

HIJERARHIJA IZVORA PRAVA TRGOVAČKIH UGOVORA U HRVATSKOM PRAVU

Prof. dr. sc. Zvonimir Slakoper*

UDK: 340.130:347.74/.75

340.130:346

DOI: 10.3935/zpfz.72.12.12

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2021.

Izvori prava trgovačkih ugovoru su bitni jer iz njih proizlaze prava i obveze za ugovorne strane odnosno trgovce. Izvorima prava redovito se smatraju zakonski propisi, običaji i sudska praksa. Međutim, zbog svoje fleksibilnosti i slobode ugovaranja, kod trgovačkih ugovora kao izvor se posebno ističe autonomno trgovačko pravo. Pod takvim se pravom, pored volje trgovaca, podrazumijevaju običaji, uzance, praksa koja je ustaljena između ugovornih strana, opći uvjeti ugovora i razne trgovačke klauzule i termini. U radu se uspoređuju te podrobnije analiziraju pojedini izvori prava trgovačkih ugovora. Takvi se izvori također sistematiziraju i dijele na one koji se primjenjuju zato što su ih ugovorne strane ugovorile i one koji se primjenjuju iako ugovorne strane nisu ugovorile njihovu primjenu. Zaključno se posebno obrađuje, kao izvor trgovačkih ugovora, sudska i arbitražna praksa te pravna znanost.

Ključne riječi: trgovački ugovori, izvori prava, autonomno trgovačko pravo

* Dr. sc. Zvonimir Slakoper, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka; zvonimir.slakoper@pravri.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5462-6912

I. UVOD

Izvori prava pojave su iz čijeg sadržaja proizlaze prava i obveze.¹ Kad je riječ o izvorima prava trgovačkih ugovora, prava i obveze strana iz trgovačkih ugovora.

Kao izvori prava općenito u literaturi se redovito navode propisi, pravni običaji, sudska praksa i pravna znanost,² a kao izvori trgovačkog prava zakon, autonomno trgovačko pravo, sudska i arbitražna praksa i pravna znanost,³ pa bi se potonji od prvih razlikovali po tome što je kod potonjih između propisa, odnosno zakona, i pravnih običaja interpolirano autonomno trgovačko pravo.

Njega bi činila „ona pravila... koja ne potječu od zakonodavca“,⁴ a obuhvaćalo bi običaje, uzance, opće uvjete poslovanja i klauzule i termine.⁵ Istovremeno se opći uvjeti poslovanja, odnosno ugovora, vide i kao dio formularnog prava, koje je „dio autonomnog prava gdje se ugovori sklapaju prema unaprijed pripremljenim obrascima (formularima)“.⁶ Osim općih uvjeta ugovora formularno pravo obuhvaćalo bi i tipske (standardne) ugovore, adhezijske ugovore i klauzule i termine.⁷

U navođenju i opisivanju pojava iz čijeg sadržaja proizlaze prava i obveze ni Ustav⁸ ni Zakon o sudovima⁹ niti Zakon o obveznim odnosima¹⁰ ne spominju pojmove „pravni običaj“, „sudska praksa“, „pravna znanost“, „autonomno trgovačko pravo“, „formularno pravo“, „adhezijski ugovor“ i „klauzule i termini“. Umjesto toga, prema Ustavu „sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava“,¹¹ kao i prema Zakonu o sudovima, ali s napomenom da su prema tom Zakonu međunarodni ugovori

¹ Izraz „pojave“ rabimo zato što je dovoljno širok da obuhvati sve ono što predstavlja izvore prava, odnosno zato što one ne obuhvaćaju samo pisane tekstove, nego i postupanja subjekata pravnih odnosa.

² Klarić, P.; Vedriš, M, Građansko pravo, 9. izdanje, Narodne novine, Zagreb, str. 17 *et seq.*

³ Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, 3. izdanje, Informator, Zagreb, str. 24 *et seq.*

⁴ Goldštajn, *op. cit.* u bilj 3, str. 26.

⁵ Goldštajn, *op. cit.* u bilj. 3, str. 26 *et seq.*

⁶ Gorenc, V. (red.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 458.

⁷ Gorenc, V. (red.), *op. cit.* u bilj. 6, str. 459 – 460.

⁸ NN 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 i 5/2014.

⁹ NN 28/2013, 33/2015, 82/2015, 82/2016, 67/2018 i 126/2019.

¹⁰ NN 35/2005, 41/2008, 78/2015 i 29/2018 (dalje: ZOO).

¹¹ Čl. 118. st. 3. Ustava RH.

prije zakona.¹²

Prema ZOO-u „sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose“¹³ i u pravilu ih mogu urediti drukčije no što je tim Zakonom određeno,¹⁴ ali ih ne mogu uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva,¹⁵ odnosno drukčije no što određuje ZOO ako tako proizlazi „iz pojedine odredbe ... ili iz njezina smisla“.¹⁶ U obveznim, dakle i ugovornim, odnosima između trgovaca „trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili, za čiju su primjenu ispunjene pretpostavke iz ovoga Zakona, primjenjuju se i ako su suprotni dispozitivnom propisu“.¹⁷ Znači da se praksa koju su trgovci međusobno razvili i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima¹⁸ primjenjuju prije dispozitivnih odredbi ZOO-a, a ne primjenjuju se ako su „izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu“.¹⁹ Osim toga, ZOO i u nekoliko pojedinačnih odredbi upućuje na primjenu običaja,²⁰ a i na primjenu pravičnosti.²¹ Ali ne smije se zaboraviti ni da opći uvjeti ugovora obvezuju suugovaratelja sastavljača općih uvjeta ako su mu „bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora“.²²

Iz tih odredbi ZOO-a proizlazi da su izvori prava trgovačkih ugovora volja ugovornih strana, koja uključuje praksu koju su trgovci međusobno razvili, opći uvjeti ugovora, trgovački običaji, dispozitivne odredbe ZOO-a, običaji i pravičnost. Te izvore usporedit ćemo s izvorima kako ih navodi literatura i podrobnije analizirati.

Ali izvore prava trgovačkih ugovora važno je podijeliti na one koji proizlaze iz očitovane volje ugovornih strana, odnosno koji se primjenjuju samo zato što su ih strane ugovorile, i one koji se primjenjuju i ako strane nisu ugovorile njihovu primjenu, odnosno silom zakona.

¹² Članak 5. Zakona o sudovima, NN 28/2013, glasi: „Sudovi sude na temelju Ustava, međunarodnih ugovora, zakona i drugih važećih izvora prava.

¹³ Čl. 2. ZOO-a.

¹⁴ Čl. 11. ZOO-a.

¹⁵ Čl. 2. ZOO-a.

¹⁶ Čl. 11. ZOO-a.

¹⁷ Čl. 12. st. 3. ZOO-a.

¹⁸ Čl. 12. st. 2. ZOO-a.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Npr. u čl. 534., čl. 563. i čl. 775. ZOO-a.

²¹ Npr. u čl. 346. st. 1., čl. 624. st. 4. i st. 6., čl. 628., čl. 775., čl. 1100., čl. 1101., čl. 1102. i čl. 1104. ZOO.

²² Čl. 295. st. 5. ZOO-a.

II. VOLJA UGOVORNIH STRANA I IZVORI KOJI SE PRIMJENJUJU NA TEMELJU NJEZINA OČITOVANJA

I. Općenito

Da je suglasna volja ugovornih strana prvi i hijerarhijski najviši izvor prava²³ za trgovački ugovor posve neprijeporno proizlazi ne samo iz literature, nego i iz citiranih odredbi ZOO-a. U prvom redu iz čl. 2., koji utvrđuje načelo stranačke autonomije, ali i iz čl. 11., koji utvrđuje načelnu dispozitivnost odredbi ZOO-a. Međutim, pretpostavka za to je da sklopljeni ugovor nije u cijelosti ništetan, jer je zbog izostanka nastanka prava i obveza u tom slučaju nepotrebno uopće govoriti o izvorima prava.

Suglasna volja ugovornih strana ostat će prvi i hijerarhijski najviši izvor prava i u slučaju ništetnosti neke ili nekih ugovornih odredbi, ali samo u odnosu na ona pravna pitanja koja nisu uređena ništetnim odredbama. U odnosu na pravna pitanja koja su uređena ništetnim odredbama očito je da volja strana neće biti izvor prava, nego će se primijeniti pravila koja sadržavaju drugi izvori prava, dakako ako ih sadržavaju,²⁴ ili prava i obveze neće ni nastati.

Pod suglasnom voljom ugovornih strana treba podrazumijevati istovjetnu, slobodno stvorenu, ozbiljnu i slobodno i ozbiljno riječima, konkludentnim radnjama ili znacima očitovanu volju obiju ugovornih strana, jer su ugovorena prava i obveze ugovornih strana, odnosno ugovor, nastali samo ako postoje svi ti elementi. Ipak, ponekad će ugovorena prava i obveze, odnosno ugovor, nastati unatoč nepostojanju nekih od tih elemenata. Nepostojanje slobode pri stvaranju i očitovanju volje i nepostojanje ozbiljne volje i ozbiljnosti očitovanja nužno ne mora dovesti do toga da ugovorena prava i obveze ne nastanu, tj. da ugovor bude ništetan, nego i samo do toga da bude pobojan, kao u slučajevima mentalne rezervacije, prijetnje, prijevara i zablude.²⁵ Polazeći od činjenice da u tim slučajevima ugovor nije ništetan, nego da ugovorena prava i obveze nastaju, i u tim će slučajevima ugovor ipak biti prvi i hijerarhijski najviši izvor nastalih prava i obveza, iako pod pretpostavkom da ovlaštena strana ne podigne tužbu

²³ Hijerarhijski redoslijed primjene izvora prava znači da se hijerarhijski niži izvor prava primjenjuje samo ako hijerarhijski viši izvor prava ne sadržava odgovor na određeno pravno pitanje, a volja strana je hijerarhijski najviši izvor prava za trgovački ugovor zato što se ni jedan drugi izvor prava ne može primijeniti ako odgovor na određeno pravno pitanje proizlazi iz volje ugovornih strana.

²⁴ Primjerice govoreći, u slučaju ništetnosti ugovorne odredbe o stopi zateznih kamata primijenit će se odredbe o najvišoj dopuštenoj stopi zateznih kamata.

²⁵ Iscrpnije Slakoper, Z., *Nevaljanost ugovora, sloboda ugovaranja i zaštita javnog poretka*, Informator, br. 6574 od 13. 5. 2019.

radi poništenja ugovora i sud usvoji tužbeni zahtjev.

Volju strane mogu jednako valjano očitovati riječima, konkludentnim radnjama i znacima i načelno ni jedan od tih načina očitovanja volje nema prednost pred drugima. Međutim, unatoč tome držimo da postoje situacije u kojima ta tri načina očitovanja volje treba postaviti hijerarhijski u tom smislu što bi očitovanjima volje jedne strane riječima trebalo dati prednost pred očitovanjima volje konkludentnim radnjama i znacima. To bi bilo uvijek kad bi iz istovremenog očitovanja volje na te načine proizlazili suprotni zaključci o sadržaju volje. Ako ne bi bila riječ o istovremenom očitovanju volje na različite načine, nego o sukcesivnim očitovanjima, prednost bi trebalo dati sadržaju posljednjeg očitovanja.

2. Forma, izmjene i konačni sadržaj ugovora

Sadržaj suglasne volje nerijetko proizlazi iz jedne isprave koju sačine strane ili iz više isprava koje razmijene.²⁶ No, činjenica što su sadržaj njihove suglasne volje strane zabilježile u pisanom obliku sama po sebi ne znači da je u pisanom obliku izražen cjelokupni sadržaj njihove suglasne volje, odnosno ugovora, jer u okolnostima u kojima određeni oblik nije propisan, nego su strane jednostavno razmijenile isprave ili su pisani oblik ugovorile samo radi dokazivanja, ugovorne strane obvezuje i ono što su suglasno očitovale izgovorenim riječima, konkludentnim radnjama i znacima.²⁷ Osim toga, i ugovor za čije je sklapanje ugovoren poseban oblik može se raskinuti, dopuniti ili na drugi način izmijeniti sporazumom u bilo kojem obliku,²⁸ dakle i izgovorenim riječima i konkludentnim radnjama i znacima, pa će točan i potpun sadržaj ugovora, odnosno suglasne volje strana, nerijetko biti teško utvrditi.

Ako bi bila riječ o ugovoru kojem je oblik propisan ili ugovoren radi valjanosti, odgovor na pitanje što točno obvezuje ugovorne strane ovisio bi o tome radi li se o bitnim ili sporednim sastojcima ugovora. Obvezivale bi ih odredbe o bitnim sastojcima očitovane u propisanom, odnosno ugovorenom, obliku, ali u okolnostima u kojima je određeni oblik propisan samo u interesu ugovornih strana obvezivale bi ih istovremeno neformalno očitovane odredbe kojima se

²⁶ Prema čl. 292. st. 3. i 4. ZOO-a i kad je za sklapanje ugovora potrebno sastaviti ispravu, dovoljno je da svaka od strana potpiše primjerak isprave namijenjen drugoj strani, a zahtjev pisanog oblika ispunjen je ako strane razmijene pisma ili se sporazumiju pomoću drugog sredstva koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i identitet davatelja izjave.

²⁷ To proizlazi iz čl. 289. st. 3. ZOO-a protumačenog *a contrario* čl. 291. st. 1. ZOO-a.

²⁸ Čl. 289. st. 2. ZOO-a.

smanjuju ili olakšavaju obveze jedne ili objiju strana, a ne odredbe očitovane u propisanom obliku.²⁹ Neformalne odredbe o sporednim sastojcima obvezivale bi ih ako nisu u opreci sa sadržajem ugovora ni protivne cilju radi kojeg je oblik propisan.³⁰

Nakon što je ugovor sklopljen, strane ga na isti način kao što su ga sklopile mogu dopuniti, izmijeniti ili/i raskinuti. O dopunama ugovora radilo bi se u situacijama u kojima su se strane suglasile o pitanjima o kojima se nisu suglasile do trenutka u kojem je ugovor sklopljen, a o izmjenama kad bi se strane drukčije suglasile o pitanjima o kojima su se suglasile do trenutka sklapanja ugovora, a u oba slučaja ugovor bi se sastojao od svega posljednjeg o čemu su se strane suglasile, tako da se točan sadržaj ugovora može ustanoviti tek nakon svih izmjena i dopuna. Ali, ako je riječ o ugovoru čiji je oblik propisan, na valjanost dopuna i izmjena ugovora primjenjivala bi se pravila koja vrijede za njegovo sklapanje.³¹

3. Termini i klauzule

Suglasna očitovanja strana ponekad izričito upućuju na dokumente čiji će sadržaj činiti dio sadržaja ugovora, primjerice tako da navedu kako se na ugovor primjenjuju opći uvjeti ugovora jedne strane, a ponekad sadržavaju kratice ili/i pokrate pojedinih naziva ili/i fraza poput l/c, b/g HRN, DIN, ASA, FOB, CIF.³² No, neovisno o tome jesu li strane izričito navele da sadržaj dokumenata na koje upućuju kratice ili/i pokrate čini sastavni dio ugovora, ili su ih samo upotrijebile, treba uzeti da je njihova volja bila upravljena na to da sadržaj dokumenata na koje upućuju upotrijebljene kratice ili/i pokrate čini sastavni dio ugovora. U svim takvim slučajevima taj sadržaj postaje sastavni dio sadržaja ugovora temeljem suglasne volje ugovornih strana jednako kao da su očitovanja strana sadržavala sadržaj tih dokumenata.

Ipak, ako bi neki dio sadržaja tih dokumenata bio različit od sadržaja onoga što su strane očitovale, sadržaj ugovora činilo bi ono što su strane očitovale, a ne dio sadržaja dokumenata koji je od toga različit.

Primjerice spomenute pokrate FOB i CIF sadržavaju Pravila Međunarodne

²⁹ Čl. 291. st. 1. i 3. ZOO-a.

³⁰ Čl. 291. st. 2. ZOO-a.

³¹ To proizlazi iz usporedbe čl. 286. st. 2. – 4. i čl. 291. st. 2. i 3. ZOO-a.

³² l/c je uobičajena kratica izraza „letter of credit“, b/g izraza „bank guarantee“, HRN pokrata izraza „hrvatska norma“, DIN izraza „Deutsche Industrie Normativen“, ASA izraza „American Standardization Association“, FOB izraza „Free on Bord“, a CIF izraza „Cost, Insurance, Freight“.

trgovačke komore za upotrebu domaćih i međunarodnih trgovinskih termina, za koja se redovito rabi pokrata Incoterms (pravila), i one su primjer izvora prava koji literatura naziva klauzule i termini.³³ Točan i potpun sadržaj koji te pokrate, odnosno klauzule ili termini, podrazumijevaju naveden je u tekstu Incoterms (pravila), odnosno u drugim aktima, a unošenje tih pokrata u ugovor znači ugovaranje sadržaja koji te pokrate podrazumijevaju, odnosno odgovarajućeg dijela Incoterms (pravila) ili drugog akta, kao što je već rečeno. Stoga se može zaključiti da i u slučajevima ugovaranja klauzula i termina suglasna volja ugovornih strana upućuje na izvor prava i da tada izvor prava nije sama klauzula odnosno termin, nego sadržaj koji upotrijebljena klauzula ili termin podrazumijeva.

4. Praksa ustaljena između ugovornih strana

Izrazom „praksa koju su trgovci međusobno razvili“³⁴ opisuje se način postupanja koji se razvio u poslovanju određenih stranaka³⁵ i riječ je o postupanjima točno određenih ugovornih strana između sebe, koja ispunjavaju uvjete za to da budu trgovačkim običajem, osim uvjeta da je riječ o postupanjima u širem krugu trgovaca.³⁶ Za razumijevanje tog izraza potrebno je reći da trgovci često imaju trajnije odnose s istim trgovcima utoliko što tijekom nekog razdoblja s njima sklapaju ugovore istog tipa i za isti predmet, primjerice od iste osobe kupuju robu iste vrste poput sirovina ili dijelova kojima se koriste u proizvodnji. Kad je to slučaj, između dviju strana može nastati određena praksa. Nastanak prakse podrazumijeva određenu učestalost njezine primjene, pa govorimo o praksi ustaljenoj između strana, jer držimo da nešto bolje ocrtava nužnost učestalosti no izraz „praksa koju su trgovci međusobno razvili“. Na to upućuju i poredbena literatura i sudska praksa navodeći nužnost da ih praksa počinje obvezivati kad je ustaljena u dostatnoj mjeri, odnosno kad se ustalila i ponavljala³⁷ tako da su se strane počele ponašati u skladu s njom. Tada ih počinje obvezivati i obvezuje ih ako nije drukčije ugovoreno, a svakako je nužno da strane svoje postupanje raspoznaju kao ustaljenu praksu.³⁸ Obvezatnost ponašanja u skladu

³³ Usp Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 38.

³⁴ Čl. 12. st. 3. ZOO-a.

³⁵ Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 31 – 32.

³⁶ Barbić, J., *Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu*, HAZU, Rad 492., Razred za društvene znanosti, vol. 43, 2005., str. 47 – 87, str. 56.

³⁷ Tako i Kroell, S.; Mistelis, L.; Viscasillas, P. P. (ur.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck, München, 2018., str. 165.

³⁸ Tako odluka OGH-a od 6. veljače 1996., dostupno na www.cisg.online.ch, odluka 224.

s tom praksom nastaje automatski, tj. njezinim nastankom, za koji su potrebna najmanje tri ili četiri prethodna slučaja,³⁹ ali se može pronaći i stajalište kako okolnost da je neko ponašanje dva puta ponovljeno dovodi do stvaranja prakse između strana,⁴⁰ dok se podrazumijeva da jednokratno ponašanje nije dovoljno za nastanak prakse. Također, prema literaturi, na osobe između kojih je nastala djeluje kao da je riječ o običajima i treba je smatrati dijelom ugovora sklopljenog među tim osobama kojim se dopunjuje izričito izraženi sadržaj ugovora.⁴¹

Praksu ustaljenu između strana moglo bi se okvirno opisati kao običaje, ali one koji su nastali između dviju ugovornih strana, a ne općenito, odnosno između brojnih strana.⁴² Kako su za nastanak prakse ustaljene između strana potrebne radnje ili propuštanja, koje odgovaraju radnjama koje su ujedno valjani načini očitovanja volje, tj. riječima, konkludentnim radnjama i znacima, praksa ustaljena između strana može se smatrati sastavnim dijelom ugovora⁴³ i zbog toga se može vidjeti kao izvor prava koji se primjenjuje na temelju volje ugovornih strana. Ujedno zbog toga praksa ustaljena između dviju strana u hijerarhiji izvora prava trgovačkih ugovora ima prednost pred trgovačkim i općim običajima.⁴⁴

Pojam prakse ustaljene između strana ili sličan pojam koji bi posve sigurno upućivao na nju u ZOO-u koji se recentno primjenjivao na području RH nismo pronašli,⁴⁵ nego tek u vrijedećem ZOO-u. Pojam prakse koju su trgovci međusobno razvili on ne definira, kao ni pojam trgovačkih običaja, ali se može primijeniti već izloženo, a donekle i definicija Uniform Commercial Code SAD (dalje: UCC), prema kojoj je riječ o slijedu postupaka koji se tiču prethodnih poslova između strana određenog posla, koji pošteno treba uzeti tako da utemeljuje zajednički temelj razumijevanja za tumačenje njihovih izraza i drugog postupanja.⁴⁶ Ona se može primijeniti u odgovarajućoj mjeri zato što

³⁹ Kroell, S.; Mistelis, L.; Viscasillas, P. P. (ur.), *op. cit.* u bilj 37, str. 167.

⁴⁰ Tako odluka Zivlgericht Basel-Stadt od 3. prosinca 1997., dostupno na www.cisg.online.ch, odluka 346.

⁴¹ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 35, str. 57.

⁴² Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 36, str. 57, navodi da se praksa razvijena između strana primjenjuje prije trgovačkih običaja.

⁴³ Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 36, str. 84.

⁴⁴ Tako i Lando, O.; Beale, H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, The Hague, London, Boston, 2000., str. 105, prema Barbić, J., *op. cit.* u bilj 36, str. 84.

⁴⁵ V. čl. 25. i 1107. ZOO-a SFRJ.

⁴⁶ § 1-303. (b) UCC (b) „A ‘course of dealing’ is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.“ <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-303>.

tekst ZOO-a ne razlikuje praksu koju su razvili u prethodnim poslovima i u tekućem poslu, nego pod njome treba podrazumijevati obje, nasuprot UCC-u koji uz praksu razvijenu u prethodnim poslovima⁴⁷ (*course of dealing*) poznaje i od nje razlikuje praksu u tekućem poslu (*course of performance*) koja bi bila slijed postupaka između strana određenog posla, koji postoji ako (1) ugovor koji se odnosi na posao uključuje ponavljajuće slučajeve za ispunjenje i (2) druga strana prihvaća ili prima ispunjenje bez prigovora uz znanje za prirodu ispunjenja i priliku prigovoriti.⁴⁸

Praksu koju su trgovci međusobno razvili ZOO spominje u odredbama čl. 12. koje propisuju: „u obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju se trgovački običaji ... i praksa koju su međusobno razvili“⁴⁹ i „trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili, za čiju su primjenu ispunjene pretpostavke iz ovoga Zakona, primjenjuju se i ako su suprotni dispozitivnom propisu“.⁵⁰ Pretpostavke za primjenu prakse ustaljene između strana proizlaze iz prve od tih odredbi i odredbe prema kojoj se u obveznim odnosima među trgovcima „primjenjuju ... trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu“.⁵¹ Iako u ovoj odredbi to nije izrijekom navedeno, praksa ustaljena između strana primjenjuje se čim se radi o obveznim odnosima među trgovcima, a strane odnosa nisu izrijekom ili prešutno isključile njihovu primjenu, jer se na njezinu primjenu treba primijeniti i ta odredba, iako ona ne spominje praksu ustaljenu između strana.⁵² Drukčije stajalište ne bi mogla opravdati okolnost što je praksa nastala samo između dviju strana, jer u svemu ostalom ona odgovara trgovačkim običajima, kao što je već navedeno, i jer je riječ o izvoru prava nastalom radnjama i propuštanjima koji odgovaraju očitovanjima volje strana.

Isto tako i iz istog razloga praksa koju su trgovci međusobno razvili pri-

⁴⁷ V. prethodnu bilješku.

⁴⁸ § 1-303. (a) UCC-a: „A sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection.“ (<https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-303>).

⁴⁹ Čl. 12. st. 1. ZOO-a.

⁵⁰ Čl. 12. st. 3. ZOO-a.

⁵¹ Čl. 12. st. 2. ZOO-a.

⁵² Čl. 12. st. 2. ZOO-a: „U obveznim odnosima iz stavka 1. ovoga članka primjenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu“.

mjenjuje se pod istim pretpostavkama pod kojima se primjenjuju i trgovački običaji. Pozitivne pretpostavke su da je riječ o osobama koje imaju svojstvo trgovca, da je riječ o obveznom odnosu između osoba koje imaju to svojstvo i da praksa koju su razvile postoji, a negativna da primjenu te prakse nisu izrije-kom ili prešutno isključile, pod čime treba podrazumijevati da je nisu isključile ni suglasnim riječima ni suglasnim konkludentnim radnjama ili znacima, jer pod izričitim isključenjem treba uzeti isključenje očitovanjem volje riječima, a pod prešutnim isključenjem treba uzeti ostale načine očitovanja volje koji su valjani, a to su samo konkludentne radnje i znaci, uz napomenu kako se pod konkludentnim radnjama i znacima u odgovarajućim okolnostima mogu uzeti i propuštanja poduzimanja radnji odnosno davanja znaka.

Glede mjesta u redosljedu primjene prakse ustaljene između strana i trgovačkih običaja nema dvojbi. Polazeći od toga da ona predstavlja dio ugovora, praksa ustaljena između strana ima prednost pred trgovačkim običajima, kao što je već navedeno.

Pravila o ništetnosti pravnih poslova ograničavaju slobodu ugovornih strana glede stvaranja i sadržaja obveza i prava normama javnog poretka tako što obveza i pravo koji bi bili suprotni nekoj normi javnog poretka ne nastaju unatoč tome što su ih strane suglasnim očitovanjem volje namjeravale stvoriti. Tome bi bilo proturječno i javnom interesu izraženom u normama javnog poretka suprotno kad bi pravne učinke stvarala praksa ustaljena između strana koja je suprotna nekoj normi javnog poretka odnosno nekoj prisilnoj pravnoj ili moralnoj normi. Kako stoga ni praksa ustaljena između strana suprotna nekoj normi javnog poretka ne može stvarati obveze ni prava, izvor prava predstavlja samo praksa ustaljena između strana koja nije suprotna nekoj prisilnoj pravnoj ili moralnoj normi.

III. IZVORI KOJI SE PRIMJENJUJU BEZ OČITOVANE VOLJE OBIJU STRANA

Na pravna pitanja na koja strane trgovačkih ugovora nisu odgovorile suglasnom voljom, odnosno i bez očitovane volje obiju ugovornih strana, primjenjuju se, odnosno pravne praznine koje je suglasna očitovana volja strana ostavila popunjavaju se, prvo tekstovima koje je unaprijed za više slučajeva sklapanja ugovora pripremila jedna strana, potom trgovačkim običajima, pa dispozitivnim odredbama ZOO-a i na koncu običajima i pravičnošću kad na njih upućuje ZOO.

1. Tekstovi koji je pripremila jedna strana

Radi racionalizacije poslovanja trgovci često unaprijed pripremaju pisane tekstove koji sadržavaju sve ili većinu ugovornih odredaba koje se mogu unaprijed oblikovati, a ne sadržavaju samo one odredbe koje individualiziraju svaki pojedini ugovor, kao što su podaci o drugoj ugovornoj strani, predmetu i cijeni u kupoprodajnom ugovoru. Takve tekstove literatura dijeli na adhezijske ugovore, tipske (standardne) ugovore i opće uvjete ugovora (poslovanja), za koje se neizravno podrazumijeva da su dokumenti koji su fizički odvojeni od dokumenta koji strane potpisuju u okolnostima u kojima zapisuju sadržaj ugovora, dok ZOO sve takve tekstove vidi kao opće uvjete ugovora, jer su prema njemu opći uvjeti ugovora „ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora ... bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru (koji strane potpisuju – op. a.), bilo da se na njih ugovor poziva“,⁵³ dakle da su sadržane u dokumentu koji strane ne potpisuju.

Prema tome, bilo da sklapanju ugovora s drugom stranom pristupa sa stajalištem *take it or leave it*, pa je riječ o adhezijskom ugovoru, odnosno o adhezijskom sklapanju ugovora, ili je spremna izmijeniti jednu ili više od unaprijed pripremljenih ugovornih odredbi, pa je riječ o tipskom (standardnom) ugovoru, odnosno uvijek kad je riječ o ugovornim odredbama koje je jedna strana sastavila za veći broj ugovora, na njih se primjenjuju pravila ZOO-a o općim uvjetima ugovora. Ukratko, sve ono što literatura obuhvaća pojmom formularnog prava ZOO vidi kao opće uvjete ugovora.

Podrazumijeva se da odredbe sadržane u dokumentu odvojenom od dokumenta koji strane potpisuju čine dio sadržaja ugovora o kojem su se strane suglasile uvijek kad dokument koji strane potpisuju upućuje na taj (odvojeni) dokument, jednako kao u slučaju klauzula, termina i drugih pokrata o kojima su se strane suglasile, i da se tada opći uvjeti ugovora primjenjuju temeljem očitovane volje ugovornih strana. Osobitost je, međutim, općih uvjeta ugovora što se oni ne primjenjuju samo kad su obje strane očitovale suglasnost s njihovom primjenom, nego i kad su suugovaratelju sastavljača „bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora“,⁵⁴ odnosno kad bi morali biti poznati drugoj osobi istih svojstava kao što je suugovaratelj.⁵⁵

⁵³ Čl. 295. st. 1. ZOO-a.

⁵⁴ Čl. 295. st. 5. ZOO-a.

⁵⁵ To proizlazi iz načina utvrđivanja je li štogod moralo biti poznato konkretnoj osobi u konkretnoj situaciji, kad se ona uspoređuje sa zamišljenom osobom istih svojstava i zaključuje da je konkretnoj osobi u konkretnoj situaciji moralo biti poznato ono što je moralo biti poznato zamišljenoj osobi istih svojstava. *Iscrpnije v. Gorenc, V.*

Izlaganje o općim uvjetima ugovora za izlaganje o izvorima prava koji se primjenjuju na trgovačke ugovore važno je zbog toga što su „odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora“⁵⁶ ništetne, pa takve odredbe dijele sudbinu ništetnih odredbi ugovora o kojima su se strane suglasno očitovale.

Njihova ništetnost držimo da neće često učiniti ništetnim ugovor u cjelini. To proizlazi iz usporedbe pravila o tome ništetnost kojih ugovornih odredbi čini ništetnim ugovor u cijelosti i pravila o tome na koje se odredbe općih uvjeta ugovora ne primjenjuje citirano pravilo o ništetnosti njihovih odredbi. Prema prvima, ugovor je u cjelini ništetan ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen,⁵⁷ a prema drugima citirano se pravilo o ništetnosti odredbi općih uvjeta ugovora ne primjenjuje na odredbe o kojima se „pojedinačno pregovaralo, a druga je strana pritom mogla utjecati na njihov sadržaj te na odredbe o predmetu i cijeni ugovora ako su jasne, razumljive i lako uočljive“.⁵⁸ Razumije se da nerijetko odredbe o glavnim činidbama strana, poput predmeta i cijene, nisu jedini uvjet ni odlučujuća pobuda za sklapanje ugovora, ali držimo da pretežno ipak jesu. Osim toga, stranama trgovačkih ugovora pretežno su i jasne, razumljive i lako uočljive, pa držimo da u pretežnom broju stvarnih situacija ugovor u cjelini ne bi mogao biti ništetnim zbog odredbi općih uvjeta ugovora, nego samo iz općih razloga ništetnosti.

Uvijek kad je riječ o ugovornim odredbama koje je jedna strana sastavila za veći broj ugovora, odnosno o općim uvjetima ugovora, na nejasne odredbe primjenjuju se pravila o tumačenju nejasnih odredbi u ugovorima koje je pripremila i predložila jedna ugovorna strana iz čl. 320. st. 1. ZOO-a, jer prethodno pripremanje i predlaganje ugovornih odredbi drugoj ugovornoj strani odgovara postupanju prve ugovorne strane i kad je riječ o općim uvjetima ugovora. Ukratko, nejasne odredbe općih uvjeta ugovora „tumačit će se u korist druge strane“.⁵⁹ No, i pri tome treba uzeti u obzir i opće pravilo o tumačenju spornih odredbi ugovora, prema kojem: „ne treba se držati doslovnog značenja pojedinih izričaja, već treba istraživati zajedničku namjeru ugovaratelja i odredbu tako razumjeti kako to odgovara načelima obveznog prava“⁶⁰ utvrđenim u ZOO-u.

(red.), *op. cit.* u bilj. 6, str. 22 *et seq.*

⁵⁶ Čl. 296. st. 1. ZOO-a.

⁵⁷ Čl. 324. st. 1. ZOO-a.

⁵⁸ Čl. 296. st. 3. ZOO-a.

⁵⁹ Čl. 320. st. 1. ZOO-a.

⁶⁰ Čl. 319. st. 2. ZOO-a.

U svezi s primjenom općih uvjeta ugovora (poslovanja) postoji i posebno pitanje koje se kod trgovačkih ugovora može pojaviti češće no kod građansko-pravnih i potrošačkih. Opće uvjete ugovora (poslovanja) redovito imaju trgovci, a ne i osobe koje nemaju to svojstvo, pa je moguće da ih imaju obje strane trgovačkog ugovora i da na pojedina pitanja općih uvjeta strana odgovaraju različito. Dakle, može se postaviti pitanje primjenjuju li se na pojedino pitanje općih uvjeta jedne ili druge strane (tzv. *battle of forms*). S obzirom na učestalost takvih situacija razvilo se više gledišta. Prema jednom, primjenjivali bi se općih uvjeta one strane koja se posljednja na njih pozvala (tzv. *last shot rule*), prema drugom ugovor bi bio sklopljen bez odredbi općih uvjeta koje su u koliziji (tzv. *knock-out rule*), prema trećem ugovor uopće ne bi bio sklopljen, a prema četvrtom na to bi pitanje trebalo primijeniti mjerodavno nacionalno pravo.⁶¹ Autor bi se priklonio prvom gledištu u situacijama u kojima druga strana nije očitovala protivljenje pozivanju prve strane na primjenu njezinih općih uvjeta, jer drži da bi načelo savjesnosti i poštenja nalagalo takvo očitovanje. Ukratko govoreći, pouzdaniji odgovor na postavljeno pitanje nije moguće dati, ali valja napomenuti da bi ponudnikovo upućivanje na vlastite opće uvjete ponekad moglo značiti prihvatanje ponude s izmjenama i dovesti do posljedica takvih situacija.

2. Trgovački običaji

U međusobnim odnosima više trgovaca općenito, a posebno u međusobnim odnosima više trgovaca u istoj gospodarskoj grani, nastajale su i nastaju različite prakse ponašanja odnosno postupanja, a nakon određenog vremena učestalost i širina njihove primjene i uzimanja u obzir postaje tolika da trgovci očekuju i podrazumijevaju kako se i oni sami i drugi trebaju ponašati, odnosno postupati, na način koji se uobičajio.⁶² Dosljedno tome, Uniform Law on the Formation of Contrats for the International Sale of Goods (dalje: ULFIS) pod pojmom običaja podrazumijeva način postupanja za koji razumne osobe istog svojstva, kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane, redovito smatraju da se ima primijeniti na njihov ugovor,⁶³ a UCC „praksu ili način postupanja koji se toliko redovito uzima u obzir na mjestu, u zvanju ili trgovini da opravdava

⁶¹ Tako Schwenger, I. (ur.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2016., str. 364 *et seq.* Podrobnije v. i Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, posebni broj, 2006., str. 177 – 224.

⁶² U bitnom tako i Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 26.

⁶³ Čl. 13. t. 1. ULFIS-a.

očekivanja kako će biti uzeti u obzir kod posla o kojem je riječ⁶⁴.

Ako je riječ o praksi, odnosno načinu postupanja koji nije vezan uz određeno mjesto, zvanje ili gospodarsku granu, nego uz trgovačke odnose općenito, običaj ima karakter općeg običaja,⁶⁵ a ako postoji samo u određenoj gospodarskoj grani,⁶⁶ običaj ima karakter posebnog običaja, što je važno sa stajališta primjene na pojedine subjekte. Dok se opći običaji primjenjuju na sve trgovačke ugovore, posebni običaji primjenjuju se samo na trgovačke ugovore sklopljene u određenoj gospodarskoj grani.

Osim na opće i posebne, trgovački običaji dijele se na nepisane i zapisane, tj. Uzance.⁶⁷ U svezi s njihovom primjenom mogu se zauzeti dva stajališta. U dijelu literature zastupa se stajalište da uzance „kao kodificirane trgovačke običaje valja kod nas primijeniti prije pojedinih posebnih trgovačkih običaja“,⁶⁸ za što, kao općenito stajalište, ne vidimo uporište s obzirom na to da trgovačke običaje često zapisuju, tj. sastavljaju uzance, osobe privatnog prava bez javnih ovlasti⁶⁹ i da im se teško može dati karakter propisa ili drugih izvora prava koje propisi navode. Umjesto toga držimo da je pitanje postojanja i sadržaja običaja pitanje dokazivanja kod kojeg bi se moglo oborivo predmijevati postojanje i sadržaj onih običaja koji su zapisani, odnosno koje nazivamo uzancama.

Trgovački običaji primjenjivali su se na trgovačke odnose još u srednjem vijeku, dok su velike kodifikacije trgovačkog prava u Europi u 19. stoljeću nastojale ograničiti njihovu primjenu kako bi se osiguralo jedinstvo kodifikacijom

⁶⁴ § 1-303. (c) UCC-a glasi: „usage’ of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question” (<https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-303>).

⁶⁵ Suprotno tome Barbić, J., *op. cit.* u bilj 35, str. 57, navodi da „poslovni običaj uvijek nastaje u nekoj gospodarskoj grani, tj. u vezi s prometom neke određene robe ili pružanja usluga“.

⁶⁶ Tako i čl. 9. st. 2. CISG-a navodi da se na ugovore primjenjuju običaji koje redovito uzimaju u obzir strane ugovora u određenoj gospodarskoj grani („The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned”).

⁶⁷ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 36, str. 55, Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 32.

⁶⁸ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 36, str. 79.

⁶⁹ Prema: Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 36, str. 82, “primjer pravila u kojima su dijelom sadržani i trgovački običaji jesu Jednoobrazna pravila i običaji (praksa) za dokumentarne akreditive koje je donijela Međunarodna trgovačka komora u Parizu”, koja je osoba privatnog prava.

ustupavljenog sustava normi.⁷⁰ Sukladno s time i hrvatski Trgovački zakon iz 1875. godine u par. 1. propisivao je primjenu trgovačkih običaja tek kao sredstvo popunjavanja pravnih praznina tog Zakona,⁷¹ a u bitnom istovjetan pristup stotinjak godina kasnije slijedio je i ZOO SFRJ propisujući prvenstvo odredbi ZOO-a pred suprotnim odredbama trgovačkih običaja, osim ako su strane izrijeком ugovorile njihovu primjenu.⁷²

Vrijedeći ZOO postupio je obrnuto, i to tako što je izrijeком propisao da se „trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili... primjenjuju ... i ako su suprotni dispozitivnom propisu“, ako su ispunjene pretpostavke njihove primjene iz ZOO-a.⁷³ Pozitivne pretpostavke primjene trgovačkih običaja, kao i prakse razvijene među stranama, koje proizlaze iz čl. 12. ZOO-a jesu da je riječ o obveznim odnosima, da je riječ o takvim odnosima između trgovaca i da je riječ o trgovačkim običajima „koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima“,⁷⁴ a negativna pretpostavka je da „sudionici ... nisu izrijeком ili prešutno isključili njihovu primjenu“.⁷⁵

Okolnost što se običaji ne primjenjuju ako je njihova primjena izrijeком isključena ne treba posebno objašnjavati. Kako je riječ o dispozitivnim pravilima, načelo stranačke autonomije podrazumijeva da ih strane mogu isključiti suglasnim očitovanjem volje. Pod prešutnim isključenjem treba smatrati isključenje koje proizlazi iz suglasno očitovane volje konkludentnim radnjama i znacima, a ne samo riječima. Budući da ZOO ne poznaje razliku između *course of dealing* i *course of performance*, jer mislimo da praksa koju su trgovci međusobno razvili može potjecati iz prethodnih odnosa i iz sadašnjeg odnosa, držimo da trgovačke običaje strane mogu prešutno isključiti samo drukčijom praksom koju su međusobno razvile, odnosno konkludentnim radnjama i znacima kojima su razvile međusobnu praksu.

Kao što nekoj normi javnog poretka može biti suprotna praksa ustaljena između ugovornih strana, tako može biti i neki trgovački običaj. Okolnost što on nije nastao samo između određenih ugovornih strana, nego u poslovanju više trgovaca, eventualnu suprotnost određenog običaja normi javnog poretka ne umanjuje, a pogotovu ne otklanja, jer je i dalje riječ o volji privatnopravnih subjekata stvorenoj u njihovu interesu, a ne u javnom ili općem interesu. Stoga

⁷⁰ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 35, str. 50.

⁷¹ Par. 1. hrvatskog Trgovačkog zakona glasi: „U stvarima trgovačkim, u koliko glede njih zakon ovaj ne sadržaje nikakovih ustanova, služe mjerilom običaji trgovački...“

⁷² Čl. 1107. st. 3. ZOO-a SFRJ.

⁷³ Čl. 12. st. 3. ZOO-a.

⁷⁴ Čl. 12. st. 2. ZOO-a.

⁷⁵ *Ibid.*

ni trgovački običaj suprotan nekoj prisilnoj pravnoj ili moralnoj normi ne može stvarati obveze i prava, pa dosljedno tome izvor prava predstavljaju trgovački običaji koji nisu suprotni nekoj normi javnog poretka.

3. Dispozitivne odredbe ZOO-a

Dispozitivne odredbe ZOO-a kao izvor prava za trgovačke ugovore očito su nisko u hijerarhiji tih izvora. Unatoč tome općeniti zaključak o njihovoj malo važnosti za trgovačke ugovore bio bi pogrešan. Suglasna volja ugovornih strana nerijetko obuhvaća svega nekoliko bitnih sastojaka ugovora i ne uključuje pokrate, odnosno klauzule i termine, ni jedna od strana nerijetko nema opće uvjete ugovora, praksa ustaljena između strana često ne postoji, kao ni trgovački običaji koji bi uređivali mnoga pitanja koja uređuje ZOO. Osim toga, ne samo što sadržaj trgovačkih običaja može biti prijeporan, nego može biti prijeporno i samo njihovo postojanje, odnosno prijeporno može biti pouzdano utvrđivanje postojanja i sadržaja trgovačkih običaja.

Stoga je, poglavito glede općeg dijela obveznog prava i općih odredbi o ugovornim obveznim odnosima,⁷⁶ ali i u preostalom dijelu, ZOO važan izvor prava za trgovačke ugovore.

4. Običaji i pravičnost

Uvodno smo kratko naznačili da ZOO u nekoliko pojedinačnih odredbi upućuje na primjenu običaja i pravičnosti.

Podrazumijeva da su za primjenu običaja nužni i neka učestalost izvršavanja i *opinio iuris*, ali ovdje nije riječ o trgovačkim, nego o općim pravnim običajima, dakle običajima koji nisu nastali samo između trgovaca i u njihovu trgovačkom poslovanju, nego o običajima koji su nastali postupanjima bilo kojih subjekata kad nastupaju kao subjekti privatnog prava. Ako strane trgovačkog ugovora primjenu tih običaja nisu ugovorile, oni se primjenjuju samo ako postoje i ako ZOO upućuje na njihovu primjenu, a nisu različiti od trgovačkih običaja.

Pravičnost je također izvor prava koji se primjenjuje samo ako ZOO upućuje na njezinu primjenu. No, može se raditi o subjektivnoj pravičnosti, koja znači da ZOO ne sadržava objektivizirane kriterije ocjene o tome što je pravično, ali i o objektiviziranoj pravičnosti, kad ZOO sadržava takve kriterije. Primjerice govoreći, potonje će biti slučaj u ugovorima o nalogu u kojem iznos naknade nije ugovoren, jer tada nalogodavatelj duguje pravičnu naknadu, ali se ona određuje

⁷⁶ Čl. 1. – čl. 375. ZOO-a.

prema uloženom trudu i obavljenom poslu, kao i u slučaju izmjene ugovora zbog promijenjenih okolnosti, kad će se sud pri odlučivanju o izmjeni ugovora „rukovoditi načelom savjesnosti i poštenja, vodeći računa osobito o svrsi ugovora, o podjeli rizika koja proizlazi iz ugovora ili zakona, o trajanju i djelovanju izvanrednih okolnosti te o interesima objiju strana“.⁷⁷

IV. O SUDSKOJ I ARBITRAŽNOJ PRAKSI I PRAVNOJ ZNANOSTI KAO IZVORU PRAVA

Izvor prava prema literaturi bila bi i sudska praksa koju čini „donošenje više suglasnih presuda od strane istog suda o istom pravnom pitanju“,⁷⁸ odnosno „niz sudskih odluka kojima se norma primjenjuje na isti način“.⁷⁹ Izvor prava bila bi i pravna znanost, odnosno znanstveni radovi i izlaganja na stručnim skupovima koji obrađuju pravne probleme u općenitom smislu, tumače opća pravna pravila i njihov međusobni odnos, uz primjenu priznatih načina tumačenja pravnih pravila i uporabu domaće i strane znanstvene literature i sudske prakse te nude obrazložene i znanstveno utemeljene odgovore na otvorena pravna pitanja.

Neprijeporno je da i niz sudskih odluka kojima se norma u činjenično bitno istovjetnim situacijama primjenjuje na isti način i znanstveno utemeljeni odgovori na otvorena pravna pitanja utječu pri donošenju odluka sudova i arbitraža. Dapače, kad je riječ o sudskoj praksi, potreba za njezinom ujednačenošću treba dovesti do pouzdanja u to da će kasnije donesene odluke u činjenično bitno istovjetnim predmetima biti istovjetne ranijim odlukama, a kad je riječ o znanstvenim i stručnim radovima, potreba za znanstvenom i stručnom utemeljenošću pravnih stajališta odluka sudova u državama poput Njemačke, Austrije, Švicarske i Slovenije, ali ne i Hrvatske, dovodi do toga da se pravna stajališta znanstvene literature izričito navode u obrazloženjima odluka kao potkrepa pravnih stajališta sudova. Iz toga proizlazi da i sudska praksa i pravna znanost utječu na donošenje pojedinih odluka sudova i arbitraža.

Međutim, *de lege lata*, odluke sudova i arbitraža moraju uputiti na određenu odredbu propisa odnosno pravilo prakse ustaljene između strana ili/i trgovačkih običaja ili običaja ili pravičnost, kad ZOO određuje primjenu tih izvora prava kao pravnu osnovu na kojoj je sud donio odluku.⁸⁰ Zbog toga se u zemljama

⁷⁷ Čl. 371. ZOO-a.

⁷⁸ Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 22.

⁷⁹ Gorenc, V., *Trgovačko pravo – društva*, Školska knjiga, Zagreb, 1995., str. 20.

⁸⁰ Prema čl. 338. st. 4. ZPP-a „u obrazloženju (presude – op. a.) sud će ... izložiti... koje je odredbe materijalnog prava primijenio odlučujući o zahtjevima stranaka“.

koje slijede tradiciju rimskog privatnog prava sudska i arbitražna praksa i pravna znanost mogu uzeti samo kao posredni, neizravni ili pomoćni izvori prava, dok neposrednim izvorima prava treba uzimati samo propise i one izvore na koje propisi upućuju.

V. ZAKLJUČNO

Izvori prava koji se primjenjuju na trgovačke ugovore koji nisu u cijelosti ništetni mogu se podijeliti na izvore koji se primjenjuju samo temeljem suglasne očitovane volje ugovornih strana i na izvore koji se primjenjuju bez očitovane volje jedne ili obje ugovornih strana.

Budući da je suglasna očitovana volja nužna ne samo za primjenu onog što su strane očitovale riječima, a ponekad i zapisale, nego i za primjenu prakse ustaljene između strana i sadržaja na koji upućuju termini i klauzule, praksa ustaljena između strana i sadržaj na koji upućuju termini i klauzule, odnosno ti izvori prava, čine sastavni dio trgovačkog ugovora.

Sadržaj ugovora koji je unaprijed u pisanom obliku pripremila jedna ugovorna strana, bilo da pisani oblik strane potpisuju ili ne, bilo da potpisana isprava upućuje na primjenu tog sadržaja ili ne upućuje i bilo da strana koja je unaprijed u pisanom obliku pripremila sadržaj ugovora sklapanju ugovora pristupa sa stajalištem *take it or leave it* ili ne, čini sastavni dio ugovora, odnosno predstavlja izvor prava, čim je druga strana znala ili morala znati za taj sadržaj. Znači da on čini sastavni dio ugovora, odnosno izvor prava, i bez očitovane volje obje ugovornih strana. Bez očitovane volje ijedne ugovorne strane sastavni dio ugovora, odnosno izvor prava, čine i trgovački običaji, dispozitivne odredbe ZOO-a, ali i običaji i pravičnost, ali samo kad propis upućuje na njihovu primjenu.

Pravna znanost može se uzeti kao izvor prava samo posredno utoliko što doprinosi shvaćanju odnosno tumačenju i primjeni tih izvora prava, kao i sudska i arbitražna praksa.

LITERATURA

Knjige i članci

Barbić, J., *Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu*, HAZU, Rad 492., Razred za društvene znanosti, vol. 43, 2005., str. 47 – 87.

Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, 3. izdanje, Informator, Zagreb, 1967.

- Gorenc, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- Gorenc, V., *Trgovačko pravo – društva*, Školska knjiga, Zagreb, 1995.
- Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, 9. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- Kroell, S.; Mistelis, L.; Viscasillas, P., P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck, München, 2018.
- Lando, O.; Beale, H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2000.
- Schwenzer, I. (ur.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Slakoper, Z., *Nevaljanost ugovora, sloboda ugovaranja i zaštita javnog poretka*, Informator br. 6574 od 13.5.2019., str. 13 – 16.
- Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, Posebni broj, 2006., str. 177 – 224.

Zakoni i drugi propisi

- Uniform Commercial Code (1952).
- Uniform Law on the Formation of Contrats for the International Sale of Goods (1964).
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).
- Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 05/2014.
- Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021.
- Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 4/1977, 36/1977, 36/1980, 6/1980, 69/1982, 43/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, Narodne novine br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019.
- Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 28/2013, 33/2015, 82/2015, 82/2016, 67/2018, 126/2019, 130/2020.

Summary

Zvonimir Slakoper*

SOURCES OF LAW HIERARCHY FOR COMMERCIAL CONTRACTS UNDER CROATIAN LAW

Sources of law in commercial contracts are of importance because rights and obligations of contractual parties are derived from such sources. Sources of law are regularly considered to be legal acts, customs and case law. However, due to their flexibility and the freedom of contract, autonomous commercial law stands out as a source of law in commercial contracts. Such autonomous commercial law, in addition to the will of the parties, includes customs, codified customs, practice established between the parties, the general terms of contract and various commercial clauses and terms. This paper compares and analyses in detail the individual sources of law in commercial contracts. Such sources are also systematized and divided into those that are applied because they were contracted by the parties, and those that are applied even though the parties did not agree on their application. Ultimately, the paper elaborates especially on the court and arbitration practice as well as legal science as sources of law.

Keywords: commercial contracts, sources of law, autonomous commercial law

* Zvonimir Slakoper, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, 51000 Rijeka; zvonimir.slakoper@pravri.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5462-6912