

*Проф. др Reinhard Zimmermann,
Кодиректор Макс-Планк института за јавно и приватно
међународно право у Хамбургу*

Начела европског уговорног права

Модерна манифестација старе и могућа основа за нову основу европске правне доктрине приватног права^{*1)}

Резиме

Начела европског уговорног права представљају најсложенији и међународно најзатезенији пројекат усмерен ка хармонизацији европског уговорног права. "Lando-комисија" је приликом доношења ових принципа имала за циљ да обједини правно необавезујуће уобичајене принципе уговорног права који би требало да послуже као модел за привредне субјекте, да олакшају решавање спорова и да подстиакну правне реформе. Како је и сама Комисија назначила, њен рад представља само први корак ка стварању будућег Европског законика уговорног права.

Аутор је посебан део рада посветио раду "Lando-комисије", са посебним нагласком на њири епипе у развоју наведених начела. Указано је на дуз период у коме су начела стварана, што је често доводило до концепцијских промена, која су на крају резултирала у недостиајку координације између појединих делова, као и пошћуном занемаривању неких значајних инститиуића уговорног права. У

1. Предавање одржано на Правном факултету Универзитета у Београду 8. октобра 2004. године. Оригинална енглеска верзија текста биће објављена у Есејима у част Хајна Коца током 2005. године.

наставаку, аутор је извршио поређење Начела европског уговорног права са другим конкурентним пројектима правне хармонизације, пре свега са Avant-projet-ом Европског уговорног законика и UNDRUIT принципима међународних трговинских уговора.

У четвртој делу свој рада, проф. Zimmermann је покушао да одговори на питање у којој мери су правила садржана у Начелима европског уговорног права модерна манифестација европске правне традиције оличене у правилима римског права. После указивања на њихово заједничко језгро, аутор је указао на бројне примере одступања од традиционалних решења. У оквиру овог дела, истакнуто је значајан утицај Бечке конвенције на обликовање институција Европских принципа, посебно у оквиру закључивања и раскида уговора. Принципима су критички преиспитане међународне конвенције, чиме је извршен покушај да се ефикасно развију идеје садржане у овим документима. Тако се у Принципима налазе решења која нису била прихваћена од стране већине европских права, а као примере аутор је навео компензацију и једнострану изјаву воље.

На крају рада, аутор се запитаво какав је допринос Начела европског уговорног права реевропеизацији уговорног права. Према мишљењу аутора, основни значај Начела је да она представљају извор инспирације за национална законодавства, судску праксу и правну доктрину.

Кључне речи: начела европског уговорног права, Avant-projet, UNDRUIT принципи, Бечка конвенција, прогресиван развој, реевропеизација уговорног права.

I. Увод

Начела европског уговорног права представљају најсложенији и међународно најзапаженији пројекат усмерен ка хармонизацији европског уговорног права.²⁾ Предмет ових начела је област права које по својој суштини и карактеру садржи више међународних елемената него било која друга област приватног права, као што су одштетно право, стварно право или породично право. Развој права у доба правног национализма није извршио велики утицај на већину института и правних теорија из области уговорног права. Напротив, чак и после разградње старог *ius cottine* увек су постојале тачке контаката које су олакшавале међусобни утицај и прихватање правних идеја.³⁾ Разлике између националних правних система остале су већим делом на нивоу техничких детаља,⁴⁾ услед чега још увек можемо говорити о заједничком пореклу европског уговорног права.⁵⁾ Данас, у овирима Европске уније, унутрашње тржиште омогућава јаку мотивацију и покретачку силу за хармонизацију права. Из очигледних разлога може се закључити да је уговорно право нарочито тесно повезано са унутрашњим тржиштем.⁶⁾ Управо из

овог разлога у оквиру Европске уније је и усвојен велики број директива из ове области⁷⁾ са далекосежним последицама на структуру и интегритет националних правних система. Тумачење великог броја разнородних одредаба националног уговорног права је уобличено одлукама Европског суда правде.⁸⁾ У међувремену, кодификација европског уговорног права је постала извесна и о њој се воде живе расправе,⁹⁾ а ова идеја је више пута најављивана и од стране Европског парламента.¹⁰⁾ Комисија Европске уније је припремила Акциони план за конзистентно европско уговорно право¹¹⁾ који, између осталог, предвиђа развој “заједничког

2. Више о томе видети: Reinhard Zimmermann, "Konturen eines Europäischen Vertragsrechts", 1995 *Juristenzeitung* стр. 477; Hugh Beale, "The Principles of European Contract Law and Harmonization of the Laws of Contract", у *Festschrift til Ole Lando*, 1997, стр. 21; Roy Goode, "International Restatements and National Law", у William Swadling, Gareth Jones (уредници), *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, 1999, стр. 45; Jürgen Basedow (уредник), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000; Guido Alpa, "The "Principles of European Contract Law" and the Italian Code: Some Preliminary Remarks", (2000-2001) 15/16 *Tulane European and Civil Law Forum* стр. 43.; Ewoud Hondius, F. Nieper *et al.*, "Principles of European Contract Law", (2000) 17 *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* стр. 428; M.W. Hesselink, G.J.P. de Vries, *Principles of European Contract Law*, 2001; Salvatore Mazzamuto, Carlo Castronovo *et al.*, "Principi di diritto europeo dei contratti: spunti dell'edizione italiana", 2002 *Europa e diritto privato* стр. 847; Hector L. MacQueen, "Scots Law in Europe: the case of contract", у Hector L. MacQueen, Antoni Vaquer Aloy, Santiago Espiau Espiau (уредници), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, 2003, стр.102; видети и библиографију Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (уредници), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, стр.739.
3. Видети: Reinhard Zimmermann, "The Civil Law in European Codes", у Reinhard Zimmermann, David Carey Miller (уредници), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, стр. 287; за Енглеску видети од истих аутора: "Der europäische Charakter des englischen Rechts", (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 43.
4. Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, стр. 19, који прави разлику између уговорног права и одштетног права, стицања без основа и стварног права за које још увек не постоји заједнички корен. Крајем године биће објављен скуп Начела европског одштетног права. Сачињена су од стране Европске групе за одштетно право. Више о томе видети: Helmut Koziol, "Die "Principles of European Tort Law" der "European Group on Tort Law"", (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 234; Reinhard Zimmermann, "Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact", у Helmut Koziol, Barbara Steininger (уредници), *European Tort Law 2003*, 2004. О европском породичном праву видети: Nina Dethloff, "Europäische Vereinheitlichung im Familienrecht", (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.
5. Ово је почетна тачка за Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. I, 1996 (енглески превод сачинио Tony Weir у *European Contract Law*, vol. I, 1997; енглеско издање је коришћено у овом раду).
6. Чланови 94. и даље уговора ЕУ. О томе видети коментар Stefan Leible, у Rudolf Streinz (уредник), *EUV/EGV*, 2003. О односу између приватног права и унутрашњег тржишта видети такође: Jürgen Basedow, "Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex", (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* стр. 473; Jansen (фуснота 3) стр. 7.
7. Видети зборник радова приређен од стране Reiner Schulze и Reinhard Zimmermann, *Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 2nd ed., 2002, sub I (енглеско издање приредили Oliver Radley-Gardner и Hugh Beale, *Fundamental Texts on European Private Law*, 2003, Part I).

референтног оквира”.¹²⁾ Овај референтни оквир би требало да омогући основу за даља разматрања алтернативног правног инструмента из области европског уговорног права.¹³⁾ Комисија је тако у суштини прихватила другу опцију предложену за дискусију јула 2001. године¹⁴⁾ и позитивно проценила велики број прилога које је тим поводом примила:¹⁵⁾ припрема правно необавезујућих заједничких начела уговорног права који би требало да послуже као модел за привредне субјекте, да олакшају решавање спорова и да подстакну правне реформе. Начела европског уговорног права, које је сачинила тзв. “Ландо Комисија”, уклапају се у овај опис. Европски парламент је прихватио ову иницијативу још 1994. године и позвао Европску комисију да је подржи.¹⁶⁾

8. Видети, на пример: Reiner Schulze (уредник), *Auslegung europäischen Rechts und angelegenen Rechts*, 1999; Waltraud Hakenberg, "Vorabentscheidung und europäisches Privatrecht", (2002) 66 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 368; и ско-рашњи рад Sibylle Seyr, "Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den EuGH in privatrechtsharmonisierenden Richtlinien", (2003) 6 *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* стр. 533.
9. У прогагносте кодификације убрајају се: Ole Lando, "Why Codify the European Law of Contract", (1997) 5 *European Review of Private Law* стр. 525 и "The Principles of European Contract Law after Year 2000", у Franz Werro (уредник), *New Perspectives on European Private Law*, 1998, стр.59; Winfried Tilmann, "Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft", у Peter-Christian Müller-Graff (уредник), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2nd ed., 1999, стр. 579; Basedow, (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* стр. 445.
10. Ранија резолуција датира из 1989. године. Видети: (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 613.
11. COM (2003) 68, OJ 2003, C 63/1; резиме је објављен у (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 656. Више о акционом плану видети: Dirk Staudenmayer, "Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht", 2003 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* стр. 481; Christian von Bar, Stephen Swann, "Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003/63)", (2003) 11 *European Review of Private Law* стр. 595.
12. Овај референтни оквир би требало да “омогући најбоља решења у смислу заједничке терминологије и правила, тј дефиниција основних института и апстрактних термина као што су ‘уговор’ или ‘штета’ и правила која се примењују, примера ради, за случај неиспуњења уговора”, видети COM (2003) 68, OJ 2003, C 63/1.
13. О томе видети: Dirk Staudenmayer, "Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?", (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 828; Jansen (фуснота 3), стр. 10. износи слично мишљење.
14. COM (2001) 398, OJ 2001, C 255/1 (видети и (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 963); за коментар видети: Christian von Bar, "Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht", (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 799; Hans Schulte-Nölke, "Ein Vertragsgesetzbuch für Europa", 2001 *Juristenzeitung* стр. 917; Stefan Grundmann, "Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte", 2002 *Neue Juristische Wochenschrift* стр. 393.
15. Видети, нарочито, резолуцију Европског парламента од 15. новембра 2001, (2002) 10 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 634; за друге реакције које је Комисија примила видети (2002) 10 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 883.

Ово је, у најкраћим цртама, позадина проблема у односу на коју се може процењивати релевантност теме која је предмет рада.

II. Обим и предмет рада и поступак израде Начела

1) Рад у три етапе

“Ландо Комисија” (званично: “Комисија за европско уговорно право”) формирана је на основу приватне иницијативе и није имала званични статус.¹⁷⁾ Чинили су је академски стручњаци из свих земаља Европске уније. Број чланова Комисије растао је са порастом броја чланица Европске уније. На крају, чинила су је 23 члана од којих три из Немачке, по два из Француске, Италије, Енглеске и Шкотске.¹⁸⁾ Начела су припремана у три етапе. Прва етапа је завршена 1995. године, након 13 година рада.¹⁹⁾ У 59 чланова овде су претежно разматрани облици испуњења обавезе, неиспуњења, правна средства за случај неиспуњења и велики број општих питања, као што су област примене, основне обавезе уговорних страна током уговорног односа, и терминологија. Рад на другом делу Начела, који уређује област закључења уговора, овлашћења заступника, пуноважност уговора (укључујући и мане воље, али необухватајући незаконитост и понашања супротна моралу), правила тумачења, садржину уговора и правна дејства (укључујући уговоре у корист трећег лица) трајао је од 1992. године до 1999. Други део садржи 73 члана и није одвојено објављен, већ је одмах интегрисан са неколико измењеном верзијом првог дела Начела.²⁰⁾ Трећи и последњи део Начела завршен је 2003. године.²¹⁾ Он се састоји од 69 чланова и садржи правила која се тичу облигационих односа са више дужника, асигнације потраживања, замене дужника и уступања уговора, компензације, преклузије, незаконитости, услова и обрачуна камате. Трећи део је припремљен у периоду од 1997. до 2002. године, и за разлику од другог дела није интегрисан са постојећим скупом начела, већ је посебно објављен.

16. Видети резолуцију од маја 1994, објављену у (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 669 (sub 4); за коментар видети Winfried Tilmann, "Zweiter Kodifikationsbeschluss des Europäischen Parlaments", (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 534.

17. О правној природи Начела као “приватној кодификацији”, и другим местима у оквиру хијерархије извора права видети: Ralf Michaels, "Privatautonomie und Privatkodifikation", (1998) 62 *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 580; Claus-Wilhelm Canaris, "Die Stellung der "Unidroit Principles" und der "Principles of European Contract Law" im System der Rechtsquellen", у Jürgen Basedow (уредник), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, стр. 5.

18. Видети списак у Lando/Beale (фуснота 18) xxii; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20), xiii.

19. Ole Lando, Hugh Beale (уредници), *Principles of European Contract Law, Part I*, 1995.

20. Ole Lando, Hugh Beale (уредници), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000.

21. Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmermann (уредници), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003.

2) Промене радних концепција

Све у свему, припрема Начела²²⁾ трајала је више од 20 година и то кроз три етапе рада (из овог разлога се некад говори о три Комисије). Ове две чињенице оставиле су трага на садржај Начела. Основни концепт (израда скупа правила који ће регулисати општи део уговорног права) датира још из времена пре него што је Европска комисија приступила регулацији још шире области питања која се тичу потрошачких уговора.²³⁾ Као резултат тога, *acquis communautaire* је у великој мери занемарено у Начелима.²⁴⁾ Наиме, Ландо комисија се никада није бавила решавањем проблема у којој мери и на који начин императивна правила заштите потрошача могу бити интергисана у скуп начела општег уговорног права. У другом сегменту област примене Начела могла би се променити током времена. Док прва два дела заиста регулишу само уговорно право, дотле се прва четири поглавља трећег дела примењују на све врсте облигација.²⁵⁾ Они у том смислу представљају суштинске компоненте општег дела облигационог права. С друге стране, ова одлука Ландо комисије мора се поздравити, јер Начела европског уговорног права не могу постојати у вакуму; она морају бити обогаћена начелима других, блиских области права као што су одштетно право и правна регулатива стицања без основа. Режим преклузије скројен искључиво за потребе уговорног права би, с друге стране, на једноставан начин могао бити примењен и на друге врсте облигација. Постојећа искуства из, примера ради, немачког права прошлог века јасно сугеришу да би било неодмерено установити другачији преклузивни режим за различите врсте тужби (тужбе по основу уговора, проузроковања штете, стицања без основа и др.).²⁶⁾ С друге стране, помало је необичан покушај којим би нацрт Начела покрио области права чије су контуре још увек у великој мери неизвесне. Такође, дефинисање важећег скупа Начела као “Начела европског уговорног права” више се не може сматрати прецизним. Напротив, мора се поставити питање које од “општих одредаба”, које се налазе у првом поглављу првог и другог дела, могу или би требало да се примењују на неуговорне облигације.²⁷⁾

22. Израз “Начела”, кад се користи у овом раду, без додатне квалификације означава Начела европског уговорног права.

23. Видети Lando/Beale I и II (фуснота 19) xi.

24. За критику видети: Jürgen Basedow, "The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and its Components", (1998) 18 *Legal Studies* стр. 138; Michaels, (1998) 62 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 589; Wolfgang Wurmnest, "Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa", (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 729.

25. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) xvi.

26. Frank Peters, Reinhard Zimmermann, "Verjährungsfristen", у Bundesminister der Justiz (уредник), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I, стр. 292; Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, 2002, стр. 81.

27. Исто питање се може поставити у вези са одредбама о накнади штете из члана 9:501 Начела. За дискусију о овом питању видети: Zimmermann, у Koziol/Steininger (фуснота 3).

Извесна промена концепције наступила је и у односу на правни значај одредаба садржаних у Начелима. Изворно, што се може закључити и из назива изабраног за предмет рада, чланови Ландо комисије су намеравали да припреме “начела” европског уговорног права. Ово значи да они нису намеравали да сачине систем посебних одредаба које би се непосредно могле примењивати од стране суда.²⁸⁾ Доследно томе, Комисија дефинише свој рад као “први корак” ка будућем Европском законнику уговорног права.²⁹⁾ Ипак, правила садржана у великом броју поглавља садрже такав ниво прецизности који одговара оном у постојећим националним законима приватног права. Ово нарочито важи за поглавља која се тичу облигационих односа са више дужника, асигнације потраживања, компензације и преклузије из трећег дела Начела.

3) Недостатак координације

Коначно, припрема Начела у три одвојене етапе довела је до недостатка координације у одређеном степену. Тако, примера ради, сва три дела Начела садрже правила која се тичу повраћаја користи примљене по основу уговора.³⁰⁾ Члан 5:114 Начела односи се на ситуације где је уговор раскинут, а члан 9:305 регулише последице престанка уговора за случај неиспуњења, док члан 15:104 покрива повраћај користи примењених по основу уговора који је проглашен ништавим као незаконит.³¹⁾ Прва и трећа одредба су у већем делу (али не и у потпуности) идентичне, док је друга заснована на потпуно другачијем концепту.³²⁾ Овакве недоследности су без оправдања. Додатно, у једном случају писци Начела нису регулисали важно питање расподеле ризика у случајевима где је предмет који мора да се врати оштећен или уништен, док су у другом случају аутори Начела били инспирисани моделом из енглеског права (реституција као резултат изостанка противнакнаде) који је, у међувремену, изгубио на значају и у самој земљи порекла.³³⁾ Такође, регулишући три случаја реституције, писци Начела оставили су нерегулисаним велики број других ситуација које такође могу довести до питања повраћаја кори-

28. О разликовању између “правила” и “начела” које усваја савремена правна теорија видети: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, стр. 22.

29. Lando/Beale I и II (фуснота 19) xxiii.

30. За детаљнију анализу видети: Reinhard Zimmermann, "Restitutio in integrum: Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles of International Commercial Contracts und dem Avant-projet eines Code Européen des Contrats", у *Festschrift für Ernst A. Kramer*, 2004; такође Christoph Coen, *Vertragsscheitern und Rückabwicklung*, 2003, стр. 253; Phillip Hellwege, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem: Deutsches, englisches und schottisches Recht in historisch-vergleichender Perspektive*, 2004, § 14.

31. “Незаконитост” је општи термин који се користи у ситуацијама где су уговори супротни принципима који се сматрају суштинским у законима земаља чланица Европске уније (члан 15:101 Начела) или где су у супротности са императивним правним правилима (члан 15:102 Начела).

32. Видети: Zimmermann, *Festschrift Kramer*.

сти примљене по основу уговора (нпр. престанак уговора услед промењених околности).³⁴⁾ Једнообразни режим је дакле неопходан како би покрио све случајеве повраћаја користи примљене по основу уговора који, из било ког разлога, није успео да обезбеди легитиман правни основ за пренос такве користи. Идентичан модел за овакав једнообразни режим може се наћи у старом *ius commune* где је означаван као *restitutio in integrum*³⁵⁾.

III. Поређење са другим конкурентним пројектима хармонизације права

1) “Avant-projet” Европског уговорног законика

Начела европског уговорног права не могу се више сматрати јединим пројектом са циљем хармонизације европског уговорног права. Друга група европских академских стручњака, познатија као *Accademia dei Giusprivatisti Europei*, основана је 2000. године такође на приватној иницијативи и објавила *Avant-projet* Европског уговорног законика.³⁶⁾ Поређење са овим пројектом открива одређени број значајних разлика у односу на Начела европског уговорног права. У суштини, *Avant-projet* је пројекат једног човека – Ђузепеа Гандолфија који је на публикацији скромно потписан као “координатор”.³⁷⁾ Сама Академија имала је само консултативну улогу: давала је сугестије, коментарисала радне верзије нацрта и састајала се повремено на пленарним сесијама као и на националним подгрупама. Али, чини се да њени чланови нису били укључени у сачињавање конкретних одредаба.³⁸⁾ Рад на Начелима европског уговорног права био је у потпуности другачији. Ова Начела резултат су заједничког подухвата. Наравно, један или два “известиоца” била су одговорна за индивидуална поглавља.³⁹⁾ Они су имали задатак да припреме радове са упоредноправном анализом и нацрте чланова и коментаре. Очигледно је да су

33. Sonja Meier, *Irrtum und Zweckverfehlung*, 1999, стр. 253; Graham Virgo, "Failure of consideration: myth and meaning in the English law of restitution", у David Johnston, Reinhard Zimmermann (уредници), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, 2002, стр. 103; Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 2003, стр. 87.

34. Члан 6:111 (3) (а) Начела.

35. За детаљнију анализу видети Hellwege (фуснота 29) §§ 6-9.

36. Giuseppe Gandolfi (уредник), *Code Européen des Contrats: Avant-projet*, 2000.; за превод ових одредби на енглески језик видети: Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 439. Уопштено о *Avant-projet*-у видети: Hans-Jürgen Sonnenberger, "Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein", 2001 *Recht der internationalen Wirtschaft*, стр. 409; Fritz Sturm, "Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs", 2001 *Juristenzeitung* стр. 1097.

37. Видети: Claus-Wilhelm Canaris, "Vorbemerkung", у Gandolfi (фуснота 35) xxv.

38. С обзиром на величину Академије (апендикс ове публикације набраја 85 чланова), тешко да је могло бити другачије.

39. Њихова имена могу се наћи у Lando/Beale I и II (фуснота 19) xiv и Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) x.

ти известиоци, по природи свог ауторитета, стручности, карактеристика личности и моћи убеђивања, успели да сачувају “своја” поглавља у већем или мањем делу. Ипак, велики број различитих чланова Комисије обављао је известилачку дужност. Такође, почетни радови и накнадни нацрти правила презентовани су пред Комисијом, као и пред “Радном групом”, где су расправљана предложена решења, критикована, редесфинисана и враћана известиоцу по неколико пута од стране оба тела. Коначно, била су усвајана после два “читања” од стране Комисије и накнадно поново прегледана од стране друге групе, тзв. “Уредничке групе”. За први део Начела Комисија за европско уговорно право састала се у пуном саставу 12 пута, за други део девет пута, а за трећи део пет пута, где је сваки састанак, по правилу, трајао недељу дана. Велики напори су уложени да се оствари консензус, чак и када је, за велики број питања, морало да се гласа.

Avant-projet је базиран на два основна модела. Један је италијански *Codice civile* (јер садржи комбинацију елемената француског и немачког права)⁴⁰, а други је Уговорни законик сачињен од стране Комисије за енглеско право крајем 60-их (који, међутим, нити је примењен нити је икад објављен у Енглеској).⁴¹ Аутори Начела европског уговорног права, с друге стране, учинили су све што је у њиховој моћи да избегну везивање њиховог рада за било који национални правни систем. Њихов приступ је по природи ствари био више упоредноправни. Они су покушали, колико је то могуће, да идентификују заједничко језгро уговорног права свих чланица Европске уније и да створе систем уговорног права на тој основи. Тако су, на неки начин, они имали за циљ да створе “*Restatement*” (зборник) европског уговорног права.⁴² Међутим, уједно су схватили да су суочени са далеко кретаивнијим задатком неког аутора америчких *Restatement*-а. Постојеће разлике је требало решити на основу упоредноправне анализе искустава из различитих националних правних система, проценом и анализом европских и међународних трендова развоја права, или употребом других рационалних критеријума.

Начела су такође испирисана америчким *Restatement*-ом што се тиче стила и структуре њиховог објављивања. Сваки том Начела садржи текст чланова које је Комисија сачинила. Додатно, сваком члану је придодат коментар (укључујући и примере) и упоредне ноте, како би се читалац могао упознати са важећим правним правилима која се примењују у земљама чланицама ЕУ. Додатно, Начела упућују и на друге изворе права, као што су међународне конвенције. Објављивање *Avant-projet*, с друге стране, садржи поглавље које носи наслов “*rappports du coordinateur*” и упућује на правила садржана у *Codice civile* и Уговорном законнику, истраживања решења других европских кодификација и резиме коментара свих чланова Академије. Образложење појединих правила садржаних у *Avant-projet*-у је упо-

40. Видети, на пример, за повреду уговора: Christian Resch, *Das italienische Privatrecht im Spannungsfeld von Code civil und BGB*, 2001.

41. Harvey McGregor, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, 1993 (издавач: Giuffrè, Milano).

42. Lando/Beale (фуснота 18), xxvi.

редноправно посматрано танко. Очигледна карактеристика *Avant-projet*-а је да је објављен на француском језику. Чланови Начела европског уговорног права су објављени на француском и на енглеском језику. Током рада на Начелима, Комисија за европско уговорно право је нарочито инсистирала да сваки термин и институт употребљен у Начелима буде адекватно изражен, како на француском, тако и на енглеском језику. Комисија је, дакле, све време била свесна опасности употребе терминологије која је трајно обликована према специфичностима једног правног система.

2) UNIDROIT начела међународних трговинских уговора

На међународном нивоу конкуренцију Начелима европског уговорног права представљају Начела међународних трговинских уговора која је сачинио UNIDROIT.⁴³⁾ Оба рада су слична у многим аспектима. Пре свега, припремана су на сличан начин, имају сличне циљеве и написана су сличним стилем. Стил и структура објављивања такође наликује један другој (иако Начела међународних трговинских уговора не садрже упоредноправне ноте). Налик Ландо комисији чланови радне групе UNIDROIT-а изабрали су назив “начела” иако овај назив суштински не одговара природи њиховог посла. У оба случаја текст чланова је допуњен коментарима (иако су аутори UNIDROIT-а избегавали да додају упоредноправне ноте). Оба скупа начела припремљена су мање-више симултано, иако је иницијално UNIDROIT био у предности, а касније Ландо комисија. Обе групе су биле упознате са радом друге и утицале су једна на другу у више погледа⁴⁴⁾. Две су основне разлике између ове групе: (1) циљ UNIDROIT-а је више глобални и не ограничава се само на хармонизацију европског уговорног права и (2) UNIDROIT пројекат се преваходно бави међународним трговинским уговорима, док Ландо комисија ствара правила општег уговорног права. У том светлу, може деловати изненађујуће да се поједина решења садржана у оба скупа правила међусобно много не разликују, а у одређеном броју области су идентична⁴⁵⁾. Доминантни утицај европске правне школе, чак и изван Европе, може служити као објашњење, барем што се прве наведене тачке тиче. Што се друге тачке тиче, може се рећи да оно што је разумно и применљиво на трговинске уговоре у великом делу се може сматрати исправним и

43. О Unidroit начелима међународних трговинских уговора из 1994. видети: Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 2nd ed., 1997; Ernst A. Kramer, "Die Gültigkeit der Verträge nach den Principles of International Commercial Contracts", (1999) *7 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 209; Jürgen Basedow, "Die Unidroit-Prinzipien der internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht", у *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, 2000, стр. 1.
44. Ова координација се великим делом може приписати чињеници да су неки чланови једне групе истовремено били и чланови друге; видети 1995 *Juristenzeitung* стр. 480.
45. За теме обрађене првом делу Начела видети: Reinhard Zimmermann, "Konturen eines Europäischen Vertragsrechts", 1995 *Juristenzeitung* стр. 477; уопштено видети: Arthur Hartkamp, "Principles of Contract Law", у Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink *et al.* (уредници), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., 2004.

разумним и за потрошачке уговоре и обрнуто. Ово потврђује и развој модерног права продаје: одредбе Директиве о продаји потрошачима из 1999. године⁴⁶⁾, нарочито оне које се тичу концепта саобразности робе и правних средстава за случај несаобразности, у великом делу осликавају правила садржана у Конвенцији УН о међународној продаји робе, иако она сама изричито искључује продаје крајњим потрошачима из области своје примене⁴⁷⁾. Сличност између ова два међународна правна инструмента значајно ће унапредити развој заједничког референтног оквира за разматрање и развој права продаје у Европи⁴⁸⁾. Исто се може рећи, на основу поређења UNIDROIT и Ландо принципа, за многе области општег дела уговорног права.

IV. Начела као модерна манифестација цивилистичке правне традиције

Које су интелектуалне и доктринарне основе Начела европског уговорног права и у којој мери се правила садржана у њима могу сматрати као модерна манифестација европске правне традиције?

1) Заједничка основа

a) Елементи уговорног права

У појединим аспектима Начела заиста представљају заједничку основу правних система земаља чланица ЕУ (којима се могу придодати и Швајцарска и Норвешка). Основни концепти као што су облигација, уговор, штета, услов или солидарност могу се споменути у овом контексту и интересантно је приметити да су француска и енглеска терминологија апсолутно индентичне у ових пет (а можда и више) случајева. Вреди поменути и сличности појединих идеја од фундаменталног значаја за разумевање уговорног права: уговор се закључује путем понуде и прихвата, уговорне стране морају изразити намеру да буду везане уговором⁴⁹⁾, незаконити и неморални уговори не могу се одржати на снази⁵⁰⁾, итд. Постоје такође и посебни захтеви за поједина правна правила која су апсолутно идентична уз свим

46. Доступно у Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 107.

47. Члан 2(а) Бечке конвенције. Видети: Stefan Grundmann, у: Massimo C. Bianca, Stefan Grundmann (уредници), *EU Sales Directive: Commentary*, 2002, Introduction, nn. 6, стр. 22.

48. Видети прве контуре Начела европског права продаје у Viola Heutger, "Konturen des Kaufrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht", (2003) 11 *European Review of Private Law* стр. 155.

49. О рецепцији у Енглеској видети: A.W.B. Simpson, "Innovation in Nineteenth Century Contract Law", (1975) 91 *Law Quarterly Review* стр. 258 и 263; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, стр. 139 и 175; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, стр. 571; уопштено видети: Hein Kötz (фуснота 4), стр. 16 (понуда и прихват) и 71 (намера заснивања облигационог односа).

50. Reinhard Zimmermann, (фуснота 48), стр. 697; Kötz (фуснота 4), стр. 157.

западноевропским правним системима. У том смислу компензација је добар пример, јер је опште прихваћено да поверилац по једном основу мора бити дужник по другом, и обрнуто (захтев узајамности потраживања), да потраживања морају бити истородна и доспела⁵¹⁾. Наравно, мора се имати у виду да исти институт може имати унеколико различито значење у различитим правним системима и да услов за закључење уговора у смислу постојања заједничке намере уговорних страна да буду везане уговором може имати различито значење у зависности од тога на који начин конкретни правни систем утврђује озбиљност намере уговорних страна. Такве разлике, међутим, некада се пренаглашавају. Тако, на пример, често се каже да се англо-америчко схватање уговора не базира толико на стварању облигација већ на стварању одговорности за случај неиспуњења обавезе⁵²⁾. Ипак, у књизи *Sir Guenter Treitel* уговор је дефинисан речима које су апсолутно разумљиве континенталним правницима, као што су “споразум којим се стварају облигације којима право признаје дејство и које су утуживе.”⁵³⁾ Неке од ових заједничких црта постоје по природи ствари (видети, на пример, три претходно наведена услова за компензацију), док су друге последица чињенице да релевантне доктрине имају заједничке историјске корене. Кад је о закључењу уговора реч, ови корени леже у теорији природног права,⁵⁴⁾ док у другим случајевима (концепт облигације или услова)⁵⁵⁾ они сежу чак до Римског права.

б) Варијације на тему

Сувишно је питати се колико правила Римског права можемо наћи у мање или више измењеном облику у Начелима, јер је Римско право, као резултат “рецепције”, постало основа европске правне традиције.⁵⁶⁾ Примењивано је у пракси и настављено да буде тумачено од стране генерација правника. У том процесу, било је предмет сталних измена и прилагођавања. Апсорбовало је елементе канонског права и средњовековне моралне теологије, трговачких обичаја и теорије природног права.⁵⁷⁾ Додатно, долазило је у контакт са локалним, регионалним и територијалним законима који су се примењивали на одређеном подручју, и прихватило је захтеве и систем вредности савременог друштва. Тако, Римско право које је примењивано у раним фазама модерне Европе није више оно старо Римско право,

51. Више о томе видети: Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25) стр. 44, 48 и 50.

52. Овај концепт датира још из времена Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1881, стр. 297.

53. Sir Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 10th ed., 1999, стр. 1. За упоредноправну анализу видети: Coen (фуснота 29) стр. 19.

54. Gordley (фуснота 48), стр. 79.

55. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 1 и 716.

56. Видети: Helmut Coing, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, 1968 и *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts*, 1986; Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; Reinhard Zimmermann, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", 1992 *Juristenzeitung* стр. 10. и "Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe", у Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink et al. (уредници), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., 2004; R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and in the Future*, 2002, стр. 13 и 24.

већ “*Heutiges Römisches Recht*”⁵⁸), односно “*usus modernus pandectarum*”⁵⁹). У Холандији је реч о римско-холандском праву,⁶⁰ у Фризији о римско-фризијском праву,⁶¹ а у Шкотској о римско-шкотском праву.⁶² Велики број појединих правних проблема решавано је различито од стране различитих правника у различита времена и у различитим деловима Европе. Али ове разлике, великим делом, представљале су само варијације заједничке основне теме, јер се развој права одиграо у оквирима установљеног оквира извора и метода, концепата, правила и аргумената. Значајне различитости и фундаментално интелектуално јединство подједнако су дали печат поменутој традицији.⁶³

У том смислу, није тако једноставно указати на специфична правна правила која су нашла идентичну манифестацију у свим модерним европским кодификацијама. Чињеница да се за закључење уговора захтева понуда и прихват јесте напомена из уџбеника коју кодификације права пре претпостављају, него што јој дају законску форму. Конкретне разлике се, међутим, уочавају када се дође до одређених спорних питања која се тичу понуде (као што је њена одређеност, или опозивост) или прихвата.⁶⁴ Мале варијације могу се наћи чак и код релативно апстрактних правних правила која су у принципу свугде прихваћена. Третман незаконитих и неморалних уговора може служити као пример у том смислу. Сва правила садржана у модерним кодификацијама базирана су на римском праву: *lex Non Dubium* императора Теодисија, које је развило законске забране до статуса *leges perfectae*⁶⁵, и сузбило правне послове *contra bonos mores* од стране римских правника и императора⁶⁶). Ипак, док члан 20 I Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) говори о “уговорима са незаконитим садржајем”, § 134 Немачког грађанског законика (НГЗ) говори о правним актима “који крше законске забране” а члан 3:40 (2) Холандског грађанског законика (ХГЗ) предвиђа поступке супротне

57. Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, 2001, стр. 158. За карактеристичан пример видети Reinhard Zimmermann, "Christian Thomasius, the Reception of Roman law and the History of the Lex Aquilia", у Christian Thomasius, *Larva Legis Aquiliae*, уредила и превела Margaret Hewett, 2000, стр. 56.

58. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840-1849.

59. Samuel Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, published in several volumes in the years following 1690; 10th ed., 1746-1780.

60. Robert Feenstra, Reinhard Zimmermann (уредници), *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, 1992.

61. Jan H.A. Lokin, Frits Brandsma, Corjo Jansen, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century*, 2003.

62. John W. Cairns, "The Civil Law Tradition in Scottish Legal Thought", у David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann (уредници), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, стр.191.

63. Ова идеја је развијена у Zimmermann, *The Civil Law in European Codes* (фуснота 2), стр. 259; видети и van Caenegem (фуснота 55).

64. Видети: Kötz (фуснота 4) стр. 18.

65. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 700.

66. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 706.

“императивним правним правилима”. Француски и италијански законици повезују релевантана правна правила са њиховом чувеном доктрином каузе, додуше не на у потпуности идентичан начин (“кауза је незаконита уколико је забрањена законом”: члан 1133. *Code civil*; “кауза је незаконита уколико је супротна императивним правним правилима”: члан 1343 *Codice civile*). У Аустрији и Швајцарској уговори супротни законским одредбама су ништави⁶⁷⁾, док § 134 NGZ ограничава примену ове санкције само на случајеве где друга правна последица “није предвиђена законом”. Холандски законик садржи сличну одредбу, која се додуше, односи на смисао закона⁶⁸⁾. Додатно, по овом закону уговор се може поништити, али се неће сматрати ништавим по самом законом, уколико је циљ императивних правних правила која су повређена заштита једне од уговорних страна. Повреда *boni mores* предмет је свих досад поменутих законика,⁶⁹⁾ и она неизбежно води ништавости уговора. У Француској, Италији и Холандији, међутим, *l'ordre public, l'ordine pubblico* и *openbare orde* дат је исти значај као *boni mores*⁷⁰⁾. Енглеско право прави разлику између статуторне незаконитости и *common law* незаконитости. Сматра се да постоји *common law* незаконитост у случајевима у којима се уговор сматра супротним јавном поретку⁷¹⁾.

Начела, такође, задржавају класичну поделу. С једне стране, предвиђа се да уговор не производи правна дејства уколико је “у супротности са фундаменталним начелима правних система земаља чланица Европске уније”⁷²⁾. Коришћењем овакве формулације избегла се употреба института као што су *boni mores* или јавни поредак које прати дугогодишња историја различитих интерпретација. С друге стране, Начела покривају ситуације у којима је уговор у супротности са “императивним правним правилима”⁷³⁾. Оно што чуди, на први поглед, јесте велика флексибилност у одређивању дејства статутарне незаконитости. Пре свега, мора се водити рачуна о дејство које је експлицитно предвиђено самим императивним правилом. Тамо где само правило не предвиђа какво ће дејство његова повреда имати на судбину уговора, уговору се може (а) дати пуна правна снага, (б) признати дејство у одређеним апсектима, (в) не признати дејство или (г) бити предмет модификација. Одлука мора бити одговарајућа и сразмерна повреди. Предвиђен је велики број критеријума о којим се мора водити рачуна у том смислу, међу којима и сврха правила које је повређено, као и озбиљност повреде⁷⁴⁾. Ови критеријуми су тако-

67. Члан 20 I Швајцарског грађанског законика (ШГЗ); § 879 I Аустријског грађанског законика (АГЗ).

68. Члан 3:40 (2) Холандског грађанског законика (ХГЗ) (“... voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit”).

69. Члан 1133 *Code civil*; § 879 I АГЗ; Члан 20 I ОР; § 138 НГЗ; Члан 1343 *Codice civile*; Члан 3:40 (1) ХГЗ.

70. Члан 1133 *Code civil*; Члан 1343 *Codice civile*; Члан 3:40 (1) ХГЗ.

71. Видети, на пример, Ewan McKendrick, *Contract Law*, 5th ed., 2003, Chapter 15.

72. Члан 15:101 Начела.

73. Члан 15:102 Начела.

74. Члан 15:102 (2) and (3) Начела

ђе признати и у немачком праву⁷⁵), земљи у којој су судови за себе задржали далекосежну дискрецију у одлучивању о ништавости уговора, односно другог правног посла који је у супротности са законским забранама⁷⁶). Посебно, судови се не ограничавају на одлучивање о ништавости односно пуноважности правног посла, већ такође, под одређеним условима, одржавају уговор на снази у измењеном облику⁷⁷). У суштини, дакле, члан 15:102 Начела отворено предвиђа правило које § 134 НГЗ прикрива иза кратке и одсечне фразе. Строго правило “*ex facto illicito non oritur actio*” такође је непознато класичном римском праву из времена пре Теодосија, где налазимо степеничasti систем *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* и *leges imperfectae*⁷⁸).

в) *Regulae Iuris*

На другим местима, међутим, Начела садрже одређени број правила која се могу сматрати модерним облицима *regula iuris* старог *ius commune*. Ово је тачно кад се ради о *contra proferentem* правилу (тумачење уговорних одредаба које је једна страна сачинила у корист друге стране)⁷⁹) као и за правило да ће странке обавезивати прави споразум а не привидни: *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*⁸⁰). Одређени број одредаба који се тичу преклузије засноване су на основном принципу установљеном од стране Бартолуса: *agere non valenti non currit praescriptio* (преклузивни рок не тече према особи која није у могућности да поднесе тужбу)⁸¹). Тако, сматра се да преклузивни рок не почиње да тече докле год је поверилац спречен од подношења тужбе из разлога изван његове контроле и које он разумно није могао избећи нити превазићи⁸²). Почетак преклузивног рока у случају правне неспособности заснива се на истом правилу⁸³), као и у случајевима где је једна од уговорних страна преминула.⁸⁴) За праксу је од великог значаја правило да преклузивни рок не почиње тећи докле год поверилац не зна, и не може

75. Видети Othmar Jauernig, у *idem* (уредник), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10th ed., 2003, § 134, nn. 14 f. (сврха закона); Hans Hermann Seiler, "Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB)", у *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987, стр. 729 (озбиљност повреде).

76. As analysed by Seiler (фуснота 74), стр. 725.

77. Franz Dorn, у Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. I, 2003, §§ 134-137, nn. 19.

78. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 697.

79. Члан 5:103 Начела; о пореклу овог правила видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 639.

80. Члан 6:103 Начела (према упоредним нотама ово правило је “признато у свим земљама чланицама ЕУ”); о пореклу овог правила видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 646.

81. Erwin Spiro, "Zur neueren Geschichte des Satzes “agere non valenti non currit praescriptio”", у *Festschrift für Hans Lewald*, 1953, стр. 585 и 588; Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25) стр. 132.

82. Члан 14:303 Начела.

83. Члан 14:305 Начела.

84. Члан 14:306 Начела.

разумно знати, идентитет дужника, или чињенице на основу којих може поднети тужбу.⁸⁵⁾ Регулатива делимичне ништавости садржана у Начелима више одговара начелу *utile per inutile non vidiatur*⁸⁶⁾ него § 139 NGZ, јер члан 15:103 Начела установљава претпоставку да је преостали део уговора пуноважан. Међутим, како је ово правило такође подложно далекосежној одредби као и супротно правило § 139 NGZ, и Начела и немачко право у суштини остављају судији широку дискрециону моћ да одлучи о последицама делимичне ништавости у складу са разумним интересима уговорних страна⁸⁷⁾. Овај приступ био је усвојен и од стране класичних римских правника⁸⁸⁾. Много мање флексибилности је садржано у немачком праву и примени § 817, 2 NGZ, односно кодификованој верзији правила *in pari turpitudine causa est melior possidentis*⁸⁹⁾, што је у изричитој супротности са начином на који је ова максима била примењивана од стране римских правника⁹⁰⁾. Начела више не садрже конкретно правило у овом смислу. Ипак, идеја *in pari turpitudine* скривена је иза правила о реституцији у члану 15:104 Начела где одлука о одобравању реституције зависи од критеријума као што су сврха правила које је повређено, категорија лица чија се заштита овим правилом обезбеђује, и озбиљности саме повреде⁹¹⁾.

̄) Добра вера

Већина поменутих латинских правних изрека нашла је свој пут у модерне националне кодификације. Тако, оне припадају заједничком историјском наслеђу европског приватног права. Исто важи и за принцип садржан у члану 1:201 Начела: “Свака страна мора поступати у складу са начелом савесности и поштења”. Историјат ове одредбе сеже до најплоднијег фактора развоја Римског права: појма *bona fides*⁹²⁾. У време *ius commune* оно је служило као витални механизам за примену апсолутне правде⁹³⁾. Данас је начело савесности и поштења у испуњењу и одређивању уговорних права и обавеза исто тако од неизмерног значаја у свим

85. Члан 14:301 Начела; о вом правилу видети Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25) стр. 106.

86. О томе видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 75.

87. Док према члану 15:103 Начела, преостали део уговора наставља да постоји “осим уколико се након пажљивог разматрања околности случаја утврди да је неразумно да остане на снази”, § 139 НГЗ се фокусира на (обично хипотетичкој) намери страна и наводи да је цео посао ништав “осим ако се може закључити да би био закључен и без ништаве одредбе”, видети НКК/Dorn (фуснота 76), §§ 139-141, n. 18.

88. Hans Hermann Seiler, "Utile per inutile non vitiatur", у *Festschrift für Max Kaser*, 1976, стр. 127.

89. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 863.

90. Hans Hermann Seiler, "§ 817 S. 2 BGB und das römische Recht", у *Festschrift für Wilhelm Felgen-traeger*, 1969, стр. 381; Law of Obligations (фуснота 48), стр.846.

91. За интересантан преглед искустава ове две мешовите јурисдикције видети: Hector MacQueen, Alfred Cockrell, "Illegal Contracts", у Reinhard Zimmermann, Daniel Visser, Kenneth Reid (уредници), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, 2004. Један од аутора - Hector MacQueen био је известилац за поглавље о незаконитости у Ландо комисији.

правним системима Европске уније у једном или другом облику⁹⁴). Не садрже сви они опште одредбе налик члану 1:201(1) Начела или одредби § 242 НГЗ⁹⁵); а чак где такве одредбе и постоје значајне су разлике у начину на који се у пракси примењују⁹⁶). Да ли ће се употребљавати начело савесности и поштења зависи од много фактора, међу којима и доступности друге, конкретније доктрине која води правичном резултату⁹⁷). Тако, на пример, француско право познаје установу *abus de droit*, аустријски законик садржи две одредбе које упућују на поштени пословни обичај,⁹⁸) а енглески судови користе се имплицитним уговорним одредбама⁹⁹).

Аутори Начела су намеравали да ограниче употребу члана 1:201 тако што су предвидели појединачна правила која се могу сматрати конкретним манифестацијама начела поштења и савесности и, истовремено, заједничким критеријумом процењивања. Тако, свака страна дугује другој обавезу сарадње како би се уговору дало пуно дејство¹⁰⁰); уговорне стране имају обавезу да не ступају у преговоре уколико знају да неће закључити уговор са другом страном¹⁰¹); оне не смеју откривати поверљиве информације које су сазнале од друге стране током преговора¹⁰²), нити смеју искористити стање необазривости друге стране, односно незнања, неискључивости или недостатка преговарачких способности на начин који би био изузетно непоштен¹⁰³). Захтев поштеног и савесног понашања има значајну улогу приликом сачињавања уговорних одредаба¹⁰⁴), он представља потпору за правила као што су квалитет испуњења обавезе¹⁰⁵) или промене околности¹⁰⁶); он омогућу-

92. Simon Whittaker, Reinhard Zimmermann, "Good Faith in European Contract Law: surveying the landscape", у Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker (уредници), *Good Faith in European Contract Law*, 2000, стр.16; за детаљну анализу видети: Martin Josef Schermaier, "Bona fides in Roman contract law", in the same volume, стр. 63.
93. James Gordley, "Good faith in contract law in the medieval ius commune", у Zimmermann/Whittaker (фуснота 91), стр. 93; Filippo Ranieri, "Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law", 1998 *Revue internationale de droit comparé* стр. 1055.
94. Видети студије случајева у Zimmermann/Whittaker (фуснота 91), стр. 143.
95. Аустријско право нема општу одредбу о поштењу и савесности; видети Ranieri (фуснота 92) стр. 1061. Ипак, начело савесности и поштења се често сматра, под немачким утицајем, као инхерентно Аустријском грађанском законнику; видети Whittaker/ Zimmermann (фуснота 91) стр. 50.
96. За француско право видети: Whittaker/Zimmermann (фуснота 91) стр. 32; за примену у другим европским кодификацијама видети стр. 48.
97. Видети: Simon Whittaker, Reinhard Zimmermann, "Coming to terms with good faith", у Zimmermann/Whittaker (фуснота 91) стр. 653.
98. §§ 863 II and 914 АГЗ.
99. Видети Whittaker/Zimmermann (фуснота 91) стр. 39; Wolfgang Grobecker, *Implied Terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*, 1999.
100. Члан 1:202 Начела.
101. Члан 2:301 (2) Начела.
102. Члан 2:302 Начела.
103. Члан 4:109 Начела.
104. Члан 6:102 Начела.
105. Члан 6:108 Начела.

је да страна отклони недостатке у испуњењу које је уследило пре договореног рока за испуњење¹⁰⁷⁾ и да одбије извршење обавезе уколико би му ово проузроковало неразумне потешкоће или трошкове.¹⁰⁸⁾ Одредбе о одлагању истека преклузивног рока у случају преговарања¹⁰⁹⁾ и код услова,¹¹⁰⁾ такође су изрази начела поштења и савесности.

2) Конвергенција и традиција

У великом броју случајева правна правила и институти развили су се у оквиру *ius commune*, често на основу индивидуалних одступања од римских извора, која су, као таква, била непозната Римљанима или су чак у потпуности супротна установљеним принципима. *Pacta sunt servanda* је значајан пример у том смислу. Ово начело је признато у свим модерним европским правним системима, и као такво и у Начелима, али оно је установљено у супротности са римском максимом *ex nudo pacto non oritur actio*, од стране средњевековних канонских правника¹¹¹⁾. У одређеном броју случајева законици првог великог таласа кодификација још увек осликавају старију фазу развоја *ius commune* док кодификације након 1900. године садрже модернија решења. Оне су искористиле резултате пандектистичке школе која је, по чувеним речима Рудолфа фон Јеринга, понекад успеваала да оде изнад Римског права користећи се алатима Римског права¹¹²⁾. Ово се може илустровати поређењем две најзначајније кодификације оба периода, француским *Code civil* и Немачким грађанским закоником. Решења која усваја НГЗ често су обликовала правце развоја права у другим европским земљама – било кроз правну доктрину било кроз законе –и некад, чак значајно, вршиле утицај на француско право. Не изненађује да у тим случајевима Начела прихватају оно што се може сматрати последњом фазом развоја *ius commune*.

a) *Stipulatio alteri*

Ово је тачно, на пример, за уговоре у корист трећих лица¹¹³⁾. Генерације правника од времена глосатора су покушавале, са доста маште и на основу расутих индикација из римских извора, да ограниче, евентуално чак и пониште римски принцип *per extraneam personam nobis adquiri non potest*. Али, тек са 17. веком се *stipulatio alteri* прихвата на велика врата. Неко време се захтевало, међутим, да треће ли-

106. Члан 6:111 Начела.

107. Члан 8:104 Начела.

108. Члан 9:102 (2) (b) Начела.

109. Члан 14:304 Начела.

110. Члан 16:102 Начела.

111. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 537; Peter Landau, "Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie", у *"Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert": Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, стр.457.

112. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. I, 6th ed., 1907, стр. 14.

113. Видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 34.

це мора прихватити право које му је понуђено на основу уговора између друга два лица, и у контексту овакве уговорне конструкције уговори у корист трећих лица су ушли у, између осталог, пруску кодификацију¹¹⁴). Аустријски и француски законици су још конзервативнији¹¹⁵). Тако је једино Немачки грађански законик успео да се у потпуности еманципује од римског концепта облигације као *vinculum iuris* која задржава своју индивидуалност на основу чињенице да је створена између две одређене стране и у том смислу директно овлашћујући трећу страну да добије право на одређени захтев по основу уговора у његову корист¹¹⁶). Многе касније кодификације су прихватиле овај модел,¹¹⁷ а чак су и француски судови током времена одустали од рестриктивних захтева садржаних у члану 1165. *Code civil*¹¹⁸). Тако члан 6:110(1) Начела одражава широки консензус између европских правних система¹¹⁹) и једног који се заиста може сматрати “прогресивним развојем”¹²⁰) *ius commune*.”

б) Заступништво

Концепт заступништва се такође много векова борио против римског схватања да нико не може имати права или обавезе из уговора закљученог између друга два лица.¹²¹) Крајем 17. века битка је коначно окончана и *Code civil* признаје могућност заступништва. Ипак, писци овог законика нису сматрали заступништво независним правним институтом, већ у складу са Потјејевим учењем, институтом сличном римском мандату¹²²). Тек су током 19. века Јеринг и Лабанд увели концептуалну разлику између давања овлашћења и правног односа на основу којег је заступник овлашћен да иступа у име свог принципала¹²³). Раздвајање оног што се може сматрати спољном и унутрашњом везом карактерише регулативу садржану у НГЗ, моделу који прате и грчки, италијански и холандски законици¹²⁴). У Француској је такође дошло до значајне промене традиционалног схватања овог инсти-

114. § 75 I 5 Пруског грађанског законика.

115. § 881 АГЗ у свом оригиналном облику; чланови 1165, 1221 *Code civil*.

116. § 328 НГЗ.

117. § 881 АГЗ, са амандманима из 1916; члан 410 *Astikos Kodikas*; члан 1411 *Codice civile*; члан 6:253 ХГЗ.

118. Видети: Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (превод: Tony Weir), 3rd ed., 1998, стр. 462; *Law of Obligations* (фуснота 48), стр. 44.

119. Ипак, овај принцип је неоправдано угрожен од стране члана 6:110 (3) Начела; за критику видети: Reinhard Zimmermann, "Vertrag und Versprechen: Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich", у *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005. За примену исте основне идеје на јаснији начин видети *Unidroit* начела међународних трговинских уговора и скорашње амандмане на члан 5.2.1.

120. Lando/Beale (фуснота 18), xxiv.

121. Видети: *Law of Obligations* (фуснота 48), стр. 45.

122. Видети, на пример, Jens Kleinschmidt, "Stellvertretungsrecht in Deutschland und Frankreich: Perspektiven für eine Rechtsvereinheitlichung", (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 700.

123. Видети: Kötz (фуснота 4), стр. 220; Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 434.

124. §§ 164 НГЗ; члан 211 *Astikos Kodikas*; члан 1387 *Codice civile*; члан 3:60 ХГЗ.

тута. Скоро сваки уџбеник облигационог права данас садржи посебан одељак о *re-présentation*¹²⁵). Начела, у складу са модернијим законцима, регулисала су спољашњи однос¹²⁶), што је у складу и са Женевском конвенцијом о заступању у међународној продаји робе¹²⁷).

в) Промењене околности

Нешто мање једноставан био је развој идеје садржане у § 313 НГЗ (неиспуњење суштине правног посла)¹²⁸). Морални филозофи старог доба били су први који су указали на чињеницу, да се након закључења уговора, могу појавити такве околности које у потпуности мењају тежину дужникове обавезе: понашање саобразно уговору постаје грех, а неиспуњење дужникова морална обавеза. Из оваквог семена у средњем веку је почела да клија доктрина *clausula rebus sic stantibus*. Процветала је у 16. и 17. веку, али изгубила потпору у 18. веку. Начело *pacta sunt servanda* је имало примат, а општа одредба "*rebus sic stantibus*" нарушавала је поверење у правну и привредну сигурност. Тако ова доктрина није ушла ни у *Code civil*, ни у НГЗ (упркос подршци Бернарда Виншејда за њену модификовану верзију)¹²⁹). Овај веома ригидан приступ, преовлађивао је до недавно у Француској. *Théorie de l'imprévision* била је прихваћена само у управном праву, а одбијана је њена примена за решавање спорова у приватном праву¹³⁰). Тек у последњих пар година дошло је до одређеног попуштања оваквог става и то у случајевима где промена околности доводи до значајне неравнотеже у уговорној расподели права и обавеза, те се непривилегованој страни даје право да тражи поновно преговарање уговорних одредаба¹³¹). Немачки судови су, с друге стране, не много по доношењу НГЗ почели да одбијају решења његових аутора о непризнавању *clausula rebus sic stantibus*¹³²), као одговор на проблеме који су се јавили после Првог светског рата код извршења дугорочних уговора, и то кроз доктрину *Wegfall der Geschäftsgrundlage* установљеној од стране Империјалног суда¹³³). Током "модернизације" немачког облигационог права,¹³⁴) ова доктрина прихваћена је и у закон-

125. Kleinschmidt, (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 700; Kötz (фуснота 4), стр. 221.

126. Члан 3:101 Начела.

127. Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6), стр. 283. Конвенција је сачињена 1983. али још увек није ступила на снагу.

128. Видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 579.

129. За Виншидову *Voraussetzungslehre* доктрину видети: Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, 1989, стр. 193.

130. Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 524

131. Bertrand Fages, "Einige neuere Entwicklungen des französischen allgemeinen Vertragsrechts im Lichte der Grundregeln der Lando-Kommission", (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 519.

132. Klaus Luig, "Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der clausula rebus sic stantibus", у Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meincke (уредници), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 2000, стр. 171.

ку. Начела садрже правило које је веома слично овоме и по структури и по подршци коју ужива.¹³⁵⁾

2) Одређивање цене

Одређивање цене је још једно питање где француско право заостаје за модерним развојем права у Европи. Члан 1108. *Code civil*-а предвиђа да сваки уговор мора имати "un objet certain". Предмет уговора, у смислу овог члана и у смислу члана 1129. је на пример, контраизвршење за извршење услуге, изнајмљивање стана и сл. Члан 1591. *Code civil* иде даље од овог и предвиђа да се код уговора о продаји цена мора одредити и назначити од стране уговорних страна. *Code civil* је у овом смислу несумњиво под утицајем римског *certum pretium* захтева¹³⁶⁾. С друге стране, члан 6:104 Начела предвиђа да ће се сматрати да су уговорне стране уговориле разумну цену уколико уговором није предвиђена цена или начин за њено одређивање. Када цену треба да одреди једна страна, и то учини на изузетно неразуман начин, одредиће се разумна цена¹³⁷⁾. Начела, дакле, у основи прате либерални режим установљен у § 315 НГЗ¹³⁸⁾, који је базиран на пандектистичкој доктрини¹³⁹⁾. У међувремену, *Assemblée plénière* Касационог суда је учинила спектакуларни обрт и више не сматра да је неодређеност цене препрека за пуноважност уговора¹⁴⁰⁾. Ипак, овај нови приступ (који је сличан правилима садржаним у Начелима)¹⁴¹⁾ још увек се не односи на уговоре о продаји који су и даље подложни строгом режиму члана 1591. *Code civil*-а.

133. Joachim Emmert, *Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten*, 2001, стр. 247; Christian Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, 2002, стр. 36.

134. Више о томе видети: Reinhard Zimmermann, "Modernizing the German Law of Obligations?", у Peter Birks, Arianna Pretto (уредници), *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Ruden*, 2002, стр. 265.

135. Члан 6:111 Начела.

136. Видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 253.

137. Члан 6:105 Начела.

138. Истовремено, Начела иду даље од члана 55. бечке конвенције. О контроверзама које су претходиле усвајању овог правила, и на очигледној контрадикторности између чланова 55. и 14. Бечке конвенције, видети: Günter Hager, у Peter Schlechtriem (уредник), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, 3rd ed., 2000, nn. 1; Peter Schlechtriem, у истом коментару, nn. 8; такође Kötz (фуснота 4), стр. 18.

139. Hans-Joachim Winter, *Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§ 315 bis 319 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts*, Dr. iur. thesis, Frankfurt/Main, 1979.

140. Видети: Kötz (фуснота 4), стр. 50; Claude Witz, Gerhard Wolter, "Das Ende der Problematik des unbestimmten Preises in Frankreich", (1996) 4 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 648; Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 521.

141. Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 523.

д) Уговорна казна

Уговорна казна се одувек сматрала дозвољеном у цивилистичкој правној традицији¹⁴²). Оно што је било спорно дуго времена јесте да ли се претерано високе суме које су уговорене као уговорна казна могу сматрати пуноважним. *Code civil* оставља одлуку о износу уговорне казне самим уговорним странама¹⁴³). Немачки грађански законик, с друге стране, прихвата право суда да смањи ову суму на разуман износ¹⁴⁴). Одлучујући импулс ка признању овакве модификације уговорне одредбе дали су средњевековни канонски правници¹⁴⁵). Ово схватање је, независно од немачког права, прихваћено и у одредбама грчког, италијанског и холандског законика,¹⁴⁶) а нашло је свој израз и у члану 9:509 Начела. Чак је и француски законик ревидиран 1975., тако да омогућава судско смањење прекомерних уговорних казни¹⁴⁷).

ђ) Компензација

До компензације, према члану 1290. *Code civil*-а долази *ipso iure*: чим су две облигације такве да се могу пребити, обе се сматрају испуњеним “*de plein droit par la seule force de la loi, même à l’insu des débiteurs*”. Ово правило је базирано на два извора из *Corpus Juris Civilis*¹⁴⁸). НГЗ, напротив, захтева да компензација буде у виду вансудске, неформалне и једностране изјава другој страни¹⁴⁹). Аутори немачког законика, у овом смислу, ослањају се на Јустинијанов законик, којим је било предвиђено да се компензација посебно мора истаћи од стране туженог током судског поступка¹⁵⁰). Изнад свега, међутим, они су засновали своју одлуку на судској пракси врховних судова у Немачкој током друге половине 19. века, где је чак и вансудска изјава намере да се два потраживања пребију имала дејство испуњења ових захтева¹⁵¹). Немачки модел компензације је касније прихваћен у многим европ-

142. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 95.

143. Видети: Ralf-Peter Sossna, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen*, 1993, стр. 144. *Contra*: § 1336 II АГЗ.

144. § 343 НГЗ.

145. Sossna (фуснота 142), стр. 64. О контроверзама везаним за усвајање овог “аномалијског” права у НГЗ видети Sossna (фуснота 142), стр. 165.

146. Члан 409 *Astikos Kodikas*; Члан 1384 *Codice civile*; Члан 6:94 ХГЗ. За упоредно истраживање видети: G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, 1988, стр. 223; и Harriet Schelhaas, “The judicial power to reduce a penalty”, (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.

147. Члан 1152 II *Code civil*.

148. Inst. IV, 6, 30; C. 4, 31, 14 пр.; о Јустинијановом закону видети: Pascal Pichonnaz, *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, 2001, стр. 260.; о развоју у Француској видети: Pichonnaz, стр. 386.

149. § 388 НГЗ.

150. C. 4, 31, 14, 1 (“Ita tamen compensationes obici iubemus ...”; “... opponi compensationem”).

151. О развоју у Немачкој видети: Reinhard Zimmermann, у Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II, у припреми за 2005, §§ 387-396, nn. 12.

ским земљама. Може се наћи у аустријском праву (упркос чињенице да § 1438 АГЗ ствара привид да прихвата *ipso iure* дејство компензације)¹⁵², као и у грчком и холандском грађанском законнику¹⁵³. Такође је широко прихваћен и у италијанском праву¹⁵⁴. Француски судови и правна теорија нашли су да је примена режима из члана 1290. *Code civil* непрактична. Пратећи правила установљена од пандектиста они су ефикасно признали значај воље једне од уговорних страна да се узајамно угасе облигације¹⁵⁵. Као резултат, с правом се може рећи да је дошло до “convergence avancée”¹⁵⁶ која се осликава у одредби члана 13:104 Начела.

е) *Други примери*

У свим наведеним примерима тачка спајања била је дефинисана развојем права који је обликовао нове кодификације по моделу старог европског *ius commune*. Списак оваквих примера могао би се лако допунити. Тако, на пример, Начела изричито одбијају доктрину каузе романистичке правне фамилије¹⁵⁷. Право на раскид уговора због неиспуњења остварује се, као и у немачком праву, простом изјавом упућеној другој страни¹⁵⁸. Француско право, с друге стране, традиционално захтева судски поступак како би се раскиду дало правно дејство¹⁵⁹. Изненађујуће је, међутим, да је Касациони суд недавно признао могућност вансудског раскида уговора¹⁶⁰. Насупрот француском праву, а налик § 254 НГЗ, груба непажња и пропуст да се смањи претрпљена штета се третирају на сличан начин¹⁶¹. Накнада штете по основу *culpa in contrahendo*, у складу са члановима 2:301 и 2:302 Начела, сматра се као питање уговорног а не одштетног права. Испуњење услова не делује (као у француском праву) ретроактивно, већ има дејство за убудуће (као у немачком праву)¹⁶². У овом последњем случају ни једно ни друго решење нема значајни историјски легитимитет¹⁶³. У корист немачког решења могу се употре-

152. Видети Peter Rummel, у *idem* (уредник), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 2nd ed., 1992, § 1438, nn. 11; Silvia Dullinger, *Handbuch der Aufrechnung*, 1995, стр. 96.

153. Члан 441 *Astikos Kodikas*; Чланови. 6:127 (1), 6:129 ХГЗ.

154. Упркос члану 1242 *Codice civile* видети: Giorgio Cian, "Hundert Jahre BGB aus italienischer Sicht", (1998) 6 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 220.

155. Pichonnaz (фуснота 147), стр. 505; НКК/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, п. 21.

156. Pichonnaz (фуснота 147), стр. 601.

157. Видети члан 2:101 (1) (“... without any further requirement”); Lando/Beale (фуснота 18), стр. 140.

158. Члан 9:303 (1) Начела.

159. Члан 1184 *Code civil*; видети: Treitel (фуснота 145), стр. 323.

160. Видети: Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 523.

161. Члан 9:504 Начела, за упоредно истраживање видети: Treitel (фуснота 145), стр. 179; Lando/Beale (фуснота 18), стр. 447.

162. Члан 16:103 Начела; за француско право видети члан 1179 *Code civil*, за немачко право видети § 158 НГЗ.

163. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 726.

бити речи Бернхарда Виншеида: ретроактивност је чудна правна конструкција која се мора избегавати што је више могуће¹⁶⁴).

3) Развој права на међународном нивоу

Компензација, услови, уговорне казне, уговори у корист трећег лица, одређење цене: све доктрине о којима је писано у претходним деловима овог рада, припадају традиционалним темама старог *ius commune*. Начела европског уговорног права, у свим овим случајевима, прихватају ове вишевековне тенденције развоја у савремено европско право и надограђују историјско искуство европског приватног права. Постоје међутим и друге области права где ниједна од кодификација директно конципирана на традиционалној цивилистичкој доктрини не садржи довољавајући скуп правила. Овде морамо гледати у модерније развоје који упркос далекосежној национализацији приватног права и доктрине приватног права још увек често следе заједнички модел. Упоредноправна анализа ових модела развоја пружа основу за стварање модерног униформног режима који се још увек може описати као интелектуални покушај да се продре, оригинално прилагоди, оживи и осовремени наслеђени правни материјал¹⁶⁵). Једна од ових области јесте област преклузије. У старим кодификацијима (Француска, Аустрија, Немачка) налазимо општи рок преклузије од 30 дана који се развио из старог *ius commune*, али и збуњујућу разноврсност краћих рокова за многе специјалне ситуације¹⁶⁶). Овакав режим се навелико сматра неприхватљивим: он је некохерентан, непотребно комплексан, застарео, неизванстан, непоштен и неефикасан¹⁶⁷). Тако је, на пример, у Немачкој преклузија једно од централних питања модернизације облигационог права. Ако погледамо развој правне регулативе преклузије у новим законима и начртима закона у европским земљама, као и широм света, наићићемо на три доминантна тренда која су у складу са општим начелима облигационог права¹⁶⁸). Пре свега, постоји јасна тенденција ка краћим преклузивним роковима. Даље, постоји једнако јасан развој ка једнообразности. И, треће, тесно повезано са општим трендом ка краћим преклузивним роковима, све се више подржава идеја да преклузив-

164. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 7th ed., 1891, § 349, стр. 4.

165. Friedrich Carl von Savigny, "Ueber den Zweck dieser Zeitschrift", (1815) 1 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* стр. 6.

166. За Немачку видети: Reinhard Zimmermann, "Extinctive Prescription in German Law", у Erik Jaume (уредник), *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens 1994*, 1994, стр. 153.; за друге извештаје по земљама видети. Ewoud H. Hondius (уредник), *Extinctive Prescription: On the Limitation of Actions*, 1995.

167. Ове речи су коришћене за Енглеску од стране правне комисије у свом раду за консултације бр. 151, под називом "Limitation of Actions", 1998, стр. 241. За Француску видети: Alain Bénabent, "Le chaos du droit de la prescription extinctive", у *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, 1996, стр. 123; за Немачку видети: Frank Peters, Reinhard Zimmermann, "Verjährungsfristen", у Bundesminister der Justiz (уредник), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I, 1981, стр. 186.

168. Више о томе видети: Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25), стр. 76.

ни рок не сме тећи осим ако је поверилац знао (или морао знати) за његово потраживање. Четврта карактеристика модерног режима преклузије произилази из последњег: максимални рок након којег се тужба више не може поднети, независно од сазнања повериоца, неопходна је контратежа начелу спознаје. Модел исцртан по контурама ових правила представља базу регулативе садржане у поглављу 14. Начела и то на конзистентнији начин него у НГЗ након модернизације облигационог права,¹⁶⁹⁾ где је још увек можемо наћи, примера ради, посебан режим за тужбе за накнаду штете по основу продавчеве одговорности за скривене мане¹⁷⁰⁾.

4) Једнообразно право

a) Бечка конвенција и евројска правна традиција

Најзначајнији документ за међународни развој централног дела облигационог права јесте Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), која је досад ратификована од стране 12 од 15 земаља чланица Европске уније¹⁷¹⁾. То значи да је међународна продаја између привредних субјеката регулисана на исти начин у већем делу Европске уније. Додатно, Бечка конвенција је извршила значајан утицај на Директиву о продаји потрошачима¹⁷²⁾ и одиграла значајну улогу у реформи националних права када је реч о уговору о продаји и повреди уговора¹⁷³⁾. Очигледно је да су аутори Начела у свом раду били вођени инструментом који не само да је данас од изузетног значаја, већ се може сматрати и савременим оличењем европске правне традиције. Ова Кон-

169. За упоредно истраживање видети: Reinhard Zimmermann, "Das neue deutsche Verjährungsrecht – ein Vorbild für Europa?", у Ingo Koller, Herbert Roth, Reinhard Zimmermann, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, 2002, стр. 9.

170. За критику видети: Detlef Leenen, "Die Neuregelung der Verjährung", 2001 *Juristenzeitung* стр. 552; Reinhard Zimmermann, Detlef Leenen, Heinz-Peter Mansel, Wolfgang Ernst, "Finis Litem? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", 2001 *Juristenzeitung* стр. 688. Ово питање је на задовољавајућ начин решено у новом аустријском праву: §§ 932 АГЗ; видети Rudolf Welsch, Brigitta Jud, *Die neue Gewährleistung, Kurzkomentar*, 2001.

171. Видети списак ратификација у: Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6), стр. 239.

172. Видети: Grundmann, у Bianca/Grundmann (фуснота 46), Introduction, nn. 1; Ulrich Magnus, "Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht", у Stefan Grundmann, Dieter Medicus, Walter Rolland (уредници), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung der deutschen Schuldrechts*, 2000, стр. 49; *idem*, "The CISG's Impact on European Legislation", in: Franco Ferrari (уредник), *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, 2003, стр. 129.

173. За Немачку видети: Bundesminister der Justiz (уредник), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, стр. 19; Peter Schlechtriem, "Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland", (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* сѹр. 217; *idem*, "10 Jahre CISG – Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts", (2001) 1 *Internationales Handelsrecht* стр. 12.; Schlechtriem, у Schlechtriem (фуснота 137), Einleitung, sub III. 4.

венција је конципирана на Хашким једнообразним законима о међународној продаји робе и закључењу уговора о међународној продаји робе. Покретачка сила иза ових једнообразних закона био је Ернст Рабел, аутор који је увек наглашавао виталну везу између прошлости и садашњости, који је константно гледао у правну историју с циљем разумевања модерног права¹⁷⁴) и који је написао књигу о праву продаје робе која се још увек сматра моделом за модерне монографије, која је истовремено и историјска и упоредноправна¹⁷⁵). С овом монографијом Рабел је установио темеље за хармонизацију права модерне продаје (и имплицитно централне области општег дела уговорног права).

б) Повреда уговора

Чак 52 од 132 члана садржаних у прва два дела Начела европског уговорног права имали су за узор одредбе Бечке конвенције. Веома често, међутим, дошло је до промене у формулацијама или мањих измена¹⁷⁶). Очигледно, повреда уговора и закључење уговора су две области где је најизраженији утицај Бечке конвенције. Право које регулише повреду уговора, подељено је у оба текста у односу на природу правних средстава које повређеној страни стоје на располагању, а не у односу на различите врсте повреда. Раскид уговора¹⁷⁷) и накнада штете¹⁷⁸), концепт битне повреде уговора¹⁷⁹), ослобођење одговорности за околности изван дужникове контроле¹⁸⁰) и антиципаторне повреде уговора¹⁸¹), су есенцијални структурни елементи које Начела преузимају од Бечке конвенције. Извршење уговора је правно средство које се показало као проблем у раду на Бечкој конвенцији и пред којим је она капитулирала.¹⁸²) Начела су покушала да нађу компромисно решење које би премостило разлике између *common law* и *civil law* приступа¹⁸³). Начела, за разлику од Бечке конвенције,¹⁸⁴) садрже униформно решење за право да се суспендује извршење у духу правила *exceptio non adimpleti contractus*¹⁸⁵). Правила о

174. Reinhard Zimmermann, "“In der Schule von Ludwig Mitteis”": Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge", (2001) 65 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 1.

175. Gerhard Kegel, у Gerd Kleinheyer, Jan Schröder (уредници), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4th ed., 1996, стр. 504.

176. Погледати табелу у Harry M. Flechtner, "The CISG's Impact on International Unification Efforts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law", у Ferrari (фуснота 171), стр. 169.

177. Члан 9:301 Начела.

178. Члан 9:501 Начела.

179. Члан 8:103 Начела.

180. Члан 8:108 Начела.

181. Члан 9:304 Начела.

182. Видети члан 28 Бечке конвенције и коментар Ulrich Huber, у Schlechtriem (n. 137), nn. 1.

183. Члан 9:102 Начела.

184. Видети: Christoph Kern, "Ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht im UN-Kaufrecht?", (2000) 8 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 837.

185. Члан 9:201 Начела. О *exceptio non adimpleti contractus*, видети: Wolfgang Ernst, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages*, 2000.

повраћају у пређашње стање након раскида уговора одступају од незадовољавајућег модела усвојеног у Бечкој конвенцији¹⁸⁶⁾ (мада се, у овом случају, испоставило да је решење у Начелима још мање задовољавајуће)¹⁸⁷⁾. Право купца да захтева смањење цене је претворено у опште правно средство које проширује поље примене члана 50. Бечке конвенције¹⁸⁸⁾.

в) *Закључење уговора*

Што се механизма закључења уговора тиче, ова два документа већим делом кореспондирају један другом (у погледу услова за правно дејство понуде, опозива понуде, услова за прихват, измењеног прихвата, закаснелог прихвата, повлачења прихвата)¹⁸⁹⁾. Очигледно је да су аутори Начела пратили модел установљен Бечком конвенцијом. Међутим, тако поступајући они су унели и извесне модификације и регулисали одређена спорна питања која се јављају приликом примене Бечке конвенције. Један такав проблем, који је од великог практичног значаја, тиче се питања да ли одређивање рока за прихват чини понуду неопозивом. Компромисно решење усвојено у члану 16(2) Бечке конвенције може се тумачити на различит начин од стране уговорних страна уколико је једна, примера ради из Енглеске, где су понуде увек опозиве, а друга из Немачке, где је понудилац по природи ствари везан својом понудом¹⁹⁰⁾. Члан 2:202 Начела предвиђа да опозив понуде неће имати дејство уколико је у понуди одређен рок за прихват. Ово правило усваја континентално схватање: одређивање рока за прихват у понуди, увек чини понуду неопозивом.

џ) *Друже међународне конвенције*

Друга међународна конвенција која је значајно утицала на садржај 11. поглавља Начела јесте Конвенција УН о асигнацији потраживања у међународној трговини из 2001. године¹⁹¹⁾. И ова Конвенција и Начела стреме олакшавању асигна-

186. Члан 81 Бечке конвенције; за критику видети: Ulrich Magnus, у Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht, Neubearbeitung 1999*, n. 4; Markus Krebs, *Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht*, 2000, стр. 91.; Hans G. Leser, Rainer Hornung, у Schlechtriem (фуснота 137), nn. 16. и n. 27a.

187. *Supra*.

188. Члан 9:401 Начела. Начела, у овом смилсу, рефлектују међународну тенденцију. Видети: Andrea Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, 2003, стр. 209. Ново немачко облигационо право није учинило ово правно средство општим упркос настојању да споји сва купчева правна средства заштите, коликог год је то могуће, са општим делом о повреди уговора.

189. За детаље видети: Eva Luig, *Der internationale Vertragsschluss*, 2002, стр. 33.

190. Schlechtriem, у Schlechtriem (фуснота 137), n. 10; E. Luig (фуснота 188), стр. 121.

191. Објављено у Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 333. За коментар видети: Spiros V. Bazinas, "Der Beitrag von Uncitral zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften über Forderungsabtretungen: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen im internationalen Handel", (2002) 10 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 782.

ције потраживања која чине изузетно битна средства размене. Истовремено, они морају да обезбеде да дужникова права не буду угрожена овим послом¹⁹²). Средства која оба документа користе с циљем постизања ових циљева идентична су у више аспеката. Око неколико питања, међутим, Начела садрже боље решење, како са аспекта интелектуалне конзистентности тако и са аспекта практичности¹⁹³). Конвенција УН о застарелости потраживања у међународној продаји робе¹⁹⁴), с друге стране, само је делимично коришћена с обзиром да се односи на само једну врсту потраживања те да не представља одговарајући модел за општи режим застарелости.

5) “Прогресивни развој”

Очигледно је да су аутори Начела критички анализирали међународне конвенције и покушали да продуктивно развију идеје садржане у овим инструментима. Сличан критички приступ био је усвојен и у другим областима права где још увек немамо у потпуности међународне (или европске) текстове који омогућују корисну почетну тачку за критички осврт. Често су Начела усвојила неконвенционална решења која чак и не представљају већински став међу европским правним системима, а још мање њихово заједничко језгро. Чак и у овим случајевима, међутим, можемо указивати на “прогресиван развој”¹⁹⁵) у оквирима интелектуалног оквира установљеног од стране старог *ius commune*. Два примера ће то најбоље илустровати.

а) Још једном: компензација

Свугде у Европи, изузев у Скандинавији, Ирској и Великој Британији, (тј. у свим земљама где је у овом смислу прихваћено Римско право) компензација функционише на један од два начина: или обе облигације престају *ipso iure* “од дана њихове коегзистенције”, или право на компензацију мора да се оствари обавештењем друге стране. У том случају, сматра се да су облигације престале да постоје у моменту када су као подобне за компензацију први пут супротстављене једна другој¹⁹⁶). Ово друго решење је, као што је већ поменуто, модерније и боље из више разлога. Међутим, оно пати од озбиљног доктринарног пропуста: ретроактивности. Ретроактивност је представљала покушај немачке правне доктрине 19. века да се помире две сукобљене групе римских извора од којих је једна била за компензацију *ipso iure*, а друга за истицање приговора компензације. Временом, институт ретроактивности је чврсто установљен у преовлађујућој правној идео-

192. О оба питања видети: Horst Eidenmüller, "Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung", (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.

193. За детаљну анализу видети: Eidenmüller, (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.

194. Лако доступно у Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 269.

195. Lando/Beale (фуснота 18), xxiv.

196. О развоју доктрине о ретроактивности видети: НКК/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, nn. 14 и 23.

логији као суштинска карактеристика приговора компензације¹⁹⁷). Ипак, овај институт је базиран на вишевековном неспоразуму¹⁹⁸). Фраза *ipso iure* је класичног порекла- коришћена је од стране римских правника у посебном контексту банкарске *agere cum compensatione*¹⁹⁹). Али ова фраза је требало само да укаже да се ова врста компензације разликује од оне коју налаже судија. Сам банкар, био је приморан да употребом ове формуле од стране претора смањи потраживање за износ потраживања друге стране. Тужилац је дакле био принуђен *ipso iure*, тј. снагом закона, да предузме компензацију. Вероватно је и Јустинијан још увек приписивао *ex nunc* дејство компензацији²⁰⁰). Одлучујућа промена наступила је са глосаторима који су поновним тумачењем компензације *ipso iure* дошли до закључка да је реч о облику компензације који наступа аутоматски, *sine facto hominis*. Овај неспоразум још увек баца сенку на (као што би се рекло у 19 веку) “конструкцију” компензације: у Француској и свим земљама на које је француско право извршило утицај, али такође и у Немачкој²⁰¹) и земљама које прате немачко право²⁰²). Из извора које су сакупили и приредили Јакобс и Шуберт сазнајемо да је током рада на НГЗ Бернард Виншејд предложио да се компензацији призна само дејство за будуће²⁰³) и то је учинио упркос чињеници да је као пандектиста претходно учинио интелектуално најамбициознији покушај да објасни тензију између компензације *ipso iure* и компензација по захтеву стране²⁰⁴).

б) Једнострана изјава воље

Други пример можемо извући из члана 2:107 Начела у којем изричито стоји: “Једнострана изјава воље дата с намером да обавезује и без прихвата је обавезујућа”.²⁰⁵) Ово је изненађујуће решење с обзиром, да велика већина европских правних система традиционално прати Хуга Гроцијуса захтевајући прихват пре него што се обећање може сматрати правно обавезујућим²⁰⁶). Једино у изузетним

197. Видети: Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25), стр. 39.

198. Видети: Pichonnaz (фуснота 147), стр.9, 127 и 295; НКК/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, nn. 5.

199. Paul. D. 16, 2, 21; C. 4, 31, 4 (Alex.).

200. Pichonnaz (фуснота 147), стр. 260.

201. § 389 НГЗ.

202. Као што је то недавно учинило холандско право: члан 6:129 ХГЗ.

203. НКК/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, n. 24. У другој комисији, Gottlieb Planck је поново поставио ово питање; и он је предложио *ex nunc* дејство компензације, видети: НКК/Zimmermann (фуснота 150) §§ 387-396, n. 25.

204. Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9th ed., 1906, § 349.

205. За системску и упоредну анализу ове одредбе видети: Zimmermann, *Festschrift Heldrich* (фуснота 118).

206. Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdami, 1631, Lib. II, Cap. XI, § 14. Гроцијева доктрина је била заснована на Leonardus Lessius, *De iustitia et iure* (see Gordley (n. 48), 80 f.); захваљујући Поатјеу нашла је своје место у Француској и Енглеској: за Француску видети: Murad Ferid, Hans Jürgen Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht*, 2nd ed., 1994, vol. I/1, 1 F 63; за Енглеску, видети Simpson, (1975) 91 LQR 259.

случајевима усвајано је другачије мишљење. НГЗ, на пример, садржи посебну одредбу којом се, јавним обећањем “награде за извршење радње, нарочито за постизање резултата”, признаје дејство једностраној изјави воље независно од прихвата²⁰⁷). Ова одредба је познатија као *Auslobung*. Законик, у овом смислу, прихвата становиште предложено од стране великог броја пандектиста²⁰⁸), становиште за које постоје тек трагови у римским изворима²⁰⁹). На генералном нивоу, Гроцијусово схватање није прихваћено од стране најутицајнијег институционалног аутора у Шкотској - Висконта Стера, који сматра да је за дејство једностране изјаве воље неопходно да она буде прихваћена²¹⁰). Овакво схватање се очигледно темељи на канономском праву²¹¹). Доктрина једностране изјаве воље, као што Стер образлаже, преживела је и остала део шкотског права²¹²). И заиста, може се поставити питање зашто би ослобађању од обавезе, примера ради, било признато дејство само ако се дужник са тим сложи. Искуство из немачке праксе указује да се судови често суочавају са великим проблемима када покушавају да утврде да ли је понуда, од стране повериоца, за закључење уговора о опросту дуга прихваћена од стране дужника²¹³). Изненађујуће је да је очигледна илустрација из члана 2:107 Начела изостављена из коментара овог правила.

в) Недозвољен утицај у цивилистичком стилу

Члан 2:107 Начела није једини пример за један други интересантан феномен: поновну појаву одређених решења, односно средстава, усвојених у старом *ius commune* која су касније потиснута. Члан 4:109 Начела може се споменути у овом контексту. Овај члан даје једној уговорној страни право раскида уговора уколико је, у

207. § 657 НГЗ. За порекло ове одредбе видети: Fanz Philipp von Kübel, "Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung", у Werner Schubert (уредник), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3*, 1980, стр. 1171; *idem*, "Einseitiges Versprechen", у Werner Schubert (уредник), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1*, 1980, стр. 475. за упоредни преглед видети: Reinhard Zimmermann, Phillip Hellwege, "Belohnungsversprechen: "pollicitatio", "promise" oder "offer"?: Schottisches Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen", (1998) 39 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* стр. 137; James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, 2001, стр. 300.

208. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 6th ed., 1900, vol. II, § 9; J. Baron, *Pandekten*, 4th ed., 1882, § 211.

209. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 496.

210. Sir James Dalrymple, Viscount of Stair, *Institutions of the Law of Scotland* (уредник: David M. Walker), 1981, Book I, Title 10, §§ 3.

211. W.D.H. Sellar, "Promise", у Kenneth Reid, Reinhard Zimmermann (уредници), *A History of Private Law in Scotland*, 2000, vol. II, стр. 252.

212. Zimmermann/Hellwege, (1998) 39 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* стр. 133; Sellar (фуснота 211), стр. 267 и 277; Martin Hogg, *Obligations*, 2003, стр. 36.

213. За детаљну анализу видети: Jens Kleinschmidt, *Der Verzicht im Schuldrecht: Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 2004.

време закључења уговора, била зависна од друге стране или са њом била у односу поверења, а друга страна искористила ситуацију прве на изузетно неправичан начин, или из тога извукла прекомерну корист. Ова одредба, која одговара компаративно ужој доктрини “претње” тј. *duress* (Енглеска) или сила и страх (Шкотска)²¹⁴ – је очигледно инспирисана енглеским концептом “недозвољеног утицаја” (енгл. *undue influence*)²¹⁵. Уговор о јемству закључен од стране блиских чланова породице главног дужника, и одговарајућа судска пракса, су демонстрирали потребу за установљењем сличног правила и у континенталним правним системима. У Немачкој, на пример, морала се употребљавати општа *boni mores*-одредба из § 138 I НГЗ да би се постигли задовољавајући резултати²¹⁶. Старо *ius commune* је развило, на основу индивидуалних тачака разилажења од римских извора, институт *metus reverentialis*²¹⁷. Тако, према Акурзијановој глоси, удата жена која прода или оптерети предмет који је у њеном власништву у страху или из оданости може опозвати такав посао. Исто важи и за члана клера који “*metu et reverentia episcopi*” опозове своју стипендију²¹⁸. Ово је правило и за оне ситуације где изостане претња физичког напада. Нарочито интересантан пример недозвољеног утицаја је забележио Матеус де Афликтис, иако вазано за једну другу врсту правног посла. Муж је тајно ушао у собу где је његова умирућа жена сачињавала свој тестамент. Прислонио је своју главу на њену (“*posuit faciem super faciem Catherinae*”) и наговарио је да остави своју непокретну имовину њему. Овај тестамент “*metu reverentia marito factum concurrentibus importunis precibus in damnum alterius*” је накнадно поништен²¹⁹. Преко Поттијеа ове идеје су прихваћене у Енглеској. Доктрина недозвољеног утицаја, заузврат, развила се у Енглеској од стране *Chancery* суда и накнадно поново уведена преко шкотских и јужноафричких судова у цивилистичко правно окружење²²⁰.

214. Члан 4:108 Начела.

215. Видети: Treitel, *The Law of Contract* (фуснота 62), стр. 378; *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No 2), [2002] 2 AC 773.

216. Mathias Habersack, Reinhard Zimmermann, "Legal Change in a Codified System: Recent Developments in German Suretyship Law", (1999) 3 *Edinburgh Law Review* *ucūp.* 272; Astrid Stadler, у Jauernig (n. 74), § 765, n. 4.

217. Pap. D. 29, 6, 3; Ulp. D. 44, 5, 1, 6; Ulp. D. 50, 17, 4; C. 2, 19 (20), 11. За детаљну анализу видети: Jacques du Plessis, Reinhard Zimmermann, "The Relevance of Reverence: Undue Influence Civilian Style", (2003) 10 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* стр. 345.

218. *Digestorum novum, seu pandectarum iuris civilis, tomus tertius*, Geneva, 1625 (col. 879).

219. Matthaeus de Afflictis, *Decisionum sacri regni neapolitani consilii*, Francofurti, 1600, Dec. LXIX; cf. also Iacobus Menochius, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis commentaria*, Lugduni, 1608, Li. IV, Praes. XII, nn. 8.

220. Видети: Joseph Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3rd ed. (уредник A.E. Randall), 1920, §§ 234.; Gerhard Lubbe, "Voidable Contracts", у Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (уредници), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996, стр. 296; Du Plessis/Zimmermann, (2003) 10 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* стр. 366.

б) Особености појединих правних система

Очигледно је да су аутори Начела учинили велики напор да избегну утицај правних правила и доктрина које су установљене у појединим правним системима из разумљивих историјских или системских разлога, али које истовремено, компаративно посматрано, представљају такве особености ових правних система које се тешко могу дефинисати изван њиховог традиционалног хабитата због чега представљају неодговарајући модел за европску правну хармонизацију. Доктрина каузе и традиционални *pretium certum* захтев француског права спада у ову категорију, као и доктрина противнакнаде (*consideration*) или ништавости, у принципу, уговорних казнених одредаба у енглеском праву. Што се Немачке тиче, расцепкани метод регулативе повреде уговора није се показао прихватљивим на међународном нивоу, као ни разликовање различитих врста штете (као што је предвиђено у § 280 НГЗ) и са централним фокусом на извршење уговора²²¹).

Ипак, с времена на време Ландо комисија није била у потпуности успешна у избегавању доктринарних специфичности које произилазе из појединих правних система. Укључивање “заједничких обавеза” као треће врсте облигационих односа са више дужника (поред солидарних и недељивих облигација) у 10. поглављу Начела представља један такав пример.²²² Схватање заједничких обавеза, непознато већини правних система, очигледно води порекло из немачке правне доктрине²²³). Односи се на случајеве где је сваки од дужника у обавези да сарађује са другима како би обезбедили заједничко испуњење обавезе. Ово правило се, примера ради, примењује на чланове симфонијског оркестра, или на групу уметника. Према мишљењу аутора Начела, основна оригиналност 10. поглавља лежи у директном признавању ове врсте облигација²²⁴). Широка дефиниција заједничких обавеза која се налази у члану 10:101(3) Начела, међутим, носи са собом опасност да ће је правници из различитих правних система на различит начин тумачити²²⁵). Тако, француски правник ће бити на искушењу да мисли на *indivisibilité*²²⁶), енглески правник ће мислити на заједничку одговорност²²⁷). Штавише, може се тврдити да овде није реч о проблему од практичног занчаја. Тако аутори НГЗ ово питање намерно остављају нерегулисаним²²⁸).

221. Више о томе видети: Reinhard Zimmermann, "Remedies for Non-Performance: The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law", (2003) 6 *Edinburgh Law Review* стр. 286.

222. Чланови 10:101 (3) и 10:104 Начела.

223. Walter Selb, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, 1984, стр. 189 ; Dieter Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 14th ed., 2003, стр. 398. Видети: Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) стр. 62: “Немачко право је једини правни систем који познаје заједничке обавезе”.

224. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) стр. 62.

225. Ово је истакла Sonja Meier, у Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II, у припреми за 2005, §§ 420-432.

226. Члан 1217 *Code civil*.

227. A.S. Burrows, у *Chitty on Contracts*, 28th ed., vol. I, 1999, Chapter 18.

V. Начела и реевропеизација приватног права

1) Циљеви и перспективе развоја

Покушао сам да покажем да се Начела европског уговорног права могу сматрати производом дуге традиције и савременом манифестацијом духа европског уговорног права. Какав су допринос она, заузврат успела да дају европеизацији уговорног права? Сами аутори Начела спомињу одређен број циљева које су имали на уму током рада на Начелима²²⁹). Они су желели да олакшају прекограничну трговину у оквиру Европе тако што ће уговорним странама омогућити скуп неутралних правила, независних од специфичности било ког националног правног система, коме могу подвргнути свој правни посао. Додатно, аутори Начела сматрали су свој посао модерном формулацијом *lex mercatoria* којом се могу користити, на пример, арбитражи који имају да реше случај према “међународно прихваћеним правним правилима”.²³⁰) Ово су веома практични циљеви. Али аутори Начела виде овај документ и из мање практичног, а више дугорочног угла. Схваћено на овај начин, Начела омогућавају концептуалну и систематичну инфраструктуру за законодавство Заједнице из области уговорног права и која се истовремено може сматрати првим кораком ка Европском грађанском законнику²³¹).

2) Начела и развој националних правних система

По мом мишљењу, један други аспект је од централног значаја: Начела као извор инспирације за национално законодавство, судове и правну доктрину²³²). У догледној будућности ми ћемо и даље бити суочени са коезистенцијом неколико националних правних система приватног права у Европи. Доста тога би, међутим, било постигнуто када би ови могли да се постепено или органски асимилују. Начела европског уговорног права могу играти кључну улогу у овом процесу.

a) Законодавство

Дизинтеграција старог *ius commune* водила је развоју нових дисциплина упоредног права. Изворно, међутим, пажња је искључиво поклањана страном законодавству, које је проучавано с циљем унапређења квалитета сопственог законодавства. По свом пореклу, дакле, нова дисциплина је била дисциплина компаративног законодавства (*législation comparée*): “La comparaison des lois étrangères est une étude de législation bien plus encore que de jurisconsulte.”²³³) Аутори нових закона, током 19. века, обично су проучавали начине на које је конкретан проблем решаван у зако-

228. Видети: НКК/Meier (фуснота 226) §§ 429-432.

229. Lando/Beale I and II (фуснота 19) xxi; Zimmermann, 1995 *Juristenzeitung* стр. 487.

230. Lando/Beale I and II (фуснота 19) xxi, xxiv.

231. Lando/Beale I and II (фуснота 19) xxii, xxiii.

232. Ово се наслуђује из Lando/Beale I and II (п. 19) xxii, чак и ако је само за судове и законодавце и за решавање честих проблема за које већина националних права не предлаже решење.

нодавствима других земаља. Ово је најпре примењивано на нове бројне области права у развоју, а касније и на кодификације које регулишу класичне области приватног права.²³⁴⁾ Аутори НГЗ, на пример, су веома пажљиво проучавали француске и аустријске кодификације, као и бројне друге законе и нацрте закона у Немачкој и Швајцарској. Ова традиција је настављена и у 20. веку. Припрема новог Холандског грађанског законика представља одличан пример²³⁵⁾. Последњих година, једнообразно право продаје добило је изузетан значај као помирителъ националних правних реформи. Различити кораци на путу ка модернизацији установа повреде уговора и продаје у немачком праву били су у великој мери инспирисани најпре ULIS конвенцијом, а затим и Бечком конвенцијом. Начела европског уговорног права представљају модел закон који има потенцијал да добије слични значај. Једна од основних критика такозваног "Нацрта за дискусију" закона за модернизацију немачког облигационог права, објављеног септембра 2000. године, била је у пропуштању укључивања десет година правног развоја у Европи, као што је то учињено у Холандском грађанском законнику, Начелима европског уговорног права и Начелима међународних трговинских уговора²³⁶⁾. Тако су тек у последњим фазама процеса реформе немачког облигационог права Начела узета у разматрање²³⁷⁾. Ипак, преклузија је била једина област права где су они успели да изврше значајан утицај. Немачка влада је изричито нагласила да је у великом делу усвојила модел предложен Начелима европског уговорног права²³⁸⁾.

б) Судови

Постојећи национални закони су интерпретирани, развијани и прилагођавани новим околностима од стране националних судова. Овај процес је често мењао националне системе приватног права подједнако значајно као и интервенција законодавца. Већ дуже време, сматра се да достигнућа упоредног права треба да играју

233. Видети: Helmut Coing, "Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert", (1978) 7 *Ius Commune* стр. 160.; *idem*, *Europäisches Privatrecht*, vol. II, 1989, стр. 56; Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 48; цитат је из Edouard-René Laboulaye, оснивача *Société de législation comparée*, првог удружења за упоредно право у Европи; видети Coing, *Europäisches Privatrecht II*, стр. 61 и Helmut Coing, Laboulaye, (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 519.

234. Видети: Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, стр. 63.

235. Ulrich Drobnig, "Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht", (1993) 1 *European Review of Private Law* стр. 174.

236. Barbara Dauner-Lieb, "Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?", 2001 *Juristenzeitung* стр. 15; Ulrich Huber, "Das geplante Recht der Leistungsstörungen", у Ernst/Zimmermann (фуснота 1), стр. 108; Zimmermann, *Modernizing* (фуснота 133), стр. 284.

237. Huber (фуснота 238), стр. 31; Claus-Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", 2001 *Juristenzeitung* стр. 499.

238. "Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 14/7052", лако доступно у Claus-Wilhelm Canaris (уредник), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, стр. 1051 и "Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 6857", у Canaris стр. 569. За компаративну анализу видети: Zimmermann, *Das neue deutsche Verjährungsrecht* (фуснота 168), стр. 9.

исту улогу у том контексту²³⁹). Некадашњи председник немачког Федералног врховног суда, Валтер Одерски, је отишао чак даље заступајући, по његовом мишљењу, хармонизујући метод интерпретације: национални судија, током примене његовог националног права и доношења одлуке, може легитимно да води рачуна о томе да ли ће таква одлука допринети хармонизацији европског права. Са растућом европском интеграцијом овај аргумент добија све већу тежину²⁴⁰). Истовремено, међутим, Одерски указује на проблеме у примени оваквог приступа²⁴¹). Чак и судијама националних врховних судова практично је немогуће да заузму мишљење о конкретном питању које ће помирити решења правних система свих других земаља чланица ЕУ. Некад ће му у томе помоћи релевантна правна литература која није увек лако доступна и обично није писана с циљем хармонизације европског права. Начела, поред уџбеника и књига извора европског уговорног права,²⁴²) могу играти значајну улогу у овом смислу. Јер она представљају основу, установљену на темељима компаративног истраживања и међународне сарадње, која може да служи као водич у тумачењу и развоју националних правних система. Чини се да у Немачкој, за сада, ова идеја још увек није заживела. Ово не чуди с обзиром да се “нормално” компаративно тумачење изузетно ретко примењује²⁴³). Много континентални правници били би изненађени када би знали да је House of Lords био први европски врховни суд који је у својој одлуци цитирао правило из Начела. Ово је учињено у одлуци из 2001. године која је анализирала концепт “поштења и савесности” у контексту регулативе о нелојалним одредбама у потрошачким уговорима²⁴⁴). У Холандији, велики број закључака пријатеља суда позивао се на Начела, али их хашки суд још увек није цитирао²⁴⁵).

239. Видети на пример, Konrad Zweigert, "Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode", (1949/50) 15 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 5; Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 18.

240. Walter Odersky, "Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur", (1994) 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 1.

241. Odersky, (1994) 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 4.

242. Kötz (фуснота 4); Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2002.

243. Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, vol. I, 2001, стр. 43. За упоредни преглед видети: Ulrich Drobnig, Sjeff van Erp (уредници), *The Use of Comparative Law by Courts*, 1999.

244. Director of Fair Trading v. First National Bank Š2002C 1 A.C. 481 (H.L.) на стр. 500 (Lord Steyn) и 502 (Lord Hope). О овој одлуци видети Simon Whittaker, "Assessing the fairness of contract terms: the parties' "essential bargain", its regulatory context and the significance of the requirement of good faith", (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 75.

245. Мањина у одлуци Шведског врховног суда се позвала на члан 2:205 (1) Начела: 2000 *Nytt Juridiskt Arkiv* 747. Захвалан сам судији Torgny Nastad на овој информацији.

в) Правна наука

На првом месту је задатак правне науке да води рачуна о Начелима, да омогући критички коментар и дискусију, и да их интелектуално веже за различите националне правне системе. Ово не треба да буде једносмеран процес. Јер исто колико национални развој права треба да се процењује у односу на Начела, толико и Начела не могу избећи критику када се упоређују са позадином националних правних искустава сакупљених током дугог временског периода и обликованих од стране судова и правне доктрине. Постоји велики број недостатака у Начелима. Чудно триплицирање правила која се тичу повраћаја користи примљених по основу уговора који је престао да постоји већ је поменуто као пример.²⁴⁶⁾ У многим другим случајевима, међутим, поређење открива рупе и недостатке националних правних система и води њиховом поновном промишљању. У Немачкој је поступак упоредне процене инициран на симпозијуму о “Унификацији европског уговорног права и немачко право” која је одржана на Макс-Планк Институту у Хамбургу 1999. године²⁴⁷⁾. Циљ ове конференције био је поновно успостављање интелектуалних контаката између доктрине приватног права и упоредног права под окриљем Начела европског уговорног права и Начела међународних трговинских уговора. На скорашњем двогодишњем састанку удружења немачких професора приватног права се на два од четири предавања дискутовало о Начелима европског уговорног права, једном обрађујући тему повреде уговора,²⁴⁸⁾ а други пут право цесије.²⁴⁹⁾ У другом раду технички квалитет и унутрашња конзистентност 11. поглавља Начела је наглашена и, на тој основи, препоручен је одређен број измена немачког права цесије. Начела су предмет разматрања и новог историјског коментара немачког грађанског законика²⁵⁰⁾. У другом тому ово ће бити још очигледније него у првом. Нажалост, Начела још увек нису нашла пут у уџбенике и коментаре немачког приватног права.²⁵¹⁾ Холандски аутори се, с друге стране, рутински користе Начелима, чак и када решавају питања чисто холандског права. Скорија збирка радова, случајева и материјала о енглеском уговорном праву упућује на Начела у неколико случајева иако није посебно назначена као уџбеник упоредног

246. За критику члана 6:110 (стипулација у корист трећег лица), видети Zimmermann, *Festschrift Heldrich* (фуснота 118).

247. Basedow (фуснота 1). За Француску видети: Pauline Rémy-Corlay, Dominique Fenouillet (уредници), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, 2003.

248. Heinz-Peter Mansel, "Die Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des Leistungsstörungenrechts", (2004) стр. 204 *Archiv für die civilistische Praxis* и Zimmermann, (2002) 6 *Edinburgh Law Review* стр. 271.

249. Eidenmüller, (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.

250. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. I, 2003; vol. II (о општем делу облигационог права) у припреми за 2005.

251. Видети коментар Helmut Grothe о новом немачком преклузивном року у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4th ed., vol. 1a, 2003, §§ 194.

права²⁵²). У Холандији је покренута још једна занимљива иницијатива. Пет аутора је систематски испитивало њихов сопствени правни систем из угла Начела и тако, користећи супранационални референтни оквир, учинили холандско право разумљивије страним правницима.²⁵³)

џ) Аутономна конвергенција

Данас смо такође сведоци нечега што се може назвати поступак аутономне, односно спонтане хармонизације европског уговорног права. Берtrand Фагс је недавно указао на одређен број значајних развојних тенденција, које је предузео Касациони суд, а које су практично окренуле француско уговорно право у смеру одређења усвојених од стране Европских начела²⁵⁴). Нарочито значајни, у том смислу, јесу растући значај начела поштења и савесности, нови приступ у одређивању цене и признање вансудског начина раскида уговора након повреде уговора. Овакав развој не може се приписати утицају Начела о којима највероватније судије нису ни водиле рачуна. Али уколико француски судови образложе своје одлуке на начин сличан оном у Начелима, онда се ово може сматрати потврдом приступа усвојеног у Начелима. Други пример аутономне конвергенције могло би пружити енглеско право преклузије, чим извештај правне комисије представљен јула 2001. године буде примењен. Овај извештај предлаже режим који, у својим основним одликама, осликава модел усвојен у Начелима²⁵⁵).

д) Правно образовање

Законодавци, судије и професори били су и још увек јесу активни учесници правног развоја у Европи²⁵⁶). Њихова размишљања су увек била обликована правним образовањем којем су били подвргнути. Интелектуално јединство старог *ius commune* је већим делом омогућено правним образовањем на основу истих извора. Данас, такође, европеизација приватног права значајно зависи од европеиза-

252. Ewan McKendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 2003, стр. 55, 102, 133, 276, 552, 615. За Шкотску видети коментаре Hector L. MacQueen, "Mixing It? Comparative Law in the Scottish Courts", (2003) 11 *European Review of Private Law* стр. 751, два скорашња текста уговорног права, која се у великој мери ослањају на Начела: Hector L. MacQueen, Joe Thomson, *Contract Law in Scotland*, 2000 и W.W. McBryde, *The Law of Contract in Scotland*, 2nd ed., 2001.

253. Danny Busch, Ewoud Hondius, Hugo van Kooten, Harriet Schelhaas, Wendy Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, 2002; Danny Busch, Ewoud Hondius, "Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht", (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 223.

254. Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 514.

255. The Law Commission, "Limitation of Actions", Law Com No 270, 2001. Начела се не спомињу и извештају Комисије, што не чуди с обзиром на чињеницу да у том тренутку она још нису ни била објављена. Ипак, она су играла значајну улогу јер је један од комисионара - Hugh Beale, био вишегодишњи члан Ландо комисије, коју је тек 2000. године напустио по именовању у правну комисију,

256. R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*, 1987; *idem*, *An Historical Introduction to Private Law*, 1988, стр.170.

ције правног образовања које се пружа на бројним универзитетима широм Европе²⁵⁷). И овде Начела могу играти веома значајну улогу. Она пружају нуклеус око коге се општа теорија европског уговорног права може кристализовати: општа теорија која лако може стећи исту позицију коју је имало *ius commune* у слушаоницама немачких универзитета 19. века. “Ни Пруски законик, ни право *Code civil* или *Badisches Landrecht*, нити право Саксонског грађанског законика нису постали централна тачка правног образовања на универзитетима поменутих земаља,” стоји у меморандуму из 1896. године.²⁵⁸) Изучавање старог *ius commune* сматрало се погодним за пружање адекватног увода за разумевање кодификованог права. Тако, “постојала је могућност да грађани Прусије, Саксонци или грађани Бадена стекну правно образовање на универзитету у другој земљи докле год, на крају студија, стекну... знање правног система који ће морати да примењују до краја живота.” Наша данашња позиција се унеколико разликује. Али визија европског правног образовања упркос различитости националних правних система у великој мери осликава реалност старог доба. Зашто онда данас не би било могуће да Начела буду почетна тачка за курсеве уговорног права у Немачкој исто колико и у Француској или Енглеској? Студенти би тако били упознати са заједничким референтним оквиром који би им омогућио да много боље разумеју контуре сопственог правног система и, истовремено олакшају разумевање другима. Ово олакшава и чињеница да су Начела писана веома јасним и разумљивим стилем и да су преведена, и још увек се преводе, на многе европске језике²⁵⁹). С обзиром да Европи недостаје заједнички језик,²⁶⁰) ово је једини начин да се омогући Начелима да постају темељни текст европског приватног права.

257. Видети: Filippo Ranieri, "Der europäische Jurist: Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe", (1990) 17 *Ius Commune* стр. 9; Hein Kötz, "Europäische Juristenausbildung", (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 268; Roy Goode, "The European Law School", (1993) 13 *Legal Studies* стр. 1; Bernhard Grossfeld, "Europäisches Recht und Rechtsstudium", 1993 *Juristische Schulung* стр. 710; B. de Witte, C. Forder (уредници), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, 1992; Axel Flessner, "Deutsche Juristenausbildung", 1996 *Juristenzeitung* стр. 689; Peter Häberle, "Der Europäische Jurist", (2002) 50 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* стр. 123.

258. Emil Friedberg, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, 1996, стр.7.

259. Следећи преводи су до данас припремљени: Georges Rouhette, Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz, *Principes du droit Européen du contrat*, 2003; Carlo Castronovo, *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, 2001; Christian von Bar, Reinhard Zimmermann, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II*, 2002; Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martinez Sanz, *Principios de derecho contractual europeo, Partes I y II*, 2003.

260. Видети: Tony Weir, "Die Sprachen des europäischen Rechts: Eine skeptische Betrachtung", (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 368.

VI. Закључак

Све у свему, данас је очигледно да су се дискусије о европском уговорном праву значајно интензивирале последњих пар година²⁶¹). Главни глумци на бини институционализоване Европе, тј. Савет министара, Комисија и Парламент Европске уније су чак замислили и могућност кодификацији европског уговорног права. Уколико на крају до тога и дође, академска јавност ће бити одговорна уколико на време не почне са припремама и критичном анализом интелектуалних основа за европско уговорно право. Начела европског уговорног права представљају покушај да се установи таква основа. Она морају бити предмет разматрања не само од стране правника који се баве упоредним правом већ нарочито од стране оних који су укључени у обликовање и развој националне правне доктрине. Начела могу повећати свест о специфичностима националних правних система и пружити инспирацију за њихово тумачење и развој. Тако, она могу служити као катализатор за “меку” хармонизацију европских правних система. Истовремено, сви истраживачи националног приватног права могу допринети дискусијама о европском приватном праву и извршити утицај на његово даље обликовање. Неслагања налик онама које је истакла немачка академска заједница током реформе немачког облигационог права²⁶²) могу се на овај начин избећи.

Мека хармонизација се на дуги и средњи рок чини као пожељна алтернатива централистичкој регулативи и у складу са традицијом старог *ius commune*²⁶³). Истовремено, она може утабати пут ка кодификацији уговорног права која би у Европи била подједнако распрострањена као *Code civil* у Француској и НГЗ у Немачкој.

**Reinhard Zimmermann,
Hamburg**

The Principles of European Contract Law

Summary

The Principles of European Contract Law represent the most complex and internationally recognized project directed towards harmonization of European contract law. «Lando Commission» when preparing these Principles intended to integrate the non-

261. Видети Jansen (фуснота 3), стр. 2.

262. Видети на пример прилоге Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001.

263. Reinhard Zimmermann, "Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science", (1996) 112 *Law Quarterly Review* стр. 576.; *idem*, *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe* (фуснота 55). За балансирани приказ дебате видети: Walter van Gerven, "A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?", (2001) 9 *European Review of Private Law* стр. 485.

mandatory customary principles of contract law which should serve as a model for commercial subjects, to ease the dispute settlement and to provide incentives for the legal reform. As the Commission itself has pointed out, its work represents only the first step towards creation of the future European Code of Contract Law.

The author dedicates the whole section of its paper to the work of «Lando-Commission», with special emphasis on three faults of the development of said Principles. The length of the period of drafting these rules has often lead to changes of conception, which have resulted at the end in deficiencies of coordination between certain sections, as well as the complete neglecting of some significant institutes of contract law. Later, the author compares The Principles of European Contract Law with other competing projects on legal harmonization, above all with Avant-project on European Contract Code and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

In the fourth section of its paper, prof. Zimmermann attempts to answer the question in what respect the rules contained in Principles of European Contract Law represent the modern manifestation of the European legal tradition embodied in the rules of Roman law. After emphasizing its common core, the author provides numerous examples of derogations from the traditional solutions. Within this section, the important influence of Vienna Convention on shape of the institutes of European Principles is emphasized, especially in the area of contract formation and avoidance of contract. The Principles have critically analyzed international conventions, by which the attempt is made to efficiently develop the ideas contained in these documents. For those reasons, the Principles contain the solutions which were not adopted by most of the European national laws, and as examples of these solutions the author states set-off and unilateral promise.

At the end, the author questions the contribution of the Principles of European Contract Law to re-Europeanization of contract law. Under his opinion, the main importance of the Principles lies in the fact that they represent a source of inspiration for the national legal systems, court practice and legal doctrine.

Key words: *Principles of European Contract Law, Avant-Project, UNIDROIT Principles, Vienna Convention, Progressive Development, Re-Europeanization of Contract Law.*