

Др Александар ЂИРИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

АУТОНОМНИ МЕЂУНАРОДНИ ТРГОВИНСКИ ПРАВНИ ПОРЕДАК И НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК СРБИЈЕ*

Резиме

Аутор је централну њажњу у овом раду посветио међународно-правном регулативном оквиру трговинских односа, у светлу његовој конститутивној елементи при изради Преднацрта новој Грађанској законика Републике Србије. После уводних излагања, даје је осврт на карактеристике и значај аутономној међународној трговинској правној пореџка (*lex mercatoria*), као и на однос националних грађанских кодификација и аутономној трговинској правној пореџка. У даљем тексту је анализирано њињање места извора аутономној права трговача у новом Грађанском законнику Србије на примеру „добрих условних обичаја“ (група књиџа, Облиџациони односи, чл. 10).

На основу сироведене анализе о начину нормирања обичаја у њојединим изворима међународној трговинској уговорној права, аутор у закључку овој рада, њредлаже конкретна мојућа решења за члан 10 из Групе књиџе, која је њосвећена облиџацијама.

Кључне речи: нови Грађански законик Србије, аутономни међународни трговински пореџак (*lex mercatoria*), „трговачки обичаји“, националне грађанске кодификације, међународни трговински односи, хармонизација и унификација.

* Чланак је резултат рада на Пројекту бр. 179046 Министарства просвете и науке Републике Србије.

I Увод

Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије, у Предговору Општег дела Преднацрта законика, наводи: „...Као основа за израду текста, сасвим разумљиво, послужио је важећи Закон о облигационим односима који у нашем правном поретку успешно функционише већ преко 35 година... Комисија је настојала да тај важећи законодавни акт усаврши и допуни, не само на основу анализе богате вишедценијске праксе и савремених тенденција, пре свега, у европској компаративној легислативи, већ и у складу са потребама и рационалним захтевима савременог правног живота“.¹

Сматрамо да конститутивним елементима „савременог правног живота“ припада и тзв. „аутономни међународни трговински правни поредак“ (*lex mercatoria*), који заслужује посебан респект у поступку израде новог Грађанског законика Србије. Предмет овог рада чини анализа међусобног односа аутономног међународног трговинског права и великих националних грађанских и трговинских кодификација, као и истраживање конкретних нормативних решења о трговачким обичајима у новом Грађанском законик у Србије и у општим изворима међународног аутономног трговинског уговорног права.

Карактер и обим овога рада, ограничили су нас, у основи, на анализу члана 10 из текста Друге књиге, „Облигациони односи“ Преднацрта Грађанског законика Србије. Као најприкладнији предмет поређења, издвојили смо норме о „добрим обичајима“, „добрим пословним обичајима“ и узансама у Преднацрту новог Грађанског законика Републике Србије и у аутономном праву трговаца (*lex mercatoria*). Изостављена су компаративна истраживања веома важних решења Преднацрта и појединих извора аутономног трговинског поретка, у материји уређивања конкретних уговорних односа.

II Карактеристике и значај аутономног трговинског правног поретка (*lex mercatoria*)

На питање шта представљају аутономни извори права (*lex mercatoria*) правна теорија одговара на различите начине. Сигурно је да је реч о правилима која нису резултат законодавне надлежности државе. Њих стварају сами учесници међународног трговинског промета (продавци, купци, осигуравачи, туристичке агенције, превозници, банкар и други). Они опредељују и њихову примену на основу сопствене

1 Комисија за израду Грађанског законика, Предговор, Грађански законик Републике Србије, Општи део, пета књига, Београд, 2013, стр. 6–7.

аутономије воље, која је ограничена националним правним поретком и прописима државног права. Уколико се аутономни извори примењују са унутрашњих страна граница једне државе, они чине домаће аутономно право, а ако се њихова примена протеже и са спољашњих државних граница, реч је о међународном аутономном праву. Теорија да је држава једини творац права је појавом аутономног права подвргнута озбиљним истраживањима и провери.

Према једној групи аутора реч је о наднационалном трговачком праву, које претендује на улогу заокруженог аутономног правног поретка.² Према другој групи теоретичара, *lex mercatoria* се састоји из „добрих пословних обичаја“ и праксе међународне трговине. Примена ових извора има факултативни карактер и долази у обзир само у случајевима када се појави потреба за попуном правних празнина код примене норми националног законодавства. У те изворе права се убрајају општа правна начела, обичајне норме, типски уговори, као и међународне конвенције и споразуми.³

Неки аутори сматрају да је *lex mercatoria* митска концепција, која се одликује недовољним нивоом стабилности и формалности, који јој је неопходан за правно регулисање међународне трговине.⁴ Ако пођемо од опште дефиниције да је право скуп правила понашања прописаних и санкционисаних од стране државе, могли бисмо оспорити значај не само извора *lex mercatoria*, већ и аутономног трговинског права у целини. Међутим, овакав категоричан став би био погрешан. Тако, уско схватање права није никада било опште. Уосталом, шире схватање права у том смислу је запажено још код римских правника. Паулус је говорио: „Правило је оно што укратко описује ствар; не треба од правила право да произлази, већ из онога што је право треба да постаје правило“.⁵ То су разлози услед којих

2 Ово становиште заступају В. Goldman, С. М. Schmitthoff, R. Good, А. Goldštajn, F. de Lu, G. P. Kalliss и други. О томе вид. Александар Ђирић, *Међународно трговинско право*, Општи део, Ниш, 2012, стр. 31.

3 Присталице ове концепције су О. Lando, F. Dasser, В. Klemades, S. Plen и други. О томе вид. А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 31.

4 Представници овог концепта су Lagard, G. Batiffol, Delome, M. Mustill, F. Mann, K. Najet и други. Том ставу се додаје и мишљење да се пракси примене *lex mercatoria* треба захвалити, јер она није ништа друго до појам створен од тзв. „уважених аутора“ за потребе моћних корпорација, које су их ставиле на своју „платну листу. Вид. Muthucumaraswamy Sornarajah, „Power and Justice in Foreign Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration*, бр. 14/1997, стр. 125. У литератури се износи упозорење да су теоретичари из развијених земаља склони да своја схватања увек представљају као „универзална“ и устаљена правила међународног права, када за то и нема основа. Са сруге стране, јуриспруденција из мање развијених држава то образлаже као „приватно стварање права“ у име и за рачун крупног капитала. О томе вид. Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID*, Rijeka, 2002, стр. 25.

5 Digeste, L. 17; *Paulus libro sexto decimo ad Plautium*: „Regula est, que rem quae est breviter enarrat non ex regula ius sumatur sed iure quod est regula fiat“.

се у правној литератури оправдано и посвећује изузетна пажња аутономном трговинском праву.⁶ Поред тога, органи који расправљају у највећем броју спорова са елементом иностраности – међународне трговачке арбитраже, респектују ове изворе узимајући их у подлогу својих одлука,⁷ што представља допринос правној сигурности.⁸

Lex mercatoria представља скуп извора права који је од посебног значаја за уређивање међународне трговине. Према ауторитативном ставу утицајне групе правних теоретичара, у те изворе права се, поред осталих, убрајају општа правна начела, обичаји, али и међународне конвенције и споразуми.⁹ Уз прихватање овако широког концепта о обухвату норми *lex mercatoria*, у ову групу би се могли сврстати следећи извори: а) општи услови пословања; б) типски и адхезиони уговори; в) трговачки обичаји; г) прометни обичаји; д) кодификована обичајна правила и узансе; њ) пословни и производни уобичајени стандарди; е) судска и арбитражна пракса националних и међународних арбитража; ж) међународне конвенције, модели закони и други извори права меког нормативитета (*Soft Law*).

Ваља нагласити да се извори аутономног трговачког права често подводе под јединствену категорију „трговачки обичаји“, или „обичаји пословног промета“, „добри пословни обичаји“ и слично. Међутим, јасно је да се из напред побројаних извора, између њих не може ставити знак једнакости. Чак и у односу на различите врсте трговачких обичаја постоји низ специфичности, укључујући и правила о хијерархији њихове примене. Тако, уколико опште услове пословања (у даљем тексту: ОУП)

6 Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, тринаесто и допуњено издање, Београд, 2012, стр. 40–46; Тамара Миленковић-Керковић, *Аутономни уговори трговинског права*, Ниш, 2008, стр. 299; С. М. Schmitthoff, *нав. дело*, стр. 7–15; Bernard Audit, „The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria“, Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Law Merchant*, New York, 1990, стр. 139–160; Harold J. Berman, „The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)“, *Emory Journal of International Dispute Resolution*, бр. 2/1988, стр. 235–310; UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria, ICC Publication No.490/1 (1995), стр. 85–93; Gesa G. Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?*, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu>.

7 О овоме вид. Антоније Симовић, „*Lex mercatoria* као извор међународног трговинског права у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Арбитража*, бр. 5/2008, стр. 65; Antonije Simović, „*Lex mercatoria* kao izvor prava u arbitražnoj praksi“, *Arbitraža v mednarodnem poslovanju*, Letnik II, Številka 1, marec 2013.

8 Добросав Митровић (ур.), *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 1998, стр. 56.

9 Ово становиште заступају В. Goldman, С. М. Schmitthoff, R. Good, А. Goldštajn, F. de Lu, G.-P. Kalliss и други. Више података доступно на адреси: <http://www.miripravo.ru/forms/kupl/0.htm>.

доведемо у однос са трговачким обичајима, предност у примени ће имати ОУП будући да се они примењују на основу споразума уговорних страна, чиме су оне искључиле примену трговачких обичаја у односу на питања која су уређена ОУП-ом. Такође, узансе имају предност у примени над трговачким обичајима, при чему узансе не могу бити у супротности са императивним нормама.¹⁰

У савременом промету трговачки обичаји најчешће настају широком применом формулара, а мање на класичан начин, тј. понављањем одређених поступака. Из тога се може закључити да за постојање трговачког обичаја није више неопходно доказивати његово дуготрајно понављање. Довољно ће бити утврдити да неки обичај постоји и да се примјењује.¹¹ Према објективној теорији обичај ће се примењивати и ако његова примена није уговорена, уколико не противуречи императивним прописима, а стране га нису изричито искључиле.

Изградњом универзалних и регионалних унификованих аката међународног трговинског права, попут Конвенције ОУН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (Бечка конвенција, енгл. *Convention on the International Sale of Goods – CISG*), затим UNIDROIT Конвенције о представљању у међународној продаји робе из 1983. године (*Convention on Agency in the International Sale of Goods*); UNIDROIT Конвенције о лизингу (*UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*), UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу (*UNIDROIT Convention on International Factoring*) из 1988. године и многих других, уговорни односи из сфере међународног пословног промета све више комплетирају своју самосталну и, у односу на национална законодавства, паралелну нормативну основу. У том смислу се заједнички циљ конвенцијских извора права артикулише у функционални еквивалент облигационог, односно грађанског, права националних легислатива. Поред тога, доношењем UNIDROIT начела међународних трговачких уговора (*UCP*), као и Начела европског уговорног права (*PECL*), отворен је пут примени докумената који својом садржином претендују да формирају „општи део“ међународног трговинског уговорног права.¹²

Дакле, у формалноправном смислу, аутономно трговинско право представља израз воље учесника трговинских односа, од које зависи и његова примена. Границе те воље постављене су националним правним порецима и нормама државног права.¹³

10 „Узансе се неће применити на односе који су регулисани императивним нормама ЗОО“. Вид. пресуду Врховног суда, Vs, II Rev-22/1987.

11 Aleksandar Goldštajn, *Pravo međunarodne kupoprodaje*, Zagreb, 1965, стр. 18.

12 Александар Ђирић, *Међународно трговинско право*, Општи део, Ниш, 2012, стр. 20.

13 Члан 1(2) Грађанског кодекса Швајцарске, предвиђа да „у недостатку важећег закона, судија одлучује по обичајном праву, а у недостатку обичаја, у складу са прави-

У постојећем дискурсу правне доктрине, скуп трговинских аутономних правних норми се поима као транснационално трговинско право, које, упоредо са националним, међународним и наднационалним правом, чини четврти вид правног система. Ипак, чињеница је да још увек нема јединственог става у вези са појмом и примененом *lex mercatoria*, као аутономног система права.¹⁴ У сваком случају оно је увек било и остало реалност света коме припада.

лима која би установио да поступа у својству законодавца“. Вид. Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Etat le 1er juillet 2014) L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, vu l'art. 64 de la constitution; 2 vu le message du Conseil fédéral du 28 mai 1943, décrète, доступно на адреси: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>. Чланови 5 и 421 Грађанског кодекса Руске Федерације предвиђају примену пословних обичаја. На основу члана 5 става 2, „обичаји пословног промета, који су супротни уговору или законским нормама, које су обавезне за стране одговарајућег односа, се не примењују“. Вид. Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994) (действующая редакция от 6.4.2015), доступно на адреси: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/>. Сличне одредбе садржи и читав низ грађанских законика других држава: члан 1.287 Грађанског кодекса Шпаније (El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse); чл. 3:11 Грађанског кодекса Холандије; члан. 6 Трговинског кодекса Чилеа, Трговински кодекс Чилеа (Закон бр. 1865, са изменама на основу Закона бр. 20382, од 20. 10. 2009, Código de Comercio (Ley N° 1865, modificada por la Ley N° 20.382 del 20 de octubre de 2009), доступно на адреси: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=823>, 10.4.2015. године и други. Типичну норму, која допушта примену међународне пословне праксе и обичаја, а која је формулисана по мери савременог међународног аутономног трговинског права, садржи члан 55 Закона Кине о међународним привредним уговорима: „У вези са питањима, која нису уређена правом Кине, примениће се међународна пословна пракса“. Закон обухвата само основне уставне и законске циљеве Кинеске владе. Вид. Article 55 of the Economic Contract Law. О овоме вид. Zhang Yuqing James S. McLean, „China's Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis“, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 8, бр. 1/1987, стр. 126.

- 14 У данашње време многи национални законодавци су предвидели примену *lex mercatoria* на изричит начин у законима о парничном поступку, законима о арбитражним судовима и другим. Ако би се усудили да дефинишемо *lex mercatoria*, могли бисмо бесциљно да лутамо, јер су се о томе водиле бурне расправе у којима су учествовала истакнута имена као што су: Goldman, Kahn, Fouchard, Schmitthof.¹⁰⁴ Нејасне су границе овог корпуса правних норми, јер када постоји изричито или прећутно изражена воља страна да се на њихов уговор не примјењују правила неког од националних права, одлучује се у складу с начелом правичности, обичајима и пракси у међународном промету. Према: Elvedin Mamel, UNIDROIT principi međunarodnih trgovinskih ugovora i njihova primjena u praksi, бр. 13/6, доступно на адреси: http://www.prf.unze.ba/docs/AnalizPFZEbr13god6/godina_6broj_13_04.pdf, стр. 95.

III Осврт на традиционални однос националних кодификација и аутономног трговинског права

У зависности од утицаја моћи и нивоа (не)толеранције државног права према аутономном трговинском праву, процес настанка извора за уређивање међународних трговинских односа је нераскидиво везан за однос права трговаца, заснованом на „добрим пословним обичајима“, с једне, и великих националних грађанских и трговачких кодификација, са друге стране. Појаву аутономног права карактерише процес интеграције, који је карактеристичан за Средњи век, када су трговци успели да изграде сопствено право познато као *lex mercatoria*, засновано на скупу међународних трговачких обичаја. Парадоксално је да је јединственост правила била потпуно супротна територијалној подељености. Такво стање се протегло све до почетка деветнаестог века, када су се питања правне регулативе трговинских односа почела решавати великим националним грађанским и трговинским кодификацијама. Аутономни извори средњевековне *lex mercatoria*-е инкорпорисани су у националне правне системе, који су им ограничили транснационални карактер и разградили их, уносећи им дух свог партикуларизма и специфична национална обележја.

Током XIX и почетком XX века материјалне норме националних грађанских и трговачких законика, чија се примена одређивала на основу колизионог метода, биле су једини извори регулисања пословних односа са елементом иностраности.¹⁵ Стварање националних суверених држава генерисало је одвајање националне и међународне трговинске политике и условљавало разлику између националног и међународног права. Суверене државе су јасно лоцирале домаћи суверенитет у институције са унутрашњих страна својих граница. Тиме се створио основ међусобне „конкуренције“ националних правних правила, али и тих правила са међународним нормама. Примена *lex mercatoria*-е је била могућа само у границама одређиваним толеранцијом националних законодавстава. Национална права су постала узрок недовољне правне сигурности у међународним трговинским односима, услед компаративних разлика које су међу њима настале.¹⁶ Уочено је да националне грађанске и трговачке кодификације, објективно нису могле у потпуности да антиципирају читав спектар односа, који су иманентни савременом унутрашњем, а посебно међународном трговинском промету. Потврда таквог стања је стигла

15 Милан Бартош, „Криза међународног приватног права“, *Архив за правне и друшћивене науке*, бр. 6/1948, стр. 488.

16 Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 9.

и из Уједињених нација, које су 1965. године, посебном Резолуцијом,¹⁷ оцениле постојање компаративних разлика у изворима права националног карактера, озбиљном препреком за даљи развој светске трговине. Основана је Комисија ОУН за међународно трговинско право (енг. *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*),¹⁸ са задатком спровођења хармонизације и унификације права међународне трговине.

Полако, помало, али све извесније, поново постаје актуелно аутономно трговачко право, које правна доктрина, полазећи од његових корена из Средњег века, поима као нову *lex mercatoria* (ново право трговаца).¹⁹ Колизииони метод, у односу на регулисање облигационих односа са елементом иностраности, постепено губи на значају. Говори се о постојању транснационалног трговинског правног поретка, чије се норме стално дограђују, захтевајући брзу и одговарајућу правну новацију, на основама хармонизације и унификације.²⁰ Такође, појавом права универзалних и регионалних институција, као што су Светска трговинска организација и Европска унија, створена је и категорија наднационалних извора права. Неопходност сталног усаглашавања националних прописа у овој области са изворима права међународног карактера, постала је очигледна. На сцену ступа ново аутономно право трговаца, чији су извори права изван система националних правних поредака. Долази до препорода и васкрснућа међународних трговинских обичаја, који су у свим епохама испољавали међусобну фасцинантну сличност. Добри трговачки обичаји, који су били претопљени и измењени регулама националних грађанских и трговинских кодификација, доживљавају своју ренесансу. Учесници пословног промета стичу право избора арбитра-

17 Резолуција ОУН 2102 (XX), 1965, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/yearbooks/yb1968-70-r/vol1-p20-52-r.pdf>. О томе вид. А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 1; Александар Голдштајн, *Међународно трговачко право – Конвенције, правила, ойћи увјејџи йословања*, Загреб, 1970, стр. XI.

18 У периоду свог постојања, УНЦИТРАЛ је стекао статус водећег органа у систему ОУН у области права међународне трговине. Са универзалним чланским саставом, више од 40 година, делује као специјализовани орган за спровођење реформе у материји трговинског права у целом свету. Основни циљ УНЦИТРАЛ-а је модернизација и усаглашавање норми међународног трговинског промета. О овоме вид. *United Nations Commission on International Trade Law*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>.

19 О овоме више вид. Т. Миленковић-Керковић, *нав. дело*, стр. 11–33.

20 Процес унификације и хармонизације као интегрални елемент јачања приватног утицаја на регулаторне процесе критикован је с аргументом да води стварању „опне за заштиту корпоративних интереса“. Видети: Allan E. Farnsworth, „Unification and Harmonization of Private Law“, *Harmonization and Change*, Workshop Papers from the Twenty-fifth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law, Faculty of Law, University of Toronto, 1995, стр. 82–88.

же, као недржавног начина решавања спорова.²¹ Тако се дошло до комбинованог система нормативног регулисања међународних трговинских односа, који, поред примене националних права, одликује и прихватање аутономног обичајног права трговаца.²² Стара *lex mercatoria*, заоденута у ново рухо и обogaћена новим садржајима, сходно потребама савремених МТО, прераста у нову *lex mercatoria*-у.²³

Из изнетог сумарног прегледа, јасно је да је на развој права међународне трговине опредељујуће утицао однос аутономног трговинског права (*lex mercatoria*) и националних грађанских и трговинских кодификација. Он се одвијао у три фазе. Прву фазу карактерише интеграција правних правила у виду средњевековне *lex mercatoria*-е, коју чини скуп универзално прихваћених међународних трговачких обичаја. Другу фазу обележава дезинтеграција правила из прве фазе. Обичајна правила трговачке заједнице, која су уживала широку примену у пословној пракси, губе међународни и униформни карактер, утапајући се у унутрашње грађанске и трговинске кодификације националних држава. Трећа, садашња, фаза се поклапа са процесом глобализације друштва, која захвата његове сегменте у свим угловима наше планете. Њу одликују настојања да се превазиђу ограничења, која за међународну трговину произлазе из великих националних грађанских и трговачких кодификација.²⁴ У том циљу се реинтегришу правила старе *lex mercatoria*-е, како на регионалној, тако и на универзалној међународној основи. Успоставља се ново међународно право трговца (нова *lex mercatoria*), које своју снагу заснива управо на атрибуту међународности, стално инсистирајући на потреби да се при тумачењу аутономних извора води рачуна о њиховом међународном карактеру, да се унапреди једнообразност њихове примене и поштовање савесности у

21 Анджеј Тынель, Ян Функ, Владимир Хвалеј, *Курс международнојо торговојо права*, 1999, Минск, стр. 54–55.

22 Александар Чирич, „Международный торговый арбитраж: применение автономных источников права“, *Материалы первых Международных чтений памяти академика Побирченко И. Г.*, Киев, 2014, стр. 80–93.

23 Међународноправни режим трговинских односа има снажно испражњујуће дејство на национални легислативни капацитет држава. Националне нормe, како јавноправног, тако и приватноправног карактера, се све више унификују. Говори се о конституционалном карактеру права Светске трговинске организације и о његовом уставноправном хабитусу. Ствара се јединствена међународна трговинска и привредна архитектура, која диктира не само правила трговинске сарадње међу државама, већ опредељујуће утиче на њихову националну легислативу. Ако је право СТО предмет поређења у процесу хармонизације и унификације јавноправне регулативе, утолико је предмет поређења на плану хармонизације приватноправних извора права, којима припадају и грађански законици појединих држава, аутономно трговинско право, односно нова *lex mercatoria*.

24 Clive M. Schmitthof, *Развој међународнојо трговачкојо права*, Загреб, 1972.

међународној трговини.²⁵ Због тога је значајно добро разумети захтеве новог времена, који се одражавају на национални легислативни капацитет Србије. У том смислу их је нужно и респектовати у креирању новог Грађанског законика.

IV Преднацрт Грађанског законика Србије и извори *lex mercatoria-e*

Да би се утврдило место трговачког аутономног правног поретка (*lex mercatoria*), које му додељује Преднацрт Грађанског законика, неопходно је извршити компарацију појединих решења Преднацрта са решењима кореспондентних норми у изворима права, који припадају самом том поретку. Због обима и карактера овог рада, ми смо као најприкладнији предмет поређења изабрали нормирање „добрих обичаја“, „добрих пословних обичаја“ и узанси.

1. Пример „добрих пословних обичаја“ (друга књига, Облигациони односи, чл. 10)

Персонификација аутономног трговинског права (нове *lex mercatoria-e*), у дискурсу Преднацрта Грађанског законика Србије, је категорија „добрих пословних обичаја“. Преднацрт садржи норме о „добрим обичајима“, „добрим пословним обичајима“, узансама и моралу, које су еманација аутономног правног поретка, како са унутрашњих, тако и са спољашњих државних граница. Тиме је Преднацрт нашег Грађанског законика испоштовао традицију, која је у домаћем и међународном промету стекла право грађанства кроз примену правила која настају у дужем временском периоду (обичаји, морал). Она се често користе као подлога за решења у другим изворима – међународним конвенцијама, двостраним уговорима, општим условима, креираним правним документима и слично. Чувени француски правник, Риперт, је у том смислу истицао: „Трговачко право је у принципу неформално. Оно не дозвољава да буде искључиво записивно и трасирано. Невољно се потчињава законодавној интервенцији.“²⁶ То, свакако, имплицира да се у уређивању трговинских односа не могу занемарити правила која представљају неписано обичајно право.

У тексту Преднацрта Општег дела Грађанског законика, Уводне и опште одредбе,²⁷ у члану 5 се помињу „добри обичаји“ у контексту

25 У вези са тим видети члан 7 Конвенције ОУН о уговорима о међународној продаји робе код Јелена Вилус, *Коментар Конвенције ОУН о међународној продаји робе*, Загреб, 1981, стр. 17–23.

26 G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1963, стр. 10.

27 Доступно на адреси: http://www.paragraf.rs/kk/images-kk/gradjanski_zakonik_republike_srbije.pdf.

општег дејства начела о аутономији воље, на основу које су „ЛИЦА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ СЛОБОДНА да своје односе уреде по својој вољи у границама принудних прописа, јавног поретка, добрих обичаја И МОРАЛА“.²⁸ Овим чланом Преднацрта се на општи начин придаје значај „добрим обичајима“, као извору права, који се може применити како у грађанским, тако и у односима трговинског карактера.

У материји облигационих односа, Преднацрт нормира (чл. 10) да стране из уговорних односа, не само да могу, већ су оне и „дужне да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима“:

- 1) Стране у облигационим односима *дужне су* да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима.
- 2) На облигационе односе се примењују *узансе* ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.²⁹

У литератури се указује да се под „добрим пословним обичајима“ могу подразумевати најмање две различите срвари:

- a) добар пословни обичај у смислу морала и
- b) добар пословни обичај у смислу трговачких обичаја.³⁰

Ако би се под појмом „добри пословни обичаји“ подразумевали трговачки обичаји, појавиле би се одређене нејасноће које су првенствено повезане са изразом „дужни су поступати“, јер трговачки обичаји не могу бити императивне природе, будући да такав карактер немају ни диспозитивне норме Законика.³¹ Због тога, би под појмом „добри пословни обичаји“ требало разумети „добре обичаје“ као синоним за правила морала.³² Међутим, у том случају би се могло поставити питање да ли ће, суштински, категорија „доброг пословног обичаја“, у смислу

28 У самом тексту се наводи да је малим словима означен текст из одговарајућег важећег Закона о облигационим односима. Великим словима су исписани предлози за нова решења Преднацрта.

29 Вид. Преднацрт Грађанског законика Србије, Друга књига, Облигациони односи, чл. 10. којим је у потпуности преузето решење из Закона о облигационим односима, чл. 21.

30 Професор Слободан Перовић истиче да се под „добрим пословним обичајима“ подразумевају одређене друштвене норме које нису правно санкционисане, већ су усвојене у општој свести једне друштвене средине. Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 98.

31 Vilim Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998, стр. 25.

32 Stojan Cigoj, „Komentar obligacijskih razmerij“, *Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, I knjiga, Ljubljana, 1984, стр. 105. Цитирано према: Antonija Zubović, „Primjena trgovačkih običaja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991)*, Vol. 27, бр. 1/2006, стр. 307–343.

трговачког обичаја, остати изван домаћаја Грађанског законика, чиме се трговачким обичајима ускраћује нормативна снага.

У члану 10 став 2 Преднацрта уређено је питање примене узанси, које се могу примењивати под алтернативним условом и то:

- а) ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену, или
- б) ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.

Логично је да се ове одредбе у погледу примене узанси, које представљају кодификоване трговачке обичаје, могу применити и на питање примене самих трговачких обичаја.³³

Као и Закон о облигационим односима, тако и Преднацрт Грађанског законика, не одређује појам добрих пословних (трговачких) обичаја. Како се они и, иначе, у правним изворима у упоредном праву ретко дефинишу,³⁴ просуђивање о томе што се сматра трговачким обичајем остаје чињенично питање. *Onus probandi* постојања обичаја је на страни, која се на њега позива, а коначна одлука о томе је у компетенцији судије или арбитра.

33 А. Goldštajn, *нав. дело*, стр. 45. и 71; Sofija Marušić, *Zakon o obveznim odnosima i izvori prava za ugovore i privredi*, стр. 42; V. Gorenc, *нав. дело*, стр. 26; Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980, стр. 710. Наведено према: А. Zubović, *нав. чланак*, стр. 336.

34 Према члану 13 Хашког једнообразног закона о закључивању уговора о међународној купопродаји телесних покретних ствари, под обичајем се подразумева начин поступања за који разумна лица истог својства, када се нађу у истој ситуацији у улози уговорних страна, сматрају да ће се такав начин поступања применити и на њихов уговор. Вид. <http://www.lawmix.ru/abrolaw/15910>. Једнообразни трговачки законик САД из 1962. (енгл. *Uniform Commercial Code – UCC*), дефинише трговачки обичај као сваку праксу или начин пословања за које се редовно може очекивати да ће бити поштовани у конкретној трансакцији. Вид. UCC, чл. 1–205/2 (4). Члан 5 став 1 Кодекса Руске Федерације обичајем пословног промета сматра усвојено и широко применљиво правило понашања у било којој области предузетничке делатности, које није предвиђено законом, без обзира, да ли је оно унето, или садржано, у било ком писаном документу. Вид. Статња 5. Глава I, часть I Гражданског кодекса Российской Федерации, Обычаи, доступно на адреси: <http://www.zakonrf.info/gk/5/>.

2. Обичаји у изворима међународног трговинског уговорног права

а) Конвенција Организације уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција, 1980)

У сету извора права међународног карактера, Бечка конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (БК)³⁵ условљава примену обичаја пристанком уговорних страна. Тако, члан 9 Конвенције предвиђа:

- 1) Уговорне стране су везане било којим обичајем на који су пристале, или на основу праксе успостављене међу њима.
- 2) Ако није друкчије договорено, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или је морао бити познат, односно који је широко познат у међународној трговини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.

Члан 9 став 1 БК чини обичај за уговорне стране обавезним уколико су оне, сагласно својој слободној вољи, на његову примену пристале. Са друге стране, за праксу утврђену међу уговорним странама се не захтева сагласност страна за њену примену, будући да су је оне саме створиле.³⁶

Сагласно нормама БК, уговорне стране могу бити везане трговачким обичајима изричито или прећутно. Када уговорне стране уговоре примену обичаја, на њих се примењује члан 9 став 1 БК. Али, ако уговорне стране не уговоре примену обичаја, примениће се члан 9 став 2 Конвенције, који упућује на примену обичаја уколико је конкретни обичај:

35 Заједнички циљ конвенцијских извора права је стварање скупа правних норми које су функционални еквивалент облигационог права националних легислатива. Бечка конвенција је „типичан представник врсте“ када се ради о регулисању међународних пословних односа методом „званичне унификације“ и креирањем документа са карактером *ius conventionis*. По темпу прихватања, Конвенција представља пример без преседана у историји унификације и хармонизације МТП. Значај Бечке конвенције је несумњив. Она представља максималан резултат унификације МТП, који је постигнут методом стварања *ius conventionis*. Њеним доношењем су, у кључним питањима, превазиђене поделе које су ометале међународну трговину. О томе вид.: А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, стр. 58–59.

36 Jelena Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb, 1981, стр. 28.

- а) уговорним странама био познат или морао бити познат,
- б) који је широко познат у међународној трговини, и
- в) редовно узиман у обзир од уговорних страна у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.

Став је теорије и праксе да напред наведени услови морају бити испуњени кумулативно.³⁷ Тиме је БК усвојила објективни критеријум примене трговачких обичаја.³⁸

За разлику од Преднацрта, Конвенција не повлачи разлику између обичаја и узанси, што упућује на закључак да су узансе обухваћене категоријом обичаја. Конвенција, као и Преднацрт Законика, не даје дефиницију трговачких обичаја, па ће о његовом постојању одлучивати суд или арбитража.

б) *UNIDROIT начела међународних трговачких уговора*
(енгл. *Unidroit Principles for International Commercial Contracts – UCP 2010*)

До сада најзначајнији резултати методе неофицијелне унификације у виду креирања извора права у циљу њихове примене, на основу аутономије воље учесника међународног трговинског промета, су два типична извора аутономног права и то: *UNIDROIT начела међународних трговачких уговора* (енгл. *UNIDROIT Principles on International Commercial Transactions – UCP*), и *Начела европског уговорног права* (енгл. *Principles on european contract law – PECL*).

*UCP*³⁹ и *PECL* су, за разлику од Бечке конвенције, извори аутономног права меког нормативитета (*soft law*). Чини их скуп правних норми

37 J. Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, стр. 26–29.

38 Трговачки обичај ће се, према објективној теорији, применити ако није супротан императивним законским нормама или друкчијем споразуму уговорних страна. То значи да уколико уговорне стране не желе примену трговачких обичаја, оне га морају изричито искључити, јер се свест о нужности поступања у складу с одређеним трговачким обичајем (*opinio necessitatis*) претпоставља. Према објективној теорији, трговачки обичај је извор права у објективном смислу. Он представља природни начин изражавања обичајног права у материји трговачког права, чију примену може искључити само *ius cogens* норма или супротна воља уговорних страна. Према субјективној теорији, за примену трговачких обичаја потребно је да је примена уговорена или да је прописана законом. Дакле, тражи се постојање оба елемента. То значи да поред чињенице постојања трговачког обичаја и његове допуштености примене, захтеваће се и постојање свести о обавезности поступања у складу с наведеним правилом понашања. О овоме више вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр.15–16; А. Zubović, *нав. чланак*, стр. 313.

39 *UCP* немају природу *ius conventionis*, с обзиром да њихова примена није условљена прихватањем од стране држава. Обавезни су само ако их стране изаберу као меро-

које одликује функционална прилагођеност потребама међународне пословне заједнице. За разлику од Конвенције, која регулише уговор о међународној продаји робе, ови извори аутономног права се предметно односе на све уговоре међународног промета. Њихова примена има препоручујући и допунски карактер. Осим када је примена ових извора изричито уговорена, она се претпоставља и када су уговорне стране свој уговор подвргле „општим принципима права, аутономном праву трговаца (*lex mercatoria*) и слично“.⁴⁰ За усвајање ове врсте извора аутономног права није одлучујући фактор постизање компромисних решења, као код стварања *ius conventionis*. Извори ове врсте усвајају правно најцелисходније концепције, а примењују се на основу аутономије воље учесника у пословним односима, који их преферирају на основу квалитета и адекватности њихових норми.

У чл. 1.9 Начела из 2010. године трговачки обичаји су уређени на следећи начин:

- 1) Стране су везане обичајем на који су пристале и праксом утврђеном између њих.
- 2) Стране су везане обичајем који је широко познат и редовно поштован у међународној трговини од уговорних страна у односној трговачкој струци, осим када би примена таквог обичаја била неразумна.⁴¹

У Начелима, као и у БК, трговачким обичајима је дата нормативна снага. У члану 1.9 Начела се не захтева да уговорне стране „знају или морају знати“ за одређени обичај да би њиме биле везане, као што је то случај код чл. 9 Бечке конвенције. Довољно је само да је трговачки обичај „широко познат и редовно поштован у међународној трговини од уговорних страна у одређеној трговачкој струци“. То указује да Начела полазе од претпоставке да трговачки обичаји који су широко познати и редовно поштовани у међународној трговини имају нормативну снагу,

давно право за уговор који међусобно закључују. Један од стубова носача Начела је поштовање принципа „савесности и поштења и коректног понашања“ (*good faith and fair dealing*). UCP су комплетан правни документ који треба да служи: а) као узор за националне легислативе; б) као средство за попуњавање правних празнина када стране нису одредиле надлежно право, или када конвенције и меродавно право немају решење за конкретно питање; и в) као подсетник учесницима у међународном промету за питања која се њиховим уговором имају уредити, уз могућност преузимања свих или само појединих њихових решења. Више о овоме: А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, 2010, стр. 65–70.

40 Вид. Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 365. У вези са применом општих начела вид. БК, чл. 7 ст. 2.

41 UNIDROIT PRINCIPLES 2010, Art. 1.9 (Usage and practices), доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/414-chapter-1-general-provisions/871-article-1-9-usages-and-practices>.

независно од знања уговорних страна. Будући да су у широкој примени, знање уговорних страна се претпоставља. На овај начин је примена трговачких обичаја проширена и у односу на саму БК, чија одредба у члану 9 став 2 предвиђа да уговорне стране „знају или морају знати“ за одређени обичај да би њиме биле везане.

в) *Начела европској уговорној њрава*
(енгл. *Principles on european contract law – PECL*)

Начела европског уговорног права (PECL) уређују само општи део уговорног права. Норме о трговачким обичајима су формулисане у два става члана 1:105 (ранији члан 1.103).⁴²

- 1) Стране су везане обичајем на који су пристале и праксом утврђеном између њих.
- 2) Стране су везане обичајем за који сматрају да се примењује на лица која се налазе у истом положају као уговорне стране, осим када би примена таквог обичаја била неразумна.

г) *Нацрт оквирних ѡрејорука за Европски грађански законик*

Значајан корак у правцу припреме европског Грађанског законика представља Нацрт Заједничког оквира (енгл. *Draft Common Frame of Reference*). Израдила га је Студијска група за европски Грађански законик. Садржи принципе, дефиниције и модел правила европског приватног права.⁴³ У књизи II, члан 1:102,⁴⁴ Нацрт уређује питање трговачких

42 The Principles of European contract law – Parts I and II revised 1998, (Parts I and II revised 1998, Part III 2002), Chapter 1 – General provisions, Section 1 – Scope of the Principles, Article 1:105 (ex art. 1.103) – Usages and Practices, доступно на адреси: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/1.105.html>.

43 Нацрт је припремљен од стране Студијске групе за европски Грађански законик (енгл. *Study Group on a European Civil Code*) и Истраживачке групе о приватном праву Европске заједнице (енгл. *Research Group on EC Private Law – Acquis Group*). Нацрт је израђен на основу „Акционог плана за кохерентније европско уговорно право“ (енгл. *Action Plan on A More Coherent European Contract Law*) Европске комисије из 2003. године и публикован 2008. године. На тим основима, Европски парламент је 8. јуна 2011. године усвојио и одговарајућу резолуцију – „European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses“ која представља значајан корак у правцу даљег развоја Европског уговорног права. Вид. Јелена Перовић, *Појреба Унификације и хармонизације уговорној ѡрава*, доступно на адреси: <https://www.google.com/webhp?sourceid>, стр. 11.

44 Book II Article 1:104: Usages and Practices, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

обичаја и пословне праксе на потпуно идентичан начин са чланом 1:105 PECL.

g) Крајња компаративна анализа решења у изворима међународној џиртовинској уговорној ђрава

Поређењем члана 1:105 PECL, члана 1:102 Нацрта Европског грађанског закона, члана 9 БК и члана 1.9 UCP, закључује се да сви наведени чланови имају два става, од којих су њихови први ставови, у свим наведеним изворима, текстуално идентични. Разлике постоје у ставовима 2 цитираних чланова. Код примене члана 1:105 став 2 PECL не поставља се питање знања уговорних страна о постојању трговачких обичаја, као код БК.

БК и UCP 2010 условљавају примену обичаја његовим широким познавањем у међународној трговини, као и његово редовно узимање у обзир од уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.

Сагласно члану 1:105 став 2 PECL, да би уговорне стране биле везане трговачким обичајима на које се нису обавезале изричито, потребно је да су испуњена два услова:

- а) да се трговачки обичај примењује на лица која се налазе у истом положају као уговорне стране, и да
- б) примена таквог обичаја није неразумна.

У правној теорији се сматра да БК, UCP 2010 и PECL обухватају не само међународне, већ и националне и локалне трговачке обичаје. При том се процењује да члан 1:105 став 2 PECL може додатно помоћи у одређивању да ли је одређени обичај обухваћен применом члан 9 став 2 Бечке конвенције.⁴⁵ Потребно је осврнути се и на околност да примена обичаја не сме бити неразумна, што изричито захтева и члан 1.9 UCP 2010. У члану 1:302 (ранији члан 1.108) PECL, дат је критеријум разумности (енгл. *Reasonableness*). У оцени шта је разумно, потребно је узети у обзир природу и циљ уговора, околности случаја као и обичаје и праксу трговине или односне струке.

45 Anja Carlsen, *Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISGS*, доступно на адреси: www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html.

V Закључак

У документу Иницијатива за израду Грађанског законика Републике Србије и основни разлози за његово доношење, који је садржан у Предговору Законика (Општи део) се истиче да је у раду на изради Преднацрта Грађанског законика, између осталог, било неопходно одговарајућа законска решења „усагласити са решењима међународних конвенција, као и са тековинама европске правне цивилизације, уз уважавање традиционалних неспорних националних вредности“.

Спроведене анализе у овом раду, учињене уз исту мотивацију, указују да у Преднацрту Грађанског законика можда има простора да се, уз уважавање наших традиционалних националних вредности, поједина предложена решења, у већој мери могу усагласити са нормативном основом и решењима из извора аутономног међународног трговинског права. У том смислу сматрамо целисходним да се предложена решења из члана 10. Друге књиге, која се тичу дужности страна да у правном промету поступају у складу са трговачким обичајима, у већој мери прилагоде нормама међународног аутономног права.⁴⁶ У том смислу, уважавајући разлоге, које смо изнели у овом прилогу, сматрамо да би, став 1, који има идентичан текст у свим наведеним изворима, могао бити преузет и уграђен у члан 10 став 1 из Друге књиге Преднацрта. Уз незнатно језичко-стилско прилагођавање, члан 10 став 1 би могао да гласи:

- 1) „Стране у облијационим односима су везане обичајем на који су пристале и праксом утврђеном између њих“.

Пошто у напред цитираним члановима анализираних извора међународног уговорног аутономног права, постоје компаративне разлике у формулацији става 2, који утичу и на њихово правно дејство, за могућу формулацију члана 10 став 2 Преднацрта конкуришу решења УСР, РЕСЛ, тако да би његова прихватљива формулација, уз наш додатак подвучених речи, могла алтернативно да гласи:

- 2) Ако није друкчије договорено, стране су, у облијационим односима, везане обичајем који је широко познат и редовно по-

46 Деривативни начин изградње националних прописа доприноси процесу хармонизације и унификације упоредног законодавства. Он подразумева тзв. „*Top-down*“ приступ, на основу кога се решења међународних докумената („*top*“, врх) инкорпоришу „ниже“ („*down*“), у национална законодавства („*incorporation by reference*“). Супротан овом је систем „*bottom up*“, којим се на основу компромисног прихватања решења националних правних извора, долази до међународних правних докумената. Типичан пример извора те врсте је Конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (БК).

штован у трговини од уговорних страна у односној трговачкој струци, осим када би примена таквог обичаја била неразумна (UCP) или

- 2) Стране су везане обичајем за који сматрају да се примењује на лица која се налазе у истом положају као уговорне стране, осим када би примена таквог обичаја била неразумна (PECL).

Имајући у виду традиционалан значај узанси у нашем трговинском праву, садашњи став 2 цитираног члана 10 у Преднацрту, би могао бити нови став 3:

- 3) На облигационе односе се примењују узансе ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.

Овакав став 3 би могао бити и сувишан, будући да су узансе обухваћене категоријом обичаја.

На напред описани начин, наш би законодавац допринео постојећој тежњи ка уједначавању националних правних норми са нормама међународног аутономног трговинског правног поретка.

Aleksandar ĆIRIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

AUTONOMOUS INTERNATIONAL TRADE ORDER AND THE NEW SERBIAN CIVIL CODE**

Summary

*The author has dedicated central attention in this paper to international regulatory framework of trade relations, whom the autonomous legal order known as the merchant law or *lex mercatoria* belongs, in the respect of it being a significant constituent element in drafting of the new Civil code of the Republic of Serbia.*

Further is analyzed question about of place of the autonomous rights of traders in the light of the new Civil Code of Serbia in case of “good business practices” (The second book, Obligations, art. 10). Based on the analysis of the regulation of usages in individual sources of international commercial contract

** Article is the result of the Project No. 179046 funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

law, the author of of this paper proposes concrete possible solutions for Article 10 of the Draft Serbian Civil Code.

Unique international trade and business legal architecture is being created, which dictates not only the rules of trade cooperation between countries, but decisively affects i.e. governs their national legislation. The author pleads the need for harmonization of national legislation in this field with the legal sources of international character, noting in this regard appropriate concrete examples.

Key words: *the new Serbian Civil Code, autonomous international trade order (“lex mercatoria”), commercial usages, national civil codifications, international trade relations, harmonization and unification.*