

Сара Ландини (Sara Landini)*

Увод у италијанско приватно право

1. Приватно право и јавно право

Оксфордски правни речник дефинише приватно право као „област права која се бави оним аспектима односа између појединаца који нису од директног значаја за државу, [која] обухвата стварно право, породично право, облигационо право, привредно право и одштетно право“.¹ Ова дефиниција приватног права подразумева и строгу дистинкцију између приватног и јавног права. Међутим, анализа италијанског права показује да је дату поделу нужно поново размотрити, како у светлу садржине релевантних закона тако и спрам постојеће судске праксе. Већ чл. 1-*bis* Закона бр. 241/1990 о управном поступку² и чл. 2, ст. 4. Закона бр. 163/2006 о јавним уговорима³ доводе у питање ову поделу када кажу да се Грађански законик Италије⁴ примењује на послове у надлежности јавне управе, а посебно на уговоре које она склапа, ако се на њих не примењују одредбе посебних закона из области јавног права. Још један добар пример за ову тврдњу је да до пре две деценије судска пракса није била изнедрила јасан став о одговорности јавне управе за штету насталу њеним нечињењем. Италијански Врховни суд је тек 1999. године, узимајући у обзир мишљење еминентних правних стручњака, усвојио став да јавна управа може причинити штету физичким лицима уколико не делује у складу са својим овлашћењима,⁵ а да се одштетна

* Професор приватног права на Правном факултету Универзитета у Фиренци, ORCID: 0000-0001-7572-8707, [sara.landini\(AT\)unifi.it](mailto:sara.landini(AT)unifi.it)

¹ Jonathan Law (ed), *Oxford Dictionary of Law* (Oxford University Press 2009) 2204.

² Legge n. 241, del 7 agosto 1990, *Gazzetta Ufficiale* n. 192/1990.

³ Decreto Legislativo n. 163, del 12 aprile 2006, *Gazzetta Ufficiale* n. 100/2006.

⁴ Грађански законик Италије датира из 1942. године а последњи пут је мењан априла 2022. Codice Civile, Regio Decreto n. 262, del 16 marzo 1942, *Gazzetta Ufficiale* n. 79/1942, aggiornato con le ultime modifiche apportate dal Decreto-Lege no. 36, del 30 aprile 2022 (*Gazzetta Ufficiale* n. 150/2022).

⁵ Sentenza del Corte Casazione, n. 500/1999 del 22 luglio 1999.

одговорност јавне управе има утврдити применом општих правних начела и начела садржаних у Грађанском закону.

Једнако вредан пример је и препознавање улоге грађана, као појединаца и као чланова удружења, у промовисању активности од општег интереса које као такве имају јавноправне елементе, кроз реформу спроведену Уставним законом бр. 3 од 18. октобра 2001.⁶ У вези са овим, чл. 118. италијанског Устава⁷ каже: „Јавна овлашћења се поверавају општинама, осим ако, у циљу задовољавања њиховог јединственог вршења нису поверена покрајинама, градовима метрополама (*città metropolitane*), регионима или држави, у складу са начелима супсидијарности, диференцијације и пропорционалности. Држава, региони, градови метрополе, покрајине и општине подстичу аутономне иницијативе грађана, како појединаца тако и удружења грађана, у вези са предузимањем активности од општег интереса, а на основу начела супсидијарности“. Значење начела супсидијарности, на које се чл. 118. позива, је да јавна овлашћења треба доделити најмањој јединици територијалне организације која је у стању да их реализује, или чак и појединцима или удружењима који делују независно, јер су они ближи грађанима и могу да обављају активности које не захтевају велике ресурсе знатно ефикасније од органа јавне управе.⁸

2. Хијерархија извора права у италијанском правном систему

Италијански систем приватног права, као и остале гране права, почива на хијерархији правних норми која подразумева јасно утврђен однос између правних аката и хијерахијског положаја органа надлежних за њихово спровођење.⁹ У чл. 1. уводног поглавља италијанског Грађанског законика успостављена је следећа хијерархија извора приватног права: 1. закони; 2. уредбе и други секундарни правни акти, 3. правни обичаји. Чланство Италије у Европској заједници (ЕЗ), касније

⁶ Legge Costituzionale n. 3, del 18 ottobre 2001, *Gazzetta Ufficiale* n. 248/2001.

⁷ Costituzione della Repubblica Italiana, del 1 gennaio 1948, *Gazzetta Ufficiale* n. 298/1947.

⁸ Видети George Gelauff, Isabel Grilo, Arjan Lejour, *Subsidiarity and Economic Reform in Europe* (Springer 2008); Jacques H. Drèze, 'On the interaction between subsidiarity and interpersonal solidarity' in André Decoster (ed), *Rethinking Belgium's Institutions in the European Context* (Re-Bel e-book 1 2009) 10-18; Mario Nuzzo, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato* (Giappichelli 2014).

⁹ Giovanni Iudica, Paolo Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato* (CEDAM 2003).

Европској унији (ЕУ), довело је до тога да *acquis communautaire* има и директан или индиректан утицај на њене законе и постане део њеног правног система. Но, ситуација у погледу извора приватног права је још много сложенија. Број норми приватног права садржаних у различитим правним актима, од Устава, преко права Европске уније, међународних уговора, па до закона и других прописа, створених да би се задовољиле потребе друштва данашњице које карактеришу непрестане промене у приватноправном домену, те њихова сложена међусобна интеракција, доводи у питање правну сигурност која почива на принципу хијерархије правних аката, те даје све већи значај улози судија, односно судском тумачењу права. Научници у том смислу говоре о „сложености права“.¹⁰ Овом разматрању треба додати и околност да чл. 117. Устава, измењен 2001. године, поверава законодавна овлашћења и „регионима у складу са Уставом и ограничењима која проистичу из законодавства ЕУ и међународних обавеза“.

Република има искључиву законодавну надлежност у следећим областима:

- а) спољна политика и међународни односи Републике; односи између Републике и Европске уније; право на азил и правни статус држављана држава које нису чланице ЕУ;
- б) имиграција;
- ц) односи између Републике и верских заједница;
- д) одбрана и оружане снаге, итд.

Међународни односи региона и односи региона са ЕУ, спољнотрговински односи, право на рад и сигурност запослења, образовање, итд, су области које спадају у домен подељене законодавне надлежности између Републике и региона. Све ово говори да је правна сигурност која почива на јасној хијерархији правних извора угрожена и оваквом поделом надлежности јер она чини правни систем још комплекснијим. Судије настоје да се снађу у овако сложеном правном систему примењујући редовне законе у складу са правом Европске уније и Уставом.

2.1. Устав и приватно право

Устав Републике Италије, усвојен 22. децембра 1947. године, као и већина других писаних устава поставља основна начела, права и дужности грађана, и уређује организацију Републике. Сходно чл. 136.

¹⁰ Paolo Grossi, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto* (Satura 2009).

сваки закон мора да буде у складу са Уставом, а надлежност Уставног суда је да спроводи поступак испитивања уставности општих правних аката. И летимичан поглед на италијанску судску праксу указује на то да уставни принципи играју значајну улогу у еволуцији приватног права, иако се Уставни суд у последње време све ређе изјашњава о уставности закона и позива судије да тумаче закон у духу Устава.¹¹ Према мишљењу италијанских правних стручњака, ово је довело до тога да судије морају саме да спроводе уставне одредбе.¹²

Устав гарантује основна права грађана чије се ефикасно спровођење обезбеђује и њиховом приватноправном заштитом. Доктрина већ неко време говори о „непосредној примени“ уставних одреби од стране судија, желећи да судије на овај начин разматрају не само питања која су била актуелна у време писања Устава, као што су она садржана у расправи о прескриптивној или програмској природи уставних норми, већ и питања која су данас актуелна. У том смислу, једна од главних тема којом се бави данашња уставноправна теорија је да ли би уставна норма могла да самостално буде основ за признавање постојања неког права, и да на њој, у том смислу, буде заснована и сама судска одлука, те питањем могућности да физичко лице заснује свој тужбени захтев против другог физичког или правног лица за кршење неког његовог-њеног права позивањем на уставне одредбе којима се гарантују основна права (тзв. *Drittwirkung*).¹³ Овде у наше разматрање морамо увести основне уставноправне норме којима је дефинисан појединац, као индивидуа и као припадник одређене друштвене групе. Према чл. 2. Устава „Република признаје и гарантује неповредивост људских права, било да се ради о појединцу или друштвеној групи унутар које појединац изражава своју личност, и обезбеђује остваривање неприкосновене дужности политичке, економске и друштвене солидарности“.

¹¹ Sentenza del Corte Costituzionale, n. 356/1996 del 14-22 ottobre 1996. Видети Giuseppe Ugo Rescigno, 'Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico' (2009) 11 (1) Diritto pubblico 29; Riccardo Guastini, 'Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica' (2004) 10 (3) Diritto pubblico 931; Alessandro Pace, 'Metodi interpretativi e costituzionalismo' (2001) 1 Quaderni costituzionali 35.

¹² Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* (ESI 1991).

¹³ Maurizio Fioravanti, 'L'attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale' in Barbara Pezzini, Mauro Baronchelli (eds) *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino* (2007).

Као што каже Еинауди (Einaudi), италијански теоретичар права из друге половине прошлог века: „Устав признаје право грађана да буду остављени на миру и право да свој живот остварују кроз активности које су производ њиховог слободног избора, и као појединци и као чланови заједнице. Али то не само да онемогућава држави да ограничава ове слободе, већ се тиме од државе захтева да кроз институције које је творе обезбеди услове за остварење права на рад, социјалну заштиту и образовање, која се данас сматрају суштинским аспектом сваког организованог политичког друштва“.¹⁴ Члан 3, који каже да су „[с]ви грађани истоветни у свом друштвеном достојанству и једнаки пред законом“, указује на неке од основних принципа који би требало да усмеравају процес тумачења закона: рационалност, пропорционалност и солидарност. Приватне сфере живота појединца заштићене су кроз право на слободу личности, које је неповредиво (чл. 13, ст. 1. Устава) као и право на неповредивост стана (чл. 14, ст. 1. Устава). И право на удруживање је међу основним правима гарантованим Уставом. Према чл. 18. „Грађани имају право да слободно и без претходног одобрења оснивају удружења за оне циљеве који нису забрањени кривичним законом“. Међутим, из перспективе приватног права, најважнија уставна норма о приватној аутономији садржана је у чл. 41. који, као што ћемо видети касније, гарантује слободу предузетништва.

Члан 32. Устава, који предвиђа да „Република обезбеђује здравствену заштиту као основно право појединца“, имао је изузетан значај када је реч о одштетном праву. У ствари, члан 2059. Грађанског законика обавезује на накнаду нематеријалне штете само у случајевима предвиђеним законом, као што је то случају са накнадом нематеријалне штете настале повредом неког личног добра до које је дошло извршењем кривичног дела, предвиђене чл. 185. Кривичног законика. Међутим, овде би требало разумети да и одредбе Устава спадају међу законске одредбе које помиње чл. 2059. Грађанског законика, па тако у случају повреде права појединаца на здравствену заштиту (чл. 32. Устава) судије могу одредити накнаду и за нематеријалну штету која је тиме проузрокована.¹⁵ Устав је имао изузетан утицај и на тумачење

¹⁴ Mario Einaudi, 'The Constitution of the Italian Republic' (1948) 42 (4) American Political Science Review 661-676.

¹⁵ Одлуком Уставног суда из 2003. признају се нематеријални губитци не само у случају повреде кривичног закона или других законских одредби, већ и у случају повреде колективних интереса заштићених Уставом (*lesione di interessi di rango*

норми породичног права,¹⁶ увевши принцип равноправности супружника и деце рођене у браку и ван њега.

Овде треба подсетити и на уставне одредбе о економским правима и дужностима које су имале велики значај у еволуцији концепта приватне аутономије и приватне својине. Члан 41. Устава гарантује слободу предузетништва, али се ово право не може вршити на начин који штети општем добру или који би могао да угрози безбедност, слободу и људско достојанство. Дакле, чини се да Устав признаје приватну аутономију али је и омеђава дужношћу да се делује на друштвено одговоран начин. Право својине је гарантовано, али не како основно право. То се види из ограничења приватне аутономије захтевом да се кроз њено остваривање уједно остварују и колективни интереси. Сходно члану 42. Устава приватна својина се признаје и гарантује законом, који прописује начин на који се она стиче, ужива, те ограничења овог права неопходна како би се осигурала њена друштвена функција.

На крају, треба приметити да се уставом заштићене основне вредности узимају у обзир и приликом тумачења општих начела приватног права. У континенталним правним системима, законодавци се приликом нормирања неког приватноправног питања позивају на општа правна начела као што су: начело савесности и поштења (чл. 1366, 1175, 1375. Грађанског законика, чл. 33. Закон о потрошачима¹⁷); начело правичности (чл. 1374. Грађанског законика), и користе правне појмове као што је појам „јавног поретка“ (чл. 1343. Грађанског законика). Услед тога што садржина ових начела и правних појмова не произилази из њих самих, него је за њу неопходно предузети чин тумачења права, општа правна начела чине улогу судија у стварању права још битнијом. Када су у питању општа начела, судија мора да пронађе конкретну правну норму коју ће применити у конкретном случају полазећи од основних вредности које су садржане у

costituzionale). Видети: *Sentenza del Corte Costituzionale*, n. 233/2003 del 30.6 - 11.7. 2003.

¹⁶ У члану 29. Устава стоји да „Република признаје права породице као природне заједнице засноване на браку. Брак почива на моралној и правној равноправности супружника у границама које закон предвиђа да би се гарантовало јединство породице“. Сходно чл. 30. „Дужност је и право родитеља да издржавају, васпитавају и образују своју децу, укључујући и ону рођену ван брака. У случају немогућности родитеља, закон ће уредити начин извршавања ових дужности. За свако дете рођено ван брака закон обезбеђује мере правне и социјалне заштите у складу са правима чланова законите породице“.

¹⁷ Decreto Legislativo n. 206, del 6 settembre 2005, *Gazzetta Ufficiale* n. 235/2005.

општим правним начелима. Стога општа начела могу имати значајну функцију у обезбеђивању равнотеже између обавезујуће снаге закона и конкретних друштвено-економских питања на које се он има применити.¹⁸ Размислимо, на пример, о значењу појма „јавни поредак (*ordine pubblico*). Он је настао од француског „*ordre public*“ и евоцира основне принципе правног система садржане у Уставу.¹⁹ Сходно чл. 1343. и 1346. Грађанског законика, уговор је неважећи ако су његов предмет или циљ супротни јавном поретку и добром моралу. Дакле, уговор о куповини или продаји гласова или политичког утицаја је противзаконит и ништаван јер је у супротности са принципима садржаним у појму „јавни поредак“. У ствари, такав уговор је противан и чл. 48. Устава који каже: „Биначко право има сваки грађанин, мушкарац или жена, који је постао пунолетан. Гласање је лично, слободно и тајно и сваки глас једнако вреди.“ За крај овог поглавља, треба поменути и значај поступка судског испитивања уставности општих аката, односно значај креативног приступа Врховног суда тумачењу права за еволуцију италијанског приватног права, као и за однос између правосудне и законодавне власти.

2.2. Право Европске уније и италијанско приватно право

Право Европске уније је у великој мери утицало на националне системе приватног права, па и на италијанско приватно право на који су посебан утицај извршиле директиве из области заштите потрошача, права осигурања, итд.²⁰ Као што је добро познато, директива је законодавни акт Европске уније, „обавезујућа за сваку државу чланицу којој је упућена у погледу резултата који се њоме жели постићи, док је националним властима препуштен избор облика и метода за њено спровођење“ (чл. 288. „Уговора о функционисању Европске уније“).

Не смемо пренебрегнути ни утицај на приватно право одредби Европске конвенције о људским правима и основним слободама²¹

¹⁸ У вези са опсегом и садржајем начела савесности и поштења у Италији, видети Onofrio Troiano, 'Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario', 2/2006 Contratti.

¹⁹ Giovanni Battista Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto* (Giuffrè 1970).

²⁰ Paolo Grossi, *A History of European Law (Making of Europe)* (Blackwell Publishing 2010).

²¹ Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, of 4 November 1950, ETS 5.

и Повеље Европске уније о основним правима²², које успостављају читав низ грађанских, политичких, економских и социјалних права за грађане и сва лица са пребивалиштем на територијама држава потписница, односно на територији Европске уније. Овај други документ, Повеља Европске уније о основним правима сада представља део Лисабонског уговора који је потписан 2007. године, а у Италији ратификован 2008. године.²³ Према њеном члану 51. „Одредбе ове повеље односе се на органе, тела, канцеларије и агенције Уније, уз поштовање начела супсидијарности, а на државе чланице само онда када спроводе право Уније. Они, према томе, поштују права, воде рачуна о начелима и подстичу њихову примену, у складу са својим надлежностима и уз поштовање граница надлежности које су Уговорима поверене Унији.“ Одредбе о основним правима утврђеним у Повељи, као што су право на достојанство, забрана дискриминације, итд. имају знатан утицај на италијански систем приватног права.

Овде треба уочити још један битан аспект односа између права Европске уније и приватног права држава чланица. Током процеса европских интеграција, *acquis communautaire* је веома утицао на националне системе приватног права али су и национални системи приватног права држава чланица Европске уније утицали на процес европских интеграција.²⁴ У овом контексту вреди поменити пројекат „Заједничко језгро европског приватног права“ (Common Core Project) који је окупио више од стотину правних стручњака претежно из Европе и Сједињених Америчких Држава. Кроз овај пројекат, они покушавају да идентификују заједничко језгро европског приватног права, проучавајући приватноправне норме различитих правних система држава чланица Европске уније.

2.3. Улога Суда правде Европске уније и Европског суда за људска права

Две главне европске судске институције, Суд правде Европске уније и Европски суд за људска права, такође су значајно утицале на националне системе приватног права. Суд правде Европске уније се

²² Treaty of Nice, *Official Journal* C 080, 10/03/2001 P. 0001 – 0087.

²³ Legge n. 130, del 2 agosto 2008, *Gazzetta Ufficiale* n. 185/2008.

²⁴ Christian Joerges, 'The Impact of European Integration on Private Law, Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective' (1997) 3 (4) *European Law Journal* 378-406.

стара да се законодавство ЕУ истообразно тумачи и примењује у свим земљама ЕУ.²⁵ Правила о тумачењу одредаба садржаних у правним актима Европске уније, као што су директиве које су обавезујуће за сваку државу чланицу, и пресуде Суда правде Европске уније од пресудне су важности за даљи развој националног приватног права. Пресуде Суда правде Европске уније које се тичу потрошачког уговорног права, као и директиве Европске уније донете у овој области, довеле су у питање неке од основних постулата облигационог права. Поменимо, на пример, пресуде које се тичу одрицања од права на тужбу као основа за проглашење ништавости уговора, а која је као таква предвиђена у континенталним правним системима, као што су шпански и италијански.

Пресуда C-227/2008, Мартин против ЕДП-а (*Martin v. EDP*)²⁶ тиче се тумачења члана 4. Директиве Савета 85/577/ЕЕС о заштити потрошача у случају преговора о склапању уговора ван пословних просторија, од 20. децембра 1985.²⁷ Према члану 4. Закона бр. 26/1991, којим се Директива 85/577/ЕЕЗ²⁸ уноси у шпанско право, на потрошачу је да тражи раскид уговора којим су прекршени услови наведени у члану 3. закона. Према шпанском закону, грађанске парнице се углавном решавају на основу „*principio de justicia rogada*“, принципа на основу којег суд не може да одлучује о сопственом предлогу. Суд правде Европске уније у вези са овим каже да „систем заштите успостављен Директивом претпоставља не само да потрошач, као слабија страна, има право да раскине уговор, већ и да је упознат са својим правима тако што је о њима посебно обавештен у писаној форми“. Али Суд такође истиче да: „[П]рво, та одлука не искључује могућност да исти ниво заштите буде обезбеђен и другим мерама, као што је, на пример, поновно одређивање релевантних рокова који се односе на отказивање уговора, чиме се потрошачу омогућава да искористи право које му је дато чланом

²⁵ Enrico Scoditti, 'Il dialogo fra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale: il punto di vista del giudice comune' *Rivista del diritto privato* (2009) 14 123-158; Remo Caponi, 'Democrazia, integrazione europea, circuito delle Corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)' (2010) 2 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 387; Remo Caponi, 'Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del *Mangold-Beschluss* della Corte costituzionale tedesca)' (2010) 2 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 1103; Pietro Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale* (Edizioni Scientifiche Italiane 2008) 11.

²⁶ C-227/08, [2009] EUECJ C-227/08 - O, [2009] ECR I-11939.

²⁷ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985.

²⁸ Legge n. 26, del 15 gennaio 1991, *Gazzetta Ufficiale* n. 23/1991.

5, ст. 1. Директиве. Друго, национални суд ће можда морати да узме у обзир, у одређеним околностима, жељу потрошача да се спорни уговор не поништи (видети, по аналогији, предмет C243/08 Pannon GSM [2009] ECR I0000, став 33).²⁹ Чини се да је Суд правде Европске уније овим признао право потрошача да конвалидирају ништавне уговоре у складу са својим интересима.

Европски суд за људска права је међународни суд основан 1959. године. Он одлучује о појединачним или државним представкама у којима се тврди да је дошло до кршења грађанских и политичких права заштићених Европском конвенцијом о људским правима. Утицај судске праксе Европског суда за људска права на италијанско приватно право, размотрићемо овде на примеру случаја Имобиљаре Сафи против Италије (*Immobiliare Saffi v. Italy*),³⁰ у коме се радило о следећем: Имобиљаре Сафи, грађевинско предузеће, било је власник стана у Ливорну који је издало у закуп Л.Б. У писму од 20. априла 1983. предузеће је обавестило закупца да намерава да раскине уговор о закупу на датум његовог истека 31. децембра 1983. године. У новембру 1983. Имобиљаре Сафи шаље закупцу обавештење да напусти стан на дан истека закупа (*disdetta*), али купац одбија да се исели из стана. Дана 21. новембра 1983. судија потврђује валидност обавештења о истеку закупа и налаже закупцу да напусти стан до 30. септембра 1984. Ова одлука је постала извршна 7. децембра 1983. године. Дана 30. маја 1985. Предузеће Имобиљаре Сафи је закупцу предало писмени захтев (*precetto*) да се исели и наставило да тражи од суда да изврши своју одлуку. Између 15. децембра 1988. и 9. јануара 1996. власник стана, односно предузеће Имобиљаре Сафи је предузело једанаест неуспешних покушаја да се врати у посед. Препрека његовом враћању у посед лежала је у бројним одредбама којима су била установљена веома крута правила за извршење налога за враћање у посед (*ordinanze di sfratto*). Имобиљаре Сафи се 23. септембра 1993. обратило Европској Комисији за људска права, која је утврдила да је дошло до повреде члана 1. Протокола бр. 1 и члана 6, става 1. Европске конвенције о људским правима због чињенице да налог за иселење није био извршен током неразумно дугог временског периода. Сходно члану 1. Протокола 1. „Свако физичко или правно лице има право на мирно уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом, као и

²⁹ Case C-243/08 Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Gy rfi, Judgment of 4 June 2009.

³⁰ Case of Immobiliare Saffi v. Italy, Application no. 22774/93, Judgment of 28 July 1999.

општим принципима међународног права. Претходне одредбе, међутим, ни на који начин неће угрозити право државе да спроводи законе које сматра неопходним са циљем да може да контролише коришћење имовине у складу са општим интересом или да обезбеди плаћање пореза или других дажбина или казни“. Влада Италије је у датом случају тврдила да поменуте законске одредбе имају легитиман циљ, односно спречавање социјалних тензија и ометања јавног реда. Суд је пак у предмету истакао да „мора постојати разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља којем се тежи. „Предузеће подносилац представке је тврдило да су спорне законске одредбе успостављале меру хитног карактера која је могла бити оправдана само чињеницом да је трпљење наметнуто станодавцима било привремено. Ова је мера, међутим, остала предуго на снази“. ³¹ Стога је Европски суд за људска права у пресуди нашао да је дошло до повреде члана 1. Протокола бр. 1 и да Италија треба да исплати предузећу подносиоцу представке одређене износе у име накнаде за материјалну штету, трошкове поступка и друге издатке настале у вези са спровођењем поступка.

Други случај који ћемо овде поменути, Олијари и други против Италије (*Oliari and Others v. Italy*), ³² тиче се развоја италијанског законодавства у погледу истополних бракова. Према италијанском праву, истополним паровима није било дозвољено да склапају брак, што је потврђено у пресуди Уставног суда бр. 138/2010 из 2010. године. ³³ Исто је 2012. године потврдио и италијански Касациони суд у својој пресуди бр. 4184 од 15. марта 2012. ³⁴ Иако је суштински циљ члана 8. Европске конвенције о људским правима да заштити појединца од произвољног мешања јавних власти у његову-њену приватну сферу, из њега за државу потписницу произилазе одређене позитивне обавезе да обезбеди делотворно поштовање права на поштовање приватног и породичног живота, па и избора које то право подразумева. Ове обавезе могу бити испуњене и доношењем мера осмишљених да обезбеде поштовање приватног или породичног живота, па чак и законодавном интервенцијом у област међусобних односа појединаца. У закључку, Суд налази да Влада Италије није указала на то који би јавни интерес

³¹ *Case of Immobiliare Saffi v. Italy*, Application no. 22774/93, para. 50.

³² *Oliari and Others v. Italy*, Application nos. 18766/11 and 36030/11, Judgment of 21 July 2015.

³³ Sentenza del Corte Costituzionale, n. 138/2010 del 14 aprile 2010.

³⁴ Sentenza del Corte Casazione, n. 4184/2012 del 15 marzo 2012.

могао бити угрожен уколико би се остварио захтев подносилаца представке да њихов однос буде правно регулисан, те да о овом питању у италијанском правосуђу очито није посвећена довољна пажња. Суд зато доноси закључак да је „италијанска Влада прекорачила своје поље дискреционе процене и пропустила да испуни своју позитивну обавезу да обезбеди да подносиоци представке имају на располагању правни оквир који обезбеђује признавање и заштиту истополних заједница“.³⁵ Законом бр. 76, који је италијански Парламент усвојио 20. маја 2016,³⁶ уведени су и регулисани истополни бракови.

2.4. Закони и други прописи

Након Устава и ратификованих међународних споразума, закон заузима прво место у нормативној хијерархији извора приватног права сходно члану 1. Грађанског законика. Под овим појмом у италијанском правном систему обухваћени су не само закони које је донео Парламент, већ и уредбе са законском снагом, тзв. „законске уредбе“ (*decreti legge*) и тзв. „законодавне уредбе“ (*decreti legislativi*) које доноси Влада. Као што је познато, законодавну функцију у Италији врше оба дома Парламента (Доњи дом и Сенат). Доношење закона може предложити Влада, посланици и они субјекти који су на то овлашћени Уставом. Влада је овлашћена да, када је правно регулисање неке области неопходно и хитно, на сопствену одговорност донесе уредбу са законском снагом, тзв. „законску уредбу“ (*decreto legge*). Ако је Парламент усвоји у року од шездесет дана од њеног објављивања, оваква уредба постаје закон, а у супротном ће бити стављена ван снаге и сматраће се да никада није ни производила правно дејство. Обављање законодавне функције може се делегирати на Владу према принципима и критеријумима које утврђује Парламент са „*Legge Delega*“ и то само на ограничени временски период и у тачно одређене сврхе. На овај начин настају тзв. „законодавне уредбе“ (*decreti legislativi*). Овај тип правног акта има веома важно место у систему приватног права Италије. Један од примера за законодавну уредбу је Закон о заштити потрошача. Влада и други државни органи доносе прописе који су секундарни извори права. Дакле, они извори права који морају бити усклађени са законом.

³⁵ *Oliari and Others v. Italy*, para. 185. Видети више у Nicola Cipriani, 'Unioni Civili: Same-Sex Partnerships Law in Italy' (2017) 2 *The Italian Law Journal* 353.

³⁶ Legge n. 76, del 20 maggio 2016, *Gazzetta Ufficiale* n. 118/2016.

Италија је подељена на регионе. Према чл. 117. Устава сваки регион има законодавну власт. Питања од националног значаја су у искључивој законодавој надлежности Парламента (као што су имиграција, јавни ред и мир, оружане снаге, правосуђе, итд.), док у одређеним областима регионални савети и Парламент имају заједничку законодавну надлежност (као што је урбанизам, здравствена заштита, спорт, транспорт, енергетика, итд.) У искључиву законодавну надлежност региона улази све остало, односно све оно што није у искључивој или подељеној надлежности Парламента.

И правни акти државних органа, као што је италијанска Агенција за надзор над обављањем делатности осигурања (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, скр. Ivass), или Национална комисија за привредна друштва и берзу (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, скр. Consob), играју значајну улогу у стварању норми приватног права. Примера ради, 26. маја 2010. Италијанска агенција за надзор над обављањем делатности осигурања је донела Уредбу број 35/2010,³⁷ измењену уредбом бр. 41/2018,³⁸ о обавези објављивања података осигуравајућих друштава (са посебним освртом на пружање предговорних обавештења осигураницима) и оглашавању производа осигурања.

2.5. Италијански Грађански законик. Декодификација и рекодификација?

Италијански Грађански законик, усвојен 1942. године, састоји се од 2969 чланова подељених у шест књига које су организоване на следећи начин:

Прва књига	Закон о индивидуалним правима и породици
Друга књига	Закон о наслеђивању
Трећа књига	Некретнине и лична имовина
Четврта књига	Уговори
Пета књига	Рад и привредна друштва
Шеста књига	Заштита економских права појединца

Прва књига садржи дефиницију правне и пословне способности. Физичка и правна лица имају правну способност која се може дефинисати као могућност да се буде субјект правних односа. Пунолетна физичка лица и правна лица имају „способност за деловање“, односно

³⁷ Regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010, *Gazzetta Ufficiale* n. 132/2010.

³⁸ Regolamento IVASS n. 41 del 2 agosto 2018, *Gazzetta Ufficiale* n. 218/2018.

моћ да предузимају вољне радње са правним дејством. Да би се дала потпуна дефиниција појма правног субјекта, неопходно је идентификовати тренутак у којем правни субјект настаје.³⁹

Италијанско породично право је последњих деценија претрпело бројне промене како би било у складу са новим уставним вредностима. Најважније новине уведене су Законом о разводу брака (донет 1970. године)⁴⁰ и Законом о породици (који је ступио на снагу 1975. године),⁴¹ и тицале су се односа између супружника, између родитеља и деце, и између деце рођене у браку и ван њега. Друге значајне реформе тицале су сродства, односно укидања разлике између деце рођене у браку и ван брака (Закон бр. 219/2012),⁴² као и увођења истополних заједница горе поменутиим Законом бр. 76/2016. Еволуција породичноправне регулативе имала је битан утицај и на наследно право, а нарочито на право наслеђивања деце рођене ван брака.⁴³ Последња велика промена наследног права тицала се уговора *mortis causa*. Према чл. 458. Грађанског законика, уговори *mortis causa* о преносу личне имовине у моменту смрти оставиоца су ништавни. Па ипак, чини се да је таква одлука у супротности са ефикасношћу и стабилношћу, као типичним економским и финансијским циљевима једног предузећа. Италијански законодавац је недавно увео извесне правне инструменте који омогућавају власнику предузећа да планира за живота пренос свог пословања на новог титулара у случају своје смрти. У Грађанском законнику предвиђена су два решења за ову ситуацију. Прво се тиче интерних аката предузећа, чијим се статутом могу предвидети ограничења за пренос акција *mortis causa* према новом члану 2355-*bis* (уведен Законодавном уредбом бр. 6/2003).⁴⁴ Други инструмент се односи на „Породични пакт“ који је недавно уведен у италијански правни систем као алтернативно решење за управљање „преносом пословања“. Правила „Породичног пакта“ садржана су у чл. 768-*bis* и даље (уведен Законом бр. 55/2006).⁴⁵

³⁹ Guido Alpa, *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law: New Paths in a Comparative Perspective* (SELP 2013) ch. 3.

⁴⁰ Legge n. 898, del 1 dicembre 1970, *Gazzetta Ufficiale* n. 306/1970.

⁴¹ Legge n. 151, del 19 maggio 1975, *Gazzetta Ufficiale* n. 135/1975.

⁴² Legge n. 219, del 10 dicembre 2012, *Gazzetta Ufficiale* n. 293/2012.

⁴³ Maria Rosaria Marella, 'Radicalism, Resistance and the Structure of Family law' (2008) 70 (4) *Harvard Journal of the Legal Left* 73.

⁴⁴ Decreto legislativo n. 6, del 17 gennaio 2003, *Gazzetta Ufficiale* n. 17/2003.

⁴⁵ Legge n. 55, del 14 febbraio 2006, *Gazzetta Ufficiale* n. 50/2006.

Питања породичног и наследног права са елементом иностраности су регулисана на нивоу права Европске уније. Степен мобилности људи у Европи се стално увећава, како у погледу пресељења из једне у другу земљу чланицу ЕУ, тако и из земаља које нису чланице ЕУ у земље ЕУ. Слобода кретања грађана Европске уније увек је била један од основних циљева процеса који је довео до њеног настанка. Уз повећање мобилности широм Европе, и породични односи су све чешће вишенационални, па стога питања раздвајања и развода све чешће имају елемент иностраности. Штавише, породица је концепт који се мења, а алтернативе браку, попут регистрованог партнерства, постале су све раширеније, те се и национално законодавство променило како би се дало више права невенчаним и истополним паровима. Вишенационалне породице више нису изузетак и постају све присутније па ће и тај тренд допринети развијању нових норми породичног права. Због тога је ЕУ уложила велики напор у разраду новог скупа јединствених правила међународног приватног права који се примењују на развод и законску раставу који имају елемент иностраности (Уредба 1259 из 2010. и Уредба 1111 из 2019. које су замениле Уредбу 2201 из 2003)⁴⁶ и на породичне имовинске односе где чланове породице чине држављани више држава (Уредба 1103 из 2016. и Уредба 1104 из 2016).⁴⁷ Окупивши европске правне стручњаке из различитих земаља, Универзитет у Фиренци је спровео неколико пројеката који су се тицали правног регулисања имовинских односа у оваквим породицама. Резултати ових пројеката су успешно допринели првој фази спровођења прописа поменутог новог скупа јединствених правила међународног приватног права, и превазилажење идентификованих проблема. Постојећи контекст захтева, такође, да се прошири употреба дигиталних алата у правосуђу и на питања из области породичног права. Пандемија је довела до веће употребе дигиталних алата у правосуђу, док ће све веће ослањање на онлајн комуникацију и ширење примене тзв. „паметног рада“ (*smart working*) знатно утицати на правни институт сталног пребивалишта. Штавише, један од најбитнијих аспеката преласка са Уредбе 2003/2201 на Уредбу 2019/1111 (која се примењује од 1. августа 2022.) је признавање вансудских, тзв. „приватних“ развода које

⁴⁶ Council Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010; Council Regulation (EU) no. 2019/1111 of 25 June 2019; Council Regulation (EC) no. 2201/2003 of 27 November 2003.

⁴⁷ Council Regulation (EU) no. 1103/2016 of 24 June 2016; Council Regulation (EU) no 1104/2016 of 24 June 2016.

предвиђају правни пореци многих држава чланица ЕУ. Овакво питање је такође битно и за правно уређење области миграција и културног посредовања, с обзиром на то да приватни разводи могу да обухватају чак и репудијацију (*talaq*), односно облик једностраног раскида брака присутан у арапским земљама, тако и у погледу дигиталне правде, јер нове перспективе у приватизацији развода отварају могућности за онлајн развод, тако да је могуће да ће приватни развод постати оно што се данас зове „нова нормалност“.

Приватна својина и приватна аутономија имају централно место у Грађанском законнику из 1942. године. Ако га упоредимо са Закоником из 1865. године, видећемо да је у њему начело индивидуализма које је доминирало старим закоником, ипак у великој мери ублажено.⁴⁸ У постојећем Грађанском законнику право на неометано уживање своје имовине је редефинисано и омеђено „дужностима утврђеним правним поретком“ (чл. 832). Овакво одређење појма приватне својине је додатно ојачано одредбама италијанског Устава из 1948. године. Члан 832, за разлику од чл. 436. Законика из 1865, не садржи дефиницију појма „својине“. Главна карактеристика новог одређења права својине је да је оно апсолутно у границама утврђеним законом. Правна заштита права својине бива у Грађанском законнику из 1942. допуњена правним лековима инспирисаним римском правном традицијом. „Државина“ се у чл. 1140. дефинише као: „власт над ствари која се доказује радњом која одговара остваривању права својине или другог стварног права. Ствар се може поседовати директно или посредством другог лица [...]“.

Четврта књига садржи правила облигационог права. Уговори су један од извора облигација. Према чл. 1173, облигације могу настати из уговора, из прекршаја, неоснованог обогаћења, реституције и на други законом предвиђен начин. Научници кажу да је Законик из 1865. био законик о својини, док је Законик из 1942. године законик о приватној аутономији.⁴⁹ У ствари, један од основних принципа садржаних у Грађанском законнику из 1942. је да су странке слободне да управљају својим економским односима (чл. 1322. Грађанског законика). Грађански законик садржи одредбе којима се регулишу општа начела уговорног права, а такође предвиђа и посебне врсте уговора, као што су купопродајни уговор, уговор о посредовању, уговор о закупу,

⁴⁸ Regio decreto n. 2358, del 25 giugno 1865, *Gazzetta Ufficiale* n. 158/1865.

⁴⁹ Giovanni Battista Ferri, 'Divagazioni di un civilista sui concetti, sui valori e sull'idea di codice civile' (2006) 121 (4) *Diritto e Giurisprudenza* 121.

уговор о зајму и уговор о осигурању. Међутим, већина норми може бити измењена споразумом између странака. Управо због тога теоретичари права кажу да је приватна аутономија извор права.⁵⁰

Пета књига садржи одредбе о правним лицима, корпоративним финансијама, нелојалној конкуренцији, жиговима и трговачким називима, ауторским правима, као и нека правила која улазе у домен радног права а која као таква нису уређена Законом о раду (Закон бр. 300/1970).⁵¹ Шеста књига садржи одредбе о поступцима за заштиту права својине. Овим су одредбама, између осталог, уређена питања као што су хипотека, застарелост потраживања, несавесност, итд.

Нису сва правила приватног права садржана у Грађанском закону. Одредбе из корпуса приватног права налазе се и у другим законима, као што је Закон о закупу бр. 392/1978 (ревидираним Законом бр. 431/1998),⁵² Закон о разводу брака бр. 898/1970 (ревидираним Законом бр. 74/1987),⁵³ Закон о заштити потрошача бр. 206/2005. Овим посебним законима нарушено је првобитно јединство италијанског система приватног права и чини се да је тиме у овој правној области створено мноштво микросистема који почивају на различитим правним принципима. Правни стручњаци у том смислу говоре о „декодификацији“ приватног права. Такав феномен данас карактерише све континенталне правне системе. Дијез Пиказо (Diez Picazo), дефинише декодификацију као „тенденцију уређења бројних области приватног права посебним законима чиме се стварају пукотине у јединственом корпусу приватноправних норми садржаних у грађанском закону“. ⁵⁴ Дијез Пиказо указује на још два узрока ширења процеса декодификације: све већа улога судија у стварању закона и раст утицаја конституционализма. Меримен (Merryman) у вези са овим такође примећује да „грађански законици више немају уставну функцију“.⁵⁵

⁵⁰ Filippo Vassalli, 'Extrastatalità del diritto civile' in Enrico Redenti (ed), *Studi in onore di A. Cicu* (Giuffrè 1951) 481; Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (Quodlibet 2018) 43.

⁵¹ Legge n. 300, del 20 maggio 1970, *Gazzetta Ufficiale* n. 131/1970.

⁵² Legge n. 392, del 27 luglio 1978, *Gazzetta Ufficiale* n. 211/1978; Legge n. 431, del 9 dicembre 1998, *Gazzetta Ufficiale* n. 292/1998.

⁵³ Legge n. 74, del 6 marzo 1987, *Gazzetta Ufficiale* n. 58/1987.

⁵⁴ Luis Diez-Picazo, Ponce De Leon, 'Decodificación, Descodificación y Recodificación' (1992) 45 *Anuario de Derecho Civil* 473.

⁵⁵ John Henry Merryman, David S. Clark, John O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia* (Michie 1994) 1244.

Умножавање посебних закона доводи до конфузије и неизвесности у области приватног права. Решење за ове проблеме (али да ли је то стварно адекватно решење?) нађено је у стварању нових посебних законика у којима су обједињене норме из посебних области приватног права, као што су законик о заштити потрошача, законик о осигурању, законик о заштити података о личности итд. Овакав феномен је у правној науци познат као „рекодификација“.

2.6. Обичајно право

Други важан извор приватног права је обичајно право на које наилазимо када субјекти права врше неку за право релевантну праксу на одређен начин сматрајући да је она као таква утемељена на праву. Дакле, није само устаљеност начина вршења неке активности довољно за настанак правног обичаја већ је његов суштински елемент *opinio juris*. *Opinio juris* је скраћени облик латинске фразе „*opinio juris sive necessitatis*“, што у преводу значи „уверење да је одређена пракса правно обавезна“. Означава субјективан осећај обавезе придржавања закона.⁵⁶ Обичајно право се може применити само када правни акт непосредно упућује на обичајно право, и оно има улогу да попуни правне празнине.

Обичајно право треба разликовати од правних узанси, односно систематизованих и кодификованих пословних обичаја који се примењују под условом да су стране уговорнице пристале на њихову примену. Неки европски грађански законици, укључујући и италијански Грађански законик (чл. 1340) препознају узансе као обавезујуће уколико се на њих стране уговорнице позивају у уговору. Оне су, дакле, по правилу диспозитивног карактера и примењују се под условом да су стране уговорнице изразиле у уговору вољу да их примене. То значи да узансе нису саме по себи правно обавезујуће него их стране уговорнице у границама аутономије воље прихватају и укључују међу одредбе уговора.

Овде треба поменути и разлику између општег обичајног права и међународног обичајног права. Теорија међународног права каже да су међународни обичаји један од извора међународног права. Међународни суд правде (МСП) је главни правосудни орган Уједињених

⁵⁶ Omri Sender, Michael Wood, 'A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law' (2007) 50 (3) Israel Law Review 299.

нација (УН). Основан је јуна 1945. године Повељом Уједињених нација,⁵⁷ а почео је са радом у априлу 1946. Овај суд решава правне спорове које су покренуле државе и даје саветодавна мишљења о правним питањима која му упућују овлашћени органи и специјализоване агенције Уједињених нација. Сходно чл. 38. његовог Статута,⁵⁸ Међународни суд правде, „чија је дужност да своје одлуке у споровима који му се упућују доноси саобразно међународном праву, примењује:

- а) међународне конвенције, било опште било посебне, које постављају правила изрично призната од парничних држава;
- б) међународни обичај као доказ опште праксе признате за право;
- в) општа правна начела призната од цивилизованих нација. [...].“

Опште и међународно обичајно право у приватноправним стварима нарочито битну улогу има у сектору туризма. Како бисмо илустровали ову тврдњу, поменимо овде пример дуплих резервација у хотелима. Судска пракса показује да се национални судови генерално слажу да су у многим случајевима дупле резервације неопходне да би се превазишли проблеми недоласка и касних отказивања резервација. Судови сматрају да су дупле резервације уобичајена и оправдана пракса хотела као би се предупредили губици због недоласка гостију. Наравно, многи хотели су се обавезали на пружање све потребне помоћи за обезбеђивање одговарајућег смештаја, ако из било ког разлога соба не буде доступна госту који има валидну резервацију. Неколико земаља је чак донело и законске одредбе које се баве дуплим резервацијама у хотелима, као што су оне садржане у релевантном закону Савезне државе Флорида које обавезују хотел да учини „сваки напор“ да пронађе алтернативни смештај, и предвиђају казну до 500 долара за сваког госта чија је резервација поништена због пребукираности. Друге земље, попут Италије, немају посебне одредбе које регулишу проблем дуплих резервација, те се у њима он решавају применом начела аутономије воље, сходно уговорним условима садржаним у уговору закљученом између хотела и госта, или према нормама обичајног права. У Италији, обичајна правила прикупљају и систематизују покрајинске привредне коморе. Као и у Шпанији, норме обичајног права у Италији се не могу примењивати уколико би то довело до кршења неке одредбе закона.

⁵⁷ Charter of the United Nations, of 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

⁵⁸ United Nations, Statute of the International Court of Justice, of 18 April 1946.

Обичајно право такође треба разликовати од тзв. „меког права“. Меко право се веома брзо развија у области приватног права. Термин „меко право“ се односи на велики број правила понашања која немају законску снагу: изјаве о принципима, правилници, кодекси, препоруке, смернице, стандарди, повеље, резолуције, итд. Иако ова правила нису правно обавезујућа, њих карактерише разумно очекивање да ће се она поштовати и бити примењена у одређеној професионалној или другој заједници. Меко право се тиме разликује од „тврдог права“. Овде ваља приметити да је израз „тврдо право“, који означава сва правно обавезујућа правна правила, на неки начин непотребан јер је свака одредба законских и подзаконских аката правно обавезујућа без потребе да се степен њихове обавезности градира, али смо тај термин употребили да бисмо истакли разлику између њих и правила меког права. Да ли је „меко право“ нека врста обичајног права? Чињеница је да је, као што је већ речено, обичајно право извор права, дакле да је правно обавезујуће, па се у том смислу обичајно право разликује од „меког права“, које није правно обавезујуће.

Меко право има највећи утицај у области заштите потрошача. Основни принципи заштите потрошача у право Европске уније уведени су Резолуцијом о прелиминарном програму Европске економске заједнице у вези са политиком заштите и информисања потрошача од 14. априла 1975.⁵⁹ Овај документ се бавио правом на заштиту здравља и безбедности, правом на заштиту економских интереса, правом на накнаду штете, правом на информисање и образовање потрошача и правом на заступање. Од тада се ова област права Европске уније знатно развила. Интереси потрошача су посебно заштићени како на нивоу држава чланица тако и у самом *acquis communautaire*.⁶⁰ Без обзира на развијеност потрошачког права, интереси потрошача нису заштићени једино законом те је за разумевање ове области битно сагледати интеракцију између законских одредби о заштити потрошача и правила садржаних у кодексима пословног понашања која су успостављена

⁵⁹ Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, *Official Journal* C 92, 25.4.1975.

⁶⁰ Paul Craig, Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press 2011); Geraint G. Howells, Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law* (Routledge 2005); Thierry Bourgoignie, *Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe* (De Gruyter-Recht 1987).

с циљем да повећају степен задовољства купаца.⁶¹ Предузећа улажу континуиране напоре да одрже висок ниво задовољства купаца. Задовољство купаца је важно за успех фирми јер доводи до истог нивоа поновљених куповина, као и настанка добре препоруке кроз метод „од уста до уста“, која је уједно и најпоузданији показатељ квалитета услуге која се нуди потрошачима. Предузећа суочена са растућом конкуренцијом, осим традиционалних, настоје да пронађу нове стратегије за успешно пословање. Једна од данас доминантних стратегија је успостављање односа сарадње са клијентима. Компаније траже од својих клијената повратне информације о својим производима, услугама, слоганима, логотипима, итд. кроз питања која им постављају усмено или у облику упитника. Сваки од ових упитника мора бити заснован на ригорозно примењеним методама за прикупљање и анализу података. У случају упитника о задовољству купаца, на пример, важно је напоменути да задовољство зависи од очекивања. Ако купци имају висока очекивања, често ће бити разочарани, чак и када добију услугу која је, у „апсолутним терминима“, боља у односу на друге сличне услуге које се нуде на тржишту. Резултати упитника о задовољству купаца коришћени су и за формулисање и имплементацију кодекса пословног понашања.

Доношење правила о стандардима квалитета битан је део настојања да се задовоље очекивања купаца. Компаније се придржавају пословне етике тако што усвајају кодексе понашања. Важно је створити добре односе са пословним партнерима, како добављачима тако и купцима, како би сви заједно имали користи од фер пословања и како би осигурали задовољство купаца кроз производе високог квалитета, одговарајуће цене, правовремену испоруку и одличну услугу. Наравно, директори, менаџери и запослени морају поштовати важеће законе и друге прописе и придржавати их се. Кодекс понашања је само посебна врста политике предузећа. То је скуп принципа о понашању унутар организације који усмеравају процес доношења одлука. Кодекси понашања су обично обавезни за директоре, менаџере и запослене, са посебним санкцијама за њихово кршење. Пословна етика се појавила као посебна област шездесетих година прошлог века као последица покрета „друштвене одговорности“. У скорије време, сведоци смо све већег утицаја друштвено одговорног пословања на задовољство

⁶¹ A.C. Fernando, *Business Ethics and Corporate Governance* (Pearson Education 2010); Ramon Mullerat, Daniel Brennan, *Corporate Social Responsibility* (Kluwer Law International 2010).

купаца. Компаније већ деценијама усвајају кодексе пословног понашања, али се улога таквих кодекса мења. Фокус се помера са правила за регулисање понашања унутар компаније на вредносна правила која би требало да доведу до бољег учинка запослених, менаџера и руковођиоца, који ће бити у складу са интересима потрошача.

3. Аутономија воље као извор приватног права

Један од основних принципа приватног права је да су странке слободне да управљају својим економским односима у складу са својим интересима.⁶² Национални закони садрже општа начела уговорног права и уређују посебне врсте уговора (тзв. типски уговори). Међутим, многе норме којима се регулишу типски уговори могу се изменити споразумом уговорних страна. Штавише, према принципу аутономије воље, странке могу склапати и уговоре чији садржај није посебно уређен законом (тзв. атипични уговори), ако су ти уговори усмерени на остваривање интереса чији значај захтева да буду правно заштићени.

Одредбе уговора обавезују обе уговорне стране. Уговор је правно извршив ако постоје механизми за извршење уговорних обавеза. Важно је идентификовати стандард извршења који се захтева у вези са сваком уговорном обавезом, јер неиспуњење захтеваног стандарда представља кршење уговора.⁶³ У случају његовог кршења, страна која је прекршила уговор мора да плати одштету другој уговорној страни да би надокнадила неостварени интерес оштећене странке. Према општим начелима уговорног права, надокнада штете треба да доведе подносиоца захтева у исти положај као да је уговор извршен. Када су у питању правна лица, одштета се најчешће додељује за измаклу корист или за повреду пословног угледа правног лица.⁶⁴ У овом последњем

⁶² Видети: Patrick S. Atiyah, *Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford University Press 1979); Frank H. Buckley (ed), *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Duke University Press 1999).

⁶³ Видети Michael Trebilcock, Jing Leng 'The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development' (2006) 92 (7) *Virginia Law Review* 1517; Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge University Press 1990) 7.

⁶⁴ Видети, на пример, David Pearce, Roger Halson, 'Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution, and Vindication' (2008) 28 (1) *Oxford Journal of Legal Studies* 73-83.

случају, сврха одштете није да се надокнади губитак, већ се она додељује да би се казнило поступање које је довело кршења уговора. Ова симболична одштета има важну функцију спречавања последица кршења уговора које доводе до штете која није лако економски мерљива и коју је тешко доказати. Решење би могло бити увођење казних одредби у уговор. Симболична одштета и казне су значајне када се у уговору нађу клаузуле чије кршење може довести до штете која није одмах економски мерљива или која је тешко доказива. На пример, у случају кршења клаузуле којом се стипулишу обавезе примаоца франшизе у погледу ограничења емисије гасова, потрошње воде итд., у уговору о овлашћеном заступању, тешко је доказати губитке које је давалац франшизе претрпео. Дакле, одредбе уговора морају бити правно извршиве и њихово кршење би требало да има правне последице. У том смислу се може рећи да је у облигационом праву аутономија воље уговорних страна извор права.

Сваки уговор је заснован на споразуму уговорних страна који има одређени предмет, форму и разлог који оправдава уговорно обавезивање. Док извори права које стварају институције (закони, уредбе, и др.) своју делотворност црпе из правних правила којима је уређен поступак њиховог доношења, уговор као средство којим се регулишу односи између уговорних странака своју делотворност црпи из споразума између уговорних страна у складу са правним нормама којима су одређене границе аутономије воље и услови које овакав споразум мора испунити како би био извршив. Постојање споразума утврђује се објективно на основу писмених исправа и конклюдентних радњи уговорних страна. Традиционално, објективни доказ постојања споразума је постојање понуде и њеног прихватања. Понуда је израз воље за склапање уговора без даљих преговора. Понуду треба саопштити другој страни. Важно је разликовати понуду од пуког позива. Позив није понуда. То је само начин да се искаже интересовање, да се добије више информација и да се настави са преговорима. Уопштено говорећи, рекламе, брошуре итд. су само позиви. Прихватање је одговор на конкретну понуду, сачињену са обавезујућом намером. Оно се мора саопштити другој страни, и мора да буде у складу са понудом. Прихватање мора бити безусловно и у складу са прецизним условима које предлаже предлагач. Када прималац измени услове садржане у понуди или дода нови услов, тај одговор није прихватање већ се ради о контрапонуди. Ова општа правила, на основу којих је наизглед врло лако одредити време, место и начин настанка уговорне обавезе,

у пракси могу довести до низа нерешених питања. Штавише, тумачење уговора може створити проблеме у одређивању обима уговорне обавезе.⁶⁵ На странкама је да закључе споразум и осигурају да су услови довољно прецизни да би се могли спровести. Судови ће углавном одбијати да попуне било какве празнине које оставља уговор. Дакле, у пракси, судови попуњавају празнине само уколико су им предочени адекватни докази. Судови могу посебно узети у обзир пословну праксу у датој области.

У принципу, када недостаје неки од суштинских уговорних елемената, споразум неће бити довољно потпун да би се могао извршити. Опште је правило да закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом другачије прописано. У комерцијалном пословању, писана форма уговора је правило због обима и сложености престација које су њим уговорене. Питање постојања уговора и његовог садржаја може представљати проблем када једна уговорна страна тужи другу због неизвршења уговорних одредби.⁶⁶

Уговори морају бити у складу са принудним прописима. У неким земљама уговор је недопуштен и ако је противан јавном поретку и моралу. Неке земље контролу уговора проширују и на питање њихове усклађености са општим правним начелима, као што су она везана за појам јавног реда и морала. У појму „јавни поредак“ се огледају основни принципи на којима почива друштвени поредак садржаним у Уставу. У појединим случајевима, сама садржина уговора може довести до његове правне рушљивости као што је случај са уговорима у којима је у време закључења уговора између обавеза уговорних страна постојала очигледна несразмера. Ово се нарочито тиче тзв. потрошачких уговора. Према ЕУ Директиви 93/13/ЕЕЗ,⁶⁷ да би се проценила сразмерност уговорних престација, судија мора да оцени да ли су права и обавезе странака у складу са начелом савесности и поштења. У том смислу, начело савесности и поштења представља битан основ за бољу заштиту потрошача.⁶⁸ Најчешћи типови непоштених уговор-

⁶⁵ Видети Joseph M. Perillo, 'The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation' (2000) 69 Fordham Law Review 427.

⁶⁶ Видети Guido Alpa, 'Judicial control of contract through interpretation' (2013) 24 European Business Law Review 65.

⁶⁷ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993.

⁶⁸ Видети: Jean Carbonnier, *Flexible droit* (LGDJ 2001); Jeannie Paterson, 'The Australian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness as a Ground for Review of Standard Form Consumer Contracts' (2009) 33 Melbourne University Law Review

них услова су клаузуле о искључењу одговорности које обезбеђују право једној страни да искључи или сасвим ограничи своју уговорну одговорност. У европским земљама, национални законодавци су усвојили посебна правила у вези са потрошачким уговорима у складу са Директивом 93/13/ЕЕЗ. Такође, у многим азијским земљама постоје посебна правила у овом погледу. На пример, чл. 10. јапанског Закона о потрошачким уговорима који је усвојен 2000. године и допуњен 2006. предвиђа да: „су неважеће [к]лаузуле које ограничавају права потрошача или проширују обавезе потрошача [...] и тиме једнострано нарушавају интересе потрошача противно основном принципу предвиђеном у другом ставу члана 1. Грађанског законика“. Кршење уговорних одредби може довести до захтева за накнаду штете. До кршења уговора долази када странка пропусти или одбије да изврши своју уговорну обавезу. Уговор је испуњен када обе стране изврше своје престације, а може се раскинути споразумом између уговорних страна.

Уговорне престације се морају извршити у складу са начелом савесности и поштења, које спречава да се слободно изражена воља уговорних страна не претвори у самовољу као негацију добре вере између уговорних страна које су омогућиле закључење уговора. Примена начела савесности и поштења је широка, јер подразумева читав низ чињења која се не морају изричито наћи у тексту уговора, као што је, на пример, обавеза извршавања уговорне обавезе уз дужну пажњу или обавеза благовременог обавештавања о измењеним околностима, итд.⁶⁹ У неким земљама, попут Италије и Немачке, начело савесности и поштења заузима значајну улогу у интегрисању споредних обавеза у уговоре у складу са примарним обавезама. Обавеза извршења одређене услуге и обавеза обавештавања друге уговорне стране о могућим негативним ефектима одређене делатности могу послужити као добар пример за ово.⁷⁰ Начело савесности и поштења је од посебног значаја

934; Chris Willet, *General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK* (2012) 71 (2) *The Cambridge Law Journal* 412-440.

⁶⁹ Поређење улоге начела савесности и поштења у континенталном праву и прецедентном праву видети: Allan Farnsworth 'Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code' (1963) 30 *The University of Chicago Law Review* 679; Robert S. Summers, 'Good Faith' in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code* (1968) 54 *Virginia Law Review* 232-233; Tory A. Weigand, 'The Duty of Good Faith and Fair Dealing in Commercial Contracts in Massachusetts' (2004) *Massachusetts Law Review* 174.

⁷⁰ Cedric E. Dawkins, 'The Principle of Good Faith: Toward Substantive Stakeholder Engagement' (2014) 121 (2) *Journal of Business Ethics* 283-295.

код примене потрошачких уговора. На пример, Директива 93/13/ЕЕЗ, о неправедним клаузулама у потрошачким уговорима каже да ће се услов уговора о којем се није посебно преговарало сматрати неправедним ако, супротно начелу савесности и поштења, доведе до значајне несразмере између права и обавеза уговорних страна на штету потрошача.

4. Улога судова и стручњака из области приватног права

Током прошлог века правни догматизам и позитивизам били су у континенталним правним системима, укључујући и Италију, основна полазишта за решавање правних питања. У области приватног права централно место су заузимали текст Грађанског законика и других релевантних закона јер је важила претпоставка да је законски текст један кохерентан систем правила помоћу којих је могуће пронаћи решење за свако конкретно правно питање. Ако из данашње перспективе пажљиво осмотримо улогу судова у сложеним предметима на које постојећи извори права не дају јасан одговор, можемо се запитати да ли судије своје одлуке доносе на основу правних принципа садржаних у законима, или их доносе испитујући доступне им чињенице вођени начелом правичности. Управо је то била тема претходних редова, у којима смо се посебно осврнули на тумачење општих правних начела и основних права од стране Уставног суда, са посебним освртом на уставно тумачење и улогу општих правних начела у системима континенталног права. Данас смо сведоци тога да у области приватног права правна максима да „јасно нема потребе тумачити“ (*in claris non fit interpretatio*) више не може да служи као закљон онима који настоје да право виде као један кохерентан систем правила у коме су садржани одговори на сва правна питања. Речи од којих је правна норма сачињена не престају да буду вишезначне тиме што бивају у њу уткане, и последично, правни појмови редовно имају два или више различитих значења. Јасноћа текста је резултат тумачења, а не премиса на којој би могао да се заснива став да је тумачење непотребно. Ако законске текстове посматрамо на тај начин, јасно је да свака норма треба да буде предмет судског тумачења и преиспитивања.

Судије стварају право не само применом правила аналогije као средства за попуњавање правних празнина у приватноправним прописима, које је од користи када је приватноправна регулатива

непотпуна. Примену аналогije у праву не можемо свести само на њен основни облик, на *analogia legis* којом се обим примене једне правне нормe проширује и на друге сличне ситуације које законодавац није имао на уму, већ се аналогija, као *analogia iuris*, такође примењује за попуњавање правних празнина које се не могу попунити позивањем ни на једну конкретну законску одредбу већ се решење темељи на општим правним начелима. Стога је данас у великој мери прихваћено да судске одлуке треба сматрати извором права и у системима континенталног права. Нешто слично би се могло рећи и о улози стручњака у области приватног права. Предмет проучавања већине правних стручњака је и даље на првом месту позитивно национално право, али су предмет научне анализе и судске одлуке, а као резултат тих анализа долазимо до новог тумачења права. Говорећи о кризи формализма у новијој европској правној култури, Хеселинк (Hesselink) зато закључује да „у систему кодификованог приватног права судије и научници заједно савладавају јаз између апстрактних правила и конкретних случајева који настаје као нужна последица законодавне делатности. Законодавац ствара апстрактна правила, научници су стручњаци за разумевање ширих импликација ових правила, а судови (инспирисани научним радовима) одлучују о томе које су њихове последице на конкретан случај“.⁷¹

⁷¹ Martijn Willem Hesselink, *The New European Private Law* (Kluwer Law International 2002) 16.