

## ПРИМЕНА ОБИЧАЈА И УЗАНСИ ПО ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Доношење Закона о облигационим односима представља несумњиво значајан акт у изградњи нашег новог имовинског права. Међутим, као и код доношења и примене сваког новог великог и важног закона и при примени овог закона појавиће се извесни проблеми, извесна питања која захтевају теоријску обраду и заузимање става од стране судске праксе. Такво једно питање је питање примене и обичаја по овом закону, које заслужује пажњу с обзиром на велики значај који су пословни обичаји и специјално узансе досад имале у нашем привредном промету и с обзиром да је Закон о облигационим односима постао сада главни извор права за уговорне односе у привреди.

Обичајно право и обичаји, некад главни извор права, данас су услед развијеног законодавства изгубили много од значаја са изузетком англосаксонског права и представљају у области грађанског права углавном допунски извор права с обзиром на писане законе. То долази отуда што су законодавци при кодификацији грађанског права унели из обичајног права у законе оно што су сматрали да одговара потребама промета. Ипак, и поред кодификације грађанског права примена обичаја је остала. Тако, већ и први велики буржоаски грађански законици упућују на примену обичаја. Француски грађански законик указује на примену обичаја код регулисања дејства облигација (чл. 1135), код тумачења уговора (чл. 1159 и 1160) и у извесним специјалним случајевима. Други велики буржоаски грађански законик Аустријски грађански законик упућује такође на примену обичаја (§ 10), истина ограничавајући узимање у обзир обичаја само на случајеве, у којима се закон на њих позива. И доцнији грађански законици упућују на примену обичаја (в. нпр. § 151, 157 и 242 Немачког грађ. законика, чл. 1 ст. 2. Швајцарског грађ. законика — који представља начелну одредбу о примени обичаја, уз низ указивања на њихову примену у појединим случајевима као и у Швајцарском законик у облигацијама, чл. 8 и 9 Италијанског грађ. законика, а у нашем предратном праву осим наведене одредбе Аустријског грађанског законика, одредбе о примени обичаја садржи Србијански грађ. законик — § 10 и Општи имовински законик за Црну Гору — чл. 2 и чл. 779 и 780, као и трговачки закони, који су важили на подручјима која су раније била у саставу Аустро-Угарске). Примена обичаја нашла је места и у новим социјалистичким грађанским закони-

цима, иако су због револуционарне промене друштвеног система обичаји који су се формирали у условима ранијег друштвеног уређења изгубили доста од значаја, али се формирају нови (в. нпр. чл. 56, 65 и 354 Пољског грађ. законика који говоре о „устаљеним обичајима“, док Руски грађански законик — чл. 5 и Чехословачки грађ. законик — § 5 говоре о „правилнама социјалистичке заједнице“). Према наведеним прописима примена обичаја има углавном супсидијеран и суплеторан карактер, о чему ће доцније бити више речи.

Међутим, у области трговинског права, код нас у области привредног права, значај обичајног права је много већи. Иако је трговинско право кодификовано, обичајно право и трговачки обичаји и сада су важан извор трговинског права. Због сталних промена у трговини и нових појава показују се немогућим доношење нових или измена и допуна старих закона, те ту законску празнину попуњавају трговачки обичаји, који иду у корак с новим појавама у трговачком промету и његовим потребама. С друге стране, захваљујући интензитету трговинске праксе, путем многобројне и сталне примене, путем уговорних формулара, затим кроз тзв. опште услове и типске уговоре за поједине трговачке послове, итд., нова правила се овде брже стварају него у грађанском праву. Услед свега тога значај обичајног права и обичаја у трговинском праву је већи него у грађанском праву и опште узевши тај значај је врло велики. Истина, он опада са развојем трговачког законодавства, али с друге стране непрекидна динамика трговачког пословања, иницијативни дух, повећање међународног саобраћаја и узајамни утицај права појединих земаља доводе стално до нове праксе и нових правних институција, које су у прво време, док се њима не позабави законодавац, редовно под владом обичајног права. У вези с тим трговачки закони указују на примену обичаја (в. нпр. § 346 Немачког трг. закона, § 1 Аустријског трг. закона, § 1 Хрватско-мађарског трг. закона, § 1 Босанско-херцеговачког трг. закона). Па и Општи имовински законик за Црну Гору посебно указује на обичаје у трговини, занатству и сл. (чл. 780). Посебан значај достигли су трговачки обичаји у међународном трговинском промету, где се путем обичаја врши један вид унификације правила међународног трговачког права. Због тога им међународни правни документи дају важно место у примени. Тако, Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (чл. VII) обавезује арбитраже да воде рачуна о трговинским обичајима. Хашки Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари (чл. 9 ст. 1 и 2) предвиђа да су уговорне стране везане не само обичајима, којима су се подвргли изрично или прећутно као и праксом утврђеном између њих, него и обичајима за које разумна лица истог својства и истој ситуацији како они редовно сматрају да се имају применити на њихов уговор. Закон чак предвиђа да ће се у случају неслагања тих обичаја са Законом применити обичаји, осим ако је супротно уговорено. (Истина, овај последњи став Хашког закона о предности обичаја пред законом критикован је и није преузет у Uncitral-овом нацрту Конвенције о међународној продаји робе). Одредбе о примени трговачких обичаја налазе се и

у неким правилницима међународне трговачке арбитраже (в. нпр. чл. 12 Правилника Спољнотрговинске арбитраже при Трговинско-индустријској комори СССР, чл. 39 ст. 2 Правилника о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије).

Код нас је због револуционарних друштвених промена и насталих празнина у законодавству, у првом периоду после ослобођења била јако наглашена употреба обичаја и обичајног права. Тако, на примену обичаја и узанси упућује већ Основни закон о привредним предузећима од 1946 г. (чл. 37). Закон о решавању имовинских спорова путем државне арбитраже из 1946 г. као и Закон о државној арбитражи од 1947 г. дају Пленуму Главне државне арбитраже право да „утврђује трговачке обичаје и узансе“, а после реорганизације државних арбитража у привредне судове Закон о привредним судовима из 1954 г. ставља у надлежност Врховног привредног суда да доноси опште узансе (чл. 18), прописујући поред тога да привредни судови „суде привредне и поморске спорове на основу узанса и трговачких обичаја“ (чл. 5). И други прописи из области привреде тога периода упућују на примену обичаја и узанси (Закон о удруживању у привреди, Уредба о трговинској делатности и трговинским предузећима и радњама), а што је посебно важно Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1957 г. прописује изричито примену Општих узанси за промет робом пред привредним судовима (чл. 5). Ово треба објаснити великим значењем које су Опште узансе за промет робом из 1954 г. имале тада за нашу привреду, у коју је уведено самоуправљање и предузећа су добила велику самосталност, што је тражило доношење нових правила за регулисање уговорних односа предузећа.

Указивање на примену обичаја наставља се и после уставних реформи из 1974. г. Тако, на примену обичаја у промету указује Закон о основима пословања организација удруженог рада у области промета и услуга из 1976. г. (чл. 18). Закон о удруженом раду (чл. 21) предвиђа да организације и други учесници на тржишту наступају у складу са законом и „добрим пословним обичајима...“. Међутим, овде може да се постави питање значења термина „добри пословни обичаји“. У правној теорији разликујемо „дословне обичаје“, који регулишу материјално-правне односе између странака у пословном промету и „добре обичаје“ или „добре обичаје у привреди“, који представљају правила пословне етике. Пословни обичаји треба да буду у складу са добрим обичајима и пословним моралом. У вези с тим код нас се почео јављати назив „добри пословни обичај“, што би по неким ауторима значило пословне обичаје који су у складу са добрим обичајима. Међутим, тај термин може да се схвати и као синоним израза „добри обичаји у привреди“, који је раније употребљаван, а у ком га смислу схвата Закон о удруженом раду, с обзиром на остали текст наведеног прописа, где се даље говори о „начелима морала социјалистичког самоуправног друштва“, о забрани удруживања и повезивања организација удруженог рада и друге делатности, који су управљени на спречавање слободног кретања и удруживања рада и средстава и слободне размене робе и услуга, или на стварање монополског

положаја на јединственом југословенском тржишту. Збрци појмова доприноси код нас и употреба израза „обичај” за обе категорије правила, док се у другим правима употребљавају различити изрази за ове категорије правила. Тако, нпр. у немачком праву за добре обичаје употребљава се израз „die gute Sitten”, а у француском „les bonnes moeurs”, док за обичај и трговачки обичај Немци употребљавају израз „der Gebrauch” и „der Handelsbrauch”, а Французи обичаје и трговачке обичаје називају „les usages” и „les usages de commerce”. Свакако појам „доброг пословног обичаја” треба рашчистити у нашој правној теорији и дати му прави смисао тј. правила пословне етике. Оно што је за нас од посебног интереса овде јесте став који по питању примене обичаја и узанси заузима Закон о облигационим односима, који се овим питањем посебно бави.

Пре него што бисмо прешли на анализу прописа Закона о облигационим односима осврнућемо се кратко на схватање теорије и законодавства у упоредном праву о односу закона и обичаја и узанси. Као што смо раније указали, Француски грађански законик, који је укинуо обичајно право које је важило до његовог доношења, не садржи једну општу одредбу о примени обичајног права и обичаја убудуће, него садржи извесне општије одредбе о примени обичаја у појединим материјама и упућује на примену локалних обичаја у појединим специјалним случајевима. Општини карактер имају прописи чл. 1135, у глави о дејству облигација, где се предвиђа да уговори обавезују не само на оно што је у њима изражено, него и на све последице које правичност, обичај или закон дају обавези према својој природи, као и чл. 1159 и 1160 у одељку о тумачењу уговора, где се предвиђа да се оно што је двосмислено тумачи оним што је уобичајено у земљи где је уговор закључен и да уговор треба допунити клаузулама које су у њему уобичајене, иако нису изражене. Аустријски грађански законик заузео је у погледу примене обичаја радикалан став предвиђајући (§ 10) да се обичаји могу узети у обзир само у случајевима, у којима се закон на њих позива, при чему је на примену обичаја указао само у пет параграфа. Међутим, у Аустријском трговачком законнику од 1862. г. (§ 1) прописује се да у трговачким стварима, ако Законик не садржи одредбе као мерило служе трговачки обичаји (што је преузето и у Хрватско-мађарском и у Босанско-херцеговачком трг. закону), дакле супсидијерна примена обичаја. Немачки грађански законик указује на примену обичаја у промету код питања прихвата понуде (§ 151), код тумачења уговора (§ 157) и код извршења престације од стране дужника (§ 242). Швајцарски грађански законик предвиђа примену обичајног права у недостатку законске одредбе (чл. 1 ст. 2). Италијански грађански законик (чл. 8), слично Аустријском грађанском законнику предвиђа да у материји регулисаног прописима обичаји имају дејство само уколико то прописи захтевају. Пољски грађански законик предвиђа узимање у обзир „устањених обичаја” код дејства правног посла (чл. 56), код тумачења изјаве воље (чл. 65) и код извршења обавезе од стране дужника (чл. 354).

У нашем предратном праву на подручјима примене Аустријског грађанског законика важио је поменути став Законика као и наведених трговачких закона. Српски грађански законик (§ 10) заузео је либералнији став од свог изворника прописујући да ће у случају законских празнина решавати разумно и савесно по општим основама постављеним Законнику или „опште познатом досадашњем обичају”, имајући у виду законске прописе за сличне случајеве, предвиђајући иначе поједине случајеве у којима има места примени обичаја. Општи имовински законик за Црну Гору (чл. 2) предвиђа примену обичаја за случај да се у Законнику ни у додатцима његовим не би нашло правила. Законик такође предвиђа (чл. 780) да се код појединих професија (трговина, занатство итд.) треба владати по обичајима те професије. Већ смо говорили о нашим новим прописима који предвиђају примену обичаја.

Као што видимо, грађански законници различито регулишу питање односа законских прописа и обичаја односно питање примене обичаја, при чему можемо разликовати три основна става: било да законници допуштају примену обичаја само кад је то изрично указано, било да указују на примну обичаја у појединим случајевима не изјашњавајући се о примени обичаја и у другим случајевима, било да садрже општи став о допуштању примене обичаја у случају законских празнина. С обзиром на недовољне и често рестриктивне одредбе појединих грађанских законика о примени обичаја и обичајног права, питање примене обичаја изазвало је у XIX веку велике дискусије у праву. Нарочито се развила дискусија у француском и немачком праву, где грађански законници не садрже једну генералну одредбу о примени обичаја уопште, него предвиђају њихову примену у појединим питањима. Као што је познато, у правној теорији се разликују три случаја примене обичаја: примена када сам закон упућује на обичаје тзв. примена *secundum legem*, примена када треба попуњити законске празнине тзв. примена *praeter legem*, примена када су обичаји у супротности са законом тзв. примена *contra legem*. У погледу примене *secundum legem* нема спорова међу ауторима, обичаји ту имају снагу извора права на основу закона. Спорна је примена *praeter legem* у случају када закон не упућује на примену обичаја у случају законских празнина, али је и не забрањује, дакле када закон ништа не каже, као што је то случај у француском и немачком праву. Већина аутора сматра да у том случају има места примени обичаја. (Наш пок. проф. Борђе Тасић на то питање овако је одговорио: „Наш одговор је једноставан. Државни орган ће примењивати обичај, зато што је држава дужна да служи друштвеним схватањима и потребама колико год је то могуће и да води рачуна о друштвеној сигурности. Примењујући обичајно право, држава одговара овом задатку најбоље”. В. Увод у правне науке, Београд 1938, стр. 128). Размиоилажења су се појавила у вези са питањем примене обичаја супротних закону, примене *contra legem*. Аутори се слажу да се обичаји не могу примењивати кад су супротни јавном поретку и императивним прописима. Међутим, разлике у схватањима су се појавиле код питања примене обичаја који су супротни диспозитивним прописима. Већина

немачких правних аутора сматра да новостворени обичаји имају првенство у примени пред диспозитивним нормама, док се у француском праву заступа супротно гледиште. Ипак, новија гледишта у француској доктрини иду затим да примену обичаја треба дозволити у случају кад су законске норме застареле и не одговарају потребама промета а законодавац није формално укинуо закон.

Закон о облигационим односима садржи извесне опште одредбе о примени обичаја и узанси, као и низ одредаба о примени обичаја у појединим односима или код појединих уговора (в. нпр. чл. 32 ст. 2, 33, 34, 39, ст. 2, 44, 143, ст. 1, 398, ст. 3, 459, 464, ст. 2, 534, 567, ст. 2 и др.). За нас су овде значајне у првом реду опште одредбе Закона садржане у чл. 18, 21 и 1107. Закон најпре у чл. 18 прописује да је учесник у облигационом односу дужан да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према „правилима струке и обичајима“. У чл. 21 Закона предвиђа да су учесници у облигационим односима дужни да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима (ст. 1) и да се на облигационе односе примењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели (ст. 2). Закон се питањем примене обичаја и узанси бави и у прелазним и завршним одредбама у чл. 1107. Закон ту, на првом месту, предвиђа да се одредба општих или посебних узанси којом се утврђује претпоставка да су уговорне стране пристале на примену узанси, уколико их уговором нису искључиле, неће примењивати после ступања на снагу овог закона (ст. 1). Закон, даље, предвиђа да се Опште узансе за промет робом неће примењивати после ступања на снагу Закона у питањима која су њиме регулисана (ст. 2). Најзад, Закон прописује да ће се у случају кад су опште или посебне узансе или други трговински пословни обичаји супротни диспозитивним нормама Закона, примењивати одредбе Закона, осим ако су странке изричито уговориле примену узанси, односно других трговинских пословних обичаја (ст. 3). Занимљиво је да Закон о облигационим односима код прописа о тумачењу уговора не говори о примени обичаја, као што чине други грађански законици (в. нпр. чл. 1160 Француског грађанског законика, § 157 Немачког грађанског законика, чл. 65 Пољског грађанског законика), иако је сигурно да при тумачењу треба водити рачна о схватањима средине, убрајајући ту и обичаје који у тој средини владају. Међутим, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, која је служила као основ за израду Закона, указује (чл. 78 ст. 1) да се заједничка намера уговорника утврђује и „према ономе што редовно бива у поштенном промету“.

Анализирајући наведене прописе видимо да Закон на првом месту (чл. 18) предвиђа примену обичаја у извршавању обавеза из професионалне делатности. Међутим, нагласак је у овом пропису на повећаној пажњи припадника једне професије („пажња доброг стручњака“, како је Закон назива), која се тражи у вези са повећаном одговорношћу при вршењу професионалне делатности. Закон ту само предвиђа да се мора

поступати са повећаном пажњом, а према правилима струке и обичајима који владају у тој бранши. Из тога се не би могла извести обавезна примена пословних обичаја, Закон се питањем њихове примене посебно бави. Затим, не би било логично да Закон предвиђа обавезну примену обичаја, када ни сви прописи Закона нису обавезни (већина прописа је диспозитивне природе) и када је — као што ћемо нише видети — ограничено примену узанси, које објављују овлашћена тела.

У чл. 21 ст. 1 Закон обавезује учесника у облигационим односима на поступање у складу са добрим пословним обичајима. „Добри пословни обичаји” су правила пословне етике и обавезујући на њихово поштовање законодавац је поставио један од коректива строгости и злоупотребе прописа. Ове обичаје, као што смо рекли, не треба мешати са трговинским пословним обичајима, који регулишу материјално-правне односе између странака у облигационом односу и о којима Закон доцније посебно говори. У ст. 2 чл. 21 Закон се бави применом узанси, допуштајући њихову примену ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели. Овде треба приметити да Закон говори само о примени узанси, које представљају систематизоване и објављене трговинске обичаје, док о трговинским обичајима у ужем смислу, тј. онима који нису објављени као узансе Закон овде не говори. Може се претпоставити да је томе узрок и нерашчишћеност појма „добри пословни обичаји” и нека схватања у нашој правној теорији да су под појмом добрих пословних обичаја обухваћени и трговински пословни обичаји, о чему смо раније говорили, мада се из формулације Закона види да он не мисли на чисто пословне обичаје, јер обавезује на поступање „у складу са добрим пословним обичајима, а затим Закон доцније врши јасну дистинкцију између ове две категорије обичаја, јер он у чл. 143. предвиђа ништавост одредаба општих услова које су противне добрим пословним обичајима, дакле правилима пословног морала, а у чл. 1107 говори, као што смо видели о „трговинским пословним обичајима”. Мислимо да путем аналогije треба заузети став да оно што Закон предвиђа у погледу узанси важи и за трговинске обичаје у ужем смислу, јер су и узансе трговински обичаји. Истина, при примени обичаја и узанси прави се разлика у томе, што обичаје уколико нису суду познати треба доказивати, док су узансе познате пошто се публикују. Друга ствар је што наши судови цене да ли одређени пословни обичај одговара нашој садашњој социјалистичкој економици, с обзиром да су се извесни трговачки обичаји формирали раније у условима капиталистичке привреде, док код узанси отпада потреба да их судови цене пошто су донете у данашњем поретку од стране овлашћених тела. Међутим, овде се ради о примени узанси на основу воље странака, изражене било директно или индиректно, што свакако треба усвојити и за примену других трговачких обичаја.

У чл. 1107 ст. 1 Закон, као што смо видели, предвиђа да претпоставка садржана у општим или посебним узансама да су уговорне стране пристале на њихову примену, неће више важити после ступања Закона

на снагу. Претпоставка о престанку странака на примену садржана је у Општим узансама за промет робом (уз. бр. 2), где се предвиђа да се те узансе примењују кад су странке пристале на њихову примену, с тим што се сматра да су странке пристале на ту примену у пословима у којима је за случај спора прописана или уговорена надлежност привредног суда, уколико из уговора не проистиче да су странке искључиле њихову примену. Уношење сличних претпоставки уобичајено је код узанси које доносе брзе или трговачке коморе и удружења, где су нпр. узансе обавезне за послове склопљене на берзи, а постоји претпоставка о њиховој примени и за друге послове кад се расправљају пред берзанским судом. Пошто је код нас за доношење Општих узанси био надлежан Врховни привредни суд (раније Главна државна арбитража), то се сматрало да се наведена претпоставка може прихватити за спорове пред привредним судовима. При томе се полази од тога, да су Опште узансе, пошто су званично објављене, познате странкама, што је општи услов за примену обичаја. Уношење ове претпоставке у Опште узансе требало је поред тога да допринесе њиховој што већој примени у пословном промету, с обзиром на недостатак нових законских правила о регулisanу уговорних односа у нашој привреди. Истина, Опште узансе су диспозитивне природе и странке су могле искључити њихову примену, али то се у пракси ретко дешавало и Опште узансе су стварно постале најважнији извор права за регулisanу уговорних односа у нашој привредној пракси. Овде треба рећи да су Опште узансе црпеле своју снагу и из законских прописа, јер је њихову примену пред привредним судовима предвидео Уводни закон за Закон о парничном поступку (чл. 5). Могло би се рећи да су овом одредбом Опште узансе дигнуте на ранг обичајног права, с обзиром на разлику, која се у правној теорији прави између обичаја и обичајног права, при чему је код обичаја основ примене убеђење о целисходности, док је код обичајног права основ примене убеђење о обавезности примене (тзв. *opinio iuris sive necessitatis*). У пракси није увек лако разликовати ове две категорије правила, а у правној теорији се сматрало као извесно да обичај постаје обичајно право када закон на њега директно упућује (примена обичаја *secundum legem*). С обзиром да је Закон о облигационим односима донео нова правила о регулisanу уговорних односа у привреди, логично је да је наведену претпоставку о престанку странака на примену Општих узанси требало напустити, а Закон је донео нова правила о примени узанси и обичаја. Наведена претпоставка о престанку странака на примену узанси налазила се и у неким посебним узансама, те ни тамо неће више важити после ступања Закона на снагу.

Поред наведеног укидања даљег важења претпоставке о примени општих и посебних узанси, Закон у ст. 2 чл. 1107 још посебно у погледу Општих узанси за промет робом предвиђа да се оне неће примењивати после ступања на снагу Закона у питањима која су њиме регулisanа. Ова одредба била је потребна посебно стога, што су Опште узансе донете у време кад није било нових прописа, па су у Опште узансе унете и одредбе, које по својој правној природи не представљају узансе,



него одредбе чисто законског карактера. Доношењем Закона о облигационим односима треба да отпадне примена тих узанси. Такође треба да отпадне и примена узанси чисто „узансног“ карактера, уколико је одређено питање друкчије решено Законом, с обзиром на став Закона у ст. 3 чл. 1107, о коме ће ниже бити речи. Значи, могу да се примењују оне узансе из Општих узанси за промет робом које само допуњују законске одредбе и нису с њима у супротности, а испуњавају законске услове за примену узанси уопште. Међутим примена законске одредбе из чл. 1107 ст. 2 може да наиђе на тешкоће у пракси, јер може да буде спорна примена одређене узансе, с обзиром на законске одредбе о поменутом питању. Тако, нпр. из одредаба Општих узанси о закључивању уговора мислимо да задржавају снагу оне узансе које се тичу издавања писмене потврде о усмено закљученом уговору у облику уговора или закључнице, или одредбе о закључивању уговора путем телефона, телеграма или телепринтера, затим узансе о начину утврђивања квантитета или квалитета, које не садржи Закон о облигационим односима, а које употпуњују законска правила. То су, иначе, узансе „узансног“ карактера, за разлику од неких узанси, које су стварно „законског“ карактера. Међутим, може да буде спорно нпр. да ли се може применити одредба уз. бр. 58 ст. 2, која код измене и раскида уговора због промењених околности предвиђа да кад једна странка тражи измену уговора због промењених околности, друга странка може одустати од уговора, у ком се случају сматра као да уговор није ни закључен. Спорно је ту наиме да ли се може сматрати да је питање ревизије и раскида уговора због промењених околности у потпуности регулисано законом. О таквим случајевима биће потребно да се изјасни наша судска пракса и правна теорија. Свакако би било корисно да је приликом израде Закона о облигационим односима било узето у разматрање издавање пречишћеног текста Општих узанси, који би био објављен приликом доношења Закона, али се може то учинити и сада пошто је Закон донет, јер би тако била уклоњена спорна питања, која ће се појавити при примени одредбе чл. 1107 ст. 2 Закона.

У ст. 3 чл. 1107 Закона о облигационим односима предвиђа се да ће се у случају кад су опште или посебне узансе или други трговински пословни обичаји супротни диспозитивним нормама Закона, примењивати одредбе Закона, осим ако су странке изричито уговориле примену узанси односно других трговинских пословних обичаја. При анализи ове норме појављује се такође извештан проблем. Као што смо већ указали раније у чл. 21 ст. 2 Закон допушта примену узанси ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтели, док напред наведени пропис чл. 1107 ст. 3 дозвољава примену узанси и других трговинских обичаја супротних диспозитивним нормама Закона само ако су странке изричито уговориле њихову примену. Повезујући прописе ова два члана произилази да у случају кад „из околности произилази“ да су странке хтеле примену узанси, који предвиђа чл. 21 ст. 2, примена узанси неће бити дозвољена ако су узансе супротне диспозитивним нормама Закона, с

обзиром да чл. 1107 ст. 3 предвиђа могућност примене узанси или других трговинских обичаја супротних диспозитивним нормама Закона, само ако су странке „изричито“ уговориле њихову примену. Не види се разлог за овакав став Закона, јер и кад из околности произлази да су странке „хтеле“ примену узанси, та примена произлази из воље странака, исто као и кад су изричито уговориле њихову примену. Сматрамо да би и у случају кад примена узанси (а аналогно и других трговинских обичаја) произилази „из околности“, требало би дозволити ту примену, пошто је основни услов за примену диспозитивних норми да не постоји другачија воља странака, што произилази и из чл. 20 Закона. Диспозитивне норме надомештају вољу странака, а кад је другачија воља странака изражена — било директно или индиректно — нема места примени диспозитивних норми.

Не улазећи у друга питања која се постављају при примени обичаја, специјално када Закон у појединим случајевима директно упућује на њихову примену (познавање обичаја од стране странака, доказивање обичаја, право суда да оцени обичаје да ли су у складу са данашњим нашим друштвеним поретком ако су се формирали раније итд.) јер је правна теорија по тим питањима заузела доста одређен став, ове бисмо извели само неке опште закључке поводом општих одредаба Закона о облигационим односима о примени узанси и других обичаја. Закон садржи неколико општих одредаба о примени трговинских обичаја и узанси, из којих произлази: 1) да је примена узанси допуштена ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтели, али није јасно да ли се то односи и на друге трговинске обичаје (трговински обичаји у ужем смислу); 2) Закон дозвољава примену узанси и других трговинских обичаја и кад су супротни диспозитивним нормама Закона, ако су странке изричито уговориле примену узанси и обичаја, али се не види да ли се узансе и обичаји који су супротни диспозитивним нормама, могу применити и кад њихова примена произлази из околности; 3) Закон упућује директно на примену обичаја у извесним одређеним случајевима и допушта примену узанси кад је у том смислу изражена воља странака, али није јасно да ли постоји могућност примене обичаја ван тих случајева. У вези са овим последњим питањем видели смо да низ грађанских законика у упоредном праву даје места примени обичаја у недостатку одговарајућих норми или у одређеним материјама, као нпр. код питања тумачења уговора, дејства уговора, извршења облигације. Изузетак је Аустријски грађански законик који дозвољава примену обичаја само у врло ограниченом броју случајева, на које Законик директно упућује. Међутим, то се објашњава схватањем које је владало у време доношења Законика, да примена обичаја није више дозвољена или је дозвољена само у малој мери, пошто је Законик обухватио сва правна правила важна за промет, а такође и са слабијим развојем промета у том периоду тј. почетком XIX века. Међутим доцнији развој грађанског промета, а посебно привредног промета, показао је да се примени обичаја мора дати више места, они су добили значај извора права, па је

и у Аустријском трговачком законик у заузет други став. Стога можемо рећи да је став Закона о облигационим односима, који дозвољава примену обичаја само у случају кад Закон на њих директно упућује или за њихову примену постоји изражена воља странака, строг и не одговара потребама данашњег привредног промета. То утолико више, што је примена обичаја и узанси досад имала важно место у нашем праву и што наши други прописи ван Закона о облигационим односима упућују на њихову примену једном општом одредбом, као што то чини Закон о основима пословања организација удруженог рада који у погледу услова и начина вршења промета робе и услуга упућује на супсидијарну примену обичаја у промету (чл. 18). Сматрамо да би слично, као у неким другим правима требало прихватити схватање да у случају законских празнина има места примени обичаја, уколико нису супротни јавном поретку и императивним прописима.

Као што се види, у вези са применом одредаба Закона о облигационим односима, које се односе на могућност примене обичаја и узанси у облигационим односима појављује се низ проблема. Задатак је наше правне теорије и судске праксе да унесу више јасноће у ове одредбе Закона и да их допуне, с обзиром на значај узанси и других трговачких обичаја у савременом привредном промету.

*др Владимир Капор*

## РЕЗЮМЕ

Применение обычаев и торговых юзансов согласно  
Закону об облигационных отношения

Отмечая большое значение Закона об облигационных отношениях в строении югославского гражданского и торгового права, автор занимается вопросом применения обычаев и торговых юзансов согласно этому закону. Автор сначала излагает, как этот вопрос регулирован в известных европейских гражданских кодексах и какое положение было у нас в этом отношении до принятия Закона об облигационных отношениях в югославском законе, где торговые обычаи и юзансы имели большое значение. Автор различает три основные позиции гражданских кодексов по вопросу отношений законных предписаний и обычаев т.е. по вопросу применения обычая только о таких случаях, когда это закон категорически постановляют, указывая ли на применение обычая в отдельных случаях, не изъясняясь о применении обычая и в других случаях, или же когда кодексы содержат общие положения о разрешении применения обычая в случае отсутствия каких-либо других постановлений.

Затем автор особенно занимается вопросом применения обычая и юзансов согласно югославскому Закону об облигационных отношениях, который содержит целый ряд постановлений о применении обычая в отдельных случаях, также как и некоторые общие предписания о применении обычаев и торговых юзансов. Автор анализирует эти общие предписания Закона и указывает на известные неясность и противоречие. Автор считает, что следовало бы дать больше места применению обычая и, что в связи с потребностями современного оборота следовало бы принять точку зрения, что при отсутствии других решений применение обычая всегда имеет место, если же обычаи не противоречат общественному строю и повелениям предписаний, при чем автор как раз думает о применении торговых обычаев и юзансов.

## A SUMMARY

*The Application of Customs and Usance according  
to the Law on Obligation*

Having asserted the great significance of the Law on Obligation Relations in the development of the Yugoslav civil and commercial law, the author deals with the question of application of customs and usance according to the letter of this Law. First of all, the author explains the manner in which this problem has been regulated in well known European civil codes and describes the situation in Yugoslav law up to the passing of the Law on Obligation Relations in that respect, in which commercial customs and usance had considerable impact. The author distinguishes three main stand-points expressed in civil codes in respect of the relationships between the legal regulations and the customs, that is, the question of application of customs: whether the law allows the application of customs only in cases where regulations expressly provide it, or merely points (implies) to the application of customs in particular cases without commitment as to the application of customs in other cases as well, whether they contain (express) a general stand-point in connection with the application of customs in cases of legal gaps.

The author devotes notable attention to the question of application of customs and usance in the Yugoslav Law on Obligation Relations, which contains several regulations about the application of customs in particular cases, as well as certain general regulations concerning the application of customs and usance. The author analyses these general regulations of the Law and points out certain ambiguities and contradictions. The author thinks that a wider latitude should be provided for the application of customs and that taking into account the needs of contemporary commercial activity there should be accepted the point of view that there is room for the application of customs at all times in the case of legal gaps, if the customs are not adverse to the public order and the imperative regulations. Having said that, the author particularly implies to the application of commercial customs and usance.

### RÉSUMÉ

#### *L'application des coutumes et des usances d'après la Loi relative aux rapports d'obligation*

En constatant la grande importance de la Loi relative aux rapports d'obligation dans l'édification du droit civil et du droit commercial yougoslave, l'auteur s'est consacré à l'étude de la question de l'application des coutumes et des usances d'après cette loi. En premier lieu l'auteur a exposé comment la question de l'application des coutumes et des usances était réglementée dans les codes civils européens renommés et quel était l'état sous ce rapport-là jusqu'à l'adoption de la Loi relative aux rapports d'obligation dans le droit yougoslave, dans lequel les coutumes commerciales et les usances avaient une grande importance. L'auteur distingue trois positions fondamentales des codes civils dans la question des rapports des prescriptions légales et des coutumes c'est-à-dire en ce qui concerne la question de l'application des coutumes: soit que les codes permettent l'application des coutumes seulement lorsque cela est expressément prévu par les prescriptions, soit qu'ils signalent l'application des coutumes dans certains cas sans se prononcer sur l'application des coutumes aussi dans les autres cas, soit qu'ils contiennent la prise de position générale permettant l'application des coutumes dans le cas qu'il y a des lacunes dans la loi.

L'auteur s'est ensuite occupé spécialement de l'étude de la question de l'application des coutumes et des usances d'après la Loi yougoslave relative aux rapports d'obligation, qui contient une série de dispositions sur l'application des coutumes dans les divers cas, ainsi que certaines dispositions générales sur l'application des coutumes et des usances. L'auteur analyse ces dispositions de la Loi et il attire l'attention sur certaines confusions et contradictions. L'auteur considère qu'il faudrait réserver une place plus large à l'application des coutumes et qu'en relation avec les besoins du commerce de marchandise contemporain il faudrait adopter la conception selon laquelle on peut toujours recourir à l'application des coutumes dans les cas qu'il y a des lacunes dans la loi, pour autant que les coutumes ne sont pas en contradiction avec l'ordre public et les prescriptions impératives. À ce sujet l'auteur pense surtout à l'application des coutumes commerciales et des usances.