

**Međunarodna ljetna škola *Contract Law in a Liberal Society*,  
Centre for the Study of European Contract Law, Faculty of  
Law, University of Amsterdam, i ACCESS Europe,  
29. lipnja – 1. srpnja 2016.  
UDK: 347.44:321.7(047)**

U razdoblju od 29. lipnja do 1. srpnja 2016. u Amsterdamu je održana međunarodna ljetna škola *Contract Law in a Liberal Society*. Škola je organizirana uz potporu programa Erasmus Plus, a domaćin ovog skupa bio je Centar za proučavanje europskog ugovornog prava (CSECL) Pravnog fakulteta Sveučilišta u Amsterdamu. U ime Centra skup je otvorio *prof. dr. sc. Martijn W. Hesselink*, direktor Centra i jedan od vodećih teoretičara europskog privatnog prava. Škola je bila podijeljena u dva dijela. U prvom dijelu svoje su radove u nastanku prikazali gostujući profesori pravnih fakulteta, a u drugom dijelu mladi istraživači izlagali su osnovne postavke vlastitih istraživanja u tijeku. Škola je bila forum za razmjenu mišljenja nastavnika i istraživača, komentiranje izloženih radova autora, s ciljem da rezultati rasprave i upućeni komentari doprinesu daljnjem istraživačkom radu, njegovu poboljšanju i relevantnosti.

Uvodničarka prvog dana bila je *Aditi Bagchi*, profesorica ugovornog i radnog prava te filozofije prava s Fordham University School of Law u New Yorku. Aditi Bagchi predstavila je rad *Contract in a Liberal State*. Okosnica prvog dijela rada je načelo distributivne pravde u ugovornom pravu, tj. društveno pravedne raspodjele dobara. Premda je ugovor bilateralni sporazum, Bagchi razmatra pitanje eksternalija ugovora po treće. Bagchi tvrdi kako načelo autonomije ne zahtijeva da se država ne miješa u ugovorne odnose, već bi država trebala promicati načelo autonomije. To promicanje se sastoji od razvoja normativnih ovlasti stranaka (obećanje, dopuštenje) te razvoja ljudi kao “moralnih agenata”. Ljudi kao moralni agenti instrumentaliziraju ugovore za stvaranje onoga što žele. Nakon prvog dijela izlaganja raspravljalo se o pojmu distributivne pravde. Tako je dr. sc. Hanoch Dagan predložio pojam “odnosne, relativne pravde” kao primjereniji bilateralnim odnosima. Sudionici su ostavili otvore-

nim pitanje postoje li granice inkorporacije socijalnih ciljeva u ugovorno pravo, odnosno koliko države uopće želimo. U tom smislu naglašeno je da pojam distributivne pravde (a time i ugovorno pravo) treba oblikovati vodeći računa o individualnim karakteristikama pojedinaca (siromaštvo, invaliditet itd.). A. Bagchi izložila je ideju ugovora kao izraz dopuštenja drugome, odricanja u korist drugoga. Ugovori nisu uvijek izraz dobrovoljnih obećanja, dapače, oni su često uvjetovani pozadinskim kontekstom. Postoje razna materijalna i moralna ograničenja pri ugovaranju. No autonomija ugovora se ostvaruje i tada, ograničenja ne podrivaju autonomiju jer je treba shvatiti kao relativnu, a ne apsolutnu. A. Bagchi upozorila je na fenomen predomišljanja (engl. *fickleness*) u ugovornom pravu. Autorica postavlja pitanje dopušta li autonomija i do koje mjere puko predomišljanje (“danas želim kupiti crveni automobil, sutra već neke druge boje”). Smatra da je pravo pukog predomišljanja legitimno te da odražava pozadinska razmišljanja. Ono dokazuje da su ljudi moralni agenti, da stalno promišljaju o svojim odlukama.

U popodnevnoj sesiji svoja su istraživanja izložili polaznici škole. *Jeremiah Ho* (University of Massachusetts School of Law) izložio je rad *Should I Stay or Should I Go Now? Impracticability and Strategic Defaults*. Autor je predstavio fenomen tzv. strateške obustave (engl. *strategic default*), tj. odluke solventnih (hipotekarnih) dužnika da neće plaćati dug, što se često javlja kao posljedica disbalansa u visini duga i vrijednosti nekretnine (engl. *underwater mortgage*). Ho tu pojavu proučava u kontekstu zadnje financijske krize i problema s otplatom stambenih kredita te nudi moguća doktrinarna rješenja fenomena. *Lorna MacFarlane* (Edinburgh Law School) prikazala je iznimke od tzv. *privity* doktrine u škotskom pravu u radu *The Privity Doctrine in a Liberal Society*. Premda u škotskom pravu postoji načelo relativnosti obveznih odnosa, instituti prenesenog gubitka (engl. *transferred loss*), neizravnog zastupanja (engl. *undisclosed agency*) i mrežne teorije (engl. *network theory*) čine iznimke od tog načela. One su do te mjere prisutne u škotskom pravu da se MacFarlane bavi pitanjem postoji li *privity* doktrina uopće u škotskom pravu. *Lyubomira Gramcheva* (University of Nottingham) predstavila je svoj rad *Regulating Through Contract Law*. U izlaganju se osvrnula na dvije funkcije ugovora. Facilitativna funkcija ugovora polazi od shvaćanja kako ugovorno pravo treba smanjiti poteškoće pri ugovaranju te kao primjer navodi uređenje prava kupoprodaje. Nasuprot tome stoji regulacijska funkcija ugovornog prava koja polazi od shvaćanja da ugovorno pravo treba minimizirati štete nastale kao posljedice neuspjeha pri sklapanju ugovora. Takvo ugovorno pravo treba sadržavati pravila koja uređuju ugovorne

odnose neovisno o volji stranaka. Kao primjer navodi pravo građenja. *Enrique Santamaria*, student doktorskog studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Groeningenu, izložio je rad *Contracts on Human Biological Samples*. Autor razmatra pitanje dopustivosti stjecanja dobiti iz ugovora o korištenju ljudskih bioloških uzoraka (organa). Autor zauzima stav kako postoje ne samo pravni već i etički razlozi za zabranu: ljudsko dostojanstvo, opasnost od porasta prodaje organa u siromašnijem dijelu populacije te potreba da korištenje biološkog materijala održava altruizam među ljudima. *Shivprasad Swaminathan* (Centre on Public Law and Jurisprudence, Jindal Global Law School, Indija) u radu pod nazivom *Metaethics and the Limits of Normative Contract Theory* iznio je svoja gledišta na dva modela normativnosti morala i prava. Po apolonskom (kognitivističkom) modelu ugovorno pravo je povezano s moralnim načelima i racionalnosti. Po dionizijskom (nekognitivističkom) modelu ugovorno pravo u središtu ima motivaciju, unutarnji razlog za poštovanje prava. Autor proučava kako su dva modela kroz vrijeme utjecala na oblikovanje teorije ugovornog prava. *Crescente Molina* (Berkeley) proučava ugovor kao izraz obećanja. U radu *Promises and Remedies* Molina iznosi stav da obvezujuća snaga ugovora proizlazi iz obvezatnosti obećanja. No, "obećavajući" karakter ugovora ništa ne govori o pravnoj prirodi sredstava pravne zaštite za slučaj povrede ugovora. Drugim riječima, autor se bavi problemom kako objasniti da u slučaju povrede ugovora-obećanja ipak slijede sankcije. *Javier Habib* (European University Institute) u radu *Saving Private Law* problematizira krizu identiteta privatnog prava. Smatra da privatno pravo polako gubi svoje obrise, da se počinje vezati uz moral i ekonomiju. Habib iznosi stav izolacionističke teorije da baštinu klasičnog privatnog prava treba sačuvati kao autonomnu od drugih disciplina. Treba istaknuti stav dr. sc. Hanocha Dagan kako najprije treba utvrditi što bi to bio klasičan model privatnog prava te da inzistiranje na nekom konceptu prava, izolirajući ga od drugih disciplina, nije potrebno.

Uvodničar drugog dana bio je dr. sc. *Hanoch Dagan*, profesor ugovornog prava i teorije prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Tel Avivu te gostujući profesor Columbia School of Law u New Yorku. Dagan je predstavio knjigu *The Choice Theory of Contracts*, koju je napisao u suautorstvu s prof. dr. sc. Michael Hellerom s Columbia Law School. Dagan promatra ugovor kao važan instrument u osobnoj autonomiji. U tom smislu mogućnost izbora tipa ugovora je pretpostavka slobode u kreiranju vlastitih života. Cilj ugovora je u njegovu instrumentalnom karakteru – ugovor mora omogućiti smisleni izbor između više mogućnosti. Dagan smatra kako je ugovorno pravo skup pravila koja daju

ovlasti, mogućnosti (engl. *power-conferring body of law*). Da bi pojedinac mogao koristiti svoje pravo samoodređenja, mora biti neovisan. *Telos* ugovora su samoodređenje i korisnost. U tom smislu je važna ekonomska analiza prava radi utvrđenja materijalne korisnosti ugovora, odnosno trajnog dobra (engl. *pertinent good*). Dagan uvodi pojam “nezajednica” učinaka ugovora (engl. *non-community effect*). Shvaćanje da ugovor djeluje samo relativno, bez učinaka po širu zajednicu, po Daganovu mišljenju, ne vrijedi za cijelo ugovorno pravo. U izlaganju H. Dagan se osvrnuo na ideju utopijskog prava, na shvaćanja po kojima nema jedne utopije jer je ona nešto individualno, za svakog je utopija nešto drugo. Autor razmatra pojam “općeg ugovora” (engl. *general contract*). Predlaže uvođenje pojma rezidualno pravo kao skupa pravila koja se bave općim pitanjima poput dobrovoljnosti, prisile, ugovorne sposobnosti. Rezidualno pravo ne bi se smjelo oslanjati na neki konkretni ugovor, već služiti samo pronalasku postupaka, metoda koje će nam omogućiti da ostvarimo neki rezultat u pravu. Dr. sc. M. W. Hesselink nadovezao se na Daganovo izlaganje tvrdnjom kako uvođenje kategorije rezidualnog prava može biti kontroverzno s aspekta načela *lex specialis* i ustrojenog sustava tipova ugovora u kontinentalnom pravu kao i činjenice da su civilisti “naučeni na kućice” u pravu. Tijekom popodnevne sesije *Zhong-Xing Tan* (Faculty of Law, National University of Singapore) izložio je rad *The Internal Point of View in Contract Law and Theory*. Tan razmatra koji razlozi potiču ljude da ulaze u ugovorne odnose. Smatra kako ne vrijedi stav da ljudi prihvaćaju ugovorno pravo zbog straha od mogućih sankcija. Ako se građani u demokratskim sustavima smatraju svojevrsnim autorima prava, tada moraju imati neki unutarnji razlog (engl. *internal point of view*) koji nadilazi strah da prihvate pravo. *Karin Sandrik* (Willamette University, Oregon) upoznala je prisutne s novim oblicima ugovora o suradnji u području istraživanja i razvoja u SAD-u u radu *The Law of Restitution in the Shadow of Patent Law*. U farmaceutskoj industriji takve ugovore sklapaju manja i veća društva, unaprijed svjesna neizvjesnosti ishoda suradnje. Takvi ugovori podrazumijevaju zajednički pothvat radi pronalaska farmaceutskih proizvoda. Angloamerički pojam takvih ugovora jest “pleteničasti ugovori” (engl. *braided contracts*) jer se u njima prepleću različiti sastojci ugovora. Povjerenje stranaka je okosnica suradnje. Sandrik je izložila predmet *Elly Lilly vs. Emisphere*.<sup>1</sup> U predmetu se pojavilo pitanje prijave i pripadnosti patenta proizašlog iz zajedničkog pothvata. Društvo Elly Lilly patentiralo je neke rezultate zajedničkih istraživanja, a nije smjelo. Sud je utvrdio da je društvo počinilo tzv. oportunističku povredu (engl. *opportunistic breach*) i naložio odricanje od profita (engl. *disgorgement*) te pripis patenta u ko-

---

<sup>1</sup> 408 F. Supp. 2d 688 (S.D. Ind. 2006).

rist Emispherea. Sandrik predlaže primjenu instituta restitucije i neosnovanog obogaćenja u takvim slučajevima. *Alberto Horst Neidhardt* (European University Institute) predstavio je istraživanje o kontraktualizaciji obiteljskog prava. U radu *The Origins, Challenges and Opportunities of Family Law Contractualisation* Neidhardt proučava sve prisutniji trend po kojem se obiteljski odnosi počinju uređivati ugovorima – u području imovinskih odnosa, razvoda braka, upotrebe kontracepcije, surogatnog majčinstva, zasnivanja istospolnih zajednica, novih reproduktivnih tehnologija, poligamije itd. Neidhardt smatra kako kontraktualizacija obiteljskih odnosa može ugroziti socijalne vrednote koje obitelj podrazumijeva. Eventualne eksternalije obiteljskih ugovora po djecu razlog su da se obiteljsko pravo izdvoji iz sfere kontraktualizacije. Dr. sc. M. W. Hesselink iznio je komentar kako je kanonsko pravo utjecalo na kontraktualizaciju prava omogućujući razvod braka zbog nedostataka pri sklapanju braka, npr. sterilnost. Neidhardt ističe kako kontraktualizaciju prava treba promatrati kao Foucaultovo njihalo – ne zna se kamo inklinira trend uvođenja autonomije u uređivanje obiteljskih odnosa. *Fabrizio Esposito* (European University Institute) u radu *Consumer Welfare as Distributive Economic Reason of Contract Law* analizira koncept potrošačke suverenosti po kojem se proizvođači bezuvjetno moraju pokoravati naredbama potrošača. Problematizira činjenicu da je ugovorno pravo pod utjecajem zaštite potrošača. Esposito uspoređuje spomenuti koncept i politiku jačanja položaja potrošača koju Europska unija stavlja u središte tržišnih politika. *Catherine de Contreras* (Trinity College) predstavila je rad pod naslovom *The Justification of the Remedy in Equitable Estoppel*. De Contreras je objasnila *estoppel* klauzulu po kojoj stranka pred sudom ne smije zauzeti stav koji je kontradiktoran njezinim ranijim izjavama ili ponašanju kada bi to bilo nepravično prema drugoj stranci koja se u svojem ponašanju oslanjala na izvorno ponašanje prve stranke. Proučavajući bogatu englesku sudsku praksu, de Contreras zaključuje kako institut *reliance damages* predstavlja pravnu zaštitu u slučaju povrede povjerenja, a *estoppel* klauzula omogućuje održanje pravičnosti u modernom društvu i omogućuje strankama da ne budu objekt iskorištavanja. *Orlin Yalnazov* (European Doctorate in Law and Economics) u radu *Metarules Versus Metastandards* bavi se “normama o normama”, tj. metanormama koje uređuju odnose između pravnih pravila. Metanorme mogu biti metapravila koja su u temelju pisanog prava, dok metastandardi utječu na pravo koje stvaraju sudovi. Yalnazov zaključuje da je stoga pisano pravo određenije i time efikasnije. U radu *Consumer Credit: Irrationality, Vulnerability and Protection* *Nicolas Mouttotos* (Faculty of Law, Maastricht University) razmatra potrošačko kreditiranje u svjetlu financijske krize na Cipru. Mouttotos razmatra ulogu bi-

hevioralne ekonomije i kognitivne psihologije. Zaključuje kako problem ciparskih dužnika leži u njihovu optimizmu u pogledu mogućnosti otplate dugova. Mouttotos se osvrnuo na položaj koji ugovor o kreditu ima u ciparskom pravu, u kojem se miješaju utjecaji britanskog i kontinentalnog prava. Raspravljalo se o tomu što se podrazumijeva pod mješovitim pravnim sustavom. Habib smatra da, ako pod pojmom “mješoviti” razumijevamo pravni sustav koji je rezultat utjecaja različitih ideja u različitim razdobljima, onda se npr. britanski sustav može smatrati mješovitim. *Florian Idelberger* (European University Institute) izložio je rad *Connected Contracts Reloaded*. U ranoj fazi istraživanja bavio se digitalnim normativnim okruženjem, konceptom digitalnih ugovora i “pametnih” ugovora (ugovor kao kôd), ulogom kompjutorskih programa u nastanku ugovora te je razmatrao ideju prava kao društvene mreže. U svjetlu rasprave o nadzoru nad digitalnim ugovaranjem postavilo se pitanje što uvođenje digitalnih ugovora znači za pravo i postoje li pritom kakva ograničenja.

Uvodničar posljednjeg dana skupa bio je *dr. sc. Martijn W. Hesselink*. U radu *Contract Law, Justification and Critique* iznosi stav da zbog njegove promjenljive prirode uvijek ima mjesta za kritiku, osporavanje i reformu pravnog sustava. Hesselink razmatra opravdanje europskog ugovornog prava, razmatra pitanja demokratske baze ugovornog prava i legitimnosti raznih aktera da stvaraju pravo: treba li ugovorno pravo biti europsko, nacionalno ili globalno, pri čemu zaključuje da eksternalije opravdavaju “kretanje prema” jednoj razini vladanja i stvaranja prava, ne isključujući međunarodnu razinu; trebaju li ugovori biti obvezujući, pri čemu zaključuje kako je obvezujuća priroda ugovora stvar stupnja i dolazi u različitim varijantama. Istaknuo je kako vrijednosti mogu opravdati obvezatnost ugovora, premda moralna dužnost da održimo obećanje sama po sebi ne implicira da države trebaju priznati ugovore. Pravo odustanka, npr. u potrošačkim ugovorima, u potpunosti podriva obvezujuću snagu ugovora, što se može opravdati sve dok postoje opći i recipročni razlozi. Razmatra zaštitu slabije ugovorne strane kao moguće ograničenje stranačke autonomije. Ipak, načelo distributivne pravde može opravdati zaštitu slabije ugovorne strane jer ono može spriječiti nepravedne distribucije. Hesselink razmatra pitanje treba li odnosno smije li sloboda ugovora biti ograničena razlozima javne politike ili morala. Predlaže da europski zakonodavac stavi moralne limite unutarjem tržištu te da uvede doktrinu ugovorne nemoralnosti, shvaćene u smislu povrede ljudskih prava i načela pravde.

Popodnevna sesija počela je izlaganjem rada *Contract as Inequality* u kojem se *Osny da Silva Filho* (University of Sao Paulo School of Law) bavi općenitim



priznanjem nejednakosti u ugovornoj praksi. Da Silva Filho ističe kako su radno pravo, pravo zakupa, pravila tržišnog natjecanja i potrošački propisi primjери priznate ugovorne nejednakosti u suvremenom pravu. Implikacije priznanja ugovorne nejednakosti mogu dovesti do “efekta bumeranga”. Pretjerana razina zaštite potrošača kao slabije ugovorne strane dovodi do šteta za potrošače kao skupinu (nestanak proizvoda zbog pada profitabilnosti itd.). *Laura Burgers* (Faculty of Law, University of Amsterdam) u radu *Justitia, the People's Power and Mother Earth* istražuje granice demokratski utemeljenog stvaranja prava od strane sudova u europskom privatnom pravu, i to na primjeru odgovornosti za zaštitu okoliša. Burgers polazi od odluke nizozemskog suda u predmetu *Urgenda*<sup>2</sup> u kojem je nizozemski sud naložio nizozemskoj vladi da poveća standarde redukcije emisija CO<sub>2</sub>. Kontroverznost odluke proizlazi iz stavova po kojima je sud prekoračio svoje ovlasti stavivši se u poziciju zakonodavca. Postavilo se pitanje smije li sud privatnopravne parnice koristiti radi rješavanja javnopravnih pitanja kao što je zaštita okoliša. Burgers argumentira kako je takav pristup suda nedemokratski jer je “sudačko pravo” (*judge-made law*) rezultat individualne sudske odluke, a ne parlamentarne debate. Burgers smatra kako postoji potreba da se istraže granice demokratski legitimnog stvaranja “sudačkog prava” u europskom privatnom pravu i pritom se referira na filozofiju Jürgena Habermasa. Posljednje izlaganje održala je *Lalin Kovudhikulungsri* (Universiteit Leiden) na temu *Right to Travel by Air of Persons with Disabilities: Asymmetry of Right, Safety and Burden*. U izlaganju je iznijela problematiku prava putnika sa smetnjama i obveze prijevoznika od predugovorne faze sklapanja ugovora pa do odgovornosti. U izlaganju autorica se osvrnula na regulaciju praktičnih pitanja poput standarda sigurnosti kao razloga za odbijanje primitka putnika sa smetnjama na let, prilagođavanje postupaka elektroničke prijave, prisutnost pasa vodiča i drugih životinja u kabini, unosa ortopedskih pomagala i smiju li se tretirati kao kabinska prtljaga, mogućnost naplata dodatnog mjesta u kabini za asistenta ili aparat za kisik itd.

Skup je u ime organizatora zatvorio prof. dr. sc. M. W. Hesselink.

*Kristijan Poljanec, mag. iur.\**

<sup>2</sup> Rechtbank Den Haag, 24. 6. 2015., Stichting Urgenda/Staat der Nederlanden ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

\* Kristijan Poljanec, mag. iur., asistent Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg. J. F. Kennedyja 6, Zagreb; poljaneczg@gmail.com. Autor se zahvaljuje prof. dr. sc. Igoru Glihi, prof. dr. sc. Hani Horak i doc. dr. sc. Hanu Ernstu na ukazanoj potpori u postupku prijave na ljetnu školu.

