

*др Александар Голдштајн,
редовни професор Правног факултета у Загребу*

ТРГОВАЧКИ ОБИЧАЈИ У ЈУГОСЛАВЕНСКОМ ПРАВУ И ПРАКСИ

Примјена трговачких обичаја долази у обзир првенствено у пословној пракси. Тек по томе арбитражна и судска пракса долазе у прилику да им дају или одрекну санкцију. Наша је пословна пракса у том погледу неспорна. Трговачки су се обичаји редовито примјењивали на привредне уговоре и примјењују се и данас.

Другачији је став законодавства. Још је у административном периоду управљања привредом законодавство обичајима придавало одговарајућу пажњу. Прописи о Државној арбитражи изричито су предвиђали примјену трговачких обичаја и узанца. Касније, преласком на нови привредни систем увођењем радничког управљања привредним подuzeћима, реорганизирано судство — претварањем државних арбитража у привредне судове, задржало је став о примјени трговачких обичаја на привредне уговоре.

Сумње су изазване у правној литератури, али не у пословној пракси, контроверзним и недореченим одредбама чланова 21, 1107. и 18. Закона о обавезним односима. 1. октобра 1978. — дан ступања на снагу Закона о обавезним (облигационим) односима, требало би да буде пријеломни датум у једном од основних питања привредног права у нас. Према садашњем стању сумње дијела правне литературе нису имале одјека на пословну праксу. Да ли је на судску праксу имао утјецај само текст Закона или и ставови изражени у литератури, није могуће са сигурношћу рећи. Очигледно је слово Закона — иако у међусобној контрадикцији — било дијелом dostatно са становиште које још није провјерено сталном судском праксом.

Нужно је дакле, видјети став југославенске правне теорије у односу на могућност примјене трговачких обичаја. Ту морамо лучити радове из опће правне теорије од радова специфичних за привредно право. У првопменутом, дакле на терену теорије права опћенито, трговачки обичаји нису били изузети од опће негативне оцјене значаја обичаја у нашем праву. Аргументација је углавном у томе да обичаји настају спонтано, да су конзервативни и да је наше ново законодавство довољно за задовоља-

вање потреба. Управо дуговјечност обичаја, спонтани настанак и конзервативност, као темељна одлика обичаја, долазе у сукоб с револуционарним промјенама у нашем друштвеном уређењу, дакле и правном регулацијом. Никакви изузеци нису прављени за трговачке обичаје и никакви обзир нису узели у разматрање чињеницу постојане праксе наших подuzeћа у погледу примјене трговачких обичаја. Мислимо да је узрок томе опћи приступ и недостатак информација о пракси и *разлозима* њезине постојаности у привредном животу. Изостала је, додуше, аргументација како је могуће да у јеку административног управљања привредом, савезни закони о Државној арбитражи изричито обавезују на примјену *трговачких обичаја* и да Главна државна арбитража доноси Опће узансе за промет робом, које су биле једини наш извор права на том подручју до 1. октобра 1978, дакле скоро четврт столећа.

Два су изузетка у опћој правној теорији и то новијег датума. Р. Лукић је упозорио да „технички елеменат права треба разликовати од суштинског...”, те надаље да су „техничке правне норме многобројне и често истовјетне за сва права, чинећи тако свјетоко право” (Лукић, Р. *Упоредно и светско право*, Зборник радова о страном и упоредном праву, Београд 1981, 175). Такођер и Б. Перић подвлачи улогу обичаја у привредном праву истичући да сложени односи не подносе аутархију државе у нормирању. (Перић, Б., *Структура права*, Загреб 1983, 181—182).

У литератури о привредном праву је до доношења Закона о облигационим односима трговачким обичајима дата велика пажња, па су Опће узанце, као кодифицирани трговачки обичаји, били главним изворима привредног уговорног права за судство и наставу на факултетима. То није био одраз недостатка законских прописа као искључив мотив, иако је и та околност играла улогу. Тако је и Спољнотрговинска арбитража имала, као што и данас предвиђа нови Правилник, одредбу о томе да ће се трговачки обичаји узети у обзир код рјешавања спорова. После ступања на снагу ЗОО тај је став задржан и ушао је у садашњи Правилник из 1982.

Изузетно су мјесто добили трговачки обичаји у UNCITRAL арбитражним правилима, које је и Спољнотрговинска арбитража укључила у нови Правилник дајући странкама могућност да уговоре њихову примјену.

1963. Југославија је ратификовала Европску конвенцију о међународној трговачкој арбитражи, која у чл. VII. предвиђа да ће арбитражи у свим случајевима водити рачуна о одредбама уговора и о трговачким обичајима. Такођер и хашки Једнообразни закони о међународној продаји прописују да су уговорници везани обичајима којима су се подвргли изричито *или прећутно* (чл. 9), а Бечка конвенција о међународној продаји робе (1980) одређује да се сматра да су стране прећутно подвргле свој уговор обичају који им је био познат или морао бити познат *уколико* није друкчије уговорено (чл. 9). На нацртима хашких закона, касније на коначном тексту, генерације су наших студената училе трговачко (привредно) уговорно право. Растовчан је поновио познату чињеницу да обавезна снага пословног (трговачког) обичаја почива на прећутном спо-

разуму уговорника (*lex contractus*) (Раствовчан, П., *Компаративно трговачко право*, Загреб 1954, 21). Брајковић је истакао да познавање лучких узанца није мање важно од познавања законских извора. Коначно, као у свакој привредној материји, треба узети у обзир обичаје (Брајковић, В., *Међународно транспортно право*, Загреб 1957, 7—8). Међутим, најодређенији је био Бартош излажући да је „свуда у свету, па и код нас, појам обичаја у привредном праву веома проширен. Поред правних обичаја створен је и признат као извор права и такозвани пословни обичај. Међутим оно што је битно — наглашава М. Бартош — у уговору се не мора позивати на пословни обичај да био претпостављен као уговорен.” (Бартош, М., *Обичаји узансе и пословни морал*, Привреда и право 1/1968, 8, 9).

Ми се овом приликом не би позивали на своје радове (*Привредно уговорно право*, Загреб 1967) нарочито оне послје доношења ЗОО (*Прологомена ЗОО*, у књ. *Обавезно право*, I, 2. изд. Загреб 1979 и *Међународна трговачка арбитража и lex mercatoria*, Загреб 1984), гдје смо изнијели своје сумње у основаност садашње интерпретације контроверзног законског текста. Вратили бисмо се најприје литературси из привредног права, па и новијој, уколико се изјашњава о трговачким обичајима. С изузетком В. Капора (у *Коментару ЗОО*, Благојевић/Круљ, 2. изд., у чл. 21 ЗОО) који је окренуо пажњу на противурјечности законског текста и приписао то недостатку теоријске припреме за нацрт, неки су аутори порекли велику улогу обичаја с образложењем да је доношењем ЗОО престала потреба обрађати се трговачким обичајима, који су уосталом конзервативни. Таква становишта полазе од свеобухватности Закона и његове искључивости, што је пракса демантирала у дугој историји законодавства. Али, поћи од искључивости закона, значи занијекати плуралитет извора права, право на аутономно регулирање и инсистирати на погреб и могућности да само закон буде све и сва, нешто што никад у привреди није било могуће, а понајмање у сложеним пословним односима данашњице кад специфичности струка траже специфична рјешења и број иноминатних контраката далеко надмашује број именованих. Оквирна рјешења ЗОО не могу задовољити потребе привреде, оне су диспозитивни модел, понајприје грађанима, али не безувјетно привредницима. Зато је неопходно успоредити нашу пословну праксу, међународне конвенције и цјелокупно аутономно право са текстом ЗОО који тражи ваљано тумачење, а не ропску изолирану примјену појединих контрадикторних дијелова почев од самог термина који варира и конфундира појмове *обичај*, *добар обичај*, *добар пословни обичај* (чл. 18, ст. 2 и чл. 21, ст. 1) са *други трговински пословни (!) обичај* (чл. 1107, ст. 3).

Могло се поставити питање је ли могуће да став нашег права буде један у домаћим односима, а други у вањкотрговачким с обзиром да изложена интерпретација неких аутора одуара од домаће и међународне праксе и међународних конвенција које смо ратифицирали и још ћемо ратифицирати. Колико мислимо да је дуализам могућ и да ће донекле до њега доћи ратификацијом Бечке конвенције, у погледу примјене трговачких обичаја он је незамислив.

У свјетској литератури је трговачким обичајима као претпостављеној вољи странака дата велика пажња. Обичај трговачки долази до примјене ако није што друго уговорено, испред диспозитивних прописа.

Дакако присилни прописи су мјеродавни за оцјену допустивости неког обичаја, као што је мјеродаван и опћи морал.

Није јасно како би привреда могла функционирати кад би 300 био искључив критериј за хиљаде специфичних ситуација, па зашто у сфери диспозитивних прописа Закона нешто не би могло бити друкчије уређено макар и конклуцентним пристанком на обичаје. Ставови о конзервативности обичаја, њихову сукобу с револуционарним промјенама и о искључивости Закона почивају на непознавању праксе која их свакодневно демантира, али и на погрешној поставци о границама и могућностима закона, па и овог Закона о обвезним односима, поготово што је у својим одредбама претежно диспозитивне природе што одговара његовим Основним начелима да Закон служи стварању увјета за слободан промет робе и услуга на јединственом југословенском *тржишту* у увјетима социјалистичке *робне производње* (чл. 1).

Како је Закон о обвезним односима садржајно рецепција одређеног круга средњоевропског система, што му уписујемо у добро, јер не може другачије бити, изузетна одступања или новине не мијењају карактер закона ове зрсте тј. о облигацијама. Међу новине не можемо убројити одредбе о обичајима које су неусклађене (чл. 21) II према 1107, узев у обзир диспозитивност 300 чл. 20, односно признату аутономију воље уговорника).

Поводом будуће ратификације Бечке конвенције о међународној продаји, која има начелан став према трговачким обичајима, требало би преистипати могућност новелирања 300 у погледу трговачких обичаја, а ништа не спречава судску праксу да то учини раније тумачењем текста који тражи разјашњење.

Теоријско разјашњење да треба лучити мотиве од технике, корисника од метода, омогућило је да цијели свијет сарађује на изради правила облигационог права у оквиру UNCITRAL-а, комисије Уједињених народа за право међународне трговине, чији је Југославија члан. Наша давнашња сарадња у Европској економској комисији УН на изради опћих увјета пословања, у оквиру Међународне трговинске коморе чија се правила у цијелости у нас примјењују (INCOTERMS, Једнообразна правила за документарне акредитиве), у оквиру Међународног института за унификацију приватног права и другаје, доказом је да активно сарађујемо на стварању права прихватаљивог на релацијама Сјевер—Југ те Исток—Запад. Правила облигационог права једнако служе свима који се њима користе, без обзира на структуру корисника. Трговачки обичај, поготово у модерном концепту, доприноси лако одвијању послова и немају везе са концептима који се односе на остале обичаје било које врсте.

Приједлог за отклањање двојби које сада постоје био би у овоме:

1. Терминолошки поправити текст 300 изостављањем неприхватаљивих термина или употребу истог у различитом смислу. Зато у чл. 21 ст. 1 изоставити термин *добри пословни обичаји* и замијенити или с *добри обичаји* у смислу *boni mores*, или још боље став 1. тога члана брисати, јер је та мисао већ формулирана у чл. 10.

У ст. 2 чл. 21 последије ријечи *узанице* додати *и трговачки обичаји*. 300 је то већ учинио у чл. 1107, ст. 3, па то треба пренијети из Пријелазних и завршних одредаба у Основна начела. У чл. 1107 термин *трговачки*

пословни обичај замијенити са трговачки обичај, јер је садашњи трговински пословни плеоназам на штету прихваћеног термина у нашем праву, међународној и домаћој пословној пракси и међународним конвенцијама.

2. Став 3. члана 1107 ЗОО не спада у Пријелазне одредбе, јер је начелан. Дикција садашњег ст. 3 тога члана је у супротности с начелним ставом у чл. 21. ст. 2. Док је наиме чл. 21/2 у складу с модерним схваћањем (иако не у најбољој дикцији) као у Бечкој конвенцији о међународној продаји, супротан став из чл. 1107/3 је у јасном сукобу с пословном праксом овуда, компаративним правом и међународним конвенцијама и UNCITRAL правилима. Незамисливо је да се у случају да постоји диспозитивни пропис ЗОО примјена обичаја (дакле оног што је уобичајено) мора уговорити и то изричито. То је *contradictio in adjecto*. Уосталом већ има коментара да се у смислу садашњег законског текста примјена обичаја може уговорити усмено или писмено, али и конклуидентно. У том смо већ случају на ставу из чл. 21/2 ЗОО да примјена трговачког обичаја произлази из околности.

Коначно, није прихватљиво поћи од поставке да пословни људи тако добро познају текст ЗОО да у свим приликама кад треба примијенити диспозитивни пропис Закона могу изабрати трговачки обичај који треба уговорити. Затим, како уговорити? Усмено, дакако, такођер, јер се многи послови склапају усмено. Требало би тада изрећи формулу: примијенити ће се трговачки обичај. То пак имплицира: само ако нису у супротности с уговорним утаничењима. Затим који трговачки обичаји, сви опћи и посебни, међународни и регионални? Све ће се то избјећи уважавањем онога што је овуда у свијету прихваћено и што је било и код нас до Пријелазних одредаба ЗОО, а то је да су трговачки обичаји *lex contractus* и долазе до примјене увијек, ако нису *contra legem* и то његовим присилним одредабама.

dr Aleksandar Goldštajn,
professor of the Faculty of Law in Zagreb

USAGES OF TRADE IN YUGOSLAV LAW AND PRACTICE

Summary

This article is the reaction by the author to some opinions in Yugoslav legal literature according to which, on the ground of article 1107 of the Law on Obligation Relations (Contracts and Torts), after the enactment of this Law (October 1, 1978) the attitude of the legislator has been changed in relation to the usages of trade.

The author emphasizes that mentioned Law, in its articles 18, paragraph 2 and 20, paragraph 2, clearly provides for the possibility of applying the usages of trade. In that respect this Law does not differ from the former practice and the attitudes in the comparative law and in the law of international trade. In addition to the above, Yugoslavia has ratified the European Convention on International Commercial Arbitration (1961), so that according to the Rules of the Foreign Trade Court of Arbitration at the Yugoslav Chamber of Economy »the parties may stipulate that the Rules of Arbitration of UNCITRAL be applied to the proceedings before this Arbitration« (article 40).

However, the most important thing is that Yugoslav business practice, in relation to the application of usages of trade, does not differ from the generally accepted practice in international commercial relations, so that with the ratification of the Vienna Sales Convention (1980) the application of usages of trade would acquire also the formal international recognition.

While referring to his earlier works and to other leading authors, the author makes suggestions in relation to correcting the wording of article 1107 of the Law on Obligation Relations, which led, due to its ambiguity, to some dilemmas, so that this article should be coordinated with the stand-points expressed in principle in mentioned articles 18 and 20 of that Law.

dr Aleksandar Goldštajn
professeur à la Faculté de droit à Zagreb

Résumé

USAGES COMMERCIAUX DANS LE DROIT YOUGOSLAVE ET DANS LA PRATIQUE

L'article présente un compte rendu de l'auteur concernant quelques opinions dans la littérature juridique yougoslave qui, se basant sur l'article 1107 de la Loi sur les rapports d'obligation, estiment que par l'entrée en vigueur de cette Loi le 1 octobre 1978, la position de la législation a changé par rapport à usages of trade.

L'auteur souligne que la Loi sur les rapports d'obligation dans les articles 18 al. 2 et 20 al. 2 règle clairement la possibilité d'appliquer l'usages of trade et que dans ce sens là il ne diffère pas de l'ancienne pratique et position dans le droit comparé et dans le droit commercial (the law of international trade). En outre, la Yougoslavie a ratifié European Convention on International Commercial Arbitration (1961) a according to the Rules of the Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Yugoslav Chamber of Economy »the parties may stipulate that the Rules of Arbitration of UNCITRAL be applied to the proceedings before this Arbitration« (Art. 40).

Cependant, ce qui est le plus important c'est que la pratique dans les affaires en ce qui concerne l'application d'usages of trade ne diffère pas de la pratique généralement adoptée dans les relations commerciales internationales de sorte que par la ratification de la Convention de Vienne (1980) l'application de usages of trade recevra formellement une confirmation internationale.

Se référant à ses anciens ouvrages et autres auteurs éminents, on propose dans l'article des corrections dans la formulation de l'article 1107 de la Loi d'obligation, qui a été à l'origine du dilemme à cause de l'ambiguïté, de sorte que, selon l'auteur, il est nécessaire de les adapter à la position de principe des articles mentionnés 18 et 20.