

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XVII

Јануар—Фебруар 1969.

Број 1

ПРОЦЕС КОМЕРЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

I

Велики талас кодификације приватног права у Европи, који је настао као последица кодификације изазване француском револуцијом, носио је са собом систематско раздвајање грађанског од трговачког права. Буржоазија која је преузела власт реформисала је римско приватно право према потребама својих концепција, које су привидно биле сагласне римским институцијама, и у освештане формуле правних установа из Пандеката уносила, с једне стране, чување светиња тих установа, а с друге стране развој права заснованог на слободи уговарања. Ипак, у свим кодексима грађанског права Европе XIX века гледало се да се сачувају опште тенденције грађанскоправних установа наслеђеног цивилног права. И поред свих новости технике и делимичне реформе неких институција, цивилно право Европе XIX века одисало је тенденцијом што дубљег и потпунијег конзерватизма. Грађанину европског друштва, које је раскинуло или раскидало са феудализмом, нису сметали за цивилноправне односе ни римске формулације, ни институције у које је уношена идеја о формалноправној једнакости личности, њеном ослобођењу и дизању правног субјекта на степен ствараоца у уговорном праву. Међутим, тај стваралац био је још увек окован регулама, које су спутавале његову иницијативу и слободу уговарања.

С друге стране, све јаче се истицала мисао да од редовног и свакодневног грађанскоправног живота и цивилноправних односа треба разликовати ону правну материју приватног права која улази у сферу комерцијализованих односа. Капитализам који је изашао из фазе првобитне акумулације, саобраћај и индустрија који су стварани под утицајем машинске револуције, све већи новчани промет, трговина која више није између субјеката међусобно повезаних патријархалним обзирима — захтевају дубоке реформе правних односа између субјеката који се упуштају у комерцијализоване правне послове. Тако исти субјекти имају двоструки режим правних норми које регулишу њихове дневне односе. У свакодневним односима, ван комерцијалног подручја, они су подвргнути грађанскоправним нормама које су црпене из рецепираног римског приватног права и обичајног права историјске средине у којој се крећу. Ту благе реформе чувају

у суштини конзервативну арматуру њихових животних односа. Међутим, ти исти субјекти у професионалним односима раскидају са традиционалним везама и ослобађају се старих правних правила, чак и начина мишљења, да би се потчинили једном рационалном праву које је мање везано за одређену средину и које лакше осигурава господарење људима из разних подручја, спаја их у борби за постизање економских циљева, који се све више удаљују од традиционалних оквира и све више их међусобно везују у нови професионални и економски слој. Та појава се институционализује. Правила таквог трговачког права односе се на одређене установе, које или нису регулисане грађанским правом или се из њега издвајају додавањем нових елемената у старе облике. Посматрањем развоја комерцијализације приватног права јасно се види да настајањем нових установа, као што су, на пример, банке или акционарска друштва, настају чисте комерцијализоване установе, чији се односи одмах везују за комерцијално право и не прелазе, бар глобално посматрајући, из цивилног у трговачко право. На супрот томе, извесни институти цивилног права, добијајући нове елементе, прелазе, нагомилавањем тих нових елемената, из грађанског у професионално, боље рећи комерцијализовано право. Као пример за овај други случај указујемо да се од грађанина који чини повремене плаћене услуге превоза ствара професионални превозилац, чије је место у комерцијалном праву и који се у трговачком праву потчињава потпуно новим правним правилима која одговарају његовом професионалном положају, али тако да се тиме не уништава возар, давалац услуга из грађанског права, који остаје и даље везан за правила цивилног права. На тај начин возарски уговор представља једновременно, под извесним околностима цивилни уговор о делу, док под другим околностима он представља професионални возарски уговор трговачког права, где се односи странака, нарочито њихова права и дужности, у првом реду одговорност, битно мењају.

Разграничење између цивилних односа и комерцијалноправних односа све је осетљивије и оштрије, уколико се развијају привредни односи. Питање је, и у пракси и у теорији, да ли тенденција да се при том разграничењу, односима приписује цивилноправни или комерцијални карактер. За неке установе савремено друштво унапред, категорички одређује да их издваја из цивилноправне материје и пребацује у материју трговачког права. То није само питање систематизације, већ и материјалноправни утицај на такве односе. Ако однос постане комерцијализован, онда се правила о односу тумаче по начелима трговачког права, судска надлежност издваја из оквира редовних судова, правила процесног права постају ригорознија, све мање ствари се решава по захтевима да се изнађе права воља странака и све више однос потчињава апстрактном схватању трговачких односа, примени узанси, итд.

Несумњиво је да професионални чиниоци утичу на формирање критеријума да ли ће један однос бити грађански или трговачки. Уколико се тај однос више везује за професионалну активност и уколико је једна од странака у питању економски јача, у европском капиталистичком праву такав се однос извлачи из грађанског права и преноси, са свим својим последицама, и материјално- и формалноправним, у трговачко право. Генерално је правило да земљорадник, који продаје пољопривредне производе до којих је дошао својим радом и на својој земљи, таквом куповином и продајом ствара цивилни однос са купцем својих производа. Али, ако

је реч о индивидуалном произвођачу шећерне репе који врши такозвано контрактирање, то јест уговара куповину и продају свог будућег производа са произвођачем шећера, преузимајући обавезу да изврши испоруку сабраног плода, онда се у већини земаља напушта за регулисање тих односа домен цивилног права и прелази у домен трговачког права. Није овде реч само о категорисању, него и о важности правног посла. Нека цивилна права забрањују и проглашују ништавим уговоре о продаји плода на зелено, јер таквим уговорима земљорадник се обично доводи у ситуацију да нема могућности да стварно располаже својим производима по редовној цени у време сазревања. Међутим, у трговачком праву овакав посао, такозвано контрактирање, сматра се редовним послом, чак препоручљивим, чије су правне фазе до танчина регулисане (кредит за семе, аконтација за саћење и окопавање, аконтација за бербу и транспорт, унапред уговорена цена по објективном критеријуму процента слаткости по тони, итд.). Тврди се да практичност одвлачи цео институт манипулације шећерном репом, цео промет, из грађанског посла у трговачки.

Већ француски Code de commerce (1808) прогласио је менични посао објективним трговачким послом. Меница је увек трговачки посао, без обзира ко је издаје и на кога је вуче. То се доцније пренело и на чекове свих врсти. Инструменти плаћања раскинули су своју везу са грађанским правом.

За многе институте у току њиховог развоја, поједини законодавци, већ у току њиховог стварања, пошли су од мишљења да ти послови не треба да буду везани за редовно облигационо право, за грађански кодекс, већ да њихово регулисање треба да буде поверено специфичним приватно-правним нормама. У тим нормама подвлачен је професионални карактер института. Такви институти, без обзира ко се њима служи и у коме циљу, добили су обележје комерцијалних правних односа. Често су ти институти извлачени из цивилног права, или су настали деформисањем цивилноправног института, тако да се комерцијализовани однос намерно издвајао из своје целине. У неким земаљама тако се поступало и са прастарим институцијама заједничких бачија. Швајцарски сељаци одвајкада су заједнички експлоатисали стада у циљу производње својих чувених сирева. Односи за поделу добити заснивали су се на обичајним критеријумима процене улога у грлима, мужи, раду на сирењу, судовима, личном ангажовању у чувању стоке, итд. Међутим, неодређености обичајног права, које је варирало од области до области, пребациле су целу материју из разматрања фактичке заједнице неформалног карактера, засноване на традицијама и добросуседским односима, на професионалне заједнице у циљу експлоатације са примесама фактичких задруга — кооператива и чланови ових заједница стављени су у ситуацију да се њихови односи расправљају као комерцијални, да се рачуни свде на рационалну математику. Нашао сам сличну тенденцију и код македонских судова у решавању спорова око прихода са бачија у Шар-планини. Место да судија истражује прастара обичајна правила планинских сточара, он сматра да му је лакше и да је правилније, па чак и правичније, да примењује стандардна правила сточарских задруга и да сматра заједничку експлоатацију стоке за време бачија као привремени неформални задружни однос. Ово је код нас нарочито важно стога што се земљорадничке задруге у нашем праву равнају, бар према трећима, са привредним предузећима, па се и њихов статус, укључујући ту

и основна правила за расподелу дохотка и дотацију фондова, регулише правним нормама привредног права. За мене лично ово је веома карактеристично, јер смо ми у Србији и Македонији били схватања да сеоске заједнице ове врсте представљају чисто грађански однос *sui generis* и да не треба полазити од схватања да је то однос који је предестиниран да буде комерцијализован.

Међутим, живимо у време када се велики број економскоправних односа на разне начине извлачи од владавине грађанских правних правила. Далеко смо од тога да тврдимо да је законодавац решен да већину таквих односа намерно одузима од грађанског права. Подвлачимо да то изузимање из области грађанског права врло често није ни намерно ни свесно. Велики број тих односа пребацује се из сфере грађанског права у специјално право. Такав је, на пример, случај са стамбеним законодавством. Однос сопственика зграде и закупца теоријски био је чист грађанскоправни однос. Међутим, разни елементи су променили његову суштину. Стамбени односи постали су у првом реду социјални односи и приватно право је изгубило преодминантни значај у овој области. Поред права својине на стану и права *habitatio*, створено је и јавноправно овлашћење које се огледа у станарском праву, које је данас практично јаче од права својине. Међутим, то право заснива се више на административном праву него на грађанском праву. Сами објекти за становање нису непокретне ствари подложне правилима о својини и плодоуживању, већ многим другим правним конструкцијама, од којих наводимо самоуправно право руковођења тим објектима, преливањем прихода у разне фондове, посебну одговорност руковања сваким од тих објеката, тако да се и ту мешају режими из грађанског, административног и привредног права. Неки писци кажу да то није комерцијализација ових односа, него њихово подруштљавање, које се користи техничким правилима комерцијализоване имовине.

Низ објеката који нису у друштвеној својини и низ професија које су остале у приватним рукама, добијају потпуно комерцијализован облик. Најближи нам је режим аутомобила — таксија приватних власника. Разне административне инспекције, несумњиво у општем интересу, мењају карактер приватних професија и приватног власништва. Дајући експлоатацији свих тих добара жиг који је својствен за комерцијализоване режиме, бацамо се са области грађанског права на домен комерцијализованог права. Продавац кајмака на оближњој пијаци, сабраног са млека сопствене стоке, упућен је да се понаша као трговац, да се потчињава правилима о трговању и да сноси све ризике и све одговорности професионалног комерцијалисте. Безброј оваквих и сличних примера могли бисмо навести у описивању реалног живота наше средине.

Несумњиво је да стојимо пред општом кодификацијом наших односа грађанскоправног карактера. Поставља се питање да ли смо у стању да, сем права личног статуса, породичног и брачног права и делимично наредног права, повучемо јаку бразду која ће раздвојити грађанско право од комерцијализованог права, назовимо га привредним правом. Ово нарочито важи за облигационе односе. Ми не можемо улазити у појединости, али морамо подвући да је овде у питању разматрање одлучујуће тенденције, од које ће зависити да ли ћемо признати опстанак цивилног — грађанског права, ослобођеног од притиска привредног — комерцијалног права, или ћемо, напротив, ићи ка општем комерцијализовању цивилног права,

у чијем ће се систему или потпуно изгубити цивилно право или сачувати само толико, да се обезбеде неке мале оазе грађанскоправних односа у широком комерцијализованом праву, тако да се грађанскоправни односи сачувају само тамо где они немају утицаја на економске односе ширег друштвеног значења. Неке присталице ове теорије показују да би институт послуге једновременно био привредноправни, ако је предмет послуге ствар од општег економског значаја, а могао би бити грађанскоправне природе ако је она безначајна са гледишта општих економских односа.

II

Док је класични систем кодификације модерног приватног права, подразумевајући под тим оно које је настало после француске револуције, поделно материју на грађански и трговачки кодекс, што су усвојиле и неке социјалистичке земље, од којих наводимо РСФСР, Пољску, ЧССР, подразумевајући да у области приватног права, иако су неки одбацивали термин *приватно*, постоје односи који се концентришу на додире између грађана — које бисмо ми назвали по данашњем нестручном термину — приватника, где се много више може водити рачуна о потребама самих странака, њиховим навикама, њиховим тенденцијама при изражавању правно релевантне воље и где се односи сматрају интимном ствари приватника. Насупрот томе, односи које кодификује комерцијални законик представљају суштинску пословних правних односа, који ма колико да су ствар *inter partes*, задржу по своме дејству у формирање бити народне економије, па према томе захтевају извесну правну дисциплинованост, иако увек не представљају оличење јавног поретка, која чини прелаз између приватног права у строгом смислу и уговорног права од општег народног интереса.

Иако је и у комерцијално право и његове кодификоване норме унет нагласак привредне дисциплине, оно није остало онако регланторног карактера као што је било у време феудализма и његовог рушења под утицајем корпорација трговачког staleжа као носиоца буржоаских идеја. Дух слободарства наступајућег буржоаског друштва спровео је битну ревизију старих регула уносећи у њих правила о аутономији воље, слободи иницијативе, описујући одблесак идеје *laissez passer, laissez faire*, тако да у првој половини XIX века ново буржоаско трговачко право представља стварно кодификацију професионалних норми приватног права. Али, што се више концентрише капитал и што више на домаћем и светском тржишту капиталистички центри, бранећи своје класне интересе, уносе своју ноту у ту кодификацију, то се више смањује слобода уговарања у комерцијалном праву и построжавају правила институционализованих норми комерцијалног права, остављајући сразмерно малу маржу за истинску примену аутономије воље, и приближавају се све више поново сталешком праву у же капиталистичке групе буржоаске класе, тако да комерцијално право остаје под већом контролом одређених кругова пословног живота, него што је то у грађанском праву, где се та контрола углавном своди на централна кретања општих дејстава правних институција (стабилност брака, установе наслеђивања, типови именованих уговора, итд.), тако да се само повремено и под тешким друштвеним притисцима уносе новине у конзервативне установе (нпр. регулисање стабилности валуте, кирајџијско законо-

давство, контрола цена, ограничење промета пољопривредних добара, итд., али се то увек приказује као транзитна мера до повратка на нормално, што често остаје илузија, јер становништво обично више и не мисли на повратак онога што се приказује као нормално, већ се навикава на тзв. прелазни режим, уколико се привремена мера овековечује).

У великом броју држава капиталистичког света, под утицајем нарастања социјалистичких снага и незадовољства ширих слојева услед монополистичке интервенције уског круга капиталиста, комерцијално право трпи једну нову метаморфозу, нарочито почев од деведесетих година прошлог века, с тим што се она још више појачава у току и после првог и другог светског рата. То је појава законодавних мера које улазе у обим државне интервенције која се јако осећа у комерцијалном сектору приватног права. Многе од грана слободне привредне делатности, које воде монополском положају њихових власника или концесионера, временом прелазе у јавне службе, без обзира да ли их држава преузима као своје режије или их ставља под своју ближу регментацију или контролу, остављајући их у рукама приватних организација као концесионера за њихово вођење. Мањевише у капиталистичком свету таква је судбина у првом реду великих транспортних предузећа, нарочито железница и авијације, поштанско-телеграфско-телефонског саобраћаја, предузећа за обављање комуналних служби, итд., где регментација послова ових делатности или прелази из комерцијалног у административно право или је делимично комбинација та два правна система. У сваком случају, принцип *laisser passer, laisser faire* губи се из примене на овом подручју и јавна управа се све више проглашује одговорном за правилну регментацију, па чак и за правилно функционисање активности из ове области, иако се оне остављају формално у домену комерцијализованог приватног права.

Комерцијално право, од француске револуције наоვაмо, обухвата пословање новцем и хартијама од вредности. Банке и берзе су центри те активности и њихови послови, без обзира да ли се тичу субјеката који су њихови професионални носиоци, или је реч о клијентима који са њима долазе у пословни додир, иако немају карактер професионалиста (улагачи, дужници-грађани, случајни јамци по банкарским дуговима, полагачи остава, итд.), регулишу се искључиво комерцијалним или специјалним правом. То исто вреди и за пословање других установа које оперишу туђим новчаним средствима, као што су осигуравајући заводи. После искустава да ове установе могу својим немарним пословањем довести у опасност не само своје капитале и капитале својих пословних клијената, него и народних маса, у многим земљама појавиле су се две врсте регула о пословању таквих установа. Поред такозваних материјалних или оперативних норми, које регулишу односе између ових специјалних субјеката и њихове клијентеле, државе су почеле да доносе и тзв. регламаторне норме, на основу којих оне врше надзор над пословањем банака и других новчаних установа, укључујући ту и заводе за осигурање, ограничујући право слободе тих предузећа и уносећи велики број административних ограничења њиховог пословања у комерцијалном праву.

Напредак технике, увођење разних техничких машина, инсталација, механизоване снаге, нарочито електрификацијом предузећа, употребом хемијских средстава од особито опасног дејства у технологији и производњи

уопште, захтевао је да се уз правила о приватноправним односима који произилазе из привредних односа, додају и заједно с њима испреплећу разна правила техничке заштите, хигијенских мера, безбедности, али у исто време и ризика, који често сносе обе странке у пословном односу, и тако даље. Пошто те мере представљају нешто што се формулише ван привредног права, али се уноси као резултат утврђеног искуства у привредно право, то и оне постају део комерцијалног права. Подвлачи се да њихова суштина не излази из важности дејства правног односа странака, него из друштвене опасности која се за њих везује. Зато се ове последице не могу уговорно отклонити вољом странака, већ оне, као и регулисање односа тих последица, постају правила која чине саставни део комерцијализованих односа.

Новија проучавања права указују да је нужно да се из грађанског права изузме велики број таквих односа који произилазе из одређених активности и да се, бар док такав однос траје, вежу, за комерцијално право. Навели смо напред пример тзв. контрактирања производње шећерне репе. Али то је само један пример, иако је он постао класичан и типичан. Низ сличних примера постоји у свакодневној пракси. Напоменућемо неке од њих. Подвлачимо да смо далеко од тога да тим навођењем исцрпимо листу пребацивања уговорних грађанских односа код нас у Југославији из грађанског у привредно право. Ево неких од тих примера: уговор о тову уступљене стоке (нарочито свиња и говеда) са индивидуалним пољопривредником; уговор о сађењу одређених пољопривредних култура (нарочито индустријског биља, као што је дуван, лан, сунцокрет и друге љарице) од семена које други сауговарач даје индивидуалном пољопривреднику; уговор са непрофесионалистом да на одређеној релацији (обично у близини своје куће) својим запрежним возилима, када се појави потреба, превози изванстан материјал по унапред одређеним условима и тарифама; уговор са непрофесионалистима-индивидуалним пољопривредницима да својом запрежном стоком на одређеним местима пута извлаче запала моторизована или механизована превозна средства (познајем такве уговоре из времена кад су код Дубоке, близу Ђмке, биле рупе, са водом и блатом на друму и фирме које су свакодневно ту вршиле превоз морале себи осигурати овакву „испомоћ“, која је функционисала у свако доба дана и ноћи); уговори са индивидуалним рибарима да учествују у кампањском риболову који организују рибарске привредне организације, под условима деобе улова по обичајном риболовном праву, саобразно њиховом доприносу индивидуалног рада или рибарица, односно алата; уговор о повременом рашчишћавању јавних путева од стране индивидуалних пољопривредника-становника из околине и власника превозних средстава ради рашчишћавања пута после минирања или оброна; форфетарни уговор са становницима поред јавних путева за сарадњу на отклањању леда и снега, док не дођу редовна средства механизације; уговор о преузимању служби утоварних смена на железничким или камионским станицама за утовар примљене робе у време кампање ангажовањем непрофесионалних транспортера; као што постоји и низ других типизираних повремених уговора ове и сличне врсте, које привредна предузећа склапају са индивидуалним земљорадницима или другим „приватницима“. Карактеристично је за ове уговоре да се они склапају између привредника с једне стране, и других субјеката који немају карактер привредника. Да су то у ствари уговори о делу, обавези на пружање услуге

или ангажовању за пружање евентуалне услуге, до које не мора доћи, али која се очекује. Да предузеће као професионалиста у тај уговор уноси услове и инструкции за обављање услуге, који захтевају нека стручна знања и ти услови и захтеви прелазе оно што је уобичајена садржина нормалног грађанског уговора о делу. Такви уговори обично садрже клаузуле о пеналима, одговорност посленика за накнаду пословне штете коју би због неизвршења уговора претрпео сауговарач. Међутим, тај сауговарач-непрофесионалиста није у радном односу са предузећем, већ у једном специјалном уговорном односу, за који странке предвиђају да се регулише по извесним узансама или привредним прописима, било непосредно предвиђеним за извршење таквих уговора, било да су у вези са таквим операцијама (нпр. екипа за утовар и истовар робе везана је за железничке правилако о томе, екипа за рашчишћавање друма од мина и камења мора водити рачуна како се и где се истоварује покупљени сплит, која су правила за посипање друмова у случају леда, како се врши улов рибе по привредним прописима, итд.). Све су то случајеви који су изван правила и праксе грађанског права. Исто тако, одмеравање пенала и пословне штете не врши се по грађанском праву. Зато странке везују ове уговоре за привредно право и за надлежност привредних (трговачких) судова. Подвлачимо да странке то не раде из неких чисто теоријских разлога, него у првом реду практичних, руководећи се правилом да за трговачко право и његову примену важе други методи тумачења уговора, процене важности његових последица, и да се у трговачком праву и уговорне формуле и поступци странака више објективизишу, више приближују објективисаним последицама акције и пропуштања, него што је то случај при тумачењу грађанског права.

Нека законодавства, као најпознатији пример наводимо швајцарски Облигациони кодекс, напустила су праксу раздвајања комерцијалног и грађанског права. Овај релативно најмлађи кодекс у Европи (1912), пошао је од претпоставке да се у облигационим односима све мање сачувао патријархални, то јест грађански поглед на облигационе односе и да су становници Швајцарске и у том погледу изједначили своје односе са комерцијализованим активностима. Зато не постоје два швајцарска кодекса о облигационом праву, него само један, који је пошао од претпоставке да је цивилно облигационо право претрпело утицај духа комерцијализације који влада швајцарским грађанским друштвом и да се швајцарски грађани на подједнак начин као и швајцарски привредници руководе у својим тражбеним односима. Међутим, у ствари и јесте и није тако у пракси. Швајцарско законодавство обилује све већим бројем специјализованих прописа у области облигационог права. Ти прописи све више носе обележје чистог професионалног трговачког права и по својим објектима не улазе у правну ризницу коју швајцарско друштво употребљује ван професионалних комерцијализованих односа. Примера ради наводимо да у материју савезног законодавства у Швајцарској долазе прописи о новчаном промету, банкама, лутријама, берзама, мебукантоналном и међународном транспорту, пловним рекама, итд., и то су сигурно чисто одредбе трговачког права, као што је и право о осигурању у Швајцарској предмет брижљивог правног регулисања од стране савезног законодавства и подлеже, у последњем степену, јурисдикцији посебног Савезног врховног суда за

материју осигурања, чије је седиште у Луцерну и чије су судије са посебним стручним квалификацијама. Значи, комерцијализација швајцарског облигационог права мора се посматрати у два степена. С једне стране, имамо општу тенденцију да облигационо право буде комерцијализовано, а с друге стране то опште облигационо право захтева да буде допуњено појединачним уже специјализованим и чисто комерцијализованим посебним законима посвећеним одређеним материјама, које се на светском плану категоришу у установе трговачког права. Томе треба додати тзв. конвенционално законодавство које проистиче из међународних уговорних извора, који се све више нагомлавају и који су у употреби у Швајцарској, као и јуриспруденцију институционализованих изабраних судова, швајцарских арбитража трговачког смера, формираних око берзи и трговинских комора у главним швајцарским градовима, нарочито у Цириху и Базелу. Начела на којима се оснивају пресуде тих арбитража представљају срж комерцијализованог права и далеко превазилазе правну мисао и правне идеје којима се у облигационом праву руководе швајцарски судови пресуђујући спорове швајцарских грађана. Реч комерцијализација права није реч чаробњака, него одраз релативног економског развоја нивоа једног друштва, које познаје варијације и чији дух није увек и свуда истоветан.

Југославија је такође имала пред собом, и до рата а има и данас, проблем да ли њено облигационо право треба да буде јединствено, рецимо као швајцарско, или са двојном концепцијом грађанског и трговачког права. До рата, то јест до 6. априла 1941. године, на територији Југославије била је примењена концепција постојања два система. Подручје Београдског касационог суда (Србија и Македонија), као и Великог суда у Подгорици (ранија Црна Гора без Метохије, Санџака и Боке) имала су систем заснован на француском праву, које је углавном било реципирано у погледу трговачког права и познавало деобу између грађанског и трговачког права. Таква концепција била је и у осталим деловима предратне Југославије где су, *mutatis mutandis*, били на снази Аустријски трговински законик (Словенија, Далмација, део Истре), Угарски трговински законик (Војводина без Срема али са Барањом, Међумурје, Прекомурје), Хрватско-угарски трговински законик (Хрватска и Славонија), Трговински законик за Босну и Херцеговину. Иста концепција била је у плану и у погледу будуће кодификације и унификације југословенског права, јер до рата није било унифицирано грађанско право, али је био донет I. део унифицираног Трговинског законика за Југославију, који је представљао позитивноправни извор, али чији *vacatio legis* још није протекао (био је неодређен и чекало се да буде донет посебни закон о његовом увођењу на снагу, до чега никада није дошло). И практичари и теоретичари сматрали су да је концепција о два система боља од једног система који би мешао трговачко и грађанско право, иако су се путем специјалних закона многи правни односи који су у себи носили привредни карактер, лагано, због своје специфичности, излучивали из грађанског права и нарочито из јурисдикције судова опште надлежности и пребацивали у материју тадањег трговачког права, али тиме није давана генерална линија комерцијализације југословенског грађанског права.

III

Већ од ослобођења и револуције, значи пуних двадесет и три године, код нас у Југославији поставља се питање да ли треба наш грађански кодекс да буде на основици концепције о јединственом грађанском праву, које ће у исто време да обухвати и грађанске и комерцијализоване облигационе односе.

Постоји тенденција, код извесних правника, да се по сваку цену иде линијом те јединствене концепције. Тврди се да је у социјализму напуштена потреба чувања чисто грађанских односа у облигационом праву и да је све јача тенденција да се ти односи унесу у продубљени комерцијални законик, јер се савремено друштво, својим развојем, све више приближава односима који не могу бити само за употребу индивидуалних странака, јер постављају као први задатак да осигурају друштвене потребе, док се индивидуални правни односи налазе у другом плану. Дух јединственог привредног права обухвата све више начине привређивања и оних делатности које се видљиво не везују за привреду, већ то произилази из начина живота. Нема више, кажу присталице тога схватања, чисто грађанског односа, чак ни на селу, већ се сваки облигациони однос прожима комерцијализованим моментима и интенција уговорних странака мора да се тражи у привредном ефекту који долази из делатности човека који своју робу или услугу носи на тржиште, тако да робно-новчани односи преовлађују у свим манифестацијама људске делатности, отприлике исто онако као што је то констатовано приликом претходне анкете у Швајцарској када се припремала кодификација облигационог права.

Присталице тога правца у нашем друштву указују да су индивидуални правни односи умногоме изгубили тежину и да се у њих на све могуће начине убацује комерцијални дух. Пре свега, индивидуални произвођач на селу није више невезани пољопривредник, него га услови живота гоне да се повезује са привредним субјектима било непосредно било посредно преко својих задруга. Задруге су изгубиле ранији статус између грађанског и привредног права и пребацују се све више у привредно право. Оне се, као привредни субјекти, мешају у начин привређивања индивидуалног произвођача. Везују га за себе и преко себе за тржиште потчињавањем привредном праву. Оне се боре и уз помоћ друштвено-политичких организација успевају да буду нужни посредници у дневној производњи индивидуалног произвођача који се њима обраћа не само по својој задругарској свести, већ и по нужности. Све акције и иницијативе које иду преко задружног сектора добијају комерцијализован карактер и крње поље на коме се примењују искључиво одредбе грађанског права. Задруге су иницијатори повезивања и незадругара са организованом привредом, оне су монополски посредници за организовање кооперантских односа. Преко њих се врши дистрибуција пољопривредних справа, семена и нарочито кредита у пољопривредне сврхе, њима се поверавају непосредне акције у сабирању и откупу пољопривредних производа и стоке, оне су обавезни гаранти бонитета понуђене робе на откуп, итд. Све ово

указује да се добрим делом талас комерцијализације грађанских облигационих односа свакога дана све више проширује и интензификује.

Велика предузећа, која су упућена на индивидуалног произвођача на селу или индивидуалног потрошача у граду, често отклањају задругу као нужног посредника и стварају сопствене мреже за пословне додире са тим »приватницима«. Али самим тим што постоје овакве мреже и што та предузећа непосредно или преко изабраних посредника ступају у правне односе са тим »приватницима«, налазећи се по правилу у положају монополисте, учвршћују своје правне односе са тим индивидуалним партнерима по правилима која она намећу било што их везују за пословне узансе, било за извесне опште услове, који одступају од традиционалних регула цивилног права и који у пословни однос уносе ноту комерцијалног, подпргавају странке пословним обичајима привредника и надлежности привредних судова. Овде се узансе, пословни обичаји и надлежност специјализованих судова, значи главне карактеристике комерцијализације односа, уносе у пословне релације по принципу аутономије воље, боље речено по формално слободном уговору између странака, тако да саме странке, по стручној анализи, прелазе на комерцијализовање суштинског правног односа занемарујући традиционално правно правило да пословни односи између привредног субјекта, некада трговца, и субјекта који не улази у ту категорију не подлежу владавини привредног (некада трговачког) права, него остају у домену цивилног права. Изражење из оквира цивилног права и прелажење таквих односа у комерцијализовано право није више операција која се забрањује странкама, нити се сматра тзв. цивилна странка боље заштићеном ако буде везана за грађанско право.

Низ посебних именованих уговора, који се деформишу одступањем од типског именованог уговора и који се закључују између странака са двојним карактером, такође упућују на комерцијализацију. Такви нови типски уговори, који се стварају у пракси и који подлежу контроли административних органа, нарочито типски уговори са непривредницима, који добијају свој извор у картелним уговорима предузећа одређене активности, све више имају комерцијализован карактер и одвајају се од старог грађанског уговора. Указујемо само на неколико таквих уговора са индивидуалним пољопривредним произвођачима. Бележимо уговор о сабирању млека. И код нас, без обзира да ли се сабирање врши преко задруге или не, такав уговор између градских млекарстава и произвођача млека није више грађански уговор, него уговор који подлеже специјалним узансама, нарочитим општим условима и јурисдикцији привредних судова, иако је лиферант индивидуални произвођач, који нема својство привредног субјекта. Такву слику налазимо и у Швајцарској пре кодификације облигационог права. Већ напред смо навели да постоји низ сличних уговора са индивидуалним произвођачима који кроз модификације, нарочито аконтације и обавезно држање примљених упутстава, добијају комерцијализован карактер, ако је реч о уговорима лиферовања будуће бербе неких пољопривредних производа. Сепак произвођач кроз те уговоре прелази са грађанског на привредно право.

И наш живот све више познаје компликованост уговорног домена и сложеност уговарања, чак и у пословима који су раније сматрани уговарањем продаје пољопривредних сопствених производа, при чему су ти уговори за продавца имали карактер везан за грађанско право. И пре праксе »контрактирања«, будући лиферант узимао је на себе обавезе да осигура бербу од временских непогода, да се обавезе на низ мера техничке заштите и примене научних метода обрађивања, чиме се уговор није сводио само на испоруку обећаног, него и на дужности за време процеса производње. Праксом увођења коопераната као посебних сауговарача у процесу производње, специјално у облигационим односима пољопривреде и сточарства, комерцијални моменат се још више потенцира, а грађанско-правни губи.

Иако из овога свега излази да је комерцијализација облигационих односа све јача и простор за манипулацију грађанског права све мањи, ми се бојимо да не треба ићи у експрес. По нашем уверењу ипак остаје изванредан део цивилноправних односа који не добијају комерцијализован карактер. Било би изувише грубо и нетачно речено да се цело облигационо право претвара у комерцијално и да се грађанско и комерцијално облигационо право потпуно сажимају. Бојимо се да има области и случајева у којима се није могао изгубити грађанскоправни карактер облигационих односа, нити су се ти односи могли подвести под комерцијализовано облигационо право. Као пример за то навешћемо уговор о поклону. Присни карактер и *animus donandi* не могу се подвести под комерцијална правила и свакако да је то један од примера да грађански односи у облигационом праву не ишчезавају апсолутно, чак ни под условима преовлађивања комерцијалног карактера облигационог права. При томе институција поклоне није једина. Мање-више код сваког института облигационог права, у првом реду код именованих уговора, има ситуација које је тешко замислити као део комерцијализованог права, чак и ако се тај именовани уговор може укључити у комерцијализовано облигационо право. Указујем на уговор о послузи. Није свако уговорно уступање индивидуално одређених ствари на бесплатно служење комерцијализован посао, нарочито ако је реч о уобичајеном служењу неким предметима који се дају на послугу између сродника или суседа, односно интимних пријатеља. Исто тако, сувише бисмо ишли по линији апстрактног тумачења ако бисмо ситне размене производа уз накнаду између пријатеља сматрали комерцијалним послом. Ту често долази до пријатељског снабдевања и више до услуга него до куповине и продаје уступањем по неколико комада јаја, котарице воћа, прегршти поврћа, које је везано за међусобну трампу и месечни обрачун плаћања у корист онога који је више дао. Иако је овде реч о послу који има теретни карактер, било би тешко сматрати да он подлеже неминовно комерцијалним правним правилима.

Наше је дубоко уверење да оваквих одступања има на сваком кораку у облигационом праву. То су правне операције које носе карактер теретних послова, или бар послова уз враћање пословне вредности, али код којих пријатељски однос преовлађује и надјачава комерцијални ка-

рактер. Само би тешко било због тих послова искључити идеју да у облигационом праву тенденција комерцијализације преовлађује, али не уништава грађанско право, које губи читав низ односа било тиме што их законодавац или дневни живот пребацују у област која је комерцијализована, било што саме странке своје односе, регулисане до јуче по грађанском праву, потчињавају правилима и тенденцијама комерцијализованог облигационог права.

Као што се види, наше је уверење да је опасно једнострано поставити правило о апсолутизацији комерцијалног карактера облигационог права, не само у погледу југословенске средине него свуда без разлике.

Наши другови који су посматрали однос између домаћина и гостију у крајевима где се развија туризам најбоље указују да се губи све што је било везано за гостољубље у примитивном и патријархалном смислу, чак и за грађанскоправни однос између домаћина и госта и да се све више ти односи постављају на базу комерцијалног, оних правила која су постављена узансама и прописима о туристичким односима, под чијим утицајима ишчезавају или бар бледе традиционални односи гостољубља и обичаја везаних за прихватање странаца. Да би се увело више дисциплине у обављање туристичке радности, односи из туризма подвргавају се привредним судовима и сматрају се комерцијализованим.

Дужни смо да напоменемо да се лагано увођење неких делатности у комерцијално право, материјално и формално, не може поредити са концепцијама немачког трговачког права које полази углавном од обима вршења професионалне активности и које такозване омање трговце оставља ван трговачког права. Немачки Трговачки законик инспирише се заштитом учесника у промету, а социјалистичко право Југославије у овом погледу полази од друге идеје, од заштите јавног интереса који представља сав тај промет и према томе његов је критеријум за карактеристику комерцијалности много оштрији, јер се заснива не на величини обима активности, него на врсти и последицама саме друштвене делатности.

Последње три године представљају акутну фазу да се одреди да ли ће се у Југославији усвојити тенденција опште комерцијализације облигационог права или ће се приликом његове кодификације раздвојити комерцијално од грађанског права и изаћи са два кодекса, који ће у добром делу имати идентичне одредбе, нарочито за општи део, али чији текстови могу издвојити поједине институте или њихове варијанте проглашујући их за установе грађанског или привредног права. Поново се изјашњавамо. Сматрамо да је претерано одбацити свако схватање да је грађанско право још увек жива манифестација нашег друштва. Мислимо да је преурањено полазити од становишта да је комерцијалистички дух преовладао у апсолутном смислу свим активностима југословенских грађана. Многе од тих активности, без икаквог уштрба по друштвени прогрес, анимиране су схватањима традиционалних поимања и регулишу се по грађанском праву чак и у недостатку грађанскоправних прописа на основу правних обичаја и навика, као и примене правних правила укинутаг пратног законодавства сходно Закону о неважењу правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године.

Посматрајући овакво стање ствари, сматрамо да треба бити врло обазрив при процењивању која ће материја ићи у кодекс комерцијалног облигационог права, а која у кодекс грађанског облигационог права. Социјалистичко друштво и наш привредни развој комерцијализовали су низ института и операција у правном животу, али би било противно стварности из тога извући апсолутни закључак да је цело облигационо право комерцијализовано. Наше је уверење да постоје многи институти или варијанте типских именованих уговора који нису подложни комерцијализацији и који морају, или бар треба да остану у домену грађанског облигационог права. Напротив, низ других института, нових именованих уговора, па чак и нових варијација старих именованих уговора све више носе печат комерцијализације и уносе у правна схватања југословенских грађана осећање да су то институти комерцијализованог облигационог права. Није прогрес у правној техници ако се одрекнемо стварности, него, верујемо, да у облигационом праву треба знати тачно меру где се има поставити граница између комерцијализованог и грађанског облигационог права, иако је сигурно да се обим онога што остаје у домену грађанског права све више сужава.

Милан Бартош

РЕЗЮМЕ

Процесс коммерциализации гражданского права

Поскольку в связи с предстоящей кодификацией обязательственного права Югославии в ходе предварительных обсуждений выявились две концепции: одна — единственного обязательственного права, и другая — разделенного обязательственного права, отдельно гражданского и отдельно хозяйственного, автор подвергает рассмотрению генезис данной проблемы, в течении XIX века и до настоящего времени разделявшей и разделяющей и теоретиков и законодателей. Многие стоят на точке зрения, что гражданское обязательственное право носит в себе черты своей национальной среды и должно соответствовать ее понятиям. Напротив, коммерциализированное обязательственное право теряет указанный признак и все больше в силу профессионализма, вносящегося экономическим развитием, пренебрегает локальным пониманием и идет к универсальному хозяйственному праву, уравниваемому даже в странах с различным общественным устройством.

Там где действует гражданское обязательственное право остаются в силе привычки, воспринимания и тенденции, проникнутые духом патриархальности и консерватизма. Однако ни эти гражданские правоотношения не могут не избежать влияния институций, развивающихся в сфере товарного обмена, в силу чего возникает вопрос следует ли их объединить в общий кодекс с хозяйственным правом или же их следует кодифицировать отдельно, внося в формулировку некоторые изменения существующих положений в духе и с учетом коммерциализированных норм.

В то же время отдельный кодекс или ряд отдельных законов с тенденцией к хозяйственной унификации, представляя бы собой кодификацию хозяйственного права, действия которого ограничивались бы правовыми деяниями, в которых не имеет место или не учитывается влияние национальной среды.

Столкнувшись с данной дилеммой, автор высказывается за разделение гражданского и хозяйственного прав. Он особо подчеркивает, что и ныне существует область действия прежнего частного права, в которой отсутствуют тенденции к коммерциализации (семейное, брачное, наследственное и т. д. права), точно также как существуют и области действия

таких норм, в которых влияние административного права чувствуется сильнее чем хозяйственного (водные, земельные, жилищные и другие нормы). Он полагает, что нашей среде больше бы подходили два обязательственных кодекса, подчеркивая при этом, что хозяйственное право и у нас может быть кодифицировано и путем применения ряда отдельных законов.

Наряду с проблемой материального права, автор выдвигает и вопрос единства или разделения судебной системы: суд с общей компетенцией или же специализированные хозяйственные судебные установления. Он за разделение судебных установлений.

SUMMARY

Process of Commercialization of Civil Law

In the discussions preceding the codification of the law of contract of Yugoslavia, two concepts have taken shape: of a uniform obligation law and of divided law of contract: civil and economic laws separately. The author explains the genesis of this problem. Throughout the XIXth century and now he distinguished and still is making distinction between theoreticians and legislators. Many maintain that civil obligation law bears the mark of national environment and it must reflect its ideas. And vice versa, commercialized obligation law is losing this mark and being professionalized, as the result of economic growth, neglects local ideas and moves towards a universal economic law, that is becoming equal even in the countries with different systems.

There, where civil obligation law is predominant, habits, feelings and tendencies are preserved. However, even these civil-legal relations are not immune of the influence of institutions that grow in the market of economy and therefore the question arises whether they should be compiled into a code together with economic law or codified separately, paying attention to the formulation of mild modifications of existing rules in the spirit of commercialized norms and imitating them. But, on the contrary another code or a series of separate laws, with the tendencies of economic unification, would represent codification of the economic law whose domain would be limited to those legal affairs where the influence of national environment is disappearing or is neglected.

Facing this dilemma, the author declares himself for separation of the civil and economic laws. He stresses in particular that we still have the domain of the former private law into which the commercialized tendencies have not yet penetrated (family, matrimonial, inheritance, etc. laws), as there is the domain of such norms where the influence of administrative law is felt more than in economic law, (water, commassation, housing, etc.). He thinks that a solution of two obligation codes would suit us better, stressing that economic law could be codified in our country by using a series of separate laws.

The author points, alongside with the problem of material law, the question of the unity or separation of the judicial system: courts of general jurisdiction and special economic courts. He is in favour of separate judicature.

RÉSUMÉ

Le procès de commercialisation du droit civil

A l'occasion de la codification prochaine du droit contractuel de la Yougoslavie, en tant que question préalable, deux conceptions ont été émises: sur le droit des obligations unique et sur le droit contractuel divisé, le droit civil séparément, et le droit économique séparément, l'auteur s'est proposé d'éclaircir la genèse de ce problème. Au cours de tout le XIXème siècle se problème divisait, et aujourd'hui encore il divise, les théoriciens et les législateurs. Un grand nombre de personnes a adopté le point de vue que les droit des obligations civil porte l'empreinte du milieu national et qu'il doit correspondre à sa conception. Inversement, le droit des obligations commercialisé

perd ce caractère de plus en plus avec le professionnalisme, qui est la conséquence des mouvements économiques, il néglige les conceptions locales et il s'oriente vers le droit économique universel, qui s'assimile même dans les pays dont l'organisation sociale est différente.

Là où le droit des obligations civil prédomine on garde les coutumes, les sentiments et les tendances qui se manifestent par l'esprit patriarcal et de conservatisme. Cependant même ces rapports-là de droit civil ne sont pas immunisés de l'influence des institutions qui se développent dans l'économie de marché et c'est pourquoi la question se pose s'il faut les insérer dans un même code avec le droit économique ou s'il faut les codifier séparément, en tenant compte dans les formulations des modifications modérées des règles qui étaient en vigueur jusqu'à cette époque par l'esprit et l'imitation des normes commercialisées. Par contre l'autre code ou la série de lois séparées, avec la tendance de l'unification économique, représenteraient la codification du droit économique, dont le domaine se limiterait aux actes juridiques où l'influence du milieu disparaît, en d'autres termes, où elle est négligée.

En présence de ce dilemme, l'auteur s'est prononcé en faveur de la séparation du droit civil et du droit économique. Il a tout particulièrement accentué le fait que nous avons toujours le domaine de l'ancien droit privé dans lequel n'a pas pénétrée la tendance de la commercialisation (le droit familial, le droit de mariage, le droit successoral, etc.), de même qu'il y a le domaine de telles normes où l'on sent davantage l'influence du droit administratif que du droit économique (le droit des eaux, le remaniement collectif, le droit de logement et autres). On considère qu'à notre milieu correspondrait mieux la solution avec deux codes des obligations, en y soulignant que le droit économique peut aussi chez nous être codifié en faisant usage d'une série de lois particulières.

Avec le problème du droit matériel l'auteur a mis en relief, de même, la question de l'unité ou de la séparation du système judiciaire: de compétence générale et de compétence spéciale, — de la justice économique. Il s'est prononcé en faveur de la justice séparée.