

Tea Hasić, mag. iur., znanstveni novak – asistent
Sveučilište Jurja Dobrile u Puli
Fakultet ekonomije i turizma „Dr. Mijo Mirković“

Stručni rad
UDK 340.141:347.74

OBIČAJI KAO IZVOR TRGOVAČKOG PRAVA

Sažetak: Cilj rada je pozicionirati trgovačke običaje na hijerarhijskoj ljestvici izvora trgovačkog ugovornog prava. Rad započinje navođenjem objektivnih (materijalnih) i subjektivnih (psiholoških) elemenata koji moraju biti ostvareni da bi se trgovački običaj mogao primijeniti kao izvor prava te isticanjem u čemu je razlika u odnosu na običaje koji se kao izvor prava primjenjuju u građanskim odnosima. Uspoređuju se tzv. subjektivni i objektivni koncept primjene običaja te zakonodavna rješenja predviđena ZOO-om iz 1978. te ZOO-om iz 2006. godine. Izvodi se zaključak da zakonodavno rješenje iz 2006. godine, koje predviđa primjenu trgovačkih običaja prvenstveno temeljem tzv. objektivnog koncepta, odgovara rješenjima predviđenim u međunarodnim izvorima prava (prije svega u Bečkoj konvenciji) te u suvremenim pravnim porecima. Predložena su određena rješenja de lege ferenda te je u konačnici prikazan hijerarhijski niz izvora trgovačkoga ugovornog prava, a za svaki je izvor (bilo heteronoman bilo autonoman) pojašnjeno zašto je hijerarhijski „iznad“ ili „ispod“ trgovačkih običaja.

Ključne riječi: trgovački običaji, uzance, subjektivni i objektivni koncept primjene običaja, izvori trgovačkog ugovornog prava

1. UVOD

Zakon o obveznim odnosima koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006. godine,¹ (dalje u tekstu: ZOO), uvelike se udaljio od svog prethodnika iz 1978. godine kada je o primjeni trgovačkih običaja riječ. Pravni teoretičari, predvođeni prof. Goldštajnom, dugi su niz godina upozoravali da ZOO iz 1978. godine² (dalje: ZOO) odstupa od uvjeta koji se prema međunarodnim izvorima trgovačkog prava, ali i prema pravilima suvremenih pravnih poredaka, moraju ispuniti da bi se običaji mogli primijeniti na trgovačke odnose kao izvor prava. Naime, u nas je bilo predviđeno da se trgovački običaji mogu primijeniti kao izvor prava jedino ukoliko za to postoji prešutna ili izričita volja ugovornih strana, dok je prema međunarodnim izvorima trgovačkog prava, ali i u gotovo svim suvremenim pravnim sustavima, bilo predviđeno da se trgovački običaji mogu primijeniti i mimo volje ugovornih strana, iako nikad protiv njihove volje. Apsolutno neopravdano, ZOO iz 1978. godine, „degradirao“ je trgovačke običaje na „hijerarhijskoj ljestvici“ izvora trgovačkog prava

¹ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11

² Zakon o obveznim odnosima, Sl. l. 29/78, u hrvatsko zakonodavstvo preuzet Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91

va, predviđajući da se samo izričito ugovoreni običaji imaju primijeniti ispred dispozitivnih normi, dok primjena prešutno ugovorenih običaja dolazi u obzir tek supsidijarno, odnosno ukoliko neko sporno pitanje nije uređeno dispozitivnim normama ZOO-a. Ovakvo zakonsko uređenje nije bilo u skladu s pravnom prirodom dispozitivnih normi, za koje se kaže da su *dispozitivne* upravo iz razloga što ih je moguće primijeniti jedino ukoliko ne postoji izričita ili prešutna volja kontrahenata koja isključuje mogućnost njihove primjene. Stoga, možemo zaključiti da je hijerarhijski redoslijed izvora trgovačkog prava, kakav je bio predviđen ZOO-om iz 1978. godine, bio protivan osnovnim načelima obveznog prava, odnosno načelima dispozitivnosti i stranačke autonomije.

Cilj ovoga rada je ukazati na izmjene koje su učinjene pri izradi novog Zakona o obveznim odnosima, koji je na snazi od 1. siječnja 2006. godine, a zahvaljujući kojima je primjena običaja kao izvora prava u trgovačkim odnosima i kod nas dobila mjesto kakvo zauzima u suvremenim pravnim poretcima. Pri kraju rada prikazat će se hijerarhija izvora trgovačkog prava te će se detaljno obrazložiti zašto su izvori trgovačkog prava „posloženi“ baš prema navedenom hijerarhijskom redoslijedu.

2. OBIČAJI, TRGOVAČKI OBIČAJ, UZANCE – pojmovno određenje

Običaj se može definirati kao: „Vrsta društvene norme koja se stvara dugotrajnim ponavljanjem nekog ponašanja u određenoj situaciji, tako da nakon relativno dugog vremena nastane svijest da je takvo ponašanje obvezno.“³ Običajne norme mogu postati izvor prava ukoliko su u njima utjelovljena dva elementa: *materijalni* (ili objektivni) te *psihološki* (ili subjektivni) element. Materijalni element pokazuje da je društvena praksa koja se izražava kao vršenje ili nevršenje određenih radnji ili postupaka dovoljno *gusta, stalna i jednolična*.⁴ Psihološki element, za kojeg se u pravnoj teoriji rabi termin *opinio iuris sive necessitatis*, predstavlja uvjerenje zajednice da se radi o općeobvezatnom pravilu ponašanja.⁵ Skup pravnih normi nastalih time što je uvriježeno i očekivano ponašanje, nesmetanim i dugotrajnim ponavljanjem, preraslo u obvezatna pravila opće poznatog sadržaja, naziva se **običajno pravo**.⁶

Od običaja, kod kojih se zahtijeva toliko dugotrajno ponavljanje određene prakse da se u društvu razvila svijest o postojanju te potrebitosti i svrhovitosti navedene prakse, treba razlikovati **trgovačke običaje** za koje je karakteristično kraće razdoblje nastanka, brža izmjena njihovog sadržaja i kraći vijek trajanja od „klasičnih“ običaja.⁷ Trgovački običaji, baš kao i običaji općenito, rijetko su kao izvor prava definirani zakonima, međunarodnim ugovorima ili nekim drugim oblikom heteronomnih izvora prava. Ipak, postoje iznimke. Primjerice, *Jednoobrazni zakon o sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe* (ULFIS)⁸, koji je prethodio *Konvenciji UN-a o ugovoru*

3 Pezo, V. (gl. ur.), *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2006., str. 861; Slično i Visković, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 191.

4 Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 21

5 Loc.cit.

6 Pezo, V., op. cit. u bilj. 3., str. 861-862.

7 Vidjeti više u: Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991, str. 155; Marušić, S., *Trgovački običaji i Zakon o obveznim odnosima: primjedbe de lege lata i prijedlozi de lege ferenda*, Pravo u gospodarstvu, broj 3, 1999., str. 341; Zubović, A., *Primjena trgovačkih običaja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006, str. 309-310.

8 *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, usvojen na diplomatskoj konferenciji održanoj u Haagu, od 2. do 25. travnja 1964. godine

rima o međunarodnoj prodaji robe (dalje u tekstu: *Bečkoj Konvenciji*)⁹, trgovačke je običaje definirao kao: „(...) Način postupanja za koji razumne osobe istog svojstva, kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane, redovito smatraju da se ima primijeniti na sklapanje njihova ugovora“.¹⁰ Američki *Uniform Commercial Code* (dalje u tekstu: UCC),¹¹ definira trgovačke običaje kao: „Svaka praksa ili način poslovanja koji se redovito poštuje u nekom mjestu, struci ili poslovanju tako da se opravdano može očekivati da će biti poštivani u konkretnoj transakciji.“ Definicije trgovačkih običaja mnogo su češće u pravnoj doktrini, a ukratko, sve se mogu svesti na definiciju prof. Goldštajna, prema kojem su trgovački običaji: „Komersijalna praksa koja je u tako širokoj primjeni da trgovci očekuju da će ugovorne strane postupati u skladu s takvom praksom“.¹² Očito je da se trgovački običaji, o kojima je u ovom radu riječ, razlikuju od „klasičnih“ običaja po tome što uvjet njihova nastanka nije dugotrajno ponavljanje, već redovita primjena u istim ili sličnim okolnostima. Naime, u suvremenom trgovačkom pravu, ističe prof. Goldštajn, običaji nastaju iz proširene uporabe formulara, a rjeđe na klasičan način – ponavljanjem određenih postupaka. Stoga je lakše utvrditi njihovo postojanje i sadržaj.¹³ Osim što se od „klasičnih“ običaja razlikuju u materijalnom elementu, treba naglasiti da se *opinio iuris sive necessitatis* kod trgovačkih običaja pretpostavlja, stoga ga ne treba dokazivati prilikom pozivanja na trgovačke običaje. Naime, ukoliko se uzme da je objektivni element za nastanak trgovačkog običaja ispunjen kada je određena poslovna praksa postala u tolikoj mjeri raširena da poslovna zajednica očekuje njezinu primjenu u svim istim ili sličnim okolnostima, neminovno je da postoji i svijest o obveznosti i svrsishodnosti navedene prakse. Štoviše, može se zaključiti da se kod trgovačkih običaja objektivni i subjektivni element međusobno isprepliću te ih nije moguće jednostavno razgraničiti i razdvojiti. O tome koji uvjeti moraju biti ispunjeni da bi se određena poslovna praksa mogla smatrati trgovačkim običajem te kao takva primijeniti kao izvor prava na obvezne odnose među trgovcima, više će biti govora u nastavku ovog rada.

Uzance su kodificirani trgovački običaji.¹⁴ Mogu biti opće i posebne. Opće se primjenjuju u svim gospodarskim granama dok se posebne primjenjuju samo u onim granama na koje se neposredno odnose. U RH je za kodificiranje posebnih uzanci ovlaštena HGK, a dosad su, primjerice, kodificirane te u Narodnim novinama objavljene; *Uzance u trgovini na malo*, *Uzance u građevinarstvu*, *Uzance u ugostiteljstvu* itd.¹⁵ Opće uzance za promet robom koje je 1954. „kodificirala“ i objavila Glavna državna arbitraža¹⁶ nisu bile uzance u pravom smislu riječi. Cilj je bio da se, u nedostatku građanskog ili obligacijskog zakonika, na jednom mjestu objedine pravila kojima se uređuje kupoprodajni ugovor, koja se na odgovarajući način mogu primijeniti i na ostale ugovore o isporuci robe ili pružanju usluga među trgovcima, a sadržavale su i osnovna pravila obveznog prava koja se uobičajeno objavljuju u općem dijelu građanskih / obligacijskih zakonika. Shodno navedenom, u Općim uzancama za promet robom nisu bili kodificirani opći trgovački običaji već je Glavna državna arbitraža pod nazivom Opće uzance, stvorila i objavila pravila nužna za postupanje u poslovnoj zajednici, po uzoru na rješenja u poredbenopravnim sustavima. Do-

9 *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980.), prijevod na hrvatskom jeziku dostupan na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/CISGCRO.html>

10 Čl. 13. ULFIS-a

11 Čl. 1 – 205. st. 2. UCC (prema, Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 311.)

12 Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 7., str. 152.

13 Ibidem., str. 154.

14 O uzancama vidjeti više u: Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 7., str. 158-160.; Zubović, A., op. cit. u bilj. 7. str. 311; Ledić, D., *Pravna vrela trgovačkog prava* (str. 433-462.), u: *Pravo društava i trgovačko pravo – ogledi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 446.

15 Pezo, V., op. cit. u bilj. 3., str. 1732.

16 Objavljene su u Sl. listu FNRJ 15/54;

nošenjem Zakona o obveznim odnosima 1978. godine, Opće uzance za promet robom stavljene su izvan snage glede svih pitanja koja su uređena ZOO-om.¹⁷ I danas se pojedine odredbe navedenih uzanci mogu smatrati izvorom trgovačkog prava ukoliko stranke ugovore njihovu primjenu ili ako se toliko koriste u praksi da se mogu smatrati trgovačkim običajima te, shodno tome, primijeniti ukoliko su ispunjeni ZOO-om predviđeni uvjeti za primjenu trgovačkih običaja¹⁸ – o čemu će, također, više govora biti u nastavku ovog rada.¹⁹

3. PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA

3.1. OPĆENITO O PRIMJENI TRGOVAČKIH OBIČAJA

Svaki običaj, pa tako i trgovački, ne obvezuje samom činjenicom da postoji, što znači da objektivnost običaja kao pravnog izvora nikada nije apsolutna. Naime, da bi običaj postao izvorom prava potrebno je: ili da stranke (izričito ili prešutno) iskažu volju za primjenom običaja, ili da mu propis prizna učinak izvora prava.²⁰ Shodno navedenom – ukoliko je zakonom propisano da će se na određeni obvezni odnos primijeniti običaj ukoliko stranke (izričito ili prešutno) pristanu na njegovu primjenu – znači da se zakonodavac opredijelio za tzv. subjektivni koncept primjene običaja. S druge strane, ukoliko je zakonom propisano da će se na određene obvezne odnose primijeniti običaji (neovisno o tome jesu li ih stranke obveznog odnosa poznavale ili ne) – zakonodavac je prihvatio tzv. objektivni koncept primjene običaja.

3.2. SUBJEKTIVNA VS. OBJEKTIVNA TEORIJA PRIMJENE OBIČAJA

Prema subjektivnom konceptu primjene običaja, kakav je dominirao prema Zakonu o obveznim odnosima iz 1978. godine, trgovački običaj može postati izvor prava ukoliko stranke obveznog odnosa pristanu na njegovu primjenu. Kada zakon traži izričit pristanak ugovornih strana, nesumnjivo je riječ o subjektivnom konceptu. Kada zakon predviđa da je prešutan pristanak strana dovoljan da bi bili ispunjeni uvjeti za primjenu običaja, u pravnoj teoriji ne postoji jedinstven stav oko toga je li riječ o subjektivnom ili objektivnom konceptu, iako većina teoretičara smatra da je riječ o subjektivnom konceptu budući da (prešutna) volja stranaka ipak postoji.²¹

17 Čl. 1107. st. 2. ZOO-a iz 1978. godine

18 U obrazloženju sudske presude Vrhovnog suda BiH, Pž 389/87, od 28. 7. 1988., stoji: "Kako Zakon o obligacionim odnosima nema odredbe o načinu zaključenja ugovora putem teleksa, ispunjeni su uvjeti predviđeni odredbama čl. 1107. st. 2. ZOO da se primijeni Opća uzanca za promet robom br. 31. st. 3. po kojoj pošiljatelj ne može osporavati punovažnost ponude ili izjave o prihvatanju ponude otpremljene u njegovo ime preko njegovog teleprinter-a." Obrazloženje navedene presude dostupno je u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, broj 2, Sarajevo, april-juni 1989., str. 21. (citirano prema: Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 312 – bilješka 21); Vps, Pž-331/81, od 02. 6. 1981.; Pž-1926/81, od 30. 3. 1982.; PSP-20/169; Pž-1219/86, od 13. 5. 1987.; PSP-34/161. navedeno je: "Uzanca 21. Općih uzanci za promet robom, kojom se regulira ponuda i prihvataj ponude izjavom neovlaštene osobe na poslovnom papiru, utvrđuje općeprihvaćeni poslovni običaj, pa se primjenjuje u poslovnom prometu i nakon donošenja ZOO-a". O uvjetima koji moraju biti ispunjeni da bi se primijenila uzanca br. 21. više vidjeti u predmetu pred Privrednim sudom Hrvatske Pž-2473/91, od 18. svibnja 1993., dostupno u Zbirici odluka hrvatskih trgovačkih sudova, broj 1., Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Zagreb, 1994., str. 31. – (citirano prema: Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 338 – bilješka 131.)

19 O Općim uzancama za promet robom, objavljenim 1954. godine, vidjeti više u: Barbić, J., *Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu*, Časopis HAZU, rad 492, Razred za društvene znanosti (43), 2005., str. 54-55. i 80; Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 7., str. 159-161; Ledić, D., op. cit. u bilj. 14., str. 447; Marušić, S., op. cit. u bilj. 7., str. 367-371; Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 312;

20 Barbić, J., op. cit. u bilj. 19., str. 70-71.

21 Više o tome, *infra* u bilj. 23.

Naime, smatra se da su stranke prešutno pristale na primjenu običaja ako su znale ili morale znati da određeni običaj postoji te da se redovito primjenjuje u istim ili sličnim situacijama, a nisu isključile njegovu primjenu (niti izričito niti konkludentno, npr. ugovaranjem odredbi ugovora ili općih uvjeta poslovanja različitih od običaja).

Prema objektivnom konceptu primjene običaja, običaj će se primijeniti na obvezni odnos ukoliko se redovito primjenjuje u istim ili sličnim situacijama neovisno o tome jesu li stranke za njega znale ili morale znati. Slijedi da će se običaj primijeniti mimo volje stranaka, tj. kao izvor prava u objektivnom smislu. Međutim, treba naglasiti da se običaj ni u kojem slučaju ne može primijeniti protivno volji ugovornih strana, tj. ukoliko su kontrahtenti njegovu primjenu isključili – bilo izričito, bilo konkludentnim činom. Prema Zakonu o obveznim odnosima koji je na snazi od 1. siječnja 2006. godine, trgovački se običaji primjenjuju na obvezne odnose među trgovcima prema objektivnom konceptu tj. *primjenjuju se trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu* (čl. 12. st. 2. nZOO-a). Međutim, ako uzmemo u obzir da je člankom 10. nZOO-a kogentnom normom propisan standard dužne pozornosti prema kojem su trgovci dužni postupati s povećanom pozornošću (tzv. *pozornost dobrog gospodarstvenika*), a unutar svoje struke ili profesije s *pažnjom dobrog stručnjaka* – što uključuje poznavanje pravila struke i običaja, slijedi da su trgovci dužni poznavati običaje ako je riječ o odnosu u kojeg stupaju u okviru profesije koju obavljaju, što znači da su – ako primjenu navedenih običaja nisu isključili, dali prešutan pristanak za njihovu primjenu. Možemo zaključiti da u svim situacijama, kada se temeljem čl. 10. ZOO-a smatra da su trgovci morali znati za običaje, ZOO primjenjuje subjektivni koncept, dok ako je riječ o obveznom odnosu među trgovcima gdje trgovci ne djeluju unutar svoje struke – običaj će se primijeniti temeljem objektivnog koncepta tj. neovisno o tome jesu li za običaj znali ili morali znati (čl. 12. st. 2.).²² Iz svega navedenog proizlazi da je teško podvući jasnu granicu između tzv. *subjektivnog* i *objektivnog koncepta primjene običaja*, pogotovo ako zakon dozvoljava da se običaji primijene temeljem presumiranog, odnosno prešutnog pristanka ugovornih strana. Kako god bilo, valja naglasiti da su termini „*subjektivni* i *objektivni koncept*“ samo doktrinarni termini te je za praksu manje bitno hoće li teoretičari zaključiti da, primjerice, čl. 12 st. 2. nZOO-a predviđa objektivni koncept, ili će pak (vezujući tu odredbu uz čl. 10 nZOO-a) zaključiti da je riječ o subjektivnom konceptu.²³

22 Više o ovoj problematici vidjeti *infra*, str. 8. - 10.

23 Primjerice, **Zubović**, A. (op. cit. u bilj. 7., str. 313-314.), ističe da za primjenu običaja prema subjektivnoj teoriji trebaju biti ispunjeni i *objektivni element* (redovita primjena u istim ili sličnim okolnostima) i *opinio iuris*, dok se prema objektivnoj teoriji *opinio iuris* pretpostavlja. Iz navedenog proizlazi da autorica subjektivnu i objektivnu teoriju ne razlikuje s obzirom na to postoji li ili ne postoji *opinio iuris*, već s obzirom na to presumira li se *opinio iuris* ili ne. **Marušić**, S. (op. cit. u bilj. 7.) na str. 350. ističe kako prema subjektivnoj teoriji običajima nedostaje *opinio iuris*, stoga je za primjenu običaja kao izvora prava potrebna izričita ili prešutna volja ugovornih strana, iako na str. 371. navodi da se kod trgovačkih običaja *opinio iuris* pretpostavlja te da se prema objektivnoj teoriji običaji primjenjuju temeljem pretpostavljenog pristanka ugovornih strana, a prema subjektivnoj temeljem izričitog ili prešutnog pristanka. **Barbić**, J. (op. cit. u bilj. 19., str. 61.) i **Goldštajn**, A. (op. cit. u bilj. 7., str. 154.) ističu da se kod trgovačkih običaja *opinio iuris* uvijek presumira, a hoće li se običaj na konkretan obvezni odnos primijeniti temeljem subjektivne ili objektivne teorije ovisi o tome predviđa li zakon da je za primjenu običaja potrebna volja ugovornih strana ili ne. Slično i **Ledić**, D. (op. cit. u bilj. 14. str. 444 - 445.), ističe da subjektivna teorija podrazumijeva izričit ili prešutan pristanak ugovornih strana za primjenu običaja, dok se kod objektivne običaji primjenjuju mimo, ali nikad protiv volje kontrahtenata.

4. ULFIS, ULIS I BEČKA KONVENCIJA

Konvenciji UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe²⁴ (dalje u tekstu: Bečka konvencija ili BK) prethodili su ULFIS²⁵ i ULIS²⁶, koji su znatno utjecali na formulaciju odredbi sadržanih u Bečkoj konvenciji.

ULFIS, za razliku od većine drugih kodifikacija trgovačkog prava (bilo međunarodnih bilo nacionalnih) definira običaje, a prilikom definiranja ujedno i određuje koje je uvjete potrebno ispuniti da bi se običaj, kao izvor prava, mogao primijeniti na određeni obvezni odnos. Člankom 13. st. 1. ULFIS-a, predviđeno je: „*Pod izrazom običaj razumije se način postupanja za koji razumne osobe istog svojstva, kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane, redovito smatraju da se ima primijeniti na sklapanje njihova ugovora.*“ Gotovo identični uvjeti za primjenu običaja bili su predviđeni i ULISOM.²⁷ Iz navedene formulacije proizlazi da je ULFIS-om, kao i ULIS-om, predviđen objektivni koncept primjene običaja, budući da se ne zahtijeva volja kontrahenata.

Naime, iz sintagme „*razumna osoba istih svojstava*“ proizlazi da se ugovorne strane neće moći pozvati na nepoznavanje običaja ukoliko su s običajem bile upoznate druge razumne osobe istih svojstava, neovisno o tome jesu li ugovorne strane za običaj znale ili morale znati. Stoga, ako bi stranka ugovora uspjela dokazati da običaj nije bila dužna poznavati,²⁸ običaj bi se svejedno morao primijeniti jer ULFIS i ULIS uopće ne zahtijevaju voljni element, odnosno pristanak stranaka na primjenu običaja.²⁹ Po tome se ULFIS i ULIS razlikuju od Bečke Konvencije, iako na prvi pogled djeluje da su u njima predviđeni identični uvjeti za primjenu običaja.

Brojne su kritike bile upućene formulacijama sadržanim u ULIS-u i ULFIS-u, prije svega jer termin „*razumna osoba*“ nije definiran,³⁰ što može dovesti do teškoća u praksi prilikom ocjene primjenjuju li se običaji kao izvor prava na određeni obvezni odnos ili ne. Iz navedenog razloga, pojam „*razumna osoba*“ izostavljen je u Bečkoj konvenciji, koja je zamijenila ULIS i ULFIS.

Prema Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe: „*Ugovorne strane vezane su običajima s čijom su se primjenom složile...*“³¹ Smatramo da se navedena odredba odnosi na izričito ugovaranje primjene običaja, budući da je u idućem stavku Konvencije predviđena mogućnost prešutnog ugovaranja primjene običaja. Naime, članak 9. stavak 2. glasi: „*Smatra se da su strane prešutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo sklapanje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat, te koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovito ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u dotičnoj struci.*“ Iz navedene formulacije proizlazi da Bečka Konvencija za primjenu običaja zahtijeva i pristanak stranaka - bilo izričit, bilo prešutan. Međutim, taj „voljni element“ znatno je relativiziran, budući da se presumira da su stranke pristale na svaki običaj koji im je bio poznat ili morao

24 Za originalni naziv Konvencije i dostupnost teksta Konvencije na hrvatskom jeziku, vidjeti bilješku 9.

25 Za puni i originalni naziv, vidjeti bilješku 8.

26 Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe (ULIS) – *Uniform Law on the International Sale of Goods*, usvojen na diplomatskoj konferenciji održanoj u Haagu, od 2. do 25. travnja 1964. godine

27 U članku 9. st. 1. ULIS –a, bilo je predviđeno da su: „*Strane ugovora vezane običajima kojima su se podvrgle izričito ili prešutno*“, dok je u stavku 2. bilo predviđeno da su: „*Strane vezane i običajima za koje razumne osobe istog svojstva, u istoj situaciji, redovito smatraju da se imaju primijeniti na njihov ugovor. U slučaju neslaganja tih običaja sa Zakonom, prednost imaju običaji, osim ako je ugovoreno suprotno.*“

28 Ovo je u praksi gotovo nezamislivo, budući da se standard dužne pozornosti (u pravilu) određuje s obzirom na druge razumne osobe istih ili sličnih svojstava.

29 Vidjeti više u: Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 319. – bilješka 51.

30 Ibidem, str. 319.

31 Bečka Konvencija, čl. 9. st. 1.

biti poznat, a kojeg nisu isključile.³² Kada se Bečka Konvencija primjenjuje na ugovore sklopljene među trgovcima, na koje se primjenjuje „stroži“ standard dužne pozornosti, (gotovo) je nemoguće zamisliti da trgovac nije morao poznavati običaj koji je relevantan za njegovo poslovanje, što znači da će (gotovo) uvijek biti ispunjen uvjet za primjenu običaja na ugovor sklopljen među trgovcima. (Naravno, ukoliko je riječ o običaju koji zadovoljava i objektivni element, tj. ukoliko se redovito primjenjuje u istim ili sličnim odnosima te ukoliko je široko poznat u međunarodnoj poslovnoj praksi – neovisno je li riječ o međunarodnom ili lokalnom ali široko poznatom običaju). Potrebno je istaknuti da je Bečku Konvenciju moguće primijeniti i na kupoprodajne ugovore sklopljene među osobama koje nemaju svojstvo trgovaca, što će u praksi biti rjeđi slučaj. Tada je moguće zamisliti da ugovorne strane za primjenu običaja nisu znale niti morale znati (budući da se ne bave profesionalno nekom poslovnom djelatnošću na koju se običaj odnosi). U tom slučaju, običaj se ne bi mogao primijeniti na ugovor sklopljen među osobama koje nisu trgovci, budući da nisu ispunjeni uvjeti za primjenu običaja predviđeni člankom 9. st. 2. Konvencije, odnosno, nedostaje pristanak stranaka jer ga se ovdje ne može presumirati.

5. PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA NA PODRUČJU RH OD 1978. DO DANAS

5.1. ZAKON O OBVEZNIM ODNOSIMA IZ 1978. GODINE

Zakonom o obveznim odnosima iz 1978. godine, prvi se put nakon Hrvatskog trgovinskog zakonika iz 1875. godine, uređuje primjena običaja.³³ Zanimljivo je da se zakonodavac odlučio na dominaciju subjektivnog koncepta primjene običaja, iako je već tada i u međunarodnim izvorima trgovačkog prava i u poredbenopravnim poretcima³⁴ prevladavao objektivni koncept primjene običaja. Naime, člankom 21. stavkom 2. bilo je predviđeno da će se trgovački običaji primijeniti ukoliko su stranke ugovorile njihovu primjenu ili iz okolnosti proizlazi da su stranke htjele primjenu običaja. Time što se opredijelio za subjektivni koncept primjene običaja, zakonodavac je „priznao“ da se običaji mogu primijeniti samo kao (izričit ili prešutni) *lex contractus* iz čega bi po prirodi stvari bilo logično da po hijerarhiji trgovački običaji (na koje su ugovorne stranke izričito ili prešutno pristale) imaju prednost pred dispozitivnim normama za koje je imanentna upravo činjenica da se nikada ne primjenjuju protivno volji stranaka. Međutim, upravo suprotno, u članku 1107. stavku 3, bilo je navedeno kako običaji imaju prednost pred dispozitivnim normama ZOO-a jedino ukoliko je njihova primjena izričito ugovorena. Ova odredba odstupala je od pravne prirode običaja i dispozitivnih normi te je izvrtala redosljed njihove primjene. Naime, iz navedene odredbe proizlazilo je da se običaji, kada se javljaju kao nepisani *lex contractus*, odnosno – kada bi se trebali primijeniti temeljem prešutne volje stranaka, ne mogu primijeniti ukoliko je sporno pitanje uređeno dispozitivnim normama ZOO-a. Na taj način čl. 1107. st. 3. izravno je proturječio čl. 21. st. 2, kojim je bila predviđena mogućnost ugovaranja običaja prešutnim pu-

32 Zato neki autori kažu da čl. 9. st. 2. Bečke Konvencije izražava objektivni koncept (budući da se volja presumira pa ju ne treba izraziti) – vidjeti, npr., Zubović, A. op. cit. u bilj. 7., str. 321; Barbić, J., op. cit. u bilj. 19., str. 74. (iako akademik Barbić inače zauzima stav da je, uvijek kada se zahtijeva volja stranaka bilo izričita, bilo prešutna, riječ o subjektivnoj teoriji primjene običaja – vidjeti isto djelo, str. 61.).

33 O primjeni običaja prema Hrvatskom trgovinskom zakoniku iz 1875. godine vidjeti više u Barbić, J., op. cit. u bilj. 19., str. 50-51.

34 Više o primjeni običaja u poredbeno pravnim poretcima (Italija, Francuska, Njemačka, Engleska, SAD) vidjeti u: Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 327 - 334

tem.³⁵ Ipak, čl. 1107. st. 3. samo je dispozitivne norme ZOO-a hijerarhijski „uzdizao“ iznad trgovačkih običaja na koje su stranke prešutno pristale, što znači da je dispozitivne norme sadržane u drugim zakonima bilo moguće primijeniti tek supsidijarno, odnosno – nakon običaja na koje su stranke prešutno pristale.

Iako je u ZOO-u iz 1978. godine dominirao subjektivni koncept primjene običaja, Zakon je na više mjesta izravno upućivao na primjenu običaja neovisno o tome jesu li stranke za njih znale ili morale znati, tj. neovisno o tome jesu li na njihovu primjenu pristale ili ne. Tako je, primjerice, bilo predviđeno da se pažnja dobrog stručnjaka ocjenjuje prema trgovačkim običajima relevantnim za određenu struku bez obzira je li trgovac navedene običaje poznao ili ne, što znači da su se u tom slučaju trgovački običaji primjenjivali temeljem objektivnog koncepta.

Osim što je izvrtao redosljed primjene trgovačkih običaja i dispozitivnih normi, te osim što se neopravdano opredijelio za dominaciju subjektivnog nad objektivnim konceptom primjene trgovačkih običaja – čime se „udaljio“ od međunarodnih izvora trgovačkog prava i poredbenopravnih rješenja,³⁶ ZOO iz 1978. godine stvorio je veliku „zbrku“ uporabom različitih termina za jedne te iste pravne institute, odnosno uporabom gotovo identičnih termina za različite pravne institute.³⁷ Tako je, primjerice, članak 21. ZOO-a bio naslovljen „*Primjena Dobrih Poslovnih Običaja*“, a određivao je uvjete potrebne za primjenu trgovačkih običaja, umjesto uvjete za primjenu dobrih poslovnih običaja. Ta dva pojma, naime, nisu istovjetna. *Dobri poslovni običaji* predstavljaju pravila morala, odnosno, osnovna pravna načela od kojih nije moguće odstupiti, budući da se njima ograničava autonomija stranačke volje. Primjenjuju se mimo stranačke volje, pa čak i protiv stranačke volje jer ih volja ugovornih strana ne može derogirati. Iz tog je razloga u čl. 21. st. 1. bilo propisano da stranke moraju postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. Pritom je zakonodavac imao na umu: *načelo savjesnosti i poštenja, načelo zabrane zlouporabe prava, dužnost ispunjenja obaveza* i sl. Bilo bi primjerenije da se umjesto termina „dobra poslovni običaji“ koristi termin „dobra običaji“ koji odgovara istoznačnom lat. terminu „*boni mores*“.³⁸ Nadalje, umjesto danas ustaljenog termina „trgovački običaji“, ZOO je iz ideoloških razloga izbjegavao navedeni termin, umjesto kojeg rabi termin „poslovni običaji“, ali ponegdje nepotrebno uz to dodaje i riječ „trgovinski“ iako termin „trgovinski poslovni običaji“³⁹ ima identično značenje kao i „poslovni običaji“. Uz to, ponegdje se koristi i termin „običaji“ iako se misli na trgovačke običaje. Uz sve navedeno, i termin „uzance“ ne koristi se ispravno.⁴⁰ Naime, pojam „uzance“ odnosi se na ko-

35 Prof. Goldštajn upozoravao je da je odredba čl. 1107. st. 3. protivna pravnoj prirodi običaja i dispozitivnih normi, ali i članku 21. st. 2. ZOO-a, te je naglašavao da je riječ o redakcijskoj pogrešci zbog čega se navedenu odredbu ne bi trebalo uzimati u obzir. – op. cit. u bilj. 7., str. 45. Nažalost, njegov stav nije imao odjeka u praksi, ali srećom, 2005. godine, pri izradi novog ZOO-a, zakonodavac je postupio u skladu sa stajalištima prof. Goldštajna te je time ispravio nelogičnosti i proturječnosti Zakona iz 1978. godine. Uz prof. Goldštajna i prof. Marušić upozoravala je na gotovo identičan način kako bi odredbe ZOO-a trebale izgledati *de lege ferenda*, vidjeti op.cit. u bilj. 7., str. 363–365.

36 „U većini suvremenih nacionalnih zakonodavstava trgovačkim se običajima daje prednost pred dispozitivnim pravnim normama.“ – prema: Vukmir, B., *Lex mercatoria u novome pravnom okruženju*, Pravo i porezi, broj 3, 2005., str. 25–26. Više o *lex mercatoria* u poredbenom pravu vidjeti u: Lopez Rodríguez, A. M., *Lex Mercatoria*, RETTID 2002, str. 46–56; Mazzacano, P., *The Lex Mercatoria as Autonomous Law*, Comparative research in Law and Political Economy, Vol. 4., br. 6, 2008; Michaels, R., *The True Lex Mercatoria: Law Beyond The State*, Duke Law School, Research Paper Series, kolovoz 2008.

37 Više o terminologiji ZOO-a iz 1978. godine, vidjeti u: Barbić, J., op. cit. u bilj. 19., str. 59–60; Marušić, S., op. cit. u bilj. 7., str. 356. – 371.,

38 Vidjeti više u: Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 335.

39 Npr. u čl. 1107. st. 3. ZOO-a iz 1978. godine

40 Takav stav zauzimaju i Goldštajn, A. op. cit. u bilj. 7., str. 45 i 71; Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 336.

dificirane trgovačke običaje, a ZOO iz 1978. godine ponegdje ga koristi za sve trgovačke običaje, pa tako i za one nekodificirane.⁴¹

5.2 ZAKON O OBVEZNIM ODNOSIMA IZ 2006. GODINE

Zakon o obveznim odnosima, koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006. godine, sadrži i subjektivni i objektivni koncept primjene običaja, iako objektivni koncept dominira. Naime, prema stavku 1., članka 12. ZOO-a: „U obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju se trgovački običaji čiju su primjenu ugovorili ...“ Navedena odredba izraz je čiste subjektivne teorije, prema kojoj će se običaji primijeniti na obvezni odnos uvijek kada je volja ugovornih strana za primjenom običaja izričito izražena. Međutim, u stavku 2. istog članka, sadržana je odredba koja će (za pretpostaviti je) češće naći svoju primjenu u praksi: „U obveznim odnosima iz stavka 1. ovog članka (među trgovcima, op.a.) primjenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izričito ili prešutno isključili njihovu primjenu.“ Iz navedene formulacije proizlazi da ZOO prihvaća i mogućnost primjene običaja temeljem čiste objektivne teorije, odnosno, čak i u situacijama kada stranke nisu znale, niti su uopće morale znati da običaj postoji, naravno, pod uvjetom da je zadovoljen objektivni element – odnosno, da je riječ o običajima koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima. Ipak, budući da ZOO u članku 10. predviđa da je sudionik obveznih odnosa dužan postupati s pažnjom dobrog gospodarstvenika, a ako je riječ o osobi koja se bavi profesionalnim djelatnostima i s povećanom pažnjom – tj. prema pravilima struke i običajima (tzv. *pažnja dobrog stručnjaka*), nije se moguće pozvati na nepoznavanje običaja ukoliko je riječ o običajima koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima. Iz navedenog proizlazi da ZOO presumira kako su trgovci dužni poznavati trgovačke običaje koji se odnose na djelatnosti kojima se oni bave te stoga, ukoliko primjenu navedenih običaja nisu isključili niti izričito niti prešutno (primjerice - na način da su ugovorili postupanje drugačije od onog koje je predviđeno običajima, ili na način da su međusobno uspostavili praksu postupanja koja se razlikuje od običaja), proizlazi da su prešutno pristali da se na njihov odnos kao izvor prava primjenjuju i trgovački običaji. Iako formulacija ZOO-a i BK glede primjene običaja među trgovcima nije identična, i BK i ZOO postižu identičan učinak: ukoliko je određena poslovna praksa postala u tolikoj mjeri ustaljena da se redovito primjenjuje u istim ili sličnim obveznim odnosima – navedena praksa dobila je status „običaja“ i treba se primijeniti kao izvor prava na obvezni odnos, osim ukoliko su stranke primjenu običaja isključile (izričito ili prešutno). Razlika je u tome što se navedeno pravilo, prema Bečkoj konvenciji, primjenjuje i na obvezne odnose među trgovcima, i na obvezne odnose među osobama koje nemaju status trgovca,⁴² dok se prema ZOO-u navedeno pravilo primjenjuje jedino na obvezne odnose među trgovcima. Nadalje, prema Bečkoj konvenciji, osnova za primjenu običaja kao izvora prava jest voljni element (izričit ili presumirani), pa ukoliko bi ugovorna strana uspjela dokazati da je navedeni element nedostajao,⁴³ taj se običaj ne bi primijenio.⁴⁴ Za razliku od toga, prema ZOO-u, čak i kada bi trgovac uspio dokazati da za primjenu određenog običaja koji se redovito primjenjuje u istim ili sličnim odnosima

41 Npr. u čl 21. st. 2. ZOO-a iz 1978. godine.

42 Ne primjenjuje se jedino na obvezne odnose proizišle iz potrošačkih ugovora, budući da se na njih BK ne primjenjuje.

43 Primjerice, jer primjenu određenog običaja nije ugovorila, niti je za njega znala ili morala znati pa se ne može niti presumirati da je na njegovu primjenu prešutno pristala.

44 Ovo će u praksi biti moguće jedino ako je riječ o obveznom odnosu među osobama koje nemaju status trgovca, budući da se na njih primjenjuje niži stupanj dužne pozornosti – tzv. *pozornost dobrog domaćina*.

nije znao niti morao znati – što je gotovo nezamislivo (radi povećanog standarda dužne pozornosti koji se primjenjuje na trgovce), običaj bi se svejedno morao primijeniti, budući da ZOO ne zahtijeva da je sudionik obveznog odnosa znao niti morao znati za primjenu običaja. Budući da se čl. 12. st. 2. ZOO-a primjenjuje na sve obvezne odnose među trgovcima, neovisno je li ugovor kojeg su oni sklopili trgovački⁴⁵ ili ne (pa čak i neovisno o tome je li obvezni odnos proizašao iz ugovora ili temeljem odgovornosti za štetu, stjecanjem bez osnove, poslovodstva bez naloga, jednostavnim obećanjem nagrade ili izdavanjem vrijednosnog papira), proizlazi da se trgovački običaji mogu primijeniti na trgovce po čistoj objektivnoj teoriji, tj. čak i ukoliko za običaje nisu znali niti morali znati – primjerice, ako je riječ o obveznom odnosu u kojeg su trgovci stupili izvan svoje struke / profesije ili mimo svoje volje (npr. ako je riječ o izvanugovornoj odgovornost za štetu između dvoje trgovaca). Stoga, smatramo da bi čl. 12. st. 2. ZOO-a *de lege ferenda* trebao glasiti: „*Na obvezne odnose proizašle iz **trgovačkih ugovora** primjenjuju se trgovački običaji koji se redovito primjenjuju u istim ili sličnim situacijama*“, budući da nije opravdano primijeniti običaj mimo volje kontrahenata koji ga nisu bili dužni poznavati.

Primjena običaja na obvezne odnose među osobama koje nemaju status trgovca, regulirana je stavkom 4., članka 12. ZOO-a, prema kojem: „*U obveznim odnosima među ostalim sudionicima primjenjuju se običaji kada je njihova primjena ugovorena (što je izraz čiste subjektivne teorije, op.a.) ili zakonom propisana (što je izraz čiste objektivne teorije, op.a.)*“ Smatramo da bi se ovakva pravna regulacija, *de lege ferenda*, trebala primijeniti i na obvezne odnose među trgovcima koji nisu proizašli iz trgovačkih ugovora, budući da je riječ o odnosima u koje trgovci ne ulaze u okviru svoje struke / profesije te je stoga pretjerano očekivati da poznaju običaje koji takav odnos uređuju.

5.2.1. OBIČAJI VS. HETERONOMNI IZVORI TRGOVAČKOG PRAVA

a) Prisilne zakonske norme

Trgovački odnosi, fluidna su kategorija. Mijenjaju se i razvijaju iz dana u dan, stoga ih nije poželjno niti svrhovito regulirati prisilnim zakonskim normama. Kako bi autonomija sudionika obveznih odnosa pri reguliranju njihovih prava i obveza bila što šira, norme zakona kojima se uređuju obvezni odnosi trebaju (u što većoj mjeri) biti dispozitivne. Pri donošenju Zakona o obveznim odnosima 2005. godine, nije se odstupilo od ovog pravila, stoga je već u članku 11. ZOO-a naglašen (načelno) dispozitivan karakter njegovih odredbi: „*Sudionici mogu svoj obvezni odnos urediti drugačije nego što je ovim Zakonom određeno, ako iz pojedine odredbe ovog Zakona ili iz njezina smisla ne proizlazi što drugo.*“ Dispozitivan karakter odredbi ZOO-a omogućuje široku primjenu načela autonomije, koje je oživotvoreno u članku 2. ZOO-a, koji glasi: „*Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu, prisilnim propisima i moralu društva.*“ Zahvaljujući načelima dispozitivnosti i autonomije, u obveznim odnosima, a prvenstveno u obveznim odnosima među trgovcima koji se razvijaju i unaprjeđuju iz dana u dan, izvori prava su heterogeni, a dominiraju tzv. autonomni izvori prava – odnosno oni koje nije donio zakonodavac već su ih stvorili sami subjekti obveznih odnosa ili asocijacije (udruge i sl.) subjekata obveznih odnosa s ciljem da se unaprijedi, olakša i ubrza ostvarivanje obveznih odnosa. Među autono-

45 Da bi se ugovor smatrao trgovačkim treba biti ispunjen i objektivni i subjektivni element. Objektivni element podrazumijeva da se ugovor sklapa iz predmeta poslovanja ili u vezi s predmetom poslovanja barem jednog od kontrahenata, dok subjektivni element podrazumijeva da su obje ugovorne strane trgovci. (čl. 14. St. 2. nZOO-a)

mnim izvorima obveznog prava, pa tako i trgovačkog ugovornog prava, važno mjesto zauzimaju običaji, ali kao što vrijedi i za sve druge autonomne izvore, niti običaji ne smiju biti protivni Ustavu, prisilnim propisima (tj. *ius cogens normama*) niti moralu društva, budući da navedeni korpus heteronomnih pravila predstavlja nepremostivu granicu autonomije volje ugovornih stranaka.

b) Dispozitivne zakonske norme

U stavku 3., članka 12. ZOO-a, izričito je navedeno da se trgovački običaji, za čiju su primjenu ispunjene pretpostavke navedene u ZOO-u, primjenjuju i ako su suprotni dispozitivnom propisu. Time je konačno, nakon 28. godina, dana prednost običajima pred dispozitivnim normama, što je po prirodi stvari logično, budući da do primjene običaja dolazi:

1. **Prema subjektivnoj teoriji;** temeljem izričite ili prešutne volje stranaka. U tom slučaju običaje valja smatrati ***lex contractus***-om (tj. dijelom ugovora) što im daje prednost u primjeni pred dispozitivnim normama zakona.⁴⁶
2. **Prema objektivnoj teoriji;** temeljem **izravnog upućivanja Zakona** na primjenu običaja. Stoga, ako Zakon izričito navodi da se na određene obvezne odnose imaju primijeniti običaji (neovisno postoji li ili ne postoji pristanak stranaka), kao što to čini ZOO u čl. 12. st. 2., po logici stvari običaji se moraju primijeniti prije dispozitivnih normi jer da je Zakonodavac htio primjenu dispozitivnih normi ne bi niti upućivao na običaje koji su u pravilu i *lex specialis* u odnosu na dispozitivne norme pa i s tog aspekta trebaju imati prednost u primjeni.⁴⁷

Zakon o obveznim odnosima iz 2006. godine ne navodi izričito da običaji, kada se primjenjuju na obvezne odnose među osobama koje nemaju status trgovaca, imaju prednost pred dispozitivnim normama. Međutim, kako u navedenim odnosima primjena običaja dolazi u obzir jedino ukoliko je izričito ugovorena ili ako zakon upućuje na primjenu običaja, tada nije sporno da običaji (kao *lex contractus*, odnosno kao korpus pravila koja se primjenjuju izravno temeljem zakonske norme koja na njih upućuje), imaju prednost pred dispozitivnim normama.

5.2.2. OBIČAJI VS. OSTALI AUTONOMNI IZVORI TRGOVAČKOG PRAVA

a) Opći uvjeti poslovanja

Opći uvjeti poslovanja (dalje: OUP) primjenjuju se kao izvor prava ukoliko su inkorporirani u ugovore (obično na dnu stranice ili na poleđini) ili ukoliko se na njih u ugovoru poziva, a objavljeni su ili dostupni na uvid strankama ugovora. Obično ih sastavlja jedna od ugovornih strana (koja prema njima redovito posluje sa svojim poslovnim partnerima) ili ih sastavljaju asocijacije trgovaca, međunarodne institucije i sl. kako bi se njihovom primjenom olakšalo i ubrzalo sklapanje ugovora, odnosno kako bi se osiguralo ispunjenje ugovornih obveza i sl. Neovisno o tome

46 Iz navedenog razloga, prof. Goldštajn cijelo je vrijeme upozoravao da dispozitivne norme ne mogu imati prednost pred običajima i da se pravilnim tumačenjem zakona običaje može hijerarhijski „podići“ iznad dispozitivnih normi. – op. cit. u bilj. 7., str. 176.

47 Barbić, J., op. cit. u bilj. 19., str. 57; Marušić, S., op. cit. u bilj. 7., str. 354 – 355.

tko je sastavio opće uvjete poslovanja, oni će se primijeniti jedino ukoliko su obje stranke pristale na njihovu primjenu,⁴⁸ što općim uvjetima poslovanja daje prednost u primjeni pred trgovačkim običajima koji se redovito primjenjuju temeljem tzv. objektivnog koncepta, odnosno neovisno o volji ugovornih strana.⁴⁹ Ukoliko se određeni trgovački običaj unese u opće uvjete poslovanja, koji će potom postati dijelom određenog ugovora, na navedeni obvezni odnos običaj će se primijeniti kao dio ugovora (*lex contractus*), ali to ne znači da je navedeni običaj promijenio svoju pravnu prirodu, odnosno da je prestao postojati kao običaj. Naime, na sve ostale obvezne odnose (na koje se ne primjenjuje kao dio općih uvjeta poslovanja), pravilo će se primijeniti kao običaj – ukoliko su ispunjeni uvjeti za njegovu primjenu.⁵⁰ Nadalje, moguće je i da se određeni opći uvjeti poslovanja primjenjuju toliko redovito (obično u određenoj struci za određenu vrstu poslova), da sudionici istih ili sličnih obveznih odnosa redovito očekuju da će se navedeni opći uvjeti poslovanja primijeniti i na njihov obvezni odnos, bez da ugovore njihovu primjenu. To ne znači da su opći uvjeti poslovanja postali običaji, već znači da će se navedeni opći uvjeti poslovanja primijeniti temeljem običaja, odnosno da trgovački običaj upućuje na njihovu primjenu – budući da je ugovaranje OUP postala redovita i uobičajena praksa među trgovcima određene struke, pa se pretpostavlja da primjenu OUP-a žele i oni trgovci koji nisu izričito ugovorili primjenu OUP-a.⁵¹ Moguće je i da se opći uvjeti poslovanja u tolikoj mjeri primjenjuju da i sami postanu trgovački običaji, pa njihova primjena ovisi isključivo o tome jesu li ispunjeni uvjeti za primjenu običaja ili ne.⁵² Kod redovite primjene OUP-a teško je povući granicu: jesu li OUP postali trgovački običaji ili njihova primjena dolazi u obzir temeljem običaja. Smatramo da bi sudovi prije zauzeli stav da su OUP postali običaji te da se primjenjuju ako su ispunjeni uvjeti za primjenu običaja. Naime, ako se zauzme stav da OUP nisu običaji već da ih je moguće primijeniti temeljem običaja, pitanje je je li na taj način OUP valjano inkorporiran u ugovor, što je nužno da bi se mogli smatrati izvorom prava za odnose koji iz navedenog ugovora proizlaze.⁵³

b) Trgovačke klauzule (termini)

Trgovačke klauzule ili termini, ustvari su skraćenice, koje ugovorne stranke mogu inkorporirati u ugovor te se na taj način pozvati na pravila sadržana u određenim kodifikacijama, koje najčešće sastavljaju nacionalne asocijacije gospodarstvenika, burze, MTK i sl., kako bi olakšale sklapanje ugovora i smanjile njihov obim. Po pravnoj prirodi, trgovačke klauzule ili termini ustvari su opći uvjeti poslovanja, jer će se primijeniti jedino ukoliko su inkorporirane u ugovor.⁵⁴ Asocijacije koje izrađuju popis klauzula koje je moguće (i poželjno) inkorporirati u određene vrste ugovora, često u „obliku“ klauzula objavljuju i trgovačke običaje. Time običaj ne mijenja svoju pravnu prirodu te će se i dalje moći primijeniti na svaki obvezni odnos gdje su ispunjeni uvjeti da se primi-

48 Za primjenu OUP-a traži se da su stranke za njih znale ili morale znati – *subjektivni element* te da su inkorporirani u ugovor, bilo izravno, bilo pozivanjem na objavljene, odnosno drugoj stranci predočene OUP – *objektivni element* (čl. 295. st. 5. i st. 1.ZOO-a).

49 Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 312.

50 Barbić, J., op. cit. u bilj. 7., str. 80

51 Ibidem, str. 80 – 81.

52 Loc.cit.

53 Više o odnosu OUP i običaja vidjeti u Barbić, J., op. cit. u bilj. 19., str. 80 - 81; Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 7., str. 161 – 164.; Ledić, D. op. cit. u bilj. 14., str. 447 – 450; Marušić, S., op. cit. u bilj. 7., str. 340; Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 312;

54 O primjeni klauzula (termina) vidjeti više u: Barbić, J., op. cit. u bilj. 19, str. 81 - 82; Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 7, str.164.; Ledić, D., op. cit. u bilj. 14, str. 450; Marušić, S. op. cit. u bilj. 7., str.340; Zubović, A., op. cit. u bilj. 7, str. 312 - 313.

jeni kao običaj.⁵⁵ Najpoznatiji primjer trgovačkih klauzula su tzv. *Incotermsi* koje je objavila MTK Pariz.⁵⁶ *Incotermsi* se u tolikoj mjeri primjenjuju pri sklapanju određenih vrsta ugovora s međunarodnim elementom, da pojedini teoretičari,⁵⁷ a rjeđe i sudska praksa, zauzimaju stav da ih se treba primijeniti ukoliko su ispunjeni uvjeti za primjenu *Incotermsa* kao običaja, tj. neovisno o tome što se na primjenu *Incoterms* klauzula nije izričito pozvalo u ugovoru. Najpoznatija je odluka Saveznog suda SAD-a, od 11. lipnja 2003. godine,⁵⁸ gdje je Sud zauzeo stav da kada je za određen spor mjerodavna Bečka konvencija treba primijeniti i *Incoterms* pravila ako se primjenjuju toliko široko da se njihova primjena redovito očekuje u istim ili sličnim odnosima, a stranke su za njih znale ili morale znati, budući da je to u skladu sa čl. 9. st. 2. Konvencije.

c) Praksa uspostavljena među trgovcima

Praksa uspostavljena među trgovcima (engl. *Course of dealing*), formalnopravno postaje izvor prava za obvezne odnose među trgovcima, stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima (1. siječnja 2006. godine).⁵⁹ Budući da je Bečka konvencija već priznavala praksu uspostavljenu među trgovcima kao izvor prava, nije bilo opravdanog razloga da se isto ne predvidi i ZOO-om. Praksa uspostavljena među trgovcima razlikuje se od običaja po tome što se ne traži da se redovito primjenjuje u istim ili sličnim odnosima među ostalim sudionicima obveznih odnosa, već je dovoljno da se redovito i (dugotrajno) primjenjuje među strankama određenog obveznog odnosa, uslijed čega stranke očekuju da će se uspostavljena praksa primijeniti uvijek, ukoliko je nisu isključile – bilo izričito, bilo konkludentno (npr. ugovaranjem općih uvjeta poslovanja ili pozivanjem na termine koji se sadržajno razlikuju od uspostavljene prakse). Praksa uspostavljena među trgovcima smatra se dijelom ugovora (*lex contractus*) budući da se pretpostavlja kako su stranke htjele da se praksa primijeni, ukoliko je nisu isključile. Stoga, ona ima prednost u primjeni pred običajima koji se među trgovcima primjenjuju kao izvor prava (u pravilu) u objektivnom smislu, odnosno mimo volje stranaka,⁶⁰ ali je hijerarhijski „ispod“ izričito ugovoreni odredbi ugovora te „ispod“ općih uvjeta poslovanja ili klauzula – budući da su potonji izvori izričito inkorporirani u ugovor, dok se inkorporacija prakse tek pretpostavlja.

5.2.3. HIJERARHIJA IZVORA TRGOVAČKOG UGOVORNOG PRAVA

Kako proizlazi iz svega dosad navedenog, hijerarhija izvora trgovačkog ugovornog prava izgledala bi ovako:⁶¹

55 Zubović, A. op. cit. u bilj. 7, str. 81. -82

56 Zadnju reviziju *Incotermsa* MTK je objavila 2010. godine

57 Barbić, J., op. cit. u bilj. 19, str. 82.

58 Slučaj *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos Ecuador*, United States Federal Appellate Court [5th Circuit] od 11. lipnja 2003. godine, dostupan na: www.cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html.
O navedenom stajalištu vidjeti kod: Zubović, A., op. cit. u bilj. 7., str. 322.

59 Vodeći pravni teoretičari naglašavali su i ranije da se praksa uspostavljena među trgovcima valja smatrati nepisanim *lex contractus*-om te da se, zahvaljujući toj svojoj pravnoj prirodi, ima primijeniti kao izvor prava (tj. kao sastavni dio ugovora). Vidjeti više u: Barbić, J. op. cit. u bilj. 19., str. 56 – 57. i 84; Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 7., str. 90. te 157- 158.; Ledić, D., op. cit. u bilj. 14, str. 446.

60 Štoviše, praksu uspostavljenu među trgovcima razvijaju same ugovorne strane dok trgovačke običaje razvija „poslovna zajednica“ koje su ugovorne strane dio. Stoga je praksa uspostavljena među trgovcima *lex specialis* u odnosu na običaje.

61 Za ovakav hijerarhijski redosljed izvora trgovačkog prava zalaže se i akademika Barbić – (op. cit. u bilj. 19., str. 85); I prof.

1. Prisilne zakonske norme, Ustav, moral

2. Ugovor (uključujući i ugovore sklopljene u obliku tipskih ili adhezijskih ugovora) dijelom ugovora treba smatrati i:

a) **Opće uvjete poslovanja** (ako su inkorporirani u ugovor ili se na njih u ugovoru poziva)

b) **Trgovačke klauzule ili termine** (ako su inkorporirani u ugovor)

c) **Praksu uspostavljenu među trgovcima** (nepisani *lex contractus*)

3. Običaji – primjenjuju se sljedećim redoslijedom:⁶²

a) **Posebne uzance**

b) **Posebni trgovački običaji**

c) **Opći trgovački običaji** (što uključuje i pojedina pravila sadržana u Općim uzancama za promet robom, ako zadovoljavaju uvjete za primjenu u vidu običaja⁶³)

4. Dispozitivne zakonske norme

te neizravni izvori prava (djeluju samo snagom svoje uvjerljivosti):

5. Sudska i arbitražna praksa

6. Pravna znanost

Ovakav hijerarhijski redoslijed izvora trgovačkog prava odgovara hijerarhijskom redoslijedu kakvog predlažu međunarodni izvori trgovačkog prava, odnosno kakvog prihvaćaju svi relevantni pravni sustavi (SAD, GB, IT, FR, NJEM), a kakav je imanentan pravnoj prirodi navedenih izvora, čime je uklonjen nedostatak ZOO-a iz 1978. godine koji je predviđao nešto drugačiji hijerarhijski redoslijed.

6. DOKAZIVANJE OBIČAJA PRED SUDOM

Postoji li određeni običaj ili ne, činjenično je pitanje. Prema načelu *iura novit curiae*, sudovi su dužni poznavati pravo, a ne i činjenice.⁶⁴ Stoga je, u slučaju spora, teret dokaza na strani koja se poziva na običaj. Pritom ima pravo koristiti sva dokazna sredstva dopuštena zakonom (svjedoci, vještačenje, uvid u sudske i arbitražne odluke, uvid u literaturu, potvrde mjerodavnih instituci-

Marušić smatra da ovakav redoslijed dominira u svim suvremenim pravnim poretcima, stoga bi ga trebalo prihvatiti i kod nas (op. cit. u bilj. 7., str. 339); Ovakav redoslijed predlagao je i prof. Goldštajn – (op. cit. u bilj. 7., str. 94. - 95. te 176.) – gdje pojašnjava kako se ispravnim tumačenjem normi sadržanih u ZOO-u iz 1978. godine može postići navedena hijerarhija izvora trgovačkog prava. Naime, prof. Goldštajn smatra kako hijerarhija izvora trgovačkog prava nije određena propisima već se izvodi iz pravnog sistema. Stoga i on, pri hijerarhijskom navođenju izvora trgovačkog prava, običajima daje prednost pred dispozitivnim normama.

62 Naime, pisani izvori (u ovom slučaju kodificirani trgovački običaji, tj. *uzance*) imaju prednost u primjeni pred nepisanim izvorima, a posebna pravila imaju prednost u primjeni pred općim pravilima – temeljem načela *lex specialis derogat legi generali*.

63 Pojedina pravila iz Općih uzanci za promet robom, koja nisu unesena u ZOO (niti 1978. niti 2005. godine), mogu se primijeniti kao običaj, ukoliko ispunjavaju uvjete za primjenu običaja propisane člankom 12. nZOO-a.

64 Starija literatura zauzimala je suprotan stav. Naime, običaje su dijelili na *normativne običaje* – koji su se primjenjivali jedino ukoliko su stranke ugovorile njihovu primjenu i na *običajno pravo* – koje se primjenjivalo kao objektivan izvor prava tj. neovisno o volji stranaka. Stoga je prevladavalo stajalište da običajno pravo moraju poznavati i sudovi, odnosno da načelo *iura novit curia* obvezuje sudove i glede običaja. Vidjeti više u: Zubović, A. op.cit. u bilj. 7, str. 316.); Više o običajim i n. *iura novit curiae* vidjeti u: Marušić, S., op. cit. u bilj. 7., str 355-356.

ja i sl.).⁶⁵ Nije potrebno posebno dokazivati postojanje uzanci, budući da se one objavljuju, stoga se dovoljno na njih pozvati. Međutim, druga strana može tvrditi da se uzance više ne primjenjuju, odnosno da ih se više ne može smatrati običajima, što onda mora i dokazati. Hrvatska gospodarska komora potvrđuje postojanje i sadržaj poslovnih (trgovačkih) običaja na području RH.⁶⁶ Potvrde se izdaju u obliku uvjerenja koja imaju snagu javne isprave. Osim Hrvatske gospodarske komore, uvjerenja o postojanju i sadržaju trgovačkih običaja mogu izdavati i druge osobe – prije svega institucije koje su izvršile kodifikaciju trgovačkih običaja za određenu struku ili za određeno područje (npr. Zagrebačka burza, za običaje koji se primjenjuju prilikom poslovanja na zagrebačkoj burzi).⁶⁷ Konačnu odluku o tome postoji li određeni običaj ili ne donosi sud, slobodnom ocjenom dokaza.

7. ZAKLJUČAK

Još od srednjeg vijeka, trgovački su običaji značajan izvor trgovačkog prava. Poznatiji pod nazivom *lex mercatoria* označavali su pravila koja su trgovci redovito primjenjivali u poslovanju na određenom području (najčešće na određenom sajmištu ili u određenoj luci) i pri bavljenju određenom strukom, odnosno profesijom. Srednjovjekovno *lex mercatoria* primjenjivalo se prema tzv. objektivnoj teoriji primjene običaja, odnosno kao i svi drugi objektivni izvori prava, neovisno o volji ugovornih strana, što odgovara pravnoj prirodi i svrsi običaja. Naime, ukoliko se običaji primjenjuju prema tzv. subjektivnoj teoriji, honorira se neznanje, budući da se običaj neće primijeniti ukoliko stranke nisu dale izričit ili prešutan pristanak na primjenu običaja, iako je riječ o običaju koji se redovito primjenjuje u istim ili sličnim situacijama te je za očekivati da ga poznaju i kontraenti koji primjenjuju standard pozornosti koji se od njih traži. Zahvaljujući standardu dužne pozornosti, koji je prihvaćen u svim suvremenim pravnim poretcima, a prema kojem su trgovci dužni poznavati pravila i običaje struke, presumira se da su pristali na primjenu običaja uvijek kada njihovu primjenu nisu isključili – niti izričito, niti konkludentnim radnjama. Strogo formalno gledajući, kada postoji presumirani pristanak ugovornih strana glede primjene trgovačkih običaja na njihov odnos, običaji se primjenjuju temeljem subjektivnog koncepta primjene običaja, budući da voljni element ipak postoji iako je znatno relativiziran. Takva relativizacija, odnosno presumpcija voljnog elementa glede primjene trgovačkih običaja, gotovo da briše razliku između subjektivnog i objektivnog koncepta primjene običaja, budući da se, čak i ako zakon predviđa objektivni koncept (kao što to primjerice čini ZOO u članku 12. st. 2.), zahvaljujući standardu dužne pozornosti (koji je u ZOO-u propisan člankom 10.) presumira kako volja za primjenom običaja u obveznim odnosima među trgovcima postoji uvijek kada nije isključena, iako volja kontrahenata uopće nije bila preduvjet za primjenu običaja. U ovom radu, na više mjesta se ističe kako nije bitno hoće li pravni teoretičari uvjete potrebne za primjenu običaja nazvati *objektivnim* ili *subjektivnim konceptom primjene običaja* (što ponekad unosi „zbrku“ budući da iste uvjete različiti autori svrstavaju pod različite koncepte primjene običaja) već je bitno da su ispunjeni uvjeti za primjenu običaja koji su propisani mjerodavnim pravom – bilo zakonom bilo međunarodnim ugovorom.

65 Barbić, J., op.cit. u bilj. 19, str. 57. i 83.; Goldštajn, A. op. cit. u bilj. 7., str. 157.

66 Čl. 9. t. 8. i čl. 12. st. 2. Statuta Hrvatske gospodarske komore, dostupan na: <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/5507.pdf>

67 Barbić, J., op. cit. u bilj. 19, str. 83 - 84.

Velike nacionalne kodifikacije građanskog prava iz 19. stoljeća koje su uključivale i pravila trgovačkog prava (npr. talijanski Codice Civile), odnosno koje su bile praćene paralelnim kodifikacijama trgovačkog prava (npr. francuski Code Civile i Code de Commerce, ili njemački HGB i BGB), nisu dovele do potpunog isključivanja običaja kao izvora prava. Naime, trgovački odnosi razvijali su se dinamičnije od građanskih obveznih odnosa, stoga pravila sadržana u nacionalnim kodifikacijama često nisu bila adekvatna za primjenu na trgovačke odnose, što je pogodovalo razvoju kompleksnijih i razrađenijih običajnih pravila nastalih u okviru određene profesije ili struke. Budući da su pravila heteronomnih izvora obveznog prava u načelu dispozitivna, od njih je moguće odstupiti. Upravo zbog tog razloga, primjerenija i „razvijenija“ pravila običajnog prava koja su se (za razliku od „tromih“ heteronomnih izvora) razvijala paralelno s razvojem trgovačkih odnosa, zadržala su svoje mjesto među izvorima trgovačkog prava i nakon kodifikacije trgovačkog prava putem nacionalnih kodifikacija.

U ovom radu prikazani su uvjeti za primjenu običaja na obvezne odnose među trgovcima prema Zakonu o obveznim odnosima koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006. godine te je iscrpno objašnjeno zašto su odstupanja u odnosu na ZOO iz 1978. godine toliko značajna. Naime, ZOO nas ponovno dovodi „rame uz rame“ s poredbeno pravnim rješenjima, kada je o primjeni trgovačkih običaja riječ.

Predloženo je i kako bi članak 12. st. 2. ZOO-a trebao glasiti *de lege ferenda*, kako bi se uklonila mogućnost primjene običaja po čistom objektivnom konceptu (tj. mimo volje ugovornih strana) u svim onim slučajevima kada stranke obveznog odnosa jesu trgovci, ali izvorište obveznog odnosa nije trgovački ugovor. Naime, smatramo da je neopravdano primjenjivati običaje mimo volje stranaka, ukoliko one običaj nisu bile dužne poznavati.

Pri samom kraju rada, prikazana je hijerarhija izvora trgovačkog ugovornog prava te je pojašnjeno zašto su izvori hijerarhijski poredani upravo prema navedenom redosljedu: **ugovori** (uključujući OUP i termine kao pisani *lex contractus*, odnosno praksu uspostavljenu među trgovcima kao nepisani *lex contractus*); **trgovački običaji**; **dispozitivni propisi** te na poslijetku; **sudska praksa** i **pravna znanost** kao posredni izvori prava koji djeluju samo snagom svoje uvjerljivosti.

PRAVNI IZVORI I LITERATURA

LITERATURA

- 1.) Barbić, Jakša, *Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu*, Časopis HAZU (rad 492), Razred za društvene znanosti (43), 2005.
- 2.) Goldštajn, Aleksandar, *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991.
- 3.) Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- 4.) Ledić, Dragutin, *Pravna vrela trgovačkog prava* (str. 433 - 462.), u: *Pravo društava i trgovačko pravo – ogleđi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002.
- 5.) Lopez Rodriguez, Ana Mercedes, *Lex Mercatoria*, RETTID 2002.
- 6.) Marušić, Silvija, *Trgovački običaji i Zakon o obveznim odnosima: primjedbe de lege lata i prijedlozi de lege ferenda*, Pravo u gospodarstvu, br.j 3, 1999.
- 7.) Mazzacano, Peter, *The Lex Mercatoria as Autonomous Law*, Comparative research in Law and Political Economy, Vol. 4., br. 6, 2008;

- 8.) Michaels, Ralf, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond The State*, Duke Law School, Research Paper Series, kolovoz 2008.
- 9.) Pezo, Vladimir (gl. ur.), *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2006.
- 10.) Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001.
- 11.) Vukmir, Branko, *Lex mercatoria u novome pravnom okruženju*, Pravo i porezi, br. 3, 2005.
- 12.) Zubović, Antonija, *Primjena trgovačkih običaja*, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.

IZVORI PRAVA

Zakoni:

- 13.) Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11
- 14.) Zakon o obveznim odnosima, Sl. l. 29/78, u hrvatsko zakonodavstvo preuzet Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91

Međunarodni ugovori:

- 15.) *Konvencija UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Beč, 1980., prijevod na hrvatskom jeziku dostupan na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/CISGCRO.html>
- 16.) *Jednoobrazni zakon o sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe* (ULFIS)
- 17.) *Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe* (ULIS)

Ostalo:

- 18.) Opće uzance za promet robom, Sl. l. FNRJ 15/54;
- 19.) Statut HGK, dostupan na: <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/5507.pdf>

Tea Hasić, LL.M., junior researcher-assistant lecturer

University of Juraj Dobrila in Pula, Faculty of Economics and Tourism „Dr. Mijo Mirković“

CUSTOMS AS SOURCES OF COMMERCIAL LAW

Summary

The purpose of the paper is to place trade usages on hierarchical scale of Commercial Law legal sources in Croatia. As an introduction, the author highlights conditions to be met in order to apply a trade usage as a source of law and emphasizes the difference in relation to customs that may be applied in civil relations as a source of law. In the central part of the paper, the author compares the so-called subjective and objective concept of custom application and analyzes legislative solutions provided by The „New“ Croatian Law on Obligations (applicable since January 1st 2006) and The Former Yugoslav Law on Obligations (adopted in Croatian legal system since 1991). It is concluded that the „new“ legislation, which provides application of trade usages (primarily) on so-called objective concept, corresponds to solutions provided by international legal sources (such as CISG) and contemporary national legal systems. In addition to „New“ Law on Obligations, several solutions *de lege ferenda* are proposed, in order to eliminate few uncertainties that still exist. As a conclusion, the hierarchical scale of Commercial Law legal sources is presented, supplemented by an explanation why a certain source of law (heteronomous or autonomous) is placed „above“ or „below“ trade usages.

Key words: autonomous legal sources, commercial law, trade usages, customs

Tea Hasić, Mag Iur., Assistent

Universität Juraj Dobrila in Pula, Fakultät für Wirtschaft und Tourismus „Dr Mijo Mirković“

GEWOHNHEITEN ALS RECHTSQUELLE DES HANDELSRECHTS

Zusammenfassung

Das Ziel der Arbeit ist die Positionierung der Gewohnheiten auf der Hierarchieliste der Quellen des Handelsvertragsrechts. Die Arbeit beginnt mit der Aufzählung der objektiven (materiellen) und subjektiven (psychologischen) Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, damit Handelsgewohnheiten als Rechtsquelle angewandt werden könnten, sowie mit der Hervorhebung der Unterschiede in Bezug auf die Gewohnheiten, die als Rechtsquelle in zivilrechtlichen Verhältnissen angewandt werden. Die Autorin vergleicht den sog. subjektiven und objektiven Konzept der Anwendung von Gewohnheiten und die gesetzlichen Lösungen, die durch das Gesetz über Schuldverhältnisse (ZOO) aus dem Jahr 1978 und das Gesetz über Schuldverhältnisse (ZOO) aus dem Jahr 2006 vorgesehen sind. Daraus wird die Schlussfolgerung gezogen, dass die gesetzliche Regelung, die die Anwendung von Handelsgewohnheiten vor allem auf Grund des sog. objektiven Konzeptes vorsieht, mit den in internationalen Rechtsquellen vorgesehenen Lösungen (vor allem der Wiener Konvention) sowie mit den in gegenwärtigen nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen Lösungen in Einklang steht. In der Arbeit werden bestimmte Lösungen de lege ferenda vorgeschlagen und am Ende wurde eine entsprechende Hierarchieliste der Rechtsquellen des Handelsvertragsrechts dargestellt, wobei für jede Quelle (ob eine heteronome oder eine autonome) begründet wurde, warum sie in der Hierarchieliste „ober“ oder „unter“ der Handelsgewohnheiten steht.

Schlagwörter: Handelsgewohnheiten, subjektives und objektives Konzept der Anwendung von Gewohnheiten, Quellen des Handelsvertragsrechts