



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ  
ДОКТОРСКЕ СТУДИЈЕ-ЈАВНО ПРАВО

***SOFT LAW* КАО ИНСТРУМЕНТ  
ХАРМОНИЗАЦИЈЕ  
МЕЂУНАРОДНОГ ТРГОВИНСКОГ  
ПРАВА**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор: проф. др Душанка Ђурђевић

Кандидат: Марија Мијатовић

Нови Сад, 2016. године

**УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ**  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

**KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA**

|   |  |
|---|--|
| Redni broj:<br>RBR                              |  |
| Identifikacioni broj:<br>IBR                    |  |
| Tip dokumentacije:<br>TD                        | Монографска документација  |
| Tip zapisa:<br>TZ                               | Текстуални штампани материјал  |
| Vrsta rada (dipl., mag., dokt.):<br>VR          | Докторска дисертација  |
| Ime i prezime autora:<br>AU                     | Марија Мијатовић   |
| Mentor (titula, ime, prezime,<br>zvanje):<br>MN | Проф. др Душанка Ђурђевић, редовни<br>професор Правног факултета у Новом Саду  |
| Naslov rada:<br>NR                              | <i>Soft law</i> као инструмент хармонизације<br>међународног трговинског права |
| Jezik publikacije:<br>JP                        | српски   |
| Jezik izvoda:<br>JI                             | срп. / eng.  |
| Zemlja publikovanja:<br>ZP                      | Република Србија   |
| Uže geografsko područje:<br>UGP                 | АП Војводина   |
| Godina:<br>GO                                   | 2016.  |
| Izdavač:<br>IZ                                  | Ауторски репринт   |
| Mesto i adresa:<br>MA                           | Правни факултет у Новом Саду, Трг<br>Доситеја Обрадовића 1, Нови Сад           |

|  |  |
|--|--|
| Fizički opis rada:<br>FO   | 9 поглавља, 274 стране, 587 референци  |
| Naučna oblast:<br>NO   | Право  |
| Naučna disciplina:<br>ND   | Трговинско право   |
| Predmetna odrednica, ključne reči:<br>PO   | <i>Soft law</i> , хармонизација права, извори права, трговинско право, уговорно право  |
| UDK  |  |
| Čuva se:<br>ČU   | Библиотека Правног факултета у Новом Саду,<br>Трг Доситеја Обрадовића 1, Нови Сад  |
| Važna napomena:<br>VN  | нема   |
| Izvod:<br>IZ   | Предмет истраживања докторске дисертације је улога <i>soft law</i> као инструмента хармонизације међународног трговинског права.   |
| Datum prihvatanja teme od strane Senata:<br>DP   | 20.11.2014.  |
| Datum odbrane:<br>DO   |  |
| Članovi komisije:<br>(ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status)<br>KO | Председник Комисије: академик проф. др Радован Вукадиновић, редовни професор Правног факултета у Крагујевцу<br><br>Члан: проф. др Душанка Ђурђевић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду<br><br>Члан: доц. др Сандра Фишер Шобот, доцент Правног факултета у Новом Саду |

University of Novi Sad  
Faculty  
Key word documentation

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| Accession number:<br>ANO       |  |
| Identification number:<br>INO  |  |
| Document type:<br>DT           | Monograph documentation  |
| Type of record:<br>TR          | Textual printed material   |
| Contents code:<br>CC           | Doctoral dissertation  |
| Author:<br>AU                  | Marija Mijatović   |
| Mentor:<br>MN                  | Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, Novi Sad           |
| Title:<br>TI                   | Soft law as an instrument of harmonization of International commercial law |
| Language of text:<br>LT        | Serbian  |
| Language of abstract:<br>LA    | eng. / srp.  |
| Country of publication:<br>CP  | Republic of Serbia   |
| Locality of publication:<br>LP | Vojvodina  |
| Publication year:<br>PY        | 2016.  |
| Publisher:<br>PU               | Author's reprint   |
| Publication place:<br>PP       | University of Novi Sad, Faculty of Law, Trg Dositeja Obradovića 1          |

|                              |   |
|------------------------------|---|
| Physical description:<br>PD  | 9 chapters, 274 pages, 587 references   |
| Scientific field<br>SF       | Law   |
| Scientific discipline<br>SD  | Commercial Law  |
| Subject, Key words<br>SKW    | Soft law, harmonization of law, law sources, commercial law, contract law   |
| UC                           |   |
| Holding data:<br>HD          | The Faculty of Law Library, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad   |
| Note:<br>N                   | none  |
| Abstract:<br>AB              | The subject of study of this doctoral dissertation is the role of soft law as an instrument of harmonization of International commercial law.   |
| Accepted on Senate on:<br>AS | November 20th 2014.   |
| Defended:<br>DE              |   |
| Thesis Defend Board:<br>DB   | <p>president: Radovan Vukadinović, academician Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, Kragujevac</p> <p>member: Dušanka Đurđev, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, Novi Sad</p> <p>member: Sandra Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, Novi Sad</p> |

# САДРЖАЈ

|  |          |
|--|----------|
| УВОД.....  | 1        |
| <b>I ДЕО: <i>SOFT LAW</i> – ДЕО НОВЕ ЛЕГИСЛАТИВНЕ КУЛТУРЕ.....</b>   | <b>7</b> |
| <b>1. Растућа сложеност међународног права и тенденције развоја међународних извора права.....</b>                           | <b>7</b> |
| 1.1. Нови правци развоја међународне правно – теоријске мисли и утицај појавних облика <i>soft law</i> .....                 | 10       |
| 1.1.1. Бинарна, континуум и хибридна теорија.....  | 11       |
| 1.1.1.1. Бинарна теорија.....  | 11       |
| 1.1.1.2. Теорија континуума.....   | 13       |
| 1.1.1.3. Хибридна теорија.....   | 15       |
| 1.1.2. Критика обимне правне анализе <i>soft law</i> , правни плурализам, преиспитивање начела легалитета.....               | 17       |
| 1.1.2.1. Модерна анализа правног плурализма.....   | 19       |
| 1.1.2.2. Преиспитивање начела легалитета.....  | 20       |
| 1.2. Поглед на систем међународног права кроз призму промена које носи присутност <i>soft law</i> аката.....                 | 21       |
| 1.3. Различитост међународних нормативних техника и извора међународног права.....   | 24       |
| 1.3.1. Нова улога компаративног метода и питање превазиђености контроле држава над процесом стварања међународног права..... | 24       |
| 1.3.2. Извори међународног права – преиспитивање члана 38. Статута Међународног суда правде.....                             | 26       |
| 1.4. Актуелни процеси и фактори који обликују међународни правни поредак.....  | 31       |
| 1.4.1. Утицај међународних организација и других међународних субјеката на међународни легислативни систем.....              | 31       |
| 1.4.1.1. Улога и метод рада недржавних актера у међународном легислативним процесима.....                                    | 35       |

|   |     |
|---|-----|
| 1.4.2. Утицај процеса глобализације на обликовање међународног правног система .....  | 38  |
| 1.4.3. Американизација права.....   | 41  |
| 1.4.4. Европеизација права.....   | 43  |
| 1.5. Процес хармонизације права.....  | 45  |
| 1.5.1. Случај вишеструког означавања и недоследне терминологије у вези са процесима приближавања права на међународном нивоу..... | 45  |
| 1.5.2. Дефинисање појма хармонизације права.....  | 47  |
| 1.5.3. Историјски и савремени услови обављања процеса хармонизације права.....  | 51  |
| 1.5.3.1.Различите методе хармонизације права.....   | 51  |
| 1.5.3.2. Критика савременог процеса хармонизације права.....  | 54  |
| 1.5.3.3. Предлози за реафирмацију хармонизације права у 21. веку.....   | 56  |
| <b>2. Дефинисање појма <i>soft law</i></b> .....  | 57  |
| 2.1. Термин <i>soft law</i> .....   | 58  |
| 2.2. Различитост дефинисања и одређивања правне природе <i>soft law</i> .....   | 60  |
| 2.3. Постојећа правна мисао и теоријски ставови поводом <i>soft law</i> .....   | 64  |
| 2.3.1. Закључна разматрања о појму <i>soft law</i> .....  | 74  |
| 2.4. Историјски развој појма <i>soft law</i> .....  | 76  |
| 2.5. Функције <i>soft law</i> .....   | 81  |
| 2.6. Врсте појавних облика <i>soft law</i> .....  | 85  |
| 2.7. <i>Soft law</i> у Европској унији.....   | 88  |
| 2.8. Поређење <i>soft law</i> са <i>hard law</i> .....  | 93  |
| 2.8.1. Предност <i>soft law</i> као хармонизационог инструмента.....  | 97  |
| 2.8.1.1.Закључна разматрања о предностима <i>soft law</i> .....   | 101 |
| 2.8.2. Недостаци <i>soft law</i> као хармонизационог инструмента.....   | 105 |

## II ДЕО: УЛОГА *SOFT LAW* КАО ИНСТРУМЕНТА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ ПРАВУ.....114

1. **Оправданост потребе за хармонизацијом међународног трговинског права..115**
  - 1.1. Различити методи хармонизације међународног трговинског права.....120
  - 1.2. Значај хармонизације међународног уговорног права.....122
2. **Специфичности процеса хармонизације трговинског и уговорног права у Европској унији.....125**
  - 2.1. Правни и политички аспекти активности на хармонизацији трговинског и уговорног права у Европској унији.....127
  - 2.2. Рад на доношењу Европског грађанског законика.....131
3. **Методолошки аспекти *bottom up* приступа у хармонизацији међународног трговинског права.....135**
4. **Агенције за формулисање као субјекти хармонизације права.....139**
  - 4.1. Својство агенције за формулисање.....140
  - 4.2. Најзначајније агенције за формулисање у области хармонизације међународног трговинског права.....142
    - 4.2.1. Међународни институт за унификацију приватног права – UNIDROIT.....142
    - 4.2.2. Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право – UNCITRAL.....144
    - 4.2.3. Међународна трговинска комора.....146
    - 4.2.4. Хашка конференција за међународно приватно право.....148
    - 4.2.5. Економска комисија Уједињених нација за Европу.....148
    - 4.2.6. Европски правни институт.....149
  - 4.3. Однос и сарадња агенција за формулисање.....149
  - 4.4. Нормативни методи хармонизације агенција за формулисање.....154
5. **Употреба *soft law* инструмената у међународном трговинском праву.....157**
  - 5.1. *Soft law* као модерно *lex mercatoria*.....157
  - 5.2. Специфичности *soft law* извора у међународном трговинском праву.....161
  - 5.3. Разлози за употребу *soft law* извора у међународном трговинском праву.....164



|  |            |
|--|------------|
| <b>6. Видови функција <i>soft law</i> у хармонизацији међународног трговинског права.....</b>                                  | <b>170</b> |
| 6.1. <i>Soft law</i> акти у функцији модел закона.....   | 171        |
| 6.1.1. <i>Soft law</i> акти као модел закони у ужем смислу.....  | 171        |
| 6.1.2. <i>Soft law</i> акти као модел закони у ширем смислу.....   | 174        |
| 6.2. Образовни аспект <i>soft law</i> аката.....   | 176        |
| 6.3. Функција <i>soft law</i> аката као меродавног уговорног права.....  | 176        |
| 6.4. <i>Soft law</i> акти пред арбитражама и судовима.....   | 179        |
| 6.4.1. <i>Soft law</i> акти као средство за попуњавање правних празнина и тумачење постојећих регулатива.....                  | 182        |
| <b>7. Најзначајнији извори <i>soft law</i> у међународном трговинском праву.....</b>   | <b>185</b> |
| 7.1. Начела европског уговорног права.....   | 185        |
| 7.1.1. Разлози и услови настанка, циљеви Начела европског уговорног права.....   | 185        |
| 7.1.2. Метод рада Комисије за европско уговорно право.....   | 188        |
| 7.1.3. Начела европског уговорног права као израз заједничког језгра и основа хармонизацији европског уговорног права.....     | 191        |
| 7.1.4. Могућности примене Начела европског уговорног права.....  | 192        |
| 7.2. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре.....  | 197        |
| 7.2.1. Развој, услови настанка и значај Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре.....                               | 197        |
| 7.2.2. Садржај Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре.....  | 202        |
| 7.2.3. Могући правци развоја Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре.....  | 204        |
| 7.2.4. Могућности примене Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре.....   | 206        |
| 7.2.4.1. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре у функцији модел закона.....                                      | 207        |
| 7.2.4.2. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као меродавно уговорно право уколико су их странке уговориле..... | 209        |

|   |            |
|---|------------|
| 7.2.4.3. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре у поступку пред арбитражама.....   | 210        |
| 7.2.4.3.1. Употреба Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре пред арбитражом када су странке као меродавно право за уговор одредиле опште принципе или <i>lex mercatoria</i> ..... | 213        |
| 7.2.4.4. Примена Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као средства за тумачење и попуњавање празнина међународног униформног права.....  | 214        |
| 7.2.4.5. Примена Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре од стране националних судова.....  | 217        |
| 7.2.4.5.1. Примена Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као средства тумачења и попуњавања празнина у домаћем праву.....   | 218        |
| 7.2.5. Однос Начела европског уговорног права и Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре – сличности, разлике и оправданост постојања оба прописа.....                             | 220        |
| 7.3. Заједнички оквир за уговорно право.....  | 224        |
| 7.3.1. Развој, циљеви и услови настанка Заједничког оквира за уговорно право.....   | 224        |
| 7.3.2. Питање коначне форме и исхода Заједничког оквира за уговорно право.....  | 227        |
| 7.4. Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право.....   | 231        |
| 7.5. Начела европског уговорног права осигурања.....  | 236        |
| 7.5.1. Начела европског уговорног права осигурања – настанак, узори, својства <i>soft law</i> извора.....   | 236        |
| 7.5.2. Начела европског уговорног права осигурања – структура, примена, перспектива.....  | 238        |
| <b>ЗАКЉУЧАК.....</b>  | <b>241</b> |
| <b>ЛИТЕРАТУРА.....</b>  | <b>254</b> |

## РЕЗИМЕ

Даља хармонизација међународног трговинског права је неопходна. Међутим, поставља се питање којим методима вршити овај процес. Значајан и несумњив допринос су у том погледу остварили тзв. *hard law* извори (извори тврдог права), пре свега међународне конвенције. Ипак, услед њихових недостатака отворен је простор за употребу алтернативних видова нормативних метода.

Предмет анализе у докторској дисертацији је допринос тзв. *soft law* инструмената (инструмената меког права) процесу хармонизације међународног трговинског права. С обзиром на то да се ради са теоријског гледишта о проблематичном и неуједначено дефинисаном феномену, истраживање је сконцентрисано на утврђивање карактеристика, те предности и мана коришћења ових инструмената. Наиме, *soft law* акти су несанкционисана правила која производе значајне *de facto* правне ефекте чиме доприносе процесу хармонизације права на међународном нивоу, и значајно на нивоу Европске уније у којој се врши главница пројеката ове врсте.

Централно место у анализи заузимају Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре и Начела европског уговорног права, те судска и арбитражна пракса која се односи на примену ових прописа меког права.

Након уводних разматрања, рад се излаже у два дела. У првом делу анализира се сложеност савременог система међународног права која је последица, између осталог, разноликости нормативних техника које се користе при његовом стварању и све већег значаја међународних организација у овим процесима. Затим се на основу мноштва теоријских ставова излажу карактеристике, врсте, функције *soft law* аката, те поређење са *hard law* прописима. У другом делу дисертације наглашава се потреба интензивније хармонизације међународног трговинског права, те начини на које се овај процес постиже кроз употребу *soft law* аката. Могу се користити као модел извори међународним и националним легислативним телима, као меродавно уговорно право, у поступцима пред судовима и поготово арбитражама и као важно средство тумачења и попуњавања правних празнина међународног униформног и националних права. На крају, у закључним разматрањима износе се закључци на основу спроведеног истраживања.

## SUMMARY

Further harmonization of International commercial law is necessary. However, there is a question of methods to be used during this process. So-called hard law sources, especially international conventions, had a significant and undoubted contribution, but their flaws opened some space for using alternative means of normative methods.

The subject of this dissertation's analysis is the contribution of so-called soft law instruments to the process of harmonization of International commercial law. Considering the fact that the subject matter that is being theorized about is a difficult and an unevenly defined phenomenon, the research was focused on determining characteristics, advantages and disadvantages of using those instruments. Namely, soft law acts are non-sanctioned rules, which produce important de facto legal effects, contributing to the process of harmonization of the law at the international level, especially at the level of The European union in which the majority of this kind of projects is realized.

The UNIDROIT Principles for commercial contract law and Principles of European contract law, court and arbitration practice dealing with applying those soft law regulations are the center of this analysis.

After introductory considerations, this thesis is divided into two parts. In the first one, the subject of analysis is the complexity of modern international law system, which is a consequence of, among other things, diversity of normative techniques used in the making of the system, and ever growing importance of international organizations involved in those processes. After that, characteristics, types and functions of soft law acts, and their comparison to hard law regulations, are being presented, all based on a large quantity of theoretical standpoints. The second part of the dissertation emphasizes the need for intensifying the harmonization of International commercial law, and presents the ways to achieve that through using soft law acts. Those acts can be used as model sources to international and national legislation bodies, as law governing the contract, in processes before courts and especially arbitration tribunals and as an important mean of interpretation and supplement to both international uniform and national law. At the end, final considerations present conclusions about the research conducted.

## УВОД

Сложеност економско - правне светске структуре и специјализација привредних делатности створили су потребу за употпуњавањем традиционалних метода хармонизације алтернативним видовима усклађивања права у виду тзв. *soft law* (меког права). Како у правној науци, тако и у пракси, прихваћена је чињеница постојања овог појма као интегралног дела међународног правног система. Тешкоће настају онда када се покуша теоријски објаснитити постојање и његове карактеристике, у виду проблема јасне разлике *soft law* и *hard law* (тзв. тврдог права) и проблема опсега онога што би се под *soft law* подразумевало.

Широка област коју обухвата појам *soft law* сужена је као предмет дисертације на анализу његове функције у оквиру хармонизације међународног трговинског права. Истовремено, област истраживања је усмерена и на разјашњавање карактеристика и врста проблематичног феномена *soft law* и његових функција као меродавног уговорног права, права пред арбитражама, модел закона у оквиру трговинских уговора на међународном нивоу, уз анализу најважнијих *soft law* прописа у овој области. Наиме, доктрина је до сада активније анализирала *soft law* на пољу међународног јавног права, него што је то случај са међународним приватним и у оквиру тога трговинским правом, а где су се управо хармонизациони потенцијали ових инструмената показали изузетним. О појму *soft law* не постоји консензус у правној теорији, а поједини аутори су се кроз научне радове махом бавили појединим правним актима. Последишно, не постоји систематичан доктринарни преглед значаја ових прописа као евентуалне алтернативе класичној легислативи а који су настали као логична и природна последица еволуције међународног правног система.

Наиме, *soft law* представља скуп норми без правних санкција, које не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, али које су као квазилегални инструменти различитих манифестационих облика све учесталије примењивани. Као вид алтернативних хармонизационих средстава, често представљају увод у *hard law*, увод у класичне изворе права чиме обележавају модерне тенденције међународних нормативних активности и редефинишу их. У светлу трговинских односа потребно је истражити ефекте досадашње праксе, предности и евентуалне недостатке које произилазе из употребе *soft law* извора.

У литератури постоје крајње опречна дефинисања појма *soft law*. Опсежне научне дебате у закључцима варирају од заступања ставова према којима се *soft law* одриче својство права, преко тврдњи да се меко право најбоље разуме као континуум или спектар између потпуно обавезујућих договора и пуких политичких ставова,<sup>1</sup> па до аргумената у корист *soft law* као правила деловања која немају правно обавезујућу снагу, али ипак производе правне последице у практичном смислу. Истиче се да се *soft law* креира с хармонизационим очекивањима да ће његовим правилима бити дата снага права кроз евентуално прерастање у међународну конвенцију, обичај или обавезујући акт на националном нивоу.<sup>2</sup> У афирмативном смислу, наводи се да *soft law* представља веома значајан и користан инструмент који уноси потребну динамику и флексибилност у међународно право и који омогућава хитрије реаговање од класичних извора права, адекватно је када постоји потреба за *ad hoc* интервенцијама, отвара могућност лакшег деловања у више поступних корака јер се лакше мења, флексибилније је, рефлексивније, консензуално.<sup>3</sup> На нивоу Европске уније се у вези са *soft law* редефинише традиционална подела извора права на примарне и секундарне и инсистира се на томе да се прописи меког права посматрају као нова, терцијарна група извора која испуњава претправну, постправну и парправну функцију.<sup>4</sup>

У контексту међународног трговинског права, наводи се да се у новије време као значајан метод хармонизације ове правне области појављују извори меког права као правила која имају различит степен обавезности у примени (модел закони, кодекси, начела) и чијем стварању су посебно допринеле тзв. агенције за формулисање као што су UNCITRAL, UNIDROIT и Међународна трговинска комора у Паризу.<sup>5</sup> Слично се истиче да се под општим појмом *soft law* подразумевају акти који се не могу квалификовати као међународни уговори и обичајно право и које карактерише правна необавезност а чијем порасту броја доприноси све већи број међународних економских организација на које државе чланице преносе део свог не само економског, већ и правног суверенитета.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Andrew Guzman, Timothy Meyer, *International soft law*, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, no. 1, 2010, p. 172.

<sup>2</sup> T. Meyer, *Soft Law as Delegation*, *Fordham International Law Journal*, vol. 32, no. 8, 2009, p. 906.

<sup>3</sup> Драгутин Аврамовић, *Омекшавањем права ка међународној владавини права?*, Српска политичка мисао, вол. 32, бр. 2, 2011, стр. 277.

<sup>4</sup> Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 31.

<sup>5</sup> Јелена Вилус, Славко Царић, Стеван Шогоров, Душанка Ђурђев, Драго Дивљак, *Међународно привредно право*, Нови Сад, 2012, стр. 50-51.

<sup>6</sup> Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 42.

Као хипотезу дисертације постављамо тврдњу да је *soft law* валидна аналитичка правна категорија, извор права и на вишеструке начине користан инструмент хармонизације међународног трговинског права. Циљ дисертације је успостављање концептуалног оквира за разумевање појма *soft law* и указивање на квалитативан допринос *soft law* извора уједначавању међународног трговинског права кроз целовит приступ као и на примерима најуспешнијих прописа. Такође, тежиће се да се уз теоријско разјашњење овог феномена аргументује афирмативан став према његовој обимнијој употреби. Ипак, нагласиће се да се то не чини да би ови прописи представљали замену традиционалним изворима права, већ да могу бити корисни као њима комплементаран систем правних инструмената. Дакле, област *soft law* представља динамичну и разноврсну материју којој као релативно новој и из угла доктрине контроверзној појави јесте потребно посветити кохерентан и аналитичан научни поглед, како би се испунила постојећа празнина и недореченост у теоријско-систематском приступу, као и да би се указало на потенцијал *soft law* аката у простору у коме *hard law* извори показују недостатке. Такође, у оквиру Европске уније у току је рад на *soft law* пројектима чију је перспективу корисно сагледати, као што је садржајну анализу досадашњих резултата *soft law* прописа потребно сумирати, па и представити као инструмент хармонизације погодан и правном систему Србије у којој је слабо развијена свест о њиховом потенцијалу.

Излагање материје у дисертацији подељено је на два дела. Први део носи назив „*Soft law* – део нове легислативне културе“ и у оквиру првог поглавља анализира се растућа сложеност међународног права и тенденције развоја међународних извора права. Наиме, међународна правно – теоријска мисао се у савременим условима развија у контексту појаве и утицаја које врше *soft law* акти. Да би се спровела одговарајућа анализа овог појма, неопходно је било у прва два потпоглавља претходно заузети став поводом бинарне теорије права (према којој је меко право логички немогуће) и континуум теорије права (која дозвољава правно утемељење овог феномена), да би се потом приступило прегледу могућности које заступа хибридна теорија поводом начина употребе меких инструмената. Такође, извршен је увид у аргументованост преиспитивања модерног контекста правног плурализма, начела легалитета и оправданост критике теоријске анализе *soft law*. У трећем потпоглављу се наглашава да је разумевање међународног нормативног поретка условљено анализом разноликости нормативних техника које се

користе приликом стварања међународног права уз истицање нове улоге компаративног метода. У вези са тим се анализира и сложено питање извора међународног права у контексту традиционалне класификације коју пружа члан 38. Међународног суда правде. Четврто потпоглавље садржи процену утицаја међународних организација и других међународних субјеката, те процеса глобализације, американизације и европеизације права као фактора који преобликују међународни легислативни систем. Потом се у петом потпоглављу износи савремен контекст спровођења хармонизације права, те критика овог процеса уз наглашавање могућности за његово реafirмисање у модерним условима.

У другом поглављу дисертације под називом „Дефинисање појма *soft law*“ износи се проблем термина *soft law*, док се у другом и трећем потпоглављу указује на различитост дефинисања и одређивања правне природе овог феномена уз аналитички приступ прегледу постојеће правне мисли и многобројних, опречних теоријских ставова поводом меког права, уз циљ издвајања најприхваћенијих заједничких карактеристика овог појма. Следећим потпоглављем се износи историјски развој појма меког права уз упоређивање ставова неосредњевековне генеалогije и социјалне генеалогije поводом његовог изворишта и вредности. У петом потпоглављу анализирају се функције које врше *soft law* прописи (функција пред – права, додатног права, пара права, модел законодавства, меродавног уговорног права итд.) а које све имају као крајњи циљ хармонизацију права. Потом се указује на разноврсност манифестационих облика у којима се појављују инструменти меког права, као и проблематичност давања њихове коначне класификације. У седмом потпоглављу констатује се на који је начин појава меког права специфична у контексту Европске уније и објашњава се зашто се оно сматра новом, терцијарном групом извора права у оквиру ове *sui generis* организације. Осмо потпоглавље садржи компарацију *hard law* и *soft law* извора, како у погледу предности које показују меки инструменти у односу на тврде, тако и у погледу недостатака који их обележавају. Поређење се врши преваходно у односу на међународне конвенције које су један од најзначајнијих метода хармонизације права и компромисног су карактера.

Други део дисертације носи назив „Улога *soft law* као инструмента хармонизације у међународном трговинском праву“ и у оквиру првог поглавља се испитује оправданост потребе за хармонизацијом ове области, различити методи којима се врши, као и приоритетност хармонизације уговорног аспекта трговинског права. Потом следи осврт на



специфичности, те правне и политичке активности на хармонизацији трговинског и уговорног права у Европској унији. У трећем поглављу овог дела представљају се методолошки аспекти тзв. *bottom up* хармонизационог приступа, а у следећем се обрађују поједине најзначајније међународне организације у својству агенција за формулисање, као и њихова сарадња и употреба извора меког права. У петом поглављу дат је приказ *soft law* инструмената у међународном трговинском праву у коме се посматрају као вид модерног *lex mercatoria*. Износе се и специфичности и предности примене меких инструмената у овој области. Следи излагање о појединачним видовима хармонизационих функција меког права у међународном трговинском праву и то: функција *soft law* као модел закона, меродавног уговорног права, права пред арбитражама и судовима, средства за тумачење и попуњавање правних празнина. Потом се у седмом поглављу приступа анализи најзначајнијих *soft law* прописа за међународно трговинско право. Представљени су, на основу критеријума успешности, репрезентативности, актуелности и употребних вредности: Начела европског уговорног права, Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Заједнички оквир за уговорно право, Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право и Начела европског уговорног права осигурања. Поводом сваког појединачног акта изнети су разлози и услови настанка, значај, могућности употребе и даља правна перспектива. Целокупно излагање се завршава закључним разматрањима у којима се врши сагледавање резултата постигнутих спроведеним истраживањем у циљу давања објективног погледа на *soft law*, оцену потенцијала *soft law* извора као средстава хармонизације међународног трговинског права уз имплицирање њихове шире примене и у праву Србије.

Ради постизања циљева истраживања у раду ће бити примењени научни методи. Приликом израде докторске дисертације од примарног је значаја правни или нормативни метод као основни метод у правним наукама. Користећи се њиме аутор ће анализирати садржину аката меког права, као и аката тврдог права у оквиру трговинског права, како на међународном, тако и на нивоу Европске уније. Такође, анализираће се релевантна судска и арбитражна пракса уз консултовање статистика из база података појединих међународних организација. Употребом упоредноправног метода биће анализирана примена и резултати које постижу *soft law* акти у различитим правним системима, док ће се коришћењем историјскоправног метода пратити настанак и развој овог феномена.

Догматски метод или метод тумачења ће бити коришћен да би се утврдио садржај или значење појединих правних норми и појмова, као и намере доносилаца анализираних прописа. Самим тим ће се јавити и потреба за разграничењем значења одређених правних појмова те ће се користити и лингвистички метод. Даље, аутор ће се послужити и социолошким методом не би ли анализирао друштвене узроке опредељења за коришћење ових прописа, што од стране држава и међународних организација, што с аспекта привредника. Такође, аутор ће се служити и посебним научним поступцима индукције, дедукције, као и апстракције и конкретизације, односно логичким методом не би ли извео закључке на основу прикупљене грађе.

У погледу могућности примене очекиваних резултата, начелно је дисертацијом планирано постизање научно-теоријске обједињености материје *soft law* у оквиру међународног трговинског права. Очекује се кохерентно разјашњење и уобличавање појединачних сазнања, па самим тим и попуњавање доктринарне празнине. Стога дисертација има амбицију да покуша да буде вид инструмента за упознавање са најважнијим *soft law* обележјима и прописима у међународном трговинском праву, али и као средство подизања свести и промовисања употребе *soft law* извора међу привредницима у Србији. Конкретније, очекује се да ће дисертацијом бити анализиран феномен *soft law* као део нове легислативне културе а у контексту растуће сложености и плурализма међународних извора права, уз његово дефинисање на основу анализе многобројних различитих теоријских ставова. Такође, истраживањем се планира излагање позитивних закључака о употребним вредностима и хармонизационом потенцијалу *soft law* извора у области међународног трговинског права (пре свега као модел-закона, меродавног уговорног права, примене пред арбитражама и средства тумачења и попуњавања правних празнина).

# І ДЕО: *SOFT LAW* – ДЕО НОВЕ ЛЕГИСЛАТИВНЕ КУЛТУРЕ

## 1. РАСТУЋА СЛОЖЕНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ТЕНДЕНЦИЈЕ РАЗВОЈА МЕЂУНАРОДНИХ ИЗВОРА ПРАВА

Традиционалне карактеристике међународног правног система и његових извора права изложене су теоријском преиспитивању обзиром на скоре промене и утицаје којима је овај систем изложен а које управо представљају тешкоће у решавању питања на међународном нивоу традиционалним међународним правним инструментима. Њихова релативна једноставност и нефлексибилност неумитно су отвориле пут алтернативним и комплексним формама, процесима и нормама.

У таквом контексту, необавезујући акти - *soft law*<sup>7</sup> имају сложен и потенцијално велики утицај на развој међународног права. Одвијају се значајне дебате о постојању и значају широког спектра ових правно несанкционисаних аката који не настају уобичајеним легислативним процесима али изазивају значајне *de facto* правне последице. *Soft law* се сматра симболом реалности садашњице права и последицом међународне потребе за иновативношћу, а иза чијег изучавања као утицајног феномена у процесима стварања права стоји диктат правне доктрине. Окоснице научних расправа тичу се питања односа меког права и тврдог права и питања ширине онога што се под меким правом подразумева. Оно се посматра као „кишобран концепт“ (енг. *umbrella concept*) који обухвата мноштво различитих инструмената, различитих карактеристика и који извршавају различите функције.<sup>8</sup> Оно чак подразумева различите појмове на нивоу међународног права, права Европске уније, националног права па и појединих грана права, те је истина да стручњаку међународног приватног права меко право представља квалитативно другачију појаву и има другачију употребну вредност и значај него стручњаку за међународно јавно право.

---

<sup>7</sup> Термин *soft law* се приписује Мекнаиру, енглеском правном стручњаку, професору међународног и упоредног права на Кембриџу, судији Међународног суда правде и првом председнику Европског суда за људска права. Уобичајено се и преферира се у правној теорији транскрипт енглеског термина *soft law* уместо превођења израза у меко право. У дисертацији ће аутор доминантније користити транскрипт.

<sup>8</sup> L. Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, no. 1, 2005, p. 22.

*Soft law* међутим јесте настао у међународној јавно-правној сфери,<sup>9</sup> али се његова употреба проширила и на друга поља постајући популаран термин, битна референца професионалног речника и правника међународног приватног права, социолога и политиколога права.

Појављивање и остваривање значајног учинка ових тзв. мекших форми потребно је анализирати као одговор на:

- 1) сложеност предмета предвиђених за правну регулацију на међународном нивоу,
- 2) компликованост односа мноштва јавних и приватних међународних субјеката,
- 3) ипотребу да се осигурају флексибилност и применљивост која се ретко постижу кроз традиционалне легислативне процесе.

На *soft law* у форми модел закона, препорука, мишљења, кодекса сличним ристејтментима и мноштва других његових хетерогених појавних облика, међу правним историчарима и правницима компаративистима гледа се као на обећавајући инструмент за хармонизацију права, који обезбеђује вредну комплементу ако не и алтернативу традиционалном тврдом праву у појединим случајевима или областима.

“*Soft law* против *hard law*“ контроверза поделила је заједницу академика и политичара. Док једна теоријска струја заговара опстајућу, издржљиву ефикасност и нормативну пожељност механизма традиционалног тврдог права, други заступају меку хармонизацију, скрећући пажњу на вредности *soft law*. Поред несумњиве преваге коју добијају класични међународни извори права и инструменти над унутрашњим правом, као и њиховог снажног утицаја на домаће право кроз процес хармонизације, у последње време све више у употребу улази меко право као додатни механизам унификације права.

Као инструмент који практично представља нови извор права, мада нема класичне, јасно дефинисане одлике извора права ни у формалном па ни у материјалном смислу, меко право на особен начин представља супротност међународним императивним нормама. Свеprisутност меког права је очигледна, али је нарочито међународно право његово омиљено станиште. *Soft law* норме се радо користе у Европској унији (у даљем тексту: ЕУ)

---

<sup>9</sup> Међу најцитиранијим стручњацима међународног јавног права који се баве меким правом су: Christine Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989; Alan Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, no. 4, 1999; Kenneth Abbott, Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization*, vol. 54, no. 3, 2000.

поготово откад је у употребу ушао тзв. Отворени начин координације (eng. *Open Method of Coordination*).<sup>10</sup> На пољу међународног приватног права, међународног трговинског и пре свега уговорног права истичу се као инструменти од фундаменталног хармонизујућег, упоредно-правног, тј. теоријског и надасве практичног значаја: Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре<sup>11</sup> и Начела европског уговорног права<sup>12</sup>.

Евидентно је да је било који правни систем (па и међународни) у било које доба резултат тренутних, актуелних потреба и схватања тога шта је исправно, али је и резултат правила пренетих из претходних правних стања те отеловљује потребе и појмове који су мање-више застарели.<sup>13</sup> Исто се може тврдити и поводом метода којима се међународно право ствара јер како се наводи „нормативизам је илузија јер очекује решење искључиво доношењем прописа; такве појаве отклањају стваралачку примену права јер почивају на погрешној претпоставци о потпуности и свемоћи прописа“.<sup>14</sup>

Према нашем мишљењу, конзервативна доктрина о изворима међународног права се мора модификовати да би у обзир био узет нови развој ситуације. Тачно је да такве промене носе евентуални ризик слабљења међународног права са чак и драстичним последицама, па ипак право које се не мења и не прилагођава у односу на ново време и услове сигурно ће бити игнорисано од стране свих глобалних актера: држава, корпорација, међународних организација, појединаца. Аргументацију оваквом ставу налазимо у малој вероватноћи да ће се вратити и/или задржати стриктно схваћена дихтомија тврдог права и слободе деловања. Уместо тога разни међународни субјекти ће стварати и покушавати да се опходе према широком спектру међународних обавеза које ће се манифестовати у различитим видовима. Недостатак обавезујуће форме може смањити могућност принудног извршења краткорочно гледано али тиме се не пориче постојање дубокоочекиваног понашања од стране субјеката у складу с овим актима.

---

<sup>10</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 263-288, стр. 273-276.

<sup>11</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре (енг. *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, у даљем тексту: Принципи UNIDROIT) доступно на: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>, (приступљено 25.03.2014).

<sup>12</sup> Начела европског уговорног права (енг. *Principles of European Contract Law*, у даљем тексту: PECL) доступно на: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partI\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm), (приступљено 25.03.2014)

<sup>13</sup> Oliver Wendell Holmes према Larry DiMatteo, *Soft law and the principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration*, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, p. 2.

<sup>14</sup> Aleksandar Goldštajn према Dominik Vuletić, *Pravni aspekti Lisabonske strategije i budući izazovi-razrada s motrišta pravne prirode mekog prava*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 61, no. 3, 2011, p. 1033.

Дакле, међународни систем је сложен и променљив систем елемената, средстава и стандарда који умногоме остварују значајну интеракцију а са основним циљем да регулишу понашање у оквиру стандарда владавине права. Разлог великим изменама овог система лежи у потреби да се ублаже политички притисци, економски трошкови и правна ригидност које се везују за формалне, обавезујуће споразуме. С обзиром на то да постоји свест и искуство о томе да се до праве унификације тешко и споро долази путем међусобног договора држава, *soft law* представља још једну авенију, пут која би могла да доведе до бржег изједначења права.<sup>15</sup> Стога, према нашем мишљењу, постоји потреба оправдана међународном праксом да се заузме другачији став и теоријско вредновање поводом могућности које пружају прописи меког права.

### **1.1. Нови правци развоја међународне правно-теоријске мисли и утицај појавних облика *soft law***

Смисао овог рада је у анализи *soft law* којој се може приступити једино након усвајања почетног погледа на право у смислу ставова који заступају тзв. бинарна теорија или с друге стране теорија континуума. У погледу примене инструмената меког права и њихове хармонизујуће перспективе афирмативан став заступају заговорници тзв. хибридне теорије којима се прикључује и аутор. Мишљења смо да се хибридним приступом утире пут модерном виду хармонизације права.

Правну мисао на међународном плану данас обликује и анализа правног плурализма, преиспитивање начела легалитета, али и критика постојећег замаха међу теоретичарима усмереног на изучавање феномена *soft law*.

---

<sup>15</sup> Маја Станивуковић, *Инструменти хармонизације и унификације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на Начела европског уговорног права*, у Р. Вукадиновић (уредник) *Начела европског уговорног права и југословенско право–прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр.83.

### 1.1.1. Бинарна, континуум и хибридна теорија

Посматрати *soft law* у контексту међународног правног система подразумева излагање из „безбедних“ граница предвиђених чланом 38. Статута Међународног суда правде из 1945. године који под изворима права подразумева конвенције, обичаје и начела уз допунске изворе права у смислу судске праксе и мишљења истакнутих правника.<sup>16</sup> Оваквим уским нормативним погледом, према нашем мишљењу, пренебегнута је реалност израженог модерног правног плурализма. Разни појавни облици *soft law*, односно њихов утицај и однос са тврдим правом проузроковали су две линије схватања природе *soft law* у правној доктрини. То су: теорија бинарног погледа (релативне нормативности) и теорија континуума (градације нормативности). Обе се баве питањем треба ли меком праву признати статус права или не.

#### 1.1.1.1. Бинарна теорија

Основна, почетна тврдња бинарне теорије је да је суштина права у његовој нормативности односно обавезности. Та карактеристика се не може степеновати: или је правило легално обавезујуће или није. У првом случају ради се о праву, у другом о политици или моралу. Пошто треће могуће опције нема, према овој теорији *soft law* је *contradiction in terminis* и логички је немогуће. Пошто представља неке норме под привидом да су право, термин *soft law* је с ове тачке гледишта варљив, стога треба напустити његову употребу.<sup>17</sup>

Традиционалан, бинарни став или принцип по овом питању сматра се међу многима неприхватљивим, али ипак његово игнорисање наводи теоријску мисао у контроверзан

---

<sup>16</sup> Статут Међународног суда правде, чл. 38, (енг. *Statute of the International Court of Justice, Art. 38*), доступно на: <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2> (приступљено 5.2.2015).

<sup>17</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Mein, 1984, према Verena Rošić Feguš, *The Growing Importance of Soft Law in the EU*, *Intereulaweast*, vol. 1, no. 1, 2014, p. 147.

догматски терен,<sup>18</sup> те управо стога постоји острашћено оспоравање процеса „замагљивања“ или „разводњавања“ бинарног (често изједначеног погледа са позитивистичким) разликовања права и неправа међу групама аутора. Тако неки теоретичари изричито одбацују идеју о стварању права необавезујућим инструментима.<sup>19</sup> Поставка о различитим категоријама/степенима права виђена је као слабљење циљева стабилности и извесности, односно као пут ка тзв. клизећој обавезности (енг. *gliding bindingness*),<sup>20</sup> па чак и као подривање међународне владавине права. Они се воде искључивим критеријумима о формалној легалној валидности члана 38. Статута, истичући да се ради о критеријумима према којима се могу тестирати стварна очекивања и обавезе, те посвећеност међународних актера.<sup>21</sup> Позитивисти дакле, попут Ингелса,<sup>22</sup> изричито заступају бинаран принцип. Према њима право је или чврсто или није право уопште. Међутим, чак и критичари *soft law* сматрају да позитивисти понекад не успевају да спознају и уваже пун опсег промена које утичу на регулаторне инструменте који се користе у савременим међународним односима.

Заступајући бинарну теорију, Клаберс, фински професор и један од водећих светских стручњака по питањима права конвенција и међународних организација, истиче сувишност и излишност концепта меког права.<sup>23</sup> Према њему уколико се инструмент означи као *soft law*, намеће му се правни карактер али ипак другачије природе и степена у односу на *hard law* чиме се неизбежно отварају тешка питања даљих правних последица. Клаберс теоријско решење види у погледу на категорију права као нијансирану. Правне норме наине нису јединствене и већ се према интуицији неким нормама придаје већа тежина, док су неке јасно уоквирене, друге су отвореније, неодређеније и неспособне да створе јасно предвиђање о будућем понашању, те он смешта оно што би се означило као *soft law* у традиционалне позитивистичке изворе међународног права, а не као посебну категорију. Закључује да је „наше бинарно право способно да се ухвати у коштац са разноврсним суптилним облицима; у оквиру бинарног модела право може бити мање или

---

<sup>18</sup> Hartmut Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, European Journal of International Law, vol. 10, no. 3, 1999, p. 499.

<sup>19</sup> Prosper Weil, *Toward Relative Normativity in International Law*, American Journal of International Law, 1983, p. 77.

<sup>20</sup> Израз сковао Chris Ingelse, *Soft Law*, Polish Yearbook of International Law, vol. 20, 1993, p. 75.

<sup>21</sup> Christine Chinkin, *Normative Development in the International Legal System* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, p. 23.

<sup>22</sup> C. Ingelse, *op. cit.*, p. 79.

<sup>23</sup> Jan Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, p. 167.



више детаљно, мање или више егзактно, мање или више одређено, мање или више озбиљно, мање или више далекосежно; једино што не може бити је мање правно обавезујуће.”<sup>24</sup>

Поента је ове студије да покаже да необавезујуће норме могу играти важну улогу у структурирању и успостављању међународних односа, а у одређеним случајевима могу изражавати толико јак, уопштен, заједнички интерес и дубоко усађене вредности или ефикасне неправне друштвене санкције да се са извесношћу може очекивати понашање сагласно њима. Па ипак постоји раширена и усађена претпоставка у свим друштвима да заиста постоји значајна, смислена разлика између норми за које је намеравано да буду правно обавезујуће и оне које то нису, као и то да ће се људи на ту разлику ослањати. Јасно је зашто поједини теоретичари попут Вајла,<sup>25</sup> истакнутог француског професора, арбитра и члана Француског института, инсистирају на томе да право дугује много своје корисности управо својој поједностављујућој ригорозности.

На основу овако убедљивих ставова признатих аутора може се говорити о тој, на први, површан поглед јасној разлици између права и неправа. Међутим, таква граница је неегзактна и обично оспоравана. Наиме, многе норме и инструменти мада закључени у правној форми и кроз правну процедуру свеједно сигнализирају мало реалног очекивања за сагласним понашањем и обавезности. Истичемо у том контексту да термин *soft law* може бити користан да укаже заправо на низак ниво, интензитет очекивања сагласног понашања код ових инструмената.

#### 1.1.1.2. Теорија континуума

Супротно заступницима бинарне теорије, теорија градације нормативности препознаје да право може имати разноразне правне ефекте и последице, које могу бити директне и индиректне, јаче или слабије, тврђе или мекше. Градативни или континуум приступ подразумева могућност степеновања односно варирања нормативности што,

---

<sup>24</sup> J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, Hague, 1996, p. 122.

<sup>25</sup> P. Weil, *op. cit.*, p. 78.

према Бесон<sup>26</sup> дозвољава утемељење меког права. Концепт *soft law* који почива на идеји да бинарна природа права није одговарајућа да покрије све већу сложеност савремених међународних односа пригрљен је од стране великог броја научника (ипак, остао је на мети позитивиста). Заговорници *soft law* даље у истом смислу тврде да су таквој ситуацији потребни комплементарни и нормативни инструменти да би се регулисали многоструки проблеми модерног света.<sup>27</sup> Абот и Снидал такође истичу да меко право долази у многим облицима те стога избор између тврдог и меког права није бинаран.<sup>28</sup> Колер слично тврди да постоји клизећа скала мекости или тврдоће (или нормативитета) за све норме,<sup>29</sup> док Диматео гледа на *hard law* и *soft law* као на континуум или као на оно што поједини називају хибридношћу која се рангира од веома тврдох до веома меких норми.<sup>30</sup>

Степенована нормативност дакле значи да право може бити мање или више обавезујуће или мање или више необавезујуће (тврђе/мекше) и да постоји континуирана веза између обавезујућег права, меког права и других могућих квалитета права. Према овом гледишту, упркос својој необавезујућој природи, меко право може стога имати нормативну вредност. Пошто је нормативни интензитет степенован и требало би да буде схваћен флуидно, нормативна вредност може варирати у зависности од типа инструмента и околности његовог усвајања. Према овој теорији, порицање *soft law* није ништа друго до затварање очију пред реалношћу. Оштро разликовање обавезујућег међународног права и необавезујућих норми просто не успева да адекватно опише међународну правну праксу. Наиме, правила која у потпуности не испуњавају критеријум очекиван од признатих извора права постоје и играју све значајнију улогу у међународној и пракси Европске уније и које државе и други субјекти заиста користе.

Ова ситуација на међународном нивоу упоредива је делимично са ситуацијом у националним правним системима где различити правни извори имају различит ниво нормативног интензитета. Кључно је да нормативну снагу правних правила и принципа не

---

<sup>26</sup> Samantha Besson, *Theorizing the Sources of International Law* in S. Besson, John Tasioulas (editors), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010, p. 3.

<sup>27</sup> Jean D'Aspremont, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 5, p. 1076.

<sup>28</sup> K. Abbott, D. Snidal, *op. cit.* p. 422.

<sup>29</sup> Gabrielle Kaufmann Kohler, *Soft Law in International Arbitration Codification and Normativity*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 3, доступно на: [http://www.arbitration-icca.org/media/1/1357133592180/soft\\_law\\_in\\_international\\_arbitration\\_kaufmann-kohler.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/1357133592180/soft_law_in_international_arbitration_kaufmann-kohler.pdf) (приступљено 18.03.2015).

<sup>30</sup> L. DiMatteo, *op. cit.*, p. 12.

би требало категорично третирати као део бинарног система, већ би се нормативни утицај требао схватити мање стриктно. Још 1976. године Венглер је писао: „Поставља се питање да ли строга подела на правно/неправно примењена у међународном праву у аналогiji са националним правом може бити застарела или погрешна.“<sup>31</sup> С ове тачке гледишта, више је нивоа и нијанси нормативних утицаја и они се често преклапају и мешају. Различити правни извори стога постижу различите нивое формалности, аргументоване снаге и нормативног интензитета.<sup>32</sup>

Узимајући у обзир све већу разноврсност правних инструмената у међународном и праву Европске уније и препознавајући испреплетаност права и политике, сматрамо да иако ниједна теорија није савршена (бинарни поглед је превише упрошћен и директан, а градативни поглед у извесним аспектима ствара или подржава непрактичну стварност) теорија градативног нормативитета је адекватнија и више одговара међународном и правном систему Европске уније. Сложеност међународног правног поретка и развијени правни плурализам чине неприкладним искључиво „или/или“ свођење инструмената на оне правно обавезујуће и оне који то нису.

### 1.1.1.3. Хибридна теорија

Из реченог је јасно да су ставови поводом *soft law* и *hard law* контроверзе веома супротстављени. Прагматични су теоретичари који као помирујућ и практичан приступ проблему предлажу хибридную теорију: синтезу меког и тврдог права поводом уређења одређеног питања за коју се сматра да представља најбољу платформу за показивање предности меких инструмената. Мишљења која промовишу хибридную теорију обезбеђују средње решење. Према овом виђењу тврди инструменти ће надоместити недостатке меког права кроз вид упаривања са традиционалним изворима права.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Н. Hillgenberg, *op. cit.*, p. 505.

<sup>32</sup> V. Rošić Feguš, *op. cit.*, p. 147-148.

<sup>33</sup> Mark Dawson, *Soft Law and the Rule of Law in the European Union > Revision or Redundancy?* European University Institute, Working Paper Robert Schuman Centre for Advanced Studies, no. 24, 2009, p. 16, доступно на: [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11416/RSCAS%202009\\_24.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11416/RSCAS%202009_24.pdf?sequence=1) (приступљено 25.01.2016).

Заговорници *soft law* укључују и *soft law* ентузијасте<sup>34</sup> и адвокате хибридности<sup>35</sup> док страну *hard law* представљају скептици и оспоравачи мекоће права.<sup>36</sup> Хибридна теорија је дакле та која заступа преплитање тврдог и меког права. Према њој меко и тврдо право су комплементарни, те њихово спаривање производи позитивне исходе. Наиме, правна норма губи смисао без оквира који јој даје меко право и меко право је неучинковито без помоћи правне норме - то је формула за функционалну интеракцију,<sup>37</sup> односно меко право даје оквире и смернице а конкретизација се врши кроз правну норму.<sup>38</sup> Питање се не поставља као *hard law* против *soft law* већ је битнија поставка могуће интеракције између ова два приступа па тако и хибридног модела у коме и тврди и меки процеси делују у истом домену.<sup>39</sup>

Хибридност може бити резултат свесних радњи или се може просто десити јер се исти циљ остварује на два различита начина, водећи се различитим путевима од којих један води тврдим мерама а други меким. Посебно је важно што се хибридним приступом укрштају два значајна а различита хармонизациона приступа, те се њихови појединачни потенцијали надопуњују. То су одоздо (енг. *bottom up*) и одозго (енг. *top down*) хармонизациони методи о чему ће у дањем излагању бити више речи.

Овакав функционални хибридни приступ посебно је изражен у Европској унији. Анализа случајева пред Судом Европске уније, показује јасно да након првобитног непоимања и неузимања у обзир меког права,<sup>40</sup> дошло се у ситуацију где се не само

---

<sup>34</sup> Armin Schafer, *Beyond the Community Method. Why the Open Method of Coordination was Introduced to EU Policy Making*, European Integration online papers, vol. 8, no. 13, 2004, доступно на: <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-013a.htm> (приступљено 25.01.2016).

<sup>35</sup> Grainne de Burca, *EU Race Discrimination Law: A Hybrid Model?*, in G. de Burca, Joan Scott (editors), *Law and governance in the EU and the US*, Oxford, 2006, p. 97; Claire Kilpatrick, *New EU Employment Governance and Constitutionalism*, in G. de Burca, J. Scott, *op. cit.*, p. 121;

<sup>36</sup> Anna di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 505.

<sup>37</sup> D. Vuletić, *op. cit.*, p. 1020.

<sup>38</sup> Д. Ђурђевић, *Soft law у европском комунитарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 114.

<sup>39</sup> Такво виђење заступају и David Trubek, Patrick Cottrell, Mark Nance, *Soft Law, Hard Law and the European Integration > Toward a Theory of Hybridity*, *European Law Journal*, vol. 11, no. 5, 2005, p. 3; Arthur Hartkamp, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law Objectives, Methods and Scope*, Paper for Congress to celebrate the 75<sup>th</sup> Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law, on Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration, Rome, 2002, p. 13, доступно на: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/private\\_law\\_university\\_amsterdam\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/private_law_university_amsterdam_en.pdf) (приступљено 25.01.2016).

<sup>40</sup> На пример, Суд ЕУ је заснивао одлуке искључиво на основу примарног и секундарног законодавства ЕУ, иако су се стране пред судом позивале и на узимање у обзир *soft law* инструмената приликом решавања случајева: Case 1/71 Société anonyme Cadillon v Firma Höss, Maschinenbau KG, (1971) ECR 351; Case 22/71

признаје његово постојање већ се и признаје надопуњујућа улога *soft law* у односу на *hard law*.<sup>41</sup> Према томе судови потврђују претпоставку теорије градативног нормативитета којом се тврди да постоји више нивоа нормативитета на скали између обавезујуће легислативе и необавезујућих аката као два екстрема. Оваквим препознавањем кооперативности тврдог и меког права примећује се и да они не постоје обавезно једно другоме на уштрб, већ боље функционишу једно поред другог. Та хибридна је својствена Европској унији и предвиђа се да ће је бити све више и да ће утицај и препознатљивост меког права бити све већа. Тако *soft law* поред обавезујуће легислативе постепено прераста у све важнији и константнији део права ове *sui generis* наднационалне заједнице.<sup>42</sup>

### **1.1.2. Критика обимне правне анализе *soft law*, правни плурализам, преиспитивање начела легалитета**

Међународно право се данас изучава као никада раније, број пројеката и публикација о њему константно расте што, према неким теоретичарима, отвара пут “превеликој активности“ међународне правне мисли.<sup>43</sup> Таква ситуација чак поједине ауторе чини веома критички настројеним према тзв. „вештачком ширењу граница међународног права“. Противљење се заснива на ставу којим се истиче да поједини стручњаци смислено, па ипак неосновано смештају *soft law* у оквиру међународноправне мисли не би ли обезбедили себи нови простор за теоријско истраживање, доказивање, финансирање па и упошљавање.

Међутим, извесно је да суптилност процеса по којима се савремено међународно право ствара више није адекватно обухваћена упућивањем на устаљене и неоспораване категорије конвенције и обичаја. Улога *soft law* као елемента у међународном стварању

---

Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export, (1971) ECR 949; Case 19/77 Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities (1978) ECR 131.

<sup>41</sup>На пример, тако се поступило поводом случајева: Case 70/74 Commission of the European Communities v Council of the European Communities (1975) ECR 795, paragraphs 18 and 20; Case 81/72 Commission of the European Communities v Council of the European Communities (1973) ECR 575, paragraph 13.

<sup>42</sup> V. Rošić Feguš, *op. cit.*, p. 157.

<sup>43</sup> J. D’Aspremont, *op. cit.*, p. 1089.

права сада је широко цењена и његов утицај кроз међународно право је очигледан.<sup>44</sup> Стога се може рећи да оно није вештачка академска творевина већ природна последица нормалне динамике развоја међународне заједнице.<sup>45</sup>

У вези са тим, још 1988. године, истакнути француски професор права Дупај је приметио: „Нови процес нормативног стваралаштва постоји и развијао се уназад више од 20 година. Међутим, јуристи се осећају непријатно да га анализирају упркос томе што оно свакако јесте део савремених легислативних процеса и у исто време друштвени је феномен који се очигледно преклапа са класичним правним категоријама познатим научницима.“<sup>46</sup> Свакако, *soft law* није нова појава (конкретно у Европској унији се употреба ових инструмената актуелизује од осамдесетих година двадесетог века) већ је новијег датума тежња међународне заједнице да се више користи као и учесталост с којом се оно ствара.

Дакле, неопходно је нагласити да правила која спадају у меко право имају дугу традицију, присутна су у разним облицима на међународној правној сцени али су дуго и занемаривани с аспекта доктрине те су привлачили оскудну пажњу теоретичара. Нагласак и фокус су обично били на садржини *soft law* акта уз примећивање одсуства обавезујуће правне снаге. Као резултат, опсег знања о овом феномену је крајем двадесетог века био прилично сиромашан с теоријског аспекта,<sup>47</sup> али двадесет први век ипак ангажовањем признатих аутора баца светло на ову правну појаву, уважава је и апострофира. Према нашем мишљењу, оправдано је посвећивање правне мисли теоријској објективизацији и појашњењу појавних облика, карактеристика меког права и његове употребне вредности јер се на тај начин уважава реалност међународног правног поретка и алтернативних видова усаглашавања права које је сама међународна заједница већ препознала као веома корисне.

---

<sup>44</sup> A. Boyle, *op. cit.*, p. 901.

<sup>45</sup> Fabian Cardenas Castaneda, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 8, 2013, p. 395.

<sup>46</sup> Pierre Marie Dupuy, *A Hard Look at Soft Law*, American Society of International Law Proceedings, 1988, p. 371, према L. DiMatteo, *op. cit.*, p.10.

<sup>47</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 25.

### 1.1.2.1. Модерна анализа правног плурализма

Данас се, међутим, може рећи да је умножавање *soft law* нормативних инструмената изазвало теоријске расправе, водећи ка, односно обнављајући интересовање за правни плурализам и алтернативне норме. Стручњаци права и социологије права су током последње деценије посветили много енергије емпиријским и концептуалним анализама меког права и правног плурализма, којем се међутим придодаје нова истраживачка вредност.

У том смислу, на пример, Берман глобални правни плурализам анализира кроз преклапајуће заједнице, права, и норме засноване на космополитској и плуралистичкој јуриспруденцији док космополитско схвата као оквир који препознаје да смо сви чланови мноштва локалних и глобалних заједница.<sup>48</sup> Наиме, многи извори права који се огледају у фразама попут глобалног плурализма, хибридности и преклапајућих права требало би да буду прихваћени и искоришћени на креативне начине да би се носили са сложеностју међународних односа. У том смислу, правни плурализам не би требало елиминисати већ тако усмеравати да учини постојање преклапајућих *hard law* и *soft law* режима комплиментарним а не сукобљеним колико је то могуће. Поједини теоретичари пак одбацују као неодговарајућу парадигму правног плурализма и одобравају напредовање ере постмодерног правног плуралитета у ком многоструки легалитети делују у локалном, националном и глобалном временском простору.<sup>49</sup>

Истичемо да је кључ разумевања међународног приватног права у 21. веку у заузимању става одговарајућег правном поретку који је насељен вишеструким изворима права, те предлагемо правни плурализам као теоријску поставку у односу на коју се будућност права може обликовати. Њиме се такође форсира разматрање нормативних предности које пружа разноликост и врши се прерасподела/измештање жиге аналитичког посматрања изван традиционалних, централизованих, легислативних „нареди и контролиши“ средстава регулације.

Према нашем мишљењу, плуралистички приступ помаже при утемељивању појма меког права на два начина. Прво, плуралистичко виђење подразумева меке, фактичке и

---

<sup>48</sup> Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Border*, Cambridge, 2012, p. 11.

<sup>49</sup> A. di Robilant, *op. cit.*, p. 533.

друштвене норме у оквиру дефиниције права. Друго, изазивајући државни централизам и наглашавајући различитост коегзистирајућих правних поредака, плуралистички приступи омогућавају покривање мноштва меких правних режима.

#### 1.1.2.2. Преиспитивање начела легалитета

Према појединим теоријским ставовима, потреба за бржим регулаторним интервенцијама која је изнедрила *soft law* указује на развој нових концепција легалитета и његових ограничења у пост-националном окружењу. Управо је један од нових изазова 21. века теоријско репозиционирање начела легалитета у односу на међународно право јер правна теорија мора да узме у обзир нову правну реалност према којој унутрашњи поредак више није самодовољан нити изолован од међународног.<sup>50</sup>

Ширење меког права које се све више користи у међународном праву постаје велики изазов за владавину права, а нарочито за начело законитости као њен суштински елемент. Иако се меко право састоји од норми које немају формално обавезујући карактер, оно врши снажан утицај на политику и унутрашње законодавство појединих држава, уз латентно настојање да се трансформише у тврдо право. На тај начин *soft law* оставља велики простор за дискреционо поступање а истовремено настоји да задобије и формално обавезујући карактер долазећи неизбежно у сукоб са начелом легалитета.<sup>51</sup> То представља још увек до краја неразјашњено а у основи концептуално питање филозофије међународног права и његовог идентитета.

Ова нова дешавања на међународном плану посматрају се као талас експериментализма који је изменио поље међународног права, поставши окидач развоја широког арсенала *soft law* инструмената.<sup>52</sup> Судајући према научном интересовању на међународном нивоу за *soft law*, чини се да се класична теорија међународног права измешта из устаљених оквира, односно да се њене класичне границе шире. Такође, меко

---

<sup>50</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 283.

<sup>51</sup> Радомир Лукић, *Увод у право*, Београд, 1961, стр. 392; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952; John Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, 2004, р. 12, према Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 267

<sup>52</sup> A. di Robilant, *op. cit.*, p. 503.



право на емпиријски начин захтева поновну оцену питања права и његовог интегративног дејства.

Може се рећи да с једне стране ширење утицаја меког права указује на заокрет ка глобалној унификацији. *Soft law* инструменти хармонизују, унификују, глобализују право. На пример, меко трговинско право производ је унификационих напора посвећених олакшавању протока транснационалног капитала. Све већи значај глобалног меког права осликава логику која покреће промену глобалне политичке економије у правцу „конкуренија државе“ и детериторијализације капитала.<sup>53</sup> С друге стране, умножавање *soft law* режима огледало је сложености глобалног легалног плурализма у коме постоје вишеструки регионални правни системи. Дакле, *soft law* заиста ствара потребу (на основу чињеница свог постојања, коришћења, утицаја, очигледне перспективе ширења и предности) да се преиспитају извори права на међународном и нивоу Европске уније, класично начело легалитета, те виђење међународног права.

## **1.2. Поглед на систем међународног права кроз призму промена које носи присутност *soft law* аката**

Систем међународног права је специфичан у погледу извора права, непостојања класичних механизма санкције, односно старе дилеме да ли је међународно право уопште право услед уверења да оно нема све атрибуте права, а пре свега пуну правну обавезност. Тако поједини теоретичари износе екстремно и неосновано мишљење према коме међународно право још увек није довољно развијено да би се сматрало правним системом. Истиче се да су неодлучност, непосвећеност држава да се обавежу на будуће понашање карактеристична црта међународне анархије и препрека кооперацији која би водила бољој и чвршћој правној перспективи.<sup>54</sup> Занимљиви су, далекосежни ако не и помало узнемиравајући погледи на међународно право као у суштини меко<sup>55</sup> или пак како неки

---

<sup>53</sup> A. di Robilant, *op. cit.*, p. 539.

<sup>54</sup> K. Abbott, D. Snidal, *op. cit.*, p. 426.

<sup>55</sup> K. Abbott, D. Snidal, *op. cit.*, p. 421.

износе нелегално.<sup>56</sup> Чак се и обичај као формалан извор међународног права из појединих теоријских углова посматра као мек.<sup>57</sup>

У сваком случају, постоји широко распрострањен консензус да је међународном праву слаба тачка у принудности, извршивости, питању спровођења.<sup>58</sup> Наиме, међународно право нема централизовану кохерентност националног права,<sup>59</sup> док је Вајл још 1983. године изнео тврдњу о релативној нормативности међународног права<sup>60</sup> а која је данас актуелизована на основу потврде у пракси. Афирмативнији приступ имају Абот и Снидал, који се чврсто противе онима који омаловажавају међународну легислативу услед тога што је често мека. Тако и *soft law* има сопствену вредност и покреће разговор који може преобликовати међународну политику. Према њима међународна легислатива у свим својим формама мора се сматрати једном од најзначајнијих институционалних црта међународних односа.<sup>61</sup>

Међународни правни систем претрпео је значајне промене пре свега услед формирања, развоја и учвршћивања Европске уније као организације наднационалног типа са сопственом легислативом, али и услед увођења великог броја различитих међународних судова чије пресуде имају одређен степен обавезности.<sup>62</sup> Опште је место запажање да је таква измењена ситуација последица корених промена:

- број држава се значајно повећавао током последњих деценија (тренутно постоји 190 држава чији се суверенитет не доводи у питање),
- више је међународних субјеката од значаја за међународне легислативне процесе,
- материја која се обрађује на међународном нивоу је проширена,
- као и свест о проблемима које треба решити на наднационалном нивоу уз повећану доступност значајних информација.

---

<sup>56</sup> Allen Buchanan, *From Nurnberg to Kosovo: The Morality of Illegal International Law*, Ethics, vol. 111, no. 4, 2001, p. 673-680, према Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 268.

<sup>57</sup> C. Chinkin, *Normative Development in the International Legal System* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, p. 32.

<sup>58</sup> A. Guzman, T. Meyer, *op. cit.*, p. 183.

<sup>59</sup> Henry Schermers, Joseph Henricus, Niels Blokker, Grief Nicolass, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Leiden, 2011, p. 24.

<sup>60</sup> P. Weil, *op. cit.*, p. 77.

<sup>61</sup> K. Abbott, D. Snidal, *op. cit.*, p. 456.

<sup>62</sup> Leila Nadia Sadat, *An American Vision for Global Justice: Taking the Rule of (International) Law Seriously*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 4, no. 2, 2005, p. 332.

Управо то што се проширило поље материје које се регулише на међународном нивоу, постојање захтева недржавних актера на међународној сцени, као и то што постоје глобални изазови попут повећавања обима прекограничне трговине, смањивања природних ресурса, питање одрживог развоја, кршење људских права, питање наоружања створили су међународну платформу која захтеве разноврсне форме и нивое стварања права.

Од краја Другог светског рата значајно се умножава број међународних прописа. У таквом контексту, *soft law* и недржавни актери су постали катализатори стварања међународних норми од значаја за даљи развој правог међународног - транснационалног друштва.<sup>63</sup>

Такође, можда је најинтересантније то што употреба меког права од стране чланова међународне заједнице заправо осликава сазревање правног система и међународног друштва,<sup>64</sup> односно што је заједница компактнија то је мање потребе да се све реши тврдим правом. Аналогно, *soft law* се појављује и јача услед растуће зрелости међународног система. Управо због тога је појава аката меког права веома изражена у Европској унији. Шелтон, један од највећих ауторитета поводом ове области права, слично истиче да се с обзиром на то да се односи држава и других актера продубљују и мењају с глобализацијом ствара клима која смањује потребу да се сва очекивања ставе у форму обавезујућег инструмента. Уколико постоји већи степен кохезије једне заједнице, утолико ће се *soft law* у њој лакше установљавати и примењивати. Има мишљења да је управо због тога постојање *soft law* у ЕУ прихватљивије него у глобалној међународној заједници - због већег степена политичког, друштвеног и културног слагања и лакшег постизања консензуса. Отуд и став да је његово постојање знак не примитивног већ насупрот томе зрелог и снажног друштва у коме није неопходно да све односе регулише право.<sup>65</sup>

Закључујемо констатацијом да је међународно право динамична мрежа међуодноса тврдог и меког права, правних норми којима је дат већи или мањи приоритет, националне и међународне регулативе и различитих организација које промовишу владавину права. Та

---

<sup>63</sup> Wolfgang Reinicke, Jan Martin Witte, *Interdependence, Globalization and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, p. 76.

<sup>64</sup> D. Shelton, *Law, Non-Law and the Problem of "Soft Law"* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, p. 13.

<sup>65</sup> Anne Peters, Isabella Pagotto, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective, New Modes of Government*, vol. 4, no. 11, 2006, p. 29, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1668531> (приступљено 15.05.2015).

сложеност осликава се у порасту броја форми обавезивања услед стално растућег броја питања на транснационалном нивоу. И док у таквом правном систему *soft law* није право у традиционалном смислу речи, његове норме имају незаменљиво место у модерном правном поретку. Не можемо се надати да ћемо у потпуности обухватити или разумети срж међународних односа ако не узмемо у обзир важну улогу коју у њима има *soft law*.

### **1.3. Различитост међународних нормативних техника и извора међународног права**

#### **1.3.1. Нова улога компаративног метода и питање превазиђености контроле држава над процесом стварања међународног права**

Разумевање нормативног међународног поретка условљено је анализом разноликости нормативних техника које се користе приликом стварања међународног права а које производе одговарајуће широк спектар и нијансе у обавезивању, облигацијама, оправданим очекивањима и поузданости.

Приликом међународних нормативних процеса у оквиру међународних организација и других приватних субјеката који учествују у модерним активностима на стварању права (студијске групе, *ad hoc* групе, приватне иницијативе) користи се компаративни метод али као метод интегрисања а не као раније - метод супротстављања.<sup>66</sup> Првобитно се заузимало становиште према коме се сматрало да се упоредним методом указује првенствено на разлике које одликују правне националне културе уз настојање да се оне задрже као такве, а без инсистирања на сличностима. Данас су хармонизујући напори усмерени на налажење, утврђивање заједничког језгра (енг. *common core*) пре свега на нивоу приватног права Европске уније у оквиру које су спровођени и спроводе се вишеструки пројекти с овим циљем.

Такође, међународно законодавство узима у обзир однос вертикалних и хоризонталних међуутицаја, при чему су вертикални они који се односе на утицаје националних права на међународно и обрнуто, док хоризонтални утицај подразумева међусобно унакрсно обликовање и преузимање решења из једне области права у другу.

---

<sup>66</sup> Xavier Blanc Jouvan, *Reflections on The Common Core of European Private Law Project*, Global Jurist Frontiers, vol. 1, no. 1, p. 4, према Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 351.

Поред тога све чешће се у хармонизујуће напоре сврстава, чак намеће заједнички правац размишљања правних експерата, који нуде нова нормативна решења, као још један вид еволуције путева хармонизације.

Надаље, пристанак државе потребан је да се створи или измени међународна обавеза (пре свега у смислу конвенција) што може блокирати развој међународног права у одговору на мењајуће прилике. Таква поставка служи одбрани суверенитета, државног интегритета и аутономије као почетне тачке међународног права што је утврђено још Вестфалским миром 1648. године. Тада се на међународно право гледало као на минимум нормативних стандарда који регулишу односе између једнаких суверених држава само до те мере док се не залази у интерну сферу сваке националне државе.<sup>67</sup> Данас се, наравно, на међународни правни поредак гледа много шире. Теоретичари који изучавају *soft law*, одбијени су успореним ритмом традиционалног међународног права у регулисању конкретних области. Сматрају да се класично међународно право превише лако покоравало пред суверенитетом држава. Формалност која се захтева при његовом стварању чини овај процес веома компликованим задатком.

Посматрано стриктно са политичког гледишта, прихватање нормативних стандарда у облику *soft law* форми можемо схватити као признање да је ослабљена чврста контрола држава над међународним процесом стварања права. Заиста, приоритет који западна друштва придају праву и правним санкцијама није универзалан; друге културе спремно користе неправне форме социјалне контроле од којих су неке широко примењиве док друге одговарају посебним подгрупама (нпр. кодекси понашања професионалним удружењима). То што међународно право остварује напредак у овом смислу може се тумачити знаком његовог сазревања и, сматрамо, признавањем смањења утицаја теорије монизма према којој се држава сматра искључивим ствараоцем права.

За разлику од реченог, истичемо да *soft law* показује неуобичајену мешавину спонтаних и организованих процеса; засновано је и на спонтаној координацији понашања а више и чешће се ствара кроз веома организоване хибридне јавно-приватне процесе доношења одлука. Пример је рецимо тзв. ново *lex mercatoria* како се посматра *soft law* у оквиру међународног трговинског права а које се развија негде на раскршћу међувладиних

---

<sup>67</sup> Amos Hershey, *History of International Law since Westphalia*, American Journal of International Law, vol. 6, 1912, p. 30, наведено према F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 361.

агенција и организација (нпр. Међународни институт за унификацију приватног права – у даљем тексту: UNIDROIT, Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право – у даљем тексту: UNCITRAL) и приватних, високоорганизованих тела (нпр. Међународна трговинска комора – у даљем тескту: МТК).

### **1.3.2. Извори међународног права - преиспитивање члана 38. Статута Међународног суда правде**

Једно од централних али и најкомпликованијих питања међународног права јесте идентификација извора међународног права, односно његовог процеса стварања. Наиме, тиме се имплицира и разумевање природе самог међународног права, односно његове легалности и легитимитета.

Занимљиво је да се сложеним питањем међународних извора права теоретичари носе на прилично поједностављујућ начин. Обично га решавају упућивањем на сада застарелу али и даље уважавану тријаду формалних извора који се налазе у члану 38. Статута Међународног суда правде према коме се основним изворима сматрају:

- 1) конвенције,
- 2) обичајно право,
- 3) начела - општи принципи; док се као помоћни, допунски наводе судска пракса и писања истакнутих правника.

Коришћењем овим чланом као нашироко прихваћеном перспективом и тезом о изворима права и даље се обезбеђује привид формалности, схваћене као исцрпне, стриктне, објективне, јасне и дефинисане констатације о стандардима права.<sup>68</sup> Овај поједностављујућ начин распознавања права од неправа међутим има своје недостатке:

- 1) Први недостатак оваквог посматрања је то што се испушта из вида да се Статут Међународног суда правде односи само на одређивање применљивог права

---

<sup>68</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 362.

пред овим органом и ограничен је на државе као странке. Даље, са институционално-правне тачке гледишта Међународни суд правде је само орган за решавање спорова једне међународне организације - Уједињених нација, а не вид светског врховног суда како је често представљен у медијима. Стога, његов Статут ствара тек секундарна правила (колико год ауторитативна) применљива унутар организације, што појашњава зашто поједини теоретичари сматрају апсурдном идеју да се члан 38. сматра искључивим и универзалним параметром за одређивање тога шта јесте а шта није међународно право.<sup>69</sup> Па ипак упркос оваквој природи Статута, традиционалнији теоретичари (попут аутора приручника међународног јавног права) ће се позвати на намеру састављача овог акта да регулишу читав универзум извора права.<sup>70</sup>

2) Другим недостатком оваквог погледа сматра се то што се међународни извори права неоправдано смештају у категорије сличне државним упркос важним разликама које постоје у пракси. У међународном праву постоји прилично неодређено мноштво различитих законодаваца, дакле не постоји универзалан светски законодавац<sup>71</sup> већ међународно право „не ствара ниједан и стварају га сви међународни субјекти у исто време на вишеструким нивоима и на несистематичан начин, што је већином последица опције међународних субјеката да одлуче којем „међународном кругу“ желе да се припоје“.<sup>72</sup> Отуда еквивалентно мноштво испреплетених извора права које не одликује јасна хијерархија. Наравно, доминантне су увек биле билатералне и мултилатералне конвенције уз обичајно право као кичму, осовину општег међународног права.

Даље, национални правни системи су уобичајено централизованих и унитарних система извора права док у међународном правном поретку постоји вертикални плурализам (услед одсуства јасне хијерархије међународних извора) и с друге стране, хоризонтални плурализам (у смислу постојања много паралелних правних режима који уређују исту правну област на различит начин, фрагментирајући тако жељени циљ хармонизације). Наиме, на међународном нивоу не постоји јасна хијерархија извора

---

<sup>69</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 359.

<sup>70</sup> Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico*, Madrid, 2005, p. 113.

<sup>71</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 357.

<sup>72</sup> *Ibid.*

права, док је кроз принципе уставности и законитости лако установљива на националном плану. Такође, ако се изоставе конвенције и обичајно право као примарни, секундарни међународни акти су мање одређени у поређењу с онима на националном нивоу услед ширине и учесталости међународног процеса стварања права и услед тога што постоји велике разлике између разних извора и начина њиховог доношења с једне стране и њихове комплементарности (или некомплементарности) и преклапања у пракси с друге стране.<sup>73</sup>

3) Трећи недостатак оваквог погледа на међународне изворе права односи се на релативно игнорисање, затварање очију пред важним променама које су се десиле у међународном законодавству последњих година. Његова продуктивност се повећала с већим бројем правних норми које се усвајају поводом питања претходно остављаним националним законодавцима. Пре свега, број међународних субјеката се вишеструко увећао, на тај начин угрожавајући правни монопол држава као законодаваца све више у корист међународних организација и мање појединачних иницијатива. Управо с појављивањем нових носиоца међународне легислативе процеси међународног стварања права су постали институционализованији. Коначно, као резултат тога међународно право је претрпело значајне промене, од субјективног постаје више објективно, од релативног више универзално и у смислу нормативитета сада се појављује у рангу од оног ниског интензитета - *soft law* до императивног права.<sup>74</sup> Заправо, нормативитет међународног права је значајно ојачао и постао сложенији током година и с тим се и повећала учесталост питања која се односе на универзалност, објективност и хијерархију међународних правних норми.

Данас, најшире узевши на основу територијалног критеријума, разликујемо изворе националног, регионалног (а кад говоримо о регионалним пре свега се истичу извори права Европске уније као специфичног система) и међународног права у комплексном глобалном правном поретку.

У међународне изворе пре свега спадају мултилатералне и билатералне конвенције које доносе државе приликом регулисања међусобних односа, као и акти донети у оквиру

---

<sup>73</sup> S. Besson, *op. cit.*, p. 8.

<sup>74</sup> S. Besson, *op. cit.*, p. 4.



међународних, нарочито економских организација али и друга правила понашања које су донеле или њихову примену толеришу државе у међусобним односима - меко право као последње по времену настанка.<sup>75</sup>

Међународни процеси стварања права могу резултирати комплетним правним нормама (лат. *lex lata*) или неодређенијим резултатима попут правних пројеката (лат. *lex ferenda*). Поједини теоретичари виде ову поставку као основу разликовања *hard law* и *soft law* иако се и *soft law* некада користи да се означи *lex lata* и последично валидне легалне норме чији је ниво нормативитета веома низак. С обзиром на плуралитет међународних процеса стварања права, не би требало да чуди што такви правни акти могу бити важни и у квалитативном и у квантитативном смислу. Док многи жале због недостатка јасног прелаза од неправа у право у међународној правној пракси, сматрамо да *soft law* обезбеђује користан извор координишућих норми, што је битно истаћи ако се има у виду да су њихови процеси стварања обично „више“ мултилатерални и омогућавају значајнији допринос међународних организација и појединаца.

Како је већ наглашено, међународно право се већином састоји од норми које државе на основу своје суверености слободно прихватају. Оне га стварају, користећи се процедурама које су претходно утврдиле. У контрасту с договореним изворима, пракса (и државна и међународних организација) обилује необавезним изворима права, отварајући дебату о томе ради ли се о доказима новог модела међународног стварања права.<sup>76</sup> Данас су услови такви да није више најбитнији пристанак државе као извор нормативитета и легалитета у међународном праву, због чега се и питање извора међународног права сагледа у другачијем контексту.

Рedefинише се и шта је то извор права, с обзиром на то да се ради о нејасном и збуњујућем концепту.<sup>77</sup> Износе се ставови према којима је извор права „место где се право може наћи“, чиме се избегава да одређујући критеријум валидности извора буде то шта је конкретном извору основа, „педигре“,<sup>78</sup> одакле и од кога потиче. Аутори се обично везују

---

<sup>75</sup> Д. Ђурђевић, *Soft law у европском комунитарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 102.

<sup>76</sup> D. Shelton, *Soft Law. Handbook of International Law*, George Washington University, Legal Studies Research Paper No. 322, 2008, р. 1, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003387](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387) (приступљено 26.01.2016).

<sup>77</sup> Luis Alvarez, *Derecho Internacional Publico*, Bogota, 2007, р. 101.

<sup>78</sup> J. D'Aspremont, *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*, Oxford, New York, 2011, р. 149.

за моменат правно обавезујуће снаге, те уколико је инструмент нема одриче му се природа извора права. Међутим, у доктрини се заступа и шири поглед. Тако се на пример као извор права могу сматрати сва упутства и стандарди који прописују како се понашати и деловати, који утврђују циљеве и средства деловања и који одређују судски исход у случају сукоба без обзира на спољашњу форму. Ласок и Бриц сматрају изворе права ауторитетом који се може цитирати пред судом и који су стога судски препознатљиви.<sup>79</sup> Разни покушаји су спровођени у преобликовању доктрине извора права на међународном нивоу не би ли се покушало са „смештањем“ у ову категорију што више тога што је нормативно употребљиво. Рецимо предлаже се да се преформулише извор као „признат манифестован пристанак“ да би се одбацили формални аспекти стварања права у корист садржинског. У истом смислу Алварез је сугерисао да кад год правило има правни ефекат оно мора бити схватано као правно правило.<sup>80</sup>

Ипак чини се одговарајућим сугерисати да се многи међународни правници просто препуштају и раде у складу са поимањем тога да разлика права и неправа више није јасна. Ипак, када би глобално право било сведено само на оне правне активности које се развијају у оквиру процеса на које је дата државна сагласност, мноштво друштвених феномена би последично било искључено.<sup>81</sup> У том смислу Таманаха<sup>82</sup> препознаје да нормативно вођство може произићи из разноликих извора, како приватних тако и јавних као и из било какве хибридне „међу“ творевине. Право је према њему све што људи признају и третирају као право кроз њихову друштвену праксу. У таквој концепцији чак, доктрина извора права постаје сувишна, јер не постоји разликовање између права и неправа на основу тога одакле норме воде порекло, ко их издаје, и јесу ли на неки начин легитимне.<sup>83</sup>

Дакле, дотаћи се проблема меког права представља озбиљан изазов. То нас измешта из безбедних оквира извора права канонизованих чланом 38. Статута Међународног суда правде и води нас у догматско компликовани и контроверзни терен. Наведени члан јесте полазна тачка за проучавање извора међународног права, али је ли и адекватна, довољна?

---

<sup>79</sup> Наведено према L. Senden, *op. cit.*, p. 35.

<sup>80</sup> Наведено према J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, p. 173.

<sup>81</sup> Gunther Teubner, *Global Private Regimes Neo Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?* in Karl Heinz Ladeur (editor) *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, 2004, p. 78.

<sup>82</sup> Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, 2001, p. 167.

<sup>83</sup> J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, p. 177.

Према нашем мишљењу, оправдана је констатација да је реалност међународних извора права много шири од онога што је сугерисано овим чланом и аналогно оним што је регулисано чланом 288. Споразума о функционисању ЕУ<sup>84</sup> (који се односи на секундарно законодавство ЕУ). Наиме, не постоји коначна листа формалних извора права чему сведочи и доказ је *a contrario* пораст и развој извора меког права. Класификација *soft law* извора изискује више од стандардног „тријумвирата“ *hard law* извора.

Деликатност процеса по којима се савремено међународно право ствара више не одговара упућивању на устаљене правне категорије. Улога *soft law* као елемента стварања права је сада широко распрострањена, прихваћена, корисна и његов утицај у оквиру међународног права је евидентан. И управо из разлога што се различити међународни субјекти понашају у складу са актима меког права, може се закључити да концепт међународног права и извора међународног права захтева проширење, поновно вредновање и нестатичан развој теоријске мисли одговарајућ брзини савремених међународних односа.

#### **1.4. Актуелни процеси и фактори који обликују међународни правни поредак**

##### **1.4.1. Утицај међународних организација и других међународних субјеката на међународни легислативни систем**

Теоретичари међународног права примећују упечатљиво умножавање „произвођача“ права, извора права и приватизације правних режима.<sup>85</sup> Наиме, теза о правном монизму која у суштини признаје једино државу као ствараоца права озбиљно је доведена у питање.<sup>86</sup> Штавише, разнолики субјекти на међународном нивоу, пре свега међународне организације, промениле су механизме и типичну рационализацију која је стајала иза сачињавања и примене међународног права. Чак се излаже и теоријска поставка

---

<sup>84</sup> Споразум о функционисању Европске уније, чл. 288. (енг. *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, art. 288*) доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> (приступљено 5.02.2015).

<sup>85</sup> Stefan Vogenauer, *Sources of Law and Legal Method in comparative Law* in Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 879.

<sup>86</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 44.

према којој главни актери светске политике и међународног права нису више државе већ уместо тога функционални режими. У том смислу постоје трговински режим, режим људских права, режим заштите животне околине итд. и сви су они на извештан начин самоодрживи.<sup>87</sup>

Највеће заслуге за унификацијске и хармонизујуће процесе (поред држава) данас имају међународне организације. Могу се класификовати према мноштву критеријума<sup>88</sup> али је основна подела она на владине (јавне) и невладине (приватне) међународне организације. Већином су то међувладине организације чији су оснивачи државе (нпр. Међународна организација рада, Светска организација за интелектуалну својину итд.) или специјализоване агенције и комисије тих организација (нпр. UNCITRAL). Поред тога значајна улога припада невладиним међународним организацијама и професионалним удружењима (нпр. Међународна трговинска комора, Удружење за међународно право итд). Они су често аутори нацрта који се касније усвајају на међународним конференцијама или у оквиру међувладиних међународних организација. Не може се пренебећи ни једноставна истина да у позадини сваког колективитета и колективног подухвата стоје замисли и стваралачка енергија појединца. Главни инспиратори и креатори униформног права су по правилу угледни правници - често професори права или државници. Због тога се за многе пројекте униформног права везују имена појединаца који су по општој оцени најзаслужнији за њихово остварење.<sup>8990</sup> У последње време се за међународне организације од нормативног значаја усталио термин агенције за формулисање (енг. *formulating agencies*)<sup>91</sup> и под њим подразумевамо све организације (регионалне или универзалне) којима је поверено, делегирано или су просто укључене у формулацију легислативне политике и правних стандарда. Оне функционишу као

---

<sup>87</sup> На пример, режим трговине сачињен је од стручњака и активиста у пољу трговине који ће на нормативна питања гледати кроз призму трговинске перспективе чланова трговинске заједнице. Према J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, p. 173.

<sup>88</sup> Од значаја је и подела међународних организација на светске и регионалне (нпр. Светска трговинска организација а са друге стране Европска унија) у ком случају државе чланице делегирају део својих законодавних овлашћења, те њихове прописе без ратификације (непосредно и обавезно) примењују у националном правном поретку.

<sup>89</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 65.

<sup>90</sup> Најпознатији пример такве праксе се односи на поменута Начела европског уговорног права која се називају и Ландовим начелима према њиховом иницијатору данском професору, Ланду.

<sup>91</sup> Термин агенција за формулисање сковао је немачко-британски теоретичар Шмитхоф, један од највећих ауторитета међународног трговинског права и управо у контексту ове гране права, одакле се употреба израза постепено ширила и на друге области.

ствараоци хармонизујуће регулативе на прекограничном нивоу, где се изразом „формулисање“ наглашава њихов значај у смислу доношења правних аката. Термин, истина, упућује на само један аспект активности међународних организација али прикладно покрива све нове међународне субјекте које стварају право а чији је број значајан.

На сличан начин у теорији се указује на све већи број међународних организација на које државе чланице преносе део не само економског већ и правног суверенитета а са чим се у везу доводи пораст броја аката меког права.<sup>92</sup> Такође, усложњавајућој ситуацији доприносе многа међународна питања која су нова и сложена а чије основе проблема некад нису довољно разумљиве тако да државе не могу да предвиде могуће последице легализованог договора. Последично, делимична превазиђеност традиционалних метода стварања права изискује уплитање међународних организација, специјализованих агенција и приватних тела које се не уклапају у конвенционалне парадигме. У таквом контексту концепт *soft law* олакшава међународну сарадњу понашајући се као мост између формалности процеса стварања права и потреба међународних односа. Као један начин ношења с таквом међународном реалношћу видимо делегирање ауторитета међународним организацијама које ће се бавити овим питањима у складу са околностима како се оне буду развијале. И заиста, умерена делегација међународним организацијама и другим приватним субјектима обезбеђује децентрализовано преговарање, стручност, већи капацитет за прикупљање информација.

Бројне су међународне агенције које у аналогно бројним областима издају међународне стандарде који иако необавезујући имају ауторитет а примењују их и државе и приватни актери. Резолуције, декларације, модел закони, кодекси понашања, водичи и слични инструменти обележје су њихових нормативних активности и варирају у огромном опсегу. Њихово предметно поље широко је као поље међународне регулативе уопште, а користе се да продру у области некада сматране за области националних јурисдикција. Неки од ових инструмената су веома апстрактни и уопштени, други се одликују вишим степеном одређености, неки су уско специјализовани, други шири у визији, неки су прагматични, други конкретнији. Ови прописи меког права су и декларативног типа и конкретнији, циљају како на владе, владине и невладине организације тако и на појединца

---

<sup>92</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 43.

и њихово будуће понашање на тај начин обликујући будући међународни правни дискурс кроз вршење утицаја на већ устаљене правне категорије. Ипак, не без оправдања се истиче опасност од „преумножавања, претераног стварања“ (енг. *overproliferation*) *soft law* аката, односно опасност од ривалских инструмената различитих институција а који се односе на иста питања. Јасно је да варијације у текстовима, па и њихова недоследност слабе ауторитет свих оваквих инструмената. Стога наглашавамо да је неопходно хармонизовати активности агенција за формулисање не би ли се избегло дуплирање предузетих радњи услед недовољне координације. Што је још озбиљније, процеси приближавања права могу бити угрожени доношењем различитих прописа од стране различитих агенција поводом истог правног питања, што је у директној супротности са њиховим основним унификационим циљевима. Парадоксално је али и реално да управо ради остваривања основних делатности ових организација јесте потребно претходно њихове активности усагласити.

У погледу поменутих инструмената којима се користе, код оваквих субјеката употреба неправних форми је заправо диктирана непостојањем капацитета за стварање права, а утицај који створи такав необавезујући текст зависи од политичког и економског интереса релевантних „играча“. То је вид надомештања мањкавости међународног правног поретка у смислу непостојања централизоване и кохерентне систематике истог, према коме се наведени актери изражавају алтернативним актима без обавезујуће снаге конвенције или обичајног права али без икакве сумње с правном релевантношћу.<sup>93</sup> Што се, пак, тиче разноликости употребљаваних инструмената потврђује се да нема опасности од тзв. „борбе форми“ (енг. *battle of forms*) јер је заузет став да је могуће и потребно користити разне облике изједначавања прописа и праксе.<sup>94</sup>

Дакле, разнолики институционални, социјални и академски субјекти стварају међународно право и у оквиру њега *soft law*. Компликованости ситуације доприноси бројност и комплексност *soft law* режима. На овом месту, само ћемо се кратко ради илустрације осврнути на њихову разноврсност на различитим нивоима. Тако, на нивоу Европске уније то су препоруке и мишљења (као секундарни формални извори права), те комуникације и водичи Комисије, Беле књиге, Зелене књиге, међуинституционални

---

<sup>93</sup> Н. Schermers, J. Henricus, N. Blokker, G. Nicolaas, *op. cit.*, p. 720.

<sup>94</sup> Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђевић, Д. Дивљак, *нав. дело*, стр. 25.

договори и многи други инструменти меког права. Док приватни субјекти попут мултинационалних компанија издају кодексе понашања, квази јавни органи попут трговинских друштава и тела за стандардизацију могу такође развијати водиче и кодексе праксе. Такозвано ново *lex mercatoria* може се схватити као генерисано меко право, прикупљено од стране глобалних трговаца; Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре и стандардизовани уговори развијени од стране Међународне трговинске коморе такође су међу бројним *soft law* врстама. Коначно, академици често преузимају главну реч, вођство у развоју меког права; Ландова начела су истакнут инструмент меког права развијен од стране самопостављених стручњака и кројени су по узору на америчке ристејтменте.<sup>95</sup>

Закључујемо да је један од корисних инструмената на располагању владином сектору, а једини инструмент, вид изражавања и постављања стандарда великог утицаја невладином сектору - *soft law*. На међународној сцени је евидентан утицај који ови субјекти имају на друге недржавне субјекте што води јачању меког права кроз њихову интеракцију. И управо ентузијазам с којим међународне организације заступају стварање норми у *soft law* формама указује на то да ови субјекти поделу на меко и тврдо право не виде као ону која има одређујућ, преломни значај. Наравно, излишно је нагласити да иако се ови субјекти користе меким правним формама, ипак теже томе да оне буду толико квалитетне и утицајне не би ли се преточиле у обавезујућ правни инструмент на међународном или националном плану. У сваком случају, заступамо становиште према коме постојећи поглед на међународно право и међународне организације није одговарајућ да обухвати комплексне промене резултиране повећањем њиховог значаја (који је уследио после Другог светског рата и у још једном наврату након Хладног рата), односно да је теорија правног монизма озбиљно доведена у питање.

#### 1.4.1.1. Улога и метод рада недржавних актера у међународним легислативним процесима

Постоји све више доказа да су државе и недржавни актери почели да експериментишу са идејом о глобалној политици која циља на активну интеграцију

---

<sup>95</sup> A. di Robilant, *op. cit.*, p. 500.

недржавних субјеката у све фазе процеса доношења одлука на политичком нивоу. Један од доказа је учестало ослањање на *soft law* које обезбеђује извешан правни оквир и утисак, осећај облигације за многобројне и функционално различите стране у конкретним међународним односима.<sup>96</sup>

Абот и Снидал<sup>97</sup> препознају да недржавни субјекти како на националном тако и на међународном терену постају кључни играчи у развоју међународне легислативе а поготово меког права. Процес спонтане унификације међународног права од стране професионалних невладиних организација се већ препознаје као доминантан и назива се и приватном унификацијом.<sup>98</sup> С тим у вези истиче се да се аутономна међународна кодификација права, чији су главни протогонисти међународне невладине организације и удружења као и разне студијске, односно експертске групе (нпр. Европска комисија за уговорно право, Студијска група за Европски грађански законик), спроводи на основу аутономије воље заинтересованих субјеката да би се постигла већа једнообразност релевантних правних правила без формалног поступка унификације државног права. Правни акти који садрже једнообразна правила у овом случају немају обавезну снагу него се примењују само ако се субјекти правног односа на њих позову. Међутим, дешава се да та правила постану тако широко прихваћена у пракси да представљају много веће достигнуће у унификацији него оно остварено формалним путем (нпр. Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве, Инкотермси).<sup>99</sup>

Сматра се да су невладине организације слободније у погледу сачивања прописа, односно доносе их без политичког притиска који постоји над чланицама када су представници својих земаља у владиним међународним организацијама. Искуство с Принципима UNIDROIT за међународне трговинске уговоре и ALI/UNIDROIT принципима о транснационалној грађанској процедури демонстрирали су да је „формулисање међународних правила општег права а која су вишег нивоа апстракције боље оставити, препустити академицима“, с обзиром на то да владе налазе мало интереса у посвећивању пројектима којима крајњи циљ није да воде до правно оперативног

---

<sup>96</sup> W. Reinicke, J. Witte, *op. cit.*, p. 90.

<sup>97</sup> K. Abbott, D. Snidal, *op. cit.*, p. 423.

<sup>98</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 347.

<sup>99</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 63.



инструмента,<sup>100</sup> али се не устручавају (као ни други правни субјекти) да усвајају стандарде једном формулисане и постављене од стране приватних (или хибридних, полу-јавних, полу-приватних) тела.<sup>101</sup>

Управо стварање *soft law* од стране недржавних актера највише се удаљава од стандардних, традиционалних аспеката међународног права. С обзиром на критику таквог стања сугерише се да се најбољи резултати постижу кроз „интегрисани систем влада, међународних организација и недржавних актера.<sup>102</sup> С тим у вези, наводи се да режими меког права спонтано извиру из мноштва „невидљивих колеца“, „невидљивих професионалних заједница“, „невидљивих социјалних мрежа“ превазилазећи територијалне границе.<sup>103</sup> Стручњаци који припадају групацији конструктивиста у погледу *soft law* истичу важност транснационалних актера и посебно стављају акценат на заједнице и транснационалне мреже професионалаца који деле заједничке вредности и разумевање<sup>104</sup> и оправдавају, те промовишу хармонизациони „одоздо“ приступ.

Закључујемо да укључење ових нових актера указује на демократизацију у стварању права на међународном нивоу, али потребно је скренути пажњу на могућност презаступљености, те доминације оних који располажу са највише средстава. Наиме, некад може остати скривен податак да меки механизми, иако укључују мноштво актера јесу склони да појачавају моћне хијерархије, привилегујући видљиве и утицајне актере и не узимајући у обзир маргиналне агенде. Очигледно је да се мора уважити чињеница да и поред скептицизма који постоји у погледу основаности концепта међународног меког права, реалност јесте та да државе и други међународни субјекти користе разнолике методе које спадају у *soft law* а чему доприноси све већи број учесника у стварима од међународног значаја.

---

<sup>100</sup> Jose Angelo Estrella Faria, *Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?*, Uniform Law Review, vol. 14, no. 1-2, 2009, p. 13.

<sup>101</sup> J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, p. 173.

<sup>102</sup> Пример је међусобна сарадња агенција за формулисање (напр. UNCITRAL и UNIDROIT), или Европске уније у ситуацији када кроз Комисију финансира рад разних експертских група у ангажовању на хармонизацији европског приватног права.

<sup>103</sup> Gunther Teubner, *Global Bukovina. Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (editor), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, p. 8.

<sup>104</sup> D. Trubek, P. Cottrell, M. Nance, *op. cit.*, p. 14.

#### 1.4.2. Утицај процеса глобализације на обликовање међународног правног система

Модерно доба обележено је унакрсним трендовима с обзиром на то да се свет истовремено глобализује, локализује и одржава *status quo*. Излишно је рећи да је у току глобализација, процес све испреплетанијих прекограничних економских, политичких, социјалних и културних односа. Међутим поред признавања њеног значаја како на међународном, тако и на националном нивоу и свеопште присутности, концепт глобализације је недовољно одређен. Термин се обично користи без залажења у дефинисање али се глобализација не би смела посматрати само као квантитативан већ и као квалитативан процес. Као такав он фундаментално мења међународни систем утицајем на слабљење принципа националне државе и принципа суверености, успоном наднационалних организација, интернета и глобалних корпорација,<sup>105</sup> уз трајне измене и у јавном и у приватном сектору, укључујући ту и промене у природи правних процеса. На напредовање глобализације гледа се као на фактор који утиче на спречавање способности права да ефективно „дисциплинује“ комплексне, динамичне и брзо мењајуће друштвене односе.

Уже посматрано, глобализација права назива се и интернационализацијом права што је процес доношења јединствених или унификованих и усклађених или хармонизованих правила која би се примењивала у целом свету.<sup>106</sup> У практичном смислу, глобализација је као процес стандардизације правила која припадају различитим правним системима наметнута обављањем активности на транснационалном нивоу.<sup>107</sup> Поред тога многе друштвене промене су добиле у модерно време глобални карактер тако да захватају цео свет или његов велики део па се и законодавство које исказује такве промене све мање разликује од државе до државе.<sup>108</sup> Један од одговора на такво стање је и додатни механизам интернационализације<sup>109</sup> односно унификације права на међународном нивоу,

---

<sup>105</sup> Mary Ellen O'Connell, *The Role of Soft Law in a Global Order* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, p. 101.

<sup>106</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 341.

<sup>107</sup> Marcelo Kohen, *Europe and the Standardization of the Law: Past and Present*, према Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 342.

<sup>108</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 63.

<sup>109</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 273.

меко право, које на један начин врши правну глобализацију, даје ветар у леђа том процесу тако што са нивоа међународног улази на национални ниво као тврдо право.<sup>110</sup>

Феномен глобализације константно пред легислативна тела широм света поставља питање како сачинити нове законе и прилагодити постојећа правила тако да се осигура ефикасност у време „глобалног тржишта“ пре свега за корпорације и појединце који послују прекогранично? Експанзија транснационалних пословних односа, доступност добара и услуга широм света преко интернета, животни стил који не познаје границе и навике потрошача далеко су испред правила која регулишу ова питања. Глобализација у овом случају захтева више међународне правне повезаности па можда и унификацију националних и наднационалних (трговинских) закона. Последишно, много је покушаја интернационализације који су били и настављају бити промовисани на разним међународним нивоима. Хармонизација права је дакле основа глобализације која се појавила као одговор на све мањи значај граница у садашњем свету.<sup>111</sup>

Читав 20. век био је век транзиције и глобализације у смислу западњачког економског концепта са значајним правним одликама. Западни правници чак примећују да је ово ера глобализације права која ће неизбежно пратити глобализацију економије, што међутим није и њена прва ера (рецимо средњевековно *lex mercatoria* било је истински скуп глобалних правних правила). Такође, потребно ју је разликовати од процеса економске међузависности који је одликовао међународну заједницу током четири деценије после Другог светског рата а након ког је уследила глобализација те се одвија и данас. У оквиру економске међузависности радило се на макроекономској координацији кроз доминантну улогу субјеката јавног сектора - држава, односно влада. Насупрот томе, у глобализацији се наглашава улога приватног сектора и његових актера који делују на микроекономском нивоу. Оваква промена условљава потребу за преиспитивањем конвенционалних форми међудржавне сарадње који су одговарали претходним условима. У том смислу, конвенције и обичаји нису више адекватни (или бар нису довољни) да обликују односе разних актера који су интегрални делови глобализације, те теоретичари изражавају сумњу у то колико су

---

<sup>110</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 281.

<sup>111</sup> Lars Meyer, *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 34, no. 9, 2006, p. 119.

традиционални методи стварања права на међународном нивоу још увек корисни и употребљиви у новом глобалном окружењу.

На овој критици и разликовању поставља се оквир за све већи значај необавезујућих међународних правних инструмената, односно меког права које уз недржавне актере схватамо као значајне катализаторе и основне елементе даљег успешног развоја и сарадње међународног друштва. У том смислу, *soft law* није алтернатива тврдом праву али може бити и често и јесте први важан корак у савременом процесу који обликује правне везе између бројних актера, олакшавајући и на крају побољшавајући учинковитост транснационалних односа. Може се рећи да је *soft law* последица ширег тренда - растуће деформализације глобалне политике која се добро уклапа са нестајањем јавно/приватног разликовања. Формалне конвенције јесу преферирани инструмент али много регулације се врши кроз неформалне канале, неформалним средствима и кроз неформалне инструменте којима је смисао да произведу нормативне ефекте.

Теоретичари који проучавају глобализацију такође су усредсређени на све битнију улогу недржавних актера и међународних организација на светској сцени те упућују на раскид с традиционалним државним монополем у погледу вођења политике и формалноправних последица истог. У том смислу, *soft law* прописи нису битни само ради олакшавања сарадње у глобализованом окружењу већ се и кроз њих врши значајна интеграција недржавних актера на светску позорницу не би ли се повећао легитимитет међународне политике и процеса стварања права.

Дакле, у условима глобализације коју одликује „међународно право кооперације“ (у односу на „међународно право коегзистенције“ које одговара процесу међузасвисности) оно може бити успешно само уколико међународно право свеопште узевши прошири фокус само са држава и на усвајање флексибилних правних структура и процеса не би ли реалност великог утицаја недржавних актера била уважена.

Закључујемо, у транзицији ка глобалном друштву под окриљем права, *soft law* игра кључну улогу јер новонастали услови захтевају правне технике различитог степена, разноврсније у односу на раније а које ће моћи да укључе више учесника. Глобализација ствара услове за редефинисање међународног правног поретка. Наравно, меко право не може самостално решити изазове и проблеме које поставља глобализација али представља

важно средство за преошћивање растућег раскола између глобалних приватних мрежа и јавних хијерархија везаних територијалношћу.

Процеси глобализације утичу на приватно право не само на начин да захтевају уједначавање правних правила већ и тако да умногоме мењају основе тог права, те развој међународног права мора бити праћен стално мењајућим приступом који уважава глобализацију. Сходно томе, *soft law* представља два велика тренда у глобализацији права: упечатљиво умножавање ствараоца права и с друге стране приватизацију правних режима (која се огледа пре свега у погледу све значајније улоге у процесима стварања права коју врше невладине међународне организације).<sup>112</sup>

Неопходно је и напоменути да иако је глобализација незаустављив процес, постоји приличан број добрих разлога зашто глобализација права (у смислу увођења правног система који би обавезивао широм света) јесте проблематична поставка, не у најмању руку услед очигледне доминације пар светских сила и последично наметања њихових преферираних правних решења. Главно питање које се повезају са таквим потенцијалним развојем ситуације је ко ће диктирати и с којим ауторитетом које је то право најбоље. Уколико би то била међународна организација, која? Проблематична су и питања различитих регионалних и националних интереса, те питање демократског фактора повезаног с легислативним процесима и различитим нивоима снага и утицаја преговарајућих држава.

### 1.4.3. Американизација права

У теорији међународног права истиче се утицај који се врши кроз процес тзв. американизације права којом се тековине *common law* система преносе у *civil law* систем те се тако врши њихова конвергенција. Овај процес указује на значајан утицај америчког права кроз све чешће коришћење енглеског језика на сличан начин како је раније коришћен латински језик на европским универзитетима,<sup>113</sup> што поједини теоретичари

---

<sup>112</sup> А. di Robilant, *op. cit.*, p. 500.

<sup>113</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 343.

називају и лингвистичном доминацијом<sup>114</sup> енглеског језика. Детаљнија расправа о овом феномену превазилази домашаје дисертације те ће се даље изнети само најочигледнији примери утицаја.

Последицом американизације се сматра придавање све већег значаја пракси међународних судова у смислу прецедентног права (па и рецимо у смислу обликовања релевантних ставова о употребној вредности аката *soft law* на нивоу Европске уније), али је потребно нагласити да се на нивоу националних судстава такве промене не примењују. Американизација је очигледна и кроз потискивање значаја каузе као тенденције глобализације видљиве у уговорном праву, као и кроз све веће коришћење модел закона, који јесу пореклом из *civil law* система али су у савременим условима далеко заступљенији у *common law* систему. Такође, утицај овог процеса у области међународног трговинског права посебно је видљив поводом уређења на међународном плану области средстава и обезбеђивања плаћања, те поводом нових облика финансирања. Надаље, у Европској унији се користе типично *common law* инструменти, који спадају у меко право, преузети из правне традиције Велике Британије: тзв. Зелене књиге<sup>115</sup> и Беле књиге.<sup>116</sup>

Значајан пример американизације јесте угледање на специфично америчко правну системску творевину - ристејтменте (енг. *restatements*).<sup>117</sup> Ради се о веома утицајном облику правне литературе, не о извору права у формалном смислу. Наиме, уместо правне кодификације која би резултирала усвајањем закона, Американци користе посебан метод да би учинили *common law* повезанијим и приступачнијим, доношењем ристејтмента као збирки правила које примењују судови у одређеној материји. Доноси их Амерички правни институт с намером отклањања правне несигурности, вршећи вид креативне унификације.<sup>118</sup> Међутим, потребно је нагласити да се ристејтментима као атрактивним

---

<sup>114</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 63.

<sup>115</sup> Зелене књиге су добиле назив по зеленим повезима у којима су били садржани документи за дискусију у парламенту и користе се и у Канади и САД-у. Према L. Senden, *op. cit.*, р. 126.

<sup>116</sup> Беле књиге су званични извештаји о пословима владе предвиђене за дискусију али и уз конкретне предлоге за деловање и разматрање а предавани су у белим повезима. Према L. Senden, *op. cit.*, р. 126.

<sup>117</sup> Термин *restate* значи поновити, понови исказати, преформулисати. Због непостојања одговарајућег термина у домаћој правној терминологији *restatements of law* можемо користити у изворном облику (ристејтмент права) или евентуално превести као зборник права. Међутим, у правној доктрини уобичајно се транскрипт ристејтмент, те ће се на тај начин користити и у дисертацији.

<sup>118</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 351.

узором користи пре свега академска заједница,<sup>119</sup> док континенталноевропске државе не показују интересовање за овај метод.

Ефектима американизације се не треба чудити с обзиром да су „скоро све фундаменталне и далекосежне промене у европском праву и у разумевању права током послератног периода потекле из Америке“.<sup>120</sup> Према неким теоретичарима се процес американизације страствено критикује па се и на *soft law* гледа као на још један образац рецепције америчких категорија, „увезена роба“ које се лоше уклапа у платно европског права.<sup>121</sup> Реторика „мекоће“ окидач је како преувеличаних похвала тако и оштрих осуда, пошто постоји тенденција гледања на *soft law* као на оличење свега што „не ваља“ у Европи или као предају американизацији и глобалном капитализму.

#### 1.4.4. Европеизација права

Европеизација је појам који се различито дефинише у зависности од контекста у којем се израз користи. Опште узевши, реч је о термину којим се означавају сви процеси који се предузимају у циљу стварања Европске уније и остваривања њених циљева, односно израз се не односи само на хармонизацију права већ и на друге институционалне активности.

Конкретније, у оквиру Европске уније, на европеизацију се гледа као на процес унификације или хармонизације кроз прихватање и примењивање од стране приватних и државних институција заједничких стандарда, прво у државама чланицама Европске уније а онда и у осталим европским државама. У погледу технике, европеизацију као специфичан вид хармонизације права, могуће је спроводити методом одоздо, алтернативном активношћу нелегислативних органа и методом одозго на основу овлашћења носиоца јавне власти. Може се тумачити као израз који се користи за

---

<sup>119</sup> На пример, UNIDROIT принципи за међународне трговинске уговоре представљају ристејтменте међународног трговинског уговорног права.

<sup>120</sup> Wolfgang Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, no. 2, 1991, p. 232, према М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 84.

<sup>121</sup> Веома негативан став поводом меког права износи Ugo Mattei, *Hard Minimal Code Now. A Critique of Softness and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, in Stefan Grundmann, Jules Stuyk (editors), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, p. 107, 115.

означавање активности које се предузимају у оквиру Европске уније али и шире с циљем хармонизације права европских држава.<sup>122</sup>

Међутим, поред тога што је европеизација свакако процес који се одвија у оквиру ЕУ и других европских држава - оних које теже прикључењу ЕУ,<sup>123</sup> термин се односи и на утицај европског права као модел правног система, модел закона на комплетан међународни правни систем. Специфичности европског пута стварања онога што се у правној теорији све чешће обележава као ново европско *ius commune* несумњиво постаје модел или чак стандард за унификацију права у другим деловима света.<sup>124</sup> Дакле, ван граница Европе, европеизација се спроводи као процес угледања на законодавство ЕУ као модел закона, понекад и у виду очигледне рецепције права.

Такође, европеизацију можемо посматрати и кроз призму постепеног смањивања, губљења разлика које традиционално постоје између *civil law* и *common law* система; делимично због чланства Велике Британије и Ирске у ЕУ али и због тога што и у овим традиционалним државама неписаног права све више продире рационалности кодификације.<sup>125</sup> Пошто је римско право као колевка приватног права извршило велики утицај не само на континентално-европска већ и на енглеско право разлике које су се касније јавиле могуће је превазићи позивајући се на искуства из римског права „реевропеизацијом“ правне науке, тврде присталице усклађивања правних прописа.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Christian Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge-Cavendish, London and New York, 2008, p. 8, према Srećko Jelinić, Dubravka Akšamović, *Ugovorno pravo Evropske unije na prekretnici*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 1, 2010, str. 204.

<sup>123</sup> На пример, већ на почетку кодификације српског грађанског права указивано је на потребу правне европеизације у смислу угледања на стране законе. Марко Павловић, *Услови, идеје и разлози за правну европеизацију Србије у Србија и европско право*, Крагујевац, 1996, стр. 127-143.

<sup>124</sup> Silvija Petrić, *Uvod u Načela evropskog ugovornog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008, str. 1-2. О значају приватноправних аспеката регионалног и глобалног повезивања најбоље говори чињеница да се на многим европским и америчким универзитетима оснивају посебни институти за изучавање ове области: Центар за међународни развој при Харвард Универзитету (енг. *Center for International Development at Harvard University*, доступно на: <http://www.cid.harvard.edu/> (приступљено 22.02.2014); Институт за глобализацију и одрживи развој при Тилбург Универзитету (енг. *Institute for Globalization and Sustainable Development*, доступно на: <http://www.uvt.nl/globus> (приступљено 22.02.2014); Центар за изучавање глобализације и регионализације при Варвик Универзитету (енг. *Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation*, доступно на: <http://www.warwick.ac.uk/csgr/> (приступљено 22.02.2014).

<sup>125</sup> Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 33.

<sup>126</sup> R. Zimmermann, *Roman Law and the European Legal Unity*, 1994, p. 75, према Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 33.



Битно је напоменути да је једно од главних обележја развоја савременог приватног права у Европској унији јасно изражена тенденција денационализације, све тешње приближавање некада јасно одвојених правних система појединих држава. Такав је развој карактеристична последица све израженијег повезивања тржишта на регионалној или на некој другој основи односно стварања глобалног светског тржишта, те привредни систем тог типа захтева и правне инструменте који ће бити у што вишем степену уједначени.

## **1.5. Процес хармонизације права**

### **1.5.1. Случај вишеструког означавања и недоследне терминологије у вези са процесима приближавања права на међународном нивоу**

У савременој правној теорији се за означавање поступка усклађивања и уједначавања права користи већи број израза сродног значења а од којих међутим сваки има своје посебно правно одређење. Сусрећемо се са појмовима: унификација, униформизација, хармонизација, кодификација, рецепција, регионализација, већ поменуте американизација, вестернизација, и европеизација, конвергенција, приближавање, координација, интернационализација права.

Израз унификација права односи се на поступак доношења јединствених норми с важењем на подручју једне или више држава. Она је процес изједначавања правних норми за правна подручја на којима су до тада важиле различите правне норме. У прилог унификацији иде пре свега начело ефикасности. Инсистира се на усклађености, не и потпуној истоветности. Унификација је вишег интензитета у односу на хармонизацију, пошто циља на установљавање заједничких правила које ће заменити национална. Може бити универзална (намењена свим земљама света) и регионална (уједначавање правила правних система држава одређеног региона). Иако се тежи универзалној унификацији, све су чешће регионалне, што не значи међутим нужно и одустајање од универзалне унификације. Често резултати регионалне унификације „интелектуално подстичу на светску унификацију, мада истовремено смањују и прилике за то“.<sup>127</sup> Унификација може

---

<sup>127</sup>Business Law Brief, June 1989, p. 15, наведено према Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 346.

бити и организована, званична (у оквиру владиних међународних организација) и спонтана (коју спроводе међународне професионалне организације).

Процес униформизације спомиње се пре свега на нивоу Европске уније и посматра се у релацији са процесом унификације. Унификацијом се стварају једнообразна правила која се непосредно примењују од стране држава, што значи да је регулатива једнообразна али да њихова примена може донекле бити различита. Униформизација права постоји када није само регулатива једнообразна већ се постиже и једнообразност и у примени права.<sup>128129</sup>

Израз кодификација односи се на систематско прикупљање и објављивање правних правила с важењем на територији једне или више држава. Некада је карактер кодификација имао изразито национално обележје с функцијом потврде државног интегритета, посебности док је данас ситуација другачија. Штавише, поједини аутори процес кодификација означавају као „темељну константу цивилне традиције, док други пак говоре о „ренесанси униформног права“ која се реализује кроз тзв. други талас кодификација. Чињеница је да нове кодификације имају другачије циљеве и методе, уз много више коришћења упоредних искустава. Такође, одвијају се у оквиру ширег процеса глобализације или у оквиру европеизације, што се може посматрати и као тенденција анационализације процеса кодификације.<sup>130</sup>

Процес рецепције права се односи на процес хармонизације у којој се приликом законодавних активности користе искуства других земаља. Процес рецепције је једносмеран, одвија се у неразвијеним земљама и има за предмет правила развијених држава. Понекад је то добровољно, одређено квалитетом реципираних норми а некада таква ситуација настаје под политичким притиском.<sup>131</sup> Приликом стварања права на националном нивоу неминовно се користе и страни узор. Усваја се текст који понекад веома личи на свој узор из правног система неке друге земље која има развијену правну

---

<sup>128</sup> Ово је, на пример, случај са правом конкуренције у Европској унији.

<sup>129</sup> Атила Дудаш, *Од Начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила*, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 60, бр. 1, 2012, стр. 320.

<sup>130</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 358.

<sup>131</sup> Право Србије обилује примерима рецепције. Данас је то резултат тежње за чланством у Европској унији, док су претходни случајеви рецепције за основу пре свега узимали право германског и француског правног система.

традицију и културу или велики политички и економски утицај. Могу се реципирати и норме међународних уговора или других међународних аката (на пример, модел закона).<sup>132</sup>

Процес рецепције је вишеструко ојачан с једне стране због тога што је захваљујући учењима упоредноправне школе систематско проучавање упоредног права постало неизоставан елемент научног метода, и са друге стране зато што је информација о садржини националног законодавства великог броја држава постала лако и брзо доступна, чему су знатно допринели лингвистичка доминација енглеског језика и изум интернета. Поред тога многе друштвене промене су добиле у модерно време глобални карактер тако да захватају цео свет или његов велики део па се и законодавство које рефлектује такве промене све мање разликује од државе до државе.<sup>133</sup>

Израз конвергенција се употребљава у доктрини тек од недавно те се под њим подразумева приближавање у правном смислу иначе различитих правних решења и правних система.<sup>134</sup>

### 1.5.2. Дефинисање појма хармонизације права

У новије време се све више говори о хармонизацији уместо о унификацији права, како би се нагласило да се не тежи апсолутној једнообразности, већ конвергенцији правних система. Потребно је указати и на то да када говоримо о унификацији и хармонизацији говоримо о с теоријског аспекта јасно раздвојеним појавама и процесима али њихово разликовање, односно разликовање метода и средстава којима се спроводе нема велику сврху у практичном смислу јер питања ових процеса за државе су пре од фактичног него теоријског значаја.

Ипак, хармонизација се састоји у смањивању разлика и одступања између националних правних система, одређивањем модела и резултата који се требају постићи, без наметања обавезне јединствене форме, садржине хармонизованих аката и средства

---

<sup>132</sup> М. Станивуковић, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2012, стр. 399.

<sup>133</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 63.

<sup>134</sup> Jan Smith, *Contract Law in the EU: Convergence or not?*, Tilburge Institute of Comparative and Transnational Law<sup>4</sup>, Working Paper No. 1, 2008, p. 3, према S. Jelinić, D. Akšamović, *op. cit.*, p. 204.

којим ће се то конкретно и остварити.<sup>135</sup> У теорији се истиче да је хармонизација права, као процес у данашњем смислу речи настала под неповољним околностима, као потреба једног нужног стања. Наиме, радило се о томе како пронаћи у науци нове путеве за уједињење различитих права и правних решења. Појављује се у употреби први пут на Конгресу друштва за изједначење права одржаном у Минхену 1954. године под називом „Изједначење или хармонизација права“ у радовима Давида, Малмстрома, Ван Хека, Обина. Претходили су јој многи неуспели покушаји о изједначавању права држава после Другог светског рата, иако су се и пре тога у теорији појављивали слични појмови под другим именом *homogenizacion, equalisacion*, а у Уговору у оснивању Европске заједнице координација, хармонизација, изједначење.<sup>136</sup> Проблем је што се појмови правно изједначење, хармонизирање, хармонизација, правна хармонија од различитих аутора различито користе и један од другог разграничавају па је забуна потпуна.<sup>137</sup><sup>138</sup>

Дакле, хармонизација се односи на процес интеграције који не води стварању униформних норми већ радије креирању уопштених оквира за правна правила успостављајући заједнички циљ што оставља простора разноликим националним спецификацијама.<sup>139</sup> Назива се и координацијом националних права, а не значи ништа друго него прихватање одређених општих правила у оквиру којих је законодавац слободан да према својим потребама мења одређена решења. Одређује се и као метод зближавања националних правних поредака, односно хармонизација постоји када „два или више независних ентитета одлуче да ускладе своја правна правила“.<sup>140</sup>

Овај процес служи двома сврхама које нису међусобно искључиве:

- 1) или да помире различите правне ставове када постоји несугласје;
- 2) или да створе правну реформу када је постојећа регулација застарела, неодговарајућа.

---

<sup>135</sup> *Vocabulaire juridique Capitant*, одредница *Harmonisation*, наведено према М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 60.

<sup>136</sup> Драгољуб Стојановић, *Појам „хармонизирања“, „хармонизације“ и „хармоније“ домаћег права са правом Европске уније*, у Р. Вукадиновић (уредник) *Начела европског уговорног права и југословенско право—прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 96.

<sup>137</sup> Д. Стојановић, *нав. чланак*, стр. 99.

<sup>138</sup> Аутор ће у овом раду ипак ради доследности доминантно користити израз хармонизација права.

<sup>139</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 45.

<sup>140</sup> Christian Kirchner, *A European Civil Code: Potential, Conceptual and Methodological Implications*, *Davis Law Review*, vol. 31, 1998, p. 685, према А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 321.

У оба случаја тежи се крајњем циљу у виду стварања правног оквира и постављања међународних стандарда.

Хармонизација се може вршити на универзалном и на регионалном нивоу. Лакше је изводљива регионална хармонизација (иако универзална свакако јесте и универзални циљ) што је разумљиво јер су државе једног региона по правилу сличнијег правног система а и политички и привредни интереси су снажнији те лакше превладају аутохтоне националне традиционалне ставове. Исти ниво заједничких интереса ређе се постиже на глобалном нивоу.<sup>141</sup>

На нивоу Европске уније посебно је изражена, ако не и проблематична, мада понекад виђена као једино решење - секторска хармонизација која је довела до правног партикуларизма. Управо у земљама ове заједнице су хармонизација и унификација као средства за поспешивање интеграције посебно актуелизована,<sup>142</sup> те постоје два начина њиховог постизања. Суштина првог могућег приступа састоји се у томе да стручна и академска јавност сама треба да формулише одговарајућа правна правила, формално необавезујућа која би временом стекла ауторитет и добила примену у пракси. За разлику од овог, по другом приступу једнообразна правила не би требало да стварају стручна и академска јавност већ би требало да их усвајају носиоци власти, легислативни органи ЕУ. За означавање првог метода уобичајено се користи помињани израз одоздо, док се за други употребљава назив одозго. Поред тога срећу се и изрази инвазивни или централистички односно неинвазивни или нецентралистички концепт уједначавања права.<sup>143</sup> У последње време се употребљавају и нови изрази *imperio rationis* и *ratione imperii*<sup>144</sup> који у правој мери одражавају суштинску разлику између ова два концепта. Наиме, развојни пројекти стручних и академских група у уједначавању права у ЕУ свој ауторитет стичу не снагом закона, већ разложношћу решења садржаних у њима (*imperio rationis*), док хармонизовани или уједначени прописи донети од стране овлашћених легислативних органа Уније своју обавезност намећу снагом свог ауторитета, с позиције власти доносиоца (*ratione imperii*). Први израз у потпуности изражава садржински карактер, суштинску вредност

---

<sup>141</sup> М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 398.

<sup>142</sup> Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права у Р. Вукадиновић (уредник), Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 30.

<sup>143</sup> Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2008, стр. 76.

<sup>144</sup> Horst Eidelmuller, *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 4, 2008, p. 694, наведено према А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 322.

предложених унификованих правила, док други указује на формалноправну обавезност општих аката усвојених од стране комунитарних органа, не улазећи у разложност самих норми.<sup>145</sup> Разлике између ова два метода одражавају и разлике између две велике школе: кодификаторске и просветитељске (енг. *the codifiers and the cultivators*). Оно што дели ове две школе је питање да ли једнообразно право народима Европе треба да буде наметнуто путем закона или народи треба да буду увучени у њега стрпљивим просвећивањем и убеђивањем.<sup>146</sup>

Многобројне инструменте хармонизације и унификације можемо класификовати према различитим критеријумима:

- према субјекту који их саставља (државе, међународне владине организације, међународне невладине организације и удружења, правна доктрина);

- према сврси коју би требало да остваре (да ли непосредно регулишу правне односе или су подлога за стварање прописа од стране националних законодаваца или су пак намењени превасходно као помоћ правним и физичким лицима приликом регулисања диспозитивне сфере односа);

- према карактеру норми које садрже (диспозитивне или императивне);

- према називу инструмента (међународни уговори, начела, једнообразни закони, модел закони, наднационално законодавство, ристејтменти, препоруке међународних организација, општи услови пословања, типски уговори, правни водичи итд.).<sup>147</sup>

Међутим, свака ова подела има релативан значај и подложна је критици јер један инструмент може спадати и у једну и другу групу и слично.

Новом легислативном међународном политиком тражи се и циља на мање а квалитетније легислативе али са друге стране су доминантни захтеви за повећањем употребе других типова регулације, разноразнијих правних модела. С тим у вези је и учестало извођење ових процеса меким правом. У погледу хармонизације *soft law*

---

<sup>145</sup> А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 323.

<sup>146</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 8.

<sup>147</sup> М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 407.

инструментима истиче се њен квалитет неформалног, постепеног, стабилног, актуелног процеса који поштује органски развој и динамику права.<sup>148</sup>

Наравно, конвенције су већ деценијама најбоље, најзначајније и најкоришћеније средство - међутим због потреба за ратификацијом и још мана које ће бити анализирани касније, губе на атрактивности те се појачава рад бројних организација и тела на стварању униформних правила кроз *soft law*.

### **1.5.3. Историјски и савремени услови обављања процеса хармонизације права**

Тренутни контекст хармонизације права се значајно разликује у односу на услове у којима је процес започео. Како само сачињавање права тако је и примена од стране националних система постала сложенија. Данас је у употреби широк спектар инструмената за формулисање и примену униформних правила. Циљ постизања правне сигурности и предвидивости и даље је основна покретачка сила хармонизујућих напора. Међутим, искуство с хармонизацијом права и све веће интересовање правне науке за однос између права и економије обезбедили су додатне аргументе. Од посебне су релевантности они који се односе на позитивну улогу хармонизације и правне реформе у смањивању трошкова и олакшавању пословања на светском нивоу, односно рушење баријера трговини као доминантни економски мотив. Даље, хармонизација сада укључује велики број организација - што владиних институција, што представника приватног сектора. Такође, успоном наднационалних организација, чији је најбољи пример и представник ЕУ, додат је нови елемент процесу стварања права с могућим далекосежним последицама.

#### **1.5.3.1. Различите методе хармонизације права**

Корени процеса хармонизације права могу се пратити од друге половине 19. века. Већ тада се утицај великих европских кодификација (пре свега Француског грађанског законика из 1804. године и Немачког грађанског законика из 1896. године) могао осетити

---

<sup>148</sup> Klaus Peter Berger, *The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification on European Contract Law*, *European Review of Private Law*, vol. 21, no. 9, 2001, p. 28.

на скоро свим континентима, чак и у земљама које нису имале историју колонијалних веза са Старим континентом. Аналогно, у *common law* јурisdикцијама је исти случај био са утицајем енглеске правне традиције и земљама Комонвелта што је створило изузетно хармоничну иако не и униформну правну породицу.<sup>149</sup> Крајњи циљ за многе је била унификација приватног права, која би донела огроман бољитак цивилизованом човечанству.<sup>150</sup>

Оснивање Међународног института за унификацију приватног права - UNIDROIT 1926. године дошло је у време када се идеал унификације права није доводио у питање. Те ране године институционализоване правне хармонизације називане су „републиком учењака“, и заиста рани период рада UNIDROIT развијао се у оквиру истинског, неспутаваног академског дискурса међу стручњацима. У скорије време примећене су значајне промене и изазови традиционалном духу, старим методама, основним претпоставкама и субјектима на пољу међународне хармонизације права. Дакле:

1) Рана ера хармонизације права која је трајала до после Другог светског рата, такође се назива и „прерушеним регионализмом“. Наиме, упркос универзалном пориву и тежњама, активности тела попут Хашке конференције за приватно међународно право или UNIDROIT „биле су ограничене на Европу током дугог временског периода“.

2) Уследио је период јачајућег „универзализма“. Нове организације су основане, укључујући UNCITRAL 1966. године и неколико других органа Уједињених нација. Многе државе ван Европе приступиле су Хашкој конференцији и UNIDROIT, број ратификација и приступања претходно постојећим конвенцијама и споразумима значајно је порастао.

3) Актуелна трећа фаза правне хармонизације назива се „свитање интер-регионализма“. Регионално интегрисане организације, посебно ЕУ, све су више активне на пољу хармонизације. Ове организације чак претпостављају искључиву надлежност над одређеном облашћу права, до те мере да чак преговарају о

---

<sup>149</sup> J. Estralla Feria, *op. cit.*, p. 6.

<sup>150</sup> „Замислите сигурност и спокој ума једног бродовласника, банкара или трговца који зна да се у погледу његових трансакција у страниој земљи примењује практично истоветно уговорно право, право покретности и грађанских деликта праву његове земље“, Lord Justice Kennedy, *The Unification of Law*, Journal of the Society of Comparative Legislation, vol. 10, 1909, p. 212, наведено према J. Estrella Feria, *op. cit.*, p. 6.



инструментима правне хармонизације са државама ван свог региона.<sup>151</sup> У будућности овај тренд може имати неочекиване последице по међународни процес стварања права. Наиме, уколико организације других региона буду пратиле овај образац, може доћи до промене „целокупног институционалног оквира међународних преговора у интеррегионалне преговоре“.<sup>152</sup>

Постоји и нешто другачије гледање на правну историју хармонизације сконцентрисано на период од Другог светског рата и 20. век као век транзиције у коме се може приметити неколико значајних правних традиција. Прво, као резултат два светска рата и процеса деколонизације 60-их и 70-их година, број држава се повећао. Чланство у Уједињеним нацијама је порасло са 50 држава у педесетим на 188 у касним деведесетим годинама и на 193 државе тренутно. Установљен светски поредак са исток-запад и север-југ поделама ушао је у период транзиције деведесетих са колапсом Совјетског савеза. Велики број тржишта новооснованих земаља појавило се на међународној сцени са својим правним системима у транзицији. У оквиру ове правне (р)еволуције пројекти правних реформи црпили су инспирацију, изворе из домаћег права, постојећих страних закона и хармонизованог права од стране разних агенција за формулисање. Па и то хармонизовано право је преговарано и сачињено без учешћа нових, развијајућих тржишта или бар пре него што је већина тих земаља успоставила правни идентитет у јавном међународном праву. Друго, после периода национализације правних система у првој половини 20. века (манифестованих пре свега у земљама *civil law* система кроз националне грађанске или трговинске законике) у другој половини века дошло је до жеље за хармонизацијом. Треће, у последњој деценији 20. века ушло се у нову еру хармонизације у којој су новонастале државе поновно писале законе уз улагање напора да се уваже стандарди хармонизације као главница и основа тих модерних легислатива. Модерна хармонизација често има облик правне трансплантације, извоза правних концепта и правила из индустријализованих нација у новије економије. Више него икада раније постаје очигледно да хармонизација није синоним унификацији. Хармонизација је процес који може резултирати

---

<sup>151</sup> То је случај са приватним међународним правом од када је Европска унија ушла у Хашку конференцију за приватно право.

<sup>152</sup> J. Basedow, *Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration – General Report*, Acts of the Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *Uniform Law Review*, 2003, p. 31.

унификацијом права одређене области, питања, ако се испуне одређени - често утопијски - услови. Четврто, у овом процесу очигледан је процес регионалне економске интеграције и делегације стварања права регионалним међународним организацијама. На тај начин, регулатива која се обично везује за међународно јавно право прелази у домен трговинских трансакција чиме се улази на терен онога што се традиционално сматра међународним приватним правом.<sup>153</sup>

С аспекта Европе, историја приватног права показује циклични развој у коме се оцртавају два правца: правац интернационализација и правац национализација.<sup>154</sup> Наиме, континуитет и дисконтинуитет у приближавању правних система поклапају се са стањима у којима у државама завлада национализам или жеља за припајањем и отвореношћу.<sup>155</sup>

#### 1.5.3.2. Критика савременог процеса хармонизације права

Резултати свих организација које су усмерене на стварање приватног права су изузетни. Неки међутим страхују да се с обзиром на дато мноштво хармонизационих пројеката можда дошло до тачке засићења у погледу овог процеса. Наиме, треба се забринути око реалних могућности да се безбројни тренутни пројекти унификације и хармонизације остваре, односно да се бујица таквих текстова може обрушити на већ преоптерећене „млинове“ националних легислативних органа. Изнад свега, потребно је запитати се да ли све детаљнији рад на унификацији може бити претеран, превише оптерећујућ насрам капацитета праксе да процесуира нове нормe.<sup>156</sup>

На глобалном нивоу број заиста успешних обавезујућих инструментата - мерен у смислу ратификација и домаћих спровођења - остаје мали. Овај парадокс условио је изван песимизам у вези са процесом хармонизације и позива на поновно разматрање

---

<sup>153</sup> Loukas Mistelis, *Is Harmonisation a Necessary Evil? – The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law*, in Ian Fletcher, L. Mistelis, Marise Cremona (editors), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001, p. 22.

<sup>154</sup> Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 29.

<sup>155</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 344.

<sup>156</sup> Heinz Kotz, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 50, 1986, p. 2, према J. Estrella Feria, *op. cit.*, p. 8.

његових циљева и метода. Постоји широко распрострањено мишљење да је „више хармонизације корисно“ али и да је „у светлу практичних потешкоћа искушених у прошлости потребно истражити нове путеве да би се остварили жељени резултати.<sup>157</sup> Преиспитивање и критике се углавном односе на:

1. Недостатке тврдог права - унификација кроз обавезујуће инструменте критикована је, између осталог, због „субоптималних“, неодређено сачињених правила ради постизања политичких компромиса. У том смислу, пажња теорије се усмерава на технике којима се агенције за формулисање користе а које се одвијају на различитим нивоима и укључују различите типове инструмената. Спадају (што је тек једна у мору класификација), према Ферији, Генералном секретару UNIDROIT, у три широке категорије које укључују и тврде и меке акте:
  - легислативни (конвенције, модел закони),
  - интерпретативни (правни водичи и водичи за праксу) и
  - уговорни инструменти (стандардне уговорне клаузуле и правила).<sup>158</sup>
2. Унификацију и питање - зашто и за кога - процес хармонизације такође испашта због неадекватног схватања да се ради о чисто теоријској вежби, лишене практичне вредности и која на крају служи само усхићењу академика или упошљавању бирократије. На пример, хармонизација међународног трговинског права традиционално је оправдавана претпоставком да уклања „правне препреке трговини“ и тако доприноси економском расту. Нажалост, овај постулат који се тиче међународних хармонизујућих напора према некима никада није и емпиријски потврђен, и можда је придодео превише тежине правном аспекту трговине уопште и значају унификоване правне позадине.<sup>159</sup> С друге стране, унификација кроз обавезујуће инструменте оптужена је да је продукт „приватних легислатора“ који су под снажним утицајем лоби група које желе да промовишу своје економске интересе и које раде у условима оскудне одговорности.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> A. Hartkamp, *op. cit.*, p. 81.

<sup>158</sup> J. Estrella Feria, *op. cit.*, p. 9.

<sup>159</sup> J. Estrella Feria, *op. cit.*, p. 10.

<sup>160</sup> Paul Stephan, *Accountability and International Lawmaking: Rules, Rents and Legitimacy*, Northwestern School of Law Journal of International Law & Business, vol. 17, 1997, p. 681, према J. Estrella Feria, *op. cit.*, p. 10.

Сумње поводом процеса хармонизације нису новина, нити је свака критика оправдана и разумна. Па ипак у време све већих буџетских ограничења, тврдње да хармонизација права води правној фрагментацији и економској неефикасности морају се схватити озбиљно. Последишно, мудро је да агенције за формулисање прихвате и узму у обзир било коју примедбу на рачун својих „приступа“ или „алата“. Налажење адекватних одговора на осетљиву критику може захтевати акцију на више нивоа.

#### 1.5.3.3. Предлози за реафирмацију хармонизације права у 21. веку

Предлози за реафирмацију процеса хармонизације односе се на потребе за ревизијом и побољшањем радних метода агенција за формулисање на међународном нивоу, као и на преиспитивање учешћа приватног сектора у међународним легислативним процесима, али и на спровођење правних реформи на националном нивоу држава које хармонизацију изводе.

За почетак битно је да агенције за формулисање препознају ограничења инструмената које стварају и могуће мањкавости својих радних метода. Речено је да ће се будућност хармонизације уговорног права, на пример, састојати из неке врсте интеракције између обавезујућег права међународних конвенција или директива с једне стране и феномена Начела европског уговорног права с друге стране. Другим речима, агенције за формулисање морају да постану флексибилније при одабиру инструмента и у зачињању начина на који тврдо и меко право могу најбоље допуњавати једно друго.

У раним данима хармонизације можда је нагласак и превише био на употреби конвенција, што се може делимично објаснити идеализованом потрагом за правном кодификацијом - интелектуалном колевком процеса унификације. Сложеност савремених светских односа међутим сугерише да би конвенције требало користити „штедљиво“, и то боље у области јавног, мандаторног права. Превелика употреба конвенција која води ниском нивоу ратификација или мањку интереса од стране највећих економских нација, носи са собом ризик од дискредитације процеса њиховог стварања. Међународне организације које се баве хармонизацијом права су, чини се, препознале да међународне конвенције треба разервисати за посебне случајеве који захтевају униформност. Ово је

тренд који би требало наставити. Уколико је виши степен флексибилности пожељан и уколико је одговарајућ конкретној проблематици која се разматра, другачија унификациона техника би у већем броју случајева била пожељнија.

## 2. ДЕФИНИСАЊЕ ПОЈМА *SOFT LAW*

Циљ дисертације је сачињавање кохерентног и аналитичног прегледа и критике концепта *soft law* као и испитивање његовог историјског развоја, основних карактеристика и конкретних правних импликација ове скупине докумената којима се међународна питања регулишу у значајном обиму.

Како је већ истакнуто, једно од основних питања међународног правног поретка односи се на одређивање релевантних извора права. Сложеност међународног права чини компликованим утврђивање постојања права, што објашњава и зашто је карактерисање неког инструмента као извора права једно од најосетљивијих проблема међународној правној доктрини. Формализам који је у том погледу претходно заговаран није одговарајућ реалности нијансираних нормативних односа. Штавише, чак и „најортодокснија“ тела у смислу утврђивања и примене формалних извора права попут Међународног суда правде користе на дневном нивоу елементе попут *bona fide* и принципе међународне заједнице узимајући их у обзир приликом одлучивања о случају, доказујући да постоји другачија конструкција међународног права од оне формално изречене. Традиционалне, класичне форме у којима се међународно право манифестује поред неспорних квалитета мањкавошћу су створиле простор за стварање алтернативних правних облика, а међу њима истиче се феномен *soft law*. Заступамо став према коме се не ради о вештачки створеним инструментима већ о инструментима који су се појавили као одговор на правну потребу изнету пред међународну заједницу. Резултат су реалности и праксе који преобликују међународно право и међународне изворе права.

## 2.1. Термин *soft law*

Мекнаир, истакнути британски стручњак и први председник Европског суда за људска права, сковао је термин *soft law*. Употребрио га је да би означио и издвојио нормативне изјаве дефинисане као апстрактни оперативни принципи добијени кроз судско тумачење. Оно што је он тада сматрао меким у вези с њима била је општост карактеристична појединим правним принципима чија је директна примена у датим спорним ситуацијама била прилично компликована. Даспремон имплицира да Мекнаир можда ни није разматрао и залазио у нијансираност појмова меког договора и меког инструмента, већ је просто указивао на разликовање *lex lata* и *lex ferenda*.<sup>161</sup>

Термин се првобитно употребљавао у оквиру међународног јавног права да би се означиле обавезе државе које су се налазиле негде на пола пута између тврдог права (у смислу конвенције или обичаја) и простих политичких обавеза попут тзв. центлменских договора (енг. *gentleman's agreement*) или препоручених кодекса понашања.<sup>162</sup> У контексту ЕУ, меко право се као термин почело употребљавати од осамдесетих година двадесетог века и оно се углавном односило на необавезујуће инструменте који су иако такви свеједно могли бити водичи за начин на који ће нека институција или агенција вршити своја дискрециона овлашћења у оквиру тврдог права.

Савремено коришћење термина *soft law* у сврху описивања инструмената којима се бави дисертација није опште прихваћено, штавише контроверзно је. Наиме, сматра се да је *soft law* парадоксалан термин јер се односи на амбивалентан феномен. Парадоксалан је стога што се са опште и класичне тачке гледишта владавина права сматра „тврдом“ или у супротном просто не постоји. Амбивалентан је и двосмислен стога што је правна реалност (узимајући у обзир његове правне ефекте и манифестације) често компликована за јасну идентификацију са међународног становишта.<sup>163</sup> Свакако, намеће се закључак да је проблематично у основи разликовање правног и неправног својства неког инструмента те везивање термина *soft law* за једну одређену ствар. Многе норме и инструменти чак и у

---

<sup>161</sup> J. D'Aspremont, *The Configuration of Formal Ascertainment of International Law: The Source Thesis, Formalism and the sources of International Law*, New York, Oxford, 2011, p. 1081.

<sup>162</sup> Anthony Aust, *The Theory and Practice of Informal International Instrument*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, 1986, p. 787.

<sup>163</sup> Pierre Marie Dupuy, *Soft Law and the international Law of the Environment*, *Michigan Journal of International Law*, vol 12, no. 2, 1991, p. 420.

традиционалним формама или које су прошле традиционалну процедуру стварања права ипак могу сигнализирати мало истинске посвећености у погледу сагласног понашања. Стога неки теоретичари сматрају да се термин меко право може користити да се означе инструменти према којима се има низак ниво правних очекивања.<sup>164</sup>

Ипак, према нашем мишљењу иако израз *soft law* није савршен, дефинитивно јесте задовољавајући тзв. кишобран концепт који адекватно обухвата проблематично поље између права и неправда и показује се конструктивним у смислу уважавања реалности правних ефеката који инструменти овог типа остварују. Њиме се покрива мноштво разних инструмената, разних карактеристика који остварају разне функције. Такође, њиме се врши разлучивање широке категорије одступања од тврдог права и с друге стране од просто политичких договора код којих постоји потпуно одсуство легислативе. Чак се у погледу кишобран концепта меког права шире посматра и скуп правила понашања чији правни статус није сигуран или јасан а који нису правно обавезни. Такође, за њега не постоји задовољавајућа алтернатива јер је просто разликовање „правно обавезујуће и необавезујуће“ исувише црно-бело, као и једноставно карактерисање ових аката као атипичних.<sup>165</sup> У литератури постоји још неколико израза коришћених да се означи овај феномен: неформални инструменти (што је пример непрецизног одређивања), псеудо или квази легислатива (још једно широко, нејасно дефинисање), док се у неким случајевима користи и израз административна правила (што је случај преуске деноминације).

Међутим, постоје и противници коришћења израза *soft law*, попут Билдера<sup>166</sup> који наводи да се чини неприкладним и некорисним да се овај термин користи да би се означили инструменти који нису састављени у правној форми и који нису осмишљени тако да буду правно обавезујући, те ни нису право у традиционалном смислу речи. Он упозорава да би употреба термина право да се означе ови акти учинила нејасним разликовање права од неправда, те би се тако обезвредила актуелност права у традиционалном смислу речи. Стога предлаже као алтернативу коришћење термина „меке међународне норме“ или „необавезујуће норме“. Клаберс је, на пример, још категоричније критиковао употребу овог термина<sup>167</sup> поготово уколико би се она заснивала на

---

<sup>164</sup> R. Bilder, *op. cit.*, p. 71.

<sup>165</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 110.

<sup>166</sup> R. Bilder, *op. cit.*, p. 71.

<sup>167</sup> J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996, p. 172.

разлучивању меког права од тврдог на основу тога што је потоње подложно извршењу и санкционисано а *soft law* то није.

Са друге стране, Шелтон, велики ауторитет у овој области, признаје да је погрешно називати необавезујуће инструменте правом, па користио се израз уз префикс меко или не, иако то већина академика учестало чини из разлога поједностављивања и практичности. Стога и сама користи израз *soft law* као синоним за нормативне изјаве садржане у инструментима који нису правно обавезујући.<sup>168</sup>

Према нашем мишљењу термин *soft law* је адекватан и устаљен до те мере да је несврхисходно опирати се његовој употреби, поготово када се у светлу диспозитивности његове садржине толико суштински и функционално поклапа са основним начелима и праксом међународног трговинског права о чему ће у даљем излагању бити више речи.

## **2.2. Различитост дефинисања и одређивања правне природе *soft law***

Како у правној науци, тако и у пракси, прихваћена је чињеница постојања *soft law* као интегралног дела међународног правног система. Тешкоће настају онда када се покуша теоријски објаснити то постојање и његове карактеристике, у виду проблема јасне разлике *soft law* и *hard law* (схваћеног као право које представља прецизне, санкционисане правне норме) и проблема ширине онога што би се под *soft law* подразумевало (јер било шта што сличи тврдом праву може се сматрати формом меког права). *Soft law*, према нашем мишљењу, представља скуп правила без правних санкција, која не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, али које су као вид алтернативних хармонизационих средстава често увод у *hard law*, чиме обележавају и редефинишу модерне тенденције међународних нормативних активности.

Наиме, у брзо мењајућим условима који се тичу међународног правног поретка, можда није могуће пружити одмах конкретан, задовољавајући и потпун одговор на питање постојања и карактеризације нових извора права (или нове динамике старих извора) али је очигледно постојање сиве зоне које је данас испуњена концептима попут *soft law* које је

---

<sup>168</sup> D. Shelton, *Soft Law. Handbook of International Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 322, 2008, p. 1, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003387](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387) (приступљено 26.01.2016).



неопходно истражити. Па ипак, иако концепт меког права постоји годинама, међу теоретичарима нема консензуса о томе да ли *soft law* јесте кохерентна аналитичка категорија. Нелагода која постоји међу теоретичарима великим делом потиче из амбивалентности самог феномена. Такође, не постоји тврди инструмент који препознаје постојање појма попут *soft law*, већ га је развој доктринарне мисли створио како би се објаснили нови феномени у вези са међународним нормативним стваралаштвом. Последично, не постоји универзално прихваћена дефиниција овог појма, нити могућност препознавања једне као најауторитативније. Наиме, дефиниција меког права је онолико колико је и аутора текстова с обзиром на то да сви пишу о њему из различитих перспектива. Па и када се приступи дефинисању, неретко су то негативне дефиниције, тј. оне које описују појам супротстављајући га познатим, неспорним категоријама. Уобичајено се *soft law* посматра као супротност у односу на јасне моделе државног стварања права на хоризонталном и вертикалном нивоу. Поједностављено се износи да се „јединица тврдог права“ састоји из норме и принудног елемента док „јединицу меког права“ чини само норма.

Може се приметити да је порекло супротстављених ставова о *soft law* у томе што је схватање њега дубоко повезано са субјективним схватањем међународног права па и права уопште, чиме разлике постају и остају непомирљиве. Тако су с једне стране заступници идеје према којој бинарни поглед на право није у стању да објасни сложеност међународне праксе или који виде меко право као инструмент развоја тврдог права. Њима се супростављају они који *soft law* сматрају сувишним јер се оно претвара у тврдо право или ни у шта, служи само сврси научника, опасно је деформализујуће у погледу инструмената којима се право препознаје или уопштено слаби ауторитет права. На поимање меког права утиче и одабир става да ли се на право гледа као на средство којим се утиче на суздржавање субјеката од неког деловања или као на средство за трансформацију, способно да мења активно понашање субјеката.

Једина ствар која јесте јасна с аспекта правника је да се не ради о тврдом праву а нејасно је шта тако неодређен, негативно дефинисан појам укључује. Неки аутори би ту укључили привидно неправно обавезујуће декларације (где противници такве идеје враћају у оптицај поимање да уколико нешто није правно обавезујуће, не може бити ни меко правно обавезујуће); други аутори би укључили високо дискреционе одредбе у иначе

тврдим споразумима (што се критикује ставом да се тако мање више све може подвести под *soft law* пошто многе одредбе споразума остављају нешто дискреционог простора); неки би укључили резолуције које проистичу из међународних организација (што би се критиковало ставом да такве организације односно њихови органи немају овлашћења да стварају право па тако ни *soft law*); други износе да све што обезбеђује нормативно упутство актерима мора некако бити право, да ли тврдо или меко<sup>169</sup> (на шта се одговара да уколико су нормативни ефекти оно што је битно онда све може бити право а уколико је све право, онда ништа није право).<sup>170</sup>

Даље, дати позитивну дефиницију меког права велик је изазов између осталог и зато што је толико различитих и комплексних *soft law* режима ((на пример, у ЕУ то су препоруке, мишљења, водичи; разне корпорације издају кодексе понашања; трговинске асоцијације такође издају утицајне водиче; ново *lex mercatoria* је меко право прикупљено од стране глобалних трговаца (Принципи UNDIROIT за међународне трговинске уговоре и Инкотермси Међународне трговинске коморе, стандардизовани уговори, модел закони); академици такође у оквиру експертских група стварају *soft law* (Ландови принципи су такав пример заснован на америчким ристејтментима)). На основу изнетог јасно је зашто се за *soft law* каже да је вид докумената непрепознатљиве, неодредиве природе.<sup>171</sup> Ради ли се о политичким или правним инструментима питање је на које јасан одговор не могу дати ни заговорници корисности *soft law*. Тако Фицморис износи: „*soft law* је један од оних феномена међународног права који збуњује међународне правнике и ствара неслагање у погледу сопственог правног карактера и правног ефекта.“<sup>172</sup>

Када се ипак приступи дефинисању овог појма најчешћи заједнички именитељ који се користи односи се на правну обавезност, односно недостатак исте што објашњава зашто већина дефиниција циља на утврђивање тога има ли *soft law* или не неки вид правне снаге. Најједноставније би било заузети поменути бинарни став и рећи да уколико је меко право меко онда оно ни није право, што би међутим било неосновано и површно поједностављивање. Други аутори покушавају да укажу на то да је *soft law* само фаза у

---

<sup>169</sup> Jose Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, Oxford, 2005, p. 23.

<sup>170</sup> J. Klabbers, *Review of Jose Alvarez, International Organizations as Law Makers*, *International Organizations Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 153-158.

<sup>171</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 368.

<sup>172</sup> Malgosia Fitzmaurice, *International Protection of the Environment*, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, The Hague, Boston, London, 2001, vol. 293, p. 100.

којој се право може наћи пре него што достигне своју чврстину у стриктном смислу. У том погледу, оно се назива правом у настајању, правом које инспирише, припремним правом или незрелим правом. С друге стране, приметни су и ставови аутора који *soft law* не посматрају у контексту критеријума обавезности. Према њима оно јесте нормативни феномен упркос недостатку обавезности и немогућности примене принципа *pacta sunt servanda*. Наиме, меко право је нормативно према критеријуму установљавања правила понашања или стремљења ка утврђивању начела применљивих на међународну заједницу. Неки аутори пак покушавају да сагледају разлику између тврдог и меког права на основу последица које произилазе из кршења једног или другог, тврдећи да се кршењем тврдог права повлаче правне последице а кршењем меког политичке. То је међутим прилично збуњујућ начин да се тестира нормативност.

Дакле, чињеница је да је правна доктрина свесна постојања феномена који има правне последице у међународној арени иако сам по себи не одговара традиционалним концепцијама међународног права. Покушаји дефинисања обележени су коришћењем разноврсних основних критеријума: узрока, ефекта, импликација, примера, проблематичности, статуса, циља, субјекта, учесника, садржаја и слично. У сваком случају, могуће је идентификовати различите сорте норми које спадају у *soft law* а које су различитих природа и порекла.

Јасно је да заузимање става о *soft law* или приклањање једној теоријској струји није једноставно. Они који се залажу за меко право убрајају међу себе „ентузијасте“ који заговарају широку употребу, те хвалу овим инструментима, док опрезнији теоретичари са задршком препоручују хибридни модел.<sup>173</sup> Заступници тврдог права пак броје међу собом и оне скептичне али и оне експлицитно против меке нормативне реторике.

Правци размишљања о меком праву према Шаферу и Полаку<sup>174</sup> могу се класификовати на позитивистички, рационалистички и конструктивистички приступ.

Позитивистички приступ заступају аутори<sup>175</sup> према којима *soft law* у суштини није право јер је правно необавезујуће - оно је оксиморон а обавезе које из њега проистичу

---

<sup>173</sup> В. Хибридна теорија, стр. 15.

<sup>174</sup> Gregory Shaffer, Mark Pollack, *How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists*, Society of International Economic Law Online Proceedings Working Paper, No. 45, 2008, p. 2, доступно на: <http://www.ssrn.com/link/SIEL-InauguralConference.html> (приступљено 8.06.2013)

нису ни меке ни тврде јер уопште нису право. Многи међу њима међутим не занемарују га у потпуности јер може бити одскачна даска за тврдо, класично право, те на тај начин неправо може прерасти у право.<sup>176</sup>

Рационалисти, мање критички настројени, тврде да државе могу бирати између инструмената једног и другог права, зависно од нивоа спремности да промовишу одређено решење. Они су уверени да и меко и тврдо право могу бити од користи државама у зависности од прилика тако да ни једно ни друго није супериорно само по себи те да без проблема могу упоредо функционисати.<sup>177</sup> Ипак, рационалисти су ослањајући се пре свега на економске факторе склони да наглашавају доминантну улогу тврдог права у превазилажењу неповерења између субјеката које је карактеристично за застареле међународне односе.

Конструктивисти истичу да је *soft law* веома погодан механизам за усклађивање односа међу државама. За њих је главни критеријум питање ефикасности ових инструмената а не да ли су формално обавезујући или не и истичу да у неким ситуацијама *soft law* може постићи боље резултате него *hard law*, уз подсећање да је скоро цело међународно право на неки начин меко. Поготово истичу околност да је *soft law* једини инструмент који невладин сектор има на располагању и то да оно може послужити као катализатор приликом промена у односима међународног и унутрашњег права. Конструктивисти се ослањају на друштвени контекст и на логику одговарајућег уз истраживање тога како ове норме могу имати независан, конститутиван ефекат и наглашавају значај разноврсних институција и организација.

### **2.3. Постојећа правна мисао и теоријски ставови поводом *soft law***

Сматрамо корисним да оцену вредности прописа груписаних у појам меког права илуструјемо представљањем постојеће правне мисли на ову тему, не би ли се њиховом

---

<sup>175</sup>Anthony D'Amato, *International Soft Law, Hard Law, and Coherence*, Northwestern Public search Paper, No. 08-01, 2008, p. 34, доступно на <http://ssrn.com/abstract=1103915> (приступљено 12.03.2013).

<sup>176</sup> В. Бинарна теорија, стр. 11.

<sup>177</sup>A. Guzman, *The Design of International Agreements*, *The European Journal of International Law*, vol. 16, no. 4, 2005, p. 591; A. Guzman, T. Meyer, *International Soft Law*, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, no. 1, 2010, p. 171.

анализом дошло до најчешћих и најприхваћенијих заједничких карактеристика појма *soft law*.

Као што је већ истакнуто, у литератури постоје крајње опречна дефинисања појма *soft law*. Опсежне научне дебате у закључцима варирају од заступања ставова према којима се *soft law* одриче својство права, преко тврдњи да се оно најбоље разуме као континуум или спектар између потпуно обавезујућих договора и пуких политичких ставова,<sup>178</sup> па до аргумената у корист *soft law* као правила деловања која немају правно обавезујућу снагу, али ипак производе правне последице у практичном смислу. Износи се да је оно у дну легислативне хијерархије, заузима поље сенки између права и неправда, основа је правних платформи и пилот пројеката, те да је концепт с више лица чији је однос са тврдим правом уједно и супротстављен и суптилан. Истиче се да се *soft law* креира с хармонизационим очекивањима да ће његовим правилима бити дата снага права кроз евентуално прерастање у међународну конвенцију, обичај или обавезујући акт на националном нивоу.<sup>179</sup> У афирмативном смислу, наводи се да *soft law* представља веома значајан и користан инструмент који уноси потребну динамику и флексибилност у међународно право и који омогућава хитрије реаговање од класичних извора права, адекватно је када постоји потреба за *ad hoc* интервенцијама, отвара могућност лакшег деловања у више поступних корака јер се лакше мења, флексибилније је, рефлексивније, консензуално.<sup>180</sup> Такође, на нивоу Европске уније се у вези са *soft law* редефинише традиционална подела извора права на примарне и секундарне и инсистира се на томе да се прописи меког права посматрају као нова, терцијарна група извора која испуњава претправну, постправну и паракправну функцију.<sup>181</sup>

Бакстер 1980. године и Вајл 1983. године изнели су основне, веома релевантне иако опречне приступе питању меког права. Бакстер види *soft law* као неограничену различитост којом међународно право изражава „различит интензитет договора“ кроз различите нивое убедљивости и консензуса који су инкорпорисани у договоре и такође кроз различите норме обичајног међународног права у смислу пристанка, прецизности и

---

<sup>178</sup> A. Guzman, T. Meyer, *op. cit.*, p. 175.

<sup>179</sup> T. Meyer, *Soft Law as Delegation*, *Fordham International Law Journal*, vol. 32, no. 8, 2009, p. 898.

<sup>180</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 277.

<sup>181</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 55.

релевантности.<sup>182</sup> Вајл је сагледао феномен кроз веома цитирану и ауторитативну теорију још тада изнету о критичном погледу на релативну нормативност. Упозорава да се не замагљује линија између нормативних и ненормативних правила и нормативних и пренормативних аката у међународном процесу стварања права.<sup>183</sup> Према њему *soft law* су договори с непрецизним облигацијама у том смислу да се широк спектар понашања може сматрати понашањем сагласним с нормама.

Кастањеда пружа аргументован поглед на *soft law*. Прво, разјашњава да се увек појављује у виду инструмента - писаног документа. Тиме се искључује могућност мешања меког права са вербалним нормама или обичајним правом иако се оно може користити као доказ постојања *opinion juris* да би се доказало постојање новог обичајног правила.<sup>184</sup> Такође отклања и поистовећивање меког права са тзв. меким обичајним правом које оправдано сматра само обичајним правом које се тек формира и кристалише на међународној правној сцени, те је термин непотребан и нетачан. Друго, указује на спонтано извирање *soft law* и то где се може пронаћи. Према њему оно може бити како у инструментима тврдог права тако и у политичким документима и другим неправним документима што конституише нелегално меко право. Легално меко право односи се на правила понашања изнета у споразумима који се сматрају конвенцијама према међународном праву али без директних облигација. То су неодређене, максимално апстрактне норме без могућности директне примене. С друге стране, нелегално меко право је оно на шта се углавном односи само главно значење термина. У том смислу односи се на необавезујуће инструменте попут декларација, водича међународних организација или невладиних организација где су та правила изнета у облику права.<sup>185</sup> Кастањеда закључује да су меко право правила понашања нормативног профила која не одговарају шеми Статута Међународног суда правде. Треће, када говори о стварном утицају *soft law* истиче да оно ствара очекивања, саветује, генерише праксу, утврђује ставове, тумачи или мобилизује јавно мишљење. Стварају га државе, међународне организације и приватни субјекти од извесног међународног значаја попут препознатљивих невладиних организација или мултинационалних организација доминантних у одређеним областима.

---

<sup>182</sup> Richard Baxter, *International Law in 'Her Infinite Variety'*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, no. 4, 1980, p. 566.

<sup>183</sup> P. Weil, *op. cit.*, p. 417.

<sup>184</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 379.

<sup>185</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit.*, p. 384.

Надаље, једна од најцитиранијих, ауторитативнијих и свеобухватних дефиниција је она коју је поставила Чинкин 1989. године према којој су меко право: „инструменти у рангу од споразума, али који садрже само меке облигације (легално меко право) до необавезујућих резолуција и кодекса понашања формулисаних и прихваћених од стране међународних и регионалних организација (нелегално меко право) до изјава припремљених од стране појединаца у невладином капацитету али који постављају међународне принципе.<sup>186</sup> Њен став је далекосежан, према нашем мишљењу, и уважава разлоге за и против примене *soft law* пре свега у економској сфери, узимајући у обзир и његов утицај на процесе стварања међународног права.

Кис и Шелтон у афирмативном тону тврде да се ради о необавезујућим политичким инструментима који могу решавати хитне глобалне проблеме заобилазећи противљења једне или више држава, уз избегавање доктринарних баријера у смислу недостатка њиховог пристанка да буду обавезане нормом.<sup>187</sup> Шелтон на другим местима износи да је меко право врста инструмената где примена принципа *pacta sunt servanda* није могућа,<sup>188</sup> те да су то нормативне провизије садржане у необавезујућим текстовима.<sup>189</sup> Шелтон је аутор већег броја текстова о меком праву, док је предводник и уредник једног од најважнијих истраживачких подухвата на овом пољу „*Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*“<sup>190</sup> финансираним и спроведеним од стране Америчког друштва међународног права у ком она и низ стручњака подвргавају анализи необавезујуће норме и разматрају њихово спровођење, односно понашање међународних субјеката у складу с њима. Паувелин, Џост, Весел и Воутерс, уредници зборника о неформалном међународном стварању права, допринели су анализи ове области кроз поглед на *soft law* из перспективе неформалности добијеног инструмента, неформалности самог процеса и неформалности субјеката који их доносе а све у покушају да дођу до одговора на питање да ли та и таква неформалност угрожава

---

<sup>186</sup> C. Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989, vol. 38, p. 850-866.

<sup>187</sup> Charles Kiss, D. Shelton, *Guide to International Environmental Law*, Leiden, Boston, 2007, p. 9.

<sup>188</sup> D. Shelton, *Soft Law. Handbook of International Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 322, 2008, p. 125, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003387](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387) (приступљено 26.01.2016).

<sup>189</sup> D. Shelton, *Soft Law. Handbook of International Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 322, 2008, p. 292, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003387](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387) (приступљено 26.01.2016).

<sup>190</sup> D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000.

веродостојност транснационалног процеса стварања права.<sup>191</sup> Даспремон и Албертс, уредници зборника радова „Симпозијум о меком праву“ покренули су дебату о меком праву коју су развили Елис и Голдман са супротстављеним и преплитајућим теоријским приступима. Елис сумира да је улога афирмације *soft law* у изазивању истраживања и дебате о природи, изворима, валидности и легитимитету права.<sup>192</sup>

Абот и Снидал имају интердисциплинарни приступ и заобилазе критике упућене меком праву да би тврдили да његов домен почиње једном када су правни аргументи ослабљени у смислу одсуства једне или више димензија облигације, прецизности или делегације.<sup>193</sup> Сенден сматра да су то правила понашања изложена у писаним инструментима којима није придодата правно обавезујућа снага као таквима али који без обзира могу имати извесне (посредне) правне ефекте и који циљају на и могу произвести практичне последице.<sup>194</sup>

Гузман и Мејер такође наводе да су то необавезујућа правила или инструменти који интерпретирају или пружају увид и боље разумевање правних правила, те представљају обећања која заузврат стварају очекивања у вези с будућим понашањем.<sup>195</sup> Мејер самостално износи да су то квазилегални инструменти који не стварају директне легално обавезујуће ефекте али који су продрли у међународни регулаторни пејзаж и постављају стандарде у пољима трговине, заштите животне околине, људских права, наоружања.<sup>196</sup> Сматра да оно јесте кохерентна аналитичка категорија те да је разматраће *soft law* у теорији испод минималних и оптималних граница академских интересовања. Одређује га као међународне облигације које иако саме по себи необавезујуће ипак јесу створене с очекивањем да ће имати односно да ће им бити дати неки правни ефекти кроз обавезујуће међународне или домаће правне акте који су с њима у вези. Герсен и Познер наводе да се *soft law* састоји од правила која нису створена тако да су у сагласности са свим процедуралним формалностима потребним да дају правилима легални статус па ипак могу утицати на понашање других субјеката који стварају право, те на јавност.<sup>197</sup>

---

<sup>191</sup> Pauwelyn Joost, Ramses Wessel, Jan Wouters (editors), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012.

<sup>192</sup> J. D'Aspremont, Tanja Aalberts, *Symposium on Soft Law*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, 2012, p. 372.

<sup>193</sup> K. Abbott, D. Snidal, *op. cit.*, p. 422.

<sup>194</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 112.

<sup>195</sup> A. Guzman, T. Meyer, *op. cit.*, p. 173.

<sup>196</sup> T. Meyer, *op. cit.*, p. 889.

<sup>197</sup> Jacob Gersen, Eric Posner, *Soft Law*, *Stanford Law Review*, vol. 61, 2008, p. 1.



Аврамовић меко право сматра додатним механизмом интернационализације права на међународном нивоу који је нови извор права иако нема њихове јасно дефинисане одлике ни у формалном, ни у материјалном смислу, на известан начин представљајући супротност међународним императивним нормама - *jus cogens*. Њих доносе међународне организације различитог нивоа, значаја и профила, али без обзира на тако неодређени круг доносилаца, та правила често регулишу веома деликатне области живота. Наиме, основна особина меког права је да има тенденцију прерастања у класично *hard law*, и да често представља први корак на том путу. Оно је вид логистичке припреме за будуће законодавство и за пресељење жељених, упућујућих, инструктивних, норми у сектор формално обавезујућих.<sup>198</sup> Вулетић истиче да је *soft law* необезбеђени нормативни оквир чија је примена условљена искључиво вољом адресата норми. Тај нормативни оквир обухватао би све оно што формално наликује праву, има облик или наличје правног акта попут декларације, препорука и слично. Номотехничка структура је оно што га разликује од пуких политичких обећања, док је правна необавезност и примена која зависи искључиво о доброј вољи адресата јесу елементи који разликују меко право у односу на право у објективном и субјективном смислу.<sup>199</sup>

Према Дупају *soft law* је изазивач проблема јер или није још увек или није право уопште.<sup>200</sup> Према њему феномен убрзане светске нормативне динамике не може се носити са успореним процесима везиваним за међународне конвенције или обичајно право, чиме се поставља захтев за ефикасном формулом која је способна да одговори на тренутне међународне односе. У том смислу, *soft law* ствара значајан допринос у успостављању новог правног поретка у таквом брзо развијајућем и неуређеном пољу. Дупај такође сугерише да се „новије“ државе, оне настале након 50-их година двадесетог века користе меким правом као средством за револуционаризацију међународног права. Такође износи становиште према коме *soft law* не треба сматрати нормативном болешћу већ радије симболом садашњице и последицом нужде.<sup>201</sup> Бесон сматра да меко право није извор права већ је врста посредног међународног правног исхода чија се легалност може испитивати и

---

<sup>198</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 273-274.

<sup>199</sup> D. Vuletić, *op. cit.*, p. 1013.

<sup>200</sup> P. M. Dupuy, *op. cit.*, p. 420.

<sup>201</sup> P. M. Dupuy, *op. cit.*, p. 421.

чија је нормативност као права скоро непостојећа.<sup>202</sup> Снајдер тврди да се *soft law* односи на оне регулаторне инструменте и механизме који иако указују на меку врсту нормативне обавезаности, ипак нису засновани на обавезујућим правилима режима формалних санкција. Он износи да се меко право тиче правила понашања које у принципу немају правно обавезујућу снагу али који и без обзира на то имају практичне ефекте.

Бирни и Бојл заузимају став према коме *soft law* збиља има ауторитет и јесте извор права, иако то није на начин на који то јесу традиционални извори наведени према члану 38. Статута Међународног суда правде. Они наводе бројне разлоге у корист веровања у његову правну природу. На пример, они су пажљиво преговаране, често веома опрезно сачињене изјаве, којима је у много случајева намеравано придодати нормативни значај и правни ауторитет. Код њих постоји елемент обавезивања у смислу добре воље, те очекивање да ће се по таквом инструменту поступати, чиме ће се утицати на праксу државе и обликовање законодавне намере те последичног напретка.<sup>203</sup> Додатно, за њих се сматра да су механизми за решавање, нагодбе поводом међународних контроверзи. Бојл наводи и да их посматра као велики број правно необавезујућих инструмената коришћених у савременим међународним односима од стране држава и међународних организација.<sup>204</sup> Према Клаберсу то су инструменти подобни да произведу правне ефекте али не и инструменти који могу постати истинско право.<sup>205</sup> Према његовим првобитним ставовима *soft law* је излишна категорија јер традиционална бинарна концепција права јесте способна да извршава функције уобичајено приписане меком праву иако се не може рећи да је оно правно незначајно.<sup>206</sup> Клаберс је интересантан пример развоја теоријске мисли и мењања ставова поводом овог питања. Иако је у својим почетним излагањима на ову тему сматрао стварање нове категорије степена права излишним, чак непожељним, његова скорија становишта признају неизбежно постојање *soft law* с обзиром на брзо мењајуће односе међународног система. Коначно, данас прихвата да је меко право веродостојна форма у којој се право може појавити. Стога износи да оно заузима правни положај упркос поимању да је једно од неизвесности које са собом носи глобализација.

---

<sup>202</sup> S. Besson, *op. cit.*, p. 9.

<sup>203</sup> Patricia Birnie, A. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford, 2002, p. 25.

<sup>204</sup> A. Boyle, *Soft Law in International Law- Making*, in Malcolm Evans (editor), *International Law*, 2005, pp. 141-157.

<sup>205</sup> J. Klabbers, *The Redudancy of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, no. 2, 1996, p. 167; J. Klabbers, *Reflections on Soft Law in a Privatized World*, *Lakimies*, vol. 104, no. 7-8, 2006, p. 387-398.

<sup>206</sup> J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, no. 2, 1996, pp. 167-168.

Према Весирски *soft law* инструменти су неодређене, неспроводиве правне норме које стварају очекивања у оквиру међународног понашања.<sup>207</sup> Крафорд их одређује као изворе који указују на то како се државе требају понашати на специфичан начин.<sup>208</sup> Према Рифагену то је најнижи међународни ниво обавезивања и сагласности после неправног нивоа.<sup>209</sup> Голд их сматра неодређеним облигацијама које производе слабе заповести.<sup>210</sup> Даглас их разуме као стандарде понашања који указују на то какво право треба бити.<sup>211</sup> Жоаким их дефинише као инструменте нормативне природе без правно обавезујуће снаге који се примењују на основу вољног усвајања.<sup>212</sup> Кенет их одређује као инструменте којима се адресирају ствари од политичког значаја на дипломатском нивоу.<sup>213</sup> Колер их схвата као норме за које се подразумева да се не могу извршити применом јавне силе али с којима се поступа у складу услед поштовања ауторитета ствараоца норми, из разлога социјалног конформизма, прикладности, из разлога потраге за предвидивошћу и извесношћу, те из страха од осуде. Хилгенберг сматра да су то међународни договори који нису закључени као конвенције те стога нису покривени Бечком конвенцијом о праву међународних уговора а играју важну улогу у међународним односима. Разликовање је у последицама кршења облигација што међутим не оправдава дискредитовање утицаја оваквих норми.<sup>214</sup>

Вилијамсон сматра да су то норме које настоје да обликују међународно понашање.<sup>215</sup> Ингелс се везује за нормативни елемент меког права који је на клизећој скали

---

<sup>207</sup> Tadensz Grunchalla-Wesierski, *A Framework for Understanding Soft Law*, *McGill Law Journal*, vol. 30, 1984, pp. 37-88.

<sup>208</sup> Cynthia Craford, *Hard Law vs. Soft Law: Unnecessary Dichtomy? International Monetary and Financial Law Upon Entering The New Millenium: A Tribute to Sir Joseph And Ruth Gold*, *British Institute of International and Comparative Law*, 2001, pp. 1433-1441.

<sup>209</sup> Willem Riphagen, *From Soft Law to Ius Cogens and Back*, *Overdruk van: Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 17, 1987, p. 85.

<sup>210</sup> Joseph Gold, *Strengthening the Soft International Law for Exchange Agreements*, *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 457.

<sup>211</sup> Branson Douglas, *Teaching Comparative Corporate Governance: the Significance of "Soft Law" and International Institutions*, *Georgia Law Review*, vol. 34, 2000, p. 670, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=253950](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253950) (приступљено 22.05.2015).

<sup>212</sup> M. J. Bonell, *Brendan Brown Lecture Series: UNIDROIT Symposium: Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT principles*, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, p. 234.

<sup>213</sup> Steven Kennett, *Hard Law, Soft Law and Diplomacy: the Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment*, *Alberta Law Review*, vol. 31, 1993, p. 653.

<sup>214</sup> H. Hillgenberg, *op. cit.*, p. 499.

<sup>215</sup> Richard Williamson, *Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypothesis (is International Law Relevant to Arms Control?)*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, 2003, p. 61.

од обавезности права до неправа, синоним за *pre droit* и *droit vert*.<sup>216</sup> Оливијер *soft law* дефинише као транзициону фазу у развоју норми у којој је њихов садржај неодређен а у којој су њихова ширина, поље, обухват непрецизни, док Земанек примећује да су то правила понашања које стручњаци не могу једноставно сместити у ортодоксни каталог правила међународног права.<sup>217</sup> Ди Робилант одређује *soft law* као неизбежну последицу умножавања моћних међународних тела и приватизације правних режима.<sup>218</sup> Досон сматра да меко право „живи у правном чистишту“, у простору у ком су нормативни ефекти произведени, па ипак формална присутност меких правила као необавезујућих у исто време штити та правила од јавности и демократског принципа.<sup>219</sup> Вајнер истиче да се ради о необавезујућим договорима о принципима који се односе на питања од друштвеног, политичког или економског значаја.<sup>220</sup> Лоука сматра да *soft law* има способност стварања очекивања када се ради о будућим правцима развоја међународног права.<sup>221</sup> То су инструменти у виду правних текстова с којима се углавном у складу понаша али без притиска принципа *pacta sunt servanda* или међународног обичајног права.<sup>222</sup> Меко право је техника од помоћи у ситуацијама у којима државе желе да делују колективно али истовремено без ограничавања њихове слободе деловања.<sup>223</sup> Петерс и Пађото *soft law* виде као карактеришуће текстове који у једну руку нису правно обавезујући у уобичајеном смислу а ипак нису у потпуности лишени правних ефеката.<sup>224</sup> Сосин и Смит сматрају да су то изјаве од значаја за јавну политику и политичке преференце.<sup>225</sup>

Уже посматрано, у контексту међународног трговинског права, домаћа теорија наводи да се у новије време као значајан метод хармонизације ове правне области

---

<sup>216</sup> C. Ingelse, *op. cit.*, p. 74.

<sup>217</sup> Karl Zemanek, *Is the Term "Soft Law" Convenient?*, Liber amicorum professor Ignaz Seidl – Hohenveldern, in honor of his 80th birthday, Hague, 1998, p. 843.

<sup>218</sup> A. di Robilant, *op. cit.*, p. 503.

<sup>219</sup> M. Dawson, *op. cit.*, p. 8.

<sup>220</sup> Justus Weiner, *Hard Facts Meet Soft Law, the Israel-plo Declaration of Principles and the Prospects for Peace: a Response to Katherine w. Meighan*, Virginia Journal of International Law, vol. 35, no. 4, 1995, p. 940.

<sup>221</sup> Elli Louka, *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and World Order*, New York, Cambridge, 2006, p. 25.

<sup>222</sup> M. Fitzmaurice, *op. cit.* p. 124.

<sup>223</sup> M. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 289.

<sup>224</sup> Anne Peters, Isabella Pagotto, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, New Modes of Governance, vol. 4, no. 11, 2006, p. 14, доступно на:

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1668531](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1668531) (приступљено 14.03.2014).

<sup>225</sup> Lorne Sossin, Charles Smith, *Hard Choice and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government*, Alberta Law Review, vol. 40, 2003, p. 868, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911267](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911267) (приступљено 12.11.2015).

појављују извори меког права као правила која имају различит степен обавезности у примени (модел закони, кодекси, начела) и чијем стварању су посебно допринеле агенције за формулисање као што су UNCITRAL, UNIDROIT и Међународна трговинска комора у Паризу.<sup>226</sup> Вукадиновић износи „под општим појмом меког права подразумевају се акти који се не могу квалификовати као међународни уговори или обичајно право где спадају резолуције, декларације, принципи, програми, повеље, препоруке, међународни кодекси понашања и слично а карактерише их правна необавезност и политички утицај који упркос томе врше“<sup>227</sup> и чијем порасту броја доприноси све већи број међународних економских организација на које државе чланице преносе део свог не само економског, већ и правног суверенитета.<sup>228</sup> Такође истиче да су то правила која немају снагу ни националног ни комунитарног ни међународног права већ изражавају савремено *lex mercatoria* те се њихова примена једино препоручује.<sup>229</sup> Ђурђевић напомиње да концепт меког права још није потпуно јасан и прецизан, јер означава широк спектар појава који је пуну експанзију доживео у последњој деценији XX века доношењем Начела европског уговорног права 1995. и Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре 1994. године. Мада извори *soft law* постоје и примењују се у међународним односима, остаје спорно шта је то правно у њиховој садржини што их може одредити као извор права.<sup>230</sup> Такође са аспекта међународног трговинског права се наводи да сложеност привредне структуре ствара растућу потребу за интеракцијом стандардних правних прописа са *soft law* појавним облицима који су замишљени тако да хармонизују али то чине на савремен, иновативан, ненаметљив начин, одговарајући пракси привредника<sup>231</sup> и препуштају да избор њихове имплементације зависи од квалитета у њима садржаних решења.

На основу изнетог јасно је да не постоји консензус поводом овог феномена и евидентна је контроверзност која се тиче његових правних карактеристика, изворишта, употребних вредности, док се у питање доводи и сама чињеница његовог постојања, те

---

<sup>226</sup> Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђевић, Д. Дивљак, *нав. дело*, стр. 51.

<sup>227</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 42.

<sup>228</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 43.

<sup>229</sup> Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 45.

<sup>230</sup> Д. Ђурђевић, *Soft law у европском комунитарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 106,

<sup>231</sup> Henry Deeb Gabriel, *Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference*, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, no. 3, 2009, p. 660.

корисности. Нама је међутим у интересу да представимо, у светлу постојеће неупитне праксе и савремених нормативних диктата, основна обележја овог појма које сматрамо кључним.

### 2.3.1. Закључна разматрања о појму *soft law*

*Soft law* је последица институционалног поретка држава, међународних владиних и невладиних организација и других међународних актера, као и нормативног развоја динамичне међународне заједнице. Оно проистиче и из све веће деформализације глобалне политике. Истина је да се већина регулације врши кроз *hard law*, конвенције пре свега, али и у значајној мери кроз неформална средства, кроз неформалне канале и инструменте који ипак производе нормативне ефекте.

Међутим, генерични израз *soft law* покрива мноштво инструмената различите природе и функција што чини веома компликованим његово смештање у јединствену формулу. Обично се дефиниција меког права односи на писани међународни инструмент који није конвенција а садржи принципе, норме, стандарде, или на други начин изражене ставове о очекиваном понашању. Нису директно обавезујући и спроводиви у складу са формалним техникама међународног права па ипак јесу способни да исходују моћним утицајем над понашањем држава, јавних ентитета, те појединаца у нпр. виду уговорних страна. Меко право може бити усвајано од стране нових актера неформалних процеса стварања међународног права. Они су различитог нивоа ауторитета као нови непризнати легислатори света. *Soft law* има и различите функције које варирају од зачињања права преко његове интерпретације и примене и пронашло је свој пут ка правним институцијама и међународним организацијама, опскрбљујући их меком одговорношћу и меким инструментима мониторинга, те наметања извршења. У светлу оваквог утицаја и упркос критичарима, *soft law* је ту да остане. Оно је представило нови талас експериментисања па чак и револуционаривоања међународног (европског) правног поретка и угрозило идеал тврде легализације уводећи нове различите нивое нормативног интензитета.

Дакле, коментарисање односно категорично излагање поводом *soft law* и његових општих карактеристика, врста, функција и правних ефеката тешко је изводљиво у светлу

контроверзе коју овај феномен изазива као и у погледу тога што крајње разнолик број инструмената спада у његов опсег. Пошто не постоји један акт којим су извори меког права уређени, теоријској мисли преостаје да закључке изводи на основу појединачних инструмената меког права, односно на основу њихових садржаја, намера састављача као и инструмената сродних група. Штавише, покушај утврђивања општих карактеристика меког права може се посматрати и као ништа више до неоправдано поједностављивање. Чак и поједини називи аката *soft law* некада означавају сродни вид акта, толика је неодређеност у питању, без залажења у различита лингвистичка тумачења. Проблем јесте што се у принципу њихова анализа може вршити на основи од случаја до случаја а уз веће тешкоће на уопштавајућ начин. Док год се међутим њихово настајање, функционисање и ефекти не регулишу, ови инструменти остају „изван“ утврђених граница међународног права. Ипак, подлежу опусу правне мисли и заслужују њену пажњу а појашњавање је потребно и изводиво уколико се не чини на стриктан начин и имајући у виду да се ради о уопштеним смерницама и карактеризацији.

Не залазећи у даља теоријска разматрања а желећи да укаже на срж проблематике, аутор рада сматра да се поводом *soft law* могу изнети следећа разматрања и карактеристике:

- 1) *soft law* се увек односи на инструмент у писаној форми;
- 2) *soft law* се увек односи на инструмент у ком су садржана правила понашања;
- 3) *soft law* инструмент необавезан је у формалном смислу, односно без утврђене санкције за неизвршење што условљава недостатак судске спроводивости;
- 4) *soft law* инструмент производи *de facto*, не *de jure* правне ефекте које су предвидели и на које су циљали његови ствараоци а који зависе од других фактора у односу на правну обавезност, пре свега од квалитета нормативних решења;
- 5) *soft law* инструменти имају различит незваничан степен обавезности у примени (на пример, мишљење ЕУ, беле књиге, начела, кодекси), што примарно зависи од ауторитета и фактичког утицаја њиховог доносиоца;

- 6) *soft law* инструменти имају нормативну компоненту, пре свега номотехничку структуру, иако настају ван граница формалног права и засновани су пре свега на чињеничном стању;
- 7) *soft law* је феномен хетерогеног састава у смислу разноликости инструмената који спадају у његов опсег;
- 8) *soft law* има хармонизациону, унификациону, глобализациону улогу и утиче на развој међународног права;
- 9) *soft law* не настаје уобичајеним и устаљеним легислативним процесима већ се ствара на начин који је нетрадиционалан, није искључиво државни (укључени су и други међународни актери), динамичан и нормативан (у смислу крајњег исхода који има облик правног акта);
- 10) *soft law* могу стварати државе, међународне владине и невладине организације, професионалне асоцијације, академске *ad hoc* скупине;
- 11) *soft law* је комплементарно, не и супротстављено традиционалним правним инструментима;
- 12) употреба *soft law* је карактеристична за међународну заједницу али је најчешћа и логистички најразвијенија у оквиру ЕУ, одакле се утицај даље шири на ниво националних законодавстава.

#### **2.4. Историјски развој појма *soft law***

Историјски поглед на *soft law* потребно је изнети не би ли се разумела његова правна природа као и да би се кроз заузимање теоријског става трансформисало виђење самог феномена. Наиме, питање порекла *soft law* од суштинског је значаја за исход у дебати меког против тврдог права. Оно се разматра у односу на позадину већих историјских образаца: меки нормативни режими су произишли у више наврата током



времена и могу се пратити уназад до категорија познатим европским правницима (пре свега се мисли на *ius gentium* и касније *lex mercatoria*).<sup>232</sup>

Према нашем мишљењу, колико год *soft law* био тренутно популаран термин и атрактивно дешавање с нормативног аспекта реализовано последњих деценија, његов концепт, садржај и значење нису уопште нови. Меко право као такво и са вероватно више различитих назива коришћено је од стране теоретичара да се опишу догађаји који су уследили након усвајања Универзалне декларације о људским правима из 1948. године. Наиме, иако Декларација није споразум, била је усвојена скоро једногласно на заседању Генералне скупштине Уједињених нација 8. децембра 1948. године.<sup>233</sup> Упркос томе што Декларација није изазвала правне последице у време свог усвајања, било је јасно да је постала правно обавезујућа с обзиром на брзину којом је генерализовано њено прихватање и укључивање у националне уставе. Да би објаснили ту нетипичну ситуацију научницима је била потребна нова категорија, у коју се *soft law* савршено уклопило.<sup>234</sup> Такође, занимљив податак односи се на врсту права према којој је домаћа стручна и научна јавност имала критичан однос а које се звало самоуправно право<sup>235</sup> и које се може посматрати, између осталог, као нека врста претече *soft law* на нашим просторима.

Недавни пораст броја аката меког права и бројни пројекти хармонизације на нивоу европског приватног права изазвали су велику пажњу теоретичара усмерену на ову појаву и њено порекло. Наиме, аргументи који се тичу његове генеалогичке заправо се између осталог, користе да би се оправдали ставови за и против његове употребе. И док једна теоријска струја везује *soft law* за средњевековне правне режиме и посебно *lex mercatoria*, други га повезују са девентаестовековним и раним двадесетовековним теоријама о социјалном праву и правном плурализму.

Ди Робилант износи поставку о два „породична стабла“<sup>236</sup> која су у центру теоријских дебата о глобализацији права и хармонизацији пре свега европског права:

---

<sup>232</sup> A. di Robilant, *op. cit.*, p. 511.

<sup>233</sup> На заседању Генералне скупштине Уједињених нација 48 држава је гласало за усвајање Универзалне декларације о људским правима, ниједна против док је осам земаља било суздржано.

<sup>234</sup> D. Shelton, *Compliance with International Human Rights Soft Law*, in Edith Brown Weiss (editor), *International Compliance with Nonbinding Accords*, The American Society of International Law, Washington DC, no. 29, 1997, p. 120-122.

<sup>235</sup> Самоуправно право односило се на друштвене договоре, самоуправне споразуме и слично као кључне инструменте.

<sup>236</sup> Anna di Robilant, *op. cit.*, p. 511, 527.

1. **Неосредњовековна генеалогичка:** Средњовековни правни плурализам и *lex mercatoria* (као приватни, аполитички, технички систем права и у много чему самоиницијативно спровођен скуп норми који је произилазио из обичаја и пракси средњовековних трговаца) су били основни узроци вулгаризације права, односно правно израженог признавања вишеструких правних стилова, менталитета и решења које се јавило као одговор на потребе и захтеве пословне заједнице. Заступници неосредњовековног погледа имају становиште према коме постоји континуитет између средњовековног правног режима и савремених режима меког права. Наиме, широка аутономија трговачких организација у средњовековном поретку има изразиту сличност са садашњим умножавањем бројних, вискоорганизованих те аутономних тела ствараоца *soft law*. Управо фрагментираност данашњег међународног правног поретка сматра се истоветном оној која је постојала у средњем веку, као и динамична коегзистенција меких и глобалних трговинских права карактеристичних за модерну еру. Такође, сличност се проналази у приватизованом, често *ad hoc* начину стварања права, те самоиницијативном стварању и примени, као и универзалности. Меко право често произилази из друштвених периферија пре него од централних политичких носиоца власти. Овај поглед подобан је модел за промовисање употребних вредности *soft law* за тржишно повезивање и дерегуларизацију. Аутор је мишљења да данас постоји ново *lex mercatoria* које у веома уопштеном, чак идеолошком смислу прати путању *ius gentium* и *lex mercatoria*. И збиља, у свету глобалног тржишта, мултинационалних корпорација, невладиних актера и позива за уједињено европско право, међународно *soft law* се развија, блиско подсећајући на космополитско средњовековно *lex mercatoria*.

2. **Социјална генеалогичка** упућује на успон социјалног права и правног плурализма развијеног од стране европских правника антиформалиста крајем 19. века. Меко право се појавило као најефикасније средство за спровођење нове социјалне политике, наглашавајући карактеристике попут флексибилности, социјалне одговорности, плурализма и партиципације у правцу размишљања Савињија и Санто Романа. Ова перспектива у центар ставља *soft law* као још један инструмент

постизања жељене социјалне сигурности, изазивајући државни централизам и наглашавајући различитост бројних коегзистирајућих правних поредака, узимајући ту у обзир мноштво меких правних режима.

Међутим, изнет дуализам ствара неповезан и нејединствен поглед на *soft law* јер се две поменуте генеалогije концентришу на различите филозофске основе и практичне функције истог феномена, чиме се контроверзност *soft law* продубљује а политичке агенде сваке струје залажу за потпуно другачија решења и правне иницијативе. Наиме, неосредњековна генеалогija види *soft law* као идеалан алат за јачање европског тржишта којим се елеминишу препреке појединих националних закона а чиме се одговара на конкретне потребе пословне заједнице. Позивањем на средњековне корене истиче се ефикасна и флексибилна природа меког права. С друге стране, социјална генеалогija види *soft law* као најефикасније средство за примењивање нових политичко-социјалних визија, упарујући ефикасност са солидарношћу, флексибилношћу и сигурношћу. Овим приступом се наглашава плуралистичка димензија меког права и његов социјални потенцијал. Сваки правац размишљања јесте међутим на крају крајева у служби саме легислативе, односно конкретне правне инструментализације.

С друге стране, сматра се да је појављивање и јачање утицаја „инструмената недефинисане правне снаге“ последица природе међународног права које нема централизовану кохерентност националног права. Тај недостатак јединства је надомештен до извесног степена међународним организацијама које се изражавају различитим инструментима који немају обавезујућу снагу конвенције или обичајног права али су без сумње правно релевантне. Штавише, у оквиру граница својих надлежности, међународне организације се од стране држава користе као оквири за стварање права.

У сваком случају и без обзира на то када се тачно *soft law* као феномен појавило не може се, по нашем мишљењу, пренебећи чињеница да је његово порекло у природном развоју односно променама међународне заједнице. Оно је неопходна последица еволуције начина на који се данашњи међународни односи спроводе. Израз је теорије извора права која уважава реалност брзих промена, ефикасних реакција на питања од глобалног значаја, умножавање и све већу разноликост међународних субјеката, глобализацију, међузависност и фрагментацију међународног права. Стога сматрамо неоправданом критику према којој се изучавање меког права врши из разлога неоснованих настојања

теоретичара да прошире своје поље изучавања ван реалних граница права не би ли били финансирани у ширем обиму и да би последично сачували своје послове. Иако је у једну руку и логично зашто се с подозревањем гледа на ову област, такође је чињеница да су изузимајући представнике правне мисли, сами међународни субјекти, били они државе, међународне владине или невладине организације и појединци они који својом активношћу стално мењају реалност међународне правне средине, стварајући погодно тле за спонтано извирање меког права.

Међународни академици окренули су се изучавању или пре посматрању меког права од седамдесетих година двадесетог века. Рани разговори на ту тему односили су се на негативно дефинисање, и уопште идентификацију феномена уз суздржано објашњавање његових улога. Након тих раних фаза уследила је фаза оправдавања *soft law* осамдесетих и почетком деведесетих година. Наиме, поставило се питање како се у светлу правне професије која има категорична становишта и у светлу дотадашњег бинарног погледа (или је нешто право или то није право), може направити разликовање и степеновање снаге правних инструмената. Много теоретичара је заузело функционални приступ и став поједностављено изнет као „*soft law* је добра ствар, а постигнут мек договор је бољи него никакав“, те је тако и модификован бинарни принцип. Током деведесетих година се може рећи да је постигнута консолидација теоријског погледа на *soft law*. Установљено је међу међународним правницима да оно постоји, да има своје функционалне и употребне могућности и да је просто за значајну већину посматрача добра ствар, а не више само „сиромашнији рођак тврдог права“. Сматрала се јасном идеја: *hard law* се примењује где год је потребна постојање принуде, док је *soft law* боља опција за ситуације где се прибегава убеђивању (у литератури се примењује фраза „нежан притисак“). Тако се *soft law* из оквира теорије извора права (где се наравно и даље примарно проучава) преселило и на друге области, пре свега на питања сагласног понашања, тј. извршења и принуде.

Закључујемо, није нова мисао нити је новијег датума тежња да се истражује *soft law* из различитих углова. Једно од првих полазних питања односило се на то да ли је избор између међународног споразума и једноставног политичког и моралног обавезивања с друге стране толико јасан или ипак постоји и поље који наведени инструменти не покривају а што су неконвенционални, на други начин обавезујући договори који производе последице и специфичне санкције, другачије од оних које резултирају услед

непоштовања међународног споразума. Тиме су се бавили Венглер, Вирали, Ротет већ у периоду шездесетих и раних седамдесетих година двадесетог века. Тирер је 1984. године изнео предавање од изузетног значаја на ову тему на Универзитету у Цириху. Даље се утицај меког права ширио од 1992. године и самита у Рио де Жанеиру а у контексту заштите животне околине. Детаљније студије су изнели Хенсел и Клаберс 1991. и 1996. године. Што се тиче теоријске мисли у ЕУ су се меким правом почели бавити кроз издање (посвећено актима који наликују онима који се затичу у међународном праву) у холандском правном часопису *Sociaal Economische Wetgeving* још 1966. године, да би се од краја седамдесетих фокусирали и на оно што данас називамо *soft law* али у смислу аката еквивалентним онима који се затичу на националним нивоима. Закључак да су необавезујући инструменти од све већег значаја, поготово за поље међународне трговине и еколошка питања постаје све заступљенији и заговаранији.

## 2.5. Функције *soft law*

Као сет правила флексибилних легалних шема, *soft law* има различите функције на које се, као и уосталом на сам појам, гледа с неуједначених теоријских аспеката. Постоји више класификација његових функција. Према нашем мишљењу, уопштено се као основне могу изнети хармонизациона и проактивна улога. У теорији се међутим његове улоге углавном одређују као пред-правна, додатна и париправна функција.<sup>237</sup>

Наиме, оно може вршити **функције пред-права** (енг. *pre law function*) на два начина, као претходница и разрада будуће извесне легислативе или као акт који треба тек да утре пут, постави базу будућој легислативи. У оба случаја ради се о припремној функцији за тврдо право јер је *soft law* ретко када изоловано. Оно може постати тврдо тако што се трансформише у међународни обичај, тако што буде усвојено у форми конвенције или тако што га усвоји национално законодавство на домаћем плану те оно постаје обавезујуће унутар једне државе а да никада није било обавезујуће у међународним условима у којима је настало. Најчешће се користи кад се желе одложити евентуални

---

<sup>237</sup> На пример, у контексту Европске уније ове функције меког права износи L. Senden, *op. cit.*, p. 119.

ефекти тврде легислативе. Одлучује се за то када не постоји сигурност да ће та и таква правила бити пожељна у будућности, дакле да се извиди, опроба, стекне утисак, придобије подршка што представља остваривање принципа делегације кроз својеврсне пилот пројекте.

Меко право може вршити **функцију додатног права** (енг. *law plus function*), интерпретативног права или другачије речено може вршити постправну функцију када се користи да би се допунило или тумачило тврдо право, односно да би се упутило на правилну примену постојећих правила. Оваква примена *soft law* показује се веома примереном међународним трговинским правним односима.

*Soft law* врши **функцију пара права** (енг. *para law function*) када надомешта непостојеће тврдо право (у неким случајевима то је привремено а негде нема ни изгледа за скорију легислативу) уз уобичајено становиште према коме су ова два права комплементарна и да њихова интеракција даје позитивне исходе. Уколико *soft law* треба да служи као алтернатива тврдом инструменту, оно сем нормативне природе инструмента мора поседовати и нормативност у погледу постављања правила која су опште применљива, и то на објективно одређене ситуације и у односу на отворене категорије и субјекте.

**Функција модел законодавства** - *soft law* обезбеђује вођство и модел је националним легислативама али без притиска међународног обавезивања. Оно поставља стандарде, минимализује термилошке недоследности, односно успоставља уједињено коришћење одређене терминологије кроз сугестивност својих аргумената, те минимализује правне нејасноће. У овој улози *soft law* показује највише квалитета о чему ће у даљем излагању бити више речи.

**Функција меродавног уговорног права** - *soft law* акти обезбеђују норме у начелима, модел законима, модел уговорима, водичима или кодексима понашања, као и у другим видовима меких инструмената који се могу користити као делови уговора и на националним и међународним нивоима.

Надаље, *soft law* има и друге истицане а неklasификоване функције. *Soft law* обавезује међународну организацију која га је усвојила или сачинила, може делегитимизовати претходну норму, интернационализује предметно поље, има политичке

ефекте.<sup>238</sup> Меко право може на неки начин кодификовати постојеће обичајно међународно право, може искристалисати тренд према одређеној норми, може учврстити политичко мишљење о потреби да се реагује поводом новог проблема обезбеђујући консензус који може водити преговорима о конвенцији или даљој употреби меког права. Све наведене улоге *soft law* имају шири, хармонизациони функционални међународни аспект.

Сматрамо да меко право има и функцију вршења извесног правног притиска на основне, формалне изворе међународног права према 38. члану Статута Међународног суда правде на основу чега се може приметити њихов сложен однос:

1) **Функције у односу на конвенције:** меко право се сматра претходником права (фр. *pre droit*) или младим, „зеленим“ правом (фр. *droit vert*). У овом смислу термин упућује на будућност и служи као „врата за право“ (фр. *portee juridique*) за консолидацију новог споразума. Њиме се изражава да је потенцијални карактер права зависан од извесног протока времена.<sup>239</sup> Тако *soft law* инструмент позива на развијање сопственог садржаја у право. Поготово у ситуацијама у којима се оклева са усвајањем конвенције, *soft law* врши дужност припремања или нацрта текста. Меко право такође служи као средство интерпретације, примене и развоја конвенција. У том смислу Бојл<sup>240</sup> истиче да иако сама по себи мека правна правила нису правно обавезујућа, њихова интеракција са односним конвенцијама може трансформисати њихов правни статус у нешто више. Оно може изменити значење, тумачење или садржај постојећег споразумног права. Стога *soft law* можемо сагледати као део мултилатералног процеса стварања конвенција, као ауторитативне механизме тумачења конвенција, као средство обезбеђивања детаљних правила за спровођење тих конвенција а меко право може бити доказ заједно с конвенцијама *opinion juris* за могуће настајање норми међународног обичајног права.

У сваком случају, *soft law* се манифестује као вишеструки концепт чији је однос с конвенцијама истовремено вишеслојан. Свакако, оно може бити злоупотребљавано али то је случај и са било којом другом правном формом и показује се корисним процесу међународног стварања права у већој мери него што је евентуално могуће приговарати његовој употреби.

---

<sup>238</sup> P. Wesierski, *op. cit.*, p. 38.

<sup>239</sup> C. Ingelse, *op. cit.*, p. 77.

<sup>240</sup> A. Boyle, *op. cit.*, p. 147.

2) **Функције у односу на међународно обичајно право:** с обзиром на то да се међународно обичајно право састоји од два елемента (константне и опште праксе и субјективног пристања на ову праксу од стране међународне заједнице - *opinio juris*), мишљење је многих научника да је сврха меког права да легитимизује праксу међународне заједнице и да потврди постојање *opinio juris* у ком контексту се заиста учестало користи у последње време, утичући на садржину нових обичајних норми. Према Земанеку<sup>241</sup> инструменти *soft law* бележе консензус мишљења у вези са тим како постојеће право треба да се развија. Будућност затим показује јесу ли државе својим деловањем потврдиле изражен *opinio juris*. Према овом становишту *soft law* је један елемент процеса стварања права али у ком контексту оно нема одвојено правно упориште, већ је само један корак у поступку стварања права. Некада могу служити утврђивања тренда мењања неког обичајног правила или пак могу бити такве сврхе да одобравају један од неколико различитих ставова поводом истог правног питања. Затим, сагласно понашање с новим меким правилом може водити формирању новог обичајног правила.

3) **Функције у односу на опште принципе:** на извесне начине, *soft law* инструменти могу се сматрати основом за применљивост постојећих принципа међународног права, на пример добре вере и једнакости између осталог. Иако ова правила понашања нису принципи међународног права, они могу обезбедити или информисати о постојању било ког степена остварености таквих начела (а рецимо може се сматрати поступањем несугласним с начелом добре воље уколико једна страна намерно поступа противно договору у смислу *soft law*).

Можемо закључити да *soft law* није неопходно алтернатива међународном тврдом праву али може и често јесте први важан елемент у еволутивном поступку који обликује правне односе између многих субјеката, олакшавајући и на крају крајева побољшавајући ефективност међународних односа и водећи основном циљу међународног права - хармонизацији права.

---

<sup>241</sup> . Zemanek, *op. cit.*, p. 859.



## 2.6. Врсте појавних облика *soft law*

Као и поводом дефинисања појма и одређивања његових функција, и питање набрајања врста *soft law* тешко је теоријски изводиво и подухват је дискутабилне сврхе. Прво, критеријуми су крајње разноврсни, од форме, назива, садржаја, циља, доносиоца, адресата итд. Друго, ниједна класификација није коначна, уз постојање могућности спадања појединих врста у више категорија. Треће, чак и приликом установљавања задовољавајуће класификације, поново се остаје са дискутабилним обележјима појединих класификованих инструмената и са питањем спадају ли они уопште у опсег меког права. На пример, понекад нацрт планираног инструмента заживи а да није ни обликован у намераваној форми од стране његовог доносиоца. Четврто, категорије меког и тврдог права нису поларизоване већ су део континуума који се сам по себи стално развија те то чини још један разлог да се категоризација не схвата као коначна или од великог значаја. Стога није смислено таксативно набрајати карактеристике појединих меких инструмената. Такође, ни форма ни номенклатура односно назив неког инструмента меког права није од одређујућег значаја за његов правни статус. Из наведених разлога ћемо навођење његових појавних облика више вршити у сврхе стицања утиска о његовој разноликости него из разлога исцрпног теоријског сврставања.

Више је начина на који се могу категоризовати извори *soft law*. Наиме, инструменти који се укључују у овај генерични појам могу ту бити сврстани из више разлога:

- 1) Артикулисани су у необавезујућој форми према традиционалним моделима стварања права;
- 2) Произилазе из тела која немају капацитете односно међународну надлежност за стварање права;
- 3) Немају одговарајућу теорију о одговорности;
- 4) Засновани су само на вољном поштовању, или рачунају на само несудска средства принуде.

Надаље, поједини аутори чак укључују у меко право конвенције с непрецизним, субјективним или неодређеним, недореченим језиком, односно терминологијом и називају

такве инструменте легалним меким правом.<sup>242</sup> Према нашем мишљењу, то је прешироко укључивање. Меко право у ужем смислу термина, нама одговарајућег, односи се на резолуције, декларације, водиче, модел законе, кодексе понашања, модел уговоре, начела или принципе итд. а који су великим делом настали под окриљем међународних организација, те се називају и неправним меким правом. И њихови инструменти варирају у огромном опсегу. Њихово предметно поље је изузетно широко, поклапа се с пољем које се свеукупно на међународном нивоу регулише уз све више нормативног задирања у питања некада резервисана искључиво за националне легислативне надлежности. Без сумње међутим постоји опасност од превеликог умножавања аката меког права. Управо њихова неуређеност на међународном нивоу значи да различите организације користећи се другачијим актима меког права уређују исте или делове истих области стварајући ривалске текстове. Потребна је њихова координација и сарадња о чему о чему ће бити више речи у даљем излагању. Ако би се пак према предлозима аутора попут Кастањеде установило *soft law* као формални извор међународног права његови облици би звучали попут „резолуције признатих међународних организација“ или „декларације произишле из светских међународних конференција“ и слично.<sup>243</sup> Према нашем мишљењу, иако таква поставка јесте занимљив предлог морале би се размотрити последице које би такво регулисање имале на суштину меког права као меког.

Затим, могуће је изнети врсте меког права према критеријуму његовог односа с тврдим правом:

- 1) Разрађујуће, елаборирајуће меко право које обезбеђује вођство за интерпретацију или примену тврдог права;
- 2) „Надолазеће“ меко право односно принципи који се прво формулишу у необавезујућој форми али са настојањем или могућношћу да се трансформишу у тврдо право у облику конвенције или обичаја кроз међународну праксу и формирање *opinio juris*. Овај процес може бити намеран и стратегијски јер су функције *soft law* као едукативних, прагматичних и еволутивних инструмената међу основним разлозима за подршку коју добија.

---

<sup>242</sup> С. Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 38, 1989, p. 850; F. Cardenas Castaneda, *op. cit*, p. 383.

<sup>243</sup> F. Cardenas Castaneda, *op. cit*, p. 364.

3) Меко право може бити доказ постојања тврдих облигација.

4) Паралелно постојање меког и тврдог права у ком случају је мека варијанта резервна.<sup>244</sup>

Ова категоризација је проблематична јер дефинише *soft law* у односу на тврдо право а не на основу сопствених критеријума. Затим, искључује на тај начин оно што се може назвати аутономним меким правом, превасходно у виду самосталних начела. И такође, имплицира се да је претварање у тврде инструменте пожељно што не мора увек бити случај, на пример када је потреба за флексибилношћу трајнијег типа.

Затим, поједини аутори у *soft law* убрајају и правне и неправне инструменте које карактерише релативно велика дискрециона овлашћења стране која је обавезана облигацијом,<sup>245</sup> док Гузман и Мејер чак сматрају меким правом и одлуке међународних судова, те стандарде постављане од стране међународних организација.<sup>246</sup> Шелтон пак наводи да су уобичајене форме *soft law* нормативне резолуције међународних организација, закључни текстови са самита и међународних конференција, препоруке тела која надгледају извршавање и поступање у складу са конвенцијама, извршни политички споразуми, водичи и кодекси понашања усвојени у бројним контекстима.<sup>247</sup> Према функцији у оквиру ЕУ, Сенден наводи да се могу делити на припремне и информативне, интерпретативне, усмеравајуће меке инструменте.<sup>248</sup> О посебним врстама меког права у ЕУ ће бити више речи у даљем излагању.

Закључујемо и понављамо да се меко право појављује у неограниченој разноликости форми. То су принципи, начела, кодификације обичаја од стране међународних невладиних организација, повеље, ристејтменти, модел закони, модел уговори, програми, препоруке, мишљења, смернице, резолуције, кодекси понашања професионалних организација, текстови припремљени од стране експертских група итд.

---

<sup>244</sup> C. Chinkin, *Normative Development in the International Legal System* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, p. 31.

<sup>245</sup> T. Grunhalla-Wesierski, *op. cit.*, p. 37.

<sup>246</sup> A. Guzman, T. Meyer, *op. cit.*, p. 188.

<sup>247</sup> D. Shelton, *Soft Law. Handbook of International Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 322, 2008, p. 4, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003387](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387) (приступљено 26.01.2016).

<sup>248</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 192.

## 2.7. *Soft law* у Европској унији

Меко право у Европској унији представља систем аката својствен само овој *sui generis* заједници. Претходно изложене карактеристике и обележја су уопштено применљиви и на њих али уз оригиналне врсте инструмената, начин примене и утицај који врше. Њихова улога је велика, класификација обимна и специфична а заговорници за и против употребе *soft law* крајње категорични. Систем је кохерентнији, целовитији и организованији него што је то случај с међународним правним поретком те се поглед на феномен *soft law* у овом контексту може извршити на систематичнији и продуктивнији начин. Наиме, развоју меког права погодује чврсто повезана заједница. Наравно, у оквиру Европе уопште и посебно ове заједнице (где је утицај Европске комисије од кључног значаја) се дешава главница хармонизационих пројеката меког права о којима ће посебно бити речи. Најбитнији су Начела европског уговорног права, Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право, Заједнички референтни оквир европског уговорног права, Начела европског уговорног права осигурања, као и велики број модел закона и модел уговора који служе као оријентир и подлога за доношење националних легислатива.

Ипак, потребно је нагласити да је правни и политички поредак ЕУ још увек „млад“, поготово у односу на државе чланице и њихове вишевековне правне системе, као и да се и даље развија, усложњава и унапређује, остављајући далеко иза себе време када су као основни пред заједницом постављани циљеви успостављања и обезбеђивања функционисања заједничког тржишта. И у ЕУ тешко је постићи помирење различитих правних система те су неретко нормативни резултати високо компромисни што одређивање права ЕУ као дипломатског чини оправданим али и обесхрабрујућим. Наиме, до консензуса се тешко долази услед недостатка политичке воље а када се до тога и дође завршни „производ“ неретко је тек слаб апстракт првобитне иницијативе.<sup>249</sup> Такође, у ЕУ дуго се нереално као идеалу тежило потпуној хармонизацији односно унификацији прописа, док је с друге стране нормативно стваралаштво карактерисала парцијална, „корак по корак“ хармонизација која јесте обезбеђивала то да се иста правила примењују на

---

<sup>249</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 7.

читавој територији, те се тако доприносило интегративном дејству али је и такав приступ трпео значајне критике од стране држава чланица, компанија, појединаца и невладиних организација.

Постоји схватање да поврх ризика од територијалне фрагментације, право ЕУ се такође суочава са функционалним и временским притисцима. Идеја права као примарног и стабилног сета стандарда изазвана је потребом да социјална регулација (п)остане релевантна у односу на брзо мењајуће услове друштва. У таквом контексту у ком је општост права подривена потребама да се створе правила у специјализованим функционалним контекстима, стабилност је као принцип погођен мењајућом природом регулаторног пејзажа у ком се решења за јавне проблеме ретко могу у потпуности унапред артикулисати.<sup>250</sup> Захтевала се дерегулација - квантитативно мање прописа (у смислу негативних реакција на прекомерну и често мењану легислативу) и квалитетнији нормативни процес (у погледу форме, садржаја и легитимитета чиме би се надоместиле замерке фрагментираним, неодређеним, нејасним и компромисним регулативама). Постало је јасније да се у оквиру ЕУ тежи хармонизацији пре него унификацији и радије се циља на приближавање националних законодавстава и политика. Прекретница за *soft law* у ЕУ се десила током осамдесетих у јеку критика на рачун стагнације унутрашњег тржишта и националних дерегулаторних тенденција који су били катализатор за поновно разматрање легислативних задатака, па и за подржавање употребе меког права. Штавише, правни поредак ЕУ сматран је интерно недоследним те је Европска комисија почела да спроводи политику стварања нове легислативне културе коју би одликовала већа флексибилност и варијабилност, што са институционалног, што са инструменталног гледишта. Наиме, новом легислативном политиком циљало би се на мање и квалитетније регулативе уз разноврсније видове коришћених инструмената у оквиру чега долази и до повећане улоге *soft law*. Комисија се изјаснила: „легислатива је често тек део ширег решења комбиновања формалних правила са другим неформалним инструментима попут препорука и водича.<sup>251</sup> Један од првих важнијих докумената у вези са овом проблематиком била је Бела књига о

---

<sup>250</sup> M. Dawson, *op. cit.*, p. 11.

<sup>251</sup> Бела књига Комисије о управљању, (енг. *European governance - A white paper*) COM (2001) 428 final, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0428> (приступљено 27.01.2016).

унутрашњем тржишту из 1985. године.<sup>252</sup> Шира употреба *soft law* уследила је након Беле књиге Комисије о управљању из 2001. године<sup>253</sup> где се истицао слоган „радити мање, да би се радило боље“ и којим се тражило увођење и стварање нове легислативне културе, док је 2003. године издат Међуинституционални договор о побољшању стварања права којим се први пут поставио оквир и услови за употребу корегулаторних и саморегулационих механизма. Дакле, развијена је нова нормативна политика којом се нагласак ставља на употребу алтернативних инструмената или инструмената који су комплементарни традиционалној „нареди и контролиши“ легислативи. Наравно, учесталост употребе ових инструмената не упућује на закључак о њиховој алтернативној функцији у односу на тврду легислативу, већ на њихову интеракцију.

Сенден даје веома цењено мишљење о *soft law* у ЕУ као извору терцијарног права.<sup>254</sup> Наиме, поред примарног и секундарног права ЕУ, како се традиционално посматрају и класификују извори права заједнице, она сматра да акти меког права имају потребне карактеристике и пре свега праксу да потпоре карактерисање истих као посебне, терцијарне групе извора права. Она класификацију базира на хијерархији, односно на модификованом начелу уставности, тј. законитости (секундарни извори морају бити у сагласности с примарним а терцијарни с примарним и секундарним). Наравно, питање класификације и потпадања под ову групу извора је отворено и компликовано јер су акти меког права у ЕУ бројни, дискутабилних карактеристика итд. Сенден препоруке и мишљења услед недостатка формалне обавезности примене сврстава у терцијарне изворе права. Свакако, овакво посматрање *soft law* и уопште увођење категорије меког права као извора права крајње је иновативно и контроверзно. Много је критичара овог приступа али Сенден брани класификацију речима „сматрам да се *soft law* мора сматрати извором права ЕУ па макар и само као средство које обезбеђује стандарде за интерпретацију“.<sup>255</sup> Међу домаћим ауторима, постоји подршка оваквом ставу, наиме Ђурђевић сматра да према класичној подели извора европског права на примарне и секундарне, препоруке и мишљења (два облика секундарних извора) имају карактер *soft law*, док и други

---

<sup>252</sup> Бела књига о унутрашњем тржишту, (енг. *White Paper from the Commission to the European Council- Completing the Internal Market*) COM (1985) 310 final, доступно на: [http://ec.europa.eu/white-papers/pdf/com85-310-internal-market\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/white-papers/pdf/com85-310-internal-market_en.pdf) (приступљено 25.01.2016).

<sup>253</sup> Бела књига Комисије о управљању, COM (2001) 428.

<sup>254</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 55.

<sup>255</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 56.

”неименовани акти” могу имати његов карактер. Уобичајено је да се термин *soft law* односи на необавезујуће акте као што су стратегије, мишљења, препоруке, смернице, декларације органа ЕУ итд.<sup>256</sup> Слично, Снајдер идентификује препоруке и мишљења као инструменте меког права који у мањој мери представљају сурогат а у већој мери припремне механизме за преговарање и развијање предлога за тврдо право. Према њему често тамо где недостаје неопходан договор, *soft law* обезбеђује простор за евентуални консензус поводом општих принципа и циљева док се у ходу разрађују деликатнији, проблематичнији детаљи.<sup>257</sup>

Употреба *soft law* у ЕУ је истовремено популарна колико је и проблематична. Позитиван импулс у смислу његове примене очигледан је кроз велик број ових аката који се доносе али му је статус неодређен и несигуран, што скреће пажњу на потребу за постављањем питања на који се начин *soft law* уклапа у систем права ЕУ и ако да, какав је његов квалитативан допринос заједници. Фактори који овај однос карактеришу су вишеструки: посебан контекст ЕУ легислативе и особине процеса стварања права уз критике на рачун и квалитативног и квантитативног нормативног стваралаштва. Постављају се и захтеви за конкретним одређивањем положаја аката *soft law* у заједници не би ли се у датим ситуацијама примена меког уместо тврдог права оправдала унапред постављеним критеријумима попут ефикасности, легитимитета и транспарентности. Меко право у оквиру Европске уније емпиријски изазива репозиционирање места права у процесима интеграције као што и захтева поновно утврђивање и преиспитивање свог савременог значења.

Ипак и поред све присутније улоге коју у овом контексту инструменти меког права имају, донедавно је теоријска анализа пропуштала да се на целисходан начин посвети овом компликованом питању. Наиме, пажња научника није кохерентно била посвећена овој теми што је било у несразмери са значајем и стварном функцијом коју они врше. Теоретичари ЕУ као и шире међународне заједнице неопредељени су међу лимитарним (бинарним) и ширим (континуираним, степенованим) погледом на право. Истакнут ауторитет међу научницима који изучавају овај феномен у ЕУ, Сенден, усваја шири концепт права, те *soft law* у овом контексту дефинише као „правила понашања која су

---

<sup>256</sup> Д. Ђурђевић, *Soft law у европском комунарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 101.

<sup>257</sup> F. Snyder, *op. cit.*, p. 33.

изнета у инструментима којима није додељена правно обавезујућа снага сама по себи, али који без обзира могу имати извесне индиректне правне и практичне ефекте“.<sup>258</sup> Ипак, ни на нивоу ЕУ *soft law* никако није хомоген појам. Једино заједничко бројним врстама које се под њега сврставају је то да се ради о правним инструментима ЕУ којима није додељена правно обавезујућа снага.

Такође истичемо да меко право никако није нови феномен у ЕУ, већ је новија подршка његовом обимнијем искоришћавању као и учесталост с којом се њиме служе институције ЕУ (по првобитном смањењу броја правнообавезујуће регулативе уследио је пораст аката меког права потврдивши тенденцију остваривања зацртаног циља дерегулације). Истакнута присутност *soft law* у ЕУ правном простору регистрована је и од стране Суда ЕУ те је судска пракса учестало почела да утврђује и испитује правни статус појединих ЕУ инструмента меког права, те је постало јасно да „непостојање правно обавезујуће снаге“ није исто што и „непостојање правног ефекта уопште“.<sup>259</sup> Испрва, Суд ЕУ није признавао улогу меког права да би постепено то почео чинити кроз уважавање његових нормативних вредности. Разматра га најчешће као део правног оквира (у смислу интерпретације и потврде интерпретације тврдог права)<sup>260</sup> или препознаје његове правне ефекте (када заснива неке одлуке на инструменту меког права).<sup>261</sup> Наравно, став Суда ЕУ је од супстанцијалног, садржинског, практичног значаја, не и формалног и на почетку није био благонаклон према употреби меког права. Током седамдесетих, Суд ЕУ није пружао пажњу меком праву, став је био рестриктиван а познавање материје чак оскудно. Дакле, узимани су у обзир само примарни и секундарни извори, о *soft law* није било ни помена. Како је време пролазило, ситуација се кретала у афирмативнијем правцу. Данас се међутим признаје да необавезност извесних аката не значи аутоматски и еродирање његових правних учинака свеукупно, јег они могу кроз интерпретацију или у односу на друге

---

<sup>258</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 3.

<sup>259</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 25.

<sup>260</sup> На пример у случајевима: Case 71/76 Jean Thieffry v Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris (1977) ECR 765, paragraph 14; Joined cases 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 and 287/85 Federal Republic of Germany and others v Commission of the European Communities (1987) ECR 3203, paragraphs 17 and 18; Case 131/86 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council of the European Communities (1988) ECR 905, paragraphs 26 and 27.

<sup>261</sup> На пример у случајевима: Case 148/73 Raymond Louwage and Marie-Thérèse Marie-Thérèse Louwage, née Moriame, v Commission of the European Communities (1974) ECR 81, paragraph 12; Case 25/83 Adam Buick v Commission of the European Communities (1984), ECR 1773, paragraph 15; Case T-23/91 Henri Maurissen v Court of Auditors of the European Communities (1992) ECR II-2377, paragraph 42.



правне акте створити индиректне правне ефекте. Даље, не само да Суд ЕУ признаје постојање меких инструментата, већ постоји спремност да их узима и у обзир приликом доношења одлука што имплицира одобравање<sup>262</sup> његовог комплементарног коришћења уз тврдо право. Јер, иако немају правно обавезујуће дејство, то их не искључује из судског поступка, на пример национални суд државе чланице може се обратити Суду ЕУ ради тумачења или оцене ваљаности одредби препоруке или мишљења.

У правној теорији се обично наводе следећи извори меког права у праву Европске уније при чему су и они наведени као примери, те списак није коначан. То су препоруке Комисије (енг. *Commission recommendations*), препоруке Савета (енг. *Council recommendations*), мишљење Комисије (енг. *Council Opinions*), закључци Савета (енг. *Council conclusion*), Беле књиге (енг. *White papers*), саопштења, комуникације (енг. *Communications*), необавезујућа правила управних органа (енг. *Administrative Non Binding Rules*), мешовити закључци (енг. *Mixes Conclusion*), правилници Савета и Комисије о понашању (енг. *Council and Commission Codes and Conduct*), декларације и резолуције (енг. *Declarations and resolutions*), повеље (енг. *Charters*), Зелене књиге (енг. *Green papers*), акцијски програм (енг. *Action Programmes*), смернице и оквири за одлучивање (енг. *Decisional Guidelines and frameworks*), међуинституционални споразуми (енг. *Inter-Institutional Agreements*) напомене о одлукама (енг. *Decisional Notices*), водичи (енг. *Gudielines*), кодекси (енг. *Codex*).<sup>263</sup>

## 2.8. Поређење *soft law* са *hard law*

Правним теоретичарима је веома интригантно питање разлога зашто се међународни субјекти одлучују за *soft law*, односно за нешто више од потпуне одсутности облигације али и нешто мање у односу на обавезујуће међународно право. Та опција „средњег пута“ је веома честа у међународним правним односима.

Читаво међународно право има као основну тежњу хармонизацију у највећој могућој мери и она се може постићи на више начина. Наиме, не морају се решавати

---

<sup>262</sup> V. Rošić Feguš, *op. cit.*, p. 149.

<sup>263</sup> Наведено према Д. Ђурђев, *Soft law у европском комунитарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 110.

друштвени проблеми једино путем права схваћеног у његовом стриктном и традиционалном смислу. Меко право као средство није идеално али носи у себи практично решење за отклањање блокаде конфликта међу међународним субјектима. Свакако, на међународном плану конвенције јесу те које препознају садашње вредности и често се посматрају као неопходно, па иако понекад недовољно решење за стварање правних оквира и регулацију понашања. Оне обезбеђује правну основу иако уз неизбежне двосмислености, противречности, те правне празнине.

Свакако, *hard law* олакшава међународне односе на многе начине али има и своја ограничења. У овом делу испитујемо на који начин им меки инструменти обезбеђују алтернативу и када су пожељнија средства. Њихове предности произилазе из идентификовања и последичног усавршавања појединих потешкоћа које се јављају у вези са употребом традиционалних извора права. Наиме, неадекватност примарно конвенција али и обичаја као основних извора међународног права већ су извесно време у фокусу теоријског интересовања. С наглашавањем њихових недостатака паралелно јача подршка и подизање свести о учинцима, постојању и могућностима *soft law*.

Позиционирање *soft law* се управо најбоље изводи поређењем у односу на међународне конвенције. Оне су један од најзначајнијих метода унификације правила важних за једноставније одвијање међународних односа као и стварање веће правне сигурности. Доносе се у оквиру међународних организација и усвајају на дипломатским конференцијама. Битно је да почињу да производе правно дејство тек од тренутка кад је последња од прописаног броја држава ратификује или на други начин укључи у национално законодавство. Основна карактеристика им је компромисни карактер што је последица потребе да се кроз конвенцију помире супротности које у економском погледу постоје између држава које ће је примењивати. Осим тога постојање два велика и различита правна система ствара додатне тешкоће у формулисању правила. Ради се о *civil law* правном систему који је заснован на институтима римског права и примењује се као главни систем у већини европских држава и то континенталне Европе (уз додатно разликовање романског, германског и скандинавског правног круга), и *common law* систему који покрива англосаксонско подручје и чија је основа прецедентно право а

институти римског права су му непознати.<sup>264</sup> Такође, постоје разлике у три капиталистичка модела: скандинавском, британском, континенталном. Затим, интереси економски развијених и неразвијених држава не могу бити исти.<sup>265</sup> Све ове различитости правних система потребно је ускладити а то је могуће само компромисом који и доводи до тога да су решења у међународним конвенцијама често недовољно јасна. Та околност захтева адекватно тумачење конвенцијских одредби и ствара извесне тешкоће у пракси. Често се дешава да и пре ступања на снагу конвенције односи који су предмет њеног регулисања захтевају мање или веће измене у тексту. Због тога је значајно и питање ревизије конвенције које се по правилу врши на исти начин на који се и доносе - сазивањем дипломатске конференције.<sup>266</sup>

Дакле, конвенције се сачињавају као мултикултурални и политички компромиси између различитих шема, образаца права који често дају субоптималне, неодређене нормативне резултате. Тако конвенције неретко стварају минимално хармонизовану област, а не максимално унификовање, концентришући се само на утврђивање и спровођење нормативе засноване на најопштијем могућем заједничком имену. Наравно, и постизање компромиса је често под знаком питања. Неизбежни су проблеми уколико се основа разматрања поставља у често „западњачким правним оквирима чији представници виде било каква национална одступања као грешке које треба редуковати а свој систем као онај који треба репродуковати“.<sup>267</sup> Даље, теоретичари се слажу да стварање конвенција обично подразумева дуготрајан и скуп процес који укључује исцрпљујуће преговоре а који не резултирају прилагодљивим решењима. Наиме, сматрају да процеси стварања конвенција нису довољно процесно отворени, односно доступни.

Проблем постоји и у конвенцијским тежњама ка униформности у третману многих актуелних питања без уважавања различитих ситуација међу субјектима који треба да их спроводе. Такође, конвенције се стварају да би регулисале будуће ситуације замишљене на

---

<sup>264</sup> Д. Ђурђевић, *Soft law у европском комунитарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 102.

<sup>265</sup> Рецимо, у ЕУ је уведена већа употреба меког права да би се обезбедила већа флексибилност с обзиром на пријем нових чланица слабијих економија и политичких институција.

<sup>266</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 66-67.

<sup>267</sup> Пример је инострана помоћ у правним реформама Руске федерације изражена у Извештају о пројекту о улози иностране помоћи поводом правних реформи у Руској федерацији. (енг. *Project Report on the Role of Foreign Aid for Legal Reform Programs in the Russian Federation*), више података доступно на: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/projectreport.pdf> (приступљено 25.01.2016).

основу претходног искуства а неизвесности међународних односа захтевају стално прилагођавање и експериментисање. Тврдим инструментима се одговара на постојеће стање, стога се њима ретко може реаговати у правцу ишчекиваних или замисливих проблема у перспективи.

Надаље, одувек је проблем био помирити захтеве националне државе са идеалом међународне кооперације јер конвенцијама држава лимитира своју слободу деловања. Наиме, међународним правом се редукује контрола државе над одређеним питањем и на унутрашњем и међународном плану а државе ће суверенитет ограничити само уколико за то имају веома добар разлог, што може бити повод за оклевање у односу на обавезивање путем конвенције.

Конвенције јесу изгубиле на актуелности и услед потребе да буду ратификоване. Дакле, оне јесу примарно међународно хармонизационо средство али процес ратификације од земље до земље захтева мање или више компликован и постепен, па и вишегодишњи поступак (пример је Конвенција Уједињених нација о превозу робе морем која је донета 1978. године, а број ратификација од стране држава потребан за ступање на снагу остварен је тек 1992. године). Тај проблем није толико очигледан када конвенцију потписују две или мали број држава (њихови интереси су уједначени, често и регионални) али свеукупно међународно право је много теже стварати него национално. Затим, универзалност партиципације као услова такође може бити потешкоћа јер понекад је неопходно имати пристанак и оних страна које немају капацитет да потпишу конвенцију према међународном јавном праву а и једна једина држава може блокирати, стопирати рад на правном инструменту јер јој такав конкретни начин уређења питања не одговара. Све то води дугом међупериоду од усвајања конвенције до њеног ступања на снагу, уз спор ток који прати домаћу имплементацију. Такође, питање измена односно флексибилности конвенција указује на то да оне често не могу одговорити на нове изазове на нормативном нивоу адекватном брзином јер се мењају на исти начин на који се доносе. Данас, било који правни инструмент који у своју структуру не уврсти и поступак који омогућава брзо и одрживо доношење измена постаје део проблема а не његовог решења.<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> Arthur Rosett, *Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, p. 683.

Даље, некада је међународним односима поводом конкретног питања још потребно време да би се изградило поверење међународних субјеката у циљу давања подстицаја за координисање националних легислатива. Потребно је у извесним ситуацијама створити прелиминарне, флексибилне легислативне режиме који ће се можда развити даље али на постепен начин из страха да се конкретни међународни односи не оптерете конвенцијом, те да се ризикује нормативни промашај и угрожавање деликатне међународне равнотеже.

Закључујемо, конвенције су дуго биле стављане у први план у смислу најпожељнијих хармонизационих инструментата. Али данас је став другачији - треба их селективно и рестриктивније користити јер њихова превелика употреба уз низак ниво ратификација или недовољно интересовање најмоћнијих нација, може водити њиховом дискредитовању.

### **2.8.1. Предности *soft law* као хармонизационог инструмента**

У оквиру недостатака *hard law*, *soft law* показује значајну улогу хармонизационог инструмента. Наиме, хармонизацију позитивног права прате и чак се подразумевају одређене потешкоће а које нису присутне код меког права. Проблеми које ћемо набројати нису и коначна листа истих али њима теоријска мисао илуструје оне основне изазове које ствараоци хармонизационих прописа имају пред собом када мире различите правне системе.

Наиме, идеално би било да састављачи прописа, како домаћи тако и међународни, приликом рада преузимају оно најбоље из различитих система и сачине од тога најквалитетнију могућу легислативну шему. Наравно, таква ситуација није и реална те неретко покушаји хармонизовања у много случајева наилазе на препреке попут различитих пракси, те различитости поводом ставова правне теорије и правне политике. Према Габријелу то су следећи основни проблеми<sup>269</sup> која се могу премостити путем *soft law*:

---

<sup>269</sup> Н. Deeb Gabriel, *op. cit.*, p. 660.

## 1) Компликованост хармонизације права услед мандата за хармонизацију

Уопштено, ствараоци нацрта конвенција од стране својих држава опскрбљени су посебним мандатом који може и најчешће укључује хармонизацију с другим правима, али неизбежно садржи и налог за модернизацију постојећег права у складу са савременом праксом, те исправљање и разјашњавање супротстављености, амбивалентности и грешака које су се појавиле у позитивном праву. На тај начин мандат за хармонизацију бива и његов најмањи део а главница притиска је на томе да се важеће право у мери колико је то могуће учини конзистентним са мандатом за измене. Последице, циљ хармонизације је често у многоме минимализован у процесу сачињавања нацрта.<sup>270</sup> Ова ситуација још је израженија, односно очекивано погоршана када се врши ревизија постојећег права а не сачињавање новог прописа. Није ретко да и они који се баве ревизијом јесу стручњаци за право које се ревидира али немају и потребну стручност поводом права с којима те ревизије треба хармонизовати. Тако се покушаји хармонизовања брзо губе у процесу. Ово није случај са сачињавањем *soft law* јер претходно право не ограничава крајњи исход. Штавише, они који сачињавају меке инструменте воде се стварном праксом без стега постојећег међународног или домаћег права које би им било основа и кључни водич кроз рад.

## 2) Компликованост хармонизације права услед различите правне традиције, правне терминологије и уколико је опсег права другачији

Како је већ истакнуто, увек треба имати у виду да разлике постоје како између правних традиција великог броја држава, тако и на нивоу правне терминологије у различитим језицима. Једном када процес сачињавања нацрта прописа започне, они који га сачињавају врше притисак да се крајњи исход креће у правцу правила њихових домаћих система. Чак и када је циљ хармонизације домаћих правила са међународним артикулисан и наглашен као такав, мало је иницијативе да се чине фундаменталне промене у домаћем систему да би се тај циљ постигао. Ово није случај код меког права јер не постоји домаће право којем се треба подредити. Наиме, много је инструмената меког права које очигледно прекорачавају традиције *civil law* и *common law* система. Даље, лакше је хармонизовати уколико се права или закони који се упоређују имају и исту ширину, тј. обухватају исте

---

<sup>270</sup> Н. Deeb Gabriel, *op. cit.*, p. 661.

институте. Код меког права не постоји овај проблем јер ови инструменти нису покушај да се репродукује постојеће право, закон или правна структура.

3) Компликованост хармонизације права услед ограничености приликом стварања права

С обзиром на то да конвенције морају бити сачињене тако да охрабрују државе на њено усвајање оне морају имати тенденцију ка рефлектовању правних традиција држава које ће је потенцијално усвојити. Стога се морају помирити различите правне традиције што ствара проблеме поводом времена које је потребно за изналагање заједничких принципа, мирене разлика, завршавање инструмента као и поводом самог садржаја решења (јер они који сачињавају нацрт прописа често имају везане руке). Пример једног од најуспешнијих инструмента хармонизације права је свакако Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (енг. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, у даљем тексту: Бечка конвенција)<sup>271</sup> која се ради постизања компромиса сачињавала више од десет година и ступила је на снагу 1988. године. Иза ових проблема неретко стоји политичка позадина. Код *soft law* није неопходно да се покушава хармонизовати читава област права те је лакше изабрати норму из неког система која одговара конкретној потреби и тако вршити селективну хармонизацију. Такво селективно позајмљивање нормативних решења омогућава коришћење материјала из различитих извора те се обезбеђује систематични преглед најбољег могућег а не само остваривог резултата.

4) Компликованост хармонизације права услед потребе за ратификацијом

Једном сачињен меки инструмент спреман је за употребу било коју функцију да њиме треба вршити (може бити меродавно право за уговоре странака, интерпретативно средство, средство нормативне и легислативне инспирације, меродавно право пред судовима и арбитражама итд.) док на пример услед потребе ратификације конвенција

---

<sup>271</sup> Бечку конвенцију је потписало 19 земаља до 1. 09. 1981. године а само пет ју је ратификовало за мање од пет година (Француска, Мађарска, Лезото), док је многимима требало између пет и десет (Аустрија, Чиле, Кина, Данска, Финска, Немачка, Италија, Норвешка и Шведска). Холандија, Пољска и Сингапур су то учинили у периоду од десет до петнаест година. Последњу ратификацију Бечке конвенције извршио је Вијетнам у децембру 2015. године, док се након потписивања, процес ратификације следеће очекује од Гане и Венецуеле. Тренутни број држава које су конвенцију ратификовале је 84, док су приметно одсутне Уједињено Краљевство, Индија, Хонг Конг, Јужна Африка и Тајван.

може доћи до политичких одуговлачења што на нивоу држава или федерација, тако и на нивоу ЕУ и њених чланица. С друге стране, *soft law* не изискује промене у националним системима које постоје код усвајања конвенције која постаје део унутрашњег правног поретка и с којом закони морају бити у складу.

Бојл<sup>272</sup> износи свој став о неколицини разлога из којих меко право може бити атрактивна алтернатива традиционалном стварању права.

- 1) Може се лакше постићи међународни договор уколико форма није обавезујућа;
- 2) Меко право омогућава да се постигну договори око детаљнијих и прецизнијих одредби које би државе избегавале у случају тврдог прописа;
- 3) Последице непонашања у складу са меким актима постоје али су ограничене;
- 4) Државе могу избећи домаћи поступак ратификације као и, уколико је то згодно, демократску одговорност за спровођење политике с којом су се усагласили;
- 5) Меки инструменти су флексибилни, лако променљиви и заменљиви посебно у оквиру високе динамике међународних организација (на пример, Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре који су донети 1994. године, појавили су се 2010. године у свом већ трећем издању);
- 6) *Soft law* смањује трошкове и одуговлачења приликом постизања договора;
- 7) *Soft law* смањује предвиђену „цену суверенитета“ код норми.

Аврамовић примећује да је меко право ефективније од међународног обичаја за који је потребно време да се устали и стекне правну обавезност или од међународног уговора за чије усаглашавање је обично потребно много дуготрајног труда са неизвесним крајњим исходом, поготово у погледу његове ратификације.<sup>273</sup> Погодно је за области у којима је политички преагресивно и неоствариво да се циљ постигне тврдим инструментом. Уноси потребну динамику и флексибилност у међународно право, омогућава нормативно брже реаговање у односу на класичне изворе права.

Оно је практично у условима потребе за ефикасним и *ad hoc* реакцијама, ствара могућност лакшег деловања у више поступних корака, јер се лакше мења. Врши мањи притисак на суверенитет, оставља приличан обим слободе и дискреционог простора државама у погледу њиховог прихватања и одраз је квалитетнијих односа у међународној

---

<sup>272</sup> А. Boyle, *Soft Law in International Law Making*, in Malcolm Evans (editor), *International Law*, 2005, p. 147.

<sup>273</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 274.



заједници. Као основни квалитет меког права наводи се његова формална необавезност, те из тога произилазећа могућност његовог једностраног напуштања, чиме се у „нуклеусу одбијају приговори да оно нарушава принцип легалитета: напосто то није необавезујуће право и ко не жели, не мора га примењивати.<sup>274</sup> Наиме, од *soft law* је по потреби лакше одустати и напустити га без ризика који са собом носи друштвена и политичка одговорност за промашаје и решења у тврдом праву. У односу на међународне уговоре и друге изворе права, помоћу приступа меког права лакше се долази до норме: с обзиром на то да су у питању *ad hoc* и необавезујуће регуле, избегава се вето појединих учесника због чега се процедура међународног нормирања може отезати у недоглед. Меко право се показује као демократски и напредан метод нормирања који представља веома отворен концепт.<sup>275</sup> Слично, Армстрог примећује да *soft law* потпомаже демократију, премошћује празнину између транснационалног управљања, те његовог демократског легитимитета кроз ефективну самоорганизацију друштва у асоцијације које делују у европском јавном простору дискурса и комуникације.<sup>276</sup>

#### 2.8.1.1. Закључна разматрања о предностима *soft law*

Према нашем мишљењу, поводом квалитета *soft law* могу се изнети следећа запажања. Меким правом се унапред генеришу очекивања будућег понашања и ставова међународних актера, чиме се обезбеђује извесна мера стабилности у оквиру стално мењајућег система док се и даље задржава доза флексибилности. Оно олакшава проток информација, подстиче конзистентност, добро се носи са непрецизношћу циљева и стандарда, охрабрује међународне актере на позитивну међусобну конкуренцију (у смислу престижа ко се адекватније, савременије нормативно понаша и који је међународни „играч“ напреднији).

Многа питања у међународном праву су нова и комплексна. Основе проблема у неким ситуацијама нису у потпуности схваћене, па ни државе не могу ишчекивати све

---

<sup>274</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 278.

<sup>275</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 278-279.

<sup>276</sup> Kenneth Armstrong, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, *European Law Journal*, vol. 8, 2002, p. 102.

могуће последице легализованих договора. Неизвесност чини прецизност мање пожељном а и теже остваривом. У таквој ситуацији меко право одговара државама разних нивоа спремности за нормативно деловање. Стога може представљати квалитативну легислативну разлику за земље у развоју или у транзицији и на тај начин што омогућава баланс јачих и слабијих.

Порекло меког права се везује за дати контекст и економско политичку климу у којој међународним субјектима одговарају обавезујуће или необавезујуће норме различито од случаја до случаја. Неретко у ситуацијама у којима није могућ традиционалан инструмент, међународне организације промовишу акт меког права чиме се стварање истог све више премешта у простор недржавних, приватних субјеката и сектора. Дакле, оно се користи када није још увек могуће из разних разлога област од значаја уредити тврдим инструментом а неопходно је предузети неку радњу. Уколико је поводом деликатног правног питања тешко могуће постићи икакав компромис, формулисање решења па макар и прелазног путем меких правних инструмената може бити једино решење, јер би субјекти у питању под другим условима одбили да се обавежу. Штавише, сматра се да се путем *soft law* ствара тржиште за правна правила што неки виде као предност а неки као ману.

У том контексту, *soft law* се сматра чак и доказом сазревања међународног система. Наиме, сагласност у понашању се очекује када год се дође до договорених норми а тврдо право се резервише за фундаментална правила где су формалност и обавезност од основног значаја. Ређи одабир *hard law* од стране међународних субјеката показује на посредан начин и поштовање према овим инструментима којима се окреће с појачаним опрезом. Ипак, поступни и опрезнији нормативни приступ је понекад реалнији од утопијских планова за тврдо право, колико год се њему оправдано тежило. Меко право препознаје потребе посебних области онакве какве су у садашњем путу ка транзицији и обезбеђују експерименталан одговор на нове изазове који се константно појављују, те је понекад једина алтернатива неуређености и нормативној анархији.

Предност *soft law* је што остварује утицај на основу снаге својих аргумената а без уобичајених притисака и претњи традиционалним врстама санкција и усмерено је на вишеструке актере међународне заједнице: државе, пословне и трговинске асоцијације, невладине и владине међународне организације и појединце, док конвенције ретко садрже

директне облигације које се односе на друге ентитете сем државе. Такође, вид санкција код меког права ипак постоји. Наиме израз „меко право - меке санкције“ оправдан је уколико се имају у виду тзв. „прозивке“ и срамоћења (енг. *naming and shaming*), црне листе, штете по репутацију и слично. У том смислу је оправдано тврдити да су меке методе меке само у формалном смислу не и у суштинском.

Док се тврдо право некада сматра неадекватним јер не оставља простор за експериментална решења или зато што не може одговорити потребама за радикално другачијом нормативношћу која осликава шире глобалне промене, *soft law* је хваљено јер је флексибилно, јер на природан начин одговара на друштвене захтеве као и на уопште свеобухватну променљиву друштвену природу. Садржај меких инструмената је често амбициознији и далекосежнији него што би био производ конвенције па револуционаризује и помера напред легислативне међународне токове. Њиме се може детаљније уредити неко питање него путем *hard law* и пружа могућност да се пласира најбоље решење а не решење засновано на најопштијем заједничком именуитељу тренутних могућности преговарача. Оно се лакше носи са различитостима положаја разних субјеката без обавезе да се једним текстом помире свакојаке националне различитости. Наиме, разне економске и културне структуре и интереси могу бити обухваћени и подведени под субјективну примену меког језика у виду стандарда и формулација попут пригодне мере, најбоље могуће, док је то могуће, итд.

Даље, све већи број организација и разних међународних актера који се понашају као легислатори на међународном нивоу окрећу се меком праву јер немају капацитет за стварање тврдог. На тај начин, оно омогућава веће учешће недржавним актерима које им није доступно приликом стварања традиционалних прописа када нису део легислативног разговора (упркос томе што су наравно консултовани и њихове агенде се узимају у обзир али далеко су од стварних легислативних утицаја).

Меко право се брже доноси јер је необавезујуће, те се брже и мења према технократским захтевима које поставља глобализована међународна заједница. Такође, у случају неадекватности акта меког права оно се просто неће користити или ће се моћи једноставније променити, стога се показује прилагодљивијим брзини и комплексности модерних међународних односа. Врши интегративну функцију и указује на то да су субјекти који се њима користе нашли кориснији и практичнији начин да регулишу

међусобне односе. Државе стално преиспитују постојећа правна правила и теже стварању оних више одговарајућих. Флексибилност коју има *soft law* је посебна јер омогућава правилима да се лакше прилагођавају у одговору на политичко-економску реалност и околности.

Оно је наравно често катализатор за настајање *hard law* и то пре свега кроз обичај. За многе управо је ово разлог постојања меког права. Оно дакле може постати тврдо али је битно и зато што пружа информације о будућим легислативним циљевима и правцима развоја те тако директно мења понашање међународних субјеката.

Меко право је економски исплативије јер поводом тврдог права треба прво детаљно преговарати а због опасности од спровођења санкција много се више разматрају њихове евентуалне последице, те се улаже у консултовање стручњака права, бирократска предвиђања и извештаје. Такође, велики финансијски издаци постоје у погледу преговарања, учења, прикупљања информација, језичких проблема а меко право се брже а самим тим и јефтиније, доноси у смислу времена и уложеног политичког труда, државне ратификације, бирократског и административног апарата.

Надаље, иако јесте битна на дуже стазе, почетна немогућност одређеног субјекта да се понаша сагласно с неким меким актом није му и баријера од пресудног значаја јер *soft law* омогућава „*in or out*“ механизам правно обавезујућих средстава. Понашајући се у складу са меким правом, актери улазе у замршен сплет односа са другим међународним актерима, чинећи њихово првобитно неодлучно понашање и став према тврдом праву лабавијим. *Soft law* обезбеђује бржи, тренутни одговор о томе како међународна заједница и њен појединац виде његове норме кроз својеврсне пилот пројекте.

Такође, варијације постоје у погледу одређених грана права и њиховог односа са пожељношћу тврдог или меког инструмента: за трајне и односе код којих се стреми продуживању стабилности, тежи се тврдом праву. С друге стране, на пример област пореза је схватана као строго национална тема и унутрашње питање, па постоји отпор према међународном тврдом акту. Међутим, већ око питања стандарда међународног транспорта где постоји уопштен консензус пожељан је и одговарајућ традиционалан инструмент. Питања националне сигурности не трпе најбоље тврдо међународно право, али за упућујуће меко право постоји одговарајућ простор. Област попут заштите животне околине једна је од најрепрезентативнијих поводом квалитативног и унапређујућег

доприноса меких инструмената. Међународна трговина поље је у којем постоји адекватан простор и за једну и за другу врсту инструмената уз велике хармонизационе ефекте који се постижу путем *soft law* прописа о чему ће бити речи у даљем излагању.

Наравно примећујемо да не постоје, нити су реална очекивања да се учвршћивањем улоге и обимнијем коришћењем меких инструмената могу решити сложени нормативни изазови модерног доба али они јесу важно средство и нови вид премошћавања раздора у процесима хармонизације права. Битно је нагласити да *hard law* и *soft law* нису међусобно искључиви. Меким правом се одступа од ригидности хијерархијски осмишљених правних постулата и иде се према систему који обезбеђује учешће већем броју субјеката. Заинтересованост за *soft law* потиче из снажних притисака који произилазе из сложености питања за регулацију, из несигурности поводом легислативних циљева и пожељних резултата, те из међузависности бројних приватних и јавних субјектата на различитим нивоима стварања правне политике.

### **2.8.2. Недостаци *soft law* као хармонизационог инструмента**

Као и поводом предности меког права, његове мане најбоље можемо сагледати у односу на квалитете које обезбеђују тврди међународни инструменти, пре свега конвенције. Наиме, непостојање облигација, униформности, те санкција у традиционалном смислу код *soft law* разлог је за некад позитивно а чешће негативно поређење са *hard law*.

Чињеница је да једном усвојене конвенције имају тренутни унификујући ефекат и применљивост на основу правно обавезујуће снаге и претње санкцијом услед неизвршења или кршења обавеза. Тврдим правом се јача кредибилитет обавеза и решавају се проблеми неадекватног преговарања и уговарања. Вајл<sup>277</sup> пише да је *hard law* са својом оштрином, јасноћом и ригорозношћу оно што долази између „слабих и моћних“ да заштити и обезбеди када то њихови међуодноси захтевају, као и да врши функцију обуздавања оних економски и на други начин снажнијих. Слабије земље траже тврду легислативу, јер им улива сигурност и јер помаже да „чувају образ“ јер се придружавају моћнијима као потписници међународног акта а не као страна која се само повиновала наредби

---

<sup>277</sup> P. Weil, *op. cit.*, p. 419.

доминантније. С друге стране, за снажније државе *hard law* има предности јер обезбеђује и успоставља регулисане односе, да би јасније било шта су то обавезе слабијих. На тај начин, моћнија држава не губи на репутацији у случају да се слабија не понаша у складу с договореним јер не врши притисак на недозвољене начине, већ правом, тј. не морају да користе друга средства принуде. Ипак, не може се превидети чињеница да тврдо право јесте израз воље јачих владајућих структура.

Затим, тврдо право боље задовољава потребе јавности, тако да се о њему расправља, противи му се и подржава се под лупом јавног мњења. Наиме, код *soft law* није задовољен процес политичког учешћа и одобравања који код конвенција постоји како приликом састављања (владе имају јасне идеје шта су им циљеви и интереси које заступају те лобирају да они буду у крајњем тексту заступљени) тако и приликом ратификовања.

Услед недостатка повезаности са националним парламентима и демократским телима, теже је применити *soft law* акте уколико је финансирање, легислатива или јавна подршка потребна. Теже им је обезбедити економску и политичку потпору уколико нема правне извесности. Главна мана *soft law* лежи у самом оклевању поводом његове примене у међународном праву јер упркос уопштеној прихваћености његових ефеката, уколико га тела попут судова, држава, међународних организација, али и појединици не признају онда не постоји ни реални прагматични правни значај. Свеукупно, примена његових мера у поређењу с конвенцијама или обичајним правом уз партиципацију недржавних актера приликом њиховог стварања веома су контроверзни. Његови критичари сматрају да се њиме замагљује линије између права и политике, чиме се право тривијализује. Оправдано је и поставити питање колико су *soft law* инструменти одговарајући и довољни да се реализују понекад преамбициозни и далекосежни циљеви изложени у њима. С обзиром на недостатак обавезујуће снаге, питање је постављају ли ти инструменти довољан притисак адресатима да их спроводе. Међутим, нека истраживања показују да су отпор и инерција (што активна, што пасивна) према меким инструментима исти као и отпор према тврдим само што је то теже емпиријски уочити.

Оваква становишта враћају нас на ставове о бинарном принципу и његове заступнике који тврде да *soft law* није право, већ *contradiction in terminis*, односно меко право постаје право тек када се претвори у тврдо. Земанек и Карл сматрају да правила понашања која нису прикупљена, односно која нису генерисана на начин и у изворима

према члану 38. Статута Међународног суда правде последично ни нису право.<sup>278</sup> Слично, сматра се да умножавање парамеђународног права има негативне последице по кредибилитет међународног права као целине.

*Soft law* представља изазов за владавину права, односно начело законитости као њен суштински елемент, јер иако његове норме немају формално обавезујући карактер, врше утицај на законодавство држава уз настојање да се претвори у *hard law*.<sup>279</sup> *Soft law* јесте нестабилније и више зависи од континуитета и поклапања интереса међународних субјеката, него што је то случај код тврдог права. Скептици поводом меког права износе став о његовој нереалној, чак превртљивој природи. Недостатак принуде на више начина је штетан. Наравно правна сигурност није заштићена, нити је могућност контроле стварања ових аката омогућена. Међутим, спонтани, неформални механизми принуде могу резултирати неочекиваним последицама, чак контрапродуктивним. Критичари наводе да је меко право ништа више до маска за тврду праксу. Штавише, у контексту европске правне традиције меки нормативни приступ сматрају америчким увозом који се лоше уклапа у континентално европски правни систем.

Затим, иако обезбеђују партиципацију бројним актерима, *soft law* механизми су склони и да појачавају или утврђују постојећу хијерархију, не узимајући у обзир маргиналне актере. Оно се користи јер се њиме лакше задовољавају потребе појединих држава или групе држава али и тренутно преовлађујућим (наравно променљивим) вредносним изборима. Тако *soft law* може постати механизам инструментализације појединачних интереса а не идеалистички замишљен плод консензуса једног хармоничног тоталитета. Меко право постаје не само предворје за неку будућу тврду или праву правну норму већ све више може постајати и њен супститут.<sup>280</sup>

Наравно, пажња се мора обратити и на евентуално неконтролисано употребљавање јер нерегулисана употреба може водити „бесправном свету“ што нас упућује на захтев за формализовање (правно карактерисање) ових све важнијих неформалних извора. Проблем настаје када се искоришћавајући позитивне стране *soft law* у смислу његове ефикасности с друге стране може губити на легитимности и обрнуто. Критичари меког права

---

<sup>278</sup> К. Zemanek, *op. cit.*, p. 844.

<sup>279</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 264.

<sup>280</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 278.

инсистирају на томе да се њиме намећу облигације „на задња врата“, те да су такве облигације непредвидиве и нејасне и нису у складу с начелом правне сигурности.

Меким правом се доводе у питање и концепт и идеја сагласног поступања. Односно сагласност понашања у складу са нормама се кроз *soft law* заправо степенује, те представља ствар подобну за преговарање. Нема јасности која је потребна да се обезбеде предвидивост и оквир за поступање који би био постојан, на који би се могло поуздати. Оно је средство које се користи да би произвело ефекте али оно заобилази нормалне системе којима се осигурава одговорност.

Надаље, различите државе различито поступају у вези с меким правом. Рецимо у Европској унији је јасно да постоји различит третман *soft law* од стране различитих држава чланица. Постоје оне које их прихватају и доследно примењују (енг. *a world of observance*), друге то чине неадекватно (енг. *a world of domestic politics*) а треће их свесно занемарују (енг. *a world of neglect*). Показало се да оне са слабијим државним капацитетима могу водити обрнутим ефектима у односу на намераване у погледу меког права. Такође, парадоксално је то да мањак капацитета за доношење и спровођење тврдог права (што изазива потребу за меким правом) управо ниподаштава њихову ефикасност. Наиме, испоставља се да нехијерархијска, приватна саморегулација или јавно приватна корегулација захтева снажну сенку хијерархије да би била учинковита те да је потребна озбиљна административна и политичка позадина да би се промовисало узимање у обзир и спровођење меких инструмената.

Постоје и контрадиктности између различитих *soft law* појавних облика и њихових ствараоца, односно систему меког права (уколико га уопште као таквог можемо идентификовати) недостаје кохерентности. Нису ретки критични ставови према којима се сумња у универзалности мера које се остварују меким правом и нагалашава се да се у стварности уместо универзалности иде према њеном подривању кроз постављање бројних и релативних стандарда. Сматра се да се меким правом негативно утиче на општост у стварању права, те на јавност, транспарентност истог поступка, затим критички се износи да оно ствара противречности, нема јасну перспективу будућности и не обезбеђује довољно сигурности.

Аврамовић износи систематски поглед на недостатке *soft law*. Наиме, сматра да се на путу ка позитивној оцени меког права налази изазов принципа легалитета па и шире



компатибилности меког права са правном државом и владавином права. Проблем у вези са меким правом је прилично комплексан: оно је према њему идеја са двоструком природом, у најмању руку квази право. Наиме, формална необавезност не значи увек и суштинску необавезност: морални притисак, указивање, опомена, прекор, срамоћење, очекивање, условљавање, па и претња, додељивање или ускраћивање помоћи и сви они ванправни инструменти санкционисања који прате непоштовање обичајних или моралних норми у међународном праву делују са још већом силином и итекако утичу на понашање субјеката којима су упућене.<sup>281</sup> Такође, стварањем несигурности, концепт *soft law* доприноси слабљењу целокупног правног система. Када се једном политички или морални обзирају у право оно губи своју релативну аутономију од политике и морала, мишљење је Клаберса.<sup>282</sup> Наиме, потребно је инсистирати на одређеном степену формализма који штити од арбитрерности силе.

Даље Аврамовић наводи да основне опасности у вези са меким правом произилазе из дисперзије нормативног ауторитета, још већег замагљивања истинског изворишта правне норме. Наиме, већи степен деперсонализације творца правне норме води ка већем волунтаризму па и могућем експериментисању приликом нормирања, те промовисању појединих политичких, економских и других интереса. А деперсонализовање оних који креирају *soft law* добрим делом их и ослобађа од одговорности за могуће исходе. Јер у унутрашњем правном поретку одговорни за процесе стварања права су носиоци законодавне власти док је на аналогном међународном плану одговорна релативно имагинарна међународна заједница. У проблематичном смислу се помиње и тзв. очвршћавање меког права које се у свом најизраженијем облику с међународног правног простора измешта у националне правне поретке. Тиме оно постиже формални легалитет на унутрашњем нивоу а да га никад није имало на међународном плану, чиме се подржава процес правне глобализације са свим својим предностима и манама. *Soft law* уноси у правне међународне токове извесну нормативну флексибилност јер, с обзиром на њихов необавезујући карактер, измиче контроли законитости и уставности. Тиме се право измешта у неконтролисан терен, односно измешта се процес стварања права у бирократско–технократско–експертске кругове који немају демократски потврђен

---

<sup>281</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 278.

<sup>282</sup> J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996, p. 174.

легитимитет. Како Аврамовић наводи „меко право и омекшавање права у својој целокупности почев од спорности његовог материјалног извора до начина примене и његових последица представља важан ексер у ковчегу класичног начела легалитета.“<sup>283</sup> Исти аутор сматра теоријско репозиционирање начела легалитета у односу на међународно право једним од нових изазова двадесет првог века. Према њему, меко право негативно утиче на начело легалитета, правне сигурности, једнакости и владавине права. Опасност види пре свега у томе што меко право формално не нарушава те принципе с обзиром на то да је формално необавезујуће али изазивају ефекте као да то јесу те да не постоје механизми њиховог ограничавања и контроле.<sup>284</sup>

Негативан поглед на *soft law* постоји и изражен је и у контексту ЕУ а може се сагледати на основу акција њених институција. Наиме, 2007. године Европски Парламент је поводом обимне употребе ових инструмената, али и своје маргинализоване улоге у њиховом доношењу и спровођењу донео Резолуцију о институционалним и правним импликацијама употребе *soft law* инструмената у којој се наводи:

„С правног аспекта, меко право заобилази компетентна легислативна тела, може негативно утицати на принципе демократије и владавине права, те на принципе супсидијерности и пропорционалности. С политичог аспекта, меко право има тенденцију да ствара јавну перцепцију о „супер бирократији“ која нема демократски легитимитет и која је удаљена не само од грађана већ је чак и одбојно, непријатељски према њима настројена, те је вољна да постиже договоре и уступке од стране моћних лобија који нити су транспарентни нити разумљиви грађанима.<sup>285</sup> Даље се наводи да се употреба *soft law* у пракси показала амбивалентном, те да су то неефикасни инструменти који ће имати лош ефекат по легислативу Уније и баланс њених институција,<sup>286</sup> те се стога треба уздржати од њихове употребе или је барем свести на минимум.

Мана ових извора виђена је у опасности од еродирања међународног правног поретка и у отварању потенцијалног простора за развој технократског легитимитета, услед

---

<sup>283</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 282.

<sup>284</sup> Д. Аврамовић, *нав. чланак*, стр. 279.

<sup>285</sup> Резолуција Европског парламента о институционалним и правним импликацијама употребе *soft law* инструмената, (енг. *Resolution of the European Parliament on the institutional and legal implications of the use of soft law instruments*), 4 September 2007/2028 (INI), at 1, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0259&language=EN> (приступљено 5.04.2014)

<sup>286</sup> Резолуција Европског парламента о институционалним и правним импликацијама употребе *soft law* инструмената, изјаве А и АА1.

немогућности обезбеђивања стандардног вида заштите правним нормама. Поједини коментатори су у овом контексту критиковали и све присутнију „приватизацију“ законодавства.<sup>287</sup>

\*\*\*

Закључујемо да је меко право проблематична, комплексна, неразрешена врста феномена иако дефинитивно релевантна и важна појава у контексту изучавања извора међународног права и међународног права уопште. Међутим, и поред непостојања универзално прихваћеног одређења овог појма, *soft law* је као квазилегални инструмент који се манифестује у крајње разноликим врстама прописа успео да продре у међународни регулаторни систем. Упркос доктринарним несугласјима поводом *soft law*, оно што се не доводи у питање јесте снага аргумената и убедљивост решења презентованих у овим изворима услед чега се за њих изналазе вишеструки модалитети примене, а са посебно развијеном праксом у области међународних трговинских уговора о чему ће бити речи у даљем излагању.

Наиме, могу постојати недостаци услед употребе *soft law* да се регулишу извесна питања али предности су такође упечатљиве: користећи се меким инструментима може се спремније и брже реаговати на тренутне изазове међународне заједнице с којима се не може суочавати кроз уско и стриктно тумачене регулативе. Тренутно постојање и деловање меког права у дневном функционисању међународне заједнице је непобитна чињеница и последица је њене нормалне динамике, а не вештачка творевина теоретичара. Стога, ако се одбије било каква могућност за увођење регулаторних правила испод нивоа конвенција, ризикује се настајање нереалне али и ригидне ситуације у којој се не узимају у обзир разне форме међународне сарадње. Међународно право јесте способно да изнедри облигације с мањом или већом могућношћу за спровођењем.

У сваком случају, главни разлог зашто се стране одлучују за постизање договора путем *soft law* уместо путем *hard law* лежи у немогућности да се процес стварања конвенција изнесе и изведе у складу с израженом динамиком политике, дипломатије и међународних односа. Тврди процеси стварања права нису адекватни да задовоље велике

---

<sup>287</sup> L. Meyer, *op. cit.*, p. 140.

захтеве за алтернативама у међународној правној арени. Па ипак мишљења смо да главни разлог окретања меком праву не би требало да лежи у жељи за избегавањем директних ефеката легалитета (облигаторне силе, извршивости, крајње могућности остваривања захтева пред неким међународним органом за решавање сукоба). Наиме, *soft law* се спонтано појавило као природна последица савремених потреба у погледу процеса стварања права као ефикасан вид регулације важних питања. С обзиром на речено, прихватање специфичних меких правила као иновативни вид стварања права у двадесет првом веку не би требало да води правној анархији, већ напротив требало би да води ка формулацији нових извора права.

Упркос скептицизму који се тиче правне основе међународног концепта *soft law*, реалност је та да се много међународних субјеката окреће овим инструментима у сврху промовисања идеја, преговарања, вршења притиска, иновације, постављања агенди и принципа и припремања тла за тврду легислативу. Може се користити да се превазиђу застоји у преговорима где су разлике преговарача у богатству, моћи и интересним сферама превелики да би се превазишли традиционалним тврдим инструментом. Прагматична употреба меког права оставља времена за припрему и постепено увођење нових правних ставова. Све већи број учесника у стварима од међународног значаја потражује већи избор инструмената којима ће своју партиципацију најцелисходније извести а што се у великом броју случајева остварује меким правом.

Управо када се договор не може постићи, а постоји притисак да се неки вид регулативе мора за критично правно питање постићи, *soft law* може бити једина алтернатива анархији. Оно је мост између формалности стварања права и потреба међународног живота кроз легитимисање понашања и стварање извесности и стабилности.

Сложеност међународних односа одавно је превазишла, сустигла традиционалан ток правног регулисања, изискујући од више међународних недржавних субјеката да се укључе у међународне нормативне токове који се не уклапају у поставке члана 38. Статута Међународног суда правде. Снага убедљивости ових акта некад баш произилази из њихове мекоће. Нпр. правни пилот пројекти демонстрирају какве последице могу наступити те илуструју могућности и остварују убедљив утицај. Некад ће се субјекти лакше одлучити да прате оно на шта нису приморани, већ што им је остављено да чине по вољи.

Свакако, питање одлучивања за *soft law* или *hard law*, прагматично је питање а не толико теоријско, односно апстрактно и уопштено. Наиме, различити домени имају различите потребе а тврди и меки процеси постоје у много варијанти. Дакле, дискусију треба спроводити у контексту конкретне области, поља. Такође, како је већ помињано, хибридноост тврдих и меких инструмената треба да буде свесно предузета активност али може проистећи и из тога што се један циљ покушава спровести на два одвојена начина, па непланирано паралелно постоје меко и тврдо средство. Пракса показује да се треба кретати ка синтези ове две врсте права односно њиховој симбиози јер ови нетипични легислативни процеси резултирају убедљивим аргументима који оправдавају све израженију интеракцију традиционалних правних облика с појавним видовима *soft law*.

## II ДЕО: УЛОГА *SOFT LAW* КАО ИНСТРУМЕНТА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ ПРАВУ

Након неопходног упознавања с основним обележјима *soft law* (питањем природе *soft law* инструмената, питања његових ефеката и тога колико и како доприносе међународној нормативној стварности) тежиште истраживања се у овом делу дисертације премешта на утицај ове врсте извора права у међународном трговинском праву. Следи испитивање легислативних и политичких мотива, те економских аргумената који су позадина активности које се одвијају на пољу хармонизације међународног трговинског права и тој области инструменталног уговорног права.

Наше мишљење је да *soft law* врши хармонизацију права обезбеђујући опште принципе који могу одговарати различитим правним системима и бити од значаја за међународно трговинско право када оно трпи услед непостојања предвидивог одговарајућег меродавног права или застарелих прописа који су у нескладу са трговинском праксом. Унификација права се као тежња ка усвајању заједничког правног стандарда од стране држава, показује као често нереалан циљ у овој области. Стога у овом контексту, пожељан и реалнији појам хармонизације права посматрамо као процес приближавања и модификовања националних прописа у правцу повећавања њихове предвидљивости у прекограничним комерцијалним активностима. У области међународног трговинског права хармонизација се посматра и као процес интеграције који не води униформном праву већ стварању заједничког оквира или правних правила која установљавају заједнички циљ а која остављају места различитим националним спецификацијама.

## 1. ОПРАВДАНОСТ ПОТРЕБЕ ЗА ХАРМОНИЗАЦИЈОМ МЕЂУНАРОДНОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА

Постоји све израженија тенденција стварања светског трговинског права и тежње ка светској унификацији приватног права као деловима процеса правне и економске глобализације и европеизације. Међународно трговинско право се у савременим условима односи на корпус права које је резултат хармонизације појединих националних правних система који су уследили након повећаног обима прекограничног пословања (пре свега у деценијама након Другог светског рата) и услед појављивања телекомуникационих средстава. Нормативна активност која уобличава интернационалне трговинске односе обележена је све израженијим процесом конвергенције права, како у оквиру Европске уније тако и на ширем плану, услед наглашеног повезивања разних тржишта на регионалним и другим основама, односно стварања светског тржишта. Постоје многи хармонизациони напори који се промовишу на различитим међународним институционалним нивоима, а који су основа процеса интернационализације - последице све мањег значаја граница у данашњем пословном окружењу.

Експанзија међународних пословних односа, доступност добара и услуга на светском нивоу путем интернета, доминантна улога енглеског језика, смањење значаја граница међу државама и пре свега поимање и навике потрошача далеко су испред правних правила која уређују међународно пословање. Конкретни захтеви постоје у погледу доношења правила која ће обезбедити нормативни оквир за трговину на глобалном међународном тржишту а које одликују усложњавајући и све повезанији међународни субјекти. Наиме, глобализација поставља потребу за јасном међународном правном кохеренцијом уз промовисање идеја о унификацији или, реалније, хармонизацији домаћих са међународним трговинским правом.<sup>288</sup> Дакле, глобализација (која има и добре и лоше стране) условљава захтев за изналажење хитног одговора на питање решавања потребе нормативног уређења ефикаснијег обављања међународне трговине чему је узрок и приближавања начина на који се у различитим деловима и земљама света послује. На

---

<sup>288</sup> L. DiMatteo, *Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law*, Harvard International Law Journal, vol. 43, 2002, p. 569-570.

пример, стандарди производње и пружања услуга у Индији морају задовољавати очекивања европских компанија које у овој држави финансирају комерцијалне подухвате. Слично, пословни обичаји арапског света морају се прилагодити начину пословања и преговарања инвеститора Северне Америке. Такође, младе тржишне економије источно - европских земаља морају обезбедити ефикасне, отворене системе према инвеститорима из бирократија западних земаља. У оваквим околностима, установљавање правне средине која обезбеђује услове попут једнаке заштите интелектуалне својине или сигурно спровођење страних пресуда је један од многих корака неопходних да се олакша прекогранична пословна интеракција. Основна тенденција креће се у правцу стварања веће правне извесности што би последично водило смањењу прекограничних трошкова и правних ризика чиме би се омогућило и охрабрило више учесника да се укључе у глобалне могућности међународне пословне заједнице. Циљ је обезбедити што ефикасније и обимније вршење међународних трговинских послова као послова закључених између уговорних страна којима је признато својство трговца, а чије се дејство простире у најмање две државе. Ове послове карактеришу два елемента: посебно својство субјеката који у њему учествују и домашај правног дејства.<sup>289</sup>

У контексту хармонизације права важно је нагласити да се у значајној мери преиспитује оправданост мисли о приватном праву као изразито националној категорији. Наиме, појам методолошког национализма, термин који се приписује Мартинсу,<sup>290</sup> означава дубоку претпоставку да је једини природни начин размишљања о организовању друштва из националне перспективе и перспективе националних структура. Такав став, показало се, има теоријске и практичне недостатке. Очигледна је нужност да се под утицајем глобализације националне кодификације прилагоде новим категоријама уговора као и аутономном транснационалном праву пословне заједнице које ће све више опстајати ван националних правних система.<sup>291</sup> Разлике у приватним правима држава озбиљна су препрека неометаном функционисању светског и поготово ЕУ унутрашњег тржишта. Проблеми настају из потребе за међународном кооперацијом и са друге стране потребе да се с тим помире унутрашњи захтеви државе. Ипак хармонизација међународног

---

<sup>289</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 338.

<sup>290</sup> Herminio Martins, *Time and Theory in Sociology*, in John Rex (editor) *Approaches to Sociology*, London, 1974, p. 276.

<sup>291</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 13.



трговинског права је неопходна да би се олакшала трговина у условима постојања баријера које постављају различити правни стандарди и прописи од земље до земље. Њоме се ствара правни оквир за ефикасно функционисање уз одабир највалитетнијих, неутралних, те решења одговарајућих и *civil law* и *common law* систему. Путем хармонизације се попуњавају правне празнине када поводом одређеног правног питања не постоји чак ни национални пропис (а поготово не међународни), као што је то, на пример, учињено за област електронске трговине кроз Модел закон о електронској трговини из 1996. године. Затим, хармонизациони међународни прописи олакшавају предузимање и спровођење правних реформи унутар сваке земље појединачно.

Дакле, недовољна реализација и учинци колизионог метода на међународном плану, условљавају потребу за већом применом супстанцијалног метода у смислу постављања јединствених норми, а не примени једног система на основу претходно утврђених критеријума за одабир међу могућим „меродавним правним претендентима“. Пословни свет није наклоњен примени компликоване колизионе технике. Поборници хармонизационих пројекта полазе од тезе да се доношењем јединствених супстанцијалних правила елиминише простор за настанак сукоба закона а самим тим престаје и потреба за применом колизионих норми. На тај начин се омогућава избегавање компликоване шеме међународног приватног права и тзв. форум шопинга (енг. *forum shopping*), смањују се трошкови и правни ризик.

Међутим, све присутнија и обимнија хармонизација међународног трговинског права није без својих критичара, пре свега јер редукује значај националних легислативних подухвата. Ова критика повезана је и са аргументима којима се указује на недостатке компромисног карактера међународних конвенција. Штавише, противници опсежнијих хармонизационих пројеката сматрају да правна разноликост појединих националних система ствара погодну околину за конструктивну нормативну конкуренцију. Наиме, према таквом ставу државе добијају подстицај да створе најбоље могуће услове за пословање и заштиту потрошача. Такође, противници хармонизације скептични су поводом процедуралних могућности спровођења исте. Сматрају да је проналажење заједничког језгра или компромиса немогућно услед различитих обима правних аката, различитости значења појединих термина у разним језицима итд. што се и показало као велики проблем приликом бројних хармонизационих напора. Даље, истиче се да трошкови

приближавања разних националних прописа и пословних обичаја уз обезбеђивање неопходне стручне помоћи превазилазе корист од евентуално добијеног хармонизујућег акта. Такође, поставља се питање да ли би нови трговински или уговорни систем само повећао конфузију и несигурност поводом начина његовог коришћења. Посебно у оквиру ЕУ постоји страх од даљих ограничења уговорне слободе где је услед стварања посебног система прописа у сврху заштите потрошача дошло до значајне редукције претходно постојеће флексибилности.

Такође, према неким ауторима,<sup>292</sup> постојећи плурализам и различитост у сфери европског приватног права треба прихватити а не сматрати их за анатему адекватном функционисању унутрашњег тржишта. Штавише, према њима правни плурализам је одговарајућ ЕУ моту „јединство у различитости“. Свакако, идеја о приватном праву као национално оријентисаном је поставка која се традиционално износи и рутински прихвата. Такво поимање повезује се са модерном националном државом и схвата се као израз националног идентитета. Ипак, такав узак поглед и разумевање приватног права показује се неодрживим. Трговинско право пример је умножавања „приватизације“ тела која стварају правне стандарде што указује на чињеницу великог опсега права које се приватно ствара и на који утицај државе опада. Управо је детериторијализација приватног права обично описана као окидач феномена познатог као „повлачење државе“<sup>293</sup> а што је у вези са помињаним преиспитивањем теорије монизма.<sup>294</sup>

Питање правца даљег развоја међународног трговинског (уговорног) права постављено је, на пример, захтевом<sup>295</sup> да UNCITRAL предузме радње у циљу истраживања могућности припреме новог инструмента у пољу уговорног права. Захтевала се процена Бечке конвенције и повезаних UNCITRAL-ових инструмената као и дискусија о томе је ли рад на овој и широј сродној материји потребан и изводљив. Свакако, идеја о легислативном инструменту на глобалном нивоу није нова, Ландо је већ предлагао такав подухват, као и бивши секретар UNCITRAL-а, Херман. Ипак, такав пројекат је преамбициозан у овом моменту јер би сви поменути проблеми у погледу прилагођавања

---

<sup>292</sup> Lucinda Miller, *The Emergence of EU Contract Law - Exploring Europeanization*, Oxford, 2011.

<sup>293</sup> L. Miller, *op. cit.*, p. 28.

<sup>294</sup> Види Нова улога компаративног метода и питање превазиђености контроле држава над процесом стварања права, стр. 24.

<sup>295</sup> Захтев UNCITRAL-у под називом Могући будући рад у области међународног уговорног права (пун назив енг. *UNCITRAL, Possible Future Work in the Area of International Contract Law: Proposal by Switzerland on Possible Future Work by UNCITRAL in the Area of International Contract Law*) је иницирала влада Швајцарске.

опречних интереса приликом креирања конвенција, опет изашли на видело при стварању оваквог прописа. Чак и уколико би основна тенденција била регулисање прекограничних трансакција, и даље би се захтевале драматичне легислативне реформаторске радње на унутрашњем плану сваке евентуалне државе потписнице. С обзиром на изнето чини се да је идеја о глобалном инструменту неостварива у скоријој будућности те је потребно сконцентрисати се преваходно на усклађивање постојећих прописа уз неопходну тешњу сарадњу агенција за формулисање. У овом случају представници правне науке и правници практичари би кроз пласман информација, упознавање шире јавности са овим инструментима и кроз нуђење ауторизованог тумачења учинили велики помак у процесу хармонизације међународног трговинског права.

Закључујемо да је у интересу већине учесника у међународним трговинским односима стварање правне извесности и смањивање трошкова трансакција што се најбоље постиже униформношћу правила којима су ови односи уређени. Стога изнете сумње поводом основаности хармонизационих напора према нашем мишљењу немају упориште у стварности. У сваком случају, хармонизациона активност на међународном и нивоу ЕУ очигледан је доказ да критика овог типа није ефикасна јер пословни људи изнад национално одређених стандарда више цене сигурност и предвидивост у свом пословању који им омогућавају хармонизована правила. Она су ефикасно средство за јачање европског тржишта као и за одговарање на потребе глобалне трговачке класе. Униформност правила и концептуално истоветни језик побољшавају тржишне могућности елиминишући последице сукоба различитих националних права и смањујући трошкове правних услуга. Из различитих перспектива многи који говоре о овој проблематици деле посвећеност ка хармонизационим пројектима којима се јача било глобално, било уже посматрано унутрашње тржиште ЕУ, уз наглашавање важности аутономије воље, слободе уговарања и уз веру у саморегулациони капацитет субјеката.

Дакле, опште је раширено мишљење да је неопходна хармонизација ове области права ради олакшавања међународне трговине и да би се охрабрила конкурентност. Ипак на нивоу ЕУ је процес хармонизације права најкохерентнији, изводљивији и по нашем мишљењу најпотребнији, пре свега из економских и културних разлога, колико и из политичких. Стога постоји толико хармонизационих пројеката у оквиру ове заједнице, док на глобалном нивоу пак, не постоји сличан ниво повезаности. Ипак, циљ хармонизације

трговинског права из у основи економских разлога мора бити и усаглашен са деликатним интересима праведног друштва, заштите животне средине, очувања националних правних тековина итд.

### 1.1. Различити методи хармонизације међународног трговинског права

Регулисању нормативе која се тиче трговинских уговорних инструмената приступа се на више начина. Као одговор на потребу конвергације националних правних поредака јављају се различити методи, односно степени хармонизовања. Они се спроводе у Европској унији уопштено примарним изворима права, али конкретније и практичније кроз секундарне изворе (најчешће путем директива). На ширем, светском нивоу најплодотворнијим хармонизационим средствима се показују међународне мултилатералне и билатералне конвенције. У наведеним случајевима ради се о коришћењу стандардних, традиционалних извора *hard law* чије су употребне вредности и достигнућа неспорни. Међутим, ови инструменти су осим очигледним предностима обележени и извесним недостацима о којима је већ било речи.<sup>296</sup> Ти недостаци отворили су простор и другим видовима нормативне делатности која има истоветне циљеве али другачије путеве њиховог постизања. Ради се о релативно новим, динамичним и са појединих доктринарних становишта дискутабилним методама које се спроводе путем *soft law* инструмената. Дакле, колико год се потреба о хармонизацији ове области права схватала, не постоји један, универзалан инструмент који би послужио у ту сврху без недостатака. Поменуто двојност приступу уједначавању трговинског права, а поводом питања да ли би требало да у домену интернационалних организација буде и креирање *soft law* инструмената (на супрот централизовања искључиво на стварање конвенција), правдао је и бивши генерални секретар UNIDROIT-а, професор Кронке. Према њему, постоји адекватна улога и појединачне предности како за *soft law* тако и за обавезујуће конвенције. Нема потребе за опредељење у корист само једног, обавезујућег типа хармонизације, јер су извори меког права пронашли своје место у проширеном спектру врста међународних инструмената.<sup>297</sup>

<sup>296</sup> Види Поређење *soft law* са *hard law*, стр. 93.

<sup>297</sup> Herbert Kronke, *Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law*, *Loyola Law Review*, vol. 40, br. 51, 2005, p. 293.

С тим у вези се истиче да до проблема у спровођењу хармонизационих настојања долази услед погрешног одабира хармонизационих средстава (неретко услед инсистирања на санкционисаним методама) и услед непостојања политичке воље да се такав инструмент примени на националном нивоу.

Закључујемо да модерни услови обављања привредних делатности стварају растућу потребу за интеракцијом стандардних правних прописа са *soft law* појавним облицима. Неопходност координације компликованих економских процеса диктира нужност ослањања и на методе које нуди меко право, чиме се стварају практичне последице по поступке европских и светских интеграција.<sup>298</sup> Међународна пракса је показала да ће често управо спорно одличје меког права, непостојање санкције, бити фактор од одлучујућег значаја за примену његових норми. Правна доктрина налази да су се поједини документи меког права показали успешним баш услед тога што нису обавезујући, што се не стварају под одређујућим политичким диктатом и не представљају претњу националним правним системима. Ови извори се користе у значајном обиму управо због своје еластичности и погодности за примену јер не захтевају никакве посебне формалности.<sup>299</sup> Њима се хармонизација врши на ненаметљив, иновативан и савремен начин уз остављање могућности бирања у којим размерама ће бити коришћени у решавању појединог проблема.

Постоји мноштво начина на који се класификују извори међународног трговинског права уколико се у обзир узимају и тврда и мека хармонизациона средства.<sup>300</sup> На основу сагледавања бројних теоријских ставова то су: конвенције (билатералне и мултилатералне), обичајно право, једнообразна правила (слични инструменти конвенцијама у смислу материје и начина њеног уређивања али се лакше усвајају и примењују; често се везују за конвенције и претпају у њих као што се десило са Хашким једнообразним законима), модел закони и модел, типски или формуларни уговори (савременији облици хармонизације који одговарају трговинским односима због флексибилности и погодности за примену јер захтевају само вољу уговорних страна без

---

<sup>298</sup> F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law*, in Terence Daintith (editor), *Implementing EC Law in the UK*, London, 1995, pp. 51-87.

<sup>299</sup> Иванка Спасић, *UNIDROIT - Допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права*, Страни правни живот, вол. 42, бр. 2, 2009, стр. 32.

<sup>300</sup> Већ је указивано на дискутабилност значаја класификовања меких правни инструмената. Види Врсте појавних облика *soft law*, стр. 85.

додатних формалности), и у вези са њима општи услови пословања и узансе, водичи (који су посебно значајни за питања у којима не постоје јединствена решења него више алтернативних опција, наиме већ само утврђивање више понуђених варијанти значајно је учесницима трговинских послова јер им се пружају неопходне информације уз нуђење алтернативних решења), начела или принципи (који да би се сматрала видом хармонизације морају бити систематизовани и обухватати најзначајније принципе везане за одређено питање или институт), судска и арбитражна пракса и тако даље.

Ипак, таксативним навођењем извора у овом контексту није могуће обухватити и укључити све изворе права којима се регулише ова област, пре свега из разлога што се поједини инструмент може показати подобним за укључивање у више од једне категорије, док проблем представља и опречност теоријских ставова поводом тога који се све извори сматрају изворима аутономног међународног пословног права, а који извори спадају у *soft law*. Један до објективнијих начина сврставања ових извора права користи субјекте који су их донели и територију на којој се примењују, те се тако разликују национално, међународно, право ЕУ и аутономно право.

Према нашем мишљењу, услед разноликости аката који спадају у опсег извора међународног трговинског права, адекватна је, у светлу потреба анализе која се спроводи овим радом, веома уопштена класификација на:

- 1) конвенције,
- 2) обичајно право и
- 3) акте донете у оквиру међународних организација и приватних иницијатива у које спадају и преплићу се извори аутономног трговинског права и *soft law*.

## **1.2. Значај хармонизације међународног уговорног права**

Циљ хармонизације међународног трговинског права је у олакшавању међународног промета робе и међународне трговине, повећање правне сигурности и спречавање односно решавање спорова. Наравно, потребно је хармонизовати многе гране

права али не чуди што је уговорна област приоритетна.<sup>301</sup> Наиме, промене у економској структури се прво манифестују на област уговора као инструментални аспект трговинског и приватног права уопште. По природи ствари, варијације у усложњавајућој светској привредној структури примарно се одражавају на пољу трговинског уговорног права услед његове конститутивне повезаности са тржишним односима. Стога је неопходно развијати ефикасне уговорне моделе који ће служити како захтевима за либерализацијом ове области, тако и њеној уједначенијој регулацији. Такав циљ захтева и правне инструменте који ће бити у што вишем степену усаглашени не би ли се ово поље од приоритетног хармонизационог ранга на најквалитетнији начин развијало.

Наиме, међународни уговор као уговорна веза између страна из различитих држава или чије се извршење врши у више од једне земље, поставља специфична питања која су последица вишеструких културних, економских и правних фактора. То су, на пример, питања језика који ће се користити, питање валуте, рокова. Међународно приватно право упућује на решења проблема овакве природе али недовољно ефикасно. Јасно је да решавање међународних уговорних односа применом националног права носи са собом доста недостатака. Наиме, поједини системи значајно одступају једни од других те постоји правна неизвесност и финансијски ризици као и повећани трошкови правног консултовања. У циљу избегавања мањкавости примене националних права на међународном плану правна наука упућује на интернационализацију самих уговора кроз стварање модел правила од стране адекватних међународних организација или стручњака. Опасности неуједначеног приступа овој материји су вишеструки а у најгорим случајевима поједини уговорни термини нису од једнаког значаја у различитим системима или их домаћи судови не примењују адекватно. Из ових разлога многи теоретичари позивају на хармонизацију међународног уговорног права па и на стварање Глобалног трговинског законика. Надаље, економски јача страна, попут транснационалних корпорација ће често наметнути своје услове потрошачима и мање утицајним пословним субјектима, стављајући их тако у подређен положај. У оваквим условима, традиционално хармонизационо решење (или чак неутралнија *soft law* опција) које је доступно и разумљиво свим учесницима

---

<sup>301</sup> Ole Lando, *Some Features of the Law of Contract in the third Millenium*, Scandinavian Studies in Law, vol. 40, 2000, p. 346, доступно на: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf> (приступљено 29.10.2015).

сматра се алтернативом којом се обезбеђују изједначенији услови и којом се мотивишу потенцијалне уговорне стране.

Савремено уговорно право обележено глобализацијом тржишта захтева либерализацију права али савремени нормативни циљеви крећу се и у противречном правцу његовог ограничавања у на пример корист права потрошача. Наиме, једна од основних расправа поводом правца развоја ове области тиче се опредељења између доследног поштовања и неометања начела потпуне аутономије уговорних страна и начела солидарности. Такође, данас је очигледан процес комерцијализације класичног уговорног права према коме се не раздвајају класични грађански уговори од трговинских<sup>302</sup> како је то био случај до средине двадесетог века. Ипак, услед појаве и развијања гране потрошачког права, долази до фракције у оквиру јединственог поимања уговорног права. У истом правцу, државе попут Француске и Немачке утичу на реafirмацију значаја разликовања трговинског од класичног уговорног права.

Закључујемо да је поуздан уговорни однос између две или више страна основни услов за успех било какве трансакције. Томе је разлог што се уговором ауторитативно одређују међусобне обавезе уговорних страна и што представља основу за предузимање радњи уколико из било ког разлога дође до проблема приликом његовог спровођења или испуњења. Стога, на међународном нивоу, где се правне неизвесности и лингвистички неспоразуми дешавају чешће, уговор је основни елемент успешне трансакције. Према нашем мишљењу, хармонизација уговорног права основна је претпоставка привредне интеграције. Наиме, превазилажењем већег броја некомплементарних уговорних режима превазилазе се основне нецаринске трговинске баријере, као и амбивалентност ситуације у којој се изражава жеља за све већом интеграцијом и заједничким унутрашњим тржиштем (у случају ЕУ) док за то међутим нису обезбеђени услови. Свакако, основна тежња за хармонизацијом међународног трговинског уговорног права сумира се потребом да се обезбеде средства којима уговорне стране могу брзо и равноправно доћи до споразума под правилима и условима који су разумљиви и прихваћени од стране свих и који обезбеђују предвидиве и спроводиве резултате.

---

<sup>302</sup> Италија, Швајцарска, Русија и Холандија су формално укинуле ову двојност, те су обе врсте уговора потчиниле јединственом Грађанском законику. И у Србији се ова област регулише путем јединственог Закона о облигационим односима.



## 2. СПЕЦИФИЧНОСТИ ПРОЦЕСА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ТРГОВИНСКОГ И УГОВОРНОГ ПРАВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Уговорно право Европске уније је стално мењајућа, сложена област и врло осетљиво поље права због чега за њега не јењава интересовање правне теорије. Оно је специфично већ по самој припадности комунитарном праву које је истовремено и међународно и унутрашње, јавно и приватно, материјално и процесно, утемељено на основама и континенталноевропског и англосаксонског правног система.<sup>303</sup> Такође, у савременим условима, оно представља противречну мешавину аутономних и социјалних елемената.

Ова област обележена је значајним степеном фрагментације, недовољном интеграцијом, сталном напетости европског и националних права као и између циља интегрисања заједничког тржишта и различитих техника хармонизације који дају неуједначене резултате.<sup>304</sup> Ради се о дисциплини чије је контуре тешко обухватити или јој предвидети будући облик имајући у виду политичке и економске факторе. Пракса показује да и поред бројних метода унификације и хармонизације, новији типови уговора трговинског права нису правно регулисани. Наиме, право ЕУ је претежно јавноправне природе а приватноправна питања се регулишу у мањој мери. Ове чињенице оправдавају иницијативе у оквиру ЕУ да се европско приватно, трговинско, нарочито уговорно право уједначе и модернизују. Иницијативе су покретане у оквиру бројних међународних организација а у ЕУ су добиле подршку политичких органа.<sup>305</sup>

У ЕУ се на хармонизацију приватног, трговинског и уговорног права гледа као на пут ка олакшавању трговине између држава чланица и јачању унутрашњег тржишта. Управо различитост међу правима држава чланица сматра се основном нетарифном препреком трговини. Неуједначеност правног уређења унутрашњег тржишта ЕУ највише штети, односно води пасивности малих и средњих предузетника због поимања да евентуалну добит од проширења активности са унутрашњег нивоа на међународни превазилазе ризици и правна неизвесност скопчана с таквим подухватима. Стога, иако

---

<sup>303</sup> Elspeth Berry, *European Union Law*, Oxford, 2007, p. 72.

<sup>304</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 4.

<sup>305</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 68.

признаје сходност уређивања националних питања националним правом, ЕУ тражи универзалне стандарде који се тичу области директно повезаних с унутрашњим тржиштем. Додатно, стварање униформних правила која не испостављају слабију страну правној неизвесности или већим ризицима од оних с којима се сусреће јача страна, у складу је са једним од основних циљева легислативних напора ЕУ - заштитом потрошача. Дакле, један је од основних циљева органа ЕУ да олакша обављање међуевропских трансакција уредбама и директивама или чак у форми Европског грађанског законика. Наравно, стварање подударних правних система погодује новијим државама чланицама, бившим социјалистичким државама док хармонизована правила обезбеђују и вредну легислативну путању и упутства другим државама које претендују на чланство у ЕУ, међу њима и Србији.

У Европској унији се хармонизација права врши званичним прописима њених органа али и путем ангажовања и значајног доприноса академске заједнице која се у више наврата и у различитим опсезима прихватала хармонизационих пројеката. Даље, кроз вид негативне хармонизације Суд ЕУ остварује битну интегративну функцију јер доприноси тумачењу и формулише конкретна правна становишта. Наиме, његове одлуке су основа за укидање прописа или њихових одредби уколико се установи да су препрека слободној трговини на унутрашњем тржишту. Позитивна хармонизација секундарним правом прокламована је као одговарајући циљ Белом књигом о стварању унутрашњег тржишта из 1985. године. У тзв. „новој стратегији“ као главни инструмент су означене директиве а ређе уредбе. Директиве су умногоме коришћене да би се прописали минимални неопходни стандарди ради лакше интеграције европских новијих нормативних решења. Али таква хармонизација се показала као неконзистентна, фрагментна и несистематска, остављајући недовољно усклађене системе приватног права. Свакако, фокус је увек био на уговорном праву као инструменталном и најефикаснијем за постизање жељених хармонизујућих циљева. Проблем се појавио у виду немогућности да национални законодавци коригују или уопште утичу на једном овако усклађену материју што се назива тзв. блокирајућим учиником директиве. За законодавство државе чланице такође је компликовано и захтевно стално изнова усклађивати унутрашњи поредак са новим прописима који ни не морају бити најквалитетнији, нити свеобухватни али захтевају корените промене. Из разлога ових мањкавости *top down* приступа, законодавни приступ постаје све наклоњенији *bottom up*

методи, код које се рад незаконодавних тела, правних скупина, теоретичара и практичара све више узима у обзир приликом усвајања законодавних аката. С друге стране, овакав приступ се критикује због предвиђене опасности од еродирања правног поретка ЕУ и отварања потенцијалног простора за развој технократског легитимитета, услед немогућности обезбеђења стандардног вида заштите правним нормама. У овом контексту се критикује и све присутнија „приватизација“ законодавства.

Закључујемо, без јединственог трговинског (пре свега уговорног) права нема ни услова за сврсисходније повезивање не само на економском већ ни на политичком плану. Без обзира на то који метод преовлада у ЕУ, процес хармонизације права се наставља у облицима који погодују тренутку њиховог предузимања. Оно што карактерише процес „преобликовања“ националног права јесте да се одвија и ван националних државних легислативних органа – на мета националном нивоу<sup>306</sup> што изазива бројне научне расправе.

## **2.1. Правни и политички аспекти активности на хармонизацији трговинског и уговорног права у Европској унији**

Пројекти и саопштења Комисије који се тичу уговорног права ЕУ веома су бројни у усредсређени с једне стране на покушај консолидовања и хармонизације, а с друге стране имају вид кодификационих пројеката. Наиме, након доношења Начела европског уговорног права доказано је да је могуће сачинити хармонизациони инструмент чија ће основа бити заједничко европско правно језгро. Такође, њиховом објавом европска стручна јавност имала је пред собом нормативни текст који је представљао основу даљем раду на уједначавању уговорног права али се поставило питање правца у коме ће се тај процес развијати. Предузимање озбиљнијих корака у смеру консолидације европског уговорног права почиње након 1999. године када Председништво Европског савета у Тампери доноси закључак о нужности израде опште студије о потреби хармонизације прописа на подручју уговорног права држава чланица.

---

<sup>306</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 11.

Комисија је 2001. године упутила Саопштење<sup>307</sup> Савету и Европском парламенту којим је указала на до тада постигнуте резултате уз правнополитичко образложење потребе за хармонизацијом и упутила на могућности даљег развоја ове области на могућа четири начина:

- 1) Не чинити ништа у погледу даље хармонизације, односно не мењати постојеће чињенично стање хетерогености регулативе уговорног права у државама чланицама.
- 2) Даље развијати правила меког права по принципу *opt in* инструмената на основу Принципа UNIDROIT за међународне трговинске односе и Начела европског уговорног права.
- 3) Извршити оцену, усавршавање и консолидацију постојећих комунитарних извора права и тако побољшати квалитет важећег европског законодавства, с акцентом на праву потрошача.
- 4) Усвојити нове комунитарне изворе права којима би се извршила интеграција права у овој области и заменила постојећа хетерогена регулатива.

Стручна јавност је већином подржала спровођење друге и треће опције Саопштења које је критиковано из разлога што се сматрало да је имплицирало сопствене резултате. Наиме, први предлог је сматран очигледно статичним и неприхватљивим а трећи излишним јер се свако право стално мења и усавршава.

Комисија је затим Саопштењем Кохерентније европско уговорно право - акциони план из 2003. године<sup>308</sup> предложила Савету и Европском парламенту усвајање зборника правила уговорног права, Заједничког референтног оквира (у даљем тескту: CFR), којим би се допринело тумачењу комунитарног права и свеукупном побољшању његове примене уз прецизирање основних појмова уговорног права у једном тексту (уз

---

<sup>307</sup> Саопштење Комисије Савету и Европском парламенту о европском уговорном праву (енг. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*), COM (2001) 398 final, доступно на:

[http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/cont\\_law\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf) (приступљено 25.12. 2015).

<sup>308</sup> Саопштење Комисије Кохерентније европско уговорно право-акциони план (енг. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan*), COM (2003) 68 final, доступно на:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52003DC0068> (приступљено 25. 12.2015).

уређивање посебних уговора из права потрошача). На тај начин би се доношењем *opt in* инструмента побољшао уговорни *aquius comunitare*. Друго, предложено је даље промовисање хармонизованог уговорног права у читавој ЕУ. Треће, покренута је иницијатива испитивања могу ли се затекнути проблеми решити кроз несекторски приступ - опционим грађанским закоником. Овај акциони план је послужио и као темељ за рад Европске истраживачке групе важећег приватног права ЕУ (тзв. *Acquis* групе). Последично, противници оваквих идеја поставили су питање надлежности ЕУ органа да наметну акт таквог ранга. Довела се у питање и изводљивост овог пројекта у светлу постојања толико различитих правних система, терминологије, основних правних принципа који су увек повезани са конкретним социо – економско - културним традицијама појединих правних традиција.

Реакције на Акциони план показале су да у Европи више не постоји доминантна наклоност типична за деведесете године када се оптимистично гледало на идеју о Европском грађанском закоником. Штавише, изнет је став да кодификацију треба вршити корак по корак, сектор по сектор, тако што ће се прво развити CFR као необавезујућ инструмент а које би државе могле усвојити и на тај начин их учинити обавезујућим на својој територији (принцип *opt in*). У следећој фази би ова правила добила обавезујућу снагу у свим државама чланицама с тим да би могле да искључе њихову примену на својој територији (принцип *opt out*). И на крају за двадесет до тридесет година би CFR постепено добио хоризонталну примену у свим државама чланицама.<sup>309</sup>

Надаље, према Саопштењу Комисије „Европско уговорно право и ревизија правне тековине - даље деловање“<sup>310</sup> из 2004. године, израда CFR и даље остаје одлучујућа за стварање јединственог састава приватног права те се схвата као “*handbook*” или “*toolbox*” за спровођење измена и усвајање нових правних аката у оквиру ревизије важећег *acquis*-а. Но, у овом Саопштењу и након њега усвојеном Првом радном извештају о европском уговорном праву 2005. године долази до постепеног раздвајања поступка преиспитивања и консолидовања ЕУ уговорног права потрошача од свеобухватнијег пројекта кодификације

---

<sup>309</sup> Jurgen Basedow, *Ein optimales Europaisches Vertragsgesetz opt-in, opt-out, wozu uberhaupt?*, *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*, vol. 1, 2004, p. 1-4.

<sup>310</sup> Саопштење Комисије „Европско уговорно право и ревизија правне тековине-даље деловање“, (енг. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*), COM (2004) 651 final, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:EN:PDF> (приступљено 25.12.2015).

европског приватног права. Тако је истовремено уз подршку Комисије почео рад на нацрту CFR с једне стране и спровођење поступка преиспитивања и ревизије важећег *acquis*-а у праву заштите потрошача с друге.

У 2010. години донета је Зелена књига Европске Комисије о опцијама за напредак према Европском уговорном праву за потрошаче и трговце<sup>311</sup> која је представила мноштво опција за јавну дискусију поводом правне природе будућег инструмента за уговорно право у циљу јачања унутрашњег тржишта. Као могућности изнете су:

1) објављивање резултата Експертне групе као практичног и корисницима намењеног текста који би осим европског могли користити и национални законодавци као извор инспирације при изради правних аката али и уговорне стране при изради стандардизованих услова пословања;

2) усвајање званичног *toolbox*-а за ЕУ легислаторе, стварајући могућност да Комисија усвоји неки акт, било то саопштење или одлука о европском уговорном праву који би потом користила као инструмент при изради предлога нових законодавних аката или код ревизије постојећих мера;

3) препорука Комисије о европском уговорном праву којом би подстицала државе чланице на инкорпорисање инструмената у њихово национално право као што су Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре;

4) уредба којом би се успоставио Опциони инструмент европског уговорног права као други режим у свакој држави чланици;

5) директива о европском уговорном праву која би хармонизовала национално уговорно право на темељу заједничких минималних стандарда и која би допуњавала потрошачки *acquis*;

6) уредба којом би се утврдило европско уговорно право;

7) уредба којом би се установио Европски грађански законик.

Комисија се највише залагала за шесту и седму опцију, признајући међутим да обе могућности задиру у осетљива питања супсидијерности и пропорционалности. Надаље,

---

<sup>311</sup> Могућности за напредак изнете у Зеленој књизи Европске Комисије о опцијама за напредак према европском уговорном праву за потрошаче и трговце, (енг. *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final*), доступно на: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0052/contributions/247\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf) (приступљено 27.01.2016).

група стручњака је 2011. године предала текст од 189 одредаба о уговорном праву релевантних за уговорне односе на унутрашњем тржишту ЕУ у Извештају студије изводљивости о европском уговорном праву.<sup>312</sup> Текст који је замишљен као *toolbox* у припреми будућих иницијатива о европском уговорном праву узима у обзир издвојене делове CFR, одредбе Бечке конвенције и Принципа UNIDROIT, као и Ландова начела и начела *Principes Contractuels Communs* асоцијације Хенри Капитан i *Société de Legislation Comparée*. На пленарној седници 2011. године Европски парламент је већином гласова подржао израду и усвајање опционог инструмента европског уговорног права.

## 2.2. Рад на доношењу Европског грађанског законика

Европски грађански законик (у даљем тексту: ЕГЗ) још увек не представља политичку реалност ЕУ али дубоко је присутна тема у дискурсу приватног права, што сведочи о концептуалној раздаљини коју је ова идеја прешла. Становишта за и против овог пројекта се износе са социјалних, културолошких основа уз веома пристрасна схватања. Наиме, ово питање је контроверзно, дубоко политичко и не само правно. Свакако, званична политика ЕУ јесте наклоњена пројекту, уз истакнуте представнике правне науке попут Ланда,<sup>313</sup> али поједине државе чланице то нису. Противљење овој идеји оправдава се максимом да доношење ЕГЗ-а није ни изводљиво ни културно пожељно<sup>314</sup>, као и да услед различитости поимања опсега приватног права<sup>315</sup> представља изазов. Главни противник овог пројекта је Легранд, професор у Тилбургу, који је као адекватну истицао само минималну и неопходну, никако наметнуту хармонизацију. Током деведесетих година двадесетог века, када је политичка клима поводом законика била позитивна, био је против тог пројекта сматрајући га назадним и непрактичним, као и средством којим би се

---

<sup>312</sup> Извештај студије изводљивости о европском уговорном праву (енг. *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*), доступно на: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf) (приступљено 25.01.2016).

<sup>313</sup> Бројни чланови Ландове комисије постали су део скупине за израду Европског грађанског законика (енг. *Study Group on European Civil Code*) којој је поверен задатак израде CFR. Закоником се бави и *Acquis group* односно *European Research Group on Existing EC Private Law* која анализира постојећу правну тековину уговорног права, пре свега секундарних правних извора и пресуда Суда ЕУ.

<sup>314</sup> Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 44-63.

<sup>315</sup> Земље *common law* система приватно право не одвајају од јавног права на начин на који се то чини у *civil law* систему.

спонтани правни плурализам типичан за европске државе угрозио као културна вредност. Генерално, као главне аргументе који се износе против доношења ЕГЗ можемо навести:

1) Постојање непромостивих разлика не само између *common law* и *civil law* система већ и у оквиру *civil law* система (романски, германски и скандинавски круг) које су последице различитог културног и историјског идентитета конкретних држава уз схватање да је сваки покушај њиховог смањивања штетно и непродуктивно позитивистичко упрошћавање. Такође, износи се да су кодификације реликт прошлости, неприкладан стварности ЕУ.

2) Доношење законика је нереалан циљ а и поред тога се трговина на јединственом тржишту одвијала без проблема и до сада уз већ присутне и dostatне супранационалне правне инструменте који омогућавају заобилажење националних прописа држава чланица и спречавају спорове у вези са различитостима појединих националних правних решења, попут Римске конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе (у даљем тексту: Римска конвенција) и Принципа UNIDROIT.

3) Оспорава се тврдња да би унификација водила економском и политичком бољитку ЕУ, уз давање примера САД-а, Велике Британије и Канаде које су значајне трговинске и економске силе а код којих је различитост у приватном праву још увек правило а униформност изузетак.

4) Разлози правне традиције и култура сваке државе, постојање бојазни од смањења легислативних компетенција и страха да трошкови унификације не буду већи од користи која би се тиме добила, уз субјективни страх од непознатог<sup>316</sup> још су неки разлози противљења идеји спровођења ЕГЗ-а.

С друге стране, у прилог Европског грађанског законика износе се следећи аргументи као одговор на претходне критике:

1) Разлике међу појединим правним системима постоје али су управо разлог за стандардизацију решења, пре него за њихово задржавање. Надаље, разлике међу њима

---

<sup>316</sup> Р. Вукадиновић, „Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права“ у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 30-32.



се смањују, не повећавају, делимично због чланства Велике Британије и Ирске у ЕУ, али и зато што у овим земљама традиционално неписаног права све више продире схватање о рационалности кодификације појединих питања приватног права. Надаље, инсистира се на могућности реевропеизације правне науке на основи заједничких римско-правних корена али и савременог европског наслеђа.

2) Истиче се да постигнута хармонизација Римском конвенцијом није довољна, поготово у светлу неопходности правне сигурности. Проблеми постоје поводом идентификовања страног права које треба применити на конкретан уговорни однос, затим утврђивања његове правне садржине, прилагођавања страних института домаћим уколико је то уопште могуће итд.

3) Разлике наведене у тим земљама нису толико велике или значајне, колико компликују ситуацију разлике на нивоу бројних ЕУ чланица из земаља *common law* система, земаља германског, романског и скандинавског правног круга.<sup>317</sup>

4) Једноставно, није довољна минимална хармонизација јер се хармонизациони резултати постигнути кроз директиве прилично разликују од једне до друге државе чланице јер су обавезане само постизањем циља, не начином извршавања упутстава. Тако хармонизована подручја и даље јесу знатно различита.

5) Евентуалном Европском грађанском законуку била би дата улога не само камена темељца заједничког и јединственог тржишта<sup>318</sup> већ би се допринело заједничком идентитету као фактор зближавања не само држава чланица већ и народа Европе.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 33-35.

<sup>318</sup> J. Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, p. 1169-1195.

<sup>319</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 6.

Закључујемо, дебата о Европском грађанском закону је јесте контроверзна тема и са научног и са политичког аспекта. Главни аргументи опирања оваквом подухвату односе се на страховање од губљења индивидуалних националних нормативних вредности. Па ипак само приватно (трговинско) право јесте у служби заштите националних вредности, али не представља те вредности само по себи, да би их њихова измена угрожавала. Свакако, нормативна историја убедљиво показује неопходност промене и реформе. Унификовано европско контрактно право би представљало огромну културолошку прекретницу. Према речима Ланда „постоји културна вредност у животу Европљана под истим законима“.<sup>320</sup> Такође, кодекс би покривао само извесну материју, тако да би увек било простора за спецификације националних легислатива. У сваком случају, овај подухват би био од изузетног значаја и обима. Морало би му се приступити након постизања договора око терминологије, питања да ли укључити неке одредбе које би се односиле и на домен јавног права, колико питања би било уређено когентним нормама јер је све присутнија тенденција ограничавања аутономије воље и дипозитивности у циљу заштите потрошача, слабије уговорне стране и одржавања фер конкуренције.

Такође, искуство које имају националне јурисдикције показује да је доношење кодекса дуготрајан процес услед комплексности материје и утицаја лоби група. Наравно, очекивано је да исти процес на ЕУ нивоу буде још компликованији. Надаље, Комисија је у Саопштењу о европском уговорном праву изнела да се највећом препреком међународној трговини сматрају различита когентна правила а не диспозитивна.<sup>321</sup> У сваком случају, уколико до ових кодификационих подухвата дође то ће бити у даљој будућности а до тада *soft law* акти (у простору поред регулације *hard law* актима) у овој области пружају много алтернативних могућности.

Наиме, меким правним инструментима успоставља се жељена равнотежа између потребе за флексибилношћу и потребом за правном извесношћу. Омогућава се природно прилагођавање док се обезбеђује и основна инфраструктура којом се покривају уговори.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> O. Lando, *The Future Development of the Principles of European Contract Law and a European Civil Code*, in Gavin Barret, Ludovic Bernadeau (editors), *Towards a European Civil Code. Refelctions on the codification of civil law in Europe*, ERA forum, Special Issue, Trier, 2002, p. 40-46.

<sup>321</sup> Саопштење Комисије о европском уговорном праву (енг. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law* (2001/C 255/01), доступно на: <http://www.statewatch.org/semidoc/assets/files/misc/OJ-255-1.pdf> (приступљено 25. 12. 2015).

<sup>322</sup> Klaus Peter Berger, *The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification on European Contract Law*, *European Review of Private Law*, vol. 21, no. 9, 2001, p. 24.

Заговара се униформност коју би требало постићи кроз приватно ангажовање академика и правне праксе, пре него кроз формална средства традиционалне континенталне кодификације.<sup>323</sup> Надаље, истиче се да би Европски грађански законик имао обележје статичности, односно њиме би била постигнута правна извесност али на рачун флексибилности. С друге стране, меке форме кодификације остављају довољно простора за адаптацију норми новом развоју ситуације док одржавају достатан и прихватљив ниво правне извесности, наглашавају заговорници њихове опсежније употребе.

### 3. МЕТОДОЛОШКИ АСПЕКТИ *BOTTOM UP* ПРИСТУПА У ХАРМОНИЗАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА

*Bottom up, from below* или “одоздо” метод се као алтернативни приступ хармонизацији права заснива на активностима нелегислативних органа, пре свега правних теоретичара и практичара. Ради се о приватним иницијативама, којима се успоставља посебан режим правних научника који научним методама и расправама покушавају да утврде заједничка општа правна правила утемељена на заједничком правном језику и заједничкој правној методологији.<sup>324</sup> Главни иницијатори, инспиратори и творци хармонизационих пројектата су по правилу угледни правници, професори права или државници. Због тога се за многе пројекте везују имена најзаслужнијег појединца чему су примери Ландова комисија, Гандолфи група итд. Овакав метод подразумева слободу уговорних страна и судова да примењују овако створене прописе као изабрано право или да остану изван њега,<sup>325</sup> те се назива и опционим. У сваком случају, он је наднационални или ненационални, нецентралистички, академски метод хармонизације права који се на најквалитетнији начин одвија у оквиру ЕУ. Назива се и неинвазивним методом а у односу на метод „одозго“ користи се и разликовање *imperio rationis* и *ratione imperii*. Рад независних стручњака на хармонизационим прописима без директних утицаја од стране својих влада носи са собом мноштво предности. Тиме се омогућавају већа дискрециона

---

<sup>323</sup> К. Berger, *op. cit.*, p. 23.

<sup>324</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 21.

<sup>325</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 7.

овлашћења и флексибилност у њиховој припреми прописа, те акти оваквих стручних групација свој кредибилитет стичу разложношћу нормативних решења садржаних у њима.

*Bottom up* метод се на нивоу ЕУ научних пројеката садржински поклапа са методом истраживања заједничког језгра и са идејом да у европским правним традицијама не постоји дисциплина толико европског карактера колико је то дисциплина приватног права. Наравно, одредити прецизно шта се сматра заједничким језгром или најмањим заједничким именитељем јесте дискутабилно питање. Цимерман, Смитс и Шлезингер наводе да комунитарно право за основу има оне заједничке карактеристике које се могу уклопити у јединствен заједнички приватно правни простор.<sup>326</sup> Наиме, „одоздо“ хармонизациони метод се састоји у тражењу заједничког језгра из кога експерти затим издвајају најбоља међу сличним решењим али се не либе ни увођења нових. Дакле, основа је у приступу заједничког језгра (енг. *common core approach*), који се састоји од доктринарног објашњења и упоредноправне анализе правних института по појединим правним системима с циљем утврђивања постојања сличних нормативних решења али постоји и приступ бољег правила (енг. *better rule approach*) где стручњаци препознају да је подобније уређење одређеног питања решењем које је специфично, односно у мањини заступљено у анализираним правним системима или које су они створили и који су израз заједничког правца размишљања (енг. *common view*).

Под окриљем оваквих хармонизационих пројеката се неретко врши селективна хармонизација јер није као условљавајућ постављен захтев за усклађивањем целокупних области. Стога, њихови аутори могу слободно бирати најквалитетније одредбе из свих могућих правних извора усмерених на решавање конкретне интересне сфере. Наиме, овде се компаративни метод развио од метода супротстављања до метода интегрисања утврђујући заједничко међу разним системима али и уз слободу преузимања решења различитог порекла која могу потицати из појединог европског система, али и ваневропског (попут америчког Једнообразног трговачког законика или ристејтмената).

Дакле, данас се академска активност организовала у специфичне интелектуалне групације са за сваку посебним циљевима истраживања и јединственим агендама. Свакако,

---

<sup>326</sup> R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law; The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, p. 128.; Jan Smits, *The Making of European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Oxford, 2008, p. 5; Rudolf Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems; An Emerging Subject of Comparative Study*, Leiden, 1991, p. 17.

улога научника и академика као законодавца у било ком, па и веома широком тумачењу те речи, прилично је осетљиво питање појединим европским јурисдикцијама. Традиционално, енглески и француски правни системи не дају толико истакнуте позиције научницима у разради конкретних правних прописа (али их ни потпуно не занемарују, поготово у случају Француске), док је у Немачкој пак њихова улога значајнија. Допринос правне науке је такав да се њиховим прописима доказује да правно знање може бити независно у односу на државу. Штавише, постојање и квалитет аката меког права чини га идеалним средством за развој образовања у сектору ЕУ приватног права као и средством за постојећу расправу о паневропском приватном праву. Пошто се често појављују у уџбеницима и судској пракси принципи меког права охрабрују спору хармонизацију ЕУ правне културе у оквиру правне литературе. Свакако, *bottom up* приступ заједно са *soft law* чини меки, више органски процес европеизације приватног права<sup>327</sup> којим се негује процес координисаног учења.

Поједини *soft law* акти у међународном трговинском праву оправдали су заступања *bottom up* метода у таквој мери да се тврди да је најбоље представницима правне теорије препустити формулисање општих међународних трговинских правила. Они поседују како техничку стручност тако и слободу од политичких притисака, док је владама боље оставити регулацију детаљнијих питања попут заштите потрошача или питање права конкуренције где су правила већином принудне природе пре него диспозитивне.<sup>328</sup> Међутим, неспорно је да је довољан један поглед на број иницијатива, група и комисија које раде на изради аката које спадају у домен меког права да буде јасно да у њиховом раду постоји много нефункционалног преклапања. Постоје претпоставке и тежње да се на Европски правни институт гледа као на тело у оквиру кога се може превазићи овај проблем у бар појединим сегментима. Наиме, Институт би могао обезбедити интелектуално средиште за изучавање међуодноса права створеног од стране ЕУ и приватног сектора.

Најзначајнији примери *bottom up* хармонизационих активности у смислу студијских група и комисија као носиоца индивидуалних хармонизационих пројеката су:

---

<sup>327</sup> Mathias Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2000, p. 671.

<sup>328</sup> Roy Goode, *Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, p. 539.

- 1) Павија или Гандолфи група (тако названа по најистакнутијем представнику) формирана је у Павији 1990. године и спроводи Пројекат Европског законика о уговорима. Назива се и Академија европских правника приватног права (енг. *Academy of European Private Lawyers*) а 1995. и 1996. године су објављени први и други део преднацрта Европског уговорног кодекса које је израдила као научни допринос уједначавању, тумачењу и примени европског приватног права.
  
- 2) Пројекат заједничког језгра европског приватног права (енг. *The common Core of Private Law in Europe*) или Тренто пројекат<sup>329</sup> предводе Матеј и Бусани на Правном факултету у Тренту. Циљ пројекта је утврђивање заједничког језгра што је метод развијен шездесетих година од стране Шлезингера<sup>330</sup> који се састоји од доктринарног објашњења и упоредноправне анализе правних института по појединим правним системима с циљем утврђивања постојања сличних нормативних решења али без предлагања неког општег нормативног текста. Наиме, анализом судске праксе покушава се створити релевантан „географски“ приказ приватног права у Европи. Резултати групе су бројне монографије и тематски зборници, стога им је рад више доктринарне природе и нема за циљ предлагање нормативног текста скупа модел правила.<sup>331</sup> Баве се како уговорима, тако и деликтима и стварним правом. Користе се јединственим упитницима којима се анализирају све врсте извора права, од законодавства до судске праксе појединих система.
  
- 3) Пројекат Европског грађанског законика поверен је Студијској групи за европски грађански законик којом руководи Фон Бар. Сматра се наследником Ландове комисије и укључује значајан број истих чланова. Студијска група ради у оквиру посебних тимова формираних за поједине области односно секторе права. Њихова

---

<sup>329</sup> О релацијама рада Комисије и Тренто групе видети: О. Lando, *The Common Core of European Private Law and Principles of European Contract Law*, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, pp. 809-823.

<sup>330</sup> Још 1968. године професор Шлесингер је објавио резултате истраживања под називом Стварање уговора – студија заједничког језгра правних система (енг. *Formation of Contracts - A Study on the Common Core of Legal Systems*).

<sup>331</sup> А. Дудаш. *нав.чланак*, стр.325.

активност посебно је битна у контексту стварања CFR о чему ће бити више речи у даљем излагању.

- 4) *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe* пројекат је који се спроводи на Лоувен и Мастрихт универзитету под вођством Ван Гервена с циљем изучавања збирки судске праксе уз давање напомени, коментара и компаративног погледа у вези са основним областима приватног права. У оквиру пројекта се анализира пре свега француска, немачка, енглеска и пракса Суда ЕУ уз узимање у обзир решења из других система уколико имају оригиналан и користан приступ решењу правног питања.
- 5) Тилбург групу са Универзитета у Тилбургу<sup>332</sup> битно је споменути иако се дотиче других делова приватног права. Наиме, Европску групу за одштетно право основао је 1992. године холандски професор Шпир и у оквиру ње су израђена Начела европског одштетног права.<sup>333</sup> Такође, као пример *bottom up* хармонизационих активности на другим областима права може послужити Комисија за европско породично право која је основана 2001. године и израдила је Начела европског породичног права.

#### **4. АГЕНЦИЈЕ ЗА ФОРМУЛИСАЊЕ КАО СУБЈЕКТИ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ПРАВА**

Изузетан допринос унификацији и хармонизацији међународног трговинског права дале су институције у виду агенција за формулисање које су чиниле и чине огромне напоре у проналажењу заједничких и сродних начела појединих националних трговинско-уговорних права, а све у циљу олакшања међународне трговине, повећања правне сигурности и спречавања и решавања спорова. Такође је на овом месту битно истаћи да се

---

<sup>332</sup> Више података о раду Тилбург групе доступно на: <http://www.egtl.org/> (приступљено 7.06.2014).

<sup>333</sup> Текст Начела европског одштетног права доступан на енглеском језику на: <http://www.egtl.org/> (приступљено 7.06.2014).

процеси које ове организације различитог типа спроводе на подручју уједначавања трговинског уговорног права одвијају никад аналогније процесима уједначавања ове области у САД-у.

#### 4.1. Својство агенције за формулисање

Својство међународних организација као агенција за формулисање од посебног је значаја за овај рад. Овај термин у односу на генеричан, општији појам међународне организације, представља конкретнију одредницу упућујући на заједнички именитељ нормативних делатности ових институција усмерених примарно на трговинско право. Термин се, како је већ наглашено, приписује немачко – британском теоретичару Шмитхофу, бившем секретару UNCITRAL-а,<sup>334</sup> који га је сковао седамдесетих година двадесетог века, али је његова скоро шира употреба у научној јавности последица повећања утицаја које на светском нивоу уживају ове агенције као и њихове продуктивне активности у погледу стварања прописа *soft law*. Управо се узрочником појаве пораста броја аката *soft law* сматра и све већи број ових међународних економских организација на које државе чланице преносе део свог економског и правног суверенитета. Тиме се ствара пут за креирање недржавног права, различитог од унутрашњег права, које се може означити генерално као међународно, а ако се односи на трговинске послове као међународно трговинско право.<sup>335</sup> Агенције за формулисање се одређују као оне организације које функционишу као креатори хармонизујуће нормативе на прекограничном нивоу, где се изразом “формулисање” упућује и даје на значају формулисању правних аката.

Конкретније, под појмом агенције за формулисање Мистелис подразумева сваку агенцију или организацију, националну, регионалну или међународну, којој је делегирана или која је бар укључена у формулисање трговинске политике или правила понашања која се тичу међународних трговинских трансакција.<sup>336</sup> Дакле, термин агенције за формулисање прецизно описује један аспект активности међународних организација али и на

---

<sup>334</sup> Clive Schmitthof, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, London, 1981, p. 24.

<sup>335</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 43.

<sup>336</sup> L. Mistelis, *op. cit.*, p. 3.



одговарајући начин покрива све нове међународне организације које стварају право а чији се значајан број појавио у последњих сто година. Већина их тврди да постављају међународне стандарде на основу поседовања неопходне стручности у стварању легислативних нацрта на основу квалитета њиховог кадра. При томе, није од круцијалног значаја да ли се ради о регулисању услова за обављање одређених активности (макро проблематика) или о правилима којима се такве трансакције непосредно и конкретно уређују (микро проблематика). Такође, није значајно о којим правним актима је реч (тј. да ли се одређена материја регулише кодексима понашања, међународним конвенцијама, модел законима, општим условима, типским или формуларним уговорима и тако даље).<sup>337</sup> Поједини аутори чак праве разлику између хармонизујућег права агенција за формулисање, постојећих националних права и постојећег међународног права као различитих категорија правних извора, кључних за правну (р)еволуцију 20. и 21. века.<sup>338</sup>

Важан аспект ангажованости кључних агенција за формулисање је њихова међусобна сарадња за коју се међутим истиче да је недовољна, односно да услед нејасног разграничења надлежности долази до расипања ресурса, труда и интелектуалног капацитета. Што је још опасније, процеси хармонизације и унификације права могу бити угрожени доношењем различитих прописа од стране различитих агенција поводом истог правног питања. Наиме, појављује се двојност решења што је у директној супротности с њиховим основним унификационим циљевима. Закључује се да је управо ради остваривања основних делатности ових агенција прво неопходно њихове активности хармонизовати.

Агенције за формулисање све чешће и све ефикасније се користе алтернативним хармонизационим методама, изворима *soft law*, пре свега у оном простору у коме традиционални извори права показују недостатке. Као скуп необавезујућих правила, односно норми без правних санкција, а које не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, али које су као квазилегални инструменти различитих манифестационих облика све учесталије примењивани, *soft law* извори показују квалитете у виду флексибилности, лаке адаптације у ујурбано мењајућим привредним условима,

---

<sup>337</sup> J. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђевић, Д. Дивљак, *нав. дело*, стр. 65.

<sup>338</sup> L. Mistelis, *op. cit.*, p. 1.

оригиналности и применљивости решења чији творци приликом стварања нису оптерећени компромисним решењима на терет квалитета аката.

За област међународног трговинског права најзначајније агенције за формулисање су Међународни институт за унификацију приватног права - UNIDROIT, Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право - UNCITRAL, Међународна трговинска комора, Хашка конференција за међународно приватно право, Економска комисија Уједињених нација за Европу и Европски правни институт.

## **4.2. Најзначајније агенције за формулисање у области хармонизације међународног трговинског права**

### **4.2.1. Међународни Институт за унификацију приватног права - UNIDROIT**

Међународни Институт за унификацију приватног права (енг. *International Institute for the Unification of Private Law*, у даљем тексту: UNIDROIT)<sup>339</sup> основан је 1926. године мултилатералним уговором закљученим под покровитељством Друштва народа са седиштем у Риму (због чега се још назива и Римским институтом). Чланице UNIDROIT су државе и у складу са одредбама Статута ове организације, Институт је “међународно тело одговорно владама земаља чланица које у њему суделују”<sup>340</sup> и чланство је отворено за сваку државу која овом конститутивном акту приступи. Највиши орган UNIDROIT је Генерална скупштина сачињена од дипломатских представника свих држава чланица, уз додатне управљачке органе и функције Председника, Управног савета и Секретеријата. Тренутно UNIDROIT броји 63 чланице, међу њима и Србију од 1940. године.

UNIDROIT представља значајну међународну, међувладину организацију, чији је задатак да ради на усклађивању, хармонизацији и унификацији материје приватног права у међународним оквирима, с утврђеном тзв. листом приоритета у поступању (на пример, то су: уговори о хотелским услугама, међународна заштита културних добара, међународни франшизинг, односи између принципала и заступника у међународној продаји, уговор о

<sup>339</sup> Званични подаци о Међународном Институту за унификацију приватног права - UNIDROIT доступни на: <http://www.unidroit.org/> (приступљено 12.10.2014).

<sup>340</sup> Текст Статута UNIDROIT доступан на: <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=112578> (приступљено 12.10.2014).

шпедицији итд.). Од изузетног значаја су методи који се користе за остваривање ових задатака. Када утврди постојање потребе за модернизацијом и унификацијом поједине области или питања, UNIDROIT предузима радње које представљају његову основну и најзначајнију активност а то је конципирање нацрта унификованих правила (без обзира на начин унификације, који може бити различит у зависности од тога који се од метода процени као најефикаснији). Сам процес унификације се одвија у две фазе: прелиминарної (припремној – у којој се разматра потреба за спровођењем правних реформи у одређеној области као и могућност односно изводљивост њиховог спровођења) и дипломатској (преговарачкој – у којој се разматра текст нацрта конвенције или другог унификацијског средства и утврђује коначан текст који потом шаље на усвајање на дипломатској конференцији).<sup>341</sup>

У оквиру UNIDROIT израђују се међународне конвенције као и *soft law* извори. Униформна правила у почетку су била превасходно у облику конвенција. Међутим, временом је повећана употреба *soft law* инструмената у областима у којима обавезност инструмената није од пресудног значаја, за којима постоји потреба и који ће због своје садржине бити широко прихваћени. Најзначајнијим *soft law* изворима се сматрају модел закони које државе узимају у обзир приликом доношења националних прописа или општи принципи, који су намењени непосредној примени од стране судија, арбитра и уговорних страна које слободно одлучују да ли ће их користити. Такође, постоје и правни водичи који се највише користе код нових пословних техника које треба да користе професионалци у оним земљама у којима та пословна пракса није довољно позната.<sup>342</sup>

Наиме, UNIDROIT је основан с примарним задатком да разматра потребе и методе модернизације, хармонизације и координације приватног а посебно трговинског права између држава или група држава.<sup>343</sup> Из активности организације су изузета питања сукоба закона и сукоба јурисдикција (њима се бави Хашка конференција за међународно приватно право) као и питања из области ваздухопловног, поморског и радног права чијом унификацијом се баве специјализоване организације. Поред израде нацрта унификацијских текстова у делатност UNIDROIT спада и објављивање стручних студија и анализа, уз редовно издавање угледних стручних публикација од којих су најважнији Годишњак

---

<sup>341</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 28-29.

<sup>342</sup> Сандра Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 13.

<sup>343</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 162.

Института (енг. *Unification of Law*) и збирке судске и арбитражне праксе (енг. *Uniform Law Cases*).

У оквиру рада на унификацији материје трговинског права UNIDROIT је постигао значајне резултате у више различитих области, пре свега, међународне продаје, шпедиције и транспорта, међународног заступања, лизинг пословања, франшизинг послова, обезбеђења потраживања, банкарских послова. Конципирањем и усвајањем Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре (енг. *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, у даљем тексту: Принципи UNIDROIT) је у великој мери допринео процесу усклађивања и хармонизације укупне материје трговинског права.<sup>344</sup> Као значајне нормативне резултате ове организације неопходно је конкретно навести и: Конвенцију о заступању у међународној продаји робе из 1983. године, Конвенцију о међународном финансијском лизингу из 1988. године, Конвенцију о међународном факторингу и Конвенцију о међународном финансијском лизингу из 1988. године, Водич за састављање уговора о међународном франшизингу из 1998. године, Модел закон о лизингу из 2008. године итд.

#### **4.2.2. Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право - UNCITRAL**

Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (енг. *United Nations Commission on International Trade Law*, у даљем тексту: UNCITRAL)<sup>345</sup> је основана 1966. године и као међународна организација која је фокусирана на модернизацију и хармонизацију трговинског права на интернационалном нивоу, кључно је утицала на формирање уједначених нормативних ставова поводом бројних правних питања у друштвима обележеним глобализационим токовима и процесима конвергенција правних система.<sup>346</sup> Уједињене нације су наставиле традицију Друштва народа које се бавило

---

<sup>344</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 27.

<sup>345</sup> Званични подаци о Комисији Уједињених нација за међународно трговинско право - UNCITRAL-у доступни на: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html> (приступљено 18.02.2015)

<sup>346</sup> Основни циљеви UNCITRAL – а огледају се у потреби извршавања следећих основних задатака: да ради на постепеној хармонизацији и унификацији права међународне трговине путем координације рада

унификацијом правила међународне трговинске арбитраже и хартија од вредности, но далеко је већи значај органа, комисија и специјализованих агенција Уједињених нација у унификацији правила међународног трговинског права.<sup>347</sup> Најбитнија улога ове организације, креирање правних прописа, спроводи се у крајњем циљу као унификациона и није значајно о којим правним актима је реч, тј. да ли се одређена материја регулише кодексима понашања, међународним конвенцијама, модел законима, општим условима, типским или формуларним уговорима итд.<sup>348</sup> У том смислу, у својству агенције за формулисање UNCITRAL формулише и усваја прописе, самостално учествујући у изради међународних правила или сарађујући са другим организацијама у изради прописа које касније UNCITRAL сам преузима или користи свој ауторитет да препоручи државама да усвоје правна правила које су израдиле друге међународне организације<sup>349</sup> (као што је то, на пример, учињено са прихваћеним и промовисаним веома успешним Принципима UNIDROIT за међународне трговинске уговоре).

UNCITRAL има задатак да унапреди постепени развој, усаглашавање и унификацију права међународне трговине при чему се наглашава захтев да се води рачуна о интересима свих народа а нарочито оних у земљама у развоју. Показало се да UNCITRAL пружа могућност да се на најширој основи приђе унификацији правних правила од значаја за међународни промет робе и услуга и да се преко ове организације обезбеђује сарадња свих других организација које су значајне на пољу међународног трговинског права.<sup>350</sup> Седиште UNCITRAL-а је у Њујорку а Секретеријат се налази у Бечу. Комисија броји 60 држава са мандатом од шест година и у њој су представљени следећих пет региона: Азијске земље, Афричке земље, земље Латинске Америке и Карипске земље, Источно-европске земље, Западно-европске и друге земље. Приликом избора чланица

---

организација које су активне на том пољу, да подстиче да што већи број држава приступи постојећим међународним конвенцијама, модел и једнообразним законима, као и да припрема и промовише прихватање нових, те правце и средства њиховог јединственог тумачења и примене; да прати национална законодавства и савремене правне тенденције, укључујући и судску праксу из релевантних области права. Према Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 159.

<sup>347</sup> Д. Ђурђевић, *Допринос Уједињених нација унификацији правила међународног привредног права*, Гласник Адвокатске коморе Војводине-Часопис за правну теорију и праксу, вол. 67, бр. 10, 1995, стр. 378.

<sup>348</sup> Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђевић, Д. Дивљак, *нав. дело*, стр. 65.

<sup>349</sup> Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђевић, Д. Дивљак, *нав. дело*, стр. 67.

<sup>350</sup> Д. Ђурђевић, *Допринос Уједињених нација унификацији правила међународног привредног права*, Гласник Адвокатске коморе Војводине-Часопис за правну теорију и праксу, вол. 67, бр. 10, 1995, стр. 379.

UNCITRAL-a тежи се да буду равномерно заступљени сви региони и основни правни системи. Србија је била чланица UNCITRAL-a од 2004. до 2010. године.<sup>351</sup>

У светлу чињенице да UNCITRAL спроводи организоване покушаје<sup>352</sup> да хармонизује или унификује међународно трговинско право, такве организоване активности резултирају бројним усвојеним конвенцијама и модел правилима.<sup>353</sup> Зависно од циљева које је потребно остварити, односно од конкретне правне области коју је потребно унификовати или хармонизовати, у правном регулисању користе се примарно два поменута средства, конвенције (свакако је најуспешнији пример поменута Конвенција УН о међународној продаји робе из 1980. године, односно Бечка конвенција и Конвенција о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе из 1974. године) и модел закони и модел правила<sup>354</sup> (на пример, на међународном плану широко примењивани Модел закон о међународној трговинској арбитражи из 1985. године, Модел закон о електронској трговини из 1996. године, Модел закон о међународном трговачком мирењу из 2002. године, Модел закон о прекограничној инсолвенцији из 1997. године, Модел закон о набавкама добара и радова из 1993. године, затим Модел закон о набавкама добара, радова и услуга из 1994. године и Модел закон о јавним набавкама из 2011. године).

#### 4.2.3. Међународна трговинска комора

Међународна трговинска комора (енг. *International Chamber of Commerce*, у даљем тексту: МТК)<sup>355</sup> је основана као међународна невладина организација пословних људи са седиштем у Паризу 1919. године. Њено чланство чине на хиљаде трговачких друштва и удружења из преко сто тридесет земаља. Чланство може бити колективно и појединачно а представљени су сви основни услужни и индустријски сектори уз учешће многих

---

<sup>351</sup> С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 12.

<sup>352</sup> У правној доктрини се на основу критеријума постојања или непостојања систематског приступа приликом стварања уједначавајућих правних прописа разликују организована и спонтана хармонизација, односно унификација права.

<sup>353</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 339-340.

<sup>354</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 160.

<sup>355</sup> Званични подаци о Међународној трговинској комори - МТК доступни на: <http://www.iccwbo.org/> (приступљено 26.02.2015).

најутицајнијих светских компанија. Има за циљ развијање отворене међународне трговине и инвестиција и тржишне економије ради постизања општег мира и просперитета. МТК има саветодавни статус при Уједињеним нацијама.

Најпродуктивнијом делатношћу МТК сматра се праћење пословних обичаја, њихово прикупљање и објављивање, као и стварање једнообразних правила и модел уговора као модификованих облика формуларних уговора. Њен најпознатији подухват су Инкотермси (енг. *Incoterms*) - Правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини (прва верзија усвојена је 1936. године а последња ревизија учињена је 2010. године). Такође су битна Једнообразна правила и обичаји за документарни акредитив (ревизија 2006. године), Једнообразна правила за инкасо из 1996. године, Једнообразна правила за гаранције на први позив из 2010. године, Једнообразна правила за форфетинг из 2012. године итд. Значајна је и делатност МТК на стварању кодекса, правила и модел уговора који немају обавезујућу снагу али се широко примењују у пракси. Најзначајнијим модел уговорима МТК сматрају се Модел међународног продајног уговора,<sup>356</sup> тзв. Модел МТК кратких уговора - Модел међународног уговора о дистрибуцији и Модел међународног уговора о заступању, затим Модел међународног франшизинг уговора. Наведени прописи уједно представљају и најпродаваније публикације МТК у Србији према подацима Националног одбора Међународне трговинске коморе Србије.<sup>357</sup> У склопу МТК такође делује најпознатија међународна трговинска арбитража у свету (чији су организација и поступак регулисани Правилником о раду чија је последња верзија из 2012. године), о чему ће бити више речи у даљем излагању.

---

<sup>356</sup> Модел међународног продајног уговора сматра се једним од најуспешнијих модел уговора МТК и намењен је стандардизацији увозно-извозног пословања у вези са индустријском робом која је намењена даљој продаји. Састоји се из Општих и посебних услова и односи се на једнократне продаје. (према С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 31).

<sup>357</sup>Више података о активностима Националног одбора МТК Србије доступно је на: <http://www.pks.rs/MSaradnja.aspx?id=77&p=2&> (приступљено 8.2.2016).

#### 4.2.4. Хашка конференција за међународно приватно право

Хашка конференција за међународно приватно право (енг. *Hague Conference on International Private Law*),<sup>358</sup> одржала је први састанак још 1893. године а 1955. године постала је, ступањем на снагу њеног Статута, стална међународна организација која броји 77 чланова. Међу њеним најзначајнијим резултатима сматра се Конвенција о меродавном праву код међународне продаје робе из 1955. године, која је ступила на снагу 1964. а ревидирана је 1986. године (ипак, Конвенција о меродавном праву за уговоре о међународној продаји робе још није ступила на снагу), затим 1964. године донети су Једнообразни закон о закључивању уговора о међународној продаји теласних покретних ствари и Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари.

#### 4.2.5. Економска комисија Уједињених нација за Европу

Економска комисија УН за Европу (енг. *United Nations Economic Commission for Europe*)<sup>359</sup> основана је 1947. године с циљем да пружи помоћ европским земљама разореним ратом. Једна је од пет регионалних економских комисија УН с посебно значајном активношћу у области израде формуларних уговора и општих услова пословања у различитим областима, а који служе као модел на основу кога предузећа у националним оквирима могу да сачине сопствене.<sup>360</sup> Под њеним покриљем израђени су веома значајни Женевски општи услови и типски уговори за међународну продају различите врсте робе.

---

<sup>358</sup>Званични подаци о Хашкој конференцији за међународно приватно право доступни на: [http://www.hcch.net/index\\_en.php](http://www.hcch.net/index_en.php) (приступљено 7.08.2015).

<sup>359</sup>Званични подаци о Економској комисији УН за Европу доступни на: <http://www.unece.org/info/ece-homepage.html> (приступљено 9.07.2015).

<sup>360</sup>Д. Ђурђев, Допринос Уједињених нација унификацији правила међународног привредног права, *Гласник Адвокатске коморе Војводине-Часопис за правну теорију и праксу*, вол. 67, бр. 10, 1995, стр. 380.



#### 4.2.6. Европски правни институт

Европски правни институт (енг. *The European Law Institute*)<sup>361</sup> је независна, непрофитабилна организација основана у Паризу 2011. године која је установљена ради иницирања, вођења и олакшавања истраживања, припремања препорука и обезбеђења практичног саветовања (водича) у области европског правног развоја.<sup>362</sup> Створен је као европска верзија Америчког правног института, чија је делатност обележена, пре свега издавањем ристејтмента. У том смислу, очекује се да ће активност Европског правног института бити поготово плодносна у области меког права.

#### 4.3. Однос и сарадња агенција за формулисање

Важан аспект ангажованости агенција за формулисање је њихова међусобна интеракција која се врши у за све крајњем истоветном циљу хармонизације и унификације. На пример, UNIDROIT и UNCITRAL тесно сарађују на многим питањима од заједничког интереса. Та сарадња је и формално утврђена споразумом који је UNIDROIT потписао са Уједињеним нацијама 1958. године о међусобној размени обавештења и документације “у сврху унапређења сарадње и усклађивања сарадње и усклађивања рада између Уједињених нација и UNIDROIT.<sup>363</sup> Илустрација кооперације је очигледна на примеру прихватања и промовисања друге верзије Принципа UNIDROIT<sup>364</sup> од стране UNCITRAL–а 2007. године,<sup>365</sup> што је поново био случај и са последње усвојеном, трећом редакцијом 2012. године. С обзиром на њихов неспоран успех, у доктрини је присутно и залагање за чињење још једног корака напред, у виду доношења и усвајања формалне препоруке од стране UNCITRAL – а да се Принципи UNIDROIT користе за тумачење и попуњавање правних

<sup>361</sup> Подаци о Европском правном институту доступни на: <http://www.europeanlawinstitute.eu/> (приступљено 21.12.2015).

<sup>362</sup> Олга Цвејић Јанчић, „У Паризу основан Европски правни институт“, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 2, 2001, стр. 434.

<sup>363</sup> Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђевић, Д. Дивљак, *нав. дело*, стр. 80.

<sup>364</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре су донети 1994. године, а ревидирани 2004. и 2010. године.

<sup>365</sup> Приликом прихватања Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре у њиховој верзији из 2004. године UNCITRAL је упутио честитку UNIDROIT „на остваривању даљег доприноса олакшавању функционисања међународне трговине припремањем општих правила за међународне трговинске уговоре”.

празнина у Бечкој конвенцији.<sup>366</sup> Још амбициознији предлози се односе на употребу Принципа UNIDROIT као засебног модел закона или чак тзв. Глобалног трговинског законика који би UNCITRAL припремио у кооперацији са другим агенцијама за формулисање.<sup>367</sup>

Такође, поред активности на пољу модернизације и унификације које агенције за формулисање обављају самостално, код појединих специфичних питања успостављају тесну сарадњу са међународним организацијама специјализованим за те области, што је резултирало настајањем или усавршавањем већег броја текстова. Рецимо, UNIDROIT је сарађивао с UNCITRAL – ом на ревизији Хашких једнообразних закона о међународној продаји (усвојених на Хашкој дипломатској конференцији). До потребе за ревизијом је дошло због бројних суштинских и формалних примедби. Ревидирани текст је послужио као основ за доношење Бечке конвенције. Кооперација UNIDROIT и UNCITRAL – а успостављена је и у вези са усвајањем Конвенције о одговорности предузетника транспортних терминала.<sup>368</sup> У области унификације арбитражних правила нацрти UNIDROIT су коришћени за израду Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године, као и приликом усвајања Европске конвенције о међународној трговачкој арбитражи од 1961. године и Европске конвенције о униформном арбитражном праву.<sup>369</sup>

Аналогно, UNCITRAL је као агенција за формулисање прихватио и Инкотермсе и Једнообразна правила и обичаје за документарне акредитиве, као инструменте који су се у пракси показали изузетно успешним а које је припремила Међународна трговинска комора. Такође, речита сарадња и узајамно уважавање резултата ових агенција је очигледна на основу чињенице да све већи број модел закона које припремају управо МТК или на пример, Светска трговинска организација, садрже референцу и угледају се на Принципе UNIDROIT или као на искључиво *lex contractus* или у комбинацији и

---

<sup>366</sup> Предлог се заснива на преседану учињеном 2006. године а у вези са формалном Препоруком коју је UNCITRAL издао у вези са тумачењем Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године.

<sup>367</sup> М. Ј. Bonell, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles*, Uniform Law Review, no. 233, 2007, р. 244, доступно на: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2007-2-bonell-e.pdf> (приступљено 16.03.2015).

<sup>368</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 29

<sup>369</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 164.

међуутицају са другим изворима права.<sup>370</sup> На пример, МТК је сачинила модел клаузулу о промењеним околностима (енг. *ICC Hardship Clause*) чија су решења инспирисана правилима Принципа UNIDROIT (чл. 6.2.2).

У UNIDROIT су састављени нацрти бројних конвенција које су усвојене на дипломатским конференцијама држава чланица, нпр. Хашке конвенције из 1964. године које садрже једнообразне законе о међународној продаји телесних покретних ствари и о закључењу уговора о међународној продаји телесних покретних ствари.<sup>371</sup> UNCITRAL је 2011. године донео Модел закон о јавним набавкама<sup>372</sup> уз узимање у обзир одредаба Споразума о јавним набавкама Светске трговинске организације, Водича о набавкама и саветодавног водича Светске банке и других докумената.

Међутим, детаљнији поглед на рад и резултате многих владиних (јавних) и невладиних (приватних) агенција за формулисање које су укључене у хармонизацију и/или унификацију међународног трговинског права пружа прилично конфузну слику. Не постоји главна агенција, иако UNCITRAL, с обзиром на то да је агенција Уједињених нација, ужива веће признање и уважавање у многим земљама света. Док свака агенција има сопствене модалитете рада и приступа материји из сопствене перспективе, у многим областима траже се решења за исте проблеме и потешкоће које су заједничке свим међународним трговцима. И док постоје извесни покушаји да се на неформалном нивоу успостави координација, у већем броју случајева се долази до закључка да она зависи од персоналних односа. У одређеним инстанцама се чак координација сматрала средством убеђивања друге агенције да буде пасивна у извесним областима. Закључује се да с обзиром на то да не постоји једна институција која ће имати свеобухватан поглед на бројне активности које се предузимају од стране различитих агенција, не постоји ни иницијатива и притисак да се избегне дуплирање посла.

Чињеница да многе различите агенције за формулисање као запослене имају високо квалификоване стручњаке као редовне учеснике нормативних процеса, а који траже решења за исте проблеме у исто време условљава неизбежно расипање ресурса. Оно што је

---

<sup>370</sup> М. J. Bonell, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles*, *Uniform Law Review*, no. 233, 2007, p. 241, доступно на: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2007-2-bonell-e.pdf> (приступљено 16.03.2015).

<sup>371</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 66.

<sup>372</sup> Модел закон о јавним набавкама из 2011. године (енг. *Model Law on Public Procurement*), доступно на: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html) (приступљено 8.02.2014).

још потенцијално опасније је да свака агенција може формулисати различито решење поводом истог питања и потом га промовисати као оно које би требало у конкретној ситуацији преферирати. Пошто свака агенција промовише своје резултате истој међународној заједници, чињеница да неке државе могу бити убеђене од стране једне или друге агенције значи да различити правни режими могу бити донети на националном нивоу да би се постигао изворно хармонизујући циљ. Али исход је управо дисхармонизација пре хармонизације или унификације. Дакле, уместо да се разлике ублаже, стварају се препреке и повећани трошкови ка остваривању експанзије светске трговине, као и конфузија уместо примењивих истоветних правних правила.

Разлоге за такву ситуацију у погледу агенција за формулисање које су оријентисане на формулацију хармонизујућих и унификујућих правних режима у вези са међународном трговином није тешко распознати. Најпре би се то односило на бројне историјске факторе. Разне агенције су оформљаване у раличитим моментима да би адресирале одређене потребе (на пример, UNIDROIT је основан 1926. године а UNCITRAL четрдесет година касније, без учињеног напора да се јасније распореде области на које би се једна или друга фокусирали у свом раду). Током времена, те агенције би самостално заживеле и идентификовале би своје сопствене циљеве које би потом покушавале испунити. Једном установљене као институције, налазе тешким упутства да сузе простор који тренутно заузимају. Штавише, природни императив им је да простор свог деловања шире.

Великог учинка на садашњу ситуацију има и чињеница да међу стручњацима постоји извешан ниво конкуренције и такмичења да се дође до решења за исто питање, док национални понос оних држава чији су представници доминантно заступљени у поједним агенцијама такође није занемарљив и такве државе не желе да буду сведоци смањења њиховог утицаја (којим се могу окористити да би имплицирали њима одговарајуће трговинске нормативне резултате). На основу до сада реченог, није тешко закључити зашто долази до преклапања и дуплирања посла међу агенцијама за формулисање.

Ипак, многи познати и успешни, неспорни резултати су постигнути у међународном трговинском праву, посебно у последњих пар деценија, на основу рада већег и веома динамичног броја агенција за формулисање. Свеједно, препоручује се да њихов рад буде оптимализован, не би ли се спречило расипање средстава, труда и

интелектуалног капацитета. Такође, сматра се да велик број ових агенција ставља у неравноправан положај државе које немају довољно средстава (превасходно државе у развоју) да у свакој организацији ефикасно заступају своје интересе приликом формулисања правила која ће се и на њих односити (што је, рецимо, у супротности са проглашеним примарним циљем UNCITRAL-а а који је управо тај да се обезбеди земљама у развоју да учествују у процесима хармонизације и унификације међународног трговинског права).<sup>373</sup> Наиме, глобализација се у свом негативном облику врши и путем ових организација на тај начин што се доминантан утицај појединих светских сила огледа у наметању сопствених нормативних института, ставова и интереса. У вези са реченим је и потреба да држава попут Србије врши интензивније активности на усавршавању и финансирању свог научног кадра не би ли њихово учешће у овим организацијама било учинковитије.

Предлози за решење компликованог односа између агенција за формулисање варирају од аутора до аутора. Излаз је чак виђен у оснивању једне агенције насупрот постојању мноштва некоординисаних па чак и такмичарски настројених агенција. Спомиње се и мање драматично решење у виду постојања једне агенције која би надгледала и координисала рад осталих. Оба предлога су према нашем мишљењу утопијска и нереална.

У сваком случају важно је да рад ових организацију буде оптимализован, али с обзиром да постојање једне надгледајуће агенције није изводљива опција, алтернатива је у установљавању редовних форума где би се њихов рад координисао. Одржавање и функционалност таквих форума зависила би од воље држава, поготово оних које су чланице више агенција за формулисање и које активно и утицајно учествују у њиховом раду. Међу ауторима није пропуштена прилика и да се укаже на извесну иронију виђену у томе што да би се ефикасно хармонизовало и унификовало међународно трговинско право, неопходно је прво хармонизовати саме агенције којима су задаци те хармонизације и унификације поверени.<sup>374</sup>

Нешто умеренији приступи овом питању упућују на суштинску потребу да агенције за формулисање блиско сарађују, како у смислу одабира пројеката, договора око

---

<sup>373</sup> Jeffrey Wah – Teck Chan, *Allocation of Work Among Formulating Agencies*, Modern Law for Global Commerce, Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, 2007, p. 5.

<sup>374</sup> J. W. T. Chan, *op. cit.*, p. 6.

преузимања обавезе сачињавања нацрта правних аката, тако и у смислу опредељења за одговарајућа средства хармонизације. Без сумње, неке агенције имају више искуства и експертизе у погледу извесних области и питања или формулисања извесног типа правног инструмента, док су друге специјализоване за другачије видове хармонизационих техника. У сваком случају, професионалне асоцијације и трговинска заједница морају бити укључене у процес стварања права, с обзиром на то да корисници којима су та правна правила намењена често имају јаснију слику и конкретније погледе на могућа решења. Агенције за формулисање, према нашем мишљењу, представљају погодна тела за остваривање овог захтева, односно потребе.

#### **4.4. Нормативни методи хармонизације агенција за формулисање**

Агенције за формулисање се користе различитим правним прописима као хармонизујућим или унификационим инструментима. Управо је једно од методолошких питања које се намеће као претходно овим процесима, питање облика хармонизације/унификације који би било адекватно изабрати. Поред усвајања међународних конвенција, могући инструменти су и једнообразна правила, модел закони, модел уговори који садрже стандардне клаузуле, као и водичи и хармонизована и систематизована начела или принципи.<sup>375</sup> У групи ових аката очигледно је присуство алтернативних извора меког права.

Рецимо, у оквиру UNIDROIT, за све облике унификације било да су тврдог или меког типа постоји више конкретних примера у пракси. Треба нагласити да се ниједан облик не може изабрати *a priori* као најбољи. Тек у конкретном случају, у зависности од тога које се питање међународно уређује, може се рећи који ће облик унификације бити најпогоднији. Међународним конвенцијама су, на пример, уређена питања међународне продаје робе и финансијског лизинга; плаћање путем документарног акредитива уређено је једнообразним правилима; унификација материје франшизинг послова спроведена је доношењем водича; за многе трговинске послове постоје стандардни уговори; што се пак

---

<sup>375</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 31.

тиче општих питања у вези са трговинским уговорима она су унифицирана усвајањем општих начела.<sup>376</sup>

Слично, у погледу материје јавних набавки, UNCITRAL (реагујући истоветно и у другим дискутабилнијим областима попут прекограничне инсолвентности или међународног трговинског мирења) нормативни текст није понудио у форми међународне конвенције, већ модел закона. Наиме, преовладао је став да државе могу при преузимању модел закона у своје аутономно право одређене одредбе модификовати или у потпуности изоставити и тако боље прилагодити свом правном систему.<sup>377</sup> Разлог опредељења UNCITRAL – а за модел закон као адекватну форму оправдан је комплексношћу материје јавних набавки, доводећи у питање успех евентуалне конвенције која би на јединствен начин приступила регулисању ове материје. Очигледност немогућности уређења ове области тврдим извором права огледа се у чињеници да ова организација за формулисање посеже за модел законом у погледу овог питања већ трећи пут, закључно са 2011. годином.<sup>378</sup> Управо у вези са изнетим примерима деликатних области, по нашем мишљењу мора се указати на проблематичност веома значајног дела материје међународног трговинског права око којег не постоји ни минимална потребна сагласност да би се уопште могла у догледној будућности уређивати интернационалним тврдим прописом (на пример питања нових и мешовитих уговора). У таквим ситуацијама, уместо да конкретна област остане неуређена, као бар прелазно решење употребљавају се *soft law* извори, неретко на тај начин представљајући први корак ка њиховом каснијем санкционисаном детерминисању.

Дакле, разлог за постојање и употребу мноштва извора права лежи у недостацима сваког извора појединачно као и у сложености материје која подлеже унификацији од случаја до случаја. Оно што одговара за уређење једног питања на међународном нивоу, за другу област се може показати као потпуно непримерено или бар нефункционално. Наравно, најједноставија замислива ситуација би била та у којој би се свако правно питање уредило конвенцијом или уредбом/директивом на нивоу Европске уније као

---

<sup>376</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 32.

<sup>377</sup> Јасница Гарашић, *UNCITRAL – ов Model zakona o prekograničnoj insolventnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, poseban broj, str. 654.

<sup>378</sup> Више о томе видети у Марија Мркшић, Јована Ђуричић, *Примена soft law извора на регулисање јавно-приватног партнерства у Европској унији*, Право и привреда, бр. 4-6, 2013, стр. 618-631; Ј. Ђуричић, М. Мркшић, *О модел законима УНЦИТРАЛ-а с посебним освртом на модел законе у области јавних набавки и инфраструктурног развоја*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2013, стр. 559-574.

традиционалним тврдим прописима. Конвенције јесу најсвеобухватнији облик унификације, којим се највише води рачуна у успостављању компромиса између тежњи заступника различитих правних система као и потреба економски слабијих држава. Међутим, само компромисно решење заступљено конвенцијом, услед потребе да се уравнотеже различити захтеви, може бити недовољно јасно и оригинално, сувише ригидно, док је сам процес њиховог креирања дуг уз неопходан и процес ратификације који примену конвенције може у недоглед успорити чак и у најсветлијим примерима. Такође, услед проласка времена од усвајања до њиховог ступања на снагу, привредни односи који су условили њено настајање могу се знатно изменити, чинећи конвенцијске норме застарелим, неодговарајућим тренутним, брзо мењајућим условима пословања. Сложен поступак евентуалне измене и операционализовања, као и значајни бирократски, административни и политички трошкови још су неки од недостатака који се истичу у вези са овим несумњиво значајним извором права.

Предности које пружа употреба *soft law* су многоструке. Управо несанкционисаност у великом броју случајева представља адресатима његово најатрактивније обележје услед мањег угрожавања државног суверенитета и остављања приличног обима слободе државама. Штавише, без одређујућег политичког условљавања а као изванредан вид сурогата тврдом праву, државе неће осећати притисак да дословно хармонизују своје законодавство с међународним императивом, већ ће се темпом који њима одговара прилагођавати предлозима изнетим у акту меког права у оном обиму које сматра адекватним и пожељним. Слично, наводи се да извори меког права јесу сачињени тако да врше унификацију дате области али остављају адресатима простор да одреде у којим ће размерама бити коришћени у решавању појединог проблема.<sup>379</sup>

Такође, ови извори нису лимитирани покушајима да опонашају постојеће правне системе или правну структуру типичну за поједини правни систем. Штавише, њихови аутори се управо оријентишу најбољим, најактуелнијим решењима која ће одговарати пракси привредника. Јасне визије о ономе што се жели постићи воде бржем, квалитетнијем исходу иза ког по правилу стоје најеминентнији стручњаци поједних правних области, служећи кредибилитету резултирајућих аката. Један део *soft law* извора управо служи

---

<sup>379</sup> Н. Deeb Gabriel, *op. cit.*, p. 660.



промовисању новијег, експертског вида *bottom up* хармонизације заступљене и на пољу међународног трговинског права и вршене пре свега у оквиру агенција за формулисање.

За сада јесте очигледна разноврсност правних инструмента који имају за циљ уједначење трговинског права. Коришћење и тврдих и меких инструмента према нашем мишљењу је оправдано када се преиспитује основаност употребе средстава у домену интернационалних организација (финансираних од стране влада) у сврху стварања *soft law* инструмената, насупрот концентрисања искључиво на стварање конвенција којима се решавају специфични проблеми. Наиме, постоји у области развоја међународног трговинског права адекватан простор и за *soft law* и за обавезујуће инструменте, те би инсистирање на искључиво санкционисаном нормативном приступу учинило да се пропусти вишеструки позитивни учинци примене извора меког права.

## 5. УПОТРЕБА *SOFT LAW* ИНСТРУМЕНАТА У МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ ПРАВУ

### 5.1. *Soft law* као модерно *lex mercatoria*

Питање савременог *lex mercatoria* једно је од актуелнијих и компликованијих доктрини међународног трговинског права. *Lex mercatoria* је скуп извора којима се покушавају стандардизовати међународни трговински услови и пракса. Глобалног је карактера, непотпун али и ефикасан вид хармонизације. Неки аутори чак пореде термине модерног *lex mercatoria* и транснационалног права<sup>380</sup> у смислу да се и један и други термин односе на скуп правила ационалног или ненационалног типа који се манифестују у разноразним видовима начела и стандарда а користе се у међународној трговинској пракси као алтернатива националном праву.

Данас се сматра да модерно *soft law* у трговинском праву има корене у средњевековном *lex mercatoria* које је у великом обиму било саморегулишући и самоспроводив скуп норми произашлих из обичаја и праксе средњевековних трговаца,

---

<sup>380</sup> M. J. Bonnel, *The Unidroit Principles and Transnational Law*, Uniform Law Review, vol. 2, 2000, p. 199.

представљајући тип меког правног режима. Дакле, меко право није нова појава, нити тема толико контроверзна субјекту приватног права колико јавном. Наиме, вековима дуг пут стварања и развијања трговинског права обележен је путем *lex mercatoria*. У првом наврату оно се појавило као римски *ius gentium*, формално аутономни скуп норми који је регулисао економске односе римских грађана и странаца. Ширење римског грађанства на све поданике у трећем веку, уклања његову сврсисходност. Потом се изнова појављује у 11. веку, као *lex mercatoria*. Одлике су му биле неформалност, интегративна функција, универзалност, самостварање и самоизвршивост а развијало се спонтанно према интерним потребама заједнице. Дакле, спроводили су их сами трговци који су учествовали у стварању правила, док су спорове решавали пред непрофесионалним трибунаlima и арбитражама. Врхунац оваквих правних режима дешава се у италијанским градовима-државама Венеције, Фиренце и Ђенове. Појављивање национално оријентисаних, суверених држава пак по други пут овакав систем ставља у маргине. У касном двадесетом веку појављује се *ново lex mercatoria* услед интензивираних трговинских односа и њиховог све више приватизованог карактера. Ово је илустровано оснивањем и активношћу бројних међународних организација које се баве приватним и трговинским правом. Свакако, хармонизациони напори испрва су били усмерени на њихово остваривање кроз тврде инструменте, што се показало недовољно задовољавајућим. Пре свега, Ландова начела и Принципи UNIDROIT посматрају се као парадигма овог новог меког трговинског права које уздиже вредности слободе уговарања, флексибилности и аутономије трговаца.

Пређашњем и садашњем *lex mercatoria* систему заједничка је аналогија трговинских судова са модерном трговинском арбитражом као и то што их стварају групе које ће се по њиховом садржају водити и поступати у сопственим пословним трансакцијама. Надаље, садашњи *soft law* правни режими коресподентни су средњевековном *lex mercatoria* у погледу неколико особености: плурализма, уважавања чињеничног стања те у смислу да су приватни, аполитички, технички систем правила.<sup>381</sup> Такође, ствара их мноштво субјеката у релативној изолацији од мешања држава што погодује слободи и аутономији, толико саживљеној с основама трговинског права уопште. Спонтаност извирања је такође упоредива у једном и другом нормативном периоду. Наиме, средњевековно *lex mercatoria* настајало је постепено, без икаквог централизованог

---

<sup>381</sup> A. di Robillant, *op. cit.*, p. 511.

напора и у релативно *ad hoc* условима. Слично, савремено меко право извире природно са друштвених периферија према потребама глобално постављених трговинских услова чувајући космополитски дух и последично одговарају потребама светских економских субјеката јер уважавају брзо мењајућу привредну ситуацију и процесе.

Савремено *lex mercatoria* је, наравно, и знатно другачије од првобитног средњевековног *lex mercatoria*. Чак се спомиње постојање више система *lex mercatoria* с којим, на срећу, арбитраже немају проблема у примени. Наиме, ново *lex mercatoria* замагљује разлику између приватног и јавног, јер се развија унакрсно међу међувладиним организацијама (UNCITRAL, UNIDROIT), приватним телима попут МТК и *ad hoc* академским скупинама.<sup>382</sup> Данас идеја о новом *lex mercatoria* служи легитимисању нове глобалне трговачке класе која се састоји од широко аутономних економских субјеката који обликују сопствено флексибилно право. Модерно *lex mercatoria* се разликује од средњевековног и по томе што је разноврсније, односно појављује се у крајње разноликим облицима. Такође, средњевековно *lex mercatoria* је чинила пракса развијена од стране трговаца и за трговце а која је потом постепено инкорпорисана у националне законе. С друге стране, идеја о његовој ренесанси кроз двадесетовековно и двадесетпрвековно *soft law* као ново *lex mercatoria* обележена је флексибилнијим и неформалнијим скупом правила уз арбитраже који утврђују приватно међународно трговинско право.

Дакле, *lex mercatoria* се односи на опширан скуп норми створен од стране различитих сектора пословне заједнице које уобичајено делују прекогранично у спровођењу њихових активности. И док је развијање ових приватних видова законодавства обично био постепен процес и уобличен у обичајима и трговинској пракси, савременија трговинска пракса далеко је организованије структуре. Оно што је најзначајније је да ова врста приватне регулативе постоји у комплементарном али и аутономном виду у односу на државно право. Управо овај вид регулативе, у његовом трговинском аспекту обезбеђује нове путеве *bottom up* хармонизационих процеса.<sup>383</sup> *Lex mercatoria* може играти важну улогу у остваривању модерних економских циљева који укључују установљавање

---

<sup>382</sup> A. di Robillant, *op. cit.*, p. 524.

<sup>383</sup> Fabrizio Cafaggi, Agnieszka Janzuck, *Private Regulation and Legal Integration: The European Example*, Business and Politics, vol. 12, no. 3, 2010.

глобалне економије без граница, комплетне денационализације свих корпоративних процедура и активности и нестајање економског национализма.<sup>384</sup>

Колико год било дискутабилно одговорити на питање је ли ново *lex mercatoria* правни систем различит у односу на разна национална, домаћа права с једне стране и јавног међународног права с друге, оно што заиста јесте битно је до које границе данас државе дозвољавају уговорним странама међународног трговинског посла избегавање примене домаћег права изговарајући се употребом *lex mercatoria*. Наиме, чак се и организација попут Међународне правне асоцијације<sup>385</sup> приликом испитивања улоге ових инструмената у међународној трговинској арбитражи није бавила теоријским приступом испитивања природе ових правила и тиме представљају ли посебан правни систем, колико валидношћу и спроводивошћу одлука заснованих на њима пред домаћим судовима.<sup>386</sup> У овај извор права спада прилично широк и разнолик корпус правила. Најзначајнијим доприносом се сматрају поменути Принципи UNIDROIT за међународне трговачке уговоре, Начела европског уговорног права, разни модел закони попут Модел закона о међународној трговинској арбитражи и модел уговори (пре свега Женевски општи услови и типски уговори), Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право, Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве, Инкотермс правила, и други актуелни хармонизациони пројекти (од којих је најважнији Заједнички референтни оквир за уговорно право) који служе као оријентир и подлога за доношење националних регулатива.

Постоје противљења употреби *lex mercatoria* јер се ради о правилима без правно обавезујуће снаге, односно меко су право донето без учешћа државног законодавца уз додатно замерање да се ради и о несређеном, несистематизованом и насумичном скупу правила чија примена омогућава арбитрерност у одлучивању и повећава правну неизвесност. На пример, у Енглеској постоји традиционалан став према арбитражама и *lex mercatoria* који се описује као „непријатељски настројен према правном плурализму“, уз „историјску сумњичавост према арбитражним поступцима“, и наклоност ка „унитарном

---

<sup>384</sup> Clair Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, 2003, p. 181.

<sup>385</sup> Подаци о Међународној правној асоцијацији (енг. *International Law Association*) доступни на: <http://www.ila-hq.org/> (приступљено 8.1.16).

<sup>386</sup> Видети Emmanuel Gaillard (editor), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, I.C.C. Publication No 480/4 (1993), p. 19-36.

систему и статичном карактеру<sup>387</sup>. С друге стране, присталице њихове примене наглашавају да ауторитет и снага правне норме не проистичу искључиво од стране државног легислативног апарата већ од њихове употребе у пракси од стране међународне трговинске заједнице оличене у арбитражама, судовима и наравно уговорним странама. Поврх оваквих тврдњи, у прилог позитивног става иду и чињенице да је могућност примене *lex mercatoria* уврштена у бројне законе о парничном поступку, о арбитражи, модел законима агенција за формулисање а саме арбитраже их широко користе у пракси. На пример, Ландо у вези са применом Начела европског уговорног права истиче да *lex mercatoria* као веома специфичан извор права настаје у ситуацијама када арбитражне клаузуле у међународним трговачким уговорима овлашћују арбитражу да одлучује у складу с начелом правичности или да на уговор примењује обичаје и праксу насталу у међународној трговини.<sup>388</sup>

## 5.2. Специфичности *soft law* извора у међународном трговинском праву

Институт *soft law* је одувек био проблематичан интернационалној правној доктрини која је поводом истог феномена формирала многобројне и опречне ставове. И иако међу ауторима постоји консензус када се ради о признавању постојања овог феномена као интегралног дела међународног правног система, много тога у вези са њим остаје да буде прецизирано, па тако и правила по којима овај самоодрживи нормативни ситем функционише, с обзиром на то да му и саме карактеристике зависе од намера укључених субјеката у сваком појединачном случају.

*Soft law* извори представљају несанкционисане прописе који и поред недостатака *de jure* учинака, производе значајна *de facto* правна дејства, појављују се у крајње хетерогеним облицима, а њихова употреба најчешћа је и логистички најразвијенија у оквиру Европске уније. Наиме, најкомплетнији искорак у погледу стварања и

---

<sup>387</sup> Према Elvedin Mamea, UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 13, 2013, p. 96.

<sup>388</sup> O. Lando, *Some Features of the Law of Contract in the third Millenium*, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 40, 2000, p. 367, доступно на: [http://frontpage.cbs.dk/law/commision\\_on\\_european\\_contract\\_law/literature/lando01.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commision_on_european_contract_law/literature/lando01.htm) (приступљено 28. 6. 2014.)

промовисања употребе инструмената меког права врши се у оквиру ове *sui generis* организације и њених органа.

Циљ употребе извора меког права је постизање хармонизације на неинвазиван, суптилан начин у проблематичним, осетљивим областима права. Меким правом се квалитативно унапређује процес усклађивања правних прописа, пре свега у оном обиму у коме је исти немогуће извести традиционалним, *hard law* изворима, односно где такви централистички, директни методи показују недостатке.

Дакле, као необавезујући нормативни оквири чија је примена условљена једино вољом адресата норме, извори меког права представљају доказано корисну али и доктринарно контроверзну нормативну појаву. Међутим, квалитет решења презентованих у овим квазилегалним инструментима служи њиховом кредибилитету. Стварају их стручњаци неретко окупљени у *ad hoc* студијским групама или комисијама с тежњом да изнађу најбоља решења датих проблема, црпећи инспирацију подједнако из правних као и неправних извора, водећи се потребама праксе привредника, односно политичке и економске реалности. Такође, аутори *soft law* извора нису под притиском да стварају правила која ће бити компромис одговарајућ различитим државама, нити приликом њиховог креирања постоји политичко условљавање преузимања решења постојећих правних система. Последишно, поступак њиховог стварања није типичан међународни легислативни процес, али резултира убедљивим аргументима који оправдавају све израженију интеракцију традиционалних правних облика са манифестационим видовима меког права.

Хармонизациони аспект *soft law* извора огледа се и у његовој функцији базе, окидача, модела за настајање националних правила или, на пример, функције инструмената тумачења тврдог права у датој области. Такође, с обзиром на то да се меким правом ствара очекивање будућег понашања, његови творци изражавају у њима намеру за будућом нормативном делатношћу и припремају тло за њу.

Допринос меког права међународном трговинском уговорном праву (већ је наглашено да *soft law* представља другачије скупине аката с обзиром на област на коју се односе) је такав да значајно унапређују постојеће процесе хармонизације и унификације, претежно у оном простору у коме традиционални извори показују недостатке. Наиме, примена меког права у овој области представља још један пут за постизање универзалног

циља хармонизације а који је веома прикладан суштини трговинских односа. *Soft law* се у овом контексту може одредити као скуп прописа којима се регулише и дају упутства за обављање трговинског пословања и као акти који формирају континуум чији је правни карактер ствар степена. Надаље се износи да се овај појам односи на аутономна правна документа која су намењена привредницима и које привредни субјекти могу директно да примењују.<sup>389</sup>

Меко право је средство комуникације које помаже у организовању и олакшавању светске размене. Његова улога није у толикој мери рефлексивна, колико је проактивна. Ради се о сету правила флексибилних легалних шема које иду у корак с развојем и потребама окружења (тржишта) пре него што утолењавају, кодификују постојеће обичаје. Иако се ради о формално необавезујућим актима, неформалне санкције које постоје за кршење *soft law* аката у међународном трговинском праву су разноврсне и ефикасне: стваљање на црне листе, ускраћивање кредита, негативно истицање у оквиру своје гране или удружења, бојкот итд. *Soft law* је чак толико присутно у међународном трговинском праву да поједини аутори говоре о тзв. „презасићености меким правом“ (енг. *soft law overkill*).<sup>390</sup>

У међународном трговинском праву меко право се појављује у крајње разноврсним облицима од којих су неки: модел закони, начела, обичаји кодификовани и објављени од стране међународних невладиних организација, модел формулари и уговори, ристејтменти, међународни кодекси понашања. Њихова класификација веома је дискутабилна и стога што се сматра да у изворе меког трговинског права спадају и акти традиционално сврставани у аутономно трговинско право (које се назива и самостворено право, транснационално трговинско право, неауторитативни извори права, право које снагу добија из међународне трговачке праксе, приватна легислатива, аутономно привредно право, те савремено *lex mercatoria*)<sup>391</sup> попут општих услова пословања,<sup>392</sup> типских уговора,

---

<sup>389</sup> С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 27.

<sup>390</sup> S. Vogelauer, *Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law*, *European Review of Contract Law*, vol. 6, 2010, p. 158.

<sup>391</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 44.

<sup>392</sup> Општи услови пословања или општи услови уговора на унапред штампаном обрасцу садрже детаљна правила о начину обављања одређене привредне делатности и правима и обавезама уговорних страна у уговорима који се закључују у оквиру те делатности. Најпознатији су Женевски општи услови продаје које је израдила и усвојила Економска комисија УН за Европу.

једнообразних правила,<sup>393</sup> правних водича,<sup>394</sup> међународне кодификоване праксе. Карактеристично за ове изворе је то да их не стварају државе већ пословна заједница, у смислу трговачких удружења и организација или међународне организације које се баве трговином. Аутономни извори се одређују и као правна правила која доносе сами привредни субјекти и то или предузећа (трговачка, банке, осигуравајућа друштва) или њихова удружења (асоцијације трговаца, банака) али и међународне организације и то најчешће невладине попут МТК или Економске комисије УН за Европу која су донеле обрасце типских уговора и општих услова пословања.<sup>395</sup>

### 5.3. Разлози за употребу *soft law* извора у међународном трговинском праву

Услед тзв. „губитка моментума“<sup>396</sup> процеса хармонизације вршених путем конвенција на глобалном нивоу (које захтевају ратификацију) и/или путем уредби и директива на нивоу Европске уније (које захтевају више, односно мање наметнут модел примене у свакој држави чланици), уследио је интензивнији рад бројних организација на креирању уједначавајућих правила кроз несанкционисано меко право. Различити *soft law* појавни облици показују се адекватним у погледу различитих правних питања.

Наиме, тврда хармонизациона средства која се користе у ЕУ, пре свега директиве показала су се као компликована метода процеса рационализације националних права јер поред фрагментарности не обезбеђују потребну правну сигурност. Државе чланице у процесу њихове имплементације могу злоупотребити остављену им слободу и угрозити или њихово јединствено тумачење или јединствену примену на територији

---

<sup>393</sup> Једнообразна правила су акти састављени у облику прописа којима се регулише начин обављања одређених пословних трансакција и права и обавезе учесника у тим трансакцијама. Немају обавезан карактер а најутицајнија су Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве Међународне трговинске коморе у Паризу.

<sup>394</sup> Правни водичи су необавезни акти правног карактера намењени уговорним странама као модел приликом уговарања оне врсте правног посла на коју се правни водич односи али могу бити намењени и законодавцима за регулисање одређених правних односа. На пример UNCITRAL-ови правни водичи за закључивање компензационих правних послова из 1992. године и у оквиру Економске комисије УН за Европу Водичи за састављање уговора уговора који се односе на међународни пренос *know how* у машинској индустрији из 1970. године, итд.

<sup>395</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 67.

<sup>396</sup> J. Basedow, *The renaissance of uniform law: European contract law and its components*, Legal Studies, vol. 18, no. 2, 1998, p. 122, према Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 66.



читаве Европске уније. Такође, искуство је показало да се споро доносе као и да између њихових решења постоје неусаглашености што у примени уместо једнообразности може водити правном партикуларизму. Због тога се паралелно с доношењем конкретних комунитарних упутстава радило и на формулисању општих правила која би се као начела примењивала на све уговоре.<sup>397</sup>

Иницијатива за изграђивање новог заједничког међународног трговинског права је заснована на вери у самоорганизовање и самоуправљање пословних субјеката и у вери да „међународна трговина ствара идеалну климу за слободно развијање уговорних структура“.<sup>398</sup> Ове иницијативе повезују циљеве промовисања тржишта са инструменталном преференцом у виду *soft law* аката. Заступници неформалне и постепене али постојане хармонизације сматрају да се у овој области уједначеност може постићи кроз напоре стручњака и правне праксе, радије него искључиво традиционалним легислативним путевима. Најбоља илустрација односа *hard law* и *soft law* извора у међународном трговинском права је пример односа Бечке конвенције и Принципа UNIDROIT. Без сумње, Бечка конвенција је изузетно хармонизационо остварење с обзиром на ширину материје коју обухвата, број земаља које су учествовале на дипломатској конференцији у Бечу и несумњив успех у смислу ратификација и примене. Наиме, с обзиром на то да је ратификована у осамдесет четири државе, на основу њених правила спроводи се чак две трећине укупне трговине на глобалном нивоу и представља најзначајнији извор права међународне продаје робе. Можда још значајније, њоме је створен универзалан речник и заједнички именитељ за правила која од тада представљају основу академског дискурса поводом међународног уговорног права. Такође, Бечка конвенција модел је националним легислативама али и другим међународним инструментима и њоме је понуђена прилика да се развије више метода којима ће се стремити хармонизацији пред судовима и арбитражама.

Стога, не доводећи у питање значај ове конвенције, истичемо да се овим инструментом ипак није могло уредити много контроверзнијих, компликованијих питања попут уговора путем заступника, промене околности, стипулационих казни, многих аспеката реституције и тако даље. Затим, неке одредбе је тешко применити јер су биле

---

<sup>397</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 10.

<sup>398</sup> К. Р. Berger, *op. cit.*, p. 28.

результат компромиса (попут оних који се односе на улогу принципа добре воље). Из ових разлога је у оквиру UNIDROIT одлучено да ће посебна студијска група радити на развоју правила за међународне трговинске уговоре и да ће то учинити не путем традиционалних метода односно конвенције, већ иновативним путем кроз *soft law* инструмент. Разлога за то је било много. Основни је тај што се сматрало да се могући максимум већ постигао на легислативном нивоу кроз Бечку конвенцију. И колико год овај пропис био обавезујућ и стога много јачи од *soft law* прописа, управо га такав обавезујући карактер чини проблематичним. *Soft law* форма омогућава флексибилност, неопходну да се евентуална трансформација за коју се укаже потреба изведе на много лакши начин. Поједини теоретичари тврде да се меким правним актима успоставља жељена равнотежа између потребе за флексибилношћу и потребе за правном извесношћу. Наиме, омогућава се природно прилагођавање док се обезбеђује и основна инфраструктура којом се покривају уговори.<sup>399</sup> Дакле, меке форме кодификације остављају довољно простора за адаптацију норми новим развојима ситуације док одржавају достатан и прихватљив ниво правне извесности.

Надаље, употребом инструмената меког права подржава се функционални компаративни метод устремљен на изналагање заједничког језгра. Као њихова главна предност истичу се управо њихова актуелност и флексибилност. С обзиром на своју сконцентрисаност на фактична стања и тзв. пластичност, оно је веома ефикасно у обезбеђивању решења за брзо мењајуће економске потребе. То колико су за међународно трговинско право битни *soft law* извори говори и чињеница да се често мењају према новим приликама показујућу тако предности своје главне особине - прилагодљивости односно лакоће ревизије. Обично се мењају на десетак година (на пример, Принципи UNIDROIT су 2010. године изнети у већ трећој варијанти и сваком верзијом је регулисано више правних питања у односу на претходну) и на тај начин исказују модерну реалност трговинских односа. Такође, њиме се неретко врши селективна хармонизација. Наиме, приликом стварања ових прописа није као условљавајућ постављен захтев за усклађивањем целокупних области. Стога, њихови аутори могу слободно бирати најквалитетније одредбе из свих могућих правних извора усмерених на решавање конкретне интересне сфере.

---

<sup>399</sup> К. Р. Berger, *op. cit.*, p. 24.

*Soft law* у трговинском праву такође одговара потребама интеграције и јачања глобалног и уже ЕУ тржишта. Наиме, посвећеност тржишним вредностима изједначава се са приоритетним значајем уговорне слободе и аутономије воље, а који се коригују у погледу минимума које захтева друштвена свест. У овом контексту меко право, с обзиром да нема обавезујућу снагу у традиционалном смислу, с више је вероватноће ефикасно у постављању правила која нису тврде норме али ипак постижу стварање широких међународних стандарда. Постоје сугестије да су поједини меки акти успешни управо услед тога што нису обавезујући, што нису стварани под формативним утицајем влада и што не представљају претњу по националне системе. На начин на који је то, на пример, UNCITRAL-ов Модел закон о арбитражи, створени су с намером да буду хармонизујућег утицаја као и да буду извор отвореног типа и употребних могућности у сразмери сопствених квалитета а на основу појединачне процене уговорних страна, легислатора, судова, те арбитража.

Иако извори меког права наравно не настају као позитивно право, то могу постати кроз њихово означавање као меродавног уговорног права, кроз активности судова и арбитража, те усвајањем од стране носиоца легислативне власти. *Soft law* обезбеђује простор и време адресатима да понашање ускладе са диспозицијом норме како би у најављеној будућности избегли санкцију, те тако меко право прераста у *hard law*. То се поготово дешава у новим, деликатним областима, као што су нови или мешовити уговори, где доношење обавезујућег, коначног акта, услед непостојања уједначеног става не би одмах наишло на одобравање. Дакле, предности употребе *soft law* извора на међународне трговинске уговоре су очигледне онда када уређење извесног поља није могуће, или то није целисходно учинити путем *hard law* извора пре свега због њиховог често ригидног, фиксног обележја и услед њиховог компромисног карактера и последично неретко неинвентивних решења.

*Soft law* инструменти, с друге стране, нису лимитирани покушајима да опонашају постојеће право или правну структуру типичну за поједини систем, нити су под императивом да буду у највишем могућем степену демократски хармонизовани с постојећим националним законодавствима. Њихови аутори се воде најактуелнијим решењима која ће одговорати пракси привредника. Неформална метода минимализује политичке стеге и премешта фокус на основаност и економичност предложених одредби.

Охрабрујући ставови према меком праву у области трговинских односа су обично засновани на вери у способност саморегулације економских субјеката и на веровању да међународна трговина ствара идеалну средину за развој слободних уговорних структура.<sup>400</sup> Управо ова меко право/слободно тржиште агенда комбинује посвећеност циљевима промовисања слободног тржишта уз коришћење метода меког права. Заговорници разних европских хармонизационих пројеката уједињени су у антипозитивистичком ставу и подржавању неформалне и постепене хармонизације, те у веровању да је могуће правити разлику између права и политике, између техничких правила и политичких питања, у посвећености функционалном методу и у „слабости“ према флексибилности и прилагодљивости. Према њима меко право обезбеђује неформалну и постепену хармонизацију те се заговара униформност коју би требало постићи кроз ангажовање теоретичара и правне праксе, пре него кроз формална средства традиционалне континенталне кодификације. Наиме, меком хармонизацијом се избегавају потешкоће и недостаци формалне кодификације превазилажењем неодлучности домаћих легислатива, политичких опозиција те фактор одуговлачења. Мека хармонизација поштује природни развој и динамику права. Њоме се успоставља баланс између потребе за правном сигурношћу и извесношћу и са друге стране, потребе за флексибилношћу.

Закључујемо, модерно међународно трговинско право се развија под снажним утицајем *soft law* извора. Иако контроверзни правној доктрини, као национално неутрална алтернатива традиционалним изворима права, остварују значајан допринос хармонизацији ове области. У контексту критиковане несанкционисаности *soft law* прописа, аутор сматра да нема потребе за одређењем у корист само једног, обавезујућег типа хармонизације јер су извори меког права пронашли своје место у проширеном спектру врста међународних нормативних инструмената.

У условима глобализације и великих промена у начинима тржишног пословања, стандардни *hard law* прописи понекад не могу на најефикаснији, најбржи и најквалитетнији начин одговорити потребама за усаглашавањем с новонасталим економским диктатом. Поступак њиховог стварања и евентуалне ревизије, финансијски су и временски у великом обиму исцрпљујући, док су им решења услед потребе за налажењем компромиса неретко ригидна, фиксна и после одређеног периода неадекватна у

---

<sup>400</sup> К. Р. Berger, *op. cit.*, p. 28.

убрзано мењајућим привредним околностима. Управо у простору ових недостатака, предности показују *soft law* извори. Као квазилегални инструменти, документи меког права нису замена конвенционалним правним прописима, али показују вишеструке употребне вредности и квалитете. У оквиру међународних трговинских односа показују се као практични, флексибилни и привредницима погодни прописи.

У међународном трговинском праву меко право се показује посебно корисним као алтернативни вид хармонизације. По нашем мишљењу, ово је област у коме услед основних покретачких разлога који стоје иза међународне трговине стоји и адекватност ових средстава. И коначно, пошто се (трговинско) уговорно право заснива на диспозитивности, прихватљивост и квалитет правила која га се тичу требало би да су пре свега прво оцењени од стране самих уговорних страна. Наравно, одабири меких метода не долазе без сопствених недостатака у облику испитивања њихове легитимности и практичног утицаја.

У сваком случају, једно је сигурно - међународни, национални и ниво Европске уније нису више једине нормативне могућности. Може се са сигурношћу предвидети да ће постојати „континуирани суживот приватног (трговинског) права које потиче не само из међународних, националних и извора ЕУ, већ и оног које извире из приватне интернационалне регулативе“.<sup>401</sup> Наиме, међународне организације и удружења врше својеврсну аутономну међународну кодификацију којом изражавају интересе професионалних и пословних кругова а без неопходности формалног поступка унификације по поједине државе. Пракса и прихваћеност овог алтернативног приступа показују јасно да је одговор на хармонизационе потребе међународног трговинског права у комбиновању тврдых и меких инструмената.

---

<sup>401</sup> Jan Smits, *The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward*, European Review of Contract Law, vol. 3, 2008, p. 270.

## 6. ВИДОВИ ФУНКЦИЈА *SOFT LAW* У ХАРМОНИЗАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА

Флексибилни *soft law* прописи међународног трговинског права требало би да олакшају и предупреду потребе тржишта уместо да само утврде и повежу затечене обичаје. У том смислу и како је већ наглашено, у овој области *soft law* има не толико рефлексивну, колико проактивну улогу. Функције прописа меког права, међутим, није једноставно егзактно утврдити јер је њихов реалан домашај условљен квалитетом решења сваког појединачног акта и ауторитета стручњака који стоје иза пројеката. Неретко се функција *soft law* акта искристалише неко време од њиховог настанка, када пракса уобличи њихову најадекватнију сврху. Такође, један акт меког права може служити на више нивоа међународног трговинског права вршећи различите функције. На основу анализе теоријских ставова закључујемо да у крајњој линији, сваки међународни *soft law* акт има као основни циљ хармонизацију права што се остварује на више начина:

- 1) *Soft law* акти као модел закони и узор при спровођењу легислативних активности - акти меког права значајни су носиоци хармонизације међународног трговинског права и легислативна су основа будућих пројеката. Врше директну хармонизациону функцију утичући на националне законодавне процесе али и на даље нормативне напоре међународне или ЕУ заједнице. *Soft law* акти део су формације новог *lex mercatoria* и улога меких прописа као правне инспирације представља њихову најприхваћенију функцију поводом које нема већих спорова међу теоретичарима.
- 2) Едукативна функција *soft law* аката - посебно на нивоу ЕУ постаје уобичајено укључивање *soft law* аката у наставни материјал чиме се повећава њихов кредибилитет и јача идеја о заједничком језгру европског уговорног и уопште приватног права. Кроз ову функцију се адекватно јача позиција и пласирање резултата стручњака окупљених око пројеката *bottom up* хармонизационог приступа.

- 3) *Soft law* акти као меродавно уговорно право - уговорне стране уговарају примену *soft law* аката као меродавног уговорног права и тиме учвршћују праксу и учесталост окретања овом виду инструмената и повећавају њихов ауторитет.
- 4) *Soft law* акти пред арбитражама - примена *soft law* аката пред арбитражама ствар је већ учвршћене праксе, чиме се профил појединих коришћених докумената значајно подиже.
- 5) *Soft law* акти као средство тумачења и допуне међународног униформног, али и националних права - према нашем мишљењу, у овој функцији се меко право, као показатељ праксе и потреба пословних људи, показује посебно погодним и прикладним међународним трговинским односима.

## **6.1. *Soft law* акти у функцији модел закона**

### **6.1.1. *Soft law* акти као модел закони у ужем смислу**

Модел закони у ужем смислу су *soft law* међународни регулаторни извори и инструменти хармонизације. Имају сврху да буду легислативна основа за примену од стране појединих законодавстава и постоје заиста блистави примери постављања нормативних међународних и националних стандарда на основу појединих модел закона. Дакле, ради се о нормативним средствима која су већ по сачињавању спремна за примену, ослобађајући притом легислативну власт која их се прихвати трошкова, времена и труда који би изискивао нацрт потпуно новог акта. У сваком случају, модел закони угледних међународних организација чак и уколико не буду усвојени у свом изворном или адаптираном облику, без сумње врше огроман утицај на легислативно поступање многих националних система. Надаље, модел закони могу бити основа и за материју која је само сродна оној на коју се сам пропис односи (као што је то био случај са Модел законом о електронској трговини из 1996. године који је био основа Америчком униформном закону о електронским трансакцијама).

Модел закон је као правни инструмент настао на европском тлу. Као један од првих познатих модел закона може се навести онај о меници који су 1848. године усвојиле немачке земље. Данас је њихова примена широко заступљена и заговарана са становишта правне доктрине са најпознатијим и најуспешнијим примером управо UNCITRAL – овим Модел законом о међународној трговинској арбитражи (који је послужио као нацрт закона о арбитражи у више од четрдесет јурисдикција).<sup>402</sup> Међутим, поднебље на којем је најраспрострањенија употреба модел закона је територија САД-а, на којој се путем њих инсистира на унификацији права држава чланица америчке федерације.<sup>403</sup> Између осталог, управо у промовисању употребе ових инструмената као хармонизационих, очигледан је процес американизације права, карактеристичног процеса и у обликовању генеричног појма *soft law*.

Модел закони у контексту ЕУ припадају, према новијим научним схватањима,<sup>404</sup> скупини терцијарних извора права. Они су вид манифестације меког права првенствено у том смислу што њихово непримењивање нема за последицу санкцију и што су им у највећем броју случајева творци карактеристичне агенције за формулисање. Ови извори права одређују се као легислативни текстови који се препоручују државама не би ли их уврстиле у своје национално законодавство и представљају базу за жељену хармонизацију и усавршавање појединачних унутрашњих правних система а да им притом нису сметња јер се не стварају под политичким диктатом. Модел закони јесу сачињени тако да врше хармонизацију дате области, али остављају адресатима простор да самостално, без претње санкцијом (као што је то случај код оглушавања о уредбе и директиве Европске уније или конвенцију), одреде у којим размерама ће бити коришћени у решавању појединог проблема.<sup>405</sup> Постоје предлози да се ЕУ уговорно право хармонизује кроз модел законе

---

<sup>402</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 75.

<sup>403</sup> Стварањем једнообразних закона и модел закона у САД-у се постиже унификација и хармонизација права држава чланица америчке федерације. Овим послом се баве Национална конференција повереника за уноформне законе држава чланица и Амерички правни институт. Најпознатији заједнички пројекат ове две организације је амерички Једнообразни трговачки законик (енг. *Uniform Commercial Code-UCC*) који је усвојен у свим државама чланицама федерације. Мада у форми униформног законика, овај акт по својим карактеристикама више одговара појму модел закона јер експлицитно допушта државама чланицама федерације да одступе од неких његових решења, што су многе од њих и учиниле, а по одређеним питањима и сам нуди више алтернативних решења. Према М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 75-76.

<sup>404</sup> L. Senden, *op. cit.*, p. 77.

<sup>405</sup> H. Deeb Gabriel, *op. cit.*, p. 660.



тако што ће бити донети општи услови уговора за поједине типове уговора с важењем у свим државама чланицама.<sup>406</sup>

Модел закони су, дакле, намењени усвајању на националном нивоу, али представљају флексибилније средство од међународног уговора, једнообразног закона или директиве Европске уније. Док се међународни уговор и једнообразни закон морају прихватити у тексту у ком се усвојени, евентуално уз резерве које су обично малобројне и лимитиране, дотле модел закон оставља држави могућност да приликом усвајања унесе у његов текст модификације које сматра неопходним. Такође, модел закони не подлежу ратификацији као међународни уговори, већ стоје на располагању свакој држави која жели да их искористи као образац за прављење сопственог закона.<sup>407</sup> Они ни на који начин не стварају правом засновану обавезу државама да их унесу у своје националне системе, али снагом својих аргумената и очигледним хармонизујућим настојањима често за последицу имају управо примену на унутрашња релевантна правна питања. Наиме, модел закони су адекватни за хармонизацију права у оним областима у којима се националне разлике оцењују као сувише велике да би се могла постићи унификација.

Ови инструменти представљају алтернативно хармонизационо средство, национално неутралну опцију у односу на изворе тврдог права, пред – право, увод у право или увод у обавезујуће норме. Нису замена конвенционалним прописима, али значајно унапређују процесе хармонизације и унификације у оном простору у коме традиционални извори показују недостатке. Предности модел закона када је у питању унификација на међународном нивоу се састоје у више пута наглашаваној необавезности формулација, која оставља државама слободу да понуђена решења прилагоде национално – правним специфичностима, једноставнијем уношењу у унутрашњи систем и одсуству било какве обавезе према другим другим државама које су га такође прихватиле. Те предности могу се претвори и у мане, уколико дође до сувише великих одступања приликом имплементације или касније примене, тумачења и измене полазног текста.<sup>408</sup> Порасту броја модел закона доприноси свакако и пораст броја међународних организација. Погодност за почетно неинвазивно, суптилно, несанкционисано уређење на међународном

---

<sup>406</sup> С. Twigg Flesner, *op. cit.*, p. 142-143.

<sup>407</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 75.

<sup>408</sup> М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 76.

нивоу одлика је хармонизације путем модел закона – својеврсне правне платформе и базе која обезбеђује хармонизацију права кроз *soft law* појавне облике.

### **6.1.2. *Soft law* акти као модел закони у ширем смислу**

*Soft law* акти чак и кад нису изричитон азвани или формулисани као модел закони, то јесу у ширем смислу. *Soft law* акти попут PECL-а се сачињавају без посебно наглашене сврхе усвајања и стога често нису ни структурирани на начин на који то обавезно јесу традиционални извори права. Ипак, то омогућава да се њиховим решењима постигне баланс и квалитет који би иначе био недоступан или тешко постигнут. Слично, *soft law* акти попут Инкотермса или Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве јесу сачињени с намером да их користе уговорне стране јер осликавају заједничку, добро утврђену и конзистентну праксу и стога су *de facto* правни стандарди за конкретан правни однос.<sup>409</sup> Тако, иако нису првобитно и основно замишљени као модели за будуће законодавство јесу заправо то постали на основу опште прихваћености и последичног подразумевања. У вези с реченим је и аргументованост става према коме, по нашем мишљењу, јесте оправдано да међународне организације користе значајан обим њима делегираних финансијских средстава да би сачињавале *soft law* акте а не само оне спремне за усвајање од стране држава и претварање у позитивно право. Критика која преиспитује оправданост овог финансијског „скретања“ с основног хармонизационог циља не узима међутим у обзир да мноштво *soft law* докумената јесте предодређено, или се то покаже у пракси, за постављање хармонизационих легислативних оквира и основа.

На пример, улога Принципа UNIDROIT, свакако се састоји и у инспирисању на реформе националних законодаваца. Међутим, не само на нивоу земаља у развоју или земаља у транзицији, већ и међу државама које желе модернизацију и траже инспирацију у заједничким међународним стандардима. Уколико је путем одређене конвенције већ на овај начин постигнуто много, *soft law* актима остаје значајно подручје које није њоме покривено а у оквиру којих они могу бити релевантни на претходно описан начин. Наводи се да се утицај Принципа UNIDROIT као модел закона може показати већим од неке

---

<sup>409</sup> H. Deeb Gabriel, *op. cit.*, p. 667.

конвенције јер она не ступа на снагу у време закључења и представља у најбољем случају провизиону индикацију подршке држава учесница која се могу и не морају кристализовати, док Принципи UNIDROIT представљају безусловно обавезивање и консензус стручњака међународне репутације из читавог света.<sup>410</sup>

Слично, утицај PECL-а се огледа у могућности да буду основа за касније формулисање јединственог Европског грађанског законика, платформа је будућим кодификацијама или рекодификовању грађанског права пре свега у државама чланицама али и трећим државама будућим чланицама,<sup>411</sup> те може бити значајна инспирација легислативним напорима који су планирани у Србији. За PECL се сматра да може допринети јачању комунитарног права стварајући заједничко правно окружење, док је сврха и њих и Принципа UNIDROIT да служе као инфраструктура за постојеће и будуће комунитарно уговорно право које карактерише висок степен неусаглашености управо зато што му недостаје заједнички оквир општих правила уговорног права. Другим речима, ови прописи омогућавају да се изолована острва комунитарне нормативе у области уговорног права ставе у одговарајући регулаторни контекст, што ће појачати њихов интеграциони учинак.<sup>412</sup>

Поново у ширем контексту модел закона истичемо неке *soft law* акте који као једину функцију и имају то да буду део стварања конвенција у смислу да су први корак (модел) ка њеном закључењу. Рецимо UNEP водичи о континенталним изворима загађења мора су били модел за регионалне спразуме попут Кувајтског протокола. Свакако, поједини *soft law* акти служе као основа и део су савременог *lex mercatoria* о чему је раније било речи.<sup>413</sup>

Закључујемо, *soft law* у великој мери одговара процесима унификације и хармонизације. Модел закони и модел (стандардни) уговори са стандардним клаузулама, као *soft law* појавни облици, представљају савременије облике унификације. Они се у области трговинских уговора доста користе управо због своје еластичности и погодности за примену јер не захтевају никакве посебне формалности.<sup>414</sup> Такође, законодавна

---

<sup>410</sup> R. Goode, *op. cit.*, p. 234.

<sup>411</sup> Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 12.

<sup>412</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 14.

<sup>413</sup> Видети *Soft law* као модерно *lex mercatoria*, стр. 157.

<sup>414</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 32.

делатност која се одвија у ЕУ, али и у свету, користи се изворима меког права као модел правилима донетим од стране признатих стручњака и опробаним и утемељеним у пракси, што води све већој конвергенцији различитих правних система. Међутим, важно је истаћи да на међународном нивоу не постоји сагласност у вези са оптималношћу употребе *soft law* извора као хармонизационог средства. Поставља се питање да ли је потребно овим инструментима оставити простор за деловање у оном делу у коме класични, стандардни, когентни извори права показују недостатке.

## **6.2. Образовни аспект *soft law* аката**

*Soft law* акти врше функције значајног извора и грађе за образовни и научни кадар. Штавише, студентима права предлаже се изучавање европског права које би било представљено на пример, Принципима UNIDROIT и PECL-ом упоредо са изучавањем појединих националних права. На дуже стазе то делује као један од обећавајућих начина да се учврсти и гради ново *ius commune European*, односно у погледу трговинског права – светско право трговаца. Њима се врши изузетно битна функција успостављања заједничког правног језика и уједначене терминологије. На овом месту, по нашем мишљењу, важно је нагласити потребу да се и у Србији унапреди оскудно знање и разумевање доктрине поводом ових инструмената, не би ли на путу приближавања српског система систему ЕУ носиоци легислативних процеса имали пред собом и могућност окретања алтернативним, модерним хармонизационим средствима.

## **6.3. Функција *soft law* аката као меродавног уговорног права**

У оквиру граница које постављају владавина права и основни принцип уговорног права - аутономија воље, уговорне странке могу као меродавно право одредити и специфична правила изнета у оквиру необавезујућих аката. Штавише, неки инструменти, попут Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве и Инкотермса се у таквој мери подразумевају на основу широке употребе и прихваћености, да се њихова

примена подразумева уколико не постоји другачији договор уговорних страна. Наравно, апсолутна већина *soft law* инструмената постаје део уговора само на основу изричитог договора.

Наиме, уговорне стране се одлучују за употребу *soft law* аката јер сматрају да су њихова правила адекватнија конкретном уговорном односу од другог националног или међународног права или једноставно да би изабрали неутралну опцију која ниједну уговорну страну неће ставити у бољу ситуацију. Такође, између страна које немају једнаку преговарачку моћ често је наметање права јаче стране. Међутим, чак и у надмоћној преговарачкој позицији није ретко да се доминантнија уговорна страна одлучи за уређење уговорног односа путем, на пример Принципа UNIDROIT, јер налази да његово сопствено право није довољно предвидиво или му не одговара у конкретном случају. Сликвит је пример који наводи председник Међународне арбитраже Руске федерације, Комаров, а који се тиче широке употребе Принципа UNIDROIT од стране руских држављана: "Наиме, руски правници и пословни људи не чине се толико опрезним и невољним као њихови инострани сарадници да размотре предности употребе Принципа UNIDROIT уместо сопствених националних права. Они сматрају да употребом Принципа UNIDROIT осигуравају квалитетнију, разрађенију, детаљнију и опште прихваћену регулацију питања које се односе на пословне трансакције".<sup>415</sup> Овакав пример по нашем мишљењу може адекватно послужити и као оријентир српским предузетницима који по правилу остварују лошије резултате у трговинским споровима пред међународним арбитражама.

Надаље, иако је истина да је број случајева у којима су се уговорне стране одлучиле да изричито свој уговорни однос потчине акту меког права или где их је арбитража применила као меродавно право да би решила спор још увек релативно низак, то што се уопште бележе такви случајеви је успех и доказ њиховог значаја, поготово имајући у виду традиционалан отпор уговорних страна и њихових правних саветника да усвајају нове регулативе.

*Soft law* прописи релевантни за уговорно право могући су извори права за странке на неколико начина:

---

<sup>415</sup> Alexander Komarov, *The Unidroit Principles of International Commercial contracts: A Russian View*, Uniform Law Review, vol. 1, 1996, p. 247.

1. Уколико су инкорпорисани у сам уговор, односно чине његов саставни део (*lex contractus*). Ова опција је најповољнија у случају уговора са међународним елементом, чиме се међутим не чини сам уговор наднационалним или анационалним, али се странке на тај начин ослобађају скупих, дуготрајних преговора, поступка утврђивања страног права, отклања се могућност неспоразума због различитог схватања појединих правних појмова у различитим правним системима и слично.<sup>416</sup> Наравно, могуће је инкорпорисати ова правила и у уговоре код којих не постоји елемент иностраности, у складу са универзалним диспозитивним могућностима које пред собом имају уговорне странке, уз обавезно поштовање императивних норми националног права странака. Странке могу *soft law* акт инкорпорисати у потпуности или делимично.
2. Уколико су дати *soft law* извор странке уговориле као меродавно право клаузулом (чија се ваљаност процењује у складу са релевантним правилима земље суда) с обзиром на то да су и PECL и Принципи UNIDROIT акти општег, генералног права, на оне аспекте који нису њима уређени примењује се национално право према колизионом праву земље суда, што важи и за когентне норме чија се примена не може искључити.
3. Примена PECL-а и Принципа UNIDROIT могућа је чак и ако их странке нису изричито уговориле. То ће бити случај уколико су међутим уговорили примену „општих начела уговорног права“ или ако је уговорена примена *lex mercatoria*, па чак и када меродавно право није ни уговорено а међународни или арбитражни судови не могу да применом колизионих норми дођу до избора меродавног права. Примена PECL-а и Принципа UNIDROIT у оваквим случајевима у доктрини се образлаже чињеницом да ови документи представљају резултат компаративне анализе релевантних за уговорне односе, као и широке међународне дискусије о овим питањима. Као такви, они су прилагођени потребама спорова који проистичу из међународних трговинских уговора у већој мери него било који посебан

---

<sup>416</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 16.

национални правни систем.<sup>417</sup> Међутим, управо уговарање *lex mercatoria* као правила транснационалног карактера и међународних трговинских обичаја или ненавођење меродавног права уопште може водити проблемима у пракси за судије и арбитраже. Из тих разлога, у случају када се уговорне стране одреде за примену *lex mercatoria*, изричито уговарање збирки PECL-а и Принципа UNIDROIT чини се оптималним решењем са становишта извесности уговорних страна у погледу правила која ће на њихов уговор бити примењена.<sup>418</sup>

#### 6.4. *Soft law* акти пред арбитражама и судовима

Међународна трговинска арбитража је у условима глобализације преузела знатан део активности некада сматраних надлежношћу држава. Арбитража је последњих деценија најпопуларнији механизам за решавање трговинских спорова у Азија-Пацифик регији<sup>419</sup> док су од изузетног значаја и утицаја резултати рада институционалних трговинских арбитража у Паризу, Лондону,<sup>420</sup> Цириху, и на нивоу Србије резултати рада Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије. Међународна трговинска арбитражна делатност са својим либералним и међународно оријентисаним приступом у повољном је контрасту са искључиво национално одређеним концепцијама многих домаћих судова. Рад трговинских арбитража заснован је на аутономији воље, односно диспозитивности (на основу којих се уопште арбитражи и поверава решавање спорног питања али и бира меродавно право) али и начелима равноправности, приватности и поверљивости, те начелу хитности у поступању. Стога на арбитраже можемо гледати као на процедуре по мери међународним трговинским споровима.

Трошкови, неефикасност и непредвидивост националних судских система учинили су међународну арбитражу привлачнијим средством решавања спорова који проистекну из пословних међународних трансакција. Наиме, алтернативни начини

---

<sup>417</sup> O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria*, in J. Basedow (editor), *Private Law in the International Arena*, The Hague, 2000, p. 96.

<sup>418</sup> Јелена Перовић, *Примена lex mercatoria пред међународном трговинском арбитражом*, Право и привреда, бр. 4-6, 2013, стр. 498.

<sup>419</sup> Према Simon Greenberg, Christopher Kee, Romesh Weeramantry, *International Commercial Arbitration - An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge, 2010.

<sup>420</sup> Лондонски суд међународне арбитраже основан је 1892. године и најстарија је арбитража на свету.

решавања спорова још су један вид уговорног одговора на недостатке судских поступака чија процесна правила варирају умногоме од државе до државе. С друге стране, добро позната национална или међународна арбитража обезбеђују утисак неутралности и неправни стандарди који су део међународне трговине налазе своје место у њиховој пракси. Неформални систем меког трговинског права више погодује стилу трговинских арбитража него судовима (док је такође свеукупно компатибилније са англосаксонским судским системом него са континенталноевропским). Наравно, од уско специјализованих арбитра се и очекује детаљнији увид у ове акте него што је то могућно очекивати од судије који се бави и некомерцијалним предметима.<sup>421</sup> Једна од предности арбитража је и то што није везана формалним грађанско процесним правилима већ обично арбитра траже решења у пословној пракси. Стога имају и другачији, карактеристичан поглед на акте меког права.

У овој области *soft law* добија на великом значају и с обзиром на обим употребе, прописима ове врсте формирају се тзв. меки кодекси. Веома је важна за арбитраже, поред материјалних, и улога меких процесних правила а најбитнијима се сматрају наведени Модел закон о међународној трговинској арбитражи, два инструмента Међународне Бар асоцијације<sup>422</sup> (Правила о узимању доказа у међународној трговинској арбитражи<sup>423</sup> и Водичи за сукоб интереса у међународној арбитражи<sup>424</sup> - веома коришћен инструмент услед често постављаног питања изузећа арбитра у међународној арбитражи; док је национална легислатива по питању пристрасности често уређена недовољно јасним стандардима), и Правила арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу.<sup>425</sup>

Ова функција меког права није међутим универзално прихваћена. Наиме, постављају се питања оправданости и критеријума судских и пре свега арбитражних

---

<sup>421</sup> Стога, „просвећенији“ системи попут немачког формирају посебне трговинске судове увиђајући посебност и деликатност ових односа као и потребну специјализованост оних који о њима одлучују.

<sup>422</sup> Званични подаци о Међународној Бар асоцијацији (енг. *International Bar Association*), доступни на: <http://www.ibanet.org/> (приступљено 28.01.2016).

<sup>423</sup> Правила о узимању доказа у међународној трговинској арбитражи (енг. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), доступно на: [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) (приступљено 28.1.2016.).

<sup>424</sup> Водичи за сукоб интереса у међународној арбитражи (енг. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), доступно на: [http://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_July\\_2008\\_ENews\\_ArbitrationMultipleLang.aspx](http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx) (приступљено 28.1.2016.).

<sup>425</sup> Правила арбитраже Међународне трговинске коморе (енг. *ICC Rules of Arbitration*), доступно на: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (приступљено 28.1.2016.).



одабира *soft law* аката као референтних у појединим правним питањима. *Soft law* акти, попут начела и ристејтмента, јесу у употреби пред судовима и арбитражама као меродавно уговорно право, основа за стварање нових правила али и као средство тумачења постојећих. Наравно, у *common law* систему на судску праксу се гледа из квалитативно другачијег угла него што је то случај са *civil law* системом, стога ристејтменти имају веома значајну улогу. Што се пак тиче арбитража, оне се неретко окрећу *soft law* актима, ослањајући се на неутралност и квалитет у њима садржаних решења. Управо је крајњи и најзначајнији тест неког *soft law* инструмента његова употреба пред судовима и арбитражом. Арбитри могу да се користе меким правом када су изричито овлашћени на то од уговорних страна (када су странке акт меког права инкорпорисали у уговор, када су га одредили клаузулом као меродавно) или када су као меродавно одредили коришћење општих правних начела и *lex mercatoria*.

У вези са применом *lex mercatoria*, важно је навести пример када се арбитражни суд у Француској приликом одлучивања о чувеном случају поводом заступања, Паблак против Норсолор,<sup>426</sup> определио да суди на основу ових правила. Наиме, арбитража је услед тешкоћа у опредељивању за расположиво француско или турско права, а имајући у виду међународну природу самог заступања које је било у питању, сматрала прикладним да примени правила *lex mercatoria*. Такав став правдан је неопходношћу подсећања странака и саме арбитраже да делују на међународном нивоу, у коме се потпуно специфични критеријуми и околности узимају у обзир у поређењу с онима на националним нивоу. Овакав вид поступања постао је заступљенији у пракси након овог случаја. Такође, уколико је установљено право арбитра да одлучују на основу принципа правичности (*ex aequo et bono*) могуће је да ће се окренути меким инструментима. Битно је напоменути да правна доктрина највише пажње посвећује пракси односно, перформансама појединих прописа и њиховој употребној вредности (а што је очигледно најбитнији аспект сваке расправе о међународном трговинском праву с обзиром на природу економских односа) пре него теоријском преиспитивању значења и обухвата појмова попут *lex mercatoria* и општа начела и слично. Одговарајућу илустрацију за изнету тврдњу видимо у студијама

---

<sup>426</sup> France / 09 October 1984 / Cour de cassation / Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v Norsolor S.A. / 83-11.355. Након овог случаја примена *lex mercatoria* је постала чешћа, на пример у случају: Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH (DST) v. Ras Al Khaimah National Oil Co. (Rakoil) (1987) 2 Lloyd's Rep 246 (Eng CA).

које спроводе међународна удружења поводом питања улоге коју имају транснационална правила у међународној трговинској арбитражи а која се притом не баве теоријским питањима прецизног одређивања природе таквих правила и тога представљају ли независан правни систем. Наиме, сконцентрисали су се само на конкретну употребу и питање валидности и могућности принудног извршења пресуда заснованих на оваквим правилима пред домаћим судовима.

Свакако, компаративни метод којима се користе арбитраже веома је адекватан у изналажењу прописа за решавање спора. Трговинска арбитража истакнут је пример комбиновања *hard law* и *soft law* прописа. Наиме, уместо да се сконцентришу на искључиво правна тумачења, арбитражи се у трговинским питањима често окрећу и воде „уравнотеженим и пословним“ тумачењима.<sup>427</sup> Арбитраже међутим поред тога што користе такође и развијају *soft law* акте. Дакле, иако је тврдо право оно које има елемент принуде, арбитраже признају да меко право има нормативну снагу. Она извири у случају трговинског права из тога што га ствара слој трговаца добровољно те га и сами спроводе и извршавају. Непокоровање овим нормама води нарушавању пословних веза и другим негативним ефектима. Наравно, што је универзалније прихваћен неки пропис, то ће их основаније и једноставније даље примењивати арбитражи у конкретном случају, чак до нивоа да се практично примењују као тврдо право. У арбитражама меко право врши и изузетно битну функцију интерпретативне методологије. Међутим, до проблема долази услед постојања мноштва *soft law* преклапајућих документата. У том случају уместо поједностављивању одвијања трговинских односа, ово мноштво *hard law* и *soft law* прописа може водити њиховом компликовању. Стога је на арбитражима да знају у мноштву аката основ и решење за конкретне случајеве не би ли утемељили будућу праксу и направили адекватан и најквалитетнији нормативни избор.

#### **6.4.1. *Soft law* као средство за попуњавање правних празнина и тумачења постојећих регулатива**

Уколико меродавно уговорно право не даје одговоре на нека питања у вези с уговором, редовни и арбитражни судови посегнуће с поверењем у решења судске праксе и

---

<sup>427</sup> John Carter, *The Construction of Commercial Contracts*, Oxford, 2013, p. 52.

ставове правне теорије. На пример, Бечка конвенција не регулише изричито питање промењених околности, те је чест случај коришћења, у пре свега арбитражној пракси, одредби којима се регулише тзв. *hardship* према чл. 6.2.2 Принципа UNIDROIT, чл. 6:111 PECL-а, или чл. III-1:110 DCFR. Сличан случај постоји и у вези са регулисањем питања који су губици сем изгубљене добити накнадиви у случају повреде уговора. Бечка конвенција не уређује ово питање детаљно (осим навођења да је изгубљена добит надокнадива), док се чланом 9:501 PECL-а у накнадиве губитке укључују и неновчани губици и будући губици који би вероватно настали. Такође, према чл. 7.4.2 Принципа UNIDROIT појам штете обухвата сваки претрпљени губитак (који може бити и неновчани-конкретно физичка или емотивна патња) и сваку корист које је оштећена страна лишена.<sup>428</sup>

Како су *soft law* извори међународног трговинског права резултат ангажовања најистакнутијих правних стручњака, како теоретичара, тако и практичара, уживају велики углед и поверење у погледу својих решења те се судије на њих неретко угледају. На тај начин врши се незванична али ефективна хармонизација права. На нивоу ЕУ акти меког права су поготово значајни код тумачења и примене нејасних комунитарних и националних прописа који се односе на унутрашње тржиште и његово функционисање.

Међутим, за међународно трговинско право најбитнији пример односи се на тумачење поменуте Бечке конвенције<sup>429</sup> које је често неопходно (између осталог из разлога потребе за постизањем компромиса приликом њеног стварања и избегавања регулисања контроверзних питања, те из чињенице да је објављена на шест службених језика), до те мере да постоји тело сачињено од стручњака из разних земаља, тзв. Саветодавна комисија (енг. *CSIG Advisory Council*)<sup>430</sup> која је већ објавила велик број мишљења којима сугеришу решења заснована на коментарима и критичким оценама интерпретативних трендова у судској пракси. Такође, у циљу уједначавања праксе организован је систем праћења и објављивања судских и арбитражних одлука из разних држава уговорница поводом тумачења и примене Бечке конвенције и других

---

<sup>428</sup> Дакле, у оба наведена *soft law* прописа прихваћен је принцип потпуне или интегралне накнаде штете, према којој су надокнадиви и неновчани губици (повреда пословног угледа, штета услед губитка пословне тајне, губитак будућих нематеријалних добара).

<sup>429</sup> Према чл. 7. (1) Бечке конвенције, формулисана су три принципа која се морају поштовати код тумачења конвенције: промовисање једнообразности, поштовање међународног карактера и поштовање савесности и поштења у међународној трговини.

<sup>430</sup> Подаци о активностима Саветодавне комисије (енг. *CSIG Advisory Council*) доступни на: <http://www.cisgac.com/> (приступљено 11.12.2015)

инструментата UNCITRAL-а, CLOUT (енг. *Case Law on Uncitral Texts*).<sup>431</sup> Управо се за Бечку конвенцију наводи у негативној конотацији да „је она по неким питањима конвенција која кодификује споразум о томе да нема споразума и на тај начин враћа на национално право уз чак остављање могућности уговорним странама да искључе одређена правила конвенције или њене читаве делове,<sup>432</sup> па чак и да „иако представља обавезујуће право, уколико према изабраном меродавном праву није одређено другачије, Бечку конвенцију би требало посматрати и примењивати као да је меко право.“<sup>433</sup>

Дакле, *soft law* акти се користе као механизми ауторитативних тумачења или појашњења услова конвенција, али и служе да обезбеде детаљнија упутства и техничке стандарде за примену конвенција.<sup>434</sup> Најрепрезентативнији пример овакве функције меког права су Принципи UNIDROIT. Наиме, према UNILEX-у<sup>435</sup> Принципи UNIDROIT су коришћени закључно са 2015. годином у 425 случајева од чега за 192 арбитражне одлуке а у 56 случајева њима се интерпретирала и допуњавала Бечка конвенција. Ипак, у теорији постоје опречна мишљења у вези са оваквом употребом Принципа UNIDROIT и PECL-а. Наиме, према једном ставу (углавном заступаном од стране правника из *civil law* земаља), ови меки прописи се могу у ту сврху користити као општа правна начела и свакако им се мора дати предност у односу на евентуално меродавно национално право. С друге стране, износе се ставови према којима Принципи UNIDROIT и PECL, иако јесу општа правна начела, нису начела на којима почива Бечка конвенција, те могу служити само као додатни аргумент за прихватање одређеног решења приликом попуњавања правних празнина.<sup>436</sup>

---

<sup>431</sup> Подаци поводом судске праксе у којој се користе UNCITRAL-ови инструменти - CLOUT (енг. *Case Law on Uncitral Texts*), доступни на: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html) (приступљено 11.2.2016).

<sup>432</sup> Joseph Loofkofsky, *Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules*, *The American Journal of Comparative Law*, no. 2, 1991, p. 404, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky6.html> (приступљено 7.04.2015).

<sup>433</sup> Lisa Spagnolo, *CISG as Soft Law and Choice of Law* in L. DiMatteo (editor), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, 2013, ch. 11.

<sup>434</sup> У овом погледу меко право заштите животне околине је веома развијено и утицајно.

<sup>435</sup> Подаци UNILEX – а (збирка међународне судске и арбитражне праксе поводом два најзначајнија међународна инструмента за регулисање међународних трговинских трансакција – Бечке конвенције и Принципа UNIDROIT) доступни на: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276> (приступљено 28.12.2015)

<sup>436</sup> Ingeborg Schwenzer (editor), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005, p. 139, према С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 51.

## 7. НАЈЗНАЧАЈНИЈИ ИЗВОРИ *SOFT LAW* У МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ ПРАВУ

### 7.1. Начела европског уговорног права

#### 7.1.1. Разлози и услови настанка, циљеви Начела европског уговорног права

Једна од најранијих иницијатива за изналажење одговора на сложену поставку пројеката хармонизације приватног права у ЕУ јесте израда Начела европског уговорног права (eng. *Principles of European Contract Law*, у даљем тексту: PECL).<sup>437</sup> Професор грађанског и трговинског права из Данске, Ландо, 1976. године изнео је у академским круговима идеју о изради нацрта будућег Европског јединственог трговинског законика. С обзиром на то да се такав пројекат сматрао преурањеним и преамбициозним, предложио је израду Начела европског уговорног права, или како је тада навео Европских ристејтмента уговорног права. Пројекат је добио неформалну подршку Комисије тадашње Европске економске заједнице и 1980. године је формирана Комисија за европско уговорно право (енг. *Commission on European Contract Law* - CECL, у даљем тескту Комисија) често називана по свом утемељивачу и председавајућем „Ландова комисија“.<sup>438</sup>

Рад Комисије је резултирао Начелима европског уговорног права или Ландовим начелима која се сматрају најцеловитијим академским доприносом хармонизацији уговорног права ЕУ, које је до тада одликовао правни партикуларизам и изражено секторски приступ регулисању материје. Штавише, многи теоретичари сматрају PECL уводом у европско уговорно право, а у будућности и у Европски грађански законик.

Израда PECL-а је трајала двадесет једну годину, а први део или књига је објављен од стране првог састава Комисије 1995. године. Садржавао је опште одредбе, одредбе о извршењу уговора, о неиспуњењу уговора (о повреди уговора) и о санкцијама због неиспуњења уговора. Такозвана Друга комисија за европско уговорно право (која је почела са радом 1992. године) објавила је 1999. године друго издање односно други део PECL-а с

---

<sup>437</sup>Текст Начела европског уговорног права доступан на енглеском језику на: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (приступљено 4.01.2016)

<sup>438</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 5.

правилима о настанку, ваљаности, тумачењу и садржају уговора, правила о заступању као и ревидирану верзију одредби првог дела, чиме је извршена ренумерација чланака. Трећи и финални део PECL-а завршен је 2003. године чиме је комплетан пројекат приведен крају. На њему је од 1997. године радила тзв. Трећа комисија за европско уговорно право. У њему су правила о обавезама са више субјеката, о асигнацији, о промени дужника, о преносу уговора, о пребијању, застарелости, ништавости уговора, о уговорима склопљеним под раскидним и другим условом и о капитализацији камата.<sup>439</sup>

Коначни текст PECL-а обрађује општи део уговорног права, не и посебне уговоре, и састоји се од 17 поглавља (опште одредбе, закључење уговора, заступници и њихова овлашћења, ваљаност уговора, тумачење уговора, садржај и дејство уговора, испуњење уговора, неиспуњење уговора и правна средства у вези са неиспуњењем, обавезе са више субјеката, уступање потраживања, промена дужника, уступање уговора, пребијање, застарелост, ништавост уговора и услови и капитализација камате).

Приликом израде PECL-а, Комисија је пошла од чињенице да различита правила уговорног права проузрокују сметње тржишној конкуренцији и да одвраћају пословне људе од пословања изван граница својих држава а да би се заиста остварило заједничко тржиште потребно је елиминисати сметње изазване различитим правилима уговорног права.<sup>440</sup> У Уводу PECL-а Комисија је навела бенефиције и сврху коришћења овог инструмента а чланом 1:101<sup>441</sup> одређују се ситуације у којима се PECL може применити у пракси чиме се имплицирају разлози за њихову израду.

Наиме, већ спомињане разлике између држава чланица које припадају различитим правним системима производе нетарифне баријере даљем повезивању унутрашњег тржишта и трговини. Примери разлика *civil law* и *common law* система су бројни: *common law* не разликује уговоре јавног од уговора приватног права, нити когентне од диспозитивних норми на начин типичан за европсконтинентални приступ. С друге стране,

---

<sup>439</sup> O. Lando, Eric Clive, Andre Prume, R. Zimmerman (editors) *Principles of European Contract Law*, The Hague, 2003.

<sup>440</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 70.

<sup>441</sup> O. Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by the Commission of European Contract Law*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 21-26.

институти *privity of the contract*<sup>442</sup> и *consideration*<sup>443</sup> својствени су само *common law* систему. Надаље, два система различито схватају начело савесности и поштења, односно у *common law* систему не постоји општа обавеза фер поступања и добре вере, што се одражава на различита тумачења уговора (наиме, континентални приступ тумачењу нагиње начелу савесности и поштења а *common law* се изричито везује за јасно изражену вољу). Међутим, разлике између ова два велика правна система не упућују на закључак да, такође, у оквиру сваког појединачно не постоје размимоилажења значајних размера. На пример, у оквиру континенталних правних кругова различито се приступа питањима тренутка настанка уговора, одређивања места испуњења, формалних претпоставки за настанак уговора, роковима застарелости итд.

Решење претходно виђено у постављању поузданог колизионог метода кроз Римску конвенцију о меродавном уговорном праву испоставило се недовољно ефикасним. С друге стране, хармонизациона регулатива коју је у великом обиму састављала ЕУ неретко је била обележена парадоксалном неучинковитошћу на унутрашњим нивоима услед проблема њихове интеграције и спровођења у националне системе због чега су називани и „правни иританати“. Надаље, проблем постоји јер је и регулатива намењена да хармонизује међусобно нехармонизована услед фрагментираног нормативног приступа. Сви наведени проблеми последица су непостојања општих правила и речника који се тиче уговорног права и шире приватног права на нивоу ЕУ и представљали су разлоге за стварање PECL-а.

Као основни циљеви PECL-а наводе се:

- 1) Омогућити уговорним странама да на питања свог уговорног права примене правила неутралног састава правила, тј. да се искључи могућност примене националног система само једне земље;
- 2) Омогућити арбитражно решавање спорова из уговореног односа;
- 3) Послужити као основа за израду Нацрта Европског законика за уговоре, као и за доношење Европског законика целокупног приватног права;

---

<sup>442</sup> Према овом институту треће лице не може на основу уговора стећи самосталан захтев за испуњење чинидбе према дужнику на основу изјаве повериоца, чиме се конструкција уговора у корист трећег лица онемогућава.

<sup>443</sup> Овај институт подразумева да обећање бесплатне користи (односно непостојање противчинидбе) не обавезује уговорну страну.

Уз ове основне, постоје и посебни циљеви:

- 1) Олакшати међународну трговину унутар ЕУ;
- 2) Ојачати јединствено европско тржиште;
- 3) Премостити јаз између *civil law* и *common law* система;
- 4) Послужити као инспирација и модел за реформу уговорног права средњеевропских и источноевропских земаља<sup>444</sup> (што је употребни аспект PECL-а који Србија може искористити).

### 7.1.2. Метод рада Комисије за европско уговорно право

Комисију за европско уговорно право су сачињавали правни стручњаци из свих држава чланица ЕУ, било да се радило о представницима академске заједнице или правницима и адвокатима практичарима. Број њених чланова се повећавао аналогно с повећањем броја држава чланица у ЕУ а све ради остваривања циља одговарајућег репрезентовања сваког националног система. Што је најважније чланови Комисије нису били представници владиних, националних или политичких интереса, већ су били вођени јединственим циљем - да креирају најадекватнија правила европског уговорног права. Комисија је дакле била неформална групација, односно приватна иницијатива која у свом раду није зависила ни од инструкција органа ЕУ, ни од упутстава влада појединих чланова Комисије. Стога, Начела европског уговорног права немају формалноправни легитимитет правног акта, већ су академско достигнуће које спада у домен меког права. Не обавезују владе чланова Комисије нити саму ЕУ иако је Комисија Европске заједнице финансијски подржавала њен рад до 1994. године када то престаје да чини услед израженог противљења неколико држава чланица.

Уверење Комисије је било да упркос разликама које карактерише приватно право европских држава, постоји заједничко језгро утемељено у тржишном начину привређивања и европској правној култури која је базирана на римском праву, хришћанској етици и европској филозофији. Намера Комисије је била да PECL буде мост

---

<sup>444</sup> Маја Proso, Марија Štambuk, „Principi evropskog ugovornog prava s osvrtom na ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu po novom ZOO-u“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 45, br. 4, 2008, p. 907.



између евро-континенталног и *common law* права.<sup>445</sup> Ова идеја била је изузетно напредна с обзиром на време у ком је настала, као и крајње амбициозан пројекат комбиновања европско-континенталног и анлосаксонског правног система. Комисија је радила водећи се функционалним методом на основу кога је анализирала резултате примене појединих правила у пракси али и концепата који су довела до таквих резултата. На основу овог метода потребно је уочити корелацију сваког правног концепта са другим правним институцијама не би ли се добио комплетан преглед ситуације. Поред истраживања заједничких правила, једнако је важно посветити пажњу и правним разликама. Комисија је пратила идеју претходно изнету од стране Шлесингера шездесетих година двадесетог века када је анализирана судска пракса различитих националних система не би ли се установило да примена различитих техника и норми у погледу питања настанка уговора даје често исте или сличне резултате.<sup>446</sup>

Комисија се у раду користила националним правним системима појединих европских земаља али и изворима ван ЕУ, на пример, швајцарским Законом о облигацијама, међународним конвенцијама и то пре свега Бечком конвенцијом из које је велики део решења преузет у целости а нека су модификована (свакако, Бечка конвенција се односи само на уговор о продаји робе и на све земље а PECL на све уговоре на подручју ЕУ). Затим, коришћени су други *soft law* извори, пре свега Принципи UNIDROIT<sup>447</sup> (с којим PECL има значајне сличности, док су неки стручњаци радили и на једном и другом пројекту) као и амерички Једнообразни трговачки законик.

Такође, ристејтменти су били инспирација Комисији у веома значајном обиму и у садржинском али и у инструменталном, методолошком смислу. Приликом израде PECL-а, Комисија се водила примером ристејтмента тако што је PECL виђен као артикулисање и реформулисање већ постојећих заједничких темеља уговорног права а које деле сви правни састави европских земаља. Но, иако су ристејтменти значајно утицали на настанак PECL-а између њих постоје значајне разлике. Ристејтменте као специфичан извор меког права у САД-у израђује Амерички правни институт. Њихов циљ је да право учине једноставнијим и јаснијим те да смање правну несигурност која произилази из великог броја и учесталости

---

<sup>445</sup> O. Lando, H. Beale, *op. cit.*, p. 22.

<sup>446</sup> R. Schlesinger, *Formation of Contracts, A Study of the Common Core of the Legal Systems I-II*, New York, 1968.

<sup>447</sup> Више о сличностима и разликама између Ландових начела и Принципа UNIDROIT: O. Lando, *A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, Uniform Commercial Code Law Journal, vol. 37, no. 2, 2004, pp. 3-46.

нових прецедената који могу међусобно бити и контрадикторни или недовољно усклађени. Иако им је циљ унапређење права и судске праксе, ристејтменти не формулишу нова правила. Они само из огромне масе судских пресуда извлаче општа правила која је та судска пракса већ створила о чему сведочи и њихов назив који упућује на „поновно излагање или поновно формулисање“. Дакле, њима се не унификује право већ се настоји олакшати његово функционисање кроз систематизовање општих и апстрактних правила која нису увек очигледна због природе прецедентног права.<sup>448</sup> Начела европског уговорног права су такође састављана имајући у виду постојање заједничких општих правила уговорног права. Ипак, европски национални правни системи имају већ утврђен и кохерентан преглед општих правила кроз законике међу којима наравно постоје велике разлике. Другим речима, на нивоу ЕУ не постоји право које само треба реформулисати, већ је потребно и отклонити постојеће разлике у мери у којој је то потребно и могуће, како је наведено у Уводу PECL-а.<sup>449</sup> Дакле, утврђивање заједничког језгра је само једна полазна тачка за израду општих правила. PECL представља ставове какво би право требало бити а заједничко језгро је основа за надградњу најбољим правилима према ауторима PECL-а. Такође, тамо где заједничка правила не постоје, Комисија је узела слободу да инкорпорише решења која су сматрана најучинковитијим, чиме је манифестовала креативнији аспект свог нормативног деловања.

PECL хронолошки прати поглављима уговор од настанка до испуњења, односно престанка по другом основу. Полази се од начела слободе уговарања, неформалности уговора, савесности и поштења у смислу критеријума по коме се цени понашање странака. PECL одликује јасан, разумљив стил неоптерећен сувишним детаљима и техничким подацима, намењен не само правницима практичарима већ и њиховим странкама, члановима пословне заједнице. Судовима је остављен значајан простор за дискреционо поступање и прилагођавање специфичним ситуацијама, што је у складу са идејом да се избегавају коначна, затворена решења, односно да се користе што општија места и стандарди у формулацијама. Стога и рестриктивна употреба дефинисања правних појмова.

PECL има облик нормативног акта који садржи материјалноправне норме а Комисија се одлучила да правила формулише примарно кроз начела (енг. *black letter rules*). Начела

---

<sup>448</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 12.

<sup>449</sup> O. Lando, H. Beale, *op. cit.*, pp. 21-25.

су праћена коментарима (енг. *comments*) и напоменама (енг. *notes*) да би конкретизовали апстрактне норме на тај начин што се, на пример, коментарима упућује на начин и конкретне ситуације у којима се правило може користити. Напоменама се, на пример, износе подаци о изворима који су формативно утицали на постојеће решење, затим негативне оцене појединих националних решења итд.

### **7.1.3. Начела европског уговорног права као израз заједничког језгра и основа хармонизације европског уговорног права**

Комисија је у свом раду пошла од уверења да је нужно утврдити заједничко језгро европског оквира за приватно право не би ли се отклониле препреке неометаном функционисању унутрашњег тржишта и да би се створила инфраструктура за јединствено уговорно европско право. Истицано је да оно упркос значајним разликама међу појединим националним нормативним саставима неспорно постоји а манифестује се кроз основне идеолошке стандарде и разумевање темељних правних вредности. Свакако, томе је узрок у заједничким коренима приватног права као и у свеукупно сличним економским, културним и политичким условима. Последњих деценија процес учвршћавања и продубљивања заједничког језгра узрокован је све тешњим европским интеграцијама као и глобализацијом.

Основни циљ PECL-а је унификација уговорног права, уклањање разлика међу националним правним системима, тј. стварање заједничког правног оквира на основу ког ће се стварати и интерпретирати и национално и комунитарно уговорно право. Надаље, циљ је да служи као инфраструктура за постојеће и будуће уговорно комунитарно право.<sup>450</sup> Наиме, PECL омогућава да се поједини сегменти комунитарне регулативе у оквиру уговорног права ставе у одговарајући заједнички контекст, што ојачава њихов интеграциони учинак. Затим, PECL би требало да буде узор и водич националним законодавцима и судовима (домаћим и ЕУ) у решавању појединих проблема, као и у земљама средње и источне Европе које прилагођавају своје системе тржишној привреди (као што је то случај у Србији). Надаље, приближавање два велика европска правна

---

<sup>450</sup> O. Lando, H. Beale, *op. cit.*, pp. 21-26.

система још је један од основних разлога настанка PECL-а. Такође, њихова улога као модела и базе за будућу хармонизацију ове области напослетку би према Ландовим речима требала да води улози PECL-а као темеља Европског закона о уговорима.<sup>451</sup> Управо из разлога устаљености PECL-а као изузетно утицајног извора у академским круговима, који је на најадекватнији начин до сада приближио *civil law* и *common law*, све се више разматра могућност да буде прихваћен као преднацрт или бар смерница Европском грађанском законнику.

Ипак, овакво поимање улоге PECL-а многи оспоравају, сматрајући их за искључиво научни пројекат, који јесте користан и од значаја за разматрање будућих праваца развоја ове области али није подобан и реалан као темељ за будући Европски закон о уговорима. У ову групу аутора спадају они који се генерално противе идеји јединственог грађанског, односно уговорног права на нивоу ЕУ. Према њима, специфичности сваког правног система у ЕУ требало би одржати а нужна питања усагласити мање драматичним нормативним потезима. Оправданост таквих ставова виде у различитим социјалним, економским, политичким приликама сваке државе, те у потреби одржавања и поштовања културних специфичности и идентитета. Такође преиспитују односно одричу надлежност ЕУ да врши унификационе пројекте таквог степена на основу примарних извора права. Надаље се преиспитује и стварна економска основаност потребе за толико високим хармонизационим стандардима с обзиром на диспозитивност уговорног права где се уговорне стране споразумом могу једноставно и јасно одредити за решавање одређених питања.

#### **7.1.4. Могућности примене Начела европског уговорног права**

Начела европског уговорног права су настала из разлога потребе унификације правила уговорних односа, претендујући да постану општи принципи уговорног права, односно нова редакција модерног *lex mercatoria*.<sup>452</sup> Сматра се да услед неутралности

---

<sup>451</sup> O. Lando, *The Common Core of European Private Law and Principles of European Contract Law*, Hastings International and Comparative Law Review, vol. 21, 1998, p. 810.

<sup>452</sup> J. Перовић, *Принципи европског уговорног права и UNIDROIT принципи*, Правни живот, бр. 5-6, 2002, стр. 149.

олакшавају прекогранично пословање. Примењују се на уговоре грађанског, трговинског права и на потрошачке уговоре и то како на националне тако и на међународне уговоре, док се у територијалном погледу односе на подручје ЕУ и Европе уопште. Њима су покривени односи између комунитарних субјеката, односно физичких и правних лица која имају седиште односно држављанство у државама чланицама као и односи органа ЕУ у оквиру држава чланица.

По својој правној природи ради се о *soft law* документу, правно необавезујућем извору, али који се и упркос тој несанкционисаности или управо захваљујући њој, може примењивати на вишеструке начине. PECL врши снажан утицај на правну доктрину, пре свега у државама чланицама ЕУ, али и изван њих и њихови неформалани ефекти, поготово на судску праксу ЕУ, не смеју се занемаривати. Дакле, PECL је скуп правила без снаге националног, међународног или права ЕУ, већ изражава савремено *lex mercatoria* или аутономно меко право чија се примена једино препоручује. Дугорочно посматрано, PECL не представља крајњи циљ хармонизације већ само прелазно средство за исказивање тадашње постигнуте сагласности у комунитарној правној доктрини. Крајњи циљ је усвајање јединственог Европског грађанског законика коме би PECL требало да послужи као предлог дела који се односи на уговоре.<sup>453</sup>

**1) PECL је могући извор права за уговорне стране према Уводу PECL I и II<sup>454</sup> и према члану 1:101:<sup>455</sup>**

**а)** уколико странке PECL инкорпоришу у сам уговор, односно учине га његовим саставним делом што је најповољнија опција у случају уговора са међународним елементом, чиме међутим сам уговор не постаје наднационалан или анационалан (и даље се примењују когентна национална правила меродавног према међународном приватном праву или унутрашњем праву ако уговор није с елементом иностраности), али се странке на тај начин ослобађају скупих, дуготрајних преговора, поступка утврђивања страног права и неспоразума у вези са различитом правном терминологијом, односно њеним

---

<sup>453</sup> Р. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 45-46.

<sup>454</sup> О. Lando, Н. Beale, *op. cit.*, pp. 21-23.

<sup>455</sup> Начела европског уговорног права, чл. 1:101.

тумачењем и слично. Странке су наравно слободне да одреде садржај уговора у складу с начелом слободе уговарања радило се о међународном уговору или не. На овај начин, PECL постаје *lex contractus*.

**б)** уколико странке PECL уговоре као меродавно право,<sup>456</sup> када се ваљаност овакве клаузуле процењује у складу с релевантним правилима земље суда, а с обзиром на то да PECL садржи општа правила, на оне аспекте који нису уређени примењује се национално право меродавно према колизионом праву земље суда. Исто важи и за когентне норме чија се примена не може искључити. Ова примена PECL-а се у пракси често оспорава због тога што PECL није право у формалном смислу речи.<sup>457</sup> Доводи се у питање и могућност подвргавања уговора PECL-у из разлога што се сматра да Римска конвенција то не допушта, већ та опција постоји само у погледу националних права.

**в)** примена PECL-а уколико га странке нису изричито уговориле могућа је у два случаја:<sup>458</sup>

1) први случај је када су странке уговориле примену „општих начела уговорног права“, *lex mercatoria* или су користили томе сличну формулацију клаузуле. Наиме, странке могу желети да избегну примену националног права једног од уговарача па се одлучити да то учине путем уговарања овакве клаузуле. Колико год међу теоријом постојала оспоравања употребе оваког извора права, судови и арбитраже морају у овом случају применити неке правне норме и пракса показује да у том погледу не постоје проблеми нити оклевања да се користе најистакнутији извори меког права, па тако и PECL.

2) други случај је када уговорне стране не уговоре меродавно право ни изричито, ни прећутно а међународни или арбитражни судови не могу применом колизионих норми доћи до избора меродавног права. У овом случају, ствараоци препоручују примену овог инструмента јер је PECL много погоднији темељ за одлучивање о међународним

---

<sup>456</sup> Начела европског уговорног права, чл. 1:101, ст. 2.

<sup>457</sup> S. Petrić, *op. cit.*, p. 16.

<sup>458</sup> Начела европског уговорног права, чл. 1:101, ст. 3.

уговорима него поједина национална права будући да су плод компаративне анализе и консензуса правних стручњака из различитих земаља.<sup>459</sup>

г) PECL се предлаже и као извор права за уговоре између субјеката јавног права у смислу ЕУ, њених органа, држава и јединица локалне самоуправе итд. са физичким и приватним правним лицима. Пре свега се инсистира да PECL буде меродавно уговорно право за уговоре између институција ЕУ и њених органа са физичким или приватним правним лицима јер се иначе на њих примењује (сматра се неадекватно) неко од европских националних права. Истиче се да је једино исправно и оправдано овакве односе регулисати у складу с општим уговорним правом чији су израз PECL.<sup>460</sup>

## **2) PECL као средство тумачења постојеће регулативе и средство попуњавања правних празнина**

PECL<sup>461</sup> предвиђа и могућност употребе када меродавно право не покрива одређена питања у вези са конкретним уговором, односно када постоји потреба за тумачењем и попуњавањем правних празнина.<sup>462</sup> Занимљив је пример арбитражне одлуке донете пред Холандским арбитражним институтом поводом уговора између холандског продавца и италијанског купца, који је био подвргнут правилима Бечке конвенције. Наиме, питање да ли се продавац може позивати на опште услове пословања као саставни део уговора уколико купац тврди да није био упознат са њиховом садржином пре и приликом закључења уговора (и о којима није било индивидуално преговарано) није било могуће јасно решити на основу Бечке конвенције, нити Принципа UNIDROIT. Стога је арбитражни суд употребио постојеће решење PECL–а садржано у члану 2:104 (1) и 2:104 (2) према коме се уговорна страна може користити против друге стране уговорним

---

<sup>459</sup> O. Lando, H. Beale, *op. cit.*, p. 97.

<sup>460</sup> O. Lando, *The Rules of European Contract Law, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103, Brussels, 1999, p. 132, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html> (приступљено 26.02.2016).

<sup>461</sup> Начела европског уговорног права, чл. 1:101, ст. 4.

<sup>462</sup> Погодан пример у коме се и судови ван Европске уније позивају на PECL (конкретно на члан 1:201 о понашању у складу са начелом добре вере) је случај Федералног суда Аустралије (Federal Court of Australia, Australia, GEC Marconi Systems Pty Ltd. BHP Information Technology Pty Ltd. and Others, no. NG733 of 1997, 12.02.2003, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&ID=845> (приступљено 23.01.2016).

одредбама о којима није појединачно преговарано уколико је страна која се на њих позива предузела разумне мере да другу страну упозна с њима пре или током закључења уговора (као што је то био конкретан случај јер су услови пословања у питању били укључени у честој међусобној комуникацији купца и продавца путем електронске поште и факса). Притом се под разумним мерама не сматра просто позивање на њих у уговору чак и уколико је друга страна такав уговор потписала.<sup>463</sup> Такође, забележена је ситуација када је пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије одлучено о стопи камате на основу члана 9:508 PECL-а и члана 7.4.9 (2) Принципа UNIDROIT поводом уговора о продаји шећера од стране српског продавца италијанском купцу чије је меродавно право било Бечка конвенција.<sup>464</sup>

Препорука за коришћење овог меког инструмента у сврхе тумачења и попуњавања правних празнина се образлаже чињеницом да у таквим ситуацијама редовни и арбитражни судови посежу за ставовима судске праксе и теорије, чиме се оправдава примена PECL-а у својству допунског извора права.<sup>465</sup>

### **3) PECL као модел закон, узор и водич националним законодавцима и судовима**

Аутори PECL-а истичу да је реч о правилима која имају перспективу да буду широко прихваћена од стране пословних и државних заједница те да ће она свој пут наћи у пракси снагом своје убедљивости јер ће се с временом потврдити да могу у значајној мери олакшати разумевање уговорног права и обичаја држава чланица и трговинско пословање.<sup>466</sup> Организовани су бројни научни скупови и семинари који су се у светлу искуства онога што је постигнуто и што се може постићи путем PECL-а, расправљали о правцима и начинима будуће кодификације уговорног и шире приватног права ЕУ.<sup>467</sup>

---

<sup>463</sup> Netherlands Arbitration Institute, 10.02.2005, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1235> (приступљено 23.12.2015).

<sup>464</sup> Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, no. T-9/07, 23. 01. 2008, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1442> (приступљено 23.12.2015).

<sup>465</sup> O. Lando, H. Beale, *op. cit.*, p. 97.

<sup>466</sup> O. Lando, *The Rules of European Contract Law*, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103, Brussels, 1999, p. 129, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html> (приступљено 26.02.2016).

<sup>467</sup> Ewoud Hondius, *European Private Law – Survey 1998-2000*, European Review of Private Law, vol. 2, 2000, p. 385-416, према Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 368.



PECL може служити и као инспирација националним легислаторима који нису чланови ЕУ да врше измене у жељи да модернизују своје системе. Као супранационални, флексибилни акт PECL јесте настао из разлога потребе унификације правила уговорних односа, претендујући да постану општи принципи уговорног права, односно нова редакција модерног *lex mercatoria*.<sup>468</sup> О потенцијалу PECL-а као модел правила говори и чињеница да јесу у методолошком смислу претходник Заједничког оквира за уговорно право, док је њихов утицај на Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право (DCFR) фундаменталан, односно PECL јесте његов интегрални део и база у тој мери да се DCFR сматра његовом допуном и прерадом. Слично, основа су Начела европског уговорног права осигурања и представљају у односу на њега *lex generalis*. Сматра се и да PECL помаже Суду ЕУ у остваривању његовог задатка стандардизације и хармонизације уговорног па и грађанског права уопште, јер је оличење заједничког језгра европске правне традиције и реалности. Како не постоје јединствене норме, Суд ЕУ често преузима као релевантна решења националних права у зависности од конкретног случаја. Дакле, није могуће остварити потребну хармонизацију ако Суд ЕУ нема на располагању јединствена правила којима ће се користити. PECL може бити извор Суду ЕУ у том погледу чиме би се вршио неформалан вид хармонизације права. Уосталом, PECL према Ланду може помоћи да се очува јединственост прописа који се примењују у државама чланицама тако што би обезбедили „заједничко правно окружење“.<sup>469</sup> У ширем смислу хармонизације права, PECL такође има и едукативну функцију и већ се сматра конструктивним делом наставне грађе за правне студије.

## **7.2. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре**

### **7.2.1. Развој, услови настанка и значај Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре**

У оквиру рада на унификацији материје трговинског права UNIDROIT је остварио изузетно значајне резултате у више различитих области, пре свега, међународне продаје,

---

<sup>468</sup> Ј. Перовић, *Принципи европског уговорног права и UNIDROIT принципи*, Правни живот, бр. 5-6, 2002, стр. 149.

<sup>469</sup> О. Lando, *Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 56, 1992, p. 265.

шпедиције, транспорта, међународних заступања, лизинг пословања, франшизинг послова, обезбеђења потраживања, банкарских послова. Међутим, управо конципирањем и усвајањем 1994. године Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре (енг. *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, у даљем тексту: Принципи UNIDROIT)<sup>470</sup> UNIDROIT је у великој мери допринео процесу усклађивања и хармонизације укупне материје трговинског права.<sup>471</sup>

Пројекат Принципа UNIDROIT се у почетку називао „Прогресивном унификацијом међународног трговинског права“ и био је одобрен од стране UNIDROIT још 1971. године када је Управно веће укључило наведену иницијативу у програм свог рада. Овим се UNIDROIT прикључио снажној иницијативи за хармонизовање уговорног права коју су подржавале и захтевале и тадашње социјалистичке и капиталистичке земље. Чланове групе којој је био поверен задатак чинили су професори Давид, Шмитхоф и Попеску са професором Бонелом на челу. Пројекат је делегиран посебној студијској групи осамдесетих година и под пуним називом Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре се почео означавати од 1985. године. Чланове групе су чинили стручњаци уговорног права и међународног трговинског права са сваког континента и заступљене су биле како социјалистичке, тако и тржишне економије, као и *civil law* и *common law* системи. Као што је то био случај и са члановима који су радили на изради Начела европског уговорног права, сви стручњаци су у својим улогама наступали искључиво у приватном капацитету, без обавезе репрезентовања интереса влада земаља из којих су долазили.

Процес рада текао је тако што су се сачињавали извештаји о спроведеном истраживању поводом одређеног сектора уговорног права и формулисала би се прва верзија *black letter* правила уз коментаре који су потом циркулисали и о којима се расправљало међу члановима радне групе али и са стручњацима који нису били њен формалан део. Приликом првог издања сачињен је текст на енглеском и француском као званичним језицима UNIDROIT да би се додавали преводи на скоро свим главним светским језицима због великог интересовања и успеха на који су наишли.

---

<sup>470</sup> Пун текст Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре у издању из 2010. године доступан на: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (приступљено 4.1.16)

<sup>471</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 27.

Као правни извори на пројекту служили су сви значајнији светски уговорни системи а посебан нагласак стављан је на недавне ревизије закона, укључујући ту амерички Једнообразни трговачки законик, Други ристејтмент права уговора, Бечку конвенцију као и нелегислативна међународна трговинска правила (наиме, паралелно одвијајућ процес рада на PECL-у се одражавао на приступ и методе рада на Принципима UNIDROIT). Управо су позитивне и негативне стране Бечке конвенције биле окидач да се UNIDROIT осамдесетих година почне бавити припремањем Принципа UNIDROIT. И заиста, усвајање широм света униформог, међународног акта који се тиче продаје утро је пут и амбициознијим пројектима за стварање општих правила за међународне трговинске уговоре уопште. У то време, како су преговори који су водили усвајању Бечке конвенције показали, сама конвенција била је апсолутни максимум тога око чега се могло договорити на легислативном нивоу, те је у UNIDROIT одлучено да се напусти идеја обавезујућег инструмента и да се уместо тога сачини ристејтмент (и поводом појединих питања понуди нова решења) међународног уговорног права и праксе.<sup>472</sup> Штавише, необавезујућа природа Принципа UNIDROIT показивала се привлачном, не проблематичном. Наиме, неформалан приступ који су заузели у радној групи имао је одлучан утицај на успех овог прописа. Неформална кодификација транснационалног трговинског права називана је „наруцбином дана“.<sup>473</sup> У оном делу у ком се поклапају са Бечком конвенцијом, Принципи UNIDROIT преузимају буквално и доследно правила конвенције или су им бар коресподентни. Ипак, пошто Принципима UNIDROIT није била намењена судбина обавезујућег инструмента, било је могуће бавити се већим бројем питања у које конвенција није залазила (рецимо, питања права трећих страна, овлашћења заступника итд.) или које су као последица компромиса тешко примењиве (начело добре воље, каматне стопе у случају кашњења с исплатом итд.). Наиме, поред основног и преферираног приступа потраге за заједничким језгром, изузетна правила која су сматрана најпогоднијим и одговарајућим за међународне односе а која нису представљали најзаступљенија решења на националним нивоима, усвајани су као окосница „приступа бољег правила“. Група је окарактерисала свој приступ као функционално правно упоређивање.

---

<sup>472</sup> M. J. Bonell, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles*, *Uniform Law Review*, no. 233, 2007, p. 235, доступно на: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2007-2-bonell-e.pdf> (приступљено 26.02.2015).

<sup>473</sup> K. P. Berger, *op. cit.*, p. 154.

Поред Бечке конвенције и ристејтменти су били значајна инспирација ствараоцима Принципа UNIDROIT. Принципима UNIDROIT је ипак намера била да обезбеде најпрактичније правило било оно свима заједничко или ређе иновативно, док се ристејтментима појашњава и уобличава постојеће право. Пошто су стварани без политичког притиска, њихова аутономија и неутралан карактер су неупоредиви и умногоме су условили њихову убедљивост. Како сами њихови редактори износе, циљ је био „створити усклађен дијапазон правила која ће се примењивати широм света без обзира на правну традицију и економске и политичке услове земаља у којима ће се спроводити“. Поред значајног утицаја који су постојали на његове ауторе у виду ристејтмента и других *common law* узора (пре свега америчког Једнообразног трговачког законика), одредбе Принципа UNIDROIT састављене су у духу *civil law* система.

Резултирајући Принципи UNIDROIT представљају наднационални, флексибилни *soft law* инструмент који омогућава зближавање националних прописа и настоји да спречава настанак спорова који су у вези с различитостима које карактеришу поједине правне саставе и правна решења. Значајан су корак ка стварању такозваног светског права трговаца и представљају нелегислативну кодификацију општег дела права међународних трговинских уговора. Формулација члана 1.7. Принципа – добра вера и поштено уговарање назива се *Magna Charta*-ом међународног трговинског права.<sup>474</sup> Принципи UNIDROIT су обезбедили средства за праћење уговора због могућих злоупотреба<sup>475</sup> и могу се сматрати новим *ius commune*.<sup>476</sup> Садрже основна начелна полазишта пословања приликом закључивања и реализације међународних трговинских односа. Решења која садрже одражавају међународну трговинску праксу успостављену у савременом међународном пословању и један су од најприхваћенијих и хваљених *soft law* прописа.

Плод су вишегодишњег рада истакнутих научника окупљених у UNIDROIT и изузетно су значајна збирка правила уговорног права која се као *lex mercatoria* обилно примењује у пракси закључења уговора са међународним елементом.<sup>477</sup> Показали су да нуде конкретна решења и да су значајан корак ка даљој хармонизацији ове области. Нису ригидан и ограничавајућ правни извор већ остављају доста простора за флексибилност те

---

<sup>474</sup> E. Mamela, *op. cit.*, p. 98.

<sup>475</sup> M. J. Bonnell, *UNIDROIT Principles and Transnational Law*, Uniform Law Review, vol. 2, 2000, p. 201.

<sup>476</sup> M. J. Bonnell, *UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the Same Purpose?*, Uniform Law Review, vol. 2, 1996, p. 245.

<sup>477</sup> А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 326.

су препоручени заинтересованим субјектима да их користе на начин који им највише одговара. Намењени су потребама међународних трговинских трансакција и у великој мери одражавају све правне системе света.

Може се рећи да се ради о нацрту закона или виду зборника који уз чланове садржи и пропратни коментар, а понекад и илустрације. Они изражавају општа правила која би требало да важе за међународне трговинске уговоре и могу да послуже као модел за доношење националног и међународног законодавства. Принципи UNIDROIT имају необавезан карактер за државе, али с обзиром на велики ауторитет стручњака који су их саставили и досадашњу праксу, може се тврдити да су од капиталног значаја у приближавању националних система у погледу материје међународног трговинског права. Поздрављени су као значајан корак ка глобализацији правног размишљања и служе као инспирација бројним реформама националних легислатива. Сматрају се посебно ауторитативним изразом сличних наднационалних или транснационалних принципа и правних правила. Хваљена је њихова способност да осликају актуелно стање консензуса по питању међународних правних правила и принципа по којима се воде међународне трговинске трансакције по свету.

Како наводи професор Год, један од најеминентнијих стручњака у пољу међународног трговинског права, Принципи UNIDROIT се могу показати у својим ефектима чак значајнијим од конвенција јер конвенција нема обавезујућу снагу у време доношења и представља у најбољем случају индикацију држава исказану кроз провизије а које се могу или не морају искристализовати, док Принципи UNIDROIT представљају безусловну посвећеност и консензус научника од међународног угледа и широм читавог света.<sup>478</sup> Чињеница да су производ групе независних експерата који су радили под окриљем међународне организације без директног утицаја влада свакако има своје предности. Не само да је то отворило пут ка већој дискрецији у поступању већ их је учинило и флексибилнијим и с већим могућностима да се брже прилагоде мењајућим условима међународне трговинске праксе. У том погледу, Фарнсворт, члан пројекта тврдио је да не постоји бојазан међу ствараоцима Принципа UNIDROIT у погледу њихове важности или претендовања на регулисање неког правног питања на светском нивоу. Наиме, биће примењивани само уколико се покажу квалитетним и одговарајућим

---

<sup>478</sup> R. Goode, *op. cit.*, p. 234.

конкретној ситуацији и њеним субјетима. Друго, засновани су на евидентној општости и довољно су флексибилни. Треће, нису уређивана питања за која је постојао консензус да су прекомпликована за овакав вид решавања. И четврто, UNIDROIT је слободан да их мења када год се то покаже потребним.<sup>479</sup> Или како су то приметили амерички арбитражи, Принципи UNIDROIT ће једноставно одстранити оне одредбе који се покажу неадекватним тржишту, док ће се по потреби извести онај начин регулације појединих питања које још увек не постоје.<sup>480</sup> Принципима UNIDROIT је демонстрирано да је најбоље оставити формулацију међународних правила општег типа научницима, док су представници националних законодавних или ЕУ власти примеренији субјекти за уређење специфичних питања попут заштите потрошача (где је већина одредби мандаторне природе).

### 7.2.2. Садржај Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре

Прва верзија Принципа UNIDROIT која је садржала 120 одредби објављена је 1994. године а због успеха на које су наишли, дошло се до закључка да би их требало прерадити и допунити,<sup>481</sup> што је и учињено па се нова верзија појавила 2004. године. Део одредби из 1994. године је прерађен и допуњен (на пример одредбе које се односе на заступање), али су верзији из 2004. године додата нова поглавља која се односе и на пребијање обавеза, уступање права, пренос обавеза уступањем уговора и застарелост.<sup>482</sup> Верзија Принципа UNIDROIT из 2004. године имала је 65 чланова више од оригиналне верзије али није умногоме одступала од њих те се могу пре сматрати допуном уместо ревизијом. Верзија Принципа из 2010. године објављена је у виду зборника с коментарима и број одредаба је с пређашњих 185 повећан на 211. Нове одредбе односе се на правила о неважности уговора, условима за закључење уговора, плуралитет поверилаца и дужника. Измењене су опште одредбе и одредбе у веза са избегавањем испуњења, раскидом уговора и реституцијом. Коначно, Принципи UNIDROIT садрже Преамбулу и једанаест поглавља а односе се на

---

<sup>479</sup> Allan Farnsworth, *Closing Remarks*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, p. 699.

<sup>480</sup> Charles Brower, Jeremy Sharpe, *The Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, 2004, p. 199.

<sup>481</sup> Први радови на преиспитивању Принципа UNIDROIT започели су већ три године након њиховог доношења.

<sup>482</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 69.

основна питања у вези са међународним трговинским уговорима и систематизују сва суштинска питања од значаја за њих. Како је већ наглашено, неке одредбе из Бечке конвенције су преузете у Принципе UNIDROIT у жељи да се међународна правила која се односе на уговоре о међународним пословним трансакцијама што више приближе.

Преамбула садржи одредбе о сврси Принципа UNIDROIT и могућностима њихове употребе на националном и међународном нивоу. Прво поглавље садржи опште одредбе уз дефиниције основних појмова попут слободе уговарања, форме уговора, принципа *pacta sunt servanda* итд. Друго поглавље регулише закључење уговора и овлашћења пуномоћника (разликују се откривено и неоткривено заступање, с тим што је последње институт *common law* система). Поглавље три садржи одредбе о пуноважности уговора у погледу закључења, измене и раскида. Поглавље четири регулише питање тумачења уговора а пето поглавље садржи решења поводом елемената уговора, права трећих лица, те облигација средства и облигација циља. Поглавље шест уређује испуњење уговора и тзв. *hardship* (промењене околности) и дејство промењених околности. Неиспуњење уговора регулише се у седмом поглављу (опште одредбе о неиспуњењу, праву на испуњење, раскиду уговора и настанку штете) уз регулисање више силе као разлога ослобођења дужника од одговорности за неизвршење обавезе. Поглавље осам регулише пребијање права и обавеза и трансакције у различитим валутама а у деветом поглављу уређује се цесија права, пренос обавеза и уступање уговора. Поглавље десет садржи одредбе о застарелости а последње, једанаесто допуна је верзије из 2004. године и бави се плуралитетом поверилаца и дужника.

Принципи UNIDROIT се наравно односе на уговор о продаји робе али и на друге трговинске уговоре. Не баве се појединим врстама трансакција већ користе апстрактне појмове повериоца и дужника. Не односе се само на уговоре него и на тростране правне односе међу којима је заступање или уступање али и питања која се традиционално регулишу императивним нормама, као што је застарелост.<sup>483</sup>

---

<sup>483</sup> С. Фишер Шобот, *Одговорност продавца за испоруку робе у међународном и домаћем праву*, докторска дисертација, Нови Сад, 2009, стр. 12-13.

### 7.2.3. Могући правци развоја Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре

Принципи UNIDROIT поред исказаних квалитета имају ограничења и недостатке у облику у коме се налазе. Они обавезују једино у оквиру граница аутономије странака и намере, те упућености судија и арбитра да их евентуално примене као средство допуне, интерпретације права или као израз општих правних начела односно *lex mercatoria*. Из тог разлога се већ убрзо након њихових објављивања појавила иницијатива и подршка идеји да се Принципи UNIDROIT трансформишу у обавезујући инструмент.

На пример, Харткамп, дански судија и члан Савета UNIDROIT један је од оних који сматрају да би било целисходно размотрити настављање с радом на Принципима UNIDROIT, овог пута у окриљу UNCITRAL-а с намером стварања конвенције о општем делу уговорног права. С друге стране, Ландо истиче да ће потреба за Глобалним трговинским закоником само расти са глобализацијом,<sup>484</sup> због чега ће се Принципи UNIDROIT морати издићи из свог садашњег статуса у право које обавезује судове. Међутим, претварање Принципа UNIDROIT у обавезујући инструмент није једина, нити најзаступљенија могућност њиховог даљег развоја или употребе, нити је тренутно изводљива и препоручљива. Свакако се тако радикална опција неће у догледном периоду озбиљније разматрати од стране појединих држава. Након формалног прихватања Принципа UNIDROIT од стране UNCITRAL-а на четрдесетој пленарној седници 2007. године, као даљи могући правци развоја Принципа UNIDROIT истичу се:

- 1) Препорука UNCITRAL-а да се Принципи UNIDROIT користе као средство интерпретирања и допуне Бечке конвенције

Принципи UNIDROIT се већ у значајном обиму користе за интерпретирање и попуњавање правних празнина у Бечкој конвенцији. Било би пожељно озваничити такву њихову употребу на нивоу UNCITRAL-а у оквиру граница и услова утврђених у члану 7. Бечке конвенције.

---

<sup>484</sup> O. Lando, *Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Moving from Harmonisation to Unification?*, *Uniform Law Review*, vol. 11, 2003, p. 123.



- 2) Формално признавање странкама права да изаберу Принципе UNIDROIT као право меродавно за уговор

Ова могућност се за сада не доводи у питање једино пред арбитражним трибуналима. Пред домаћим судовима, примењују се Принципи UNIDROIT уколико је то била жеља странака, само у обиму у коме не противурече националним мандаторним нормама. Хашка конференција за приватно право сматра се најбољим медијумом за овакву иницијативу која би евентуално могла водити усвајању обавезујуће конвенције, модел закона или препоруке.

- 3) Примена Принципа UNIDROIT као средства за посредовање или мирење

Сматра се да постоји заједничка позадина у размишљању између Принципа UNIDROIT и сагласног посредовања у смислу промовисања добре вере с поштовањем преговарања и принципима према којима се решавају спорови.<sup>485</sup>

- 4) Усвајање Принципа UNIDROIT као модел закона

Пошто идеја о Принципима UNIDROIT у форми конвенције није реална па по многим ни пожељна, може се показати вредним разматрања идеја о њиховој адаптацији у форму модел закона у ужем смислу. Овде је могуће да Принципи UNIDROIT буду део чак ширег и значајнијег пројекта - Глобалног грађанског законика. Такав акт био би сачињен од стране UNCITRAL-а а у сарадњи са другим заинтересованим међународним организацијама и био би консолидован резултат анализе и повезивања већ постојећих међународних униформних инструмената (на пример, Бечке конвенције, Инкотермса, Јединствених обичаја и праксе за међународни документарни акредитив, Конвенције о транспорту, UNIDROIT конвенције о лизингу и факторингу и слично). У оваквом контексту Принципи UNIDROIT би покрили општи део уговорног права и могли би

---

<sup>485</sup> James Smith, *Mediation and the Principles of Unidroit*, Contractacion internacional. Commentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit, Mexico, 1998, p. 250-251, доступно на: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=138> (приступљено 24.03.2014).

представљати основу за развијање обавезујућих правила која се односе на оне међународне уговоре још непокривене међународним конвенцијама.

#### **7.2.4. Могућности примене Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре**

С обзиром на то да Принципи UNIDROIT спадају у опсег *soft law* а да се *soft law* односи на правно необавезне инструменте, применљиве једино на основу вољног пристанка, управо у пољу уговорног права се најадекватније осликава њихов разлог постојања и могућности, односно ограничења. Дакле, аутономија странака је у средишту идеје меког права.

Принципи UNIDROIT се садржајно примењују само на међународне трговинске уговоре, док се у територијалном смислу примењују без ограничења на све државе света. Видови њихове употребе су вишеструки али им је у основи заједничка идеја хармонизације права. Може се рећи да представљају инструмент који има улогу денационализације правног режима прекограничних трансакција.

Уколико се уговором којим се странке позивају на примену Принципа UNIDROIT другачије не одређује, подразумева се да се на уговор примењује последња верзија из 2010. године. Такође, Принципима UNIDROIT је основа у слободи уговарања и стога предвиђају да странке могу искључити њихове поједине делове или их пак модификовати према специфичним потребама конкретног случаја. Међутим и Принципи UNIDROIT имају мандаторне одредбе које су као такве јасно обележене, на пример одредба која се тиче принципа добре вере и фер пословања. Предмет је опсежне теоријске дебате то што један инструмент меког права има когентне норме, што се описује и као контрадикторност. С друге стране, сматра се и да тиме што се неке одредбе прокламују као когентне Принципи UNIDROIT поткрепљују своју тежњу да буду самодовољан, аутономни правни систем за међународне трговинске уговоре.

У сврху праћења употребе Принципа UNIDROIT на глобалном нивоу и других транснационалних правних инструмената како у смислу међународне уговорне праксе тако и арбитраже, професор Бергер је уз следбенике основао Центар за транснационално право (енг. *The CENTRAL Study on the Use of Transnational Law in International Contract*

*Law and Arbitration*).<sup>486</sup> У оквиру њега се на основу детаљних истраживања која укључују читав свет показује да се Принципи UNIDROIT користе на све начине који су као могући наведени овим инструментом а што је у време њиховог доношења била само теоријска могућност и жеља његових аутора. Наравно, потребно је нагласити да није могуће услед често уговаране поверљивости или изричитог ненавођења Принципа UNIDROIT као правне инспирације<sup>487</sup> ни забележити у прецизној мери колико се заиста користе те је извесно да је тај опсег и шири од формално забележеног. Поред Центра за транснационално право постоји и база UNILEX-а<sup>488</sup> која под вођством професора Бонела води евиденцију о употреби Принципа UNIDROIT и Бечке конвенције као најзначајнијих инструмената међународног трговинског права.

#### 7.2.4.1. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре у функцији модел закона

У Преамбули Принципа UNIDROIT дата је сугестија да могу послужити као модел домаћим и међународним законодавцима.<sup>489</sup> Хармонизациони потенцијал овог прописа показао се веома значајним, било да се ради о испољавању њиховог утицаја приликом доношења нових или измена постојећих закона. Наравно, могу бити посебно корисни државама којима недостају довољно развијена правила у вези са уговорним правом и које желе да прилагоде савременим условима своје правне системе, барем у погледу захтеваних стандарда поводом међународних трговинских трансакција. Ипак, утицај Принципа UNIDROIT на процесе правних реформи у разним земљама, доказује да се овај меки пропис примењује као модел закон на државе свих делова света, укључујући ту и оне са веома развијеним правним системима. Наравно, овај *soft law* извор је сем у ретким случајевима, тек један од извора инспирације којима се законодавци доминантно користе и то у различитом опсегу. Наиме, одређено решење садржано у Принципима UNIDROIT може бити прихваћено као меродаван модел норме у једној држави, док ће га друга држава

---

<sup>486</sup> Подаци Центра за транснационално право (енг. *The CENTRAL Study on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration*) доступни на: <http://www.central.uni-koeln.de/0/content/13/> (приступљено 9.12.2015).

<sup>487</sup> Што је на пример био случај са Cf. *Josepf Charles Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB. (AF) 98/1), in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, 2000, p. 457.

<sup>488</sup> Подаци UNILEX-а доступни на: <http://www.unilex.info/> (приступљено 28.12.2015).

<sup>489</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Преамбула, параграф 7.

одбацили као неодговарајућ.<sup>490</sup> Не треба пропустити прилику и да се укаже на то да примена Принципа UNIDROIT (као и било ког другог модел закона) носи извештан ризик да ће у системима који се њима користе бити у различитом обиму или делимично прихваћени. То ипак није представљало препреку да се овај *soft law* инструмент покаже веома успешним и примењиваним као средство хармонизације права.

Тако су Принципи UNIDROIT, на пример, узети у обзир приликом израде грађанских законика Чешке, Естоније, канадске провинције Квебек, као и нових законика Руске федерације<sup>491</sup> и Холандије. Амерички Једнообразни трговачки законик ревидиран је како би се његове одредбе усагласиле са одредбама Принципа UNIDROIT. Франкофонске државе Африке сачиниле су свој Општи трговачки законик под утицајем Принципа UNIDROIT.<sup>492</sup> Значајни примери њихове улоге у хармонизацији права исказани су у Предлогу за реформу правила о тумачењу правних аката које је 1996. године објавила Шкотска правна комисија, као и у Предлогу за реформу општих правила о трговинским уговорима у Трговинском законуку Шпаније које је објавила Комисија за кодификацију 2004. године. Коришћени су као модел за модернизацију уговорног права Народне републике Кине,<sup>493</sup> Монголије, Грузије, Вијетнама те као образац приликом доношења грађанских закона Аустралије, Литваније и Мађарске. Немачки грађански законик (нем. *Bundesgesetzblatt*) међан је делимично инспирисан и садржајем Принципа UNIDROIT, а користили су се њима и приликом рада на осавремењивању уговорног права у Организацији за економску сарадњу и развој (енг. *Organisation for Economic Co-operation and Development*) и Организацији за хармонизацију пословног права у Африци (фр. *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires - OHADA*). Надаље, одредбе о роковима застарелости Принципа UNIDROIT коришћене су 2008. године као инспирација приликом реформе француског права о роковима застарелости који се односе на приватноправне односе.

---

<sup>490</sup> На пример, одредбе о промењеним околностима у Принципима UNIDROIT (чл. 6.2.1-6.2.3) тек су незнатно промењене и као такве инкорпорисане у Грађански законик Руске федерације. С друге стране, након опсежне расправе те исте одредбе одбачене су приликом процеса модернизације уговорног права Народне републике Кине из страха да неће бити примењене на одговарајућ начин од стране судова.

<sup>491</sup> На пример, приликом припреме Грађанског законика Руске федерације Принципи UNIDROIT су одабрани као један од извора инспирације чак и пре него што је било објављено њихово прво издање 1994. године.

<sup>492</sup> И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 33.

<sup>493</sup> Вид. Huang Dahan, *The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China*, *Uniform Law Review*, vol. 8, 2003, p. 107.

Такође, Међународна трговинска комора у Паризу је сачинила модел клаузулу о промењеним околностима (енг. *ICC Hardship Clause*) чија су решења инспирисана правилима Принципа UNIDROIT (чл. 6.2.2). Представљају значајну референцу правне инспирације другим *soft law* пројектима у оквиру Европске уније попут DCFR, CFR, Начела европског уговорног права осигурања. Предлаже се и да сами Принципи UNIDROIT буду преобликовани у форму модел закона у ужем смислу не би ли се апострофирао значај хармонизационих могућности овог прописа. Такође, сматра се да Принципи UNIDROIT у општем делу уговорног права могу бити модел евентуалном Глобалном грађанском закону.

#### 7.2.4.2. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као меродавно уговорно право уколико су их странке уговориле

Принципи UNIDROIT су меродавно право за уговор<sup>494</sup> када су их странке инкорпорисале у потпуности или делимично у уговор или када су их странке уговорном клаузулом одредиле као право по којем ће се уговор спроводити и евентуалан спор решавати. Међународне пословне асоцијације поседују информације о значајном броју међународних трговинских уговора који су закључени с Принципима UNIDROIT као наведеним меродавним правом. Најчешће се користе код уговора о међународној продаји робе, уговора о трговинском заступању и другим облицима уговора о дистрибуцији, франшизингу, али и код уговора о превозу и уговора о осигурању.<sup>495</sup> За странке је свакако лакше да се послуже готовим извором одредаба за свој уговор и просто их из њега у уговор инкорпоришу. На тај начин се врши временска уштеда, али се и користи провизијама које су створили стручњаци и који су с успехом опробани у пракси. Такође, странке које припадају различитим правним системима суочавају се са проблемом различитих правних терминологија. Користећи се Принципима UNIDROIT странкама је омогућено да користе правно неутралну варијанту терминологије која је доступна на свим главним језицима света. Даље, у случају када преговарају две неравноправне стране уобичајено је да јача страна наметне и избор права. Она то међутим може учинити у

---

<sup>494</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Преамбула, параграф 2.

<sup>495</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 357.

корист регулације уговора Принципима UNIDROIT да би избегла своје непредвидиво национално право. Такође, за мале и средње бизнисе Принципи UNIDROIT су посебно привлачни, јер ови субјекти нису најчешће у могућности да намећу своје изборе, нити да самостално упоредно истражују неутрално право које би било за њих боље решење. За ове субјекте Принципи UNIDROIT су посебно значајан, неутралан и одмах спреман скуп правила. Пословни људи у Србији би свакако имали користи од заступљенијег окретања овом инструменту и препознавању његових вредности, на начин на који то чине представници међународне пословне заједнице.

Странке се могу одлучити и за коришћење једног поглавља (на пример које се односи на тумачење уговора) или само за поједине провизије попут оне која се односи на регулисање више силе. То могу учинити позивајући се на релевантне одредбе или њиховом простом инкорпорацијом у уговор. Наравно, коришћене одредбе ће бити примењиване на конкретни уговор само у оном делу у коме се не противе мандаторним одредбама националног права које је релевантно према колизионом праву. Постоји разлика између вођења оваквих спорова пред домаћим судовима или арбитражама. Пред домаћим судовима се примењује национално право суда, те и њихове колизионе норме. Према Римској конвенцији јасно се наводи да право које ће бити примењено мора бити право неке државе. То значи да ће се когентне норме меродавног права свеједно спровести али да у диспозитивном делу за странке важе Принципи UNIDROIT.

#### 7.2.4.3. Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре у поступку пред арбитражама

Следеће су конкретне ситуације у којима арбитраже примењују Принципе UNIDROIT:

- а) уколико су се странке изричито позвале на њихову примену у случају спора;<sup>496</sup>

---

<sup>496</sup> Према подацима UNILEX-а, уговорне стране су се пред арбитражним трибуналима изричито позивале на примену Принципа UNIDROIT у 20 случајева, на пример у случајевима: Ad hoc Arbitration, New York, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=994>; или Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, 25.01.2002, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=863>, затим Centro de Arbitraje de México (CAM), 30.11.2006, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> и Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukrainian Chamber of Commerce and Trade, 22.12.2004, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1099> (приступљено 23.01.2016).

- б) уколико су се странке споразумеле да се на њихов однос примене општа правна начела, *lex mercatoria* и слично;
- в) када се користе као извори за проналажење одговора на спорно питање уколико је немогуће утврдити меродавно право или правило меродавног права;<sup>497</sup>
- г) када се користе као извори тумачења и допуне међународних докумената који садрже унификована правила.

Међународне трговинске арбитраже имају велику корист од доношења Принципа UNIDROIT. Доћи ће превасходно у ситуацију да их примењују када се странке претходно споразумеју да ће се евентуални будући споразуми решавати пред овим телима. Преамбулом Принципа UNIDROIT<sup>498</sup> се препоручује странкама које их изаберу као меродавно уговорно право да комбинују такав избор права са истовременим арбитражним споразумом.

Арбитри нису дужни да одлучују по правилима конкретног националног права што је очигледно већ из могућности да по договору странака арбитри одлучују по принципу правичности. Такође, пре свега у међународној арбитражи се све више дозвољава арбитрама да случајеве решавају по правним правилима која не припадају ниједном националном праву. Овакву реалност стварају закони великог броја земаља који вођени Модел законом о међународној трговинској арбитражи из 1985. године (више је од 40 закона о арбитражи насталих по угледу на овај пропис меког права) говоре о могућностима за странке да изаберу „правна правила“ а не само „право“ неке државе, остављајући им и избор окретања ка анационалним и наднационалним правилима. Први закони који су предвиђали право странака да изаберу „правна правила“ (енг. *rules of law*) а не само „право“ којим ће се решавати питање евентуалног спора били су закони

---

<sup>497</sup> На пример, Међународна трговинска арбитража при МТК одлучила је да примени чл. 4.1-4.3. Принципа UNIDROIT на уговор чије меродавно право није било одређено а који је имао недовољно јаке везе са јурисдикцијама Танзаније, Француске, Бермуда и Руанде. Арбитража се стога одлучила за примену анационалних правила и дала је предност Принципима UNIDROIT у односу на како је наведено „неодређене принципе“ *lex mercatoria* (ICC International Court of Arbitration no. 11265, 2003, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1416>). Слично, поводом уговора између руског купца и индијског продавца уређеног Бечком конвенцијом (која не регулише питање одређивања каматних стопа), а чије су правне празнине према уговору требале бити попуњене руским правом, није било могуће утврдити износ каматне стопе за индијску валуту у Русији, па је одлучено да се примени чл. 7.4.9 (2) Принципа UNIDROIT (International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, no. 100/2002, доступно на: 2004, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1077> ), (приступљено 23.01.2016).

<sup>498</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Преамбула, параграф 4.

Француске,<sup>499</sup> Холандије<sup>500</sup> и Швајцарске. Разлог оваквој формулицији је био тај да се учини транспарентним да се слобода избора странака више не тиче само појединих националних права већ се односи и на правила транснационалног и анационалног типа. Посебно је битан податак да чак и у Енглеској<sup>501</sup> коју одликује ригдан легалистички режим арбитраже јесте прихваћен овакав приступ. И у Србији је Законом о арбитражи предвиђено да ће „арбитражни суд у међународној арбитражи одлуку донети применом права или правних правила које су странке споразумно одредиле“<sup>502</sup> односно Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије садржи одредбу према којој су „арбитражно веће и арбитар појединац дужни применити право или правна правила које су странке одредиле као материјално право меродавно за њихов уговорни однос.“<sup>503</sup> Такође, најважнија трговинска арбитража на свету, арбитража при Међународној трговинској комори у Паризу према својим Правилима<sup>504</sup> примениће правна правила о којима су странке слободне да се договоре. На основу реченог, нема сумње да је могуће примењивати Принципе UNIDROIT пред арбитражним трибуналима у својству одабраних „правних правила“ и то не само у погледу, на пример, тумачења уговора или извршења односно неизвршења већ и питања настанка и пуноважности уговора итд.

Формулације којима се арбитри упућују на употребу Принципа UNIDROIT у значајној мери се разликују, на пример: понекад се без даљег разјашњавања само изјасне референцом на њих,<sup>505</sup> некада се од арбитра тражи да се воде „договором странака и до обима у коме је то неопходно и прикладно – Принципима UNIDROIT“<sup>506</sup> или на пример „уколико је потребно (руско) право допунити, нека се то учини путем Принципа UNIDROIT“.<sup>507</sup> Од великог индикативног значаја за успешност и прихваћеност Принципа UNIDROIT међу арбитражама је то што није забележено да су одбачене коришћене

---

<sup>499</sup> Нови Закон о грађанској процедури, фр. *Nouveau Code de Procedure Civile, France*, 2007, art. 1496 (1).

<sup>500</sup> Закон о грађанској процедури, хол. *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Nederland*, 2001, art. 1054 (2).

<sup>501</sup> Закон о арбитражи, енг. *Arbitration Act, United Kingdom*, 1996, ch. 23, art. 46(1).

<sup>502</sup> Закон о арбитражи, Службени гласник Републике Србије, бр. 46/2006, чл. 50.

<sup>503</sup> Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије, чл. 45 (1).

<sup>504</sup> Правила Међународне трговинске арбитраже при Међународној трговинској комори, енг. *International Chamber of Commerce, Rules of Arbitration*, art. 17 (1).

<sup>505</sup> Cf. ICC Award No. 8331 of 1996, *Journal de droit international*, 1998, p. 1041, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, p. 65-68.

<sup>506</sup> Cf. Ad hoc Arbitration Award rendered in Paris on 21 April 1997, in M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, New York, 1997, p. 253.

<sup>507</sup> Cf. Award No. 116. Of 20 January 1997 by the International Arbitration Court of Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, in M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, New York, 1997, p. 252-253.



провизије Принципа UNIDROIT с образложењем да се њиховом применом пркоси мандаторним правилима неког домаћег права.

#### 7.2.4.3.1. Употреба Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре пред арбитражама када су странке као меродавно право за уговор одредиле опште принципе права или *lex mercatoria*

Арбитри на међународном нивоу у значајном обиму користе Принципе UNIDROIT као израз општих правних начела и *lex mercatoria*.<sup>508</sup> Некада ће чак и када је у питању уговор без иностраног елемента а који странке нису подвргнуле ниједном праву засновати своје одлуке на општим принципима права или *lex mercatoria* пре него на конкретном домаћем праву. Теоријски ставови поводом тога могу ли се Принципи UNIDROIT у тим случајевима применити се разликују. Они који оправдавају њихову употребу истичу да би се на тај начин знатно смањила неизвесност поводом одређивања тако широких, непрецизних и флуидних појмова једноставним упућивањем на један, практичан и академски оправдан пропис.<sup>509</sup> Они против понављају тврдњу да Принципи UNIDROIT поред правила заједничких великој већини или свим системима садрже и она која су сматрана за најбоља а која још увек нису генерално прихваћена. Стога то искључује „општа начела права“. У случају *lex mercatoria* наводе да се ради о још неодређенијем скупу правила. Оваквом употребом Принципа UNIDROIT се, истичу, може повећати правна неизвесност, па и арбитражност услед неодређености појмова.

Ипак, случајеви у којима су Принципи UNIDROIT коришћени изричито као извор општих правних начела и *lex mercatoria*<sup>510</sup> и слично формулисаних израза су бројни, без обзира на то да ли се радило о изричито усвајајућим изјавама<sup>511</sup> или опрезнијем окретању

---

<sup>508</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Преамбула, параграф 3.

<sup>509</sup> J. Lookofsky, *Denmark*, in M. J. Bonell (editor), *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, p. 71-77.

<sup>510</sup> Према подацима UNILEX-а, Принципи UNIDROIT су као израз *lex mercatoria* коришћени седам пута пред арбитражама. Примери су: Ad hoc arbitration (San José, Costa Rica), 30.04.2001, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1100> , или ICC International Court of Arbitration 11018, 2002, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1420> (приступљено 21.01.2016).

<sup>511</sup> За апстракте три делимично додељене накнаде досуђене 1995, 1998 и 1999. године видети: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-57.

овом извору.<sup>512</sup> На пример, према подацима UNILEX-а, Принципи UNIDROIT су као израз општих правних начела коришћени у двадесет пет случајева, од чега 18 пута пред арбитражама и 7 пута пред судовима. На пример, у спору између белгијске и румунске компаније уговорном клаузулом била је искључена примена било ког националног права, већ се позивало на примену општих правних принципа међународног трговинског права, у ком случају је Међународна трговинска арбитража при Трговинској и индустријској комори Румуније одлучила да се примене Принципи UNIDROIT.<sup>513</sup>

Свакако, како и Међународна арбитража при Међународној трговинској комори признаје, Принципи UNIDROIT нису још увек у потпуности прошли тест детаљне пробе и анализе у свим својим аспектима тако да је могуће да неке индивидуалне одредбе можда не исказују међународни консензус. Будућа употреба ће показати да ли ће се Принципи UNIDROIT чврсто усталити као најбољи, најоригиналнији и целовитији израз општих начела права и *lex mercatoria*. У сваком случају, пракса коју спроводе арбитражи је значајан показатељ о томе у којој мери овај акт меког права пословна заједница прихвата као манифестацију својих општих принципа.

#### 7.2.4.4. Примена Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као средства за тумачење и попуњавање празнина међународног униформног права

Ова употреба предвиђена је Преамбулом Принципа UNIDROIT<sup>514</sup> и наравно, није спорна када их странке уговоре претходно као супсидијарне изворе што је све учесталија пракса.<sup>515</sup> Доносећи пресуде у конкретним случајевима, арбитражи се позивају на њихове одредбе, најчешће да би попунили правне празнине које постоје у Бечкој конвенцији (које

---

<sup>512</sup> Као што је то била ситуација у случајевима: ICC Award No. 7375 of June 1996: cf. 11 Measley's International Arbitration Report, 1996, A-1 et seq, *Uniform Law Review*, 1997, p. 598; ICC Award No. 8261 of 27 September 1996, in *Uniform Law Review*, 1999, p. 171, ICC Award No. 8502 of 1996, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, pp. 72-74.

<sup>513</sup> Court of International Commercial Arbitration of the Romanian Chamber of Commerce and Industry, no. 261, 29.9.2005, подаци о случају доступни на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1789> (приступљено 21.01.2016).

<sup>514</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Преамбула, параграф 5.

<sup>515</sup> Као на пример у случају пред Међународном трговинском арбитражом при МТК ради попуњавања празнина у уговору иначе регулисаним Бечком конвенцијом (ICC International Court of Arbitration no. 12460, 2004, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1411> ); слично: Xiamen Intermediate People's Court, China, Xiamen Xiang Yu Group Ltd. v. Mechel Trading AG, 19.12.2004, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1121> (приступљено 21.01.2016).

се, на пример, односе на одређивање каматних стопа, промењене околности итд.).<sup>516</sup> Како је већ наглашено, према подацима UNILEX-а Принципи UNIDROIT су коришћени закључно са 2015. годином у 56 што судских, што арбитражних случајева да би се њима тумачила и допунила Бечка конвенција.

Конкретно, пред Касационим судом Белгије се повео случај између холандске и француске компаније поводом купопродаје челичних цеви на основу уговора регулисаног Бечком конвенцијом. С обзиром на то да Бечка конвенција не уређује изричито питање промењених околности (енг. *hardship*), на основу чл. 6.2.2 Принципа UNIDROIT,<sup>517</sup> одлучено је да се одобри захтев продавца за поновним преговарањем цене услед повећања цене добара (челичних цеви) у износу од 70 посто.<sup>518</sup>

Примери такве арбитражне праксе односе се на тумачење и попуњавање правних празнина Бечке конвенције у десет случајева пред Међународним арбитражним судом при Трговинској комори Руске федерације. На пример, Принципи UNIDROIT су у спору поводом уговора уређеним Бечком конвенцијом коришћени као доказ постојања међународне праксе поводом плаћања пенала услед кашњења с исплатом цене (што је материја непокривена Бечком конвенцијом).<sup>519</sup> Слично, пред Међународним арбитражним судом при Трговинској и индустријској комори Републике Белорусије се у случају спора између белоруске и француске компаније поводом каматних стопа попунила празнина у Бечкој конвенцији применом члана 7.4.9 (2) Принципа UNIDROIT.<sup>520</sup>

Међутим и на легислативном нивоу постоје случајеви упућивања на Принципе UNIDROIT. На пример, у Модел закону о међународној трговинској продаји кварљиве робе који су саставили UNCTAD и Светска трговинска организација 1999. године, чланом 14. се наводи: „Уколико неко питање није покривено изнетим провизијама, овај уговор ће

---

<sup>516</sup> Ј. Вилус, *Начела међународних трговинских уговора*, Правни живот, бр. 11, 1998, стр. 415.

<sup>517</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, чл. 6.2.2 (Промењене околности постоје кад наступање неких догађаја битно мења равнотежу уговора било тако што је трошак извршења обавезе једне стране порастао или зато што је умањена вредност коју прима друга страна и а) ти догађаји су се одиграли или су постали познати оштећеној страни после закључења уговора; б) оштећена страна у време закључења уговора те догађаје није могла разумно узети у обзир; ц) догађаји су ван контроле оштећене стране и д) ризик догађаја није претпоставила оштећена страна).

<sup>518</sup> Court of Cassation of Belgium, *Scafom International BV vs Lorraine Tubes s.a.s.*, no. C.07.0289.N, Belgium, 19.06.2009, подаци о случају доступни на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1456> (приступљено 21.01.2016).

<sup>519</sup> International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, no. 229/1996, подаци о случају доступни на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=669> (приступљено 21.01.2016).

<sup>520</sup> International Court of Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of the Republic of Belarus, 30.05.2000, подаци о случају доступни на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1391> (приступљено 21.01.2016).

се подвргнути редом: Конвенцији УН о уговору о међународној продаји робе; Принципима UNIDROIT...“

Питање употребе Принципа UNIDROIT да би се тумачила или попуњавала Бечка конвенција веома је деликатно. Постоје теоријски ставови према којима је неприхватљив овај вид њихове примене јер су настали након Бечке конвенције и не могу јој стога бити релевантни. С друге стране постоје и ентузијастички који оправдавају овакву намену Принципа UNIDROIT из разлога што представљају опште принципе међународних трговинских уговора. Ипак, према нашем мишљењу, не постоји разлог за игнорисање ове употребне вредности Принципа UNIDROIT. Наиме, мало је разлога за сумњу у њихову могућност да тумаче или надопуњују чак и инструменте који су донети пре њих. Штавише, аутори Принципа UNIDROIT су их израдили аналогно у односу на ову конвенцију и имајући у виду њене недостатке. У пракси се показало да како домаћи судови тако и арбитраже имају веома повољан став ка оваквој намени Принципа UNIDROIT, и у случају када се односе на Бечку конвенцију али и на друге униформне инструменте.

Штавише, мање су заступљени случајеви<sup>521</sup> у којима су се арбитри да би попунили празнине Бечке конвенције Принципима UNIDROIT „правдали“ тако што су наводили да представљају израз општих принципа који се односе на оне који покрива конвенција. У доминантно значајнијем броју ситуација релевантне одредбе Принципа UNIDROIT су примењене без икаквог образлагања<sup>522</sup> или зато што се сматрају „једним од општих принципа према члану 7(2) Бечке конвенције“.<sup>523</sup> Чак је забележена и ситуација у којој се арбитража изјаснила да ће „применити одредбе Бечке конвенције и опште принципе који су сада садржани у Принципима UNIDROIT“<sup>524</sup> или „да је приликом примене Бечке конвенције од информативног значаја окретати се Принципима UNIDROIT јер представљају консензус постигнут на светском нивоу у најосновнијим питањима уговорног права“.<sup>525</sup>

---

<sup>521</sup> На пример: Cf. Schiedsspruche SCH 4318 and SCH 4366 of 15 June 1994: The Original German version in *Recht der Internationalen Wirtschaft* (1995), p. 590 et seq; Cf. Cour d’Appel de Grenoble, 23 October 1996 in *Uniform Law Review* (1997), p. 182.

<sup>522</sup> ICC Award No. 8769 of December 1996 in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 75.

<sup>523</sup> ICC Award No. 8128 of 1995, in *Journal de droit international*, 1996, p. 1024.

<sup>524</sup> ICC Award No. 8817 of December 1997, in *International Court of Arbitration Bulletin*, pp. 75-78.

<sup>525</sup> ICC Award No. 9117 of March 1998 in *International Court of Arbitration Bulletin*, pp. 96-101.

#### 7.2.4.5. Примена Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре од стране националних судова

Примена Принципа UNIDROIT значајно варира у зависности од тога примењују ли се пред судом или арбитражом. Свакако, судови су обавезни да примењују национално право, стога и право поводом сукоба закона. Према традиционалном и још увек преовлађујућем виђењу Римске конвенције могуће је на међународне уговоре пред судовима применити само „право“ неке државе. Стога, Принципи UNIDROIT се примењују пред националним судовима<sup>526</sup> само у делу у коме не противрече мандаторним нормама релевантног права.

Постоји могућност да се овакав третман Принципа UNIDROIT измени у будућности. Релевантна је чињеница да амерички Једнообразни трговачки законик предвиђа могућност да се странке договоре о примени Принципа UNIDROIT. Већ сам њихов помен и упућивање на њих у овом пропису носи извесну тежину. У оквиру ЕУ постоје импулси за деловање у овом правцу, на пример кроз иницијативу Комисије израженој у Зеленој књизи о конверзији Римске конвенције из 1980. године у инструмент ЕУ и њеној модернизацији.<sup>527</sup> Инсистирало се на промени дела који се односи на аутономију странака у правцу давања истима дозволе да изаберу међународна правила за право меродавно за уговор. Комисија је навела да је „уобичајена пракса у међународној трговини да се странке не позивају на право једне или друге државе већ директно на рецимо Бечку конвенцију, затим општа правна начела или *lex mercatoria*, те на недавне приватне кодификације као што су Принципи UNIDROIT.“

Наравно, UNIDROIT је изразио снажну подршку овој иницијативи. Став се оправдава тиме што би се у таквој ситуацији где се не мора бирати између права појединих држава заиста обезбедила могућност налажења неутралне опције. Такође, самом природом ствари поједина национална права више су фокусирана на уређење унутрашњих

---

<sup>526</sup> На пример, Принципи UNIDROIT су се примењивали у два случаја пред националним судовима Швајцарске на основу изричитог одабира уговорних страна: Handelsgericht St.Gallen, Switzerland, 12.11.2004, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1123> и Bundesgericht, Switzerland, 20.12.2005, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1124> (приступљено 26.01.2015).

<sup>527</sup> Зелена књига о конверзији Римске конвенције из 1980. године у инструмент ЕУ и њеној модернизацији (енг. *Green Paper on the Conversion of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation into a Community Instrument and its Modernisation*), COM (2002) 654 final, доступно на: [http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_6\\_raporlar/1\\_2\\_green\\_papers/com2002\\_green\\_paper\\_on\\_conversion\\_of\\_rome\\_convention\\_of\\_1980.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2002_green_paper_on_conversion_of_rome_convention_of_1980.pdf) (приступљено 3.02.2016).

трансакција него на прекомерно узимање у обзир појединих специјалних аспеката међународног пословања на начин на који се то чини овим типом међународних начела.

#### 7.2.4.5.1. Примена Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као средства тумачења и попуњавања празнина у домаћем праву

Први такав случај се може десити, како се наводи у Преамбули<sup>528</sup> да би се представило решење за ситуацију када није могуће установити релевантно правило примењеног права. Међутим, није тешко замислити ни ситуацију у којем домаћи суд треба да примени правило удаљене земље чији су извор права рудиментарног карактера и/или је изузетно тешко до њих доћи. У таквој ситуацији би истраживање укључило несразмерне напоре и трошкове.<sup>529</sup>

Наравно, поново се ради о дискутабилној употреби Принципа UNIDROIT коју би према неким требало избећи једноставном применом *lex fori* али се с друге стране теоретичари залажу за овакву намену Принципа UNIDROIT износећи да се „позивају судови да се одрекну тренда инсистирања на примени домаћег права у корист решења које обезбеђује и међународно прихваћени стандард и изврстан ниво правне извесности.“<sup>530</sup> Свакако, није изгледно да ће се убрзо судије одрећи концентрације на своје националне системе, из простог разлога познавања истих.

Такође, веома је важна улога коју Принципи UNIDROIT могу имати у контексту тумачења и попуњавања принципа домаћег права које је иначе релевантно за уговор. Ова функција Принципа UNIDROIT није експлицитно била наведена у њима у првој верзији али је постала широко призната у писању теорије. На пример, наводи се да „Принципи UNIDROIT могу бити од користи за тумачење, допуну националног права изабраног од стране уговорних странака јер се између осталог поједина национална правила могу показати превише ригидним за међународне уговоре“.<sup>531</sup> Износи се да би употреба Принципа UNIDROIT на овај начин помогла у превазилажењу празнина које постоје

---

<sup>528</sup> Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре, Преамбула, параграф 6.

<sup>529</sup> M. J. Bonell, *The Unidroit Principles and Transnational Law*, Uniform Law Review, vol. 2, 2000, p. 212.

<sup>530</sup> J. Basedow, *Germany in M.J. Bonell (editor), A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999. pp. 147-148.

<sup>531</sup> Aymara Boggiano, *La Convention interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'Unidroit*, Uniform Law Review, 1996, p. 219-226.

између домаћих правних система и *lex mercatoria*.<sup>532</sup> Оваква функција Принципа UNIDROIT експлицитно је наведена као могућност у Преамбули верзије из 2004. године. Свакако се по нашем мишљењу може подразумевати као неопходно и почетно барем неформално консултовање овог инструмента меког права у наведене сврхе.

Без сумње је значајан показатељ то што је код знатног броја случајева (чак 265 случајева, од чега 83 пред арбитражама и 182 пред судовима)<sup>533</sup> регистрованих о употреби Принципа UNIDROIT њихова намена била управо та да представљају меру којом се обезбеђује тумачење домаћег права и то да ли је конзистентно са међународно прихваћеним стандардима и/или са посебним потребама прекограничних трговинских односа. Такође, потребно је приметити да се у тумачењу и допуни појединих националних права није радило само о мање развијеним правним и економским системима или системима у транзицији већ у великој мери и о правима Енглеске, Финске, Грчке, Аустралије, Француске, Италије, Холандије, Новог Зеланда и Швајцарске, што потврђује да чак ни високо софистицирани правни системи не обезбеђују увек јасне и/или задовољавајуће одговоре на правне потребе савремених трговинских трансакција. Наравно, често се упућивање арбитра или судија на Принципе UNIDROIT чини да би се оправдало примењено решење који потиче из домаћег права и да би се доказало да је у складу са савременим међународно прихваћеним стандардима. Такође, на њих се позива да би се образложило опредељење судија/арбитра за једно од више могућих решења које нуди домаће право или да би се у њему попуниле правне празнине.

---

<sup>532</sup> К. Р. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London, 1999, p. 184.

<sup>533</sup> На пример тако се поступило у случајевима: ICC International Court of Arbitration, no. 11869, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1659>; затим ICC International Court of Arbitration - Brussels no. 8240, 1995, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=629>; ICC International Court of Arbitration, Rome no. 5835, 1996, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=654>; Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic, no. Rsp 88/94, 1996, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=632>; Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano, 28.09.2001, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1300>; The International Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation, no. 177/2012, 16.07.2013, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1807>; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Spain, no. RJ2006/6080, Deutsche Seereederei Rostock GMBH v. Martico SL, 04.07.2006, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1158>; Cour d'appel de Paris (1er Ch.C.), France, Société FORASOL v. Société mixte Franco-Kazakh CISTM, 05.03.1998, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1034>; High Court of Justice (Queen's Bench Division), United Kingdom, no. 2004 Folio 272, Svenska Petroleum Exploration AB, Government of the Republic of Lithuania, AB Geonafta, 04.11.2005, доступно на: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1122> (приступљено 26.01.2016).

У сваком случају, ова функција (која се назива и функцијом ристејтмента) Принципа UNIDROIT у писању теорије<sup>534</sup> се сматра чак важнијом од њихове улоге као меродавног уговорног права. И заиста, као ристејтменти у пракси САД-а, Принципи UNIDROIT су по самој природи најприкладнији да служе као правна позадина приликом примене домаћег права у међународном контексту и као такви могу временом постати вид *ius commune* или општег дела међународног уговорног права.<sup>535</sup>

#### **7.2.5. Однос Начела европског уговорног права и Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре - сличности, разлике и оправданост постајања оба прописа**

На *soft law* пројектима, PECL и Принципима UNIDROIT, се радило у оквирно истом временском периоду, са у основи истим хармонизационим идејама и користећи се истим правним изворима. Корени сличности ових прописа су у заједничкој полазној основи коју у ширем смислу чини начело аутономије воље уговорних странака.<sup>536</sup> Ради се о актима који најбоље илуструју могућности и квалитете препуштања уобличавања општих правних начела стручњацима и представницима правне науке, а у оквиру *bottom up* хармонизационог метода.

PECL и Принципи UNIDROIT у начелу имају исти циљ, функцију и основну употребну вредност која се огледа у вршењу уједначавања уговорног права. Као најзначајнији извори меког права у међународном трговинском праву, сматрамо да могу служити као пример тога како *soft law* извори функционишу. Као најрепрезентативније улоге и оне у којима се најефикасније показују су функција хармонизационог средства (оријантира, модела националним и међународним законодавцима), функција меродавног уговорног права и функција тумачења односно попуњавања правних празнина. Сврха је оба документа, према њиховим ауторима, да служе као инфраструктура за постојеће светско и комунитарно уговорно право које карактерише висок степен неусаглашености управо зато што му недостаје заједнички оквир општих правила уговорног права. Другим

---

<sup>534</sup> M. J. Bonell, *The UNIDROIT Principles 2010: An International Restatement of Contract Law*, Symposium on the 2010 UNIDROIT Principles of International commercial Contracts: Towards a "Global" Contract Law, Washington D.C, 2011, p. 24.

<sup>535</sup> *Ibid.*

<sup>536</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 369.



речима, ови прописи омогућавају да се изоловани делови светске и нормативе Европске уније у области уговорног права подведу под заједнички образац.

Конкретније, хармонизациона функција ових прописа врши се између осталог тако што представљају извор инспирације или модел правила националним законодавцима приликом спровођења реформи на унутрашњем правном нивоу. На основу кредибилитета који уживају битан су извор и међународним легислаторима у пројектима на којима се од њиховог доношења радило. Наиме, значајно су допринели дефинисању заједничког језгра европског (међународног) трговинског (уговорног) права али су понудили и значајна оригинална нормативна решења. PECL су послужили као основа за DCFR, CFR, Начела европског уговорног права осигурања уз могућност да се користе и као платформа Европског грађанског законика уколико дође до реализације те идеје. Принципи UNIDROIT, с друге стране су послужили као модел многим законодавствима (утицали су на законике Чешке, Естоније, Руске федерације, Холандије, Народне републике Кине итд.). Стога се оба прописа сматрају академским достигнућима огромног значаја и чак, доказима о могућности и постојању основе за даљи, далеко интензивнији и свеобухватнији рад на хармонизацији права у многим правцима. Сматра се да представљају одговарајућу референцу ствараоцима права, правницима компаративистима и академицима. У ширем хармонизационом аспекту, њима се врши едукативна функција јер представљају прихваћен сегмент наставне грађе правних студија.

Заједнички им је и начин примене, наиме странке их могу инкорпорисати у уговор (у потпуности или само неке одредбе), могу одредити клаузулом да ће се уговор подвргнути једном или другом инструменту али им је примена могућа и без непосредног позивања на њих. У вези са тим, оба прописа такође претендују да постану општи принципи уговорног права, односно нова редакција модерног *lex mercatoria*.<sup>537</sup> Наиме, и један и други докуменат предвиђају да се могу применити уколико се уговорне стране позивају на примену *lex mercatoria* или општих принципа права и слично. Такође, судови и арбитраже их користе да би тумачили постојеће право или за попуњавање правних празнина. Превасходно, и PECL и Принципи UNIDROIT су комплементарни са, односно могу служити за тумачење и попуњавање празнина у Бечкој конвенцији. Као њихова

---

<sup>537</sup> Ј. Перовић, *Принципи европског уговорног права и UNIDROIT принципи*, Правни живот, бр. 5-6, 2002, стр. 149.

значајна заједничка одлика истиче се и заузимање сличних компромисних решења поводом ограничавања некада неприкосновене слободе уговарања (фр. *laissez faire*) у интересу заштите слабије стране и успостављања неопходне друштвене солидарности, а у вези са чим се у случају PECL-а (чл. 1:102) говори о успостављању појма „европске аутономије воље“ чије су границе омеђене начелом савесности и поштења, фер пословања и императивним правилима PECL-а.<sup>538</sup>

Сличности постоје и у погледу технике излагања нормативног текста. PECL садржи правно правило, затим коментар у коме се објашњава сврха правила (уз додавање кратких илустрација) и на крају су белешке које се односе на извор на коме је правило засновано уз поређење са другачијим приступима других правних система. Принципи UNIDROIT су скоро исте структуре али без компаративних белешки у погледу правила. Оба прописа су апстрактна, стварана на уопштен начин и једноставне терминологије, лако разумљива и лаицима. У овом смислу су критиковани да су у приступу превише „научни“ и уопштени те да услед компаративног метода никада неће бити довољно практични. Одликује их и флексибилност тако да омогућавају даљи неспутан развој. Корист од проласка времена и тако омогућене свеобухватне анализе предности и недостатака ових прописа главни су разлози похвала упућених оваквом нормативном приступу. Затим, доступни су на мноштву језика. Наравно, оба документа немају легислативни ауторитет и потпуно су опционог карактера. Свакако поседују извесну правну релевантност јер се њихов ауторитет заснива на убедљивости и квалитету решења.

Оба прописа се не односе на само поједине видове трансакција (попут уговора о конструкцији) или на њихове поједине аспекте (попут услова достављања или начина плаћања) већ обезбеђују систематизоване сетове правила који се односе на уговоре уопште и одговарају делу општег уговорног права на какво се наилази у домаћим законодавствима. Међутим, Принципи UNIDROIT се примењују само на међународне трговинске уговоре и односе се на све државе света, док се PECL односи на ширу материју - уговоре грађанског, трговинског (и потрошачког) права а који су што националне, што међународне природе и примењују се на подручју ЕУ и Европе уопште. Такође, с обзиром на посвећеност Европске уније питању заштите потрошача, и сам PECL се више заштитнички поставља према њима у поређењу са Принципима UNIDROIT. Наиме, према

---

<sup>538</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 369-370.

PECL-у да би били валидни, на услове уговора о којима се није индивидуално преговарало, мора се указати другој страни.<sup>539</sup> Према Принципима UNIDROIT, конкретни услови су неважећи само уколико су суштински нефер и уколико је кумулативно испуњен услов да је једна уговорна страна искористила било какве недостатке друге стране. Ипак, према PECL-у, значајна неравнотежа је сама по себи довољна за избегавање примене конкретног услова.<sup>540</sup>

Можемо закључити, многе могућности за употребу PECL-а и Принципа UNIDROIT, те њихов независан процес стварања и иновативна структура хваљени су због постигнуте повезаности и практичних решења. Њихов компаративни садржај схваћен је као огроман допринос процесу хармонизације права. Оба документа слична су у погледу методологије, правне природе, применљивости и садржаја. Ипак, често се поставља питање је ли излишно постојање два инструмента веома сличног опсега (чак две трећине чланова је исто у оба прописа). Историјски разлози за то су ти да је у UNIDROIT идеја о Принципима постојала од седамдесетих година али се тада чинила неизводљивом. С друге стране, у сличном временском периоду почео је снажнији импулс у ЕУ да се хармонизује област уговора. Када је већ постало јасно да ће два инструмента покривати веома сличне области, било је касно да се промени правац и заустави рад на једном од инструмената. Неки теоретичари сматрају да се доприноси конфузији уколико постоје два слична а ипак не и поклапајућа прописа. Ипак истиче се и да другачија територијална примена и укључење потрошачких уговора код PECL-а оправдава у довољном обиму њихову коегзистенцију. Свакако, предност PECL-а је у томе што се односе на ентитет с високим унутрашњим и спољним комерцијалним капацитетом.

Принципи UNIDROIT су међутим успешнији,<sup>541</sup> како када су коришћени као модел закон, тако и од стране професионалаца и пред судовима, односно арбитражама. Наиме, у чак 90 посто забележених арбитражних одлука у којима се позива на Принципе UNIDROIT, правила PECL-а се не спомињу. То може бити последица фокуса PECL-а на Европу где већ постоји изванредан вид постигнуте хармонизације. Такође, арбитражи, судије, те законодавци ван Европе по природи ствари ће се лакше окретати Принципима UNIDROIT

---

<sup>539</sup> Начела европског уговорног права, чл. 2.1.19.

<sup>540</sup> Начела европског уговорног права, чл. 3.10.

<sup>541</sup> Потребно је међутим нагласити да се на далеко систематичнији начин прати употреба Принципа UNIDROIT него што је то случај са PECL-ом.

као глобално оријентисаном пропису, него PECL-у који је инспирисан европским правним системима. Могуће је да је њихова највећа перспектива у смислу постављања основе и платформе будућим ЕУ хармонизационим пројектима.

### 7.3. Заједнички оквир за уговорно право

#### 7.3.1. Развој, циљеви и услови настанка Заједничког оквира за уговорно право

Постојеће европско уговорно право карактерише фрагментарност, арбитрерност, неконзистентност и неефикасност, као и минимална хармонизација па се рад на хармонизацији наставља кроз формулисање Заједничког оквира за уговорно право (енг. *Common Frame of Reference for Contract Law*, у даљем тексту: CFR). На овом пројекту раде бројне групе у оквиру Заједничке мреже за европско приватно право (енг. *Joint Network on European Private Law*) попут Истраживачке групе за постојеће приватно право Европских заједница и удружења Хенри Капитан (фр. *Henri Capitant*).<sup>542543</sup> CFR се посматра из различитих перспектива као прва необавезна *opt in* варијанта Европског грађанског законика, као ристејтмент или ауто приручник за законодавце а у методолошком смислу је изузетно амбициозан пројекат компаративних анализа легислативне, судске и пословне праксе земаља чланица ЕУ предузет у сврху хармонизације уговорног права. Студијска група за европски грађански законик (енг. *Study Group on a European Civil Code*) основана 1998. године носилац је овог подухвата који, за разлику од Начела европског уговорног права, има формално иза себе Комисију ЕУ као иницијатора.

Мишљења поводом овог хармонизационог пројекта веома су опречна. Наиме, као основни приговори досадашњем раду на уједначавању ове материје истицани су недовољна уједначеност терминологије, једнообразно тумачење и примена усвојених правила, услед чега се одређени правни појмови или институти дефинишу на различит начин у различитим актима ЕУ, а поједини правни појмови који се јављају у већем броју

---

<sup>542</sup> Више података о удружењу Хенри Капитан (фр. *Henri Capitant*) доступно на: <http://www.henricapitant.org/> (приступљено 8.2.2016.).

<sup>543</sup>Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 352.

су необјашњени, непрецизни и слично, тако да би CFR требало да представља вид од нелогичности и нејасноћа растерећене кодификације уговорног права.<sup>544</sup>

CFR за циљ има да унапреди постојећу правну тековину у домену уговорног права, те да осигура већу конзистентност будућих хармонизационих законодавних процеса чиме ће се постићи унапређење уговорног права ЕУ. Требало би да представља резиме до сада постигнутог и да врши хармонизациону функцију као модел закон и у погледу утицаја на доношење уредби, директива и осталих ЕУ прописа али и на нивоу националних законодавних поступака. У том смислу, рад на CFR није усмерен (званично) на доношење и стварање неког новог уговорног права ЕУ, већ на систематизацију и унапређење постојећег. Неодређеност правне квалификације служи избегавању поистовећивања овог пројекта са жељом за доношењем Европског грађанског законика. Ипак, критикује се одредница „*Common frame of reference*“ услед недовољне прецизности и имплицира се да би била подобнија употреба термина модел правила, или модел закона за уговорно европско право.

Противници даље хармонизације уговорног права у ЕУ и правни скептици сматрају CFR неважним пројектом чија се функција своди на стварање заједничког речника европског уговорног права не би ли се термилошки појаснили изрази и институти различитог значења у појединим државама чланицама.<sup>545</sup> Такође, с подозрењем се гледа на могућност да овај акт представља незваничан рад на доношењу Европског грађанског законика. Постоје међутим и мишљења према којима се сматра да CFR може чак бити и извор правних конфликта и нејасноћа,<sup>546</sup> што међутим није оправдано становиште. У најмању руку, CFR може остати на нивоу академског пројекта чиме се неће оправдати амбиције његових аутора и финансијска потпора коју је Комисија уложила. Ипак, за очекивати је да CFR буде значајан корак напред у процесу превазилажења правних различитости међу државама чланицама ЕУ.

CFR је по правној природи *soft law*, необавезујући документ, омаловажаван као политички акт и дискредитован међу правном доктрином услед умешаности Комисије ЕУ. У поређењу са Принципима UNIDROIT, CFR не настаје као последица академске већ

---

<sup>544</sup> S. Jelinić, D. Akšimović, *op. cit.*, p. 235.

<sup>545</sup> C. Von Bar, *A Common Frame of Reference for European Contract Law - Academic Efforts and Political Realities*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12, no. 1, 2008, p. 3, доступно на: <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf> (приступљено 3.2.2016).

<sup>546</sup> *Ibid.*

политичке иницијативе што међутим не чини тврдње о његовој политичкој природи мање једностраним. У правној доктрини се одређује као *toolbox* или приручник (енг. *handbook*) заједничких начела европског уговорног права, док ће у методолошком смислу пратити Начела европског уговорног права чији је планирани следбеник. Очекивано је да ће CFR имати три дела. Први ће обухватати основна начела уговорног права, други део ће садржати дефиниције и одређивање апстрактних појмова који су у употреби али се различито схватају у појединим националним правима. И трећи део, као најобимнији садржаће девет поглавља (општа питања склапања уговора, предуговорна одговорност, испуњење уговора, обавезе субјеката, цесија, промена дужника, док ће се последња два поглавља бавити појединим типовима уговора). Овај концепт CFR није и коначан. У ходу ће се употпуњавати новим типовима уговора који постану подобни за јединствену регулацију. Језгро CFR чиниће (као што је то случај с њиховом методолошком инспирацијом - Начелима европског уговорног права) начела - правна правила која ће због апстрактности и општости бити праћена коментарима односно тумачењем уз давање примера. Трећи део, напомене, представљаће одраз разматраног проблема кроз националне саставе<sup>547</sup> уз могуће критике и негативне оцене појединих решења на националним нивоима.

Сматра се да ће CFR имати вишеструку намену. Замишљен је као могући извор права за уговорне странке (енг. *optional instrument*) посебно у односима у којима учествују мали и средњи предузетници чиме ће се непосредно примењивати у домаћој и међународној трговини. Сматра се да ће олакшати предузетницима пословање на унутрашњем и међународном нивоу а унапредити постојећи ниво поверења предузетника и потрошача у функционисање унутрашњег тржишта.<sup>548</sup> Служиће као основа за будуће законодавство ЕУ, пре свега приликом доношења смерница или других аката из области уговорног права, како би се побољшале будуће законодавне активности на пољу хармонизације уговорног права и то тако да се спрече различите често супротне интерпретације правних појмова.<sup>549</sup> Биће и документ од велике користи законодавцима у појединим државама чланицама ЕУ (и државама попут Србије које то желе да постану) у

---

<sup>547</sup> S. Jelinić, D. Akšimović, *op. cit.*, p. 241.

<sup>548</sup> S. Jelinić, D. Akšimović, *op. cit.*, p. 237.

<sup>549</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 75.

њиховим будућим активностима, па ће вршити функцију модел закона. Очекује се да ће га користити и академска заједница, како у виду приручника, чак и речника, лексикона приликом упоредног изучавања европског уговорног права, тако и у виду основе удбеницима из ове материје. Не треба пропустити да се нагласи да CFR није еквивалент будућег Европског грађанског законика или његов нацрт али се не искључује могућност да му буде у одређеној мери и подлога.<sup>550</sup> Ипак, уколико се буде спроводила и политика модернизације права и превазилажења разлика међу европским системима (пре свега између *civil law* и *common law* система) оправдано ће се сматрати да су превазиђени оквири изнети као такви од стране Комисије. Наиме, примарни циљ је био постављен као унапређење и систематизација постојеће правне тековине. Стога се границе тих циљева превазилазе уколико се формулишу нова, заједничка, универзална начела.

### 7.3.2. Питање коначне форме и исхода Заједничког оквира за уговорно право

На пројекту CFR стручњаци европског уговорног права раде већ годинама служећи се компаративним методама али без извесности у погледу његовог коначног облика и правног утицаја, односно снаге. Наиме, неизвесно је хоће ли CFR постати когентни правни извор с обавезном имплементацијом међу свим државама чланицама ЕУ, затим *opt in* инструмент или пак само академска творевина с могућношћу да буде извор научно прикупљеног материјала као основе даљим хармонизационим процесима у ЕУ. Свакако, опредељење за његову функцију биће одређено тренутним политичким расположењима, економским потребама а чија ће сврха извесно бити та да се олакша трговина привредних субјеката на ЕУ тржишту уз њихову даљу интеграцију.

Како је већ наглашено, Комисија је иницирала израду дугорочног пројекта CFR који треба да олакша трговинско пословање привредних субјеката у Европи. Као циљ није проглашено да се створи ново уговорно право ЕУ већ да се систематизује и унапреди постојеће. Међутим, у овој фази није извесно да ли ће CFR остати у сфери меког права или ће постати извор обавезан за примену у свим државама чланицама.<sup>551</sup>

---

<sup>550</sup> S. Jelinić, D. Akšimović, *op. cit.*, p. 236.

<sup>551</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 72-73.

CFR се поима као одлучујућ инструмент за стварање јединственог правног система приватног права и спровођење измена и усвајање нових правних аката у оквиру ревизије важећег *acquis*-а. Мишљења постоје да ће CFR водити већем приближавању уговорног права међу државама чланицама и онима које теже да то постану тако што ће представљати референцу националним легислаторима како ЕУ тако и трећих држава. Првобитно је било замишљено да CFR буде *toolbox* или необавезујући водич европским институцијама у побољшавању квалитета, кохерентности и конзистентности европске легислативе. Такође, требало је да служи као образац за будући инструмент европског уговорног права који је могао бити донет у форми опционог инструмента.

Текст политичког CFR се очекивао 2009. године, а чињеница да се стално помера временски моменат његовог доношења индикативна је у погледу политичке осетљивости везане за овај пројекат. Штавише, чак и на теоријском нивоу је овај пројекат поводом своје сврхе и облика манифестовања имао неколико трансформација. Те модификације осликавају мењање идеја у погледу функција које би требало да има, што је наравно повезано са неизвесношћу у погледу тога која ће му бити крајња форма. Један од главних стручњака ангажованих на пројекту, Фон Бар је приметио: „За истраживача никако није једноставно да делује у оквиру замршених политичких процеса. Чак нисам још увек ни стигао до онога што је вероватно највећа неизвесност од свих а то је шта је то уопште CFR или другим речима шта ће тај документ садржати.“<sup>552</sup>

Комисија ЕУ је одлуком из 2010. године основала Експертну групу за CFR (енг. *Expert Group on CFR*) с циљем да припреми предлог за CFR и тако изврши притисак да се пројекат приведе завршној фази. У раду су коришћени DCFR, PECL, Принципи UNIDROIT и *acquis* ЕУ. Група је у мају 2011. године објавила текст који се скраћено назива Студија изводљивости (пун назив енг. *A European Contract Law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried by the Expert Group on European contract Law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*). Група је позвала на давање мишљења од стране заинтересованих и тако добијен текст биће узет у разматрање у припреми било какве политичке иницијативе која ће можда уследити.

---

<sup>552</sup> C. Von Bar, *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International*, vol. 10, 2005, p. 22, доступно на: <http://www.juridicainternational.eu/?id=12631> (приступљено 14.04.2015).



Међутим, пројекат се и даље не ближи крају а посебна забринутост постоји у погледу главне улоге коју у њему има Студијска група за Европски грађански законика. Према многима, већ само име групе говори о плану Комисије да развије CFR у ЕГЗ упркос чињеници да је Комисија у пар наврата изричито истакла да нема намеру да предлаже такав кодекс. Такође, иако је ЕГЗ повучен са званичних агенди, ауторитети попут Ланда изјављују: „Они који се залажу за Европски грађански законик не треба да очајавају. Први корак ће бити CFR. Када коначно буде ту може се замислити да следећи корак буде опциони инструмент који ће почети као *opt in* модел да би евентуално прерастао у у *opt out* модел. После неког времена Европски грађански законик ће постати реалност.“<sup>553</sup> Ландо чак додаје: „Научио сам лекцију: уколико желимо нешто да постигнемо, морамо избегавати помен Европског грађанског законика по сваку цену. Сам израз изазива страх и емоције које је тренутно немогућно превазићи. То је још један разлог зашто концепт CFR није лош. Вредан је уложеног времена и труда јер има шарм непознатог и бар површински посматрано не представља политичку претњу.“<sup>554</sup>

Корак даље поводом CFR предузет је 2010. године када је донета Зелена књига која је представила мноштво опција за јавну дискусију поводом правне природе будућег инструмента за уговорно право. Као опције изнете су:

- 1) објављивање резултата Експертне групе;
- 2) званични *toolbox* за легислаторе;
- 3) препорука Комисије о европском уговорном праву;
- 4) уредба којом би се поставио опциони инструмент европског уговорног права;
- 5) директива европског уговорног права;
- 6) уредба којом би се утврдило европско уговорно право;
- 7) уредба којом би се установио Европски грађански законик.

Ипак, ЕГЗ није тренутно изводив подухват (иако јесте тежња Комисије) и не зна се када ће бити. Слично је и са предлогом уредбе. С друге стране, прва опција једноставног објављивања до сада постигнутих резултата није компатибилна са уложеним трудом и исказаним намерама. Чини се да Комија сама иницира агенду у оквиру које ће се кретати.

---

<sup>553</sup> O. Lando, *Can Europe Build Unity of Civil Law While Respecting Diversity?*, Europa e diritto privato, vol. 1, 2006, p. 8.

<sup>554</sup> *Ibid.*

Највише простора за реална ишчекивања даје предлог опционог инструмента. Поента је у инструменту који ће постојати уз домаће уговорно право држава чланица, не и уместо њих. Уколико би се CFR уприличио у облику опционог инструмента био би то успех и велики напредак у правцу флексибилнијег, мање стриктног и „наредбодавног“ приступа европском уговорном праву. Као необавезујући инструмент који би постојао заједно са, односно поред националног и међународног режима и правила *lex mercatoria*, био би начин да се адекватно и с реалним уважавањем одговори на околину обележену правним плурализмом. Такође, очекује се да ће академски DCFR бити вид основе политичког CFR. Ипак, ради се о документима који су концептуално један од другог независни, упркос збуњујућим називима. Наиме, чак и уколико CFR евентуално постане део европске тврде легислативе, DCFR ће независно опстати као академски текст европског приватног права.

Надаље, један од проблема у вези са CFR и његовим евентуалним обликом односи се на и питање које се неретко запоставља а које се тиче легитимитета ЕУ да на основу примарних правних извора донесе акт у сваком од предложених правних облика. Такође, третман Комисије поводом CFR у смислу маргинализовања и одлагања решавања статуса овог пројекта штети целокупној идеји. Потребна политичка подршка се теже прикупља за тако контроверзан програм уколико се основне поставке дебате не могу изложити, као на пример форма будућег инструмента. У сваком случају, успех или неуспех будућег CFR зависиће од његове употребе и спремности на употребу од стране пословних заједница у пракси. Наиме, уговорне стране које изван свега цене правну извесност зазираће од коришћења инструмента око чијег се фундаменталног аспекта води толико опсежна дебата. Уколико се не испуне захтеви овог типа, постоји бојазан да ће CFR остати на нивоу скупог теоријског експеримента.

Такође, разочаравајуће је непостојање конструктивнијих веза између два „велика пројекта ЕУ“ – пројекта уставног и грађанског права. Иако је ЕУ кључни субјект у развоју уговорног права, мало је говора о његовом постојању и статусу у конституционалним оквирима Уније што је резултирало „уговорним правом без уставне перспективе“. Уколико се осврнемо на кључну улогу које је национално приватно право имало за учвршћивање националних држава у деветнаестом веку, за жаљење је што се таква његова улога не разматра и на нивоу ЕУ и у правцу каналисања његовог формативног утиска на јачање политичких спона ове заједнице. Наиме, концепција уговорног права као простог

средства за стварање и јачање тржишта је у превеликој мери поједностављујућа и занемарује његов економско - политички аспект.

#### 7.4. Нацрт Заједничког референтног оквира за европско приватно право

Нацрт Заједничког референтног оквира за европско приватно право<sup>555</sup> (енг. *Draft Common Frame of Reference*, у даљем тексту: DCFR)<sup>556</sup> је академски подухват чија су правила донета 2009. године у облику нацрта и изражавају академска мишљења најеминентнијих стручњака из држава чланица ЕУ који су радили у више група а од којих су редакцију припремиле Студијска група за европски грађански законик и Истраживачка група за постојеће приватно право Европских заједница (тзв. *Acquis* група). Логично је на основу назива пројекта претпоставити да је DCFR нацрт за CFR. Па ипак релација ова два пројекта, једног постојећег и другог тек у зачетку није још увек јасна. У сваком случају, DCFR јесте успешан *soft law* докуменат који може бити проба и образац за опциони инструмент као крајњи исход CFR-а. У којој коначној форми и са каквом правном снагом ће бити усвојена правила DCFR зависи од политичке воље држава чланица и легислативних овалашћења која су у том циљу пренета на ЕУ. У односу на PECL ради се о амбициознијем пројекту у коме су понуђена модел решења у форми правила за тумачење или начела за сва питања приватног права, тј. и за друге правне акте, не само уговоре. Сем тога, обрађени су и посебни нови уговори а регулисане су и неуговорне обавезе.<sup>557</sup> DCFR садржи начела, дефиниције и моделе правила с намером да формулишу општи правни оквир за склапање уговора у европском економском простору. DCFR има за циљ да створи свеобухватан и кохерентан систем облигационог права са јединственом терминологијом.

---

<sup>555</sup> У домаћој теорији се користе различити преводи енглеског назива *Draft Common Frame of Reference*. Поред Нацрта Заједничког референтног оквира за европско приватно право за који се аутор определио, у значајном обиму се користи и термин Нацрт заједничких правила за упућивање.

<sup>556</sup> Текст Нацрта Заједничког референтног оквира за европско приватно право (енг. *Draft Common Frame of Reference*) доступан на: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf\\_r\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf) (приступљено 4.01.2016).

<sup>557</sup>Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 367.

Ради се о документу меког права, који је првенствено производ правне науке а не политички мотивисан нити ауторизован текст,<sup>558</sup> како истичу његови аутори.

Док је у односу на CFR самосталан документ упркос називу и првобитним намерама Студијске групе, утицај који су на DCFR имала Начела европског уговорног права је фундаменталан. Наиме, PECL је његов интегрални део и база, тако да се може сматрати његовом својеврсном дорадом и допуном о чему сведочи то што на почетку овог прописа постоји табела којом се приказује којем правилу PECL-а одговара које правило DCFR. Ипак, разлике су значајне и односе се на другачију структуру текста, разлике лингвистичког типа, као и на разлике поводом садржаја. Наиме, DCFR је садржајно исцрпнији и обрађује низ уговора које PECL не уређује, али и друге чињеничне изворе облигација поред уговора. Такође, док је PECL за узор имао Бечку конвенцију, за DCFR су се меродавнијим показала решења која су на снази у државама чланицама.<sup>559</sup> Наравно, како је већ речено, DCFR је шири садржински јер регулише и деликтно право, пословодство без налога и стицање без основа, па и нека питања из опсега стварног права. Управо се проширењем материје коју обухвата DCFR образлаже и увођење неких правила из области јавног права (попут поштовања људских права).<sup>560</sup> Такође, коришћени су и дотадашњи резултати рада Пројектне групе за уједначавање европског уговорног права у области осигурања која ради на Начелима европског уговорног права у области осигурања.

DCFR се састоји из десет књига и анекса. Прва књига садржи заједничка правила која се односе на област коју Нацрт уређује; друга обухвата област тзв. општег дела уговорног права и других правних послова; трећа књига садржи правила о дејству и престанку облигационих односа; предмет четврте су поједини именовани уговори (уговор о купопродаји, закупу, пружању услуга, налогу, трговинском заступању, франшизингу и дистрибутерству, зајму, уговорима којима се стварају лична средства обезбеђења, као и уговор о поклону); пета књига уређује област пословодства без налога; шеста обрађује деликтно право; седма нормира институт стицања без основа; осма и девета књига посвећене су различитим начинима стицања и губитка својине; у десетој књизи се излажу правила о различитим облицима трастова.<sup>561</sup> Садржај DCFR је већ шири од оног који је

---

<sup>558</sup> А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 329.

<sup>559</sup> S. Jelinić, D. Akšimović, *op. cit.*, p. 242.

<sup>560</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 370.

<sup>561</sup> А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 330.

најављиван за CFR што назив DCFR као нацрта чини прилично конфузним и недоследним. Затим, по структури DCFR одступа од уобичајене форме ЕУ прописа, односно више наликује грађанским законцима појединих европских држава.

Наиме, ради се о тексту који је утемељен на европском *acquis*-у и који на том полазишту намерава да формулише општи правни оквир или модел правила за склапање уговора између предузетника с европског економског простора. Штавише, наводи се да се DCFR може сматрати обликом квазикодификације облигационог права европских држава. Свакако је сличнији модел закону или законском тексту него уредби или директиви ЕУ а утврђивању његове природе не помаже ни то што је ни његови аутори такође нису експлицитно одредили. Овакав корак тумачи се као потез предузет у сврху остављања простора за више будућих опција. Наводи се да се ради о могућем узору на основу ког ће се формулисати текст политичког CFR, затим да се ради о академском документу који може служити даљим научним истраживањима или у наставне сврхе као референтни материјал, и на крају очекује се да ће DCFR служити као модел извор националним законодавцима и судијама. Првима у законодавним процесима, где ће им његова правила служити као узор за израду и обликовање властитих прописа, а судијама у решавању спорних питања уговорног права када су учесници спора субјекти из различитих европских земаља.<sup>562</sup> Опција његове улоге при стварању Европског грађанског законика као модела или нацрта је свакако замислива и изводива. Може бити инспирација за израду евентуалног Глобалног трговинског законика а могу служити и као помоћно средство у тумачењу. За међународно трговинско право од посебног су значаја регулативе DCFR које се налазе у четвртој књизи и тичу се посебних уговора о продаји, лизингу, услугама, агенцији, франшизингу и дистрибуцији, зајму, уговори о налогу, личном обезбеђењу и поклону. Ова и друга правила се, ако остану у постојећој форми, могу у пракси примењивати као уговорна правила и као помоћно средство у тумачењу постојећих извора права у унутрашњим и међународним споровима.<sup>563</sup>

Стручна јавност има опречне ставове у вези са DCFR. Неки чак сматрају да није испунио очекивања те да не сме бити усвојен као основа политичког CFR. Свакако је при раду на DCFR премашена првобитно најављивана систематизација постојеће европске

---

<sup>562</sup> S. Jelinić, D. Akšimović, *op. cit.*, p. 244.

<sup>563</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 368.

тековине. Надаље, уколико органи ЕУ усвоје овај пропису некој од обавезујућих форми комунитарног законодавства, DCFR ће постати више од меког законодавства.<sup>564</sup> Ипак, основне замерке овом инструменту тичу се неконзистентне терминологије којима се дефинисани појмови релативизују, поготово услед честе употребе формулација попут „ако околности другачије не захтевају“. Сматра се да непрецизна терминологија, као и обилно коришћење правним стандардима отвара врата неограниченој судској власти. Такође, сматра се да је систематизација одредаба оптерећена прекомерним понављањем и преупућивањем. Затим, DCFR показује озбиљне структуралне недостатке, нека значајна питања нису њиме уређена а највећи пропуст представља чињеница да није извршена критичка ревизија потрошачког *acquis*-а што је био један од основних циљева.<sup>565</sup> На пример, на међународној научној конференцији *Which European Contract Law for the European Union 2008*. године на универзитету Сорбона у Паризу указано је на то да не постоји политичка воља да DCFR добије обавезујућ карактер. Поставља се и питање да ли се DCFR заснива на реафирмацији аутономије воље странака и иде ка сужавању социјалних елемената у приватном праву или је дат нагласак социјалној компоненти и заштити социјалних вредности.<sup>566</sup>

Ипак, хармонизационе могућности овог прописа су бројне. Може послужити делимично Комисији за ревизију постојећег и стварање будућег приватноправног, посебно потрошачког *acquis*-а. Друга опција је да послужи као основ за израду хоризонталног опционог инструмента ЕУ у области уговорног и шире, приватног права. Такође, академски DCFR иако необавезујућ може се показати као „неодољив“ и моћан извор у смислу ауторитета којим пружа одговоре на питања о приватном праву. Овако ће остати чак и када се и уколико политички CFR појави јер ће се DCFR све више осамостаљивати у односу на идеју CFR па и његову евентуалну реализацију. На пример, у Шведској се Врховни суд већ позивао на њега,<sup>567</sup> а према једном од судија Врховног суда Уједињеног краљевства, DCFR је био једна од првих набавки суда.<sup>568</sup> Затим, појавили су се у Мишљењима адвоката при Европском суду правде у контексту спорова у вези са правом

---

<sup>564</sup> Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 368.

<sup>565</sup> А. Дудаш, *нав. чланак*, стр. 333.

<sup>566</sup> Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 81.

<sup>567</sup> Supreme Court of Sweden, decision nr. T 3-08, 3 November 2009.

<sup>568</sup> Jonathan Mance, *The Common Frame of Reference*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 3, 2010, p. 457.

на повлачење.<sup>569</sup> Вероватно је да ће се европски и домаћи судови окретати овом документу меког права услед његових сличности са формалним грађанским законцима. Штавише, ауторитет овог правног текста произилази не само из његовог статуса пред судовима већ и од заједнице адвоката који се њиме користе као делом признатог правног дискурса. DCFR ће бити значајан за подучавање и даљи развој и може се сматрати „савременим изразом уговорног права ЕУ“. Такође, иако се DCFR не бави директно везом ЕУ и националних правних система, овај *soft law* докуменат може се похвалити због избегавања *top down* регулаторних техника и због удаљавања од дубоко укореваних замисли о национално одређеном приватном праву с узорима у 19. веку. DCFR представља нови вид управљања у оквиру европског уговорног права који приличи координацији приватног права на више нивоа. Штавише, може се бранити и употребљавање веома критикованих широких принципа попут „добре вере“ у DCFR јер се тиме признаје и препознаје право државама чланицама да задрже интерпретативну функцију и флексибилност чиме се изван ниво различитости правног порекла сматра могућим за толерисање. Таква флексибилност више одговара и осликава нестатичну, преклапајућу и међуповезану слику приватног права ЕУ.

Што се тиче примера његове употребе већ је, рецимо, сугерисан као основа за „систематски здравствени преглед“ шкотског права.<sup>570</sup> Очигледно је да се у светлу развоја ЕУ, националне структуре разматрају и оцењују у односу на стално мењајуће европске норме и стандарде. У том погледу, акти меког права, како DCFR, тако и PECL изазвали су истраге међу најутицајнијим светским правним системима који су у светлу у њима исказаних запажања, закључака и изнетих решења почели да преиспитују своје. Свакако, измене које се дотичу ЕУ приватног и уговорног права јесу често спојене с радикалним променама и прилагођавањима, односно усклађивањима националних приватно-правних система. Истакнут пример односи се на предлог реформе француског *Civil code*-а,<sup>571</sup> те у истом духу преиспитивање енглеског уговорног права.<sup>572</sup>

---

<sup>569</sup> AG Maduro у C-412/06 Anelore Hamilton v Volksbank Filder eG Opinion delivered on 21 November 2007; AG Trstenjak in C-227/08 Eva Martin v EDP Editores SL Opinion delivered on 7 May 2009; AG Opinion in C180/06 Renate IIsinger v Martin Dreschers, Opinion delivered on 11 September 2008.

<sup>570</sup> Scottish Law Commission's Eight Programme of Law Reform 2010-2014 (Scot Law Com No. 220), paras 2.16.-2.21.

<sup>571</sup> Pauline Remy-Corlay, Dominique Fenouillet (editors), *Les Concepts Contractuels Francais a l'heure du Droit Europeen des Contrats*, Paris, 2003.

<sup>572</sup> John Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, European Review of Private Law, vol. 2, 2009, p. 155.

DCFR свакако треба посматрати као нешто више од једног степеника ка следећој фази у коју ће се развити политичка стратегија ЕУ о уговорном праву. Њиме је доказано да постоји могућност за научну сарадњу на нивоу Европе поводом приватног права, као и да се могу развијати основне заједничке идеје о њему. Такође, DCFR ствара заједнички језик приватног права наспрам ког се националне праксе могу поредити и вредновати. Надаље, недржавни субјекти се на њега могу угледати приликом израде или прилагођавања својих *soft law* водича и других меких докумената. DCFR се може посматрати као заједнички оквир за координацију неизбежног правног плурализма широм Европе, који свакако није без својих недостатака.

## **7.5. Начела европског уговорног права осигурања**

### **7.5.1. Начела европског уговорног права осигурања – настанак, узори, својства *soft law* извора**

Начела европског уговорног права осигурања (енг. *Principles of European Insurance Contract Law*) део су ширег пројекта Заједничког оквира за уговорно право и Нацрта Заједничког референтног оквира за европско приватно право, својеврсни су *lex specialis* у односу на Начела европског уговорног права осигурања, а настали су делимично се угледајући на америчке ристејтменте.<sup>573</sup> У вези са њима, као један део хармонизације европског уговорног права али сконцентрисан на право осигурања, појављује се академски, још увек недовршени али вишеструко функционалан извор Начела европског уговорног права осигурања који би и српској нормативи могао служити као смерница и модел закон.

У Европској унији постоји несклад у оквиру хармонизације права осигурања на јавноправном и приватноправном нивоу. Такоређи, уговорно право осигурања „каска“ за себи коресподентним јавним правом у овој области. Стога су се у академским круговима крајем деведесетих година двадесетог века почеле оформљавати радне групе не би ли сачинили нацрте или начела европског уговорног права осигурања. Инсбуршка група,

---

<sup>573</sup> Више о томе М. Мркшић, *Перспектива soft law извора у праву осигурања Европске уније-разрада са становишта Начела европског уговорног права осигурања*, Зборник радова са XVI међународног научног скупа под називом „Осигурање и накнада штете“, Златибор, 2013, стр. 101-113.



састављена од стручњака из области права осигурања,<sup>574</sup> израдила је Начела европског уговорног права осигурања 2007. године, а 2009. године их допуњене поднела Европској комисији под називом Нацрт општег референтног оквира за уговоре о осигурању (енг. *Draft Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law*).<sup>575</sup>

PEICL/DCFR Insurance<sup>576</sup> настао је као резултат академског упоредноправног истраживања уговорног права осигурања држава чланица ЕУ. Представља пре свега академски текст, никако политички, што значи да иза њега стоји само радна, студијска група, те да није потврђен ни од једне европске или националне институције, и складно томе није обавезујући правни акт.<sup>577</sup>

Његови креатори су се приликом рада на овом пројекту, који и даље траје, угледали на и користили ристејтментима што је очигледно већ на основу пуног назива Инсбуршке групе (енг. *Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law"*). Коришћено је и секундарно законодавство ЕУ (пре свега директиве) којим се регулише осигурање али и заштита потрошача.

PEICL/DCFR Insurance се не може посматрати изоловано ни у односу на пионирски PECL као пропис заједничког језгра европске уговорне правне традиције. PEICL/DCFR Insurance поред тога што прати структуру PECL-а (састојећи се од правила, коментара, белешки), као основни користи његов упоредноправни метод с циљем изналажења најквалитетнијих, а не најприхватљивијих, „најдемократскијих“ решења, такође се и директно позива на PECL као на *lex generalis*. Упућивање на PECL има за циљ да се избегне примена правила националног права код попуњавања правних празнина.<sup>578</sup>

---

<sup>574</sup> Јоанис Рокас, *У сусрет хармонизацији прописа европског права осигурања*, Зборник радова „Усклађивање осигурања Србије са системом осигурања Европске уније“, VIII саветовање Удружења за право осигурања Србије, Палић, 2007, стр. 17.

<sup>575</sup> Нацрт општег референтног оквира за уговоре о осигурању (енг. *Draft Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law*), текст је доступан на: <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/draft> (приступљено 3.1.16)

<sup>576</sup> Термини који се користе за Начела европског уговорног права осигурања варирају од аутора до аутора, поготово након доношења њиховог измењеног, допуњеног облика у виду Нацрта општег референтног оквира за уговоре о осигурању; за потребе дисертације, аутор сматра подесним да користи термин који обухвата оба издања овог документа: PEICL/DRAFT Insurance.

<sup>577</sup> Loris Belanić, *Harmonizacija prava osiguranja u Evropskoj uniji s osvrtom na ugovorno pravo osiguranja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 3, 2010, p. 1357.

<sup>578</sup> Начела европског уговорног права осигурања, чл. 1:105, ст. 1.

### 7.5.2. Начела европског уговорног права осигурања – структура, примена, перспектива

PEICL/DCFR Insurance састоји се из четири дела. Први део се односи на опште одредбе које су заједничке за све врсте уговора о осигурању. Други део односи се на тзв. одштетна осигурања (енг. *indemnity insurance*), а трећи на тзв. осигурања са фиксном свотом.<sup>579</sup> Четврти, најављени део, требало би да се односи на одредбе о посебним врстама осигурања (почев од животног осигурања заједно са колективним уговорима о осигурању и осигурање одговорности<sup>580</sup>). Не односи се на реосигурање.

Намера је да PEICL/DCFR Insurance служи као изборни, опциони инструмент европског уговорног права осигурања. Управо се у стручној и научној правничкој јавности у Европској унији испитују услови који би требало да буду испуњени да би PEICL/DCFR Insurance постао извор комунитарног права као опциони инструмент. Закључује се да је извесно да ће то постати у будућности. Састављен је као модел будућег опционог инструмента комунитарног права и добио је подршку Европске комисије, Европског парламента и Европског економско – социјалног савета.<sup>581</sup>

Он ће се примењивати када се уговорне странке, без обзира на ограничења у погледу избора права према међународном приватном праву, сагласе да се он примењује на њихов уговор. Ако уговорне стране одлуче да се користе предностима PEICL/DCFR Insurance-а, његова правила ће се примењивати у целини без убацивања посебних клаузула или избацивања других. Због тога се национални прописи држава чланица о уговору о осигурању не мењају. Они и даље постоје паралелно са овим необавезујућим моделом законом, при чему уговорне стране имају слободу избора алтернативног законског основа.<sup>582</sup> Инсбуршка група управо промовише PEICL/DCFR Insurance као вољни, диспозитивни инструмент који би уговорним странама пружио право да „изађу“ (енг. *opt*

---

<sup>579</sup> L. Belanić, *op. cit.*, p. 1358.

<sup>580</sup> И. Рокас, *нав. чланак*, стр. 32.

<sup>581</sup> Јован Славнић, *Предлог тема за јавну расправу о решењима која нису прихваћена у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије у односу на уговор о осигурању*, Европска ревија за право осигурања, бр. 1, 2012, стр. 31.

<sup>582</sup> И. Рокас, *нав. чланак*, стр. 17.

out) из националног правног режима о уговорном праву осигурања, и то не само у погледу прекограничног већ и у оквирима домаћег пословања.<sup>583</sup>

Могућности примене PEICL/DCFR Insurance -а су вишеструке:

1. Функција уговореног права осигурања на основу изричитог споразума странака како на прекограничне, тако и на домаће уговоре;
2. Хармонизациона улога на нивоу ЕУ кроз његово коришћење као „кутије с алатима“ (енг. *toolbox*) од стране Европске комисије приликом будуће нормативе у овој или области уговорног права уопште;
3. Хармонизациона улога на нивоу националних законодавстава као модел закона (пре свега за бивше социјалистичке земље источне Европе које се прикључују Европској унији, у ком смислу је наравно препоручљиво да се и Србија користи овим прописом као академским и практичним водичем, док су рецимо у Швајцарској и Великој Британији већ узети у обзир приликом реформи осигуравајуће регулативе);
4. Примена приликом решавања претходних питања пред Судом ЕУ, пред националним судовима у погледу аутономног тумачења комунитарног права, пред арбитражама као *lex mercatoria*.<sup>584</sup>

Сматра се да ће PEICL/DCFR Insurance бити од посебне користи продавцима осигурања путем интернета, или за путничка осигурања у погледу иностраног елемента. С обзиром на то да је овај режим опциони, не приморава читаву делатност осигурања на мењање свог начина функционисања али је управо зато извесније и његово наилажење на политичко одобравање. Забринутост, с једне стране ипак постоји у том погледу да ће PEICL/DCFR Insurance увести значајне (неконтролисане) легалне промене на „задња врата“. Још једно битно питање је то колико је реално очекивати да просечан осигураник

---

<sup>583</sup> Jacquetta Castle, Emily Bourne, *European insurance law reform – are we getting ourselves in a PEICL?*, Complanet-Pinsent Masons, 2007, p. 1.

<sup>584</sup> Славко Ђорђевић, *Принципи европског уговорног права осигурања-будући опционални инструмент права ЕУ?*, Ревизија права осигурања, бр. 2, 2011, стр. 20.

зна довољно о различитим импликацијама окретања националном праву или PEICL/DCFR Insurance да би могао направити информисан избор.<sup>585</sup> Ипак, у на пример, аустријској економији осигурања, оцењено је да PEICL/DCFR Insurance у постојећим околностима представља једини инструмент за продубљивање јединства тржишта на нивоу ЕУ и да је велика шанса која нема другу алтернативу, те се зато Удружење аустријских осигуравача одавно изјаснило за прихватање PEICL/DCFR Insurance пројекта.<sup>586</sup> Такође, тврди се да би у будућности његова примена извесно водила смањењу трошкова обављивања послова осигурања и креирању тзв. свеевропског *pool*-а ризика, чиме би осигуравачи имали већу сигурност у пословању ризицима.<sup>587</sup>

На крају, правна наука је сагласна по питању потребе да се за поље осигурања врши универзална, максимална хармонизација, супротно уобичајеној минималној, објашњавајући да је несметано, комплетно функционисање унутрашњег тржишта осигурања на нивоу Европске уније могуће само уколико за уговор о осигурању важе иста правила на њеној читавој територији, због чега PEICL/DCFR Insurance и јесу сачињени као универзални нормативни оквир за уговоре о осигурању, који је на основу реакције што академске, што економске јавности у погледу његовог квалитета и утицаја превазишао очекивања својих аутора.

---

<sup>585</sup> J. Castle, E. Bourne, *op. cit.*, p. 2.

<sup>586</sup> J. Славнић, *нав. чланак*, стр. 32.

<sup>587</sup> L. Belanić, *op. cit.*, p. 1346.

## ЗАКЉУЧАК

Применом наведених научних метода сматрамо да је дисертацијом доказана постављена хипотеза, односно да је *soft law* важећа правна категорија, извор права и на вишеструке начине користан инструмент хармонизације међународног трговинског права. Наиме, целокупан међународни правни систем подвргнут је коренитим променама: број држава се значајно повећавао током последњих деценија, више је међународних субјеката од значаја за међународне легислативне процесе, материја која се обрађује на међународном нивоу је проширена, као и свест о проблемима које треба решити на наднационалном нивоу. Упечатљиво је уможвавање „произвођача“ права, извора права и приватизација правних режима. Штавише, разнолики субјекти на међународном нивоу, пре свега међународне организације у својству агенција за формулисање, промениле су механизме и типичну рационализацију која је стајала иза сачињавања и примене међународног права а у контексту глобализације права са свим њеним позитивним и негативним странама. Несумњиво је да се расправа поводом традиционалне поставке модерног међународног правног система води с обзиром на нове услове и промене које условљава и феномен *soft law* као скуп несанкционисаних правила, која не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, али које су све чешће примењивани као квазилегални инструменти разноврсних појавних облика. Као вид алтернативних хармонизационих средстава, често представљају увод у *hard law* чиме обележавају и редефинишу савремене међународне нормативне активности.

Будући да је међународно право данас од капиталне важности у правној теорији, број пројеката и публикација о њему константно растете се чак критикује тзв. „вештачко ширење граница међународног права“, поводом става да поједини стручњаци неосновано смештају *soft law* у оквире међународноправне мисли не би ли обезбедили нови простор за теоријско истраживање. Међутим, извесно је да суптилност процеса по којима се савремено међународно право ствара више није адекватно обухваћена упућивањем на устаљене правне категорије. *Soft law* се сматра симболом реалности садашњице права и последицом међународне потребе за иновативношћу. Стога се може тврдити да оно није теоријска творевина већ природна фаза динамичног развоја међународне заједнице.

Настало је из разлога све чвршћег повезивања међународне заједнице, део је савремених легислативних процеса и његов утицај можемо схватити као признање да је ослабљена чврста контрола држава над међународним процесом стварања права. Свакако, *soft law* није нова појава већ је новијег датума тежња међународне заједнице да се више користи као и учесталост с којом се ствара. Према нашем мишљењу, оправдано је посвећивање правне мисли теоријској објективизацији и појашњењу појма меког права јер се на тај начин уважава реалност међународног правног поретка и врши промоција алтернативних видова хармонизацијских процеса. И док *soft law* није право у традиционалном смислу речи, његове норме имају значајно место у модерном правном поретку. Не можемо се надати да ћемо у потпуности обухватити или разумети срж међународних односа ако не узмемо у обзир важну улогу коју у њима има *soft law*. Основни циљ дисертације био је прикупљање, анализа и систематизовање знања поводом појма меког права уопште као и поводом његове хармонизационе улоге у међународном трговинском праву. С обзиром на то да је меко право генеричан појам, односно отворен концепт поводом кога се константно износе нови ставови показује се компликованим давање изразитих и оригиналних тврдњи и њихово смештање у јединствену, неупитну формулу.

Да би се заузео почетни став поводом овог феномена било је потребно одредити се између бинарног и континуум погледа на право. Према нашем мишљењу, бинарним, уским нормативним ставом пренебегнута је реалност модерног правног плурализма који чини неприкладним искључиво свођење инструмената на правно обавезујуће и оне који то нису. Адекватнији континуум приступ подразумева могућност степеновања односно варирања нормативности што дозвољава и утемељење меког права. Па ипак, теоретичари се са сложеним питањем извора права на међународном нивоу носе на прилично поједностављујућ начин - упућивањем на застарелу али и даље уважавану тријаду формалних извора који се налазе у члану 38. Статута Међународног суда правде према коме се основним изворима сматрају конвенције, обичајно право и начела, док се као допунски наводе судска пракса и писања истакнутих правника. Деликатност процеса по којима се савремено међународно право ствара више не кореспондира на задовољавајућ начин упућивању на класичне правне изворе. Улога *soft law* је сада широко распрострањена и његов утицај у оквиру међународног права је очигледан. И управо из разлога што се различити међународни субјекти саглашавају са актима меког права, може се закључити да

конзервативан концепт међународног права и извора међународног права захтева поновно вредновање, проширење, и динамичнији развој теоријске мисли одговарајућ брзини савремених међународних односа. У Европској унији чији је правни систем кохерентнији и где се спроводе најважнији хармонизациони пројекти, меко право се према нашем мишљењу оправдано сматра терцијарним извором права, с обзиром на бројност, учесталост коришћења и кроз њега пројектоване хармонизационе циљеве. Свакако, овакво посматрање *soft law* и уопште увођење категорије меког права као извора права крајње је иновативно и контроверзно. Тачно је да такве промене, што на светском, што на нивоу Европске уније, носе евентуални ризик слабљења међународног права, па ипак право које се не мења у односу на ново време и услове сигурно ће бити игнорисано од стране свих глобалних актера: држава, корпорација, међународних организација, појединаца. Аргументацију оваквом ставу налазимо у малој вероватноћи да ће се вратити и/или задржати искључива дихтомија тврдог права и слободе деловања. Наиме, у брзо мењајућим условима који се тичу међународног правног поретка, можда није могуће пружити одмах конкретан, задовољавајући и потпун одговор на питање постојања и карактеризације нових извора права (или нове динамике старих извора) али је очигледно постојање сиве зоне које је данас испуњена концептима попут *soft law* које је неопходно истражити.

Међу теоретичарима не постоји универзално прихваћена дефиниција појма *soft law*. Порекло супротстављених ставова дубоко је повезано са субјективним схватањем међународног права па и права уопште, чиме разлике међу теоретичарима постају и остају непомирљиве. Дакле, коментарисање односно категорично излагање поводом *soft law* и његових општих карактеристика тешко је изводљиво у светлу контроверзе коју овај феномен изазива као и у погледу тога што крајње разнолик број инструмената спада у његов опсег (принципи, начела, модел закони, модел уговори, кодификације обичаја од стране међународних невладиних организација, повеље, ристејтменти, програми, препоруке, мишљења, смернице, резолуције, водичи и кодекси понашања професионалних организација, текстови припремљени од стране експертских група итд.) Пошто не постоји један акт којим су извори меког права уређени, преостаје да се закључци изводе на основу појединачних инструмената меког права, односно на основу њихових садржаја, намера састављача као и инструмената сродних група а уз веће тешкоће на уопштавајућ начин.

Док год се међутим њихово настајање, функционисање и ефекти не регулишу, ови инструменти остају изван утврђених граница међународног права. Ипак, подлежу опусу правне мисли и заслужују њену пажњу а појашњавање је потребно и изводиво уколико се не чини на стриктан начин и имајући у виду да се ради о апстрактним смерницама и карактеризацији. Према нашем мишљењу поводом *soft law* могу се изнети следећи закључци:

- 1) *soft law* се увек односи на инструмент у писаној форми;
- 2) *soft law* се увек односи на инструмент у ком су садржана правила понашања;
- 3) *soft law* инструмент необавезан је у формалном смислу, односно без утврђене санкције за неизвршење што условљава недостатак судске спроводивости;
- 4) *soft law* инструмент производи *de facto*, не *de jure* правне ефекте које су предвидели и на које су циљали његови ствараоци а који зависе од других фактора у односу на правну обавезност, пре свега од квалитета нормативних решења;
- 5) *soft law* инструменти имају различит незваничан степен обавезности у примени (на пример, мишљење ЕУ, беле књиге, начела, кодекси), што примарно зависи од ауторитета и фактичког утицаја њиховог доносиоца;
- 6) *soft law* инструменти имају нормативну компоненту, пре свега номотехничку структуру, иако настају ван граница формалног права и засновани су пре свега на чињеничном стању;
- 7) *soft law* је феномен хетерогеног састава у смислу разноликости инструмената који спадају у његов опсег;
- 8) *soft law* има хармонизациону, унификациону, глобализациону, проактивну улогу и утиче на развој међународног права;
- 9) *soft law* не настаје уобичајеним и устаљеним легислативним процесима већ се ствара на начин који је нетрадиционалан, динамичан и није искључиво државни;
- 10) *soft law* могу стварати државе, међународне владине и невладине организације, професионалне асоцијације, академске *ad hoc* скупине;



11) *soft law* је комплементарно, не и супротстављено традиционалним правним инструментима;

12) употреба *soft law* је карактеристична за међународну заједницу али је најчешћа и логистички најразвијенија у оквиру ЕУ, одакле се његов утицај даље шири на ниво националних законодавстава.

С позиције међународног трговинског права, даља хармонизација је неопходна јер је у интересу већине учесника у међународним трговинским односима стварање правне извесности и смањивање трошкова трансакција што се најбоље постиже униформношћу правила којима су ови односи уређени. Недовољни учинци колизионог метода условили су већу потребу за доношењем јединствених норми. Наравно, потребно је хармонизовати многе гране права али је уговорно право приоритетно као инструментални аспект трговинских односа. Циљ је да се уједначењем ове области превазиђу основне нецаринске трговинске баријере уз постављање основне претпоставке за привредну интеграцију чиме се подржава све израженија тенденција стварања светског трговинског права као дела процеса правне и економске глобализације. Због значаја ове материје спровode се многи, методолошко разноврсни пројекти с циљем хармонизације, међу којима се инструменти меког права посматрају као модерно *lex mercatoria*. *Soft law* у овом контексту одређујемо као скуп несанкционисаних прописа којима се регулише и дају упутства за обављање трговинског пословања. То су прописи чији је правни карактер ствар степена и намењенису, пре свега, привредницима који могу да их примењују непосредно. Као вид флексибилних правила иду у корак с развојем и потребама тржишта пре него што кодификују постојеће обичаје. Иако се ради о формално необавезујућим актима, неформалне санкције које постоје за кршење *soft law* аката у међународном трговинском праву су разноврсне и ефикасне (стављање на црне листе, ускраћивање кредита, негативно истицање у оквиру својегране или удружења, бојкот итд). У том смислу је оправдано тврдити да су меке методе меке само у формалном смислу не и у суштинском. Дакле, модерно међународно трговинско право се развија под снажним утицајем *soft law* извора којима се значајно унапређује процес хармонизације у оном простору у коме традиционални извори показују недостатке. Као њима национално неутрална алтернатива остварују битан допринос хармонизацији ове области. У контексту критиковане

несанкционисаности *soft law* прописа, према нашем мишљењу нема потребе за опредељење у корист само једног, обавезујућег типа хармонизације јер су извори меког права пронашли своје место у проширеним методолошким опцијама међународних нормативних инструмената. Наиме, примена меког права у овој области представља још један пут за постизање универзалног циља хармонизације а који је веома прикладан суштини трговинских односа. Охрабрујући ставови према меком праву су обично засновани на вери у способност саморегулације пословних субјеката и на уверењу да међународна трговина ствара идеалну средину за развој слободних уговорних структура. Управо ова меко право/слободно тржиште агенда комбинује посвећеност циљевима промовисања слободног тржишта са тенденцијом према употреби *soft law* метода. По нашем мишљењу, ово је материја у којој услед основних покретачких разлога који стоје иза међународне трговине, аутономији воље и аутономности субјеката, стоји и адекватност ових средстава. И коначно, пошто се трговинско уговорно право заснива на диспозитивности, прихватљивост и квалитет правила која га се тичу требало би да су пре свега по питању ефикасности оцењени од стране самих уговорних страна.

Конкретније, квалитети инструмената меког права произилазе из препознавања и последичног усавршавања појединих потешкоћа које се јављају у вези са употребом традиционалних извора права. Наиме, услед неадекватности примарно конвенција али и обичаја паралелно јача подршка и подизање свести о учинцима *soft law*. Оно олакшава проток информација, подстиче конзистентност, охрабрује међународне актере на позитивну међусобну конкуренцију и одговара државама разних нивоа спремности за нормативно деловање. Порекло меког права се везује за дати контекст и економско политичку климу у којој међународним субјектима одговарају обавезујуће или необавезујуће норме различито од случаја до случаја. Неретко у ситуацијама у којима није могућ традиционалан инструмент, међународне организације промовишу акт меког права. Дакле, оно се користи када није још увек могуће из више разлога област од значаја уредити тврдим инструментом а неопходно је предузети неку радњу. Уколико је поводом деликатног правног питања тешко оствариво постићи икакав компромис, формулисање решења па макар и прелазног путем меких правних инструмената може бити једина солуција, јер би субјекти у питању под другим условима одбили да се обавезу те је понекад једина алтернатива неуређености и нормативној анархији. *Soft law* на овај начин

даје времена адресатима да своје понашање ускладе са диспозицијом нормe како би у будућности избегли санкцију, те тако меко право прераста у *hard law*. То се поготово дешава у иновативним, осетљивим областима, као што су нови или мешовити уговори, где доношење обавезујућег, коначног акта, услед непостојања уједначеног става не би одмах наишло на одобравање. Наиме, тврдо право се резервише за фундаментална правила где су формалност и обавезност од суштинског значаја. Ређи одабир *hard law* од стране међународних субјеката показује на посредан начин и поштовање према овим инструментима којима се окреће с појачаним опрезом.

Предност *soft law* је такође та што остварује утицај на основу снаге својих аргумената а без уобичајених притисака и претњи традиционалним врстама санкција и усмерено је на вишеструке актере међународне заједнице: државе, пословне и трговинске асоцијације, невладине и владине међународне организације и појединце. Док се тврдо право некада сматра неадекватним јер не оставља простора за експериментална решења, садржај меких инструмената је често амбициознији и далекосежнији него што би био производ конвенције па помера напред легислативне међународне токове. Њиме се може детаљније уредити неко питање него путем *hard law* и пружа могућност да се пласира најбоље решење а не решење засновано на најопштијем заједничком именуиелу тренутних могућности преговарача. *Soft law* обезбеђује тренутни одговор о томе како међународна пословна заједница и њен појединац виде нормe кроз својеврсне пилот пројекте.

Такође, меко право се брже доноси јер је необавезујуће, и у случају неадекватности акта меког права оно се просто неће користити или ће се моћи једноставније променити, стога се показује прилагодљивијим брзини и сложености модерних међународних односа. Врши интегративну функцију а флексибилност коју има је посебна јер омогућава правилима да лакше еволвирају у одговору на економску и политичку реалност. Такође, приликом израде тврдих инструмената велики финансијски издаци постоје у погледу преговарања, прикупљања информација, премошћавања језичких проблема а меко право се доноси економски исплативије, у смислу времена и уложеног политичког труда, те трошкова државне ратификације, бирократског и административног апарата.

Меко право је често катализатор за настајање *hard law* и иако извори меког права наравно не настају као позитивно право, то могу постати кроз њихово означавање као меродавног уговорног права, кроз активности судова и арбитража или усвајање од стране

носиоца легислативне власти. *Soft law* омогућава „*in or out*“ механизам правно обавезујућих средстава, што сматрамо и адекватним правцем развоја пројекта Заједничког оквира за уговорно право као опционог инструмента у ЕУ. Наравно примећујемо да нису реална очекивања да се учвршћивањем улоге и обимнијим коришћењем меких инструмената могу решити сложени нормативни изазови модерног доба. Поред несумњиве преваге коју имају класични међународни извори права све се више употребљава *soft law* као додатни вид унификације права. Међународна трговина поље је у којем постоји адекватан простор и за једну и за другу врсту инструмената уз велике хармонизационе ефекте који се постижу кроз примену хибридног метода. У оквиру међународних трговинских односа показују се као практични и привредницима погодни прописи. Наиме, њима међународне организације и удружења врше својеврсну аутономну међународну кодификацију којом изражавају интересе професионалних и пословних кругова а без неопходности формалног поступка унификације по поједине државе. Пракса и прихваћеност овог алтернативног приступа показују јасно да је одговор на хармонизационе потребе међународног трговинског права у комбиновању тврдих и меких инструмената. С обзиром на своју сконцентрисаност на фактична стања и тзв. пластичност, оно је веома ефикасно у обезбеђивању решења за брзо мењајуће економске потребе те су израз савремене реалности трговинских односа. *Soft law* у трговинском праву такође одговара потребама интеграције и јачања глобалног и уже ЕУ тржишта, створени су с намером да буду хармонизујућег утицаја као и да буду извор отвореног типа и употребних могућности у сразмери сопствених квалитета а на основу појединачне процене уговорних страна, легислатора, судова, те арбитража.

Међутим, услед необезбеђивања правне сигурности, непостојање традиционалних санкција код *soft law* разлог је за често негативно поређење са *hard law*. Такође, код *soft law* није задовољен процес политичког учешћа и одобравања који код конвенција постоји како приликом састављања, тако и приликом ратификовања прописа те није омогућена контрола стварања ових аката. Главна мана *soft law* лежи у самом оклевању поводом његове примене у међународном праву јер упркос уопштеној прихваћености његових ефеката, уколико га тела попут судова, држава, међународних организација и слично не признају онда не постоји ни њихов реални прагматични правни значај. Стога решења које ови акти нуде морају надоместити недостатак могућности принудног извршења

убедљивошћу сопствених квалитета. У проблематичном смислу видимо и тзв. очвршћавање меког права које измештањем у националне правне поретке постиже формални легалитет који претходно није имало на међународном плану у вези са чим се испитује компатибилност меког права са принципом легалитета. Тиме се подржава процес правне глобализације са свим својим предностима и манама, пре свега у погледу пласирања правних образаца најмоћнијих светских сила. *Soft law* механизми су склони да појачавају или утврђују постојећу хијерархију, привилегујући утицајне актере, не узимајући у обзир оне маргиналне. Такође, меко право уноси у правне међународне токове извесну нормативну флексибилност и волунтаризам. Мана ових извора виђена је у опасности од еродирања међународног правног поретка и у отварању потенцијалног простора за развој технократског легитимитета, уз све присутнију приватизацију законодавства.

У погледу функција меког права у међународном трговинском праву истичемо хармонизациону, проактивну и иновативну. У теорији се међутим његове улоге углавном одређују као пред-правне, додатне и паракправне, док их један акт меког права може истовремено вршити више. Ипак, сваки међународни *soft law* акт има као основни циљ хармонизацију права што се остварује на неколико начина, како је доказано најуспешнијим актима меког права у овој области Начелима европског уговорног права и Принципима UNIDROIT за међународне трговинске уговоре. Сврха је оба прописа да служе као инфраструктура, односно модел закон за постојеће светско и комунитарно уговорно право које карактерише висок степен неусаглашености управо зато што му недостаје заједнички оквир општих правила уговорног права. На основу претходно наведеног закључујемо:

- 1) *Soft law* акти као модел закони и узорни при спровођењу легислативних активности значајни су носиоци хармонизације међународног трговинског права и нормативна су основа будућих пројеката. Врше директну хармонизациону функцију утичући на националне законодавне процесе али и на даље уједначавајуће напоре међународне или ЕУ заједнице као део формације новог *lex mercatoria*. Модел закони и модел уговори, као *soft law* појавни облици, представљају савременије облике унификације који се у области трговинских уговора обимно користе управо због своје еластичности и погодности за примену јер не захтевају никакве посебне

формалности. Такође, с обзиром на то да се меким правом ствара очекивање будућег понашања, његови творци изражавају у њима намеру за будућом нормативном делатношћу и припремају тло за њу. Овакви меки акти својом функцијом легислативног узора стварају светско право трговаца, значајан су корак ка глобализацији правног размишљања као облик нелегислативне кодификације чиме денационализују правни режим прекограничних трансакција.

- 2) Едукативна функција *soft law* аката - посебно на нивоу ЕУ постаје уобичајено укључивање ових аката у наставни материјал чиме се повећава њихов кредибилитет и јача идеја о заједничком језгру европског уговорног и уопште приватног права. Кроз ову функцију се адекватно јача позиција и пласирање резултата стручњака окупљених око пројекта *bottom up* хармонизационог приступа.
- 3) *Soft law* акти као меродавно уговорно право - уговорне стране уговарају примену *soft law* аката као меродавног уговорног права и тиме учвршћују праксу и учесталост окретања овом виду инструмената и повећавају њихов ауторитет. Посебно у области међународне трговине долази до изражаја адекватност прописа меког права које странке на основу аутономије воље и у пољу својих диспозитивних овлашћења бирају као најквалитетније нормативне опције.
- 4) *Soft law* акти пред арбитражама - примена *soft law* аката пред арбитражама ствар је већ учвршћене праксе, чиме се профил појединих коришћених докумената значајно подиже. Међународна трговинска арбитража је у условима глобализације преузела знатан део активности некада сматраних надлежношћу држава. Трошкови, неефикасност и непредвидивост националних судских система учинили су међународну арбитражу привлачнијим средством решавања спорова који проистекну из пословних међународних трансакција. Наиме, алтернативни начини решавања спорова још су један вид уговорног одговора на недостатке судских поступака. С друге стране, добро позната национална или међународна арбитража обезбеђују утисак неутралности и неправни стандарди који су део међународне трговине налазе своје место у њиховој пракси. У вези са тим, неформални систем

меког трговинског права као израз заједничких ставова пословне међународне заједнице више погодује стилу трговинских арбитража него судовима.

- 5) *Soft law* акти као средство тумачења и допуне међународног униформног и националних права - управо се у овом аспекту препознају неке од највећих предности употребе меких инструмената у области међународног трговинског права. Наиме, кроз надомештање нејасних формулација конвенцијских компромисних решења али и правних празнина (у међународном или националном праву), *soft law* прописима се врши веома корисна улога учвршћивања судске и арбитражне праксе, те у ширем контексту хармонизација права. Кроз ову функцију потврђује се вредност и квалитет решења садржаних у меким прописима, те се даје најбољи пример на који се начин може применити хибридни приступ, односно на који начин *soft law* акти могу бити комплементарни *hard law* актима.

У светлу изнетих ставова сматрамо адекватним изношење предлога за реафирмацију процеса хармонизације међународног трговинског права у виду потребе за ревизијом радних метода агенција за формулисање, као и преиспитивања партиципационе улоге приватног сектора у међународним легислативним процесима, али и спровођења правних реформи на националном нивоу држава које хармонизацију изводе.

За почетак битно је да агенције за формулисање препознају ограничења инструмената које стварају, односно морају да постану флексибилније при њиховом одабиру и у проналажењу начина на који тврдо и меко право могу најбоље допуњавати једно друго. Сложеност савремених светских односа сугерише да би конвенције требало користити селективно, и то боље у области јавног права јер њихова превелика употреба која води ниском нивоу ратификација или мању интереса од стране економски најугицајнијих држава, носи са собом ризик од дискредитације процеса њиховог стварања. Међународне организације које се баве хармонизацијом права су, чини се, препознале да конвенције треба резервисати за посебне случајеве који захтевају униформност што је тренд који би требало наставити. Уколико је виши степен флексибилности пожељан и одговарајућ конкретної проблематици, другачија унификациона техника би у већем броју случајева била пожељнија. У погледу примене инструмената меког права мишљења смо да

се хибридним приступом утире пут модерном виду хармонизације права. Наиме, кроз интеракцију тврдог и меког права у једном коегзистирајућем и комплементарном моделу, изгледан је позитиван исход у виду надопуњавања њихових појединачних потенцијала.

Надаље, важан аспект ангажованости агенција за формулисање је њихова међусобна сарадња која је недовољна, односно услед чијег нејасног разграничења надлежности долази до расипања ресурса, труда и интелектуалног капацитета. Штавише, процеси хармонизације права могу бити угрожени доношењем различитих прописа од стране различитих агенција поводом истог правног питања јер се појављује двојност решења што је у директној супротности с њиховим основним циљевима. Закључујемо да је управо ради остваривања основних делатности ових агенција прво неопходно њихове активности хармонизовати. Оптимално почетно усклађивање могло би се спроводити организовањем редовних форума с обзиром на то да није реална солуција у виду постојања једне агенције која би надгледала и координисала рад осталих. Поводом критикованих својства меког права, простор за напредовање видимо у рационализовању њихове употребе у смислу повећавања транспарентности процеса њиховог доношења, те ограничења и јасног диференцирања разних преклапајућих назива меких инструмената. Поред координације делатности њихових стваралаца, могуће је позитивне искорак учинити у правцу њихове уједначеније употребе. Закључујемо да је меко право комплексна иако дефинитивно релевантна врста феномена и важна појава у контексту изучавања извора међународног права. Међутим, и поред непостојања универзално прихваћеног одређења овог појма, *soft law* је као квазилегални инструмент који се манифестује у крајње разноликим врстама прописа успео да продре у међународни регулаторни систем. Упркос доктринарним несугласјима поводом *soft law*, оно што се не доводи у питање јесте снага аргумената и убедљивост решења презентованих у овим изворима услед чега се за њих изналазе вишеструки модалитети примене, а са посебно развијеном праксом у области међународних трговинских уговора.

На основу спроведеног истраживања, сконцентрисаног пре свега на упознавање с општим карактеристикама и предностима инструмената меког права, те њихове хармонизационе вредности за област међународног трговинског права, сматрамо да је у Србији неопходно подићи свест о овој врсти прописа. Промовисање значаја ових аката



међутим требало би да буде задатак спровођен од стране Универзитета, а пре свега Правних факултета, али и стручних асоцијација и комора, те с аспекта законодавне власти.

Наиме, опширнију едукацију потребно је спровести на више нивоа. Пословна заједница би могла остварити највеће користи од упознавања с овим актима, пре свега приликом коришћења Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре као спремног извора норми за међународне трговинске уговоре, јер би избегли велике трошкове правног консултовања али и оклевање мањих и средњих предузетника да се упуштају у прекогранично пословање. Поред могућности уговарања ових аката као меродавног уговорног права, сматрамо потребним да се промовише њихова употреба као права које ће се поводом евентуалног спора употребљавати пред арбитражама, с обзиром на то да је учешће српских странака у њима чешће на губитничкој страни.

Такође, с обзиром на то да се Србија налази на путу за чланство у Европској унији, неопходно је посветити се повећавању обучености стручног кадра. Пошто ће хармонизација домаћег права са правом ЕУ бити захтевана, односно већ се спроводи носиоци законодавних активности морали би бити упознати и спремни да користе и консултују у том процесу и мека средства као модел законе чији су квалитети у ЕУ већ препознати. Према нашем мишљењу, нема разлога за избегавање спремних, напредних, актуелних средстава сачињених од стране најпризнатијих стручњака као правне инспирације. У том светлу и светлу промовисања значаја ових прописа, потребно је и ставити нагласак на њихово превођење не би ли били доступнији широј јавности. Такође, неопходно је организовање научних скупова, те подстицање издавачке делатности везане за ову материју.

Наравно, у контексту корисности подизања свести о употребним вредностима ових аката видимо и примарну улогу факултета који би ради усаглашавања с праксом ЕУ морали више пажње посветити расветљавању и ширењу знања поводом ове тематике. На тај начин се може очекивати и да ће се научни кадар на вишем нивоу оспособити за представљање и учествовање у легислативним активностима међународних организација, чиме се последично може очекивати да ће се налазити на изворишту информација о актуелним нормативним дешавањима у свету и Европској унији уз повећање учинка и препознатљивости наше земље у њима.

## ЛИТЕРАТУРА

### КЊИГЕ

1. Jose Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, Oxford, 2005.
2. Luis Alvarez, *Derecho Internacional Publico*, Bogota, 2007.
3. Arnall Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999.
4. Robert Baldwin, *Rules and Government*, Oxford, 1995.
5. Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, 2009.
6. Gavin Barret, Ludovic Bernadeau (editors), *Towards a European Civil Code. Reflections on the codification of civil law in Europe*, Trier, 2002.
7. Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London, 1999.
8. Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Border*, Cambridge, 2012.
9. Elspeth Berry, *European Union Law*, Oxford, 2007.
10. Samantha Besson, John Tasioulas (editors), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010.
11. Patricia Birnie, Alan Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford, 2002.
12. Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, New York, 1997.
13. M. J. Bonell, *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague, London, Boston, 1999.
14. Klaus Dieter Borchardt, *The ABC of European Union Law*, Luxembourg, 2010.
15. Hedley Bull, *The Anarchical Society*, Hampshire, 1995.
16. Grainne de Burca, Joan Scott (editors), *Law and Governance in the EU and the US*, Oxford, 2006.
17. Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico*, Madrid, 2005.
18. Mark Villiger, *Customary International Law and Treaties: a Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, The Hague, 1997.

19. Јелена Вилус, Славко Царић, Стеван Шогоров, Душанка Ђурђевић, Драго Дивљак, *Међународно привредно право*, Нови Сад, 2012.
20. Bruno de Witte (editor), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen, 2001.
21. Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012.
22. Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001.
23. Danilenko Genadii, *Law making in the International community*, Dordrecht, 1993.
24. Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millenium*, London, 1998.
25. James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge, 2001.
26. Michele Graziadei, Ugo Mattei, Lionel Smith, *Commercial Trusts in European Commercial Private Law*, Cambridge, 2005.
27. Simon Greenberg, Christopher Kee, Romesh Weeramantry, *International Commercial Arbitration - An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge, 2010.
28. Stefan Grundmann, Jules Stuyk (editors), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002.
29. Terence Daintith (editor), *Implementing EC Law in the UK*, London, 1995.
30. Jean D'Aspremont, *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*, Oxford, New York, 2011.
31. Д. Дивљак, *Право спољне трговине*, Нови Сад, 2009.
32. L. DiMatteo (editor), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, 2013.
33. Malcolm Evans (editor), *International Law*, Oxford, 2005.
34. David Edvard, Robert Lane, *European Community Law An Introduction*, Edinburgh, 1995.
35. Reinhard Zimmerman, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.
36. R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law; The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001.
37. Pauwelyn Joost, Ramses Wessel, Jan Wouters (editors), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012.
38. Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952.

39. David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden, 1987.
40. Charles Kiss, Dinah Shelton, *Guide to International Environmental Law*, Leiden, Boston, 2007.
41. Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, Hague, 1996.
42. Ole Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague, London, Boston, 2000.
43. O. Lando, Eric Clive, Andre Prume, R. Zimmerman (editors), *Principles of European Contract Law*, Hague, 2003.
44. Elli Louka, *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and World Order*, New York, Cambridge, 2006.
45. Радомир Лукић, *Увод у право*, Београд, 1961.
46. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gessellschaft*, Frankfurt am Mein, 1984.
47. Steve Martin, *The Construction of Europe*, Oxford, 1994.
48. Pierre Mathijsen, *A Guide to European Union Law*, London, 1999.
49. Lucinda Miller, *The Emergence of EU Contract Law - Exploring Europeanization*, Oxford, 2011.
50. John Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, 2004.
51. Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2008.
52. Марко Павловић, *Услови, идеје и разлози за правну европеизацију Србије у Србија и европско право*, Крагујевац, 1996.
53. Mathias Reimann, R. Zimmermann (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006.
54. Pauline Remy-Corlay, Dominique Fenouillet (editors), *Les Concepts Contractuels Francais a l'heure du Droit Europeen des Contrats*, Paris, 2003.
55. John Rex (editor), *Approaches to Sociology*, London, 1974.
56. Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004.
57. Ruth Sefton-Green, *Mistakes, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, 2005.
58. Jan Smits, *The Making of European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Oxford, 2008.

59. Маја Станивуковић, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2004.
60. Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge, 2008.
61. D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000.
62. Henry Schermers, Joseph Henricus, Niels Blokker, Grief Nicolass, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Leiden, 2011.
63. Rudolf Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems; An Emerging Subject of Comparative Study*, Leiden, 1991.
64. R. Schlesinger, *Formation of Contracts, A Study of the Common Core of the Legal Systems I-II*, New York, 1968.
65. Clive Maximilian Schmitthof, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, London, 1981.
66. Ingeborg Schwenzer (editor), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005.
67. Tridimas Takis, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999.
68. Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, 2001.
69. Christian Twigg-Flesner, *The Europeanization of Contract Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2008.
70. Hartley Trevor, *The Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012.
71. Сандра Фишер Шобот, *Одговорност продавца за испоруку робе у међународном и домаћем праву*“, докторска дисертација, Нови Сад, 2009.
72. С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014.
73. Ian Fletcher, Loukas Mistelis, Marise Cremona (editors), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001.
74. Karl Heinz Ladeur (editor), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, 2004.
75. John Carter, *The Construction of Commercial Contracts*, Oxford, 2013.
76. Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008.
77. Clair Cutler, *Private Power and Flobal Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, 2003.

78. Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law; Cases and Materials*, Cambridge, 2010.

79. Стеван Шогоров, Зоран Арсић, *Уговори трговинског права*, Нови Сад, 2014.

## ЧЛАНЦИ

1. Kenneth Abbott, Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization*, vol. 54, no. 3, 2000, pp. 421-456.
2. Драгутин Аврамовић, *Омекшавањем права ка међународној владавини права?*, *Српска политичка мисао*, вол. 32, бр. 2, 2011, стр. 263-288.
3. Kenneth Armstrong, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, *European Law Journal*, vol. 8, 2002, pp. 102-132.
4. Anthony Aust, *The Theory and Practice of Informal International Instrument*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, no. 4, 1986, pp. 787-812.
5. C. von Bar, *A Common Frame of Reference for European Contract Law - Academic Efforts and Political Realities*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12, no. 1, 2008, pp. 1-10, <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>
6. C. von Bar, *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International*, vol. 10, 2005, pp. 17-26, <http://www.juridicainternational.eu/?id=12631>
7. C. von Bar, *Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference*, *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, pp. 350-361.
8. Jürgen Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, pp. 1169-1195.
9. J. Basedow, *Germany* in M. J. Bonell (editor) *A New Approach to International Commercial Contracts*, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 41-50.
10. J. Basedow, *The renascence of uniform law: European contract law and its components*, *Legal Studies*, vol. 18, no. 2, 1998, pp. 121-145.
11. J. Basedow, *Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration – General Report*, *Acts of the Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, *Uniform Law Review*, 2003, pp. 31-43.

12. Richard Baxter, *International Law in 'Her Infinite Variety'*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, no. 4, 1980, pp. 549–566.
13. Hugh Beale, *The Future of the Common Frame of Reference*, *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, pp. 245-256.
14. Loris Belanić, *Harmonizacija prava osiguranja u Evropskoj uniji s osvrtom na ugovorno pravo osiguranja*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 60, br. 3, 2010, pp. 1336-1368.
15. K. P. Berger, *The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification on European Contract Law*, *European Review of Private Law*, vol. 9, 2001, pp. 21-34.
16. S. Besson, *Theorizing the Sources of International Law* in S. Besson. John Tasioulas (editors), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010, pp. 1-9.
17. Richard Bilder, *Beyond Compliance: Helping Nations Cooperate* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 65-75.
18. Xavier Blanc Jouvan, *Reflections on The Common Core of European Private Law Project*, *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, no. 1, 2001, pp. 54-70.
19. Aymara Boggiano, *La Convention interamericane sur la loi applicable aux contracts internationaux et les Principes d'Unidroit*, *Uniform Law Review*, 1996, pp. 219-226.
20. M. J. Bonell, *Brendan Brown Lecture Series: UNIDROIT Symposium: Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT principles*, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, pp. 253-285.
21. M. J. Bonell, *Soft Law and Party Autonomy: The Case of UNIDROIT Principles*, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, pp. 229-252.
22. M. J. Bonell, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles*, *Uniform Law Review*, no. 233, 2007, pp. 233-245, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2007-2-bonell-e.pdf>
23. M. J. Bonell, *The UNIDROIT Principles 2010: An International Restatement of Contract Law*, *Symposium on the 2010 UNIDROIT Principles of International commercial Contracts: Towards a "Global Contract Law*, Washington D.C, 2011, pp. 1-25.

24. M. J. Bonnel, *The Unidroit Principles and Transnational Law*, Uniform Law Review, vol. 2, 2000, pp. 199-218.
25. M. J. Bonell, *UNIDROIT Principles: A Significant Recognition by United States District Court*, Uniform Law Review, vol. 3, 1999, pp. 651-663.
26. M. J. Bonell, *UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the Same Purpose?*, Uniform Law Review, vol. 2, 1996, pp. 229-246.
27. A. Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 48, no. 4, 1999, pp. 901-913.
28. A. Boyle, *Soft Law in International Law - Making*, in Malcolm Evans (editor), *International Law*, Oxford, 2005, pp. 141-157.
29. Charles Brower, Jeremy Sharpe, *The Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective*, Virginia Journal of International Law, vol. 45, 2004, pp. 199-221.
30. Edith Brown Weiss, *Understanding Compliance with Soft Law* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 535-554.
31. Grainne de Burca, *EU Race Discrimination Law: A Hybrid Model?*, in G. de Burca, Joan Scott (editors), *Law and Governance in the EU and the US*, Oxford, 2006, pp. 97-120.
32. Allen Buchanan, *From Nurnberg to Kosovo: The Morality of Illegal International Law*, Ethics, vol. 111, no. 4, 2001, pp. 673-680.
33. Мирко Васиљевић, *Пословно право Србије и Европска унија*, Право и привреда, бр. 1-4, 2009, стр. 11-46,
34. Anna Veneziano, *The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of UNIDROIT Experience*, Villanova Law Review, vol. 58, 2013, pp. 521-528.
35. J. Вилус, *Начела међународних трговинских уговора*, Правни живот, бр. 11, 1998, стр. 413-430.
36. J. Вилус, *UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора, 2004. – Прерађено и допуњено издање*, Правни живот, вол. 11, 2005, стр. 459-472.



37. Stefan Vogenauer, *Sources of Law and Legal Method in comparative Law*, in Mathias Reimann, R. Zimmermann (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, pp. 869-898.
38. S. Vogenauer, *Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law*, *European Review of Contract Law*, vol. 6, 2010, pp. 143-183.
39. P. Вукадиновић, *Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права* у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 29-55.
40. Р. Вукадиновић, *Предговор*, у Р. Вукадиновић (уредник), *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 5-16.
41. Р. Вукадиновић, *Тезе за расправу о неким тенденцијама у развоју савременог уговорног права*, *Правни живот*, број 5-6, 2009, стр. 21-31.
42. Dominik Vuletić, *Pravni aspekti Lisabonske strategije i budući izazovi - razrada s motrišta pravne prirode mekog prava*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 61, br. 3, 2011, str. 1011-1036.
43. Jeffrey Wah – Teck Chan, *Allocation of Work Among Formulating Agencies*, *Modern Law for Global Commerce*, Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, Vienna, 2007, pp. 1-6.
44. Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 413-442.
45. Justus Weiner, *Hard Facts Meet Soft Law, the Israel-plo Declaration of Principles and the Prospects for Peace: a Response to Katherine w. Meighan*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, no. 4, 1995, pp. 931-970.
46. Tadensz Grunchalla-Wesierski, *A Framework for Understanding Soft Law*, *McGill Law Journal*, vol. 30, 1984, pp. 37-87.
47. Wolfgang Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 2, 1991, pp. 229-248.

48. Richard Williamson, *Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypothesis (is International Law Relevant to Arms Control?)*, Chicago Journal of International Law, vol. 4, no. 1, 2003, pp. 59-82.
49. Jasnica Garašić, *UNCITRAL – ov Model zakona o prekograničnoj insolventiji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, poseban broj, str. 649-683.
50. Jacob Gersen, Eric Posner, *Soft Law*, Stanford Law Review, vol. 61, 2008, pp. 1-50.
51. Joseph Gold, *Strengthening the Soft International Law for Exchange Agreements*, American Journal of International Law, vol. 77, no. 3, 1983, pp. 443-489.
52. Roy Goode, *Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law*, The International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, no. 3, 2005, pp. 539-562.
53. Andrew Guzman, Timothy Meyer, *International soft law*, Journal of Legal Analysis, vol. 2, no. 1, 2010, pp. 171-225.
54. A. Guzman, *The Design of International Agreements*, The European Journal of International Law, vol. 16, no. 4, 2005, pp. 579-612.
55. Mark Dawson, *Soft Law and the Rule of Law in the European Union> Revision or Redudancy?*, European University Institute, Working Paper Robert Schuman Centre for Advanced Studies, no. 24, 2009, pp. 1-16, [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11416/RSCAS%202009\\_24.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11416/RSCAS%202009_24.pdf?sequence=1)
56. Anthony D'Amato, *International Soft Law, Hard Law, and Coherence*, Northwestern Publice search Paper, No. 08-01, 2008, pp. 1-31. <http://ssrn.com/abstract=1103915>
57. Alan Dashwood, *The Limits of European Community Powers*, European Law Review, vol. 21, no. 2, pp. 113-128.
58. J. D'Aspremont, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, The European Journal of International Law, vol. 19, no. 5, pp. 1075-1093.
59. J. D'Aspremont, Tanja Aalberts, *Symposium on Soft Law*, Leiden Journal of International Law, vol. 25, no. 2, 2012, pp. 309-372.
60. Huang Dahan, *The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China*, Uniform Law Review, vol. 8, 2003, pp. 107-117.

61. Henry Deeb Gabriel, *Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference*, Brooklyn Journal of International Law, vol. 34, no. 3, 2009, pp. 655-672.
62. Д. Дивљак, *О правном регулисању нових трговинских уговора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 43, бр. 3, 2009, стр. 139-150.
63. Larry DiMatteo, *Soft law and the principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration*, The Chinese Journal of Comparative Law, vol. 10, 2013, pp. 1-35.
64. L. DiMatteo, *Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law*, Harvard International Law Journal, vol. 43, 2002, pp. 569-581.
65. Branson Douglas, *Teaching Comparative Corporate Governance: the Significance of "Soft Law" and International Institutions*, Georgia Law Review, vol. 34, 2000, pp. 1-46. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=253950](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253950) .
66. Атила Дудаш, *Од Начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила*, Анали Правног факултета у Београду, вол. 60, бр. 1, 2012, стр. 319-336.
67. Pierre Marie Dupuy, *Soft Law and the international Law of the Enviroment*, Michigan Journal of International Law, vol 12, no. 2, 1991, pp. 420-435.
68. Славко Ђорђевић, *Принципи европског уговорног права осигурања - будући опционални инструмент права ЕУ?*, Ревизија права осигурања, бр. 2, 2011, стр. 19-28.
69. Д. Ђурђевић, *Допринос Уједињених нација унификацији правила међународног привредног права*, Гласник Адвокатске коморе Војводине-Часопис за правну теорију и праксу, вол. 67, бр. 10, 1995, стр. 376-381.
70. Д. Ђурђевић, *Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 44, бр. 2, 2010, стр. 65-82.
71. Д. Ђурђевић, *Разлози за поништај арбитражне одлуке*, Право – теорија и пракса, вол. 13, бр. 11-12, 1996, стр. 126-134.
72. Д. Ђурђевић, *Soft law у европском комуитарном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 47, бр. 1, 2013, стр. 101-116.

73. Д. Ђурђевић, *Спољно трговинско пословање малих и средњих предузећа*, Право – теорија и пракса, вол. 16, бр. 7-8, 1999, стр. 10-18.
74. Јована Ђуричић, Марија Мркишић, *О модел законима УНЦИТРАЛ-а с посебним освртом на модел законе у области јавних набавки и инфраструктурног развоја*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2013, стр. 559-574.
75. Horst Eidenmuller, *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 4, 2008. pp. 659-708.
76. Bruno Zeller, *The UNIDROIT Principles of Contract Law: Is There Room for Their Inclusion into Domestic Contracts*, Journal of Law and Commerce, vol. 26, 2006-7, pp. 115-127.
77. Karl Zemanek, *Is the Term "Soft Law" Convenient?*, in Liber amicorum professor Ignaz Seidl – Hohenveldern, in honor of his 80th birthday, Hague, 1998, pp. 843-862.
78. Chris Ingelse, *Soft Law*, Polish Yearbook of International Law, vol. 20, 1993, pp. 75-90.
79. Srećko Jelinić, Dubravka Akšamović, *Ugovorno pravo Evropske unije na prekretnici*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 1, 2010, str. 203-254.
80. Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement, 2010, pp. 1-17, [http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335592180/soft\\_law\\_in\\_international\\_arbitration\\_kaufmann-kohler.pdf](http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335592180/soft_law_in_international_arbitration_kaufmann-kohler.pdf)
81. Steven Kennett, *Hard Law, Soft Law and Diplomacy: the Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment*, Alberta Law Review, vol. 31, 1993, pp. 653-671.
82. Claire Kilpatrick, *New EU Employment Governance and Constitutionalism*, in G. de Burca, J. Scott (editors), *Law and Governance in the EU and the US*, Oxford, 2006, pp. 121-155.
83. Christian Kirchner, *A European Civil Code: Potential, Conceptual and Methodological Implications*, Davis Law Review, vol. 31, 1998, pp. 671-692.
84. J. Klabbers, *Review of Jose Alvarez, International Organizations as Law Makers*, International Organizations Law Review, vol. 3, 2006, pp. 153-158.

85. J. Klabbers, *Reflections of Soft International Law in Privatized World*, Finnish Yearbook of International Law, vol. 16, 2005, pp. 313-328.
86. J. Klabbers, *Reflections on Soft Law in a Privatized World*, Lakimies, vol. 104, no. 7-8, 2006, pp. 387-398.
87. J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, pp. 167-182.
88. Alexander Komarov, *The Unidroit Principles of International Commercial contracts: A Russian View*, Uniform Law Review, vol. 1, 1996, pp. 247-254.
89. Heinz Kotz, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 50, 1986, pp. 1-18.
90. Herbert Kronke, *Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law*, Loyola Law Review, vol. 40, no. 51, 2005, pp. 287-301.
91. O. Lando, *A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, Uniform Commercial Code Law Journal, vol. 37, no. 2, 2004, pp. 3-46.
92. O. Lando, *Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 56, 1992, pp. 261-273.
93. O. Lando, *Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Moving from Harmonisation to Unification?*, Uniform Law Review, vol. 11, 2003, pp. 123-133.
94. O. Lando, *Some Features of the Law of Contract in the third Millennium*, Scandinavian Studies in Law, vol. 40, 2000, pp. 345-401, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf>
95. O. Lando, *The Future Development of the Principles of European Contract Law and a European Civil Code*, in Gavin Barret, Ludovic Bernadeau (editors), *Towards a European Civil Code. Reflections on the codification of civil law in Europe*, ERA forum, Special Issue, Trier, 2002, pp. 40-46.
96. O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria*, in J. Basedow (editor), *Private Law in the International Arena*, Hague, 2000, pp. 391-404.

97. O. Lando, *The Rules of European Contract Law* in Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103, Brussels, 1999, pp. 127-136. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html>
98. O. Lando, *The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)*, European Review of Contract Law, vol. 3, 2007, pp. 257-276.
99. O. Lando, *The Common Core of European Private Law and Principles of European Contract Law*, Hastings International and Comparative Law Review, vol. 21, 1998, pp. 809-823.
100. O. Lando, *Can Europe Build Unity of Civil Law While Respecting Diversity?*, Europa e diritto privato, vol. 1, 2006, pp. 1-18.
101. Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, Modern Law Review, vol. 60, 1997, pp. 44-63.
102. Joseph Lookofsky, *Denmark*, in M. J. Bonell (editor), *A New Approach to International Commercial Contracts*, The Hague, Oxford, Boston, 1999, pp. 71-77.
103. J. Lookofsky, *Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules*, The American Journal of Comparative Law, vol. 39, 1991, pp. 403-416, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky6.html>
104. Elvedin Mamela, *UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 13, 2013, str. 75-100.
105. Lord Jonathan Mance, *The Common Frame of Reference*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, vol. 3, 2010, pp. 457-470.
106. Herminio Martins, *Time and Theory in Sociology*, in John Rex (editor), *Approaches to Sociology*, London, 1974, pp. 248-294.
107. Ugo Mattei, *Hard Minimal Code Now. A Critique of Softness and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, in S. Grundmann, J. Stuyk (editors), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, pp. 215-233.
108. Lars Meyer, *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of*

- European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 34, no. 9, 2006, pp. 119-143.
109. Timothy Meyer, *Soft Law as Delegation*, Fordham International Law Journal, vol. 32, no. 8, 2009, pp. 888-942.
110. Loukas Mistelis, *Is Harmonisation a Necessary Evil? – The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law* in Ian Fletcher, L. Mistelis, Marise Cremona (editors) *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001, pp. 3-27.
111. М. Мркшић, *Перспектива soft law извора у праву осигурања Европске уније-разрада са становишта Начела европског уговорног права осигурања*, Зборник радова са XVI међународног научног скупа „Осигурање и накнада штете“, Златибор, 2013, стр. 101-113.
112. М. Мркшић, *Потенцијал хармонизације и предности употребе soft law извора у области међународних трговинских уговора*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 9, 2013, стр. 439-458.
113. М. Мркшић, Ј. Ђуричић, *Примена soft law извора на регулисање јавно-приватног партнерства у Европској унији*, Право и привреда, бр. 4-6, 2013, стр. 618-631.
114. Marieke Odekerk, *The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research*, European Review of Contract Law, vol. 3, 2007, pp. 332-349.
115. Mary Ellen O’Connell, *The Role of Soft Law in a Global Order* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 100-115.
116. Јелена Перовић, *Примена lex mercatoria пред међународном трговинском арбитражом*, Право и привреда, бр. 4-6, 2013, стр. 490-498.
117. Ј. Перовић, *Принципи европског уговорног права и UNIDROIT принципи*, Правни живот, вол. 49, бр. 5-6, 2000, стр. 143-150.
118. Ј. Перовић, *Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права*, Анали Правног факултета у Београду, вол. 1, 2012, стр. 185-202.

119. Anne Peters, *Isabella Pagotto*, "Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective", *New Modes of Governance*, vol. 4, no. 11, 2006, pp. 1-35, <http://ssrn.com/abstract=1668531>
120. Silvija Petrić, *Uvod u Načela evropskog ugovornog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008, str. 1-36.
121. Slot Piet, *Harmonization*, *European Law Review*, vol. 21, no. 5, 1996, pp. 378-397.
122. Maja Proso, Marija Štambuk, *Principi evropskog ugovornog prava s osvrtom na ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu po novom ZOO-u*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 45, br. 4, 2008, str. 901-914.
123. Mathias Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 673-684.
124. Wolfgang Reinicke, Jan Martin Witte, *Interdependence, Globalization and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 75-100.
125. Willem Riphaen, *From Soft Law to Ius Cogens and Back*, *Overdruk van: Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 17, no. 2, 1987, pp. 81-99.
126. Anna di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, no. 3, 2006, pp. 499-554.
127. Јоанис Рокас, *Принципи европског уговорног права осигурања као напредан и уравнотежен систем заштите уговарача осигурања*, Ревизија за право осигурања, бр. 1, 2013, стр. 32-36.
128. Ј. Рокас, *У Сусрет хармонизацији прописа европског права осигурања*, Зборник радова „Усклађивање осигурања Србије са системом осигурања Европске уније“, VIII саветовање Удружења за право осигурања Србије, Палић, 2007, стр. 13-27.
129. Arthur Rosett, *Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, pp. 683-697.



130. Leila Nadia Sadat, *An American Vision for Global Justice: Taking the Rule of (International) Law Seriously*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 4, no. 2, 2005, pp. 329-344.
131. L. Senden, Prechal Sasha, *Differentiation in and through Community Soft Law* in Bruno de Witte (editor), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen, 2001, pp. 181-203.
132. L. Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9, no. 1, 2005, pp. 1-26.
133. Јован Славнић, *Предлог тема за јавну расправу о решењима која нису прихваћена у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије у односу на уговор о осигурању*, Европска ревија за право осигурања, бр. 1, 2012, стр. 27-37.
134. Jan Smits, *The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward*, European Review of Contract Law, vol. 3, 2008, pp. 270-280.
135. James Smith, *Mediation and the Principles of Unidroit*, Contractacion internacional. Commentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit, Mexico, 1998, pp. 237-251, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=138>
136. Francis Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, Modern Law Review, vol. 56, no. 1, 1993, pp. 19-56.
137. F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law*, in Terence Daintith (editor), *Implementing EC Law in the UK*, London, 1995, pp. 51-87.
138. Lorne Sossin, Charles Smith, *Hard Choice and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government*, Alberta Law Review, vol. 40, 2003, pp. 867-893, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911267](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911267)
139. Lisa Spagnolo, *CISG as Soft Law and Choice of Law*, in L. DiMatteo (editor), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge, 2013, pp. 218-237.
140. Иванка Спасић, *UNIDROIT- Допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права*, Страни правни живот, вол. 42, бр. 2, 2009, стр. 27-53.
141. М. Станивуковић, *Инструменти хармонизације и унификације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на Начела европског*

- уговорног права, у Р. Вукадиновић (уредник) *Начела европског уговорног права и југословенско право–прилог хармонизацији домаћег законодавства*, 2001, стр. 57-93.
142. Paul Stephan, *Accountability and International Lawmaking: Rules, Rents and Legitimacy*, Northwestern School of Law Journal of International Law & Business, vol. 17, 1997, pp. 681-735.
143. Драгољуб Стојановић, *Појам „хармонизирања“, „хармонизације“ и „хармоније“ домаћег права са правом Европске уније*, у Р. Вукадиновић (уредник) *Начела европског уговорног права и југословенско право–прилог хармонизацији домаћег законодавства*, 2001, стр. 95-104.
144. D. Shelton, *Law, Non-Law and the Problem of “Soft Law”*, in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 1-20.
145. D. Shelton, *Soft Law. Handbook of International Law*, George Washington University, Legal Studies Research Paper No. 322, 2008, pp. 1-30, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003387](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387)
146. D. Shelton, *The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 554-556.
147. D. Shelton, *Compliance with International Human Rights Soft Law*, in Edith Brown Weiss (editor), *International Compliance with Nonbinding Accords*, Washington DC, The American Society of International Law, no. 29, 1997, pp. 120-122.
148. Armin Schafer, *Beyond the Community Method. Why the Open Method of Coordination was Introduced to EU Policy Making*, European Integration online papers, vol. 8, no. 13, 2004, pp. 1-19, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-013a.htm>
149. A. Schafer, *Resolving Deadlock: Why International Organization Introduce Soft Law*, European Law Journal, vol. 12, 2006, pp. 194-208.
150. Gregory Schaffer, Mark Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, Minnesota Law Review, vol. 94, 2010, pp. 712-798, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1426123](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426123)

151. G. Schaffer, M. Pollack, *How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists*, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper No. 45, pp. 1-68, <http://www.ssrn.com/link/SIEL-InauguralConference.html>
152. Gunther Teubner, *Global Private Regimes Neo Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, in Karl Heinz Ladeur (editor) *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, 2004, pp. 71-87.
153. David Trubek, Patrick Cottrell, Mark Nance, *Soft Law, Hard Law and the European Integration > Toward a Theory of Hybridity*, *European Law Journal*, vol. 11, no. 5, 2005, pp. 1-42.
154. D. Trubek, Louise Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, *European Law Journal*, vol. 11, no. 3, 2005, pp. 343-364.
155. Jose Angelo Estrella Faria, *Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?*, *Uniform Law Review*, vol. 14, no. 1-2, 2009, pp. 5-34.
156. Allan Farnsworth, *An International restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *University of Baltimore Law Review*, vol. 26, 1997, pp. 1-7.
157. A. Farnsworth, *Closing Remarks at symposium on UNIDROIT Principles*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, pp. 699-702.
158. Verena Rošic Feguš, *The Growing Importance of Soft Law in the EU*, *Intereulaweast*, vol. 1, no. 1, 2014, pp. 145-161.
159. Malgosia Fitzmaurice, *International Protection of the Environment*, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, The Hague, Boston, London, 2001, vol. 293, pp. 9-48.
160. С. Фишер Шобот, *Ослобођење продавца од одговорности према чл. 80. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 47, бр. 2, 2013, стр. 449-460.
161. Arthur Hartkamp, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope*, *Acts of the Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the*

- Founding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *Uniform Law Review*, 2003, pp. 1-14, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/private\\_law\\_university\\_amsterdam\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/private_law_university_amsterdam_en.pdf)
162. Peter Hass, *Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 43-64.
163. Amos Hershey, *History of International Law since Westphalia*, *American Journal of International Law*, 1912, vol 6, pp. 1-46, <http://www.myheritage.hu/research/collection-90100/publikalt-gy%C5%B1jtemenyek-forrasai?itemId=23446009&action=showRecord>
164. Hartmut Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, *European Journal of International Law*, vol. 10, no. 3, 1999, pp. 499-515.
165. Ewoud Hondius, *European Private Law – Survey 1998-2000*, *European Review of Private Law*, vol. 2, 2000, pp. 385-416.
166. Fabian Cardenas Castaneda, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13, no. 13, 2013, pp. 355-403.
167. Jacquetta Castle, Emily Bourne, *European insurance law reform – are we getting ourselves in a PEICL?*, *Complinet-Pinsent Masons*, 2007, pp. 1-4.
168. John Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, *European Review of Private Law*, vol. 17, no. 2, 2009, pp. 155-175.
169. Олга Цвејић Јанчић, *У Паризу основан Европски правни институт*, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 2, 2011, стр. 434-436.
170. Cynthia Craford, *Hard Law vs. Soft Law: Unnecessary Dichotomy? International Monetary and Financial Law Upon Entering The New Millenium: A Tribute to Sir Joseph And Ruth Gold*, *British Institute of International and Comparative Law*, London, 2001, pp. 1433-1441.
171. Fabrizio Cafaggi, Agnieszka Janzuck, *Private Regulation and Legal Integration: The European Example*, *Business and Politics*, vol 12, no. 3, 2010, pp. 1-40.

172. Jonathan Charney, *Compliance With International Soft Law* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 115-120.
173. Christine Chinkin, *Normative Development in the International Legal System* in D. Shelton (editor), *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 21-42.
174. C. Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, pp. 850-866.

### ИЗВОРИ СА ИНТЕРНЕТА

1. База података UNILEX-а <http://www.unilex.info/> (приступљено 7.06.2015).
2. База публикација у оквиру пројекта The Common Core of European Private Law <http://www.common-core.org> (приступљено 12.06.2015).
3. База података о судској и арбитражној пракси у погледу UNCITRAL инструмената [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html) (приступљено 22.08.2015).
4. База података Саветодавне комисије <http://www.cisgac.com/> (приступљено 22.05.2015).
5. База података Центра за транснационално право <http://www.central.uni-koeln.de/0/content/13/> (приступљено 12.12.2015).
6. Међународни институт за унификацију приватног права <http://www.unidroit.org/> (приступљено 22.01.2016).
7. Комисија УН за међународно трговинско право <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html> (приступљено 17.04.2015).
8. Међународна трговинска комора <http://www.iccwbo.org/> (приступљено 29.11.2015).
9. Хашка конференција за међународно приватно право [http://www.hcch.net/index\\_en.php](http://www.hcch.net/index_en.php) (приступљено 16.07.2015).
10. Економска комисија УН за Европу <http://www.unece.org/info/ece-homepage.html> (приступљено 2.02.2016).
11. Европски правни институт <http://www.europeanlawinstitute.eu/> (приступљено 26.02.2016).

12. Национални одбор МТК Србије <http://www.pks.rs/MSaradnja.aspx?id=77&p=2&> (приступљено 30.06.2015).
13. Међународна правна асоцијација <http://www.ila-hq.org/> (приступљено 15.04.2015).
14. Међународна БАР асоцијација <http://www.ibanet.org/> (приступљено 7.09.2015).