

Др Михајло Цветковић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrgfni1776371C

UDK: 347.44

Рад примљен: 01.10.2017.
Рад прихваћен: 30.11.2017.

ГЛОБАЛИЗАЦИЈА УГОВОРНОГ ПРАВА: ПОДСТИЦАЈИ, ПРЕПРЕКЕ И НЕОЧЕКИВАНИ ИСХОДИ**

Апстракт: Глобализација уговора значи уговорну праксу којој су националне границе ирелевантне. Глобално уговорно право се удаљава од националних правних система. Међу разним подстицајима промена истичу се реорганизација привреде и информациона технологија. Како се модерно пословање одвија између правних субјеката, а не унутар једног предузећа, међусобне правне односе више не уређује некадашњи „генерални директор“, већ на сцену ступају уговори. Тада униформна правила уклањају међународне баријере, али и умањују правни диверзитет. Темељи приватног права уздрмани су јаким ударним таласима укрупњавања капитала и приватизације. Превлађује скуп правила широко прихваћен од стране разноврсних међународних фактора, а не онај најбољи. Међународни формални извори једноставно озаконе неформалну праксу доминантних предузећа. Глобализација јача велике и моћне на рачун слабијих, изражена је „американизација“. Европско уговорно право је парадигма глобализације, али и неефикасне хармонизације. Уговори су одувек били нека врста приватног законодавства. Зато се сада јавља нова *Lex mercatoria* ослобођена државе, мада и даље зависна од националних правних и судских институција, одавно успостављених.

Кључне речи: трговачко, арбитража, online, грађанско, *mercatoria*, свет, американизација.

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

1. Увод

Појам “глобализација” носи различита значења, али једно је неспорно: њен утицај на уговорно право је изузетан, дошло је до коренитих промена. Ради илустрације: некада универзално правило *caveat emptor* мутирало је у садашњу универзалну заштиту потрошача. Истовремено, уговорно право је један од најважнијих стубова глобализације, зато што омогућава међународне привредне правне послове. Настаје уговорна пракса којој су националне границе ирелевантне. Глобално уговорно право је хипотетички систем који тежи да функционише независно од националних правних система.

Међутим, постоји и наличје медаље. Темељи приватног права уздрмани су јаким ударним таласима неравноправне акумулације капитала и приватизације. Често превлађују правила која су широко прихваћена од стране разноврсних међународних фактора, а не она најбоља. У неким случајевима, међународни формални извори једноставно озаконе и оснаже неформалну праксу доминантних предузећа. Глобализација јача велике и моћне, на рачун слабијих. У којој мери је глобално уговорно право американизовано? Обликовано директивама ЕУ, европско уговорно право је парадигма глобализације, али и неефикасне хармонизације. *De facto* препреке су занемарене, потрошаче много више муче практични проблеми него разилажења у теорији уговорног права. Римски темељи уговорног права тешко носе *online* надградњу.

Уговорно право ЕУ карактерише разноликост, па ова сцена представља микрокосмос глобалних збивања. Постоје најмање четири различита режима. Прво, свака држава чланица има свој властити национални систем, што подразумева 27 јурисдикција унутар Уније. Осим тога, ту су правила бриселског порекла, разбацана у скупу брзо растућег броја директива. Треће, постоји међународни режим створен Бечком конвенцијом о међународној продаји робе (БК) и сличним актима (Smits, 2006: 1182). Мада непроверени у пракси, ту су најзад и академски пројекти наслоњени на моделе и најбоља национална решења (нпр. ДЦФР).

У 18. и 19. веку државе су, мање-више следећи одређене идеале, модернизовале своје право у циљу изградње система повољног за пословање и реализацију уговорних потраживања. Крајем 20. и почетком 21. века поново се јављају нови, сада глобални и насумични, подстицаји реформе уговорног права. Ово је рад о њиховим позитивним и негативним странама.

2. Од неједнакости до равнотеже

По правилу, најпре се јавља одређена друштвена пракса, а затим њу следи право, мада понекад правна правила каналишу живот у жељеном смеру. Од почетка двадесетог века, модерна држава благостања покушава даље да унапреди материјалну равноправност грађана помоћу приватног грађанског права, иницијално усмереног само на формалну једнакост поданика. Тек касније су правни инструменти за заштиту слабије стране (нпр. станара, потрошача, радника), попут контроле општих услова пословања или забране великих камата, релативизовали идеал приватне аутономије воље.

Наменски се израђују општи формални извори уговорног права да би се ограничила уговорна пракса која изражено фаворизује моћне на рачун слабијих. Национално уговорно право се реформише како би обезбедило фер и поштен однос, чак и када је слабија страна вољна да закључи неправедан уговор (нпр. о раду, кредиту, потрошачки уговор). Циљ је отклањање неравнотеже која произилази из радикалних разлика у економској моћи. Обрнуто, услед глобализације јаки још више јачају на рачун слабијих (Michaels & Jansen, 2006: 867), без обзира да ли је реч о политичким, војним или привредним ентитетима. Дакле, глобализација је процес супротан тежњама националног права да уклони неједнакост.

Глобализацију међународног трговачког уговорног права карактеришу односи између привредних субјеката, где драстичне разлике у моћи нису увек изражене или су скривене формалном равнотежом. Намењене најпре тим односима, позитивне најважније међународне конвенције о уговорном праву директно не додирују већину популације.

Неједнакост постоји и у „великим пословима“, поларитет моћи се окреће, али опстаје. Најпре је експлоатација минералног богатства у земљама у развоју била уређена споразумом о концесији између западног инвеститора и владе домаћина. Ти уговори су били релативно једноставни, барем што се положаја и овлашћења владе тиче. Ради нових радних места и буџетских прихода, државе су инвеститорима давале скоро па суверену власт на удаљеним областима своје територије, добијајући само делић профита. Међутим, у постколонијалном периоду развио се сасвим обрнут однос. Сада страни инвеститор пружа држави домаћину једино услугу управљања и стара се о несметаној производњи минералног извора у државној својини. Овакви уговори су нарочито заступљени у нафтној индустрији где су оштра конкуренција између нафтних компанија и велика потражња ишле на руку државним преговарачима. Напротив, када су у

питању чврсти минерали, државе немају такву предност, па су приморане да потенцијалним инвеститорима понуде више (Shapiro, 2002: 314, 315).

Уговорни односи зависе од односа моћи. Некадашње вертикално интегрисано предузеће игнорисало је државне границе на класично империјалистички начин, иностранство је или извор сировина или једносмерно тржиште. У постимперијалистичком свету многа велика предузећа су признала да њихови пословни подухвати у иностранству не могу опстати као интерне компанијске операције. Владе Трећег света национализовале су природна богатства, захтевајући значајнију улогу. Ригорозна национална регулатива побољшала је положај домаћина, држава тежи да буде равноправна или доминантна уговорна страна. Јављају се нове функције уговорног права. Уговори и претећи регулаторни акти постају алтернативни инструменти за јачање државне контроле. Фиктивни национални закони оштити животне средине су заправо нове замаскиране трговинске баријере, уместо превазиђених царинских (Shapiro, 1993: 53).

Заједнички подухват постаје најефикаснији начин да обе уговорне стране остваре свој интерес кроз режим реципрочног утицаја и једнаке информисаности, уместо режима „све или ништа“ који подразумева право на вето (Shapiro, 2002: 315). Сложени односи захтевају да уговори о таквом заједничком подухвату буду врло обимни и детаљни. Ово је илустрација како глобални фактори обликују уговорну праксу, сходно или супротно општим начелима уговорног права. Идеал равноправности уговарача са националног прелази на глобални ниво.

3. Глобализација као американизација

У литератури се често повлачи паралела између глобализације и американизације уговорног права, што представља још један вид ширења моћи САД. Нормално је да јака држава и њене богате корпорације желе да се у целом свету осећају као код куће. Амерички привредници у иностранству инсистирају да се послује на начин како су навикли. То постижу правним средствима, нпр. франжизингом, али и неправним алатима, нпр. кроз доминацију енглеског језика.

Американизовани уговор је обиман, детаљан, са покушајем да се предвиди свака спорна евентуалност. Такав уговор захтева да се у пословне односе умешају и правници, на шта се и сами Американци жале. За закључење посла је доскора било довољно руковање, а сад треба платити читав тим правника. Огроман труд се улаже како би се антиципирале све могуће недаће у будућем пословном односу између уговарача, што је

последица америчког стила парничења. Утицајне правне канцеларије су заинтересоване да рашире такав стил, јер он доноси велику зараду. То је нарочито изражено у делатности франшиза. Уговор о франшизи, “најамериканизованији” од свих, је типски акт, сачињен од стране једног уговарача и понуђен другом по принципу „узми или остави“ (Shapiro, 2002: 311, 312). Тако су рецепти за припрему хамбургера завршили као уговорне клаузуле; правила о гласању у управном одбору ушла су у уговор о експлоатацији рудног богатства. У вези са тим, постоји занимљив парадокс: што се стране више труде да обимним и детаљним уговором предскажу сваки спор у сложенем дуготрајном пословном односу, то је парница дужа и скупља када се труд изјалови (Shapiro, 2002: 317). Ова случајност је сумњива.

Идентификована са јавном службом, континентална правна професија, дистанцирана од привредних послова, сувишна је у свакодневној корпоративној рутини и нежељена у уским, високо ранжираним круговима који кроје односе између приватних носиоца привреде и политичара. Обичаји и навике европских правника, представника слободне професије, одувек су отежавали пружање правних услуга великим међународним корпорацијама. Зато до скора и није било значајних континенталних фирми, па су велики део колача узеле лондонске адвокатске канцеларије, дајући клијентима оно што траже, упркос цени. Континентални стил уговора подразумева кратак текст, али тешко се наплаћује висока тарифа само за битне елементе уговора и потписе. Ова неуносна пракса се убрзано напушта.

Арбитражне клаузуле су готово неизбежне у међународним уговорима, а ослањање на арбитражу непрекидно расте. Тренд американизације уочљив је и у овој области. Глобализација уговорног права на пољу алтернативног решавања спорова започела је ширењем европског утицаја. Окренута научном дискурсу, мала група искусних, уважених европских правника успоставила је темеље међународне арбитраже. Арбитар треба да буде искључиво престижни правник са великим знањем, врсни познавалац међународног уговорног права, више мудрац посвећен правди него арбитар између сукобљених страна. Раном арбитражом се бавио узак круг академских правника-ерудита-теоретичара дајући јој харизму научне поткованости. Углед арбитра гарантовао је његов рад и обрнуто. За такву арбитражу *Lex Mercatoria* је представљала модерну верзију *Ius gentium*. Одлуке се доносе ослањањем на опште правне принципе и упоредноправну анализу националних традиција, а не на конкретни закон одређене државе (Shapiro, 2002: 320).

У другој етапи развоја арбитраже долази до американизације. Велике америчке правне канцеларије се укључују у арбитражу у Европи доносећи грубљи стил. Како су стицали знање, тако је расла њихова моћ на рачун старих метода па и самих странака. Важније су конкретне правне норме и извори него принципи, теорија и упоредноправни метод. Арбитража личи на парницу, и то америчку. Арбитар је мање неутрални посредник, а више приватни судија (Shapiro, 2002: 301).

Најстарије конвенције важне за међународно пословање сличније су европском него америчком уговорном праву. Међутим, новије трговачко право је американизовано из више разлога: економска улога САД, афинитет између Common law и тржишта; Common law је отвореније за иновације од континенталног; лакше се мења. Амерички правници су уплетенији у привреду од европских, штавише до недавно су европски правници у привреди уживали слабији статус од осталих колега.

Поред уговорног права, американизује се и приватно право у целини. Неки реформски пројекти у Европи представљају реакцију на американизацију. Отворено или прикривено противе се њеним последицама, промовишући европско (нарочито немачко) приватно право као модел за друге државе (Michaels&Jansen, 2006: 868).

Једном речју, велика правна канцеларија и правна пракса која третира супротну страну као непријатеља су реакција на потражњу из привреде. Друштво тражи, правници одговарају. Додуше сами правници су изградили пословни модел више у сопственом него у интересу клијената. Привредни субјекти постали су заробљеници правних саветника који компликују њихово пословање, наплаћујући за то замашне тарифе. Ове појаве, искристализоване најпре у САД, сада су глобалне. Формално, уговарачи су све слободнији да стварају право које их обавезује, реално они су заправо слободни да се потчине недостацима америчке адвокатуре (Shapiro, 2002: 321). Све док се американизована пракса уговарања и решавања спорова шири, истинска аутономија воље уговарача трпи.

Понегде се каже да је американизована само уговорна пракса, јер су најважнији формални извори још увек под утицајем континента. Зато треба разликовати појмове уговорна пракса и уговорно право, када се говори о глобализацији.

4. Еволуција привредне организације

Глобализација привреде повлачи глобализацију уговорног права. С обзиром на то да се стабилност модерних држава заснива на економском расту,

постоји јавни интерес да се привреда подстакне ефикасним решењима. Како се модерно пословање одвија између правних субјеката, а не унутар једног предузећа, међусобне правне односе не може уредити некадашњи „генерални директор“, већ на сцену ступају уговори.

Занимљив подстицај глобализацији је реорганизација привреде започета након Другог светског рата, окончана 80-их. У том периоду вертикалне привредне структуре замењене су хоризонталним. У старом систему, одређену привредну функцију вршило је гломазно предузеће, једно правно лице. Пословна теорија и пракса некада се заговарале вертикално интегрисано олигополистичко предузеће, где су набавка, производња и дистрибуција интерни процеси. „Спољни“ правни односи постоје са радном снагом, добављачима сировина, крајњим купцима. Правне норме по којима функционише предузеће се налазе у интерним актима, наредбама и упутствима. Спорови унутар предузећа су административне природе и решавају се по принципима управног права. Однос са ривалским предузећима уређен је тајним и директним контактом на највишем директорском нивоу (Shapiro, 2002: 315, 316).

У новом систему, ту исту привредну функцију врши множина мањих правних лица, удружених кроз разне облике ради остваривања заједничког циља. Стари систем карактерише хијерархија, па он функционише преко административних одлука. Упркос неједнакости, односи у новом систему се успостављају преко уговора. Долази до раста уговорних односа по броју, сложености и разноликости. Стари систем је националан, нови мултинационалан. Више нема строгих граница између интерних и спољних правних односа. Ново предузеће је укључено у најразличитије улоге: као већински или мањински улагач; предузимач или подуговарач; лиценце; франшизе; лизинг; концесије; ортаклук; холдинг; инвеститор; издавалац хартија од вредности. Прихватљиво је све што води ка остварењу пословног циља (Shapiro, 2002: 316). Многе пословне операције се екстернализоване, односно поверене разним правним субјектима. Норме за функционисање система налазе се у уговорима. Спорови се решавају преговарањем, посредовањем, медијацијом и најзад парницом. У односе су укључени правници, заједно са директорима. Уговорну одговорност обезбеђују судови, за чији рад су потребни формални писани извори. Тако се рађају тврди извори, као што је Бечка конвенција о међународној продаји робе, али и меки попут УНИДРОИТ принципа уговорног права.

Глобализација привреде изазвала је бум међународних формалних извора уговорног права, општих и појединачних. Реорганизација привреде из вертикалне на хоризонталну повећава тражњу за правницима јер

сналажење у лавиринту прописа није лако. Када се пословна активност одвија „на даљину”, између а не унутар једног предузећа, спорови су неминовни. У вертикалној организацији, добављач, произвођач и продавац су исто правно лице. У хоризонталној структури то су одвојени субјекти, па су и правни односи другачији. О њима се не одлучује у једном централном седишту холдинга, као раније, већ се воде преговори и закључују уговори. Слична трансформација одиграла се и у бившим социјалистичким државама где су државни конгломерати замењени бројним ситнијим приватним предузећима (Shapiro, 1993: 57).

5. *Novus Lex Mercatoria*

Под притиском глобализације уговорно право се мења како би задовољило практичне пословне потребе. Глобализација права у овом контексту је једноставно понављање старе приче о *Lex mercatoria*. Чињеница да многи национални и међународни арбитражни судови изричито упућују на принципе *Lex mercatoria* при изради својих одлука, доказује да и сада тај скуп норми, који се развија заједно са глобалном привредом, игра важну улогу (Le Goff, 2007: 126).

У средњем веку, европски трговци су трговачке обичаје успешно подигли на ниво нормативног оквира, стварајући *Lex mercatoria*, ради примене пред специјалним трговачким судовима. Извршење њихових пресуда није било засновано на присилној снази тада веома фрагментисане, неефикасне државне власти, већ на претњи од социјалних санкција – искључивања из трговачких репутационих мрежа: цехова и гилди. Тек у раном модерном периоду, када су националне државе ојачале, изродила се данас присутна надлежност грађанских парничних судова. Мотивисана тежњом да демонстрира и ојача монопол силе, млада држава је лишила трговачке судове моћи и ставила трговачко право под своју контролу. Наиме, према идејама просветитељства, тежило се грађанском друштву где сви уживају право на слободно трговање без обзира на социјално порекло. Економска размена ослобођена је ексклузивних репутационих мрежа трговачке класе (Calliess, 2012: 1).

Међутим, крајем XX века трговина све више измиче национално заснованим институцијама. Смањују се царине и уклањају баријере, опада протекционизам домаћег. Глобално повезивање финансијског и робног тржишта, помогнуто напретком у саобраћајним и информационим технологијама, доводи до незапамћеног раста прекограничне трговине. Класичне државне институције, попут судова, тешко прате развој на међународном плану. Приватно међународно материјално и процесно

право у тренутном стању не гарантују сигурну глобалну економску размену. Зато долази до изражаја својеврсна трговачка правна самопомоћ (Calliess, 2012: 2), тзв. нова *Lex mercatoria*, устројена по провереним старим принципима насталим много пре принудне „национализације трговачког права“. Рађају се модерни репутациони системи ради спровођења нових норми.

Следећи подстицај је нешто новијег датума, али и много већег значаја због своје урођене природе да занемарује границе. Од 2000. године електронска трговина непрестано расте, у последњој декади на online тржишту су и најразличитије услуге, од угоститељских преко образовних до медицинских. Тако настаје глобална уговорна пракса, прилично независна од националних система. Треба приметити да је реч о уговорној пракси, а не уговорном праву јер се тако овај подстицај разликује од реорганизације привреде описане горе, која је ипак праћена писаним формалним изворима. Online уговорну дисциплину обезбеђују репутациони системи, познати још из средњег века, додуше знатно напреднији и ефикаснији (нпр. друштвене мреже). Нови обичаји, специфични за online тржиште, чине битан елемент новог глобалног *Lex mercatoria*. Нова решења су доступна свима, без обзира на материјални и географски положај, што је редак случај где глобализација „ради“ за народ.

6. „Приватизовани“ правни системи

Услед глобализације измењена је традиционална улога државе у обликовању приватног права. Још од појаве националне државе, стварање општих норми је првенствено њен задатак. Такво право намењено је релативно хомогеном друштву повезаном заједничким језиком и културом. Ова класична слика се убрзано мења. Уговори су одувек били нека врста „приватног законодавства“ – уговарачи сами стварају норму која их обавезује (Shapiro, 1993: 38). Зато се сада јавља ново глобално уговорно право независно од државе, мада и даље упућено на националне судске и извршне институције, одавно успостављене. Развијају се различити механизми приватне самоуправе како би уговарачи олакшали пословање: нови пословни обичаји, алтернативно решавање спорова, недржавне друштвене санкције. Они су одговор друштва на непостојање или неефикасност државних решења.

Глобализација умањује значај јавних институција у међународној трговини, јачајући приватне. Њихова предност је политичка независност. „Бизнис“ ствара властите приватне правне системе: 1) изворе права (нпр. *Lex mercatoria*); 2) приватне институције да га спроводе (нпр. арбитражна тела).

Приватни системи се глобално шире процесима колонизације, економске размене као и развојем међународних наднационалних институција које преузимају део националног државног суверенитета, најпре економског (Shaffer, 2009: 172).

У многим случајевима, међународни правни стандарди настају тако што се једноставно озваничи и легализује неформална пракса великих доминантних предузећа. Наравно, САД корпорације исказују више снаге у глобалном поретку од других корпорација јер имају потпору најмоћније државе, па је и овде изражена американизација. Поред уговорног, приватизују се и друге гране приватног права као нпр. међународно *Lex sportiva*, *Lex constructionis*.

Оснаживање алтернативног решавања уговорних спорова умањује улогу писаних извора државног порекла. Када је у питању тзв. чиста медијација, може се узети да је, глобализовано или не, уговорно право ирелевантно, јер посредник тежи само да постигне сагласност страна, а не да се испуне правне или законске обавезе. Проблеми око прекограничне надлежности или извршења страних одлука, језичке баријере националног права, трошкови и трајање парничења пред судом разлози су што се међународна арбитража добро укоренила у уговорно право (Shapiro, 2002: 300).

Још један феномен који умањује утицај државе је трговина између повезаних лица, односно промет робе и услуга унутар суштински једног предузећа, без обзира да ли се ради о јединственом или подељеном правном субјективитету и без обзира на географско седиште. Ова интра-трговина представља највећи део глобалне трговине. Правни субјекти укључени у интра-ланац су подвргнути сигурном, приватном, прекограничном режиму прилично независном од државног права (Calliess, 2012: 2, 7).

7. Информационо-комуникациона технологија

Глобална тржишна економија захтева поредак који штити имовинска права, слободну конкуренцију и гарантује уговорна потраживања. Правна сигурност у прекограничном уговарању је императив. Неки аутори сматрају да развој мултинационалних институција ради остварења ових циљева представља застарелу идеју јер није оправдан истинским практичним потребама. Ефикасни механизми засновани на репутацији (релациони уговори и репутационе мреже) економично штите прекограничне правне интересе, оснажујући нови *Lex mercatoria*. Говори се о ренесанси репутације: расте значај приватног недржавног управљања путем информационо-комуникационих технологија (Calliess, 2012: 2, 3). Омогућено је физичким лицима да сигурно купују, продају, плаћају и наплаћују глобално.

Нови крупни глобални правни субјекти, који претежно учествују на online тржишту, већ користе економски задовољавајућа решења за очување својих интереса, па им наднационални институти нису потребни, а старе су превазишли. Чланови мреже самостално нормирају, примењују те норме и реагују у случају повреде. Интернет омогућава непосредно и јефтино праћење испуњења уговорне обавезе чак и на великим раздаљинама (електронска размена података, видео-конференција). Купац је способен да у реалном времену прати шта се дешава са нарученом робом на продавачевом сајту на другом крају света (Calliess, 2012: 5), није му потребан ни посредник у преговорима ни контролор квалитета.

Модерна информационо-комуникациона технологија такође олакшава и заштиту поверљивих уговорних захтева преко санкција у репутационим мрежама. Брзо и јефтино се добијају и шире информације преко великих удаљености унутар бројчаних група. Преко интернета се разматрају уговорни партнери и лако комуницира са трећим лицима, која је преговарач навео као референце. Поузданост доступних информација о бонитету партнера или квалитету производа је такође висока, с обзиром на то да се субјект који шири лажне информације аутоматски идентификује те губи ауторитет (Calliess, 2012: 5). Захваљујући ИКТ, међународна трговина је доступна сваком физичком лицу. Отварање међународног трговинског права широј популацији суочено је са нормативном празнином, услед територијалности државе и чињенице да су међународни правни извори посвећени тзв. крупним играчима.

8. Разлике у упоредном уговорном праву: терет или богатство

Глобализација тржишта води ка унификацији права, али постојеће разлике кваре ову идиличну замисао. У континенталном систему, на пример, уговорно право је саставни део хијерархијски ширег скупа правила: облигационог права. Ова централна особина континенталног права није присутна у Common law; слично, нема ни јаке везе између уговорне и неугворне (деликтне) одговорности; само се у континенталном праву кривица третира као основ одговорности и у одштетном и у уговорном праву. Неке разлике су теоријске. У случају доцње Common law фаворизује новчану накнаду уместо испуњења како је уговорено. Напротив, у континенталном праву се фаворизују правни лекови који обезбеђују уредно испуњење. Овакви примери се често наводе као илустрација ширег јаза између Common law и континенталног права. Он је последица разлика научних теорија, где једне заговарају новчано обештећење због неиспуњења, а друге истоветност предмета испуњења и предмета

обавезе. Сличне разлике постоје и на нивоу држава, у оквиру самог Common law или континенталног система (Shapiro, 2002: 306).

Има примера где оба система познају одређене институте засноване на истој идеји и са сличним циљем, мада за њих користе сасвим различита имена. Тако нпр. у континенталном праву забрана противуречног понашања се означава максимумом „venire contra factum proprium (non valet)“, док је у Common law у употреби назив „estoppel“. Дакле, чак и кад постоје концепти сличне правне природе, термилошке разлике представљају препреку.

За прекогранични промет најважније су практичне разлике. Када нпр. француски суд сматра да софтвер није роба, онда је Бечка конвенција о продаји робе искључена. Напротив, за исти тај уговор пред канадским судом, конвенција јесте релевантна. Страна која је повредила уговор добиће адвокатски савет о томе где треба да решава спор у зависности од тога које јој тумачење више одговара. Тако разлика у примени права охрабрује тзв. форум – шопинг (Keily, 2003: 14), односно опортунистичко бирање права.

Са друге стране, када постоји правни диверзитет, правни системи се такмиче међусобно како би задовољили легитимне потребе правних субјеката. Потрошачи, произвођачи, инвеститори, туристи, спортисти бирају правни систем који најбоље штити њихове интересе под условом да им је дозвољено да напусте неповољну јурисдикцију (тзв. „гласање ногама“). Унификовано право елиминисало би ову излазну прилику и умањило задовољство. Важно је нагласити да правни диверзитет није случајност него одраз различитих историјских услова. Са друге стране, главни аргумент против пуне конкуренције правних система је да она иницира штетну „трку до дна“ (Smits, 2006: 1198).

Можда је највећи проблем глобализације уговорног права то што умањује правну разноликост. Мимо аргумената о значају традиције, правни диверзитет вреди зато што нуди различита решења за сличне проблеме. Другим речима, када постоји више опција већа је и вероватноћа да се изабере решење најадекватније конкретној ситуацији. Оно што је дозвољено чак и у математици, не треба уклањати из уговорног права. Узмимо, на пример, надокнаду штете због повреде уговорне обавезе. У аустријском праву, уговорна одговорност се степенеује према тежини кривице (АГЗ пар. 1324), дужник одговора само за извесне последице повреде уговорне обавезе; у француском праву важи ограничење на предвидиву штету (СС чл. 1150), а познато је и разликовање између директне и посредне штете (СС чл. 1151). Концепт немачког права о адекватној узрочности, мада оно формално не познаје ограничење на предвидиву штету, омогућава да се непредвидива

штета одреди као губитак који није адекватна последица дужникове повреде уговора, већ је резултат неочекиваних и специфичних околности; сродни Common law концепт „remotness of damage“ се описује као удаљена последица повреде уговорне обавезе... Ово богато нијансирање присутно у упоредном праву премошћено је у режиму Бечке конвенције о међународној продаји где ограничење на предвидиву штету због повреде уговорне обавезе важи без обзира на степен дужникове кривице (Цветковић, 2017: 122, 123).

9. Благодети и опасности хармонизације

Важно обележје данашњег уговорног права је све изразитија хармонизација, било планска или спонтана. Већ у XIX веку, правила уговорног права, нпр. о понуди и прихвату, извозе се из Немачког права у Common law, док данас многи Common law институти попут trust-а, франшиза и лизинга живе у европским државама. Универзална Lex mercatoria такође ненаметљиво хармонизује уговорну праксу. Наравно, погрешно је мислити да право путује кроз време и простор без икаквих темељних промена у значењу, али свакако је истина да транспланти уједначују право.

Успешна Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (1980) постала је “прототип” планских реформи као што су: УНИДРОИТ принципи међународних трговинских уговора (1994, 2004, 2010), Принципи европског уговорног права (1995, 1997, 2000) и Европски нацрт заједничког референтног оквира (2009). Правни пројекти попут поменутих потврђују да је хармонизација продуктивна, али и откривају бројне проблеме.

Благодети хармонизације добро су познате: олакшава пословање уклањајући сложеност бројних националних система; ствара уговорни режим скројен за међународни правни саобраћај; неутрална је јер не фаворизује ни Common law ни континентални систем; попуњава правни вакуум када националних решења нема (нпр. УНЦИТРАЛ Модел Law on Electronic Commerce); умањује трошкове пословања када је успешна (и обрнуто); повећава правну сигурност; изазива плодносну реформу националних система (Mistelis, 2001: 21–22).

Са друге стране, ту су слабости хармонизације: израда, као и доцнија измена међународних конвенција је спора и скупа; непомирљиве разлике између националних система воде ка непримереним компромисима (тзв. проблем најужег заједничког имениоца); неједнак положај држава отвара проблем губитка суверенитета; међународне конвенције делују тек након ратификације која касни или се користи за спољнополитичку учину;

хармонизација извора не значи и хармонизацију праксе због различитог тумачења истог прописа (Mistelis, 2001: 23).

Нема јасног одговора на питање оправданости хармонизације. Превладава мишљење да међународно тржиште не би функционисало на оптималан начин. Међутим, као најважнији проблеми истичу се језичке баријере, културне разлике и навике, удаљеност, дивергенција пореског и процесног права, па тек онда сметају неподударања у уговорном праву. De facto препреке су важније од нормативних разлика. Такође, потрошачи не сматрају да је дивергентно уговорно право главни проблем (Smits, 2006: 1193).

Хармонизација је осуђена на неуспех због непремостивих разлика већ између континенталног грађанског права и енглеског Common law. Епистемолошки, у Common law се резонује индуктивно с нагласком на чињенице и сродну судску праксу, док је у Европи пресудна систематизација. Историјско објашњење је да се Common law развијао као систем који штити земљопоседнике и трговце од Круне, док је напротив, француско грађанско право било инструмент државне моћи ради промене постојећих феудалних имовинских односа (Smits, 2006: 1194). Када оволики јаз постоји између суседа, Енглеске и Француске, шта очекивати на интерконтиненталном, глобалном нивоу?

Замера се и начину на који се хармонизација спроводи. У конвенције улазе норме које су у широкој примени („Common core“ приступ), уместо прогресивних решења признатих у научној заједници („боље правило“ приступ). Узалуд једнообразна правила о међународној продаји робе узимају у обзир различитост друштвених, економских и правних система, док не постоји систем специјализираних судова за уједначено решавање спорова. Прихватајући амбициозну визију глобалног права, а не пружајући најмоћнија оружја, Бечка конвенција о продаји ствара изазове за све који раде с њом (Flechtner, 2009: 542).

Европско суочавање с различитим јурисдикцијама доприноси расправи о уговорном праву у глобалном свету. Не треба наметати обавезујући закон дивергентним правним културама ако постоји неизвесност у погледу оправданости хармонизације или је учинак наднационалног закона на постојеће националне системе непознат. Уместо тога, пожељна је „хармонизација одоздо према горе“, али и ту треба уважити да се одређена правна култура (нпр. трговачка) не подудара с националном (Smits, 2006: 1203).

Алтернативна, тзв. мека хармонизација уговорног права подразумева кодификацију обичајног права и узанси, чиме се у доброј мери избегавају

недостаци међународних конвенција. Мека хармонизација омогућава флексибилно и ефективно приближавање различитих правних система. Када се правилно користи, упоредноправни метод даје изузетне резултате. Не треба занемарити ни чињеницу да успешна хармонизација уговорног права захтева хармонизацију јавног и процесног права (Mistelis, 2001: 23).

10. Закључак

Теже је дефинисати саму глобализацију на уопштен начин него сагледати њен утицај на уговорно право. „Приватизацијом“ правних система, она је умањила улогу државе на уговорној сцени, али и ојачала физичка лица пружајући им премијерну историјску прилику да сигурно учествују у глобалној прекограничној трговини.

Подстицаји промена су разнородни, објекти њиховог деловања су различити, али резултат је исти – глобализација уговорног права. Процес тече у више брзина истовремено: уговорна пракса се мења брже, писано право спорије; међународни извори пре, национални касније. Средњовековна *Lex mercatoria* је била наднационална, затим је стасањем државе дошло до „национализације“ уговорног права, док се данас гради транснационални *Novus Lex mercatoria* ослоњен на нове технологије, базиран на репутацији.

Бележи се квантитативни раст формалних извора уговорног права сваке врсте. Нарочито се развијају модели: закона, уговора, разних општих и појединачних аката. Глобално множење пословних односа ван оквира једног предузећа и нови начини за уговарање и решавање уговорних спорова повећавају потражњу за правницима. Они су укључени у различите социјалне, економске и политичке односе више него раније. Глобализација уговорне праксе је, у великој мери, заправо ширење начина рада великих и скупих америчких правних канцеларија.

Упркос свим променама, најважнија начела уговорног права, попут принципа равноправности уговарача, опстају без обзира на простор и време. Када свет постане једно тржиште, оно ће захтевати један закон, а тај закон мора пригрлити сва општа начела уговорног права (Ландо, 2004: 9).

Умањују се разлике у светском упоредном уговорном праву и тај тренд ће се свакако одржати, по цену губитка правног диверзитета. Хармонизација уговорног права подстакнута глобализацијом спроводи се често на рачун слабијих. Озакоњује се неправична, па и непоштена пракса доминантних; уместо најоптималнијих бирају се најзаступљенија или најједноставнија решења. Сликвито, ГМО сорте јесу ефикасније од домаћих, али свакако

нису укусније. Да ли ће правницима будућности због унификације уместо упоредно-правног остати само правно-историјски метод?

Литература

Calliess, G. P., Hoffmann, H., & Mertens, J. (2012). The Transnationalisation of Commercial Law. *Zentra Working Papers in Transnational Studies*, No. 04 / 2012, 1–21.

Cvetković, M. (2017). Nepredvidivost štete kod ugovorne odgovornosti. *Pravo i privreda*, 55 (7–9), 109–124.

Flechtner, H. M. (2009). Globalization of Law as Documented in the Law on International Sales of Goods. U: Erauw, J. & Taelman, P. (ured.), *Nieuw Internationaal Privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Reeks 'Gandaius PUC Willy Delva', nr. 35, Mechlin, Kluwer, 2009, 541–560.

Keily, T. (2003). Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic journal of commercial law*, vol. 1, 1–21.

Lando, O. (2004). A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles. *UCC LJ*, 37, 3–46.

Le Goff, P. (2007). Global law: A legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 119–145.

Lookofsky, J. M. (1991). Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules. *The American Journal of Comparative Law*, 39(2), 403–416.

Michaels, R., & Jansen, N. (2006). Private law beyond the state? Europeanization, globalization, privatization. *The American Journal of Comparative Law*, 54(4), 843–890.

Mistelis, L. (2001). Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law. *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, 3–27.

Shaffer, G. C. (2009). How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework'. *Connecticut Law Review*, 42, 147–183.

Shapiro, M. (2002). Globalization of Freedom of Contract Shapiro, M., & Sweet, A. S. (2002). U: *On law, politics, and judicialization*. Oxford University Press. 296–323.

Shapiro, M. (1993). The globalization of law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 37–64.

Smits, J. M. (2006). Law making in the European Union: On globalization and contract law in divergent legal cultures. *La. L. Rev.*, 67, 1181–1203.

Mihajlo Cvetković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

GLOBALIZATION OF CONTRACT LAW: INCENTIVES, OBSTACLES AND UNEXPECTED OUTCOMES

Summary

The concepts like “globalization” and “Europeanization” have shifting meanings but their impact on contract law is indisputable. The globalization of contracts implies contracting practices that make national boundaries irrelevant. Thus, globalized contract law may be designated as a stand-alone system which operates autonomously from the national legal systems.

The globalization of economy entails the globalization of contract law. Given the fact that the stability and welfare of modern western societies is based on economic growth, there is a public interest in fostering the development of economy by providing efficient solutions. The globalization of economic markets generates a relatively uniform contract law. As modern business activities take place between companies rather than within companies, their legal relations cannot be regulated by the corporate management; instead, they have to be contracted. In such a case, the uniform contract rules remove international trade barriers.

However, there is the other side of the coin. The foundations of modern private law have been shaken by devious shock waves of capital merging and privatization. The prevailing body of rules is not necessarily the best or the most adequate one but, quite frequently, the one that has been widely accepted by diverse international community. In some cases, international standards simply provide legitimate framework and formal support to the informal practices of dominant multinational companies. Globalization strengthens the big and powerful while weakening the overall position of others. So, to what extent is global contract law “Americanized”? Shaped by EU Directives, European contract law is a globalization paradigm; but, is there any “hidden agenda”? The vital de facto barriers are disregarded considering that consumers encounter more serious problems than the diverging contract law practices.

*A significant characteristic of contemporary contract law is an increasing trend toward global harmonization. The successful 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods has become a “prototype” for recent contract law reforms, embodied in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law, and the European Draft Common Frame of Reference. Traditionally, *lex mercatoria* plays an important role as an*

evolving body of norms in global economy. Thus, these projects are an excellent test case for identifying the conditions which would ensure more productive effects of the globalization of contract law, but they also reveal the major roadblocks to that goal.

Ever since the emergence of the national state, the law-making process has primarily been a task for the national legislatures and courts. These laws are intended for relatively homogeneous societies, characterized by a common language and culture. However, this traditional conception is now rapidly changing. Contracts have always been a kind of private law-making. Thus, there emerges global contract law, which is independent from any global law giver but still dependent on already established national legal and judicial institutions.

Keywords: *globalization, contract law, international sources, European contract law, harmonization, global contract law.*