

др *Александар* БИРИЋ  
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др *Предраг* ЦВЕТКОВИЋ  
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО ИЗМЕЂУ „ХИЈЕРАРХИЈСКЕ КОНСТАНТЕ“ И „НОВЕ ЕТИКЕ“ ДРУШТВЕНИХ ОДНОСА<sup>\* \*\*</sup>

### Резиме

*Јавно-приватно партнерство представља оквир заједничке акције јавног сектора и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса. ЈПП у граничним ситуацијама (у случају угрожавања јавног интереса због неодговарајуће пословања приватног сектора, када је неопходно одредити се за јавни или приватни интерес) остаје у сени хијерахије: када се држава враћа на образац хијерархијског пословања, перманентно задржавајући право (кроз изв. „хијерархијску константу“) да примени интервенционистичку парадигму. Јавно-приватно партнерство представља вид моралне рејенерације и креира нову етику: наиме, приватни сектор постепено остварује квалитативни скок и социјални, per se уски приватни интерес сагледава кроз призму јавног добра. Тиме се фундаментално мења и однос*

\* Припремљено у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном поретку“, (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

\*\* Припремљено у оквиру пројекта *Одрживост идентитета Срба и националних мањина у историјским источним и југоисточним Србије* (179013), који се изводи на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој РС.

јавној и приватној сектору: однос хијерархијске и командне регулативе (при чему је приватни сектор третиран као субјект другој реда, што је неретко разлог за реакцију приватног сектора манифестовану као неразумевање јавног интереса) мења се односом поверења и кооперације.

**Кључне речи:** јавно-приватно партнерство, хијерархијска конструкција, етика, инфраструктура.

## І Увод

Јавно-приватно партнерство (енгл. *Public-Private Partnership*; нем. *Öffentlich-Private Partnerschaft* – ÖPP; даље и: ЈПП) представља оквир заједничке акције јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.

Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. Њено превазилажење могуће је кроз поступак постепеног и детаљног усклађивања горе наведених интереса. При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард“ који преузимају буде смањен на најмању могућу меру (ако не и елиминисан). „Морални хазард“ на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса (при чему ће његов приватни интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса). Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за квалификовање правног оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног.

Две су претпоставке ефикасног функционисања јавно-приватног партнерства.

Прва претпоставка је постојање јасне дефиниције јавног интереса. Наиме, између јавног и приватног интереса постоји међузависност.

Неадекватно дефинисани јавни интерес води фаворизовању одређених организација или индивидуа установљавањем монопола (управљачког, економског или социјалног) чак и тамо где има услова за једнакост могућности и здраву конкуренцију јавног и приватног сектора.<sup>1</sup>

*Друџа је иреџиосџавка џосџојање огноса координације између јавној и приватној секџора.* Однос координације карактерише постојање јасног заједничког (поред партикуларних) интереса оба сектора, чиме се отвара пут усвајању прихватљивог регулаторног решења. Претпоставка наведеног исхода је постојање високог нивоа капацитета управљања како јавног, тако и приватног сектора. Док овај капацитет није, барем формално, споран када се ради о јавном сектору, у приватном сектору капацитет (приватног) управљања расте са јачином и степеном организовања његових актера. Снага приватног сектора дефинисана је мером у којој његова организација може да утиче, прати и санкционише понашање својих чланова, те да аутономно доноси одлуке у њихово име и обезбеди поштовање тих одлука.

У случају да приватни сектор нема одговарајуће капацитете или карактеристике (недостатак ефикасне организације), *џај се недосџаџак комџензује хиџерархијском инџтервенцијом државе.* Наведена интервенција не имплицира да држава аутоматски, потпуно и без одлагања обезбеди остваривање и заштиту јавног интереса. Наиме, у савременом свету напуштен је концепт интервенционистичке државе (доминантан до седамедесетих година прошлог века) заснован на технократској визији управљања јавним сектором. Уместо тога, прихваћен је концепт регулаторне државе која обезбеђује јавног интереса делом оставља тржишту. Улога државе ограничена је на дефинисање правила игре и структуре подршке приватним актерима да у свом деловању остварују социјално „пожељне“ резултате. Описани „уступак“ резултат је приватизације јавног сектора која је условила дерегулацију и измену интервенционистичке парадигме: уместо ње прихваћен је концепт корективног деловања тржишта. Регулаторна држава обезбеђује уплив приватног сектора у управљање јавним пословима путем интеракције са јавним сектором у фази дефинисања политике у одређеној области, те њене имплементације. Тиме се унапред дефинисани циљеви регулисања имплементирају у процес дефинисања саме норме којом се то регулисање остварује (енгл. *inclusion of norm targets in the norm settings process*). У крајњем ово води већем степену поштовања норми којима се штити јавни интерес: приватни партнер ће пре поштовати правило у чијем је креирању учествовао него *vice versa*.

1 Вид. Joseph T. Mahoney, Anita M. McGahan, Christos N. Pitelis, „The Interdependence of Private and Public Interests“, чланак доступан на адреси: [http://business.illinois.edu/josephm/Publications/Mahoney\\_McGahan\\_Pitelis.pdf](http://business.illinois.edu/josephm/Publications/Mahoney_McGahan_Pitelis.pdf), 20.3.2012.

Ипак, чини се да ЈПП у граничним ситуацијама (када је неопходно одредити се за јавни или приватни интерес) остаје у сенци хијерахије: тада се држава враћа на образац хијерархијског поступања, задржавајући константно право (кроз тзв. „хијерархијску константу“)<sup>2</sup> да примени интервенционистичку парадигму. Када? У случају угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора. Хијерархијска константа и њене карактеристике предмет су излагања које следи.

## II Хијерархијска константа јавно-приватног партнерства

Одговорни јавноправни ентитети имају обавезу да установе стандарде за вршење јавних служби и заштиту јавног интереса, без обзира на то да ли се овај интерес штити од стране приватног или јавног сектора. Ова особеност пружања јавних услуга дефинише се као „хијерархијска константа“ јавног сектора и релевантна је и за област јавно-приватног партнерства.<sup>3</sup> Са друге стране, наведена хијерархијска константа не сме бити у функцији остваривања криптомонопола јавних тела над делатностима од општег интереса: приватни сектор има право на остваривање свог интереса, на начин који је комплементаран и конвергентан јавном интересу.

Хијерархијска константа обезбеђује да остваривање јавног добра кроз „посредовање“ приватног сектора нема за резултат искључивање или ограничење легитимитета и његове контроле. Такав је легитимитет управо неопходан у структурирању и примени ЈПП концепта: то захтевају политичка сензитивност и значај ангажованих интереса. Наиме, учешће приватних актера у обезбеђењу јавног интереса има потенцијал угрожавања легитимности акције усмерене ка остваривању таквог интереса: политичка јавност по правилу је скептична према располагању јавним ресурсом у корист приватних субјеката. Скептицизам се своди на став да је приватно генерисање профита, пре него задовољење јавне сврхе, кључни циљ уплива приватног сектора у процес обезбеђења јавног добра. За јавни сектор може настати критичан политички притисак уколико приватни инвеститор пре свега остварује профит, без узимања у обзир побољшавања квалитета јавних услуга (школа, болница, путева). Стога је неопходно успостављање „јавног идентитета“ интереса који се остварује кроз релевантну регулативу, установљавање „најбоље праксе“ као критеријума успешности остваривања јавног добра, те чврсто дефинисање стандарда за утврђивање постојања и спровођења јавног

2 Вид. више *infra* у тач. II.

3 Језичка формулација која говори о јавно-приватном а не приватно-јавном партнерству симболизује „хијерархијску константу“.

интереса. Тиме се превентивно приватни сектор ставља у позицију одговорног актера. Заштита јавног интереса и обезбеђење легитимитета приватне акције у јавном сектору заснива се на претпоставкама транспарентности и јавне одговорности.

Примарни модус обезбеђења јавног идентитета остваривања општег интереса је промоција и подржавање транспарентности. Наиме, могућност контроле остваривања јавног интереса, спроведена било кроз административне, било кроз политичке процесе, опада у мери у којој се јавно добро транслатује у поље надлежности приватног сектора. Стога је неопходно да се кроз јавне дебате (како *ex ante* тако и у току акције усмерене ка остваривању јавног интереса) осигура остваривање правичности и једнакости. Транспарентност има за резултат и позитивни притисак за перманентно генерисање информација о томе да ли се и у којој мери (а уколико не, због чега) јавни интерес остварује од стране приватног сектора.

Транспарентност *per se* није довољна за обезбеђивање легиџимитетива приватне акције. Конвергентан захтев јесте обезбеђење јавне одговорности. Јавна одговорност дефинише се као одговорност не онеме од која је моћ делегирана (одговорност менаџментна акционарима, агенција-јужаоца услуга принципалу-шелу које му је право јужања услуга доделило), већ одговорност субјектима који шрпе последице неадекватној јужања и обезбеђења јавној добра. Ова одговорност јраћена је фискалном и „рејутационом“ одговорношћу. Адекватно обезбеђена и санкционисана одговорност учесника ЈПП кључна је за легиџимитетива јавно-јужајној јарјнерсива.

На овом месту оправдано је нагласити: хијерархијска константа увек је одраз преовлађујућег правно-политичког опредељења. Структура јавно-приватног партнерства прожета је елементима које одређује политичко вођство: циљеви ЈПП често су ништа друго до рефлексија политичких приоритета владајуће елите. Описане елите јавно-приватно партнерство користе као „идеолошки безбедну бову“, којом се остваривање будућих циљева (коришћењем ЈПП као инструмента) ставља у функцију средства за оправдање промене легислативне и правнополитичке парадигме која иза легислативе стоји.<sup>4</sup> Реч је о универзалном „кључу“ у коме се има читати хијерархијска константа као елемент јавно-приватног партнерства, без обзира на време, место, предмет и идеолошку провенијенцију.<sup>5</sup>

4 Вид. Tibor Varady, „The Emergence of Competition Law in (Former) Socialist Countries“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, No. 2/1999, стр. 272–273.

5 У Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2011), описана хијерархијска константа рефлектована је кроз установљавање и овлашћења Комисије за јавно-приватно партнерство. Вид. чл. 65 Закона, *passim*.

### III Јавно-приватно партнерство као елеменат социјалног дискурса

Учешће приватног сектора у јавним пословима може довести до релативизације јавног интереса и „сакрализације“ тржишног принципа уз истовремено занемаривање социјалне компоненте јавног добра. Стога је квалификација социјалне компоненте остваривања јавног интереса као „другоразредне“ у односу на промоцију тржишног принципа, могућа препрека адекватном спровођењу јавно-приватног партнерства као легитимног друштвеног концепта.

Релативизација јавног интереса наступа уколико приватни сектор своје понашање искључиво заснива на лукративном принципу. Приватни сектор мора да делује не само као неко ко пружа и обезбеђује остваривање јавног интереса, већ и као гарант једнакости у доступности „јавног добра“, на исти начин како то чини јавни сектор. Механизам транспарентности и јавне одговорности служи као коректив наведеној потенцијалној штетној последици.<sup>6</sup>

### IV Јавно-приватно партнерство као модел нове етике друштвених односа

Јавно-приватно партнерство представља вид моралне регенерације:<sup>7</sup> на име, приватни сектор постепено остварује квалитативни скок и сопствени, по дефиницији уски приватни интерес сагледава кроз призму јавног добра. Тиме се фундаментално мења и однос јавног и приватног сектора: однос хијерархијске и командне регулативе (при чему је приватни сектор третиран као субјект другог реда, што је неретко разлог за реакцију приватног сектора манифестовану као неразумевање јавног интереса) мења се односом поверења и кооперације.

Мало је области пословних односа<sup>8</sup> у којима је значај етике тако висок, као што је то случај јавно-приватног партнерства. Кључни утицај

6 Вид. више *supra* у тач. II овог рада.

7 Вид. Martha Minow, „Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion“, чланак доступан на адреси: <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1342726.pdf>, 20.3.2012.

8 У пракси има очигледних примера када је јавно-приватно партнерство „регенерисало“ пословну етику, на начин да држава постаје ближа тржишту, било као регулатор, било као предузетник. Када је влада Велике Британије осамдесетих година прошлог века денационализовала инфраструктурна постројења, акције су продаване испод номиналне вредности: разлог овом приступу није била тежња ка либерализацији јавног сектора (јер је постојећи регулаторни режим остао на снази), већ одлучност да се приватном сектору омогући директан улазак у важан део националне економије. Тиме су руководиоци јавних предузећа морали да уђу у

ЈПП на „етички дискурс“ потиче из чињенице да јавно приватно партнерство промовише нови облик саморегулативе (*self governance*) као алтернативе традиционалним формама креирања политике кроз (политички) усмерене бирократије. При томе се увек наглашава његова *in concreto* детерминисаност: концепт ЈПП не постоји као универзално применљив<sup>9</sup> и независан од друштвеног, економског, историјског, социјалног, правног и другог контекста.<sup>10</sup> Ипак, потреба усаглашавања интереса јавног и приватног сектора остаје заједнички именован јавно-приватног партнерства схваћеног као генерични појам. Описано усаглашавање мора бити засновано на одређеним етичким начелима која сублимирају „трећу“, мешовиту димензију јавно-приватног партнерства, насталу као резултат прожимања јавног и приватног интереса (и, консеквентно, јавноправних и приватноправних актера).

У прилог посебној етици јавноприватног партнерства иде и став да се уговори на којима је оно засновано подводе под такозване „relational“ споразуме (споразумима са трајним испуњењем чинидби). Наведени споразуми засновани су на претпоставци постојања заједничких вредности чијем остварењу теже уговарачи. Такве вредности схваћене као етичка категорија, „кључ“ су у коме се имају читати одредбе споразума са трајним испуњењем обавеза. Изричитим укључивањем етичких начела у процес интерпретације споразума на коме је засновано јавно-приватно партнерство, етаблира се конзистентан правни оквир који је у довољној мери вибрантан да очува целину у условима напетости која настаје између јавног и приватног сектора приликом имплементације ЈПП концепта (при чему ова напетост има *sui generis* карактер јер се у тој форми не јавља нити може јавити код споразума јавног или уговора приватног права).<sup>11</sup>

„предузетничко одело“ и решавају питања која су генерисали односи са новим власницима акција (приватним предузетницима који су тражили да јавна предузећа буду вођена на начин како би они то, иначе, чинили као учесници на тржишту). Усвајање пословне етике отвореног тржишта, без заштите јавног сектора, у овом се случају сматра директном последицом примене ЈПП концепта. Видети више у: Paul Starr, „The Meaning of Privatization“, *Yale L. & Pol’y Rev.*, бр. 6/1988, стр. 13–14. Чланак је доступан на адреси: <http://heinonline.org>, 20.3.2012.

9 У том смислу изузетак је једино описана условљеност циљева ЈПП политичким одређењима владајуће класе. Вид. *supra* напомену 4 и пратећи текст.

10 Вид. Keith Baker, Johnatan Justice, *The institutional Design of Self-governance: insight from Public-private Partnerships*, Queensland University of Technology, Brisbane, Australia, 26–28 March 2008, рад доступан на адреси: <http://www.irsmp2008.bus.qut.edu.au/papers/documents/pdf/Skelcher%20-%20THE%20INSTITUTIONAL%20DESIGN%20OF%20SELFGOVERNANCE%20-%20IRSMP%202008.pdf>, 20.3.2012.

11 Вид. више у: Michael Diathesopoulos, *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*, Cambridge University 16. June 2010, доступно на адреси: <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/24028/1/>

Став о етици као везивној тачки економије и општег добра свој *stratum* има у тези да понашање у складу са моралним нормама не води само остваривању општег интереса, већ и самоиспуњењу. Како су корпорације састављене од индивидуа, оне, промовишући праведне акције воде вишем ниову реализације хуманих потенцијала запослених и користима односне компаније. Дакле, несегично понашање, опредељено ка општем добру, стоји у самом срцу интереса пословне заједнице; економска сфера није етички неутрална, нити инхерентно нехумана и супростављена друштву. Она је део општег корпуса људске активности и баш зато што је хумана, мора да буде структурирана и вођена у етичком маниру.

Етичко питање се у јавно-приватном партнерству у већој мери јавља као отворено у погледу приватног партнера.<sup>12</sup> Институт који је од помоћи у дефинисању структуре и садржине етике приватног актера јесте друштвено одговорно пословање. Основ овог института лежи у претпоставци да својина има и социјалну функцију. Искључиво право својине признато је јер „сваки човек пажљивије води рачуна о ономе што је његово и тиче се само њега него онога што припада свима; потом, људски су односи такви да се спроводе у већем реду уколико је сваки човек овлашћен да води рачуна о одређеној ствари; била би конфузија уколико би свако требало да брине о свему. Најзад, сукоби су чешћи око ствари које нису раздвојене по власништву.“<sup>13</sup>

---

*MPRA\_paper\_24028.pdf*, 20.2.2012. Теорија на којој су засновани „*relational contracts*“ развијена је у САД пре неколико деценија. Први ју је на једном скупу изнео проф. Јан Родерик Мекнеил (*Ian Roderick Macneil*), 1967. године. Идеја је потом материјализована у чланку „*Whither Contracts*“, објављеном 1969. године. Теорија је предмет анализе углавном у делу англосаксонске правне цивилизације и у одређеној се мери супротставља правном формализму. Базирана је на претпоставци да се уговори морају увек бити посматрани кроз елементе контекста у коме функционишу (енгл. *relational elements*), те да анализа уговора не може бити заснована на претпоставци да се њиме *ex ante* у потпуности уређује оређени правни однос. Значај ширег „кључа“ у коме функционише одређени споразум није идентичан код свих уговора. Његов је утицај већи код споразума који су засновани на специфичном социјалном и економском контексту, те отвореном, *intuitu personae* односу страна, при чему наведене околности утичу на обим и садржину споразума. Описана теорија имала је значајан утицај на економску литературу, која полази од претпоставке да чак и најједноставнија трансакција имплицира одређене обавезе, те да је зависна од ширег социјалног и економског контекста. Вид. и: Ian R. Macneil, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, доступно на адреси: [http://cisr.ru/files/publ/lib\\_pravo/Macneil%201985%20Relational%20contract.pdf](http://cisr.ru/files/publ/lib_pravo/Macneil%201985%20Relational%20contract.pdf), 20.3.2012.

- 12 Јавни актер чува јавни интерес, мада често политичке елите користе ЈПП као инструмент за остваривање сопствених интереса. Вид. *supra* напомену 4 и пратећи текст.
- 13 На овом месту наведено је оправдање за искључиво право приватне својине које је дао Тома Аквински. Вид. Claus Dierksmeier, Anthony Celano, Stonehill College, *Thom-*



При томе, пословна етика ЈПП мора промовисати конкретну социјалну, не апстрактну институционалну правду. Она мора да детерминише и, тамо где је то неопходно, трансформише сваку комерцијалну трансакцију. Тиме правда (чак и социјална) постаје глобална карактеристика пословне активности, у чему ЈПП има значајан удео.

Посматрано у општим цртама, пословна заједница (у случају ЈПП приватни актер) има не само право, већ и дужност да у ситуацијама када долази до „одсуства јавног управљања“, поступи као субсидијарни фацилитатор друштвене етике. Наведени став у пуној снази се оцртава у ЈПП концепту, код кога приватни партнер мора да сопствене активности посматра кроз призму потребе заштите не само партикуларног, већ и ширег, јавног интереса. При томе се чини да има оправдања за став да што је приватни актер економски снажнији, то је виши ниво његове обавезе да допринесе општем добру. Наравно, ова обавеза мора да има границе. У њеном дефинисању мора се правити разлика између онога што је индивидуална врлина, са једне, и социјална дужност, схваћена као друштвено одговорно пословање приватних актера, са друге стране.<sup>14</sup>

---

*as Aquinas on Justice as a Global Virtue in Business*, доступно на адреси: [http://www.pdcnet.org/pdfs/forthcoming/BEQ22-2\\_2.pdf](http://www.pdcnet.org/pdfs/forthcoming/BEQ22-2_2.pdf), 20.3.2012.

- 14 Пример којим је Тома Аквински илустровао разлику између врлине и дужности јесте дилема продавца жита. Да ли трговац житом који је знао да ће доћи до раста понуде и пада цене има обавезу да о томе информише своје купце или да из асиметрије информација (он поседује знање о променама цене, а они не) из тога профитира? Општа забрана да се другоме не наноси штета не обухвата и обавезу да се другоме помогне или да савет који би му створио корпоративну предност. Немогуће је да једно лице води рачуна о интересима свих других субјеката. Самим тим такав захтев би био и неетички. *Mutatis mutandis*, описана дилема јавља се и данас у опредељивању садржине правног оквира ЈПП. Суштински се поставља питање: како приватног партнера одредити да (противно ономе што је засновано на његовом *habitusu*), води рачуна не само о свом, већ и о јавном интересу? Вид. више у: John Kohls, Sandra L. Christensen, „The Business Responsibility for Wealth Distribution in a Globalized Political Economy: Merging Moral Economics and Catholic Social Teaching“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 35, No. 3/2002, стр. 223–234.

**Aleksandar ĆIRIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Niš**

**Predrag CVETKOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Niš**

## **PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP BETWEEN “HIERARCHICAL CONSTANT” AND “NEW ETHICS” OF SOCIAL RELATIONS**

### **Summary**

*Public private partnership (PPP) is the framework for joint action of public sector and private capital. The goal of PPP is to secure the proper functioning and protection public services and activities of general interest. In the borderline situations (when public interest is jeopardized as the consequence of the inappropriate acts of private sector; hence it is necessary to decide which interest is going to be preserved) PPP stays in the shadow of hierarchy; i.e., the state returns to the hierarchical pattern. This pattern is the result of permanent right of the state to apply interventionist paradigm. The described feature of PPP is labeled in this work as the “hierarchical paradigm”. PPP is also the tool for the creation and establishment of the moral regeneration. It designs the new ethics: namely, the private sector gradually transforms and makes qualitative improvement in the sense that the per se narrow private interests are observed now through the need the public goods and interests to be secured and developed. This transformation fundamentally changes the relation between public and private sector in the following manner: the relation based on hierarchical and command regulation (which treats private actors as the “second class” subjects in comparison with the public actors; this often causes the reaction of private sector manifested as the “misunderstanding” of public interest) is replaced by the attitude based on cooperation and mutual trust.*

**Key words:** *public-private partnership, hierarchical constant, ethics, infrastructure.*