

ROČKOMANOVIC MILORAD,
asistent

AUTONOMIJA VOLJE STRANAKA U UGOVORU O PRODAJI SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI

I.

Izvanredan značaj koji ima ugovor o prodaji kao instrumenat spoljnotrgovinske razmene, ističe u prvi plan potrebu njegovog pravnog regulisanja, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu. Težnja za jednim uniformnim rešenjem koje bi isključilo potrebu obraćanja na nacionalne kolizione norme, u uslovima znatnih razlika u nacionalnim zakonodavstvima u regulisanju ove materije, ostaje ideal kome u budućnosti treba stremiti.¹⁾

Stoga ćemo i dalje imati, kao primaran, kolizioni način regulisanja, a u okviru njega i u meri u kojo to dozvoljava karakter nacionalnih kolizionih normi, primenu Autonomije volje stranaka kao primarne odlučujuće činjenice za određivanje nadležnog prava za sadržinu ugovora o prodaji sa stranim elementom.

Okolnost da samo mali broj nacionalnih prava ima zakonske kolizione norme o ugovorima uopšte, kao i da su one prilično opšte i neodređene, dovela je do toga da u materiji međunarodne prodaje naročit značaj kao izvori prava dobiju pravna nauka i sudska praksa, pri čemu naročito ova poslednja, zahvaljujući svojoj fleksibilnosti uspeva da održi »korak« sa potrebama dinamične robne razmene, obezbeđujući svojim odlukama i interesu države i interesu njenih privrednika.²⁾

Osnovna intencija ovog rada bila je da ukaže na specifičnu problematiku koju zahvata lex autonomiae kod ugovora o prodaji telesnih pokretnih stvari, s obzirom na činjenicu da se robna razmenajavljuje kao najčešći i najvažniji vid privrednih odnosa među državama. Pri tome je posebna pažnja bila posvećena rešenju ovog pitanja u nacionalnim pravima i sudske praksi, koja je oduvek bila najbolji pokazatelj dinamike ove materije i politike države u njoj.

Iako je uobičajeno da u jednom radu ove vrste bude posebno dat prikaz rešenja pitanja Autonomije volje stranaka na međunarod-

¹⁾ U tom pravcu učinjeni su izvesni koraci donošenjem Haške konvencije o zaknu koji se primenjuje na međunarodne prodaje telesnih pokretnih stvari 1955. god. (ratifikovana od devet evropskih država), Opštih uslova SEV, kao i nekih drugih konvencija koje direktno ili indirektno tretiraju problematiku ugovora o prodaji sa elementom inostranosti (Codex Bustamante, Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari).

²⁾ Zakonske kolizione norme o ugovorima imaju: SSSR, SFRJ, ČSR, Italija, Grčka, Austrija, Poljska, Albanija, itd.

nom planu, mi to nismo učinili, smatrajući da na odredbe nekih konvencija bilo zbog njihove zastarelosti (Codex Bustamante), bilo zbog toga što ih je ratifikovao mali broj država (Haška konvencija o zakonu koji se primenjuje na međunarodne prodaje telesnih pokretnih stvari, Opšti uslovi SEV), treba gledati kao na izvore ograničenog polja i dejstva, iako, kao što ćemo videti, njihova rešenja predstavljaju rukovodne principe za rešenje sukoba zakona u ovoj materiji u zemljama koje su ih ratifikovale.

Posebno poglavlje posvećeno je regulisanju ovog pitanja u našem pozitivnom pravu, u kome su norme o sukobu zakona sadržine u Zakonu o ugovorima o iskoriščavanju pomorskih brodova, donetim 1959. god. (dopunjjen 1969.). Njegovim donošenjem prestala je potreba za primenom propisa § 46 SGZ iz 1944., g., čime je problem određivanja nadležnog prava za ugovore sa stranim elementom rešen na način koji iziskuje potrebe modernog prometa robe, ali i zaštita osnovnih ekonomskih interesa naše zemlje.

II.

1. Pojam i razvoj ideje Autonomije volje

Autonomija volje stranaka, u smislu Međunarodnog privatnog prava, predstavlja pravo i mogućnost stranaka da neposredno odrede nadležno pravo za sadržinu njihovog ugovornog odnosa sa stranim elementom.

Istorijski posmatrano, ona je nastala kao plod individualističke concepcije o autonomiji volje, koja se znatno ranije pojavila u Gradskom pravu u vidu slobode ugovaranja.³⁾

Služeći ispočetka kao sredstvo za izbegavanje do tada vladajuće primene realnih kutima na imovinske odnose bračnih drugova, Autonomija volje stranaka se postepeno širila i nalazila primenu i u oblasti ugovornih odnosa sa stranim elementom.

U odnosu na ugovor o prodaji sa stranim elementom, Autonomija volje se dosta sporo probijala. Uzrok tome treba tražiti u feudalnoj ekonomiji, koja je zbog svoje autarhičnosti zahtevala primenu zakona mesta preduzimanja pravnih poslova, i to kako za lokalne, tako i za prodaje kod kojih se pojavljivao strani elemenat. Primena lokalnog zakona pokazala se najcelishodnijom u situaciji kada su se kao partneri u jednom poslu pojavljivala lica različitog državljanstva. Ovo natročito stoga što su norme koje su regulisale mere i sredstva plaćanja bile delo vlasti u mestu u kome se održavao sajam. One su, kako kaže Grandcourt, normalno bile najkompetentnije za rešavanje eventualnih sporova koji bi razultirali iz takvih susreta.⁴⁾

³⁾ Ideja o Autonomiji volje stranaka kao instrumentu Međunarodnog privatnog prava datira iz 15. veka i vezuje se za učenje Šarla Dimulena. Sam termin »autonomija volje« se po prvi put sreće kod Savinjija. (v. Blagojević: Međ. privatno pravo, Beograd, 1950, str. 187.).

⁴⁾ v. Jean le de Grandcourt: Les conslits de lois en matière de vente internationale d'objek mobisiers corporels dans la Communautés Économique Europeene; Univ. de Rennes, Faculté de Droit et des sciences économiques, 1970.

Razume se da ovakvo rešenje sukoba zakona u materiji ugovora o prodaji nije odgovaralo buržoaziji, koja je videla uslov za svoj prosperitet u povećanju obima trgovine sa drugim zemljama.

I rešenje je nađeno u Autonomiji volje stranaka, u davanju samostalne, suvremene vlasti volji pojedinca da mogu **nezavisno od zakona** regulisati svoje ugovorne odnose sa stranim elementom, određivanjem nadležnog nacionalnog prava po kome se imaju procenjivati njihova međusobna prava i obaveze iz ugovora.

»Zlatno doba« Autonomije volje stranaka, koje je nastalo kao izraz pune slobode ugovaranja najpre u unutrašnjim, a potom i u ugovornim odnosima sa stranim elementom, imalo je za posledicu pojavu zakonskih kolizionih normi u materiji ugovora sa stranim elementom, koje su i de iure učvrstile pobedu interesa buržoazije i omogućile razbijanje lokalnih okvira feudalne trgovine.⁵⁾

Sve življa robna razmena između država i pravni problemi koji su se u vezi sa njom pojavljivali, izazvala je široku akciju na regulisanju ove materije na međunarodnom planu. Tako je, na primer, u okviru udruženja za Međunarodno pravo (Internacional Law Association), na zasedanju u Varšavi 1927. godine, izglasani nacrt pravila o regulisanju sukoba zakona kod međunarodne prodaje, koji u čl. 2 predviđa nadležnost prava koga su ugovorne strane izabrale. Već sledeće godine učinjen je pokušaj kodifikacije Međunarodnog privatnog prava zemalja Latinske Amerike donošenjem Kodexa Bustamente, koji je pored ostalih pitanja ove grane prava, dao i rešenja koja se tiču ugovornih odnosa sa stranim elementom.⁶⁾

Nastanak velike ekonomске krize u svetu i sve veće angažovanje države u spoljnotrgovinskim odnosima dovelo je do ustanovljavanja posebnog režima u ovoj oblasti (sistem dozvola, carine, kontigetiranje robe i deviza, itd.), a samim tim i do sužavanja polja primene izabranog zakona.

Međutim, i pored toga, Autonomija volje stranaka ostala je do danas primarna odlučujuća činjenica za određivanje nadležnog prava kod ugovora o prodaji sa stranim elementom, koju poznaje velik broj nacionalnih pravnih sistema, dajući joj pritom širi ili uži domaćaj.

III.

1. Pravna priroda Autonomije volje stranaka

Pojavom države kao faktora sa kojim se obavezno moralo računati prilikom zaključenja i izvršenja ugovora o prodaji sa stranim elementom, nužno je moralo doći i do promene shvatanja o Autonomiji

⁵⁾ Srpski GZ (§ 46), austrijski GZ (§ 36 i 37) i Opšti imovinski zakonik Crne Gore (§ 792) po prvi put proklamuju primenu principa Autonomije volje kod ugovornih odnosa sa stranim elementom.

⁶⁾ Kao primarnu odlučujuću činjenicu u materiji ugovora, Codex Bustamente predviđa personalni zakon ugovornih strana kumulativno, a što supsidijarnu lex loci contractus. Negiranje Autonomije volje bilo je rezultat težnji da se zaštite interesi domaćih ugovornih strana u odnosu na partnera iz razvijenih kapitalističkih država.

volje stranaka. Bilo je očigledno da ona nije više mogla biti tretirana kao »autonomna« volja, koja je, oslanjajući se na postavke prirodno-pravne teorije, dovodila do neograničenog izbegavanja nadležnih kolizionih normi i do regulisanja međunarodne prodaje mimo utvrđenih rešenje redovno nadležnog prava određenog pomoću objektivnih tačaka vezivanja.

Sa druge strane, nije bilo celishodno ni da se u potpunosti ukinе inicijativa stranaka u tom pogledu, budući da su one, po prirodi stvari u situaciji da najbolje sagledaju osobenosti konkretnog pravnog posla i da predvide rešenja koja će im najviše odgovarati.

U traženju odgovora na ova pitanja, u teoriji Međunarodnog privatnog prava iskristalisalo se nekoliko shvatnja, poznatih kao teorije o pravnoj prirodi Autonomije volje stranaka.

a) Kolizionopravno shvatnje o Autonomiji volje stranaka

Prema teoriji o kolizionopravnoj Autonomiji volje stranaka, ugovorni partneri su ovlašćeni da neposredno putem sporazuma odrede pravni statut za svoj ugovor. Ovome se prigovara da ugovarači na taj način ustvari vrše funkciju zakonodavca. Međutim, nije tako. Time što su neposredno odredile nadležno pravo, ugovorne strane nisu prekoracile ovlašćenja iz zakona: njihovim izborom izvršeno je samo konkretizovanje jedne od tačaka vezivanja koju predviđa koliziona norma lex fori. Ta tačka vezivanja je Autonomija volje stranaka, koju je, kao i ostale tačke vezivanja, priznao zakonodavac.

Dakle, isto onako kao što neki pravni poredak proglašava mesto zaključenja ili mesto izvršenja pravnog posla merodavnim odlučujućim činjenicama za određivanje nadležnog prava kod jednog ugovora sa stranim elementom, tako i sporazum stranaka o nadležnom pravu može biti odlučujuća činjenica.⁷⁾

Kao što vidimo, suštinski nema nikakve razlike između Autonomije volje stranaka i bilo koje druge okolnosti koju zakon određuje kao odlučujuću za određivanje nadležnog prava za sadržinu ugovornih odnosa sa stranim elementom.

Kolizionopravno shvatanje Autonomije volje stranaka preovladava danas u pravima velikog broja država, jer odgovara potrebama razvijenog prometa robe i na najbolji način zadovoljava zahtev za pravnom sigurnošću.⁸⁾

b) Materijalnopravna koncepcija o Autonomiji volje stranaka

I ona polazi od toga da volja stranaka znači nešto u pravu ukočku joj to prizna zakonodavac. Međutim, za razliku od prethodnog shvatanja, koncepcija o materijalnopravnoj Autonomiji volje stranaka

⁷⁾ Eisner: Međunarodno privatno pravo, Zagreb, 1957. god.

⁸⁾ Ovo shvatanje usvajaju prava: SSSR, SFRJ, Grčke, Albanije, Poljske, itd.

govori da ugovorne strane imaju pravo izbora samo onih normi stranog prava koje nisu u suprotnosti sa domaćim imperativnim propisima u materiji ugovora.⁹⁾

Na taj način odrebde izabranog prava ostaju podložne pravu koje je dopustilo takav izbor i važe samo kao deo sadržine ugovora, a ne kao pravo u pozitivnom smislu. Očigledno je, kako primećuje prof. Katičić, da ovakva situacija ne vodi ni korak dalje od pravne situacije koja postoji već po opštoj slobodi ugovaranja u unutrašnjem pravu.¹⁰⁾

Budući da ova koncepcija, ukoliko se usvoji, predstavlja znatno ograničenje stranačke autonomije, to ona, sem malih izuzetaka, nije našla mesta ni u zakonima, ni u praksi sudova u svetu.¹¹⁾ U doktrini je, međutim, našla svoje pobornike, uglavnom među nekim starijim autorima (Pillet, Niboyet, i dr.), što je i razumljivo kada se zna da se u njihovo doba Autonomija volje pojavljivala kao izuzetan način regulisanja ugovornih odnosa sa elementom inostranosti.

c) Teorija »objektivne lokalizacije« ugovora

Teorija »objektivne lokalizacije« ugovora, čiji je tvorac francuski pravnik Batiffol, predstavlja teorijsku konstrukciju koja u određivanju pravne prirode Autonomije volje stranaka polazi od stava o pravu kao socijalnom fenomenu kome se individualna volja nužno mora potčiniti.¹²⁾

Po ovoj teoriji stranke ne mogu da vrše izbor nadležnog zaka-na kod ugovora sa stranim elementom; klauzula o izboru predstavljava bi samo jedan (istina glavni) elemenat lokalizacije, koji tek u kontekstu sa ostalim činjenicama iz ugovora pomaže studiji da odredi statut ugovora. Ovo znači negiranje Autonomije volje i suočenje stranaka na pomoćnike sudske, koji može, ali i ne mora, da uvaži njihov sporazum o nadležnom pravu, ukoliko utvrdi da ugovorni odnos »gravitira« ne-kom drugom pravu.

⁹⁾ Drugačije objašnjenje Autonomije volje materijalnopravnog karaktera srećemo kod Paka. (Milan Pak: Autonomija volje stranaka kod ugovora o prodaji sa stranim elementom, Beograd, 1963.). Po njemu, najpre prema jednom od objektivnih kriterija treba odrediti nadležno pravo, pa tek ukoliko ono dopušta Autonomiju volje, ugovarači mogu svoj ugovor podvrgnuti izabranom pravu. Na taj način Autonomija volje stranaka čini zavisnim ne samo od kolizione norme lex fori, već i od prava određenog pomoću neke od objektivnih tačaka vezivanja koju ona predviđa.

¹⁰⁾ N. Katičić: Neke misli o pravnoj osnovi Autonomije volje stranaka u današnjem Međunarodnom privatnom pravu, Zbornik radova Instituta za Upredno pravo, Beograd, 1966. god.

¹¹⁾ Prema Paku, materijalnopravnu Autonomiju volje stranaka usvajaju prava nekih latinskoameričkih država (Brazil, Meksiko) i praksa rumunskih sudova. Grandcourt, međutim, navodi, neke presude francuskih, holandskih i belgijskih sudova. (v. Drandcourt, cit. delo).

¹²⁾ Ovu koncepciju najbolje izražava Batiffol kada kaže: »Dozvoliti da jedan ugovor izbegne čitavu državnu organizaciju samo da bi istakao volju ugovornih strana, to u osnovi znači negirati zakonitost bilo koje organizacije.« (v. Batiffol: La rôle du volonté en Droit int. privé, Archiv de philosophie du Droit, 1957.).

Činjenica da određivanje nadležnog prava ne zavisi od volje stranaka ili bar ne isključivo od nje, kao i sve negativne posledice ovog (moguća arbiternost sudske, neizvesnost ugovornih strana u pogledu primene izabranog prava, itd.), doveli su do toga da je ovo shvatanje ostalo više u domenu teorijskog nego praktičnog života.¹³⁾

Međutim, iako odbačen kao objašnjenje pravne prirode Autonomije volje stranaka, ona je nastavila da živi pod raznim imenima kao elastično sredstvo za određivanje nadležnog prava u slučajevima nepostojanja izričitog ili prečutnog izbora ugovornih strana.¹⁴⁾

U oceni iznetih shvatanja, treba reći da je kolizionopravno shvatanje Autonomije volje najbliže potrebama robnog prometa, jer svojim rešenjem problema određivanja nadležnog prava u materiji ugovora o prodaji unosi u znatno većoj meri pravnu sigurnost nego druge dve teorije. Međutim, ne treba misliti da je ono lišeno svake neizvesnosti. Izostavljanje klauzule o izboru prava, nepostojanje prorogacionog sporazuma i mogućnost svake države da pozivanjem na svoj međunarodni javni poredak odbije primenu izabranog zakona ili da izvrši stranu sudske ili arbitražnu odluku, — sve su to okolnosti sa kojima treba računati prilikom predviđanja ishoda jednog spoljno trgovinskog posla.

IV.

Vrste Autonomije volje stranaka

U Međunarodnom privatnom pravu je uobičajena podela na neograničenu i ograničenu Autonomiju volje stranaka, kao i na izričitu, prečutnu i pretpostavljenu Autonomiju volje stranaka. Kako su odredbe o njoj opštег karaktera, to se sve ono što se na njih odnosi, primenjuje i kada je u pitanju ugovor o prodaji i određivanju nadležnosti prava za ocenu međusobnih prava i obaveza prodavca i kupca.

1. Neograničena i ograničena Autonomija volje stranaka

Jedan broj savremenih pravnih sistema ima dispozitivnu kolizionu normu koja ostavlja mogućnost ugovornim stranama da za ugovorni odnos sa stranim elementima izaberu bilo koje od danas važećih prava, bez obzira da li ono stoji u kakvoj vezi sa njihovim ugovorom ili ne.¹⁵⁾

¹³⁾ Ipak je ono nekada bilo usvojeno u sudskej praksi Engleske. Komentarišući odluku Apelacionog suda u sporu Vita Food Products c./Unins Schipping Co. iz 1949. g., Denning je smatrao da strane nisu bile slobodne da odrede nadležno pravo, već da je njihova volja bila samo jedan od elemenata koji sudija treba da uzme u obzir.

¹⁴⁾ U tom smislu je i odredba čl. 25 grčkog G.Z., koja propisuje da su u odsustvu izabranog zakona, ugovorne obaveze podvrgnute zakonu koji je prema svim okolnostima »njajpovoljniji« za ugovor.

¹⁵⁾ Pod izrazom »pravo« treba razumeti ukupnost pravnih pravila i propisa koji u datom trenutku važe u jednoj zemlji, odn. sudske prakse, ukoliko je ona izvor prava u određenoj zemlji.

Veliki broj teoretičara prihvata neograničenu Autonomiju volje, smatrajući da upravo ona najbolje odgovara potrebama razvijene trgovine (Lunc, Bistricky, Goldštajn, Katičić).¹⁶⁾

Ovakav stav je i logički opravdan, jer zašto sputavati ugovorne strane da pomoću sporazuma odrede ugovorni statut, kada su baš one u prilici da, poznajući svoje potrebe i interes, to urade na najbolji mogući način.

Od nacionalnih prava neograničenu Autonomiju volje stranaka usvajaju, bilo u formi zakonskih kolizionih normi, bilo kroz sudsku praksu, prava SSSR-a, ČSR, SFRJ, Grčke, Italije, Švajcarske, itd. Ona je, gotovo bez izuzetka, prihvaćena i u praksi spoljnotrgovinskih arbitraža, što je i razumljivo kada se zna da su one organi namenjeni u prvom redu poslovnom svetu i njegovim potrebama.¹⁷⁾

Što se tiče sudske prakse u svetu, treba reći da je ona tokom vremena pokazivala znatna kolebanja u odnosu na priznavanje neograničene slobode ugovornim stranama u određivanju nadležnog prava. To je samo dokaz više da njena rešenja reflektuju stvar svake države u odnosu na odvijanje spoljnotrgovinskog prometa. Jer, kada, god je to odgovaralo interesima nacionalne ekonomije, sudovi su priznavali veću slobodu privatne inicijative u vezi sa određivanjem nadležnog prava, kao i obrnuto. Budući da ovo pitanje zahteva naročitu pažnju i dublje proučavanje sudske prakse, to će ono biti predmet posebnog razmatranja u glavi u kojoj će biti govora o rešenju problema Autonomije volje stranaka u uporednom pravu.

Treba reći, da osnovna postavka o neograničenoj Autonomiji volje važi samo u granicama dispozitivnosti kolizione norme *lex fori*. Posredna ograničenja nastaju obično nakon zaključenja ugovora o prodaji i javljaju se bilo u formi primene opštih instituta i instrumenata Međunarodnog privatnog prava (*ordre public*, zabrana izigravanja normi o sukobu zakona, međunarodni trgovinski i platni sporazumi), bilo u vidu administrativnih propisa, koji se javljaju kao oblik neposredne kontrole spoljne trgovine od strane države (uvozne i izvozne dozvole, robni i devizni kontigenti, embargo, carine, itd.).

Neposredno ograničenje Autonomije volje stranaka sprovodi se, uglavnom, na dva načina: po prvom, koliziona norma koja usvaja Autonomiju volje, fiksira krug zakona između kojih ugovarači mogu da biraju, pri čemu je ograničenje slobode ugovornih strana najveće, jer, ukoliko žele da se njome koriste, njihovo pravo postaje **obaveza** da podvrgnu ugovor jednom od onih prava na koje upućuje njihova koliziona norma.¹⁸⁾

¹⁶⁾ Prof. Lunc smatra da nema razloga da se ne prizna stranama mogućnost izbora prava, ako im je dozvoljeno da putem sporazuma odrede nadležni sud ili arbitražu. (v. Lunc: *Međunarodnoe častnoe pravo, opšti deo*; Moskva, 1963, str. 140).

¹⁷⁾ Ibidem, str. 140.

¹⁸⁾ Po jednoj varijanti ovog shvatanja koju zastupa prof. Jakšić, ugovorne strane bi imale pravo da izaberu neku zakonom predviđenu tačku vezivanja, koja stvarno postoji i koja objektivno i u jačoj meri veže njihov ugovor sa određenim pravom. Na taj način, Autonomija volje bi predstavljala neku vrstu facultas alternativa. (v. Kapor: *Kolizione norme našeg prava za obligacione ugovore sa stranim elementom; Zbornik radova Pravnog fakulteta u N. Sadu, 1966. g.*).

Po drugim, međutim, ograničenje nije tako striktno. Ono je dato u obliku opšte formulacije da između izabranog prava i ugovora mora postojati određena veza. Ovako rešenje prihvata čl. 25 Zakona o Međunarodnom privatnom pravu Poljske.

Ograničenu Autonomiju volje stranaka prihvataju i prava Engleske, Austrije, Zapadne Nemačke i neke presude sudova SAD.¹⁹⁾

Ona je našla pristalice i u pravnoj nauci (Batiffol, Chesire, Reczei, Eisner). U obrazloženju svog stava oni polaze od postavke o pravu kao o društvenoj tvorevini, ističući da su svi oni koji žive u određenom društvu nužno potičnjeni njegovom pravu. Sledstveno tome, prekoračenje ovih granica moglo bi da dovede do ništavosti ugovora usled izigravanja zakona zainteresovanih država.

2. Izričita, prečutna i pretpostavljena Autonomija volje stranaka

Ova podela izvršena je s obzirom na način izražene volje ugovornih strana povodom izbora nadležnog prava za sadržinu njihovog ugovora sa stranim elementom. Jer, između situacije kada u ugovoru postoji izričita klauzula o nadležnom pravu i odsustva bilo kakve izjave u tom smislu, postoji, kao što šemo videti, široko polje suptilnih nijansi, koje sa svoje strane pojačavaju neizvesnost u pogledu primeњene odn. određivanja nadležnog prava za ugovor o prodaji sa stranim elementom.

a) Izričita Autonomija volje stranaka

Određivanje nadležnog prava za ugovor o prodaji nije više retkost kao ranije. Interesi pravne sigurnosti su ti koji iniciraju ugovorne strane na to, čak i kada je njihov ugovor regulisan odredbama formularnog prava (tipski ugovori, opšti uslovi prodaje).²⁰⁾

Međutim, treba istaći da ni samo postojanje klauzule o nadležnom pravu nije dovoljno da upotpuni obezbedi ugovorne strane od neočekivanih rezultata. Stoga se preporučuje da izbor prava bude praćen klauzulom o nadležnosti istog onog suda čije je materijalno pravo određeno kao *lex contractus*. Ovo je potrebno zbog toga što je *lex fori* taj koji se upotrebljava za kvalifikaciju tačaka vezivanja, a time i za kvalifikaciju Autonomne volje, njenog pojma, sadržine i pravne prirode.²¹⁾

¹⁹⁾ Prema prof. Jezdiću, pravo Engleske zahteva da ugovor ima »stvarnu vezu« (real connection), dok pravo SAD traži postojanje »normalne veze« (relation normale) ugovora sa izabranim zakonom. (v. Jezdić: Međunarodno privatno pravo, knj. III., Beograd, 1971, str. 127).

²⁰⁾ Tipski ugovori i opšti uslovi prodaje, koje je izradila Evropska ekonomska komisija UN, po pravilu, ne sadrže odredbe o nadležnom pravu, što je svakako odraz nepoverenja trgovaca prema svemu onom što nosi pečat nacionalnog. Nacionalni tipski ugovori, međutim, redovno sadrže klauzulu o nadležnom pravu firme koja ih je izradila i na bazi kojih se obavlja njen po-slovanje.

²¹⁾ Eisner: Međunarodno privatno pravo, knj. I, str. 213., Zagreb, 1953.

No, uprkos tome izvesne teškoće ostaju. One se pojavljuju u dva vida: (1) u pravima nekih država (Engleska, Zap. Nemačka, itd.) odvojeno se raspravlja pitanje zasnivanja i punovažnosti ugovora od njegovih dejstava, što dovodi do primene različitih zakona i do tzv. »cepanja ugovora«. Budući da se zasnivanje ugovora tretira kao statusno pitanje, to pristalice ovog shvatanja ističu da je ovde Autonomija volje isključena, jer se i u većini nacionalnih prava pitanja sposobnosti ceni prema personalnom zakonu ugovornih strana.²²⁾ (2) Dešava se da ugovorne strane propuste da naglase da pod izrazom »nadležno pravo« podrazumevaju materijalne propise izabranog prava, što ostavlja mogućnost sudu da, interpretirajući njihovu volju, zaključi da su one žele primenu prava u celini, tj. i materijalnih i kolizionih normi. A to gotovo redovno dovodi do primene nekog drugog prava, a ne onog koga su ugovorni partneri imali u vidu.

Situacija se još više komplikuje ukoliko su ugovorne strane propustile da odrede nadležno pravo, pa se docnije, u toku postupka pred sudom ili arbitražom pozovu na određeno pravo kao na ugovorni statut.

U vezi sa tim postavlja se nekoliko pitanja, koja, pored svog teorijskog značaja imaju i praktične posledice na prava i obaveze ugovornih strana.

Najpre se postavlja problem: da li jedan ugovor sa stranim elementom može postojati, a da nema svoj statut. U teoriji se pojavilo shvatanje po kome se ne može prvo stvoriti pravni odnos, a zatim tražiti izvor na osnovu koga će taj odnos proizvoditi pravna dejstva. Drugim rečima, u ugovoru mora postojati klauzula o nadležnom pravu, dok se naknadni izbor prava ne bi mogao dopustiti.²³⁾

Po drugom shvatanju, koje zastupa Batiffol, priznanje stranaka ma originernog prava da mogu sporazumno odrediti nadležni zakon za njihov ugovor logički bi povlačio za sobom mogućnost da se koriste njime i docnije, tj. u postupku pred sudom. Na taj način njima bi bilo dozvoljeno da izmene pravni statut ugovora, koji reguliše njihove ranije postojeće obaveze.²⁴⁾

Može se reći da je ovo drugo shvatanje preovlađujuće. Rukovođena, pre svega, praktičnim potrebama prometa robe, sudska praksa nekih zemalja stala je na stanovište da ugovornim stranama treba dozvoliti da naknadno reše neko pitanje na koje nisu mislile u trenutku zaključenja ugovora ili da naknadnim sporazumom uklone teškoće na koje su naišle prilikom utvrđivanja sadržine prvobitno izabranog prava.²⁵⁾

²²⁾ Izuzetak predstavlja pravo SAD, po kome se pravna i poslovna sposobnost fizičkih lica ceni po lex loci contractus. (čl. 333 Restatement-a).

²³⁾ Obrazloženje jedne presude švedskog suda. (v. Pak, cit. delo).

²⁴⁾ »Ima nečeg veštackog u mišljenju da pozivanje na zakon od sudije prihvacen, može samo po sebi biti dokaz hipotetičke volje stranaka koja postoji još od trenutka zaključenja ugovora, kaže Batiffol. Jer, nastavlja on, stranke se najčešće interesuju za pravni režim ugovora tek kada nastane spor.«. (Prema Grandcourt-u, cit. delo).

²⁵⁾ Ovo je stav zapadnonemačke sudske prakse, kao i prakse sudova Švajcarske (presude Chevaley od 31. VIII 1953. g.) i arbitražne komisije u Bukureštu (odлуka № 50 od 14. VII 1965.). Prema Grandcourt-u, ovaj stav nije opšte prihvacen u francuskoj sudskoj praksi, mada bi se to možda dalo zaključiti na osnovu jedne presude Kasacionog suda od 18. XI 1959. godine.

Treba istaći da se naknadni izbor prava, po pravilu, odnosi na *lex fori*, tako da nije opravdana kritika onih koji tvrde da bi na taj način došlo do preteranog proširenja stranačke autonomije.

Ipak, ovakvo rešenje nije lišeno svake opasnosti u odnosu na već stečena prava trećih lica. Zato se predlaže da naknadno određivanje nadležnog prava treba učiniti pre izvršenja ugovora. Na ovom stanovištu je i haška Konvencija o zakonu koji se primenjuje na međunarodne prodaje telesnih pokretnih stvari (čl. 2).

Još više nego na njeno slovo, treba, obratiti pažnju na njen duh i intencije. Kodifikujući norme Međunarodnog privatnog prava o prodaji, ona je imala za cilj da trgovačkoj praksi ponudi što jednostavnija rešenja koja bi bila na liniji razvijenog robnog prometa. Usvajanje naknadnog izbora prava, zbog posledica koje izaziva, bilo bi svakako u suprotnosti sa očekivanjima ove konvencije.²⁶⁾

b) Prečutna autonomija volje stranaka

Već smo konstatovali da čak ni izričit izbor prava za ugovor ne predstavlja garanciju od neočekivanih rezultata. Logično je da je još manje može osigurati utvrđivanje nadležnog prava na osnovu okolnosti pravnog posla. Jer, sudija, budući da nema nikakve izričite direktive u tom smislu, na osnovu upotrebljenih izraza u ugovoru i svih drugih činjenica iz ugovora, nastoji da »otkrije« namenu ugovornih strana u pogledu nadležnog prava za njihov ugovorni odnos sa stranim elementom.

Treba reći da je njegov posao otežan okolnošću da u nacionalnim zakonodavstvima ne postoje utvrđeni kriterijumi pomoći kojih bi se sa sigurnošću mogla utvrditi vrednost, a time i redosled primene ovih indicija. Doda li se tome da su one objektivnog karaktera (npr. mesto zaključenja, mesto izvrešnja ugovora, mesto suda) i da nemaju istu sadržinu u različitim pravima, pokazuje da je određivanje nadležnog prava na osnovu prečutne autonomije volje stranaka vrlo nesigurno.²⁷⁾

Osim toga, vrlo je relativno koliko je ovih činjenica potrebno da se stekne da bi ugovor bio podvrgnut nadležnosti određenog prava. Tako je na primer, zapadnonemачki sud konstatovao da se samo na osnovu toga što je ugovor o prodaji bio zaključen na nemackom jeziku i što je prodaja izvršena u Zapadnoj Nemačkoj, ne bi moglo tvrditi da je nadležno nemacko pravo.²⁸⁾

Očiglendo je da rešenje ovog pitanja zavisi od prakse sudova određene zemlje, koja, međutim, i u kratkim vremenskim razmacima može pokazivati različit stav u odnosu na pojedine okolnosti.²⁹⁾

²⁶⁾ Videti: Grandcourt, cit. delo.

²⁷⁾ Dok se prema Grandcourt-u u sudske prakse Italije postojanje kompromisorne klauzule ne smatra kao odlučujući indikator namere ugovornih strana da svoj ugovor podvrgnu *lex fori*, dotele u švajcarskoj i zapadnonemackoj sudske praksi preovladava stav da zakonska i sudska nadležnost idu zajedno kada određivanje ove druge proizilazi iz namere ugovornih strana.

²⁸⁾ *Révue antique de Droit int. privé*, № 3/58, p. 163.

²⁹⁾ Tako je npr. arbitražna komisija u Bukureštu u svojoj odluci № 9. od 19. III 1965. primenila pravo Z. Nemačke, pozivajući se na raniju praksu

Ipak, treba konstatovati da neke indicije volje stranaka, kao što su, npr. pozivanje na uzanse određene zemlje ili upotrebe u ugovoru termina karakterističnih za određeno nacionalno pravo (force majeure, frustration, i dr.), unose u većoj meri izvesnost u pogledu određivanja nadležnog prava.

Uprkos svih svojih nedostataka, prečutna autonomija volje stranaka usvojena je danas u pravima ogromne većine država kao instrument za određivanje nadležnog zakona za ugovor o prodaji sa stranim elementom, ali i kao sredstvo za proširenje primene domaćeg prava.

c) Prepostavljena (hipotetička) autonomija volje stranaka

Kao kriterijum za određivanje nadležnog prava, prepostavljena (hipotetička) autonomija volje stranaka nastala je u starijoj praksi nemačkih sudova, a usvojila su je i prava nekih drugih zemalja (takođe kroz sudsku praksu), mada ne kao opšte prihvaćen kriterij, već u vrlo malom broju presuda.³⁰⁾

I kod hipotetičke autonomije volje stranaka sudija je taj koji određuje lex contractus, ali samo onda kada se čini da mu postojeće okolnosti iz ugovora ne dozvoljavaju da sa sigurošću (koja je, kao što smo videli, vrlo relativna) ustanovi prečutnu nameru ugovornih strana u pogledu nadležnog prava. Tada se on pita koje bi pravo strane izabrale kao nadležno da su na to mislile.³¹⁾

Očigledno je da time od autonomije volje stranaka ne ostaje praktično ništa, jer niti je sudija toliko »vidovit« da može proniknuti u misli stranaka, niti je vrednost svih onih objektivnih kriterija, koji mu u tome pomažu, konstantna u svim pravima.

Teško je poverovati da bi poslovni svet zadovoljilo ovakvo određivanje nadležnog prava, jer se tu ne radi samo o proizvlojnosti poslupka, već i o nepredvidljivosti rezultata istog. Sve je to učinilo da hipotetička autonomija volje stranaka bude napuštena kao princip za određivanje nadležnog prava, čak i u onim pravnim sistemima koji su je prihvatili pod neposrednim uticajem nemačkog prava.³²⁾

koja je u nedostaku izjave volje stranaka, podyrgavala ugovor zakonu mesta njegovog zaključenja. Ista arbitražna Komisija je u sporu između jednog rumunskog spoljnotrgovinskog preduzeća i italijanske firme, donela odluku (№ 34 od 29. IX 1958.) u kojoj se utvrđuje nadležnost rumunskog materijalnog prava, kao prava mesta izvršenja ugovora o prodaji. Pritom se arbitražna komisija rukovodila činjenicom da je obaveza prodavca tipična za isporuku telesnih pokretnih dobara, te je i pravo prodavca bilo proglašeno za nadležno. (Journal dr droit int., 2/68, p. 425.).

³⁰⁾ Npr. švajcarska sudska praksa do poznate presude Chevaley iz 1952. ili starija praksa engleskih sudova (presuda Lloyd c. Guibert iz 1855. g., koja ističe da pri određivanju nadležnog prava treba smatrati kao nadležno ono pravo »kome se strane želele da potčine svoj ugovor ili još bolje, ono kome bi bilo pravedno da ga podvrgnu u datom slučaju«). (v. Ph. Kahn: La vente commerciale internationale, Sirey, Pariz, 1961.).

³¹⁾ Po Rabelu, to će, po pravilu, biti ono pravo koje stranke obično biraju u datoj situaciji. (v. Rabel: The conflict of laws — — A comparative study, Chicago, University of Michigan Law School, 1960.).

³²⁾ Takav je slučaj sa švajcarskom sudscom praksom, koja je napustila hipotetičku autonomiju volje 1952. g. presudom Chevaley, iako je švajcarski

v) Oblast primene lex autonomiae kod međunarodne prodaje

Pitanje primene od ugovornih strana određenog nadležnog zakona za sadržinu ugovora o prodaji sa stranim elementom postaje aktuelno tek kada nastane spor u vezi sa njegovim izvršenjem. Tada za ugovorne strane postaje veoma važno kakav je stav izabranog prava prema zahtevima postavljenim u sporu, jer od toga u krajnjoj liniji zavisi pozitivan ili negativan ishod preduzete poslovne operacije.³⁵⁾

Postavlja se pitanje da li se izabrano pravo primenjuje na ugovor u celini ili su od njegove primene izuzeta izvesna pitanja, koja zbog svoje specifične prirode treba podvrgnuti drugom pravu. U odgovoru na ovo pitanje u teoriji se iskristalisalo nekoliko shvatanja.

Prema **teoriji jedinstvene primene zakona**, koja dominira u najvećem broju prava u svetu, ne pravi se razlika između zasnivanja i punovažnosti ugovora i njegovih dejstava, već se na ugovor u celini primenjuje jedinstveni statut. Međutim, od ovog principa postoje izvenski izuzeci. Naime, prema vladajućem mišljenju u doktrini, lex autonomiae se primenjuje samo na prava i obaveze ugovornih strana iz ugovora o prodaji, tj. na njegovu sadržinu, a ne i na pitanje pravne i poslovne sposobnosti ugovarača, formu ugovora i kvilifikaciju tačaka vezivanja. Ova se pitanja, po pravilu, cene po lex nationalis, lex loci contractus i lex fori.³⁶⁾

Pristalice **teorije »velikog cepanja« ugovora** ograničavaju polje primene izabranog zakona samo na pitanja učinka ugovora između ugovornih strana, dok pitanje zasnivanja ugovora i njegove punovažnosti tretiraju po zakonu mesta preduzimanja pravnog posla.³⁵⁾

Po **teoriji »malog cepanja« ugovora**, koja je nastala u starijoj nemačkoj sudskoj praksi, obaveze prodavca se prosuđuju prema pravu zemlje u kojoj se nalazi njegovo sedište, a obaveze kupaca prema njegovom nacionalnom pravu.³⁶⁾

U osvrtu na izneta shvatanja, treba reći da jedino prvo odgovara zahtevima pravne sigurnosti, dok su druga dva uglavnom odbačena i u praksi sudova onih država koje su ih prve proklamovale.³⁷⁾ Usvajanje teorije jedinstvene primene prava pravda se okolnošću da zakon koji odlučuje o dejstvima ugovora mora biti nadležan i za njegovo zasnivanje, jer je nelogično priznati dejstvo ugovora koji nije punovažno zasnovan (Pillet, Van Bar).*

Federalni sud još od 1934. g. imao običaj da kaže da »hipotetička volja razumnih ugovornih strana označava zakon koji je u najtešnjoj vezi sa njihovim ugovorom«.

³⁵⁾ D. Mitrović: Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovачke kupoprodaje; Institut za Uporedno pravo, Beograd, 1963. g., str. 88.

³⁶⁾ Ima mišljenja da bi neka od njih trebalo raspravljati po lex causae, budući da bi se na taj način u znatnoj meri ublažila pravna nesigurnost do koje dovodi kumuliranje zakona. Neki autori (prof. Katičić, npr.) smatraju da se izabrano pravo primenjuje na sva pitanja u vezi sa ugovorom, sem pitanja da li je autonomija volje stranaka dopuštena.

³⁷⁾ Po prof. Jezdiću, ova je teorija napuštena i u Švajcarskoj i u Engleskoj. (v. Jezdić: Međunarodno privatno pravo, knj. III, Beograd, 1971., str. 125).

³⁶⁾ Prema J. P. Aubert-u, ova teorija je još uvek u primeni u Švajcarskom pravu. (v. J. F. Aubert, isto delo).

³⁷⁾ Novija praksa švajcarskih sudova odbacuje teoriju »velikog cepanja ugovora«. Ibidem.

Pošto smo samo načelno obuhvatili problem primene od ugovornih strana određenog nadležnog prava, smatramo neophodnim da se detaljnije upoznamo sa rešnjima koja u vezi sa tim predviđaju pojedina nacionalna prava.

Treba reći, da su prava raznih zemalja postupala različito prilikom utvrđivanja obima primene lex autonomiae. Ukoliko je autonomija volje uopšte bila formulisana u zakonskim kolizionim normama, to su uglavnom bile vrlo uopštene formulacije iz kojih nije moglo da vidi koja pitanja podležu oceni ovog zakona. Takav stav je još više došao do izražaja u državama kod kojih su postojeća koliziona pravila izgrađena kroz praksu njihovih sudova.

Izuzetak od ovoga predstavlja neki novi zakoni, koji su u okviru ostalih pitanja Međunarodnog prava, obuhvatili i materiju ugovornih odnosa sa stranim elementom.³⁸⁾

Budući da izabrano pravo reguliše pitanja nastanka, destva i prestanka ugovora, to ćemo prilikom prikazivanja kako su pojedina od ovih pitanja regulisana u međunarodnom privatnom pravu pojedinih zemalja, posebno izlagati pojedine od elemenata ugovora o prodaji.

Sa izuzetkom onih pravnih poredaka koji usvajaju teoriju »velikog cepanja« ugovora, veliki broj prava u svetu prihvata primenu izabranog zakona za ocenu punovažnosti uslova za zaključenje ugovora. To praktično znači da se dopustivost predmeta ugovora, valjanosti izjavljene volje i pravnog osnova ugovora ceniti po izabranom zakonu. No, sve ovo pod uslovom da se takvim izborom ne derogiraju zakonske zabrane i principi domaćeg pravnog poretku koje se odnose na predmet i osnov ugovora.³⁹⁾

Pravna i poslovna sposobnost je izuzeta od primene sporazumno određenog nadležnog prava i podvrgava se nacionalnom pravu (za fizička lica) odn. pravu zemlje u kojoj pravno lice ima sedište (prava SFRJ, Albanije, Poljske, Italije, Zapadne Nemačke, itd.), sa odstupanjem u korist lex loci contractus kada ugovor treba da se izvrši u zemlji u kojoj je zaključen (pravo Italije i Zapadne Nemačke), — ili pravu mesta zaključenja ugovora (pravo SAD, npr.).

U većini država, međutim, lice koje je nesposobno po svom nacionalnom pravu, a sposobno je po pravu zemlje u kojoj ugovor zaključuje, može punovažno sklopiti ugovor o prodaji. Pri tome neka prava ograničavaju primenu ovog pravila samo na prodaju pokretnih dobara (npr. čl. 3. st. 2 albanskog Zakona o uživanju građanskih prava

³⁸⁾ Takav je slučaj npr. sa čehoslovačkim Zakonom o Međunarodnom privatnom pravu iz 1963. god.

³⁹⁾ Ovo mišljenje srećemo kod Paka. J. F. Aubert ističe da se nezakonit, nemoguć i nemoralan predmet ugovora u švajcarskoj sudske praksi do 1952. g. cencio po lex loci actus. Sa druge strane, on navodi primer jedne sudske odluke (ATF. 76 II. 33. Suleyman 20. II 1950.) u kojoj izigravanje stranog prava (fiskalnih i monetarnih propisa) nije po švajcarskom pravu, koje je bilo proglašeno za nadležno sporazumom ugovornih strana, izazvalo poništaj ugovora o prodaji. Federalni sud je bio rezervisan i kod ocene da li namere izigravanja stranog zakona predstavlja nemoralnost, koju švajcarko pravo inače osuđuje. (§ 20 švajcarskog Zakona o obligacijama).

stranaca i o primeni stranih zakona), dok druge zahtevaju da pravni posao bude u skladu sa principima zaštite trećih savesnih lica. (čl. 10 poljskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu).

U pogledu nadležnog prava za formu ugovora, tradicionalno pravilo locus regit actum zadržalo je svoj imperativni karakter još jedino u pravima Engleske i Zapadne Nemačke. U ostalim, ono je fakultativnog karaktera i dopunjava se primenom lex loci solutions ili lex causae.⁴⁰⁾

Švajcarsko pravo, u neku ruku, predstavlja izuzetak u odnosu na prava drugih zemalja, jer na ocenu forme ugovora koji se tiče prodaje pokretnosti primenjuje kumulativno lex loci contractus i lex causae. Ukoliko se radi o prodaji nepokretnosti koja se nalazi na domaćoj teritoriji, na formu ugovora će se primeniti lex rei sitae, dok ako je nepokretnosti u inostranstvu, strankama se dozvoljava opcija između lex rei sitae i lex causae.⁴¹⁾

Posebno rešenje u pogledu forme spoljnotrgovinskih ugovora usvaja **sovjetsko pravo**. Naime, forma ugovora o isporuci robe ceni se isključivo po sovjetskom pravu, koje za ove ugovore zahteva obaveznu pismenu formu, bez obzira na to gde je ugovor zaključen i čije je pravo proglašeno kao nadležno za ugovor.

Rekli smo da izabrano pravo reguliše prava i obaveze ugovornih strana iz ugovora o prodaji. Samim tim pod njegovu ocenu dolaze sva pitanja u vezi sa ispunjenjem i prijemom ispunjenja ugovorne prestacije, kao što su: način, mesto i vreme isporuke, kvalitet i količina isporučene stvari, dokumenta koja je prate, prodavčeva docnja u pogledu isporuke predmeta ugovora, ugovorna odgovornost, klauzule neodgovornosti, docnja kupca, itd.

Ipak, prava nekih država predviđaju **izuzetke od primene lex autonomiae** na pojedina od ovih pitanja. Tako npr., pravo SAD pitanje načina isporuke tretira po zakonu mesta izvršenja obaveze prodavca, dok švajcarsko pravo podvrgava oceni lokalnog zakona pitanje specifikacije robe i dokumentacije koja ide uz nju.⁴²⁾

Od primene izabranog prava na ocenu kvaliteta i kvantiteta isporučene robe, postoje izvesna ograničenja, diktirana, u prvom redu, razlozima praktične prirode. Jedan slučaj iz prakse spoljnotrgovinske arbitražne komisije u Bukureštu, pokazuje da je moguće, istina u vrlo retkim slučajevima, da izabrano pravo ne može da doprinese rešenju sporu.

U pomenutom slučaju (odлука № 42 od 25. XII 1967. g.) radilo se o ugovoru o prodaji maslina (prodavac grčka firma, kupac rumunsko spoljnotrgovinsko preduzeće). Pošto je prodavac isporučio manju količinu maslina od ugovorene, kupac ga je tužio arbitražnoj komisiji

⁴⁰⁾ Treba, međutim, reći da se pravilo locus regit actum primenjuje samo u slučaju da pravo mesta zaključenja ugovora uopšte poznaje tu vrstu ugovora. U protivnom, kaže prof. Draškić, ugovor se mora zaključiti u formi koju predviđa lex causae.

⁴¹⁾ Ovo je prvi put proklamованo presudom Bonvin, od 12. XI 1956. god.

⁴²⁾ čl. 358 Restatement-a. Codex Bustamente (čl. 170), međutim, predviđa nadležnost lokalnog zakona za uslove i monetu plaćanja.

u Bukureštu. Ona je, poštujući sporazum ugovornih strana, primenila rumunsko materijalno pravo. Međutim, kako u njemu nema normi koje se odnose na utvrđivanje količine odn. zapremine maslina (iz prostog razloga što Rumunija ne gaji masline), arbitražna komisija se obratila grčkom pravu, kao pravu prodavca, kako bi mogla da ustanovi da li je isporuka bila manljiva ili ne.

Ograničavajući se na konkretni slučaj, čini se da je delimična zamena izabranog prava nekim drugim pravom opravdana, jer je u datom slučaju lex autonomiae očigledno bio nepodoban da oceni da li je zapremina isporučene robe bila saobrazna ugovoru ili ne.⁴³⁾

Po lex autonomiae se određuje i do kada treba da bude izvršena kontrola kvaliteta i kvantiteta robe, kao i momenat do koga prodavac mora biti obavešten o utvrđenim nedostacima na robi.⁴⁴⁾

Stranačkoj autonomiji ostavljeno je i regulisanje pitanja prenosa svojine i rizika na prodatoj robi. U teoriji, međutim, ima mišljenja da pitanje prenosa svojine treba da bude regulisano prema lex rei sitae.⁴⁵⁾

Koristeći se autonomijom volje, strane mogu ugovoriti nadležnost određenog nacionalnog prava, ili, što je inače dosta čest slučaj, pitanje prelaska rizika rešiti stimulisanjem neke transportne klauzule. Upotreboom ovog drugog načina izbegava se pravna nesigurnost do koje dolazi usled kvalifikacije rizika.⁴⁶⁾

Izabrano pravo, dalje reguliše i pitanje povreda ugovornih obaveza i prava druge ugovorne strane u vezi sa tim (pravo na naknadu štete, na bonifikaciju u ceni, na raskid ugovora). Ono je to kome se podvrgavaju i sredstva obezbeđenja ugovora⁴⁷⁾, kao i pitanje nemogućnosti izvršenja ugovora i pravne posledice istog (ugovorna odgovornost, klauzule neodgovornosti, itd.).⁴⁸⁾

Lex autonomiae, najzad reguliše i pitanje ništavosti ugovora i njegovih posledica.

⁴³⁾ Pomenuto ograničenje našlo je svoju potvrdu i u doktrini. (v.: Yvon Loussouarn—Jean Bredin: *Droit du commerce international*, Paris, 1969. № 510. p. 593.).

⁴⁴⁾ Isto rešenje usvaja i haška Konvencija o zakonu koji se primenjuje na međunarodne prodaje telesnih pokretnih stvari (čl. 4), ali samo ukoliko su ugovorne strane to izričito predvidele. U protivnom, kaže prof. Jezdić (cit. delo, str. 126), primeniće se pravo zemlje u kojoj se vrši pregled robe.

⁴⁵⁾ Ovo shvatatanje kod nas zastupa prof. Kapor, pozivajući se na odredbu § 792 st. 2. Opštег imovinskog zakona Crne Gore iz 1888-g. Lex autonomiae bi, po njemu, ostao samo u pogledu regulisanja »dugovinske strane« posla.

⁴⁶⁾ To je uticalo na razdvajanje pitanja prenosa svojine od pitanja prelaska rizika u trgovini. Poslovne ljudi, naime, mnogo više interesuje regulisanje prelaska rizika, kao jednog čisto ekonomskog pitanja, nego pitanje prenosa svojine, koje za njih ima sporedan značaj.

⁴⁷⁾ Ovo je izničito normirano u čl. 9 st. 2 Zakona o Međunarodnom privatnom pravu ČSR, koji kaže da se »pravo određeno čl. 9 primenjuje i na izmene, obezbeđenja i posledice povrede obligacije, ukoliko iz namere ugovornih strana ne proizilazi što drugo.«

⁴⁸⁾ Iako je osnovna intencija klauzula neodgovornosti da se sporazumom ugovarača reguliše pitanje stepena njihove ugovorne odgovornosti na način drugačiji od rešenja ovog pitanja u nacionalnim pravima, ipak se i kod ugovora koji ih sadrže javlja potreba za određivanjem nadležnog prava. Po tom pravu će se najpre kvalifikovati odredbe ugovora, budući da se neke od njih mogu pojavit kao klauzule neodgovornosti. Prema istom pravu se ceni da li nastupeli događaj može da se podvede pod pojmom »vis maior« i šta se podrazumeva pod

VI. Rešenje problema autonomije volje u uporednom pravu

Uporednopravno proučavanje stanja pozitivnih pravnih sistema, pokazuje da je Autonomija volje stranaka, gotovo bez izuzetaka, prihvaćena kao primarna tačka vezivanja za određivanje nadležnog prava za sadržinu ugovora o prodaji sa elementom inostranosti.

Naredna izlaganja biće posvećena rešenju ovog pitanja u pravima evropskih i nekih vanevropskih država. Pritom je najveća pažnja bila posvećena stavovima sudske prakse u njima, budući da je ona u nedostatku zakonskih kolizionih normi o ugovorima uopšte, a o ugovoru o prodaji posebno, glavni izvor i najbolji pokazatelj stava države u odnosu na odvijanje spoljnotrgovinskog prometa.

Odvojeno razmatranje rešenja sukoba zakona u materiji prodaje u kapitalističkom i socijalističkom pravu, imalo je za cilj da ukaze na eventualne specifičnosti i razlike u njenom regulisanju, koje su nastale kao rezultat različitih uslova razvoja trgovine u njima i njihovog odnosa prema međunarodnoj trgovinskoj razmeni, čijem ostvarenju služi i kupoprodaja sa stranim elementom.

a) Autonomija volje stranaka u pravima kapitalističkih država

Izuzev nekoliko država, koje su u svojim građanskim Zakonima predvidele autonominiju volje kao primarnu tačku vezivanja za određivanje nadležnog prava za sadržinu ugovornih odnosa sa stranim elementom,⁴⁹⁾ većina kapitalističkih zemalja su ovaj princip usvojile kroz sudske praksu ili kroz običajno pravo (SAD, na primer).⁵⁰⁾ No uprkos razlici u izvorima, treba reći da su savremena rešenja i tumačenja data od strane sudova na liniji njenog priznanja kao instrumenta za regulisanje međunarodne trgovačke prodaje.

Retrospektivno posmatrana, sudske prakse većine kapitalističkih država pokazala je znatna kolebanja u odnosu na autonomiju volje kod ugovora o prodaji. Tako se u praksi sudova Zapadne Nemačke i Belgije mogu uočiti dva perioda. U prvom, se zapaža znatna rezervisanost u pogledu njenog priznavanja kao tačke vezivanja, dok je drugi period konstantan u njenom priznavanju, pod uslovom da izabrani zakon nije u suprotnosti sa ordre public pomenutih zemalja.⁵¹⁾

Francusko pravo, uglavnom kroz praksu visokog pravosuđa, takođe usvaja princip autonomije volje. Međutim, to je neograničena

drugim upotrebljenim izrazima u ugovoru (npr. »izvan kontrole«, »nezavisno od volje ugovornih strana«, itd.). Lex electa se, najzad, primenjuje i kod ocene dozvoljenosti ovih klauzula. (v. D. Mitrović: Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom, Institut za Uporedno pravo; Beograd, 1966. g.).

⁴⁹⁾ Italija (čl. 25 Codice civile), Grčka (čl. 25 Građanskog Zakonika), Austrija (§ 36 i 37. AGZ iz 1811. godine).

⁵⁰⁾ Prema prof. Mitroviću, autonomija volje stranaka usvojena je kao opšti princip u common law, iako je samo mali broj saveznih država SAD predviđa u svojim građanskim Zakonima (Montana, Severna Dakota, Kalifornija, Oklahoma).

⁵¹⁾ Po Grandcourt-u, belgijska sudska praksa je usvojila autonomiju volje počev od jedne presude, donete 1930. godine.

autonomija materijalnopravnog karaktera. U odsustvu izričitog izbora nadležnog prava, na sudiji je da otkrije verovatnu prečutnu volju stranaka, polazeći od okolnosti konkretnog ugovora.⁵²⁾

Identičan stav zauzima i sudska praksa Luksemburga. Određivanje nadležnog prava za ugovorne odnose sa stranim elementom u pravu Holandije pokazuje izvesne teškoće koje se ne sreću u pravima drugih zemalja. Razloge za to treba videti u veoma malom broju zakonskih odredaba koje se tiču ugovora, kao i u velikoj raznolikosti sudske presude i nejedinstvenosti stavova u pravnoj nauci ove zemlje.⁵³⁾

Analiza holandske sudske prakse u materiji ugovora o prodaji sa stranim elementom pokazuje veliku raznolikost. Ona ide od potpunog odbacivanja autonomne volje,⁵⁴⁾ preko priznavanja izraženoj volji karaktera elementa lokalizacije ugovora (Cour d'Appel Amsterdam, 13. II 1957, N. J. 1958, № 230), pa do priznanja izričite ili prečutne autonomije volje kao primarne odlučujuće činjenice za određivanje nadležnog prava za ugovor o prodaji. (Cour d'Appel la Haye, 8. VI 1931, N. J. 1931; p. 1499. i Cour cassation 13. V 1968.).

Na osnovu svega izloženog, može se zaključiti da pravo Holandije prihvata autonomiju volje stranaka kod ugovora o prodaji sa stranim elementom.

Osnovna karakteristika italijanskog prava u odnosu na autonomiju volje stranaka, ogleda se u činjenici da je ovaj princip izričito priznat od strane zakonodavca, i to mnogo ranije nego u većini evropskih država.⁵⁵⁾ Treba istaći da je Italija ratifikovala hašku Konvenciju od 1955. godine, ali da uprkos tome, odredbe čl. 25 Codice civile-a iz 1942. g. nisu izgubile značaj u materiji ugovora o prodaji, budući da u sudske prakse Italije postoji tendencija da se da prevaga tekstovima opštih normi nad posebnim odredbama, čak i onda kada su one međunarodnog porekla.⁵⁶⁾

Poznato je da anglosaksonske zemlje nemaju zakonske kolizione norme o ugovorima. Postojeća rešenja nastala su kroz praksu njihovih sudova, na koju je svakako uticao i stav doktrine.⁵⁷⁾

⁵²⁾ Cour d'Appel Paris (5^e Ch.) 19. VI 1970. U nekim presudama se to vrši s obzirom na načelo »ekonomičnosti ugovora« (Cour de Cass. 6. VII 1959.), dok druge daju prevagu pravu zemlje sedišta prodavca (Tribunal de commerce, Paris, 27. XI 1968., Révue critique du Droit international privé, № 4/69., p. 700.).

⁵³⁾ Prema Grandcourt-u, dok neki autori priznaju autonomiju volje (Bredin), drugi je odbacuju ili joj priznaju dosta ograničeno dejstvo (Mulder).

⁵⁴⁾ Jedna presuda suda u Amsterdamu daje prednost lex loci contractus, uprkos izničitom izboru nadležnog prava, (Cour d'Amsterdam, 31. VI 1907.). Isto tako jedna presuda doneta 29. X 1947. u sporu koji je nastao iz ugovora o prodaji, zaključenog između jedne holandske i engleske firme, proglašila je za nadležno englesko pravo, ali ne na osnovu autonomije volje stranaka, već zato što je pravo mesta zaključenja ugovora uopšte nadležno za ugovore sa stranim elementom.

⁵⁵⁾ Još je Codice civile iz 1865. g. u čl. 9 Uvodnog dela proklamovao da su »osnov i dejstva ugovora regulisani zakonom mesta gde su ti akti sačinjeni, a ukoliko su ugovorne strane istog državljanstva, zakonom zemlje čiji su državljanji, ukoliko ne postoji dokaz o drugaćoj volji ugovornih strana«.

⁵⁶⁾ Videti: Grandcourt, cit. delo.

⁵⁷⁾ Engleski common law je od diktuma lorda Mensfilda ustanovio autonomiju volje stranaka kao odlučujuću činjenicu kod ugovornih odnosa sa stranim elementom. (Prema: Ph. Kahn: La vente commerciale internationale, Sirey, Paris 1961.).

Međutim, u presudama sudova, kao i u jednom delu doktrine oseća se izvesna rezerva u odnosu na autonomiju volje stranaka. Ova kvo stanje uočljivo je i u čutanju Restatementa u odnosu na stranačku autonomiju.

Što se tiče rešenja ovog pitanja u pravima zemalja Latinske Amerike, valja reći da se u njima sve više oseća dah savremenih strujanja u spoljnoj trgovini, tako da je i u zakonima i u sudskoj praksi, autonomije volje počela da začuzima ono mesto koje joj u današnje vreme stvarno pripada.⁵⁸⁾

b) Autonomija volje stranaka u pravima socijalističkih zemalja

I prava socijalističkih država prihvataju autonomiju volje stranaka kao primarnu činjenicu kod ugovora o prodaji sa stranim elementom. One u ovoj materiji imaju kolizione norme, koje su, po pravilu, sadržane ili u Zakonima o Međunarodnom privatnom pravu (ČSR, Poljska, Albanija) ili u građanskom Zakoniku (slučaj sa SSSR). Izvestan broj ovih zemalja usvaja autonomiju volje stranaka kroz sudsku i arbitražnu praksu.⁵⁹⁾

Za razliku od većine država, koje su prihvatile neograničenu autonomiju volje, poljsko pravo (čl. 25 Zakona o Međunarodnom privatnom pravu od 1966. g.) poznaće ograničenu autonomiju volje, zahtevajući da izabrani zakon ima »veze« sa ugovorom. Prema prof. Luncu, isto rešenje usvojeno je i u mađarskoj sudskoj praksi.⁶⁰⁾

Sve socijalističke zemlje usvajaju stav da se izbor prava odnosi na materijalno, a ne na koliziono pravo određene zemlje. Na taj način je odbačena ustanova uzvraćanja i upućivanja u materiji ugovora o isporuci robe.⁶¹⁾

Prava socijalističkih zemalja usvajaju primenu jedinstvenog ugovornog statuta na ove ugovore, ne ostavljajući mogućnost ugovornim stranama da za pojedina pitanja iz ugovora predvide nadležnost drugog, a ne izabranog prava.⁶²⁾

Osim opšte odredbe da se neće primeniti izabrano strano pravo ukoliko je u suprotnosti sa osnovnim principima pravnog poretku lex fori, po sovjetskom pravu sporazumom ugovornih strana ne smeju biti

⁵⁸⁾ Novi Građanski Zakonik Brazila je zamenio sva ranija ograničenja, koja se tiču ugovornog određivanja nadležnog zakona, odredbom po kojoj se dozvoljava izbor stranog zakona samo ukoliko se mesto izvršenja ugovora ne nalazi u Brazilu. Slično rešenje predviđa i Građanski Zakonik Meksika. Reklobi se da je na taj način autonomija volje prečutno obnovljena u svim suštinskim pitanjima.

⁵⁹⁾ Po prof. Luncu, to su: Mađarska, Rumunija, Bugarska i DR Nemačka.

⁶⁰⁾ Ugovornim stranama je dozvoljen izbor prava ukoliko izabrano pravo ima veze sa faktičkim sadržajem pravnog posla. U doktrini je ovaj stav najbolje obrazložio prof. Reczei, koji kaže da je izbor prava ograničen krugom kolidirajućih zakona u datom slučaju, te da stranke, ostvarujući autonomiju volje, ne mogu izaći izvan tog kruga.

⁶¹⁾ Ovo važi samo ako ne postoji međunarodni ugovor koji predviđa suprotno rešenje, kao npr. onaj zaključen između SSSR-a i Francuske 1951. godine.

⁶²⁾ Lunc konstatiše da je ovaj princip potvrđen u praksi sovjetskih i mađarskih sudova.

izigrani ni strani javni propisi, koji čine međunarodni javni poredak u ovoj materiji, ukoliko takvo izbegavanje vređa red normalnog međunarodnog opštenja.

Karakteristično je da većina zemalja usvaja neograničenu autonomiju volje stranaka. Ovaj stav je naišao na odobravanje i u doktrini (Lunc, Bistricky), budući da neograničena autonomija volje kolisionopravnog karaktera ostavlja najšire mogućnosti u razvijanju spoljnotrgovinskih odnosa socijalističkih zemalja. Zato se i u pravnoj nauci onih zemalja koje usvajaju autonomiju volje materijalnopravnog karaktera, čuju sve glasniji zahtevi u prilog kolisionopravne autonomije.⁶³⁾

Treba, međutim, istaći da pravni režim spoljne trgovine nekih socijalističkih zemalja pokazuje izvesne specifičnosti, koje se ne sreću u pravima ostalih socijalističkih država. Te specifičnosti su posledica postojanja dvaju sistema regulisanja ove materije u onim socijalističkim državama koje su članice Saveta za uzajamnu ekonomsku pomoć (SEV). Sa jedne strane, to je tzv. opšti pravni režim, koga čine zakonske kolizione norme u većini od njih (u ostalima su to koliziona pravila nastala kroz sudsku i arbitražnu praksu), a sa druge, imperativne norme Opštih uslova SEV, koje se primenjuju na odnose iz ugovora o isporuci, zaključene između državnih privrednih preduzeća zemalja članica ove organizacije.

Ovakvo regulisanje isporuke robe između zemalja članica SEV-a, nameće izvesna pitanja u vezi sa autonomijom volje stranaka.

Poznato je, naime, da su članice ove ekomske grupacije preuzele na sebe obavezu da sve odnose u vezi sa isporukom robe između svojih spoljnotrgovinskih preduzeća, podvrgnu imperativnim normama Opštih uslova SEV. Postavlja se pitanje da li je ugovornim stranama dozvoljeno da svoja međusobna prava i obaveze iz ugovora o isporuci regulišu pozivajući se na rešenja, koja za pojedine vrste prodaje predviđaju neki od Ženevskih tipskih ugovora i opštih uslova prodaje.

Imajući u vidu okolnost da Opšti uslovi SEV od 1968. godine predviđaju u svom čl. 110 da se »na odnose isporuke koji nisu uopšte ili nisu u potpunosti regulisani ugovorom ili ovim opštим uslovima, ima primeniti materijalno pravo zemlje prodavca«, kao i to da po svojoj sadržini podsećaju na kakav tipski ugovor, čini se da je ova mogućnost isključena. Međutim, smatramo da nema nikakve smetnje za primenu Ženevskih tipskih ugovora u odnosima u kojima se kao njihovi partneri pojavljuju strani trgovci.⁶⁴⁾

Što se tiče autonomije volje i njihovog ovlašćenja da izaberu nadležno pravo, treba reći da je Opšti uslovi SEV usvajaju, ali samo ako to iziskuje specifičnost robe ili njene isporuke. Opravdano se primičuje da je ovo nesiguran kriterijum, jer je svaki spoljnotrgovinski ugovor na neki način specifičan. Međutim, smatra se, a i praksa je to pokazala, da će ugovorne strane najčešće birati ono pravo koje im je

⁶³⁾ U Rumuniji to su prof. Jonesko i prof. Nestor.

⁶⁴⁾ U tom smislu je i praksa spoljnotrgovinske arbitražne komisije u Bucureštu, koja dopušta ugovornim stranama da svoj ugovor o isporuci robe podvrgnu pravnom režimu tipskih ugovora ili trgovačkim običajima neke pomorske luke. (v. komentar uz odluku № 9 od 19. III 1965. Jurnal du Droit int., 2/68, p. 425.).

poznato (npr. *lex loci contractus* ili *lex loci solutionis*). Teško je pretpostaviti, smatra Bistricky, da bi socijalistička preduzeća postupala nerazborito prilikom izbora nadležnog prava. Kada se tome doda da je državna kontrola spoljnotrgovinskog prometa u ovim državama vrlo oštra, jasno je da ugovornim stranama ostaje vrlo malo mogućnosti za tako nešto.

VII. Autonomija volje stranaka u pravu SFRJ

Specifičnost našeg pozitivnog prava u odnosu na autonomiju volje stranaka u ugovoru o prodaji sa elementom inostranosti, ogleda se u činjenici da se odredbe o njoj nalaze u zakonu koji reguliše jednu drugu oblast, a ne oblast međunarodne prodaje. To je Zakon o ugovorima o iskorišćavanju pomorskih brodova, donet 1959. godine (»Sl. list FNRJ«, br. 25/59), sa dopunama iz 1969. (»Sl. list SFRJ«, br. 20/69).

Donošenjem ovog zakona, čije se odredbe primenjuju i na ugovor o prodaji sa elementom inostranosti, otpala je potreba za primenom pravnih propisa koji su se u nas do tada primenjivali u materiji ugovora sa elementom inostranosti.⁶⁵⁾

Dok Zakon priznaje neograničenu autonomiju volje kolizionopravnog karaktera, pod uslovom da izabrano pravo nije protivno domaćem ordre public i normama o sukobu zakona našeg prava, dotle pravna doktrina nije potpuno jedinstvena u tom pogledu. Ima autora koji smatraju da shvatanje autonomije volje kao tačke vezivanja i kolizione norme povlači za sobom mogućnost potpunog izvlačenja ispod domaćeg pravnog poretku (prof. Jakšić). Otud bi za naše pravo najviše odgovarala primena ograničene autonomije volje (Eisner). Prof. Jezdić smatra da je ovo pitanje delimično otvoreno i u praksi naše Spoljnotrgovinske arbitraže.⁶⁶⁾

Cini se, ipak, da shvatanje o neograničenoj autonomiji volje stranaka u ovoj materiji više odgovara potrebama razvijenog robnog prometa sa inostranstvom (Katičić, Goldštajn).⁶⁷⁾

U vezi sa zahtevom čl. 131 Zakona o ugovorima o iskorišćavanju pomorskih brodova, prema kome *lex electa* ne bi mogao biti primenjen na sadržinu prava i obaveza ugovornih strana ukoliko vreda ordre public našeg prava, postavlja se pitanje šta predstavlja sadržinu ovog instituta kada je reč o međunarodnoj prodaji.⁶⁸⁾ Ovo pitanje po-

⁶⁵⁾ § 46 SGZ; §§ 36 i 37 AGZ; § 792 Opštег imovinskog Zakonika C. Gore.

⁶⁶⁾ U prilog tome on navodi činjenicu da naša spoljnotrgovinska arbitraže nije dolazila u situaciju da odlučuje o prihvatanju izbora prava neke zemlje sa kojom sporni odnos ne bi bio povezan preko svojih pravnih elemenata. (V. M. Jezdić: Autonomija volje stranaka kao način određivanja materijalnog prava pred spoljnotrgovinskim arbitražama; Referat podnet na savetovanju posvećenom pitanju nadležnog prava koje primenjuju spoljnotrgovinske arbitraže, koje je održano 18. i 19. XII 1964. godine).

⁶⁷⁾ D. Mitrović smatra da je ovo potvrđeno u praksi spoljnotrgovinske arbitraže u Beogradu. (D. Mitrović: L' arbitrage du commerce extérieur en Yougoslavie; Jug. revija za međunarodno pravo, 1-64, str. 155.).

⁶⁸⁾ Ordre public u smislu pomenutog zakona dat je propisom člana 130, koji glasi: »Odredbe ovog zakona primenjuće se u slučaju: 1) kad su obe ugovorne srtane fizička ili pravna lica sa prebivalištem ili sedištem u SFRJ, a ako se radi o prevozu stvari morem — kada je luka odredišta u SFRJ;

staje utoliko interesantnije kada se zna da ugovorne strane svoje odnose iz ugovora mogu podvrgnuti rešenjima tipskih ugovora ili trgovачkim običajima.

Ni o ovom problemu u našoj pravnoj nauci nema jedinstvenog stava. Neki autori (Draškić, npr.) smatraju da će biti odbijena prima na izabranog prava ukoliko su na taj način povređeni imperativni propisi lex fori koji se tiču zaključenja ili izvršenja ugovora (propisi o zabrani uvoza ili izvoza određene robe, režimu dozvola, devizni propisi). Drugi (Pak, npr.) misle da se izborom stranog prava ne bi mogle derogirati one zabrane domaćeg prava koje se odnose na predmet i pravni osnov ugovora o prodaji (npr. ugovori čiji je osnov nespojiv sa socijalističkim moralom ili ugovori koji imaju za predmet stvari koje se nalaze van prometa). Najšire, i čini se najpotpunije određivanje sadržine instituta ordre public u materiji međunarodne prodaje, nai-lazimo kod D. Mitrovića. Po njemu, ordre public u domenu obligacionih odnosa uopšte, a prema tome i u oblasti ugovora o prodaji, čine: 1) zakoni koji izričito sebe proglašavaju za međunarodni javni poredak u odnosu na inostranstvo, 2) svi imperativni propisi koje je sudska praksa proglašila takvim u odnosu na inostranstvo i 3) pravna načela koja se nalaze u jednom pravnom sistemu, a koja su prihvaćena od većine pravnih sistema u svetu (npr. nemogućnost isključenja odgovornosti za svoj dolus.⁶⁹⁾

Šta činiti ukoliko se izabранo pravo ne bi moglo primeniti na ugovor ili na neki od odnosa koji iz njega proizilaze, odnosno ugovor nema klauzulu o izboru prava? U takvoj situaciji Zakon o ugovorima o iskorišćavanju pomorskih brodova u svom čl. 131 st. 1 predviđa da će se nadležno pravo ustanoviti iz svih okolnosti ugovora. Prečutna autonomija volje stranaka generalno je prihvaćena i u našoj pravnoj nauci. Izvesna neslaganja postoje oko toga na koji način naša spoljnotrgovinska arbitraža utvrđuje lex contractus u nedostatku izričitog izbora prava.

Dok prof. Jezdić navodi nekoliko arbitražnih odluka u kojima je arbitraža ustanovila prečutnu autonomiju volje stranaka polazeći od okolnosti konkretnog ugovora,⁷⁰⁾ dotle prof. Cigoj i prof. Kapor konstatuju da je naša spoljnotrgovinska arbitraža praktikovala prime-

2). odgovornosti brodara za oštećenje, manjak ili gubitak tereta uređene odredbama ovog zakona, čija se primena ne može sporazumom ugovornih strana isključiti, ako se luka ukrcaja ili odredišta nalazi u SFRJ; 3). kad bi putnik primenom drugog zakona bio stavljen u gori položaj nego po odredbama ovog zakona».

⁶⁹⁾ Izvod iz diskusije na Savetovanju posvećenom pitanju nadležnog prava koje primenjuju spoljnotrgovinske arbitraže, održanom 18. i 19. XII 1964. godine.

⁷⁰⁾ U odluci o sporu »Kooperativa« — N. Sad c. A. Zwanneburg et Co. arbitraža je primenila nemacko pravo kao prečutno izabranu, jer su i mesto zaključenja i mesto izvršenja ugovora bili u Zapadnoj Nemačkoj. U sporu »Stuzz di Giuseppe Martino« — Torino c. »Belje« — Kneževo primenjeno je jugoslovensko pravo, budući da su i mesto zaključenja i mesto izvršenja ugovora bili u našoj zemlji, a strane su izabrale i našu arbitražu za rešavanje eventualnih sporova.

nu domaćeg prava, smatrajući da su ugovaranjem njene nadležnosti ugovorne strane prečutno prihvatile nadležnost prava SFRJ.⁷¹⁾

Ukazujući na izmenjenu funkciju Međunarodnog privatnog prava u materiji međunarodne prodaje,⁷²⁾ prof. Mitrović ističe neophodnost određivanja jednog nacionalnog prava od strane arbitraže u situacijama kada su međusobna prava i obaveze iz ugovora negulisani nekim od izvora autonomnog prava trgovine. Propisi tog prava (razume se ne svih) predstavljali bi sadržinu „ordre public“ u okviru i na osnovu koga bi se vršila kvalifikacija pojedinih odredaba ugovora.⁷³⁾

Elastičnost zakonskih rešenja proizlazi iz odredbe po kojoj će sud, u nemogućnosti da utvrdi prečutno izabrano pravo, primeniti pravo koje je u »najблиžoj vezi« sa ugovorom, a ako ni tada ne može da ustanovi lex contractus, primeniće zakon mesta zaključenja ugovora.⁷⁴⁾ Očigledno, zakon odbacuje hipotetičku autonomiju, izjašnjavajući se u prilog principa »Najbliže veze« koji omogućava određivanje nadležnog prava na osnovu sagledavanja svih okolnosti ugovora u pitanju.

Valja reći još i to da se izabrano pravo primenjuje kao jedinstveni ugovorni statut, mada čl. 132 normira da je moguće da bude primenjeno i više prava, ukoliko se izabrano pravo ne bi moglo primeniti na neko pitanje iz ugovora.

U oceni rešenja autonomije volje stranaka u našem pozitivnom pravu (zakonskim propisima i sudske i arbitražnoj praksi), treba istaći da su ona na liniji stimulisanja spoljnotrgovinskog prometa, mada se čini da bi prilikom eventualne izrade našeg prvog Zakona o Međunarodnom privatnom pravu trebalo još striktnije normirati sukob zakona kod pojedinih vrsta ugovora (kod međunarodne prodaje, s obzirom na njen značaj, posebno), imajući pri tom u vidu da se specijalizacija kolizionih normi sve više nameće kao imperativ modernog pravnog prometa.

⁷¹⁾ S. Cigoj: Određivanje nadležnog prava prema pravilima i praksi pojedinih arbitraža (uporedni pregled); referat na Savetovanju posvećenom pitanju nadležnog prava koje primenjuju arbitraže, str. 71. Takođe V. Kapor: Kategorije materijalnih pravila koje primenjuje međunarodna trgovinska arbitraža.

⁷²⁾ Prema prof. Mitroviću, klasično Međ. privatno pravo, koje je rešavalo sporove sa elementom inostranosti pomoću kolizionih normi, danas više ne može da se upotrebi pred spoljnotrgovinskom arbitražom. Onako kako se upotrebljava pod sudovima. Međunarodno privatno pravo ima funkciju da odredi koji od različitih izvora međunarodnog trgovinskog prava treba da bude proglašen kao nadležan. (Izvod iz diskusije na pomenutom savetovanju).

⁷³⁾ D. Mitrović to pokazuje na primeru klauzula neogdovornosti. Strane mogu prihvati neki tipski ugovor u kome je prodavac vrlo široko ograničio svoju odgovornost. Ukoliko arbitraža ne bi vodila računa o tome da su ove klauzule protivne »ordre public« većine država, moglo bi se desiti da prodavac bude oslobođen odgovornosti iako je reč o dolusu.

⁷⁴⁾ Ukoliko je, pak, ugovor zaključen na osnovu unapred pripremljenih opštih uslova brodara (kod međunarodne prodaje to će biti opšti uslovi poslovanja određenog preduzeća ili firme), primeniće se pravo države brodara (preduzeće koje ih je ponudilo). V. čl. 132 st. 2 pomenutog Zakona.

ZAKLJUČAK

Na osnovu do sada rečenog o autonomiji volje stranaka u ugovoru o prodaji sa elementom inostranosti, mogu se izvući sledeći zaključci.

Autonomija volje stranaka je usvojena od velikog broja nacionalnih prava kao primarna odlučujuća činjenica za određivanje nadležnog zakona za sadržinu ugovora o prodaji sa elementom inostranosti. Ovakva njegova uloga određena je, u prvom redu, neadekvatnošću objektivnih kriterija, koji su se pre nje koristili za određivanje nadležnog prava u ovoj oblasti.

Međutim, kako ni jedan kriterijum nije apsolutan po svojoj vrednosti, to ni autonomija volje stranaka nije bez nedostataka. Globalno izevši, oni bi se mogli svrstati u dve grupe. Prvu bi sačinjavali oni nedostaci koji potiču od nedovoljne razgraničenosti između prečutne i hipotetičke autonome volje, iz čega rezultira izvesna pravna nesigurnost u ovoj, inače, vrlo osetljivoj materiji.

Teorijski posmatrano, razlika između hipotetičke i prečutne autonomije volje stranaka je očigledna: dok u prvom slučaju volja ne postoji, već se fingira, dotle u drugom ona postoji u odredbama ugovora iz kojih je treba samo »izvući« njihovom interpretacijom. Praktično, međutim, vrlo je teško reći kada se radi o jednoj a kada o drugoj, jer u oba slučaja nadležno pravo utvrđuje sudija na osnovu okolnosti ugovora, koje mogu, ali i ne moraju da budu pravi indikatori volje ugovornih strana. Osim toga, i vrednost ovih činjenica nije ista u pojedinih pravnim poretcima i često varira od slučaja do slučaja, katkad i u kratkim vremenskim razmacima.

Drugi »nedostatak« autonomije volje stranaka nastao je u novije doba i posledica je državne intervencije u spoljnoj trgovini. Počev od velike ekonomske krize tridesetih godina ovog veka, ugovor o prodaji sa elementom inostranosti se nije više mogao smatrati kao čisto inter subjektivni odnos u kome bi ugovorne strane bile potpuno autonomne u regulisanju svojih prava i obaveza. Država se javlja kao »treća« ugovorna strana, kao pokrovitelj bez koga se ne može zamisliti zaključenje i realizacija jednog spoljnotrgovinskog posla. Ovu svoju ulogu ona ostvaruje propisivanjem posebnih normi administrativne prirode, koje partneri u ugovoru moraju neizostavno poštovati prilikom zaključenja ond. izvršenja ugovora, bez obzira na lex electa. Te mere (uvozne i izvozne dozvole, robni i devizni kontingenti, carine, itd.) predstavljaju, u stvari, okvir koji država postavlja stranačkoj autonomiji. Doda li se tome mogućnost svake države da onemogući izvršenje spoljnotrgovinskog ugovora pozivom na svoj »ordre public«, postaje očigledno da od nekada gotovo idealnog instrumenta za određivanje nadležnog prava u ugovoru o prodaji sa elementom inostranosti, autonomija volje stranaka dobija karakter **jednog** od faktora u regulisanju ove materije, čiji domaćaj primene postaje zavistan od politike države u njoj.

U tom svetlu treba posmatrati njeno mesto i ulogu u regulisanju međunarodne prodaje i u našem pozitivnom pravu. Okolnost da se naša privreda, kao i domaće OUR u ulozi neposrednih aktera među

narodnog prometa, bore za što bolju poziciju na međunarodnom tržištu, utiče na to da autonomija volje stranaka, iako je njen »zlatno« doba odavno prošlo, ostaje i nadalje osnovni instrument regulisanja međusobnih prava i obaveza ugovornih partnera u ovom domenu, jer omogućava da izaberu ono pravo koje im najviše odgovara.

Milorad Ročkomanović

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES DANS LE CONTRAT DE VENTE AVEC L'ÉLÉMENT ÉTRANGER

R e s u m é

Dans son article qui est consacré à l'un des principes fondamentaux des rapports contractuels avec l'élément étranger l'auteur a d'abord exposé brièvement le développement historique de l'idée de l'autonomie de la volonté des parties, en soulignant qu'elle s'est frayée un chemin difficilement dans la matière, de la vente internationale, grâce au caractère autarcique par excellence de l'économie féodale.

La victoire de la bourgeoisie a influé sur le fait que l'autonomie de la volonté des parties devienne l'instrument principal dans le règlement du contenu du contrat de vente avec l'élément étranger, car elle a contribué indirectement à l'augmentation du volume des échanges dans le commerce extérieur, en efférmissant de cette manière la victoire de ses intérêts vitaux.

Dans son développement ultérieur, l'autonomie de la volonté des parties a subi d'importantes restrictions qui étaient la conséquence de l'ingérence de plus en plus intense de l'Etat dans les rapports de commerce extérieur. Cependant, comme l'auteur l'a mis en évidence, ces restrictions n'étaient pas de la même intensité non seulement dans les différents Etats, mais aussi elles variaient dans certains de ces Etats, en fonction de leurs nécessités momentanées. En analysant la jurisprudence et les attitudes prises dans la doctrine juridique par un certain nombre de pays européens, l'auteur a éclairci cette question avec assez de précision. Il a fixé son attention en particulier sur les résolutions de ce problème dans la jurisprudence, en soulignant qu'à défaut des normes de collision légales, elle est le meilleur indice de la politique de l'Etat dans ce domaine.

En terminant son article, l'auteur a mis en relief que l'autonomie de la volonté des parties, malgré ses qualités positives, contient aussi certaines lacunes, qui sont la conséquence de l'intervention de l'Etat dans cette matière (»ordre public«, régime des permis, les restrictions de devises, etc.), d'une part, et le résultat de la délimitation insuffisante entre les diverses sortes d'autonomie de la volonté des parties (tacite et hypothétique) ce que de son côté apporte de l'insécurité dans ce domaine sensible et par-dessus tout important, avec des répercussions pratiques déterminées (l'incertitude en ce qui concerne l'application du droit compétent, l'arbitraire possible des juges à l'occasion de la détermination du droit »facilement« choisi, etc.).