³⁰ *Ibidem*, стр. 9.

сање јавно-приватног партнерства. УНЦИТРАЛ-ов модел закон или други *soft law* извор који буде донет у области јавно-приватног партнерства омогућиће државама да преузму међународно признат модел, односно имплементирају понуђене одредбе у националне правне системе.

4. Оправданост опредељења УНЦИТРАЛ – а за регулисање области јавних набавки путем модел закона

Извори меког права у великој мери одговарају процесима хармонизације и унификације. Модел закони и модел уговори са стандардним клаузулама као значајан облик *soft law*-а представљају савременије облике уједначавања права. У спорним правним областима су у обимној употреби управо због еластичности и погодности за примену јер не захтевају никакве посебне формалности. Законодавна делатност која се одвија на међународном плану користи се изворима меког права као модел правилима донетим од стране признатих стручњака и опробаним и утемељеним у пракси, водећи тако све већој конвергенцији различитих правних система. Међутим, важно је истаћи да на међународном нивоу не постоји сагласност у вези с оптималношћу употребе *soft law* извора, па тако и модел закона као хармонизационог средства. Поставља се питање да ли је потребно овим инструментима оставити простор за деловање у оном делу у коме класични, стандардни, когентни извори права нису ефикасни.

Предности модел закона када је у питању унификација на међународном нивоу се састоје у више пута наглашаваној необавезности формулација, која оставља државама слободу да понуђена решења прилагоде национално – правним специфичностима, једноставнијем уношењу у унутрашњи систем и одсуству било какве обавезе према другим државама које су га такође прихватиле. Те предности, могу се претворити и у мане, уколико дође до сувише великих одступања приликом имплементације или касније примене, тумачења и измена полазног текста.³¹ Порасту броја модел закона, доприноси свакако и пораст броја међународних организација на које државе чланице преносе део свог правног суверенитета, стварајући пут креирању недржавног права. У вези с овим су и тврдње и бојазни појединих коментатора који су у овом контексту критиковали све присутнију “приватизацију” законодавства, поредећи је са све чешћим окретањем арбитражама уместо националном судству.³²

³¹ Станивуковић, М., Инструменти хармонизације и унификације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на Начела европског уговорног права, *op. cit.*, стр. 76.

³² Meyer, L., *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European*

Са доктринарног и са становишта праксе евидентна је разноврсност и шареноликост одабира правних инструмената који имају за циљ уједначење права и бројне активности које се бележе на подручју хармонизације права. Тако с једне стране, постоји интензивна академска активност као важан допринос уједначавању права, али без формалне обавезе хармонизације.³³ Са друге стране, наравно, постоје као конвенционални, санкционисани правни акти међународни споразуми, уредбе и директиве Европске уније и слично. Ову, условно речено, двојност приступа уједначавању права правдао је и бивши генерални секретар УНИДРОИТ-а (Међународни институт за унификацију приватног права) професор Херберт Кронке, који је истакао следећи став поводом питања да ли би требало да у домену интернационалних организација (финансираних од стране влада) буде и креирање *soft law* инструмената, насупрот концентрисању искључиво на стварање специфичних конвенција којима се решавају специфични проблеми. Према њему, постоји адекватна улога и појединачне предности како за *soft law* тако и за обавезујуће конвенције. Нема потребе за опредељење у корист само једног, обавезујућег типа хармонизације, јер су извори меког права пронашли своје место у проширеном спектру врста међународних инструмената, што је тврдња која се односи и на модел законе.³⁴

У погледу материје јавних набавки, УНЦИТРАЛ (реагујући истоветно и у другим дискутабилним областима попут, рецимо, прекограничне инсолвентности или међународног трговинског мирења) законски текст није понудио у форми међународне конвенције, већ модел закона јер је закључено да би то био прикладнији инструмент за хармонизацију правних система у овој области. Наиме, преовладао је став да државе могу при преузимању модел закона у своје аутономно право одређене одредбе модификовати или у потпуности изоставити и тако боље прилагодити свом правном систему.³⁵ Разлог опредељења УНЦИТРАЛ – а за модел закон као адекватну форму оправдан је комплексношћу материје јавних набавки, која се са великом диференцијацијом уређује од државе до државе, доводећи у питање успех евентуалне конвенције која би на јединствен начин приступила регулисању ове материје. Евидентност немогућности или неуочавања потребе уређења ове области тврдим извором права очигледна је с

Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization, *Denver Journal of International Law and Policy*, бр. 9, 2006., стр. 140.

³³ Јелинић, С., Акшамовић, Д., Уговорно право Европске уније на прекретници, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 1, 2010., стр. 215.

³⁴ Kronke, H., *Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law*, *Loyola Law Review*, бр. 51, 2005., стр. 293.

³⁵ Гарашкић, Ј., УНЦИТРАЛ-ов Модел закон о прекограничној инсолвенцији, *Зборник Правног факултета у Загребу*, посебан број, 2006., стр. 654.

обзиром на чињеницу да ова организација за формулисање посеже за модел законом као алтернативним средством у погледу овог правног питања већ трећи пут, закључно са 2011. годином. Наиме, нормативна делатност усмерена је на регулисање неког правног питања путем неког *soft law* инструмента онда када не постоји довољна сагласност да би се оно уредило *hard law* изворима. У ситуацији у којој је материју од значаја још увек немогуће или није целисходно на целокупан начин уредити традиционалним правним актом, релевантни ставови ће бити заступљени на мање инвазиван начин путем прописа меког права, препуштајући да избор њихове имплементације од стране адресата зависи од квалитета у њима садржаних решења. Поље јавних набавки управо јесте, услед регулисаности примарно националним когентним нормама, па потом директивама Европске уније, погодно за почетно неинвазивно, суптилно, несанкционисано уређење на међународном нивоу путем модел закона – својеврсне правне платформе и базе. А успех на том путу рефлектује се и на друге области које је потребно на међународном плану уредити, о чему сведоче планови изнети на конференцији у Бечу о регулисању јавно-приватног партнерства на истоветан начин.

5. Закључна разматрања

Модел закони као *soft law* извори остварују значајан допринос међународним привредним односима. У раду је представљен њихов статус и улога пре свега у области јавних набавки, чије адекватно регулисање ствара услове за бољу тржишну климу у смислу поштовања правила конкуренције и уштеде новчаних средстава на бази примене принципа транспарентности. Такође, освртом на област инфраструктурног развоја, који се у савременим условима посматра све више кроз призму реализованих пројеката јавно-приватног партнерства, запазили смо да ти пројекти бивају сиромашни ако почивају на сиромашним правним правилима. Доношењем модел закона у области јавних набавки и најавом доношења модел закона или другог *soft law* извора у области јавно-приватног партнерства, УНЦИТРАЛ је имао намеру да државама понуди правила која ће моћи да имплементирају у своје националне правне системе, да их прилагоде околностима у својој средини и да се примењујући их укључе у глобалне привредне токове на начин који ће у погледу ефикасности, целисходности, транспарентности, економичности и здраве конкуренције имплементирана правила окарактерисати добрим решењем, општеприхваћеним, а за саму државу веома корисним.

У оквиру УНЦИТРАЛ-а сматрано је да модел закон, као академски одобрен и подстицан вид хармонизационог средства, рефлектује у ширем

погледу светске ставове, представљајући инструмент прихватљив државама различитих правних или економских система. Ова правна форма је погодна за хармонизацију и виђена је као побољшање када је у питању флексибилност која се пружа државама у припреми нове легислативе уз увек наглашено апеловање да се модел закон прати у што је могуће већем обиму не би ли допринос приближавању различитих правних система био остварен у што потпунијем облику.

*Jovana Đuričić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

*Marija Mrkšić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

On the Model Laws of UNCITRAL with Special Reference to Model Laws in the Area of Public Procurement and Infrastructure Development

Abstract: *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) is an international organization focused on the modernization and harmonization of commercial law at the international level. Its normative work primarily marks enactment of the law sources which belong to the soft law sources (guidelines, communications, model laws, etc.). The subject of research in this paper are the UNCITRAL Model Laws, and their importance as a law source for the international economic relations. The author's intention is to draw attention to the characteristics and adequacy of the application of the model law primarily in the areas of public procurement and infrastructure development, in terms of identifying strengths and weaknesses in regulation of this very important matter in the field of market relations by aforementioned law source. In order to analyze the reasons pro et contra regulating this material by model law, it was necessary to carry out a comparative analysis with other law sources that govern the same issues (primarily the EU directives), with special reference to the regulations that exist in the national legal systems, which model laws should not be an alternative, but guide to creating quality rules.*

Key words: *UNCITRAL, model law, soft law, public-private partnership, public procurement*