

Проф. др Александар Ћирић,
Државни универзитет у Новом Пазару,
Департман за правне науке¹

ЧЕТРДЕСЕТ ГОДИНА КОНВЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

- Резиме -

Предмет овог рада је ограничен његовим обимом, а чине га анализе засноване на ставовима јуриспруденције, пословне, судске и арбитражне праксе у вези са важним питањима о: значају, примени, општим карактеристикама Конвенције Организације уједињених нација о међународној продаји робе из 1980. године (Бечка конвенција - БК); пуноважности уговора о међународној продаји робе; међународном карактеру и аутономном тумачењу БК; обавези поштовања начела савесности и поштења; општим начелима БК и примени правила међународног приватног права; утврђивању намере уговорних страна према БК; значају трговачких обичаја у режиму БК и у другим изворима међународног трговачког уговорног права; одређивању седишта уговорних страна и форми уговора о међународној продаји робе према БК.

Кључне речи: Међународна конвенција о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција); Примена БК; Међународни карактер БК; Homeward тренд; Аутономно тумачење БК; Начело савесности и поштења; Намера уговорних страна; Трговачки обичаји у режиму БК; Одређивање места седишта уговорних страна; Форма уговора.

1. Увод

У двадесетој години овог века стекла су се два значајна јубилеја: четрдесет година академске каријере професора др Радована Вукадиновића и 40 година од усвајања Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечке конвенције).

У Бечу је 11. априла 1980. године усвојена Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (е. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG), позната као Бечка Конвенција (е. The Vienna Convention-CISG).² Конвенција је стекла универзално „право грађанства“ и превалила животни пут од пуних 40 година.

Проф. Вукадиновић је свој значајни део радне енергије, знања и искуства посветио својим ауторским делима о бројним правним институтима у режиму Бечке конвенције. Конвенција чини значајан део предметног садржаја из богатог опуса и библиографског салда његове досадашње академске каријере.

Смисао јавног обележавања јубилеја заснива се на исходима који је слављеник својим доприносом остварио на унапређењу ширих интереса у средини у којој је деловао и вршио утицај. Овај рад, у првом реду, посвећујем колеги Вукадиновићу поводом његовог великог професионалног и животног јубилеја, али је он истовремено и почасница Конвенцији. Она је неспорно најзначајнији извор права у материји

¹ aciric@prafak.ni.ac.rs, раније дугогодишњи редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

² На снагу је ступила 1. јануара 1988, а ратификовала ју је и тадашња СФРЈ.
“Сл. лист СРЈ”, бр. 10/1, “Међународни уговори” 31.12. 1984.

међународне продаје робе, а по темпу прихватања, представља позитиван пример без преседана у историји унификације и хармонизације међународног трговинског права у целини, на најширем универзалном плану.³ Заједно са читавом планетом, њен 40. рођендан на 11. април 2020. године, се нашао у јеку „коронизације“ света. Без обзира на сву позорност коју је пандемија Ковид 19, изазвала на глобалном плану, Конвенција заслужује, да са пажњом укажемо на њен значај у години њеног Јубилеја. БК је типичан представник врсте извора права за регулисање међународних пословних односа, који је настао методом званичне унификације са карактером *jus conventionis*.

У уверењу да ће Конвенција и даље представљати изазов за све посленике из предметне материје широм света, као и да ће још дуго бити изазов за научну знатижељу професора Вукадиновића, оба јубилеја су прилика да се, кроз поглед у архив, успостави спона прошлости и садашњости уз део анализе пређеног пута. Јубилеј Конвенције је одраз протекла времена који омогућава просуђивање о њеном значају, утицају који је имала и који се од ње очекују у будућности.

Предмет овог рада ограничен је његовим обимом, а чине га анализе засноване на ставовима јуриспруденције, на пословној, судској и арбитражној пракси у вези са важним питањима о: значају, примени, општим карактеристикама БК; пуноважности уговора о међународној продаји робе; међународном карактеру и аутономном тумачењу БК; обавези поштовања начела савесности и поштења; општим начелима БК и примени правила међународног приватног права; утврђивању намере уговорних страна према БК; значају трговачких обичаја у режиму БК и у другим изворима међународног трговачког уговорног права; одређивању седишта уговорних страна према БК и форми уговора о међународној продаји робе.

2. Значај, структура, примена и опште карактеристике Бечке конвенције

На основу Устава Републике Србије (чл. 16. ст. 2.), општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Србије, са снагом непосредне примене. У том смислу се на међународну продају робе, за коју је меродавно право Србије, примењује БК, а не норме Закона о облигационим односима, које уређују материју продаје робе у унутрашњем трговачком промету. Практика показује да се и 40 година од усвајања БК дешава да учесници нису свесни постојања двојног режима у уређивању односа из уговора у унутрашњој, с једне, и међународној продаји робе, са друге стране. У литератури се истиче да то, између осталог, ствара и ризик од губитка евентуалних спорова, што може изазвати штетне последице за пословне субјекте, али и привредне интересе земље у целини.⁴

Структуру Бечке конвенције чине **четири дела**: Део I – Поље примене и опште одредбе (чл. 1-13.); Део II – Закључење уговора (чл. 14-24); Део III – Продаја робе (права и обавезе уговорних страна – чл. 25-88.) и Део IV – Завршне одредбе (чл. 89 -101.).

Директна примена Конвенције у односу на уговоре о међународној продаји робе постоји ако продавац и купац имају седишта у државама које су је ратификовале.⁵

Индиректна примена Конвенције долази у обзир уколико колизионе норме упућују на примену права једне од држава уговорнице Конвенције.⁶ Дакле, одређивање

³ Н. Kronke, *The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond*, *Journal of Law and Commerce*, Vol.25, 2005/2006, p. 452. Више о овоме видети у: В. Павић, М. Ђорђевић, *Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Право и привреда*, бр. 5-8/2008, стр. 572-616.

⁴ Н. Јовановић, „Прелетом“ преко главних слабости Преднацрта Грађанског законика у облигационим односима, *Право и привреда*, бр. 4-6, 2015, стр 48-75, с. 50.

⁵ Овакав закључак произлази из члана 1. ст. 1. тач. а) Конвенције.

⁶ Видети члан 1. ст. 1. тач. б) БК.

седишта уговорне стране (e. place of business)⁷ је од значаја за питање примене Конвенције на конкретан уговор о међународној продаји. Ако било продавац, било купац, имају више седишта, релевантно је оно место које има најближу везу (систем најтешње везе) са уговором и његовим извршењем.

У тежњи да се међународна продаја потпуно ослободи примене националног права, творци Хашког једнообразног закона о међународној купопродаји телесних покретних ствари из 1964. године, искључују примену правила међународног приватног права (члан 2), осим у неколико изузетних случајева. У Бечкој конвенцији се одустало од овог приступа. Правила међународног приватног права прихваћена су као ослонац, и то у два смера: за одређивање обима примене Конвенције (члан 1. став 16.) и за попуњавање правних празнина (члан 7. став 2.). То је својеврсно признање да сукоб закона унификацијом није потпуно елиминисан и да је колизиони метод још увек нужно и неизбежно средство његовог решавања.⁸

У погледу права уговорних страна да **искључе или ограниче** њену примену, Конвенција усваја принцип **opting out**: примена Конвенције се претпоставља, осим уколико стране нису искључиле њено важење за њихов конкретан уговорни однос. Стране могу искључити примену Конвенције у целини, одступити од појединих њених одредби или изменити њихово дејство.⁹ Супротан принцип, **opting in**, значи да стране конкретног уговорног односа морају изричито оптирати за примену Конвенције као меродавног материјалног права за њихов уговор о продаји. Примена Конвенције или појединих њених одредби може се искључити само на експлицитан начин, тј. недвосмислено и изричито. Уколико би се дозволила могућност да стране на имплицитан начин искључују примену Конвенције, то би за последицу имало несигурност¹⁰ и једнообразност¹¹ у њеној примени. На том становишту су и новија судска и арбитражна пракса.¹²

⁷ Према нашем праву, седиште друштва је место на територији Републике Србије из кога се управља пословањем друштва и које је као такво одређено оснивачким актом или одлуком скупштине. Видети: чл. 19. ст.1. Закона о привредним друштвима ("Сл. гласник РС", бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019).

⁸ М. Станивуковић, UNCITRAL- ова Конвенција о уговорима о међународној продаји робе и правила међународног приватног права, *Право и привреда* бр. 11-12/98, стр. 70; Winship, Private International Law and the U.N. Sales Convention, 21 Cornell International Law Journal p. 487 (1988).

⁹ Видети члан 6. Конвенције. Ограничење искључења примене Конвенције односи се једино на одредбу члана 12, на који упућује њен члан 6. Наиме, ако су се стране позвале на искључење појединих одредаба или измену њиховог дејства, а не искључе примену Конвенције у целини, тада закључење уговора, његова измена, као и друге индикације о намерама (питања уређена чланом 12. Конвенције), морају бити учињене у писменој форми.

¹⁰ М. Т. Murphy, United Nations Convention for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law, 12 *Fordham Int'l L.J.*, 1989, p.727-750, p. 742.

¹¹ В. Borisova, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG, online contribution, published: December 2004. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html>. Приступ интернету од 25. 5. 2020.

¹² Видети: пресуда Федералног окружног суда у Њу Џерсију (САД) у спору Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc., од 7. октобра 2008. године, број пресуде: 03-4821 JAG, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html> (приступ од 27. 05. 2020.); пресуда Окружног суда Јужног округа Њујорка (САД) у спору Federal TeeVee Tunes, Inc. et al v. Gerhard Schubert GmbH, од 29. марта 2002. године, број пресуде Civ. 5189 (RCC), доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020329u1.html>; пресуда Федералног оружног суда у Пенсилванији (САД) у спору American Mint LLC v. GOSoftware, Inc, од 16. августа 2005. године, број пресуде Civ.A. 1:05-CV-650, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>; пресуда Федералног окружног суда у Њу Џерсију (САД) у спору Valero Marketing v. Greeni Oy од 4. априла 2006. године, број пресуде CIV.01-5254(DRD), доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060404u1.html>; пресуда Федералног међународног трговачког суда САД у спору Orbisphere v. U.S. од 24. октобра 1989. године, број пресуде: 89-02-00404, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>; одлука Међународне трговачке арбитраже при

Прихватање *opting out* принципа у Конвенцији резултат је тежње да се примена њених одредби прошири на све случајеве када она није вољом уговорних страна искључена у целини. Истовремено, остављена је слобода странама да одлуче да ли ће, или неће, прихватити Конвенцију као меродаван извор за уређивање својих права и обавеза заснованих на уговору о продаји, што је у складу са универзално признатим принципом облигационог права - слободом уговарања.

Имајући у виду контроверзни карактер компромиса, којима обилују норме Конвенције, препоручљиво је да привредна друштва у конкретним уговорима о продаји робе имају избалансиран приступ у вези са њеном применом. Важеће Конвенције се може искључити зависно од процене целисходности, под условом да се са тим сагласи друга уговорна страна.¹³ Уколико, пак, уговорне стране сматрају да одредбе Конвенције иду у прилог реализацији њихових пословних интереса, искључење може изостати, а Конвенција ће се примењивати у складу са принципом *opting out*: у изостанку њеног изричитог искључења, примена Конвенције се претпоставља, уз испуњење других услова примене.

Уговорне стране могу избећи примену Конвенције у односу на конкретан уговор и позивањем на норме неког другог извора права (општи услови пословања, обичаји, унутрашње право и сл.).

Стране имају право да искључе примену БК, односно да уговоре да се на њихов уговор Конвенција, или нека њена одредба, не примењује (члан 6).¹⁴

Трговачко-индустријској комори Руске Федерације, број одлуке 54/1999 од 24. јануара 2000. године, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>. Приступ интернету остварен је 7. 6. 2020.

¹³ Стране које желе да искључе примену Конвенције, у свој уговор могу унети клаузулу следеће садржине: „У односу на овај уговор се искључује примена Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе“.

¹⁴ У литератури се указује на чињеницу да је нејасно какав је међусобни однос члана 1(1)(б) и члана 6. БК, с обзиром да аутономија воље има и значај тачке везивања у колизионим нормама међународног приватног права. Да ли, ако уговорне стране изаберу право државе уговорнице као меродавно, треба сматрати да су тиме искључиле примену Конвенције, или, напротив, да су уговориле њену примену, с обзиром да је и она саставни део изабраног права. Сматрамо да до искључења може доћи само ако су уговорне стране изричито поменуле унутрашњи закон чију примену желе. У супротном, пошто је и Конвенција саставни део изабраног правног система, сматра се да се избор уговорних страна односи на њу, а не на унутрашњи закон (М. Станивуковић, Поље примене Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе у досадашњој судској и арбитражној пракси, *Право и привреда*, бр. 5-8/2000, стр. 931-944. Наведни став је заступљен и у арбитражној пракси.

У једном спору пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије у Београду, арбитар појединац је констатовао да су тужилац и тужени уговорили надлежност Арбитраже „уз примену важећих прописа Републике Србије.“ На расправи, 06. јуна 2014. године, пуномоћник тужиоца је изнео став према коме чл. 6. Уговора, који се односи на примену важећих прописа, упућује на примену искључиво, како је навео, прописа »унутрашњег правног система«, те да не треба примењивати међународне изворе права. Према његовом мишљењу, формулација арбитражне клаузуле, која указује на примену прописа Србије, самим тим искључује примену међународних конвенција, посебно Конвенције Организације Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција 1980.).

У образложењу Одлуке, се наводи да сама Бечка конвенција, у погледу своје примене, усваја принцип „*opting out*“, према коме се њена примена претпоставља, осим уколико стране нису искључиле важеће БК за њихов конкретан међусобни уговорни однос. Начелно, стране могу искључити примену Конвенције у целини, одступити од појединих њених одредби, или изменити њихово дејство. Прихватање „*opting out*“ принципа у Конвенцији, резултат је тежње да се њене норме примене увек, када вољом уговорних страна, њихова примена није искључена. Истовремено, остављена је слобода странама да одлуче да ли ће, или неће, прихватити Конвенцију као меродаван извор за уређивање међусобних права и обавеза заснованих на уговору о продаји. У конкретном случају седишта странака су у Србији и у Словенији, у државама, које су приступиле Бечкој конвенцији пре закључења уговора. Из те чињенице су се стекли услови за њену директну примену као меродавног материјалног права за решење спора. Члан 1. Бечке конвенције предвиђа: „Ова конвенција примењује се на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своје седиште на територијама различитих држава: када су те државе уговорнице“ (тзв.

Сагласно чл. 7. ст. 1. Бечке конвенције, „приликом њеног тумачења потребно је водити рачуна о међународном карактеру Конвенције и о потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини“. Међународни карактер Конвенције, као критеријум њене интерпретације, обавезује да се „међународном“ уступи предност у конкуренцији са „националним“.¹⁵

На основу члана 1(1), БК се примењује на уговоре о продаји **робе**. У Хашким једнообразним законима предмет уговора је био описно одређен као телесна покретна ствар (фр. *les objet mobilière corporelle*). У Конвенцији је овај појам замењен појмом **роба** (е. *goods*).¹⁶ Међутим, Конвенција не дефинише појам **робе**. У судској пракси се под термином „роба“ подразумевају предмети који су у моменту испоруке покретни и материјализовани (опипљиви).¹⁷ Предмети нематеријалне природе не могу се сврстати

„директна примена“), или када правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе чланице (чл. 1. ст. 1. Бечке Конвенције), тзв. „индиректна примена“.

Како у конкретном случају, уговорне стране нису својом слободном вољом искључиле примену Бечке конвенције, она чини конститутивни елемент „важећих прописа Републике Србије,“ чију су примену странке јасно и недвосмислено уговориле, позивајући се на примену важећих прописа Републике Србије.

Такође, у две арбитражне одлуке мађарске институционалне арбитраже је примењена Конвенција на основу споразума странака о примени мађарског права. Једна од странака у арбитражном поступку употребила је аргумент, да би клаузула о избору права била излишна да су странке желеле примену Конвенције, јер би се она примењивала и иначе, без икакве клаузуле о избору права, пошто је у време закључења уговора била на снази у Италији и Мађарској, земљама седишта продавца и купца. Због тога је клаузулу којом је уговорена примена „мађарског права“ требало, по мшиљењу странке, тумачити тако да се односи на мађарски Грађански законик. Међутим, арбитража није прихватила ову аргументацију. У једној одлуци међународне арбитраже МТК у Паризу, Конвенција је примењена јер су странке изабрале француско право као меродавно, а Конвенција је била на снази у Француској у време закључења уговора. У арбитражној одлуци аустријске институционалне арбитраже, арбитражи су применили Конвенцију позивајући се на члан 1 (1)(б), пошто су странке изабрале аустријско право, а Конвенција представља аустријско право међународне продаје.

Насупрот овим одлукама, стоје две одлуке донете у Италији, једна од стране суда, а друга од стране *ad hoc* арбитраже. У првој одлуци, која се односи на уговор између италијанског продавца и шведског купца, суд је одредио да се Конвенција не примењује, јер није била на снази у Шведској у време закључења уговора, а клаузула у уговору, о избору италијанског права, не води њеној примени, јер се Конвенција примењује само ако странке нису уговориле меродавно право.

У једној својој одлуци француски апелациони суд је сматрао да клаузула о избору француског права искључује примену Конвенције и да захтева примену француског унутрашњег права. Касациони суд је исказао резерву у погледу овог становишта, али је одлуку касирао из других разлога.

¹⁵ Одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије у Београду у предмету Т – 16/13 од 18. новембра 2014, Архива Сталне арбитраже при ПКС Србије.

¹⁶ Р. Вукадиновић (2009), *op.cit.* стр. 42.

¹⁷ Видети: пресуда Округног суда у Форлију (Италија) у спору *Cisterns and accessories* од 16. фебруара 2009. године, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>; пресуда Округног суда у Падови (Италија) у спору „*Agricultural products*” од 23. фебруара 2004. године, број пресуде 40552, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; пресуда Округног суда у Риминију (Италија) у спору „*Al Palazzo S.R.L. v. Bernardaud di Limoges S.A.*”, од 26. новембра 2002. године, број пресуде: 3095, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>, доступ Интернету остварен 29. 5. 2020; пресуда Апелационог суда у Греноблу (Француска) у спору „*M. Marques Roque Joachim v. La Sarl Holding Manin Rivière*” од 26. априла 1995. године, број пресуде 93/4879, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426f2.html>; пресуда Округног суда у Форлију (Италија) у спору „*Mitias v. Solidea S.R.L.*“, од 11. децембра 2008. године, број пресуде n.2280/2007, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>, приступ Интернету – 29. 5. 2020; пресуда Округног суда у Цугу (Швајцарска) у спору „*PVC and other synthetic materials*” од 21. октобра 1999. године, број пресуде: А3 1997 6, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html>; пресуда Апелационог суда у Келну (Немачка) у спору „*Market study*” од 26. августа 1994. године, број пресуде: 19 U 282/93, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>; пресуда Врховног суда Аустрије у спору „*Chinchilla furs*”

у концепт робе из члана 1(1) Конвенције.¹⁸ Теорија по којој се Конвенција примењује само на уговоре о продаји покретних и материјалних ствари заступљена је и у доктрини.¹⁹

У члану 2. Конвенције се оправдано **искључује** њена примена у односу на продају:

(а) робе коју купују потрошачи за личну или породичну употребу или за потребе домаћинства, изузев ако продавац, у било које време, пре или у тренутку закључења уговора, није знао нити је морао знати да се роба купује за такву употребу;

(б) на јавној дражби;

(в) у случају заплене или неког другог поступка од стране судских власти;

(г) хартија од вредности и новаца;

(д) бродова, глисера на ваздушни јастук и ваздухоплова;

(ђ) електричне енергије.

Сматрамо да би од примене Конвенције требало да буду изузете и продаје крупних индустријских постројења (фабрика и инсталација), тј. такве робе чији се квалитет може утврдити тек након успешног пробног погона и гарантног рока. Одредбе Конвенције су недовољне за решавање сложених правних ситуација које настају у вези продаје крупних инвестиционих средстава, те би као такве, њихова примена уносила правну несигурност.

Предмет уговора може бити и роба која тек треба да се изради или произведе. Међутим, чланом 3. Конвенције искључена је примена њених одредби на **лон** послове (нем. Lohn), у којима је страна која је робу наручила преузела обавезу да испоручи битан део материјала потребног за њену израду.²⁰

Примена Конвенције се **искључује** у односу на уговоре у којима се претежни део обавезе, стране која испоручује робу, састоји у извршењу рада или пружању услуга.²¹ Ово искључење је оправдано. Уколико се претежни део обавезе састоји у раду или пружању услуга, није реч о уговору о продаји робе, већ уопште узев о уговору о делу (лат. locatio conductio operis). У вези са наведеним, појавила су се многа питања у погледу третмана **софтвера**, који је као предмет међународне трговине своју експанзију доживео након ступања на снагу Конвенције. Полазећи од тога да је софтвер нематеријална ствар, постојала су мишљења да се Конвенција не може применити на уговоре који за предмет имају његову испоруку. Са друге стране, заступана је и теорија према којој се и софтвер може сматрати робом у смислу Конвенције, иако није опипљив, уколико је материјализован кроз неку телесну покретну ствар (нпр. диск).²² Временом се, уз помоћ судске праксе, дошло до становишта да се софтвер може сматрати робом у смислу члана 1(1) Конвенције, уколико се ради о стандардном софтверу који је доступан на тржишту. Међутим, уколико се ради о софтверу који је

од 10. новембра 1994. године, број пресуде: 2 Ob 547/93, доступно на интернет адреси:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941110a3.html>, приступ Интернет мрежи 31. 5. 2020.

¹⁸ Видети пресуду Апелационог суда у Валису (Швајцарска) у спору „Tea room“ од 2. децембра 2002. године, број пресуде C1 01 95, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021202s1.html>, приступ остварен 2. 6. 2020.

¹⁹ F. Ferrari, How to Create One Uniform Contract Law, 5 *Vindobona J Int'l Commercial Arbitration* 3, 2001, p.3-21, p. 18-19.

²⁰ Чл. 3. ст. 1. Конвенције.

²¹ Видети: чл. 3. ст. 2. Конвенције.

²² S. Green, D. Saidov, Software as Goods, *Journal of Business Law*, March 2007, стр. 161-181, p. 161; P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd (English) edn, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 28-30.

израђен специјално за наручиоца, онда нема места примени Конвенције, будући да се ради о уговору о пружању услуга.²³

Може се закључити да је поље примене Конвенције омеђено на више начина: по карактеру уговора - примењује се на уговоре о међународној продаји (чл. 1. и 3. БК), временски (чл. 100.), по предмету продаје (чл. 2.), по појединим правним питањима (чл. 4. и чл. 5.), на основу исказане воље странака (чл. 6.) и на основу изјава и резерви које су предвиђене у њеном тексту (чл. 92-96.).²⁴

3. Бечка конвенција и питање пуноважности уговора

Према чл. 4. БК, Конвенцијом се регулише закључење уговора о продаји, као и права и обавезе уговорних страна, које проистичу из уговора. Посебно, изузев ако није изричито другачије предвиђено Конвенцијом, она се не односи на:

а) пуноважност уговора, као и на пуноважност било које његове одредбе, или обичаја и

б) дејство које би уговор могао имати на својину продате робе.

Из наведене одредбе произилази да Конвенција **ћути** о условима за **пуноважност** уговора. Овакав приступ последица је немогућности да се дође до компромиса између схватања континенталног и англосаксонског права. Члан 4. Конвенције је пример норме којом није ништа суштински решено, што показује да питање уређивања пуноважности уговора о продаји није потпуно сазрело за унификацију на међународном плану.

4. Међународни карактер и аутономно тумачење БК

Неспорно је да међународни извори права, након њихове ратификације од стране потписница, доприносе хармонизацији и унификацији права међународне трговине. Међутим, у пракси се догађа да у поступку примене таквих извора, судови различитих држава на различит начин читају једнообразни међународни правни текст, односно тумаче га у складу са концептом партикуларних, националних правних традиција.

Редактори БК су, у циљу материјалне (субстантивне) униформности, у члану 7. ст. 1. предвидели да ће се „приликом тумачења Конвенције водити рачуна о њеном међународном карактеру и о потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини“.²⁵ Оваква одредба БК значи да се она

²³ Видети: А. Fakes, The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer Software and Database Transactions, (3) *Software Law Journal*, 1990, стр. 559 - 582, с. 582; J. Mowbray, The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce Transactions: The Implications for Asia, 7 *Vindobona J Int'l Commercial L Arbitration*, 2003, стр. 128-129; Видети: пресуда Апелационог суда у Генту (Белгија) у спору „S.R.L. Orintix v. NV Fabelta Ninove” од 24. новембра 2004. године, број пресуде: 1998/AR/2613, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041124b1.html>; пресуда Апелационог суда у Келну (Немачка) у спору „Market study” од 26. августа 1994. године, број пресуде: 19 U 282/93, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>; пресуда Округног суда у Минхену (Немачка) у спору „Standard software case” од 8. фебруара 1995. године, број пресуде: НКО 24667/93, доступно на интернет адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>.

²⁴ М. Станивуковић, UNCITRAL-ова Конвенција о уговорима... (1998), стр. 68-84.

²⁵ Члан 7 (1) гласи: Приликом тумачења ове конвенције водиће се рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.

не може тумачити на подлози метода и мерила било ког националног права, која се примењују при тумачењу њихових домаћих извора.²⁶

Увођење међународног карактера Конвенције као критеријума њене интерпретације, требало би да укаже на потребу поштовања међународних правила и обичаја, односно да **међународно** има **предност** над националним. Међународни карактер, као први руководни принцип интерпретативне клаузуле Конвенције, значи да она мора бити тумачена аутономно. Појединим терминима Конвенције не би могли да се аутоматски придају значења, која они имају у националним правима.²⁷ Императив да се при тумачењу Конвенције води рачуна о њеном међународном карактеру произлази из чињенице да је Конвенција правни акт који је припреман и донет на међународном нивоу: реч је о аутономној правној материји која квалификатив аутономности задржава и после формалног укључивања Конвенције у различите националне правне системе.²⁸ Чест је случај у пракси да национални судови тумаче Конвенцију у складу са укоренењем домаћим схватањима, посебно када постоји термилошка подударност, или сличност у нормама Конвенције са одредбама националног права. Таква тенденција, која тумачење Конвенције подвргава правилима националног права, чији је она саставни део, се у правној теорији означава као **homeward** тренд. Реч је о методу тумачења међународних правила применом истих метода и на истоврсни начин на који се тумаче домаћи национални правни акти.²⁹ У том контексту **homeward** тренд

²⁶ F. Ferrari, Tribunale di Vigevano: Specific Aspects of the CISG Uniformly Dealt With, *Journal of Law and Commerce*, 20/2001, p.225-239, p. 225-226. Наведено према: С. Жорић, *Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (1980): неопходност аутономног тумачења, једнообразности у примени и поштовања начела савесности у међународној трговини*, магистарски рад, Београд, 2014, стр. 33.

²⁷ P. Huber, A. Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier ELP, Munich 2007, p. 7.

²⁸ M. J. Bonell, „Article 7“, Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan 1987, p. 73.

²⁹ Суштински, **homeward** је супротан аутономном концепту тумачења међународних једнообразних аката, и води фаворизацији тзв. *lex forisma*. У основи, *lex forism* је једна од **homeward** тренд варијанти, коју одликује усмереност на примену права форума (*lex fori*), који доноси одлуку о спору. У тежњи за потпунијим националним обликом *lex forisma*, у пракси има примера оспоравања Бечкој конвенцији статуса конститутивног елемента *lex fori*, чак и када њена примена делимично, или у целини, није изричито искључена, сагласно члану 6. Конвенције. У предмету бр. Т-16/2013, у вези са спором пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије у Београду, између продавца из Србије и страног купца, сагласно одредбама Арбитражног споразума, садржаном у члану 6. Уговора о продаји, Тужилац и Тужени су уговорили „примену важећих прописа Републике Србије.“ На расправи је пуномоћник Тужиоца, позивајући се на чл. 6. Уговора, тврдио да примена закона земље форума (арбитраже), искључује примену међународних извора права. Према његовом мишљењу, формулација арбитражне клаузуле, која указује на примену прописа Србије, самим тим искључује примену Конвенције ОУН о уговорима о међународној продаји робе (БК 1980.). Арбитар појединац је, у вези са ставом пуномоћника тужиоца, исправно пошао од принципа „*opting out*“, који усваја сама БК, према коме се примена Конвенције претпоставља, осим уколико стране нису искључиле њено важење за њихов конкретан међусобни уговорни однос. У конкретном случају странке у спору, у својству продавца и купца, имају пословна седишта у Србији и у Словенији, које су приступиле Бечкој конвенцији. Члан 1. Бечке конвенције предвиђа: „Ова конвенција примењује се на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своје седиште на територијама различитих држава: када су те државе уговорнице“ (тзв. „директна примена“), или када правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе чланице (чл. 1. ст. 1. Бечке Конвенције), тзв. „индиректна примена.“ Како у конкретном случају, уговорне стране нису искључиле примену Бечке конвенције, коју је Србија ратификовала, у Уставом предвиђеном поступку, она чини конститутивни елемент „важећих прописа Републике Србије,“ чију су примену странке јасно и недвосмислено уговориле чланом 6. Уговора.“ Арбитар је, сагласно чл. 7. ст. 1. Бечке конвенције, указао и на потребу да се „приликом њеног тумачења води рачуна о њеном међународном карактеру, у циљу једнообразности њене примене и поштовања начела савесности у међународној трговини“. Поред тога, међународни карактер Конвенције, као критеријум њене интерпретације, обавезује да се „међународном“ уступи предност у конкуренцији са „националним“. Из

представља негацију аутономног начина тумачења међународних конвенција и занемаривања њиховог атрибута међународности. У литератури се подвлачи да је homeward тренд својствен судској и арбитражној пракси у САД³⁰, чији форуми на основу судске праксе у примени одредаба Једнообразног трговачког законика САД, тумаче и одредбе Конвенције, посебно уколико постоји термилошка подударност, или сличност између њихових норми. Јуриспруденција указује да посебан вид homeward тренда представља позивање судова на ставове судске праксе који су засновани на тумачењу правних института и норми у контексту националног права.³¹

Последице homeward приступа носе ризик дивергентних тумачења, што може довести до неправилне примене одредаба Конвенције.³² Уколико би се једнообразни конвенцијски текст тумачио различито у земљама чланицама, изостало би остварење циља о њеној униформној примени, а у истоветним правним ситуацијама би се могла формирати различита судска и арбитражна пракса, што би могло условити и појаву тзв. куповине форума (forum shopping).³³

Водич за судије и арбитраже при тумачењу Конвенције, која има своју аутономну природу, треба да буде њен чл. 7. ст. 1.³⁴ Сврха уношења чл. 7. ст. 1. у текст БК проистекла је из потребе да се Конвенција, у земљама које припадају различитим правним традицијама са специфичним интерпретативним приступом правним феноменима, тумачи и примењује на аутономан, јединствен и „анационалан“ начин. Дакле, реч је о одредби која је, по својој суштини, временом постала стандардна карактеристика униформног права, која представља интерпретативну клаузулу бројних униформних докумената различите правне природе, као што су конвенције, модел закони и други аутономни извори права.

Ваља нагласити да без обзира на захтев за аутономним тумачењем БК, њене норме се, ипак, не могу тумачити без било каквог ослонца на правне норме националних правних система. То произлази и из самих одредби Конвенције, које се позивају на колизионе норме међународног приватног права,³⁵ као посебне гране, која припада унутрашњем националном правном систему.³⁶ Дакле, обавеза аутономног тумачења БК, као њеног најважнијег начела, ипак, нема апсолутни карактер.

4. БК и обавеза поштовања начела савесности и поштења

Стриктна примена права и правне технике понекад може имати за последицу неправична решења, претварајући одређене односе у тзв. тешке случајеве (е. hard

изнетих разлога, арбитар је на решење предметног спора примарно применио Бечку конвенцију, а не коресподентне норме Закона о облигационим односима, на чему је инсистирао Тужилац.

³⁰ Sh. Salama: “The “homeward trend” as a method of interpretation in the United States remains one of the greatest obstacles to the creation of a foreign law based jurisprudence for the CISG.” (Видети: F. Ferrari (2009), стр. 181.

³¹ Видети: М. Ђорђевић, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси - искуства и перспективе, *Анали*, бр. 2/2012, стр.256-275.

³² J. Lookofsky, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*, Suppl. 29 (eds. J. Herbots, R. Blanpain), Kluwer Law International”, The Hague 2000, стр. 49-50. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>, приступ Интернету - 10. децембар 2019.

³³ Forum shopping представља активност, у виду различитих техника, за којом посежу странке приликом настојања да спор „привуку“ ка јурисдикцији трибунала за који сматрају да ће донети по њих најповољнију пресуду или одлуку.

³⁴ J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Kluwer Law International, The Hague 1999, p. 15-16.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>, Наведено према: С. Жорић, *op. cit.* стр. 24.

³⁵ Видети: Члан 1. ст. 1. тачка б) и чл. 7. ст. 2. БК.

³⁶ А. Ђирић, *Међународно трговинско право: Општи део*, Правни факултет, Ниш, 2010. стр. 23.

cases). Захтеви за стриктном формално-правном применом права могу довести до повреде правичности. Због тога савремено право, било да је реч о националном, регионалном или универзалном нивоу, предвиђа коришћење одговарајућих корективних механизма у виду примене начела савесности и поштења, начела правичности, добрих обичаја и других стандарда.³⁷

Овом питању је одређена пажња удељивана још у римском праву, преко института *bona fides*, као израза поштовања морала, савесности, добрих обичаја, исконског поштења. Јуриспруденција оцењује да се, у приватном праву, ове вредности постижу успостављањем баланса и еквиваленције у пословним односима уговорних страна.³⁸

Начело савесности и поштења представља спону између права и морала. Као што ниједна друштвена заједница не може да опстане уколико у својој основи нема етички садржај, тако и у сфери уговорних односа, између два лица која закључују уговор, мора постојати однос који се, између осталог, заснива на поверењу и поштењу.³⁹ Ово начело је еманација етичког и социјалног супстрата друштва. Оно је противтежа индивидуалистичком принципу аутономије воље уговорних страна, због чега се може рећи да су та два начела пример дијалектичког јединства супротности.⁴⁰

У погледу правне природе, начелу савесности и поштења се придаје значај генералне клаузуле, правног стандарда, или бланкетне норме.⁴¹ Према преовлађујућем ставу теорије, реч је стандарду чија садржина није унапред дата, ни у погледу претпоставке, ни у погледу санкције.

У литератури се указује да се појам савесности односи на поузданост, отвореност и искреност једне уговорне стране из уговорног односа, на његову спремност да уговором преузете обавезе испуни у потпуности и на ваљан начин, уз истовремено очекивање таквог понашања и од друге стране.

Поштење, пак, значи спремност сауговарача да са своје стране оправда поверење које му поклања друга страна. Он то чини спремношћу на савесно испуњење свих обавеза, које му намеће конкретни облигациони однос.

Задатак одређивања садржине одређеног начела (стандарда) у сваком конкретном уговорном односу има судија, или арбитар, с обзиром на све околности случаја.⁴² Применом овог стандарда врши се морализација уговорно-правних односа, будући да и оно што није забрањено, може да не буде поштено.⁴³

Обавеза поштовања начела савесности и поштења, приликом интерпретације одредаба БК, подразумева дужност судије или арбитра да их не тумачи на начин којим би се штитило несавесно, или непоштено, понашање уговорне стране у конкретној правној ситуацији.

³⁷ Видети: С. Перовић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 60; С. Жорић, *op. cit.* стр. 59.

³⁸ В. Вулетић, Од *bona fides* до начела савесности и поштења, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, стр. 258-287, с. 260. Видети и С. Жорић, *op. cit.* стр. 60.

³⁹ Д. Стојановић, *Савесност и поштење у промету*, Савремена администрација, Београд, 1973, стр. 131.

⁴⁰ О. Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 39.

⁴¹ Д. Стојановић, *op. cit.* стр. 7.

⁴² М. Марковић, Генералне клаузуле-фрагментарна скица за студију о правном стандарду, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр.7, 1968, стр. 9-25.

⁴³ Члан 999. Општег имовинског законика за Црну Гору. О томе: М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012. стр. 54.

БК нормира ово начело веома кратко, у делу текста који се односи на питања њеног међународног карактера и потреби да се унапреди једнообразност њене примене.⁴⁴

Међутим, без обзира на ту лапидарност и на чињеницу да у одредбама Конвенције нема експлицитног одређења обавезе да се поступа у доброј вери, традиционални задаци овог начела имплицитно прожимају текст Конвенције. На тај начин Конвенција третира начело савесности и поштења у целовитом, холистичком смислу. Интерпретативна клаузула Конвенције представља вид императивног налога судовима и арбитражама да, код примене Конвенције, а у зависности од околности конкретног случаја, препознају услове за примену и оних одредби које на индиректан, имплицитан начин изражавају начело савесности и поштења у међународној трговини. Реч је о нормама које могу да се класификују према три основна циља који су иманентни доброј вери и савесном понашању у обављању пословних операција:

- а) унапређење потпуне, искрене и савесне размене релевантних информација;
- б) спречавање уговорних страна да имају корист од таквог понашања, које би за последицу имало осујећење извршења уговора и
- в) *in favorem contractus* (спасавање уговора), уз свођење штете на минимални ниво, која би могла да проистекне као последица раскида уговора.⁴⁵

Судови и арбитражни трибунали су у обавези да, одлучујући у правној ствари у којој се примењује Конвенција, узму у обзир на који начин ће њихове одлуке допринети унапређењу начела савесности и поштења у међународној трговини.

Међутим, начело савесности и поштења не треба посматрати једино као средство тумачења Конвенције у рукама судија и арбитра. Пре судова и арбитража, ово начело, као императив, обавезује и саме уговорне стране. Уколико се и од самих странака не би захтевало да се понашају у складу са начелом савесности и поштења, онда би и само тумачење Конвенције, било доведено у питање.⁴⁶ Другим речима, услови за унапређење начела савесности и поштења у међународној трговини биће испуњени омогућавањем судијама и арбитрама да санкционишу сва понашања уговорних страна која нису у складу с наведеним начелом, односно која су *mala fides*. Начело савесности и поштења не може постојати у вакуму нити ће се у пракси примењивати као правило уколико се и од самих странака не захтева његово поштовање.⁴⁷

Сматрамо да је овом принципу, као једном од основних начела уговорног права, требало посветити засебан став у тексту БК и знатно га јаче нагласити, а не узгред, само у делу реченице.⁴⁸ Међутим, и овако стипулисана норма о начелу савесности у

⁴⁴ Став 1. члан 7. БК: „Приликом тумачења Конвенције водиће се рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.“

⁴⁵ J. Klein, *Good Faith in International Transactions*, Liverpool LaReview, 15/1993, p. 125-134.

⁴⁶ П. Н. Цветковић, Тумачење уговора о међународној продаји робе: улога принципа добре вере и проблем „међународне“ интерпретације, *Право и привреда*, бр. 5-8, 2001, стр. 966-979, стр. 975.

⁴⁷ P. Coneru, *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles*, *Minnesota Journal of Global Trade*, 6/1997, p. 105-152, p. 140; T. Keily, *Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1999/1, p. 15-40; M. Bridge, *Uniformity and Diversity in the Law of International Sale*, *Pace International Law Review*, 15/2003, p. 55-89, p. 79. Наведено према: С. Жорић, *op. cit.*, стр. 77.

⁴⁸ Легислативна историја чл. 7 ст. 1 Конвенције показује да је део ове одредбе, којим је прописано да ће се приликом њеног тумачења водити рачуна о потреби да се унапреди начело савесности и поштења у међународној трговини, резултат тешко оствареног компромиса између два супротстављена становишта присутних делегата на Дипломатској конференцији 1980: (а) оних, углавном представника земаља које припадају систему цивилног права, који су били за уношење генералне

БК, несумњиво обавезује судове и међународне трговинске арбитраже да, по службеној дужности, воде рачуна о поштовању овог стандарда.⁴⁹ Обавеза судије или арбитра би била да отклони примену било које конвенцијске, законске или уговорне одредбе, која би у конкретном случају била супротна обавези поштовања савесности у међународној трговини, која је изричито предвиђена Конвенцијом (ст. 1. чл. 7. БК).

Потребно је подвући да примена начела савесности и поштења од стране форума, носи са собом потенцијалну опасност од угрожавања правне сигурности, његовом погрешном применом. Одлучивање по савесности и поштењу није стога одлучивање само по осећају права, или по правичној оцени, већ одлучивање по мерилима која захтевају конкретизацију, по широко објективним критеријумима који омогућавају узимање у обзир посебних околности случаја.⁵⁰

5. Општа начела БК и примена правила међународног приватног права

Када је реч о питањима која се тичу материје уређене БК, која она изричито не решава, текст Конвенције упућује на: **општа начела** Конвенције или, у њиховом одсуству, на **право меродавно** на основу правила међународног приватног права (МПП).⁵¹ У академским радовима из периода доношења БК, се указивало на малу вероватноћу да форуми који примењују Конвенцију, посебно арбитраже и судови, одустану од „истраживања” њених општих принципа и дају предност примени меродавног права, одређеног правилима МПП-а,⁵² што је каснија пракса углавном и потврдила. Са друге стране, поједини еминентни аутори указују на тешкоће које могу настати у процесу апстраховања општих принципа Конвенције.⁵³ Код различитих интерпретација става 2. чл. 7. Конвенције, странама се може препоручити да, питања која њома нису уређена, прецизније регулишу самим уговором. Тиме би се избегла могућност да судови и арбитраже, у случају евентуалног спора, сами тумаче одредбе Конвенције. Такво њихово тумачење могло би довести до резултата које стране нису могле предвидети.

6. Утврђивање намере уговорних страна према БК

Прво правило тумачења намере уговорних страна садржано је у чл. 8. ст. 1. Конвенције: „изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се у складу са њеном намером када је друга страна знала ту намеру, или јој та намера није могла бити непозната.“ Овде нема ни трага о потреби „утврђивања заједничке намере уговорних страна“, која је основ материјалне истине. Уместо тога усваја се критеријум формалног тумачења „изјаве или других понашања“ у складу са намером једне стране за коју је „друга страна знала, или јој она није могла бити непозната.“ Овакво тумачење типично

одредбе у Конвенцију, којом би се од уговорних страна захтевало да се понашају поштено и савесно, макар у време закључења уговора и (б) оних, нарочито из земаља у којима је заступљен систем општег права, који су били против било каквог експлицитног навођења начела савесности и поштења у Конвенцији, сматрајући да је реч о начелу које није довољно јасно, што би водило правној несигурности, будући да би се судије у његовој примени руководили националним концептима.

⁴⁹ М. Васиљевић, *op. cit.* (2012), стр. 53-54.

⁵⁰ Д. Стојановић, *op. cit.* стр. 8. и стр. 132.

⁵¹ Видети: члан 7. став 2. Конвенције.

⁵² J. S. Ziegel, C. Samson, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, July 1981, p. 15; рад је доступан на сајту <http://cisg.law.pace.edu>.

⁵³ P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, стр. 37; рад је доступан на сајту: <http://cisg.law.pace.edu>.

је за средњовековно право - теорија формалних доказа, која је превазиђена: изјава и спољашње понашање нису исто што воља и намера субјеката у уговорном односу.⁵⁴

Уколико наведено правило не може да се примени због чињенице да друга страна није знала за намеру лица које даје изјаву, примениће се **друго правило**, садржано у ст. 2. чл. 8. Конвенције: „Ако претходни став не може да се примени, изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се онако како би их разумно лице истих својстава схватило у истим околностима“. Конвенција је прихватила субјективистичко, англосаксонско тумачење изјава и понашања, које се заснива на ставу, према коме би се изјава или понашање уговорне стране, тумачили на основу изјаве или понашања, које би дало разумно лице (е. reasonable person). Такав стандард, у крајњем, може значити - колико лица толико и схватања.

У ст. 3. чл. 8. Конвенције дати су **допунски критеријуми** за утврђивање намере једне стране или схватања које би разумно лице могло имати у том погледу. Ови допунски критеријуми би требало да буду допуна ставовима 1. и 2. чл. 8. Конвенције, који су субјективистичког карактера. Допунским критеријумима уноси се доза реалности у тумачење и утврђивање намере уговорних страна, јер они полазе од извесних чињеница које могу допринети да се утврди стварна намера страна у конкретном уговору, или правној ситуацији насталој у вези са уговором. Ради аутентичности цитираћемо тај став: „Приликом утврђивања намере једне стране, или схватања које би имало разумно лице, водиће се рачуна о релевантним околностима случаја, укључујући преговоре страна, праксу коју су међусобно успоставиле, обичаје и свако њихово доцније понашање“. Мислимо да се под изразом „о релевантним околностима,“ могу подвести сви догађаји који су правно релевантни - све оно што се у правној теорији назива „правним чињеницама.“ У те чињенице спада трговачка и пословна пракса страна, обичаји у трговини који су прихваћени, понашање обе стране пре, за време закључења и после закључења посла. Све те околности су значајне за утврђивање праве намере уговорних страна и материјалне истине.

7. Значај трговачких обичаја у режиму БК

Обичај има знатно већи значај у међународној трговини него што је то случај у домаћем промету робе и услуга. Сви обичаји, локални, национални, регионални и међународни се, потенцијално могу применити у међународном трговачком промету робе и услуга.⁵⁵

Бечка конвенција условљава примену обичаја пристанком уговорних страна. Тако, члан 9. Конвенције предвиђа:

(1) Стране су везане обичајима са којима су се сложиле, као и праксом успостављеном међу њима.

(2) Ако није друкчије договорено, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или је морао бити познат, односно који је широко познат у међународној трговини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.⁵⁶

Став 1. члана 9. БК чини обичај обавезним за уговорне стране уколико су оне,

⁵⁴ Видети више о овом питању: М. Ђурђевић, Тумачење уговора истраживањем заједничке намере уговорних страна, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2013, стр.180-196.

⁵⁵ О тим питањима детаљније: В. Капор, Р. Ђуровић: *Општи услови пословања, кодификована правила и међународни трговачки обичаји*, Скрипта, Нови Сад, 1972.

⁵⁶ Сматрамо да је део реченице после другог “или” у ст. 2. чл. 8. Конвенције, до краја требало изоставити јер се ради о гомилању речи: “...”или морао бити познат и који је широко познат у међународној трговини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у дотичној струци”. Све се то своди на чињеницу да је обичај уговорним странама био познат, што је довољно.

сагласно својој слободној вољи, на његову примену **пристале**. Са друге стране, за праксу утврђену међу уговорним странама се не захтева пристанак страна за њену примену, будући да су је оне саме створиле.⁵⁷

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

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

Став је теорије и праксе да напред наведени услови морају бити испуњени кумулативно.⁵⁸ Тиме је БК усвојила објективни критеријум примене трговачких обичаја.⁵⁹

Конвенција не повлачи разлику између обичаја и узанси, што упућује на закључак да су узансе обухваћене категоријом обичаја. Будући да Конвенција не даје дефиницију трговачког обичаја, о његовом постојању одлучиваће суд, или арбитража.⁶⁰

8. Одређивање седишта уговорних страна према БК

У чл. 10. Конвенције дато је неколико критеријума одређивања седишта (e. business of place) страна из уговора о међународној продаји робе. Конвенција не дефинише појам седишта, јер се претпоставља да је то само по себи јасно. Ипак, у пракси су се, у вези са тим, јављале и одређене тешкоће. Сматра се да се седиште налази у месту у коме правно лице обавља своју делатност, односно у месту које је уписано у одговарајући регистар (судски регистар, трговачки регистар и сличне регистре, зависно од правног система поједине земље). Члан 10. Конвенције решава питање утврђивања седишта за случај да их једна страна има **више** од једног: У смислу ове Конвенције:

(а) ако једна страна има више седишта, узима се у обзир седиште које има **најтешњу везу** са уговором и његовим извршењем, имајући у виду околности које су биле познате странама, или које су стране имале у виду у било које време пре или у тренутку закључења уговора;

(б) ако једна страна нема седиште, узмеће се у обзир њено редовно боравиште.

⁵⁷ Ј. Вилус, *Коментар Конвенције Организације Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција из 1980.)*, „Информатор“, Загреб, 1981, стр. 28.

⁵⁸ Ibid, стр. 26-29.

⁵⁹ Трговачки обичај ће се, према објективној теорији, применити ако није супротан императивним законским нормама, или друкчијем споразуму уговорних страна. То значи да уколико уговорне стране не желе примену трговачких обичаја, оне га морају изричито искључити јер се свест о нужности поступања у складу с одређеним трговачким обичајем (opinio necessitatis) претпоставља. Према **објективној** теорији, трговачки обичај је извор права у објективном смислу. Он представља природни начин изражавања обичајног права у материји трговачког права, чију примену може искључити само ius cogens норма, или супротна воља уговорних страна. Према **субјективној** теорији, за примену трговачких обичаја потребно је да је примена уговорена или да је прописана законом. Дакле, тражи се постојање оба елемента. То значи да ће се, поред чињенице постојања трговачког обичаја и допуштености његове примене, захтевати и постојање свести о обвезатности поступања у складу са наведеним правилом понашања.

⁶⁰ О овоме више видети: М. Васиљевић (2012), op.cit. стр.15-16; А. Ђирић, Аутономни међународни трговачки правни поредак и нови Грађански законик Србије, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, стр. 264-284; А. Zubović, Primjena trgovačkih običaja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 27, br. 1/2006, стр. 307-343, стр. 313

Било би врло корисно да је Конвенција дала ближе критеријуме за одређивање пословног седишта. То би допринело лакшем утврђивању стварног седишта бројних **мултинационалних** компанија, чије организационе јединице послују на територијама у више од једне земље, неретко широм света. Из тих разлога је у пракси често тешко утврдити њихово право седиште, а тиме и постојање најтешње везе са уговором и његовим извршењем.

9. Бечка конвенција и питање форме уговора

У међународном трговачком праву постоје разлике у вези са питањем форме уговора уопште, а посебно о форми која је потребна за закључење уговора о међународној продаји робе.

Према латинском схватању, из консенсуалне природе уговора произлази да је форми уговора удовољено ако је постигнута сагласност воља уговорних страна.

У **енглеском** праву се уговори деле на писмене, који се потврђују, и уговоре на реч. Међутим, и уговори који се класификују на уговоре на реч, с обзиром на схватање о обавезности уговора - *consideration*, ипак, су у извесном смислу формални. Према томе, за енглеско право је форма, на неки начин, увек нужна. Потребна је, дакле, писмена форма као доказ о постојању уговора (*e. memorandum in writing*).⁶¹

У САД се такође захтева писмена форма за доказивање постојања уговора. Правила о томе се разликују од државе до државе. Према америчком Једнообразном трговачком закону, предвиђена је писмена форма као доказ за све уговоре чија вредност прелази износ од 500 долара.

У међународном **аутономном** трговачком праву, форма има посебан значај. Уговорне стране приликом састављања уговора уносе одређене клаузуле, на пример, „да ће уговор производити дејство од момента када га потпишу овлашћени представници” и слично, а уговарају се и посебне клаузуле којима се прецизира да ће се измене и допуне већ закљученог уговора вршити само писменим путем. Чињеница је да у савременом праву све више јача тенденција ка формализму. Стога се и говори о ренесанси формализма. Истиче се да форма користи уговорним странама, али и трећим лицима. Постојање форме поједностављује обављање царинских, пореских, фискалних обавеза и других формалности у међународном промету материјалних добара. Стога се у свим земљама, националним прописима, фаворизује писана форма. Сматра се да се на тај начин постиже већа правна сигурност у међународном промету робе и услуга.

Општи извори међународног трговачког уговорног права начелно усвајају принцип **слободе** форме.⁶²

Када је реч о **БК**, начело *solo consensu* сматра се једним од основних принципа на коме она почива.⁶³ У том смислу, чл. 11. БК предвиђа да уговор о продаји не мора да се закључи нити да се потврди у писменој форми, нити је подвргнут било којим другим

⁶¹ У Енглеској, за случај да вредност продате робе по уговору прелази износ од 10 фунти стерлинга, по *Sales of Goods Act*-у, се захтева писмена форма.

⁶² Упоредити чл. 11. БК, чл. 1. 2. *UCP* и чл. 2. 101. ст. 2. *PECL*. Приликом доношења Бечке конвенције, Међународна трговинска комора изнела је мишљење да би увођење писмене форме представљало озбиљну тешкоћу за промет робе и значило неправду за уговорне стране, нарочито када би се на таквој форми инсистирало у погледу ранијих преговора или каснијих измена. Комора је сматрала да је добро што се у Конвенцији нашла одредба о неформалности. У супротном, проблем избора правила о форми решавао би се применом правила Међународног приватног права, што би значило несигурност коју је Конвенција желела да избегне (*A/CONF. 97/Add. 2*, стр. 15. Према Ј. Вилус, *Коментар Конвенције Организације Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција из 1980.)*, Информатор, Загреб, 1981, стр. 38.

⁶³ U. Magnus, *Kotz's Criticism of International Uniform Law, Rabels Zeitschrift for foreign and International Private Law*, Volume 59, Issue 3-4, 1995. Рад је доступан на адреси: <http://cisg.law.pace.edu>.

захтевима у погледу форме. Она се може доказивати на било који начин, укључујући сведоке. Такође, из карактера одредаба БК (чл. 14-24.), произлази начело неформалности уговора о међународној продаји.⁶⁴

Поред тога, члан 29. ст. 1. БК предвиђа да уговор може да се измени или раскине, на неформалан начин, простим споразумом страна.

Како су у време утврђивања текста Конвенције земље чланице тадашњег СЕВ-а инсиситирале на формалности уговора, које у спољнотрговачком промету закључују њихова предузећа, у текст БК је унета резерва чијим стипулисањем државе могу искључити примену правила о слободи форме. Резерва је садржана у чл. 12. и чл. 96. БК. Члан 12. Конвенције упућује на могућност да државе изјаве резерву на одредбе чл. 11, којим се установљава принцип неформалности. БК нормира да стране не могу изменити или искључити дејство члана 12, позивајући се на чл. 6. Конвенције, који дозвољава да уговарачи споразумно одступе од њених правила. Могућност изјављивања резерве конкретизована је у члану 96. БК: држава уговорница чије законодавство захтева да се уговори о продаји закључују или потврђују у писменој форми може у било које време изјавити, у складу са чланом 12, да се одредбе чл. 11, чл. 29. или Дела II ове Конвенције, којима се дозвољава да се уговор о продаји закључи, измени или споразумно раскине или понуда, прихватање или било која друга изјава воље учини на неки други начин, а не у писменој форми, неће применити кад било која страна има своје седиште у тој држави.⁶⁵

Резерва је била нужна да би се постигло шире прихватање Конвенције. Ипак, њено инкорпорисање у текст Конвенције није могло битније погодити међународни промет, у коме се већина уговора, и иначе, закључује у писменој форми.

Питање закључивања уговора електронским путем није на изричит начин регулисано у Конвенцији. Међутим, тумачењем члана 11, према коме се уговор о продаји не мора закључити нити потврдити у писаној форми, сматра се да уговор може бити закључен, односно потврђен и електронском комуникацијом.⁶⁶ Што се тиче момента слања и пријема порука, у теорији се предлаже да се електронска порука сматра послатом када је ушла или ступила у информациони систем који није под контролом пошиљаоца на начин да може бити учитана или „скинута“, прочитана и схваћена од адресата - примаоца.⁶⁷

Prof. Aleksandar Ciric, LL.D
State University of Novi Pazar,
formerly a professor at the Faculty of Law of
the University at Nis

Forty years of The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods - CISG

- Summary -

The subject of this paper is limited by its scope, and it consists of analyzes based on attitudes of legal science, business, court and arbitration practice regarding important issues on: significance, application, general characteristics of the United Nations Convention on the International Sale of Goods of 1980 (Vienna Convention - VC); the validity of contracts for the international sale of goods; international character

⁶⁴ Правилима Другог дела Конвенције се дозвољава да се уговор о продаји закључи, измени или споразумно раскине, односно понуда, прихватање или друга индикација о намери учине на неки други начин, а не у писменој форми.

⁶⁵ Резерву у смислу члана 96. изјавиле су Аргентина, Белорусија, Чиле, Естонија, Мађарска, Литванија, Украјина и бивши СССР.

⁶⁶ CISG-AC Opinion no 1, Electronic Communications under CISG, 15 August 2003. Rapporteur: Professor Christina Ramberg, Gothenburg, Sweden. Доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>. Наведено према: Р. Вукадиновић, 2009, *op. cit.*, стр. 95.

⁶⁷ I. Carr, P. Stone, *International Trade Law*, Cavendish, 2005, p. 105. Наведено према: Р. Вукадиновић (2009), *op. cit.* стр. 97.

and autonomous interpretation of VK; obligations to respect the principles of conscientiousness and honesty; general principles of VC and application of the rules of private international law; determining the intention of the contracting parties towards BK; the importance of trade customs in the BC regime and in other sources of international trade contract law; determining the seat of the contracting parties according to VK and the form of the agreement on the international sale of goods according to VK.

Keywords: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG (Vienna Convention); Application of VK; International character of VK; Homeward trend; Autonomous interpretation of VK; The principle of conscientiousness and honesty; Intention of the parties; Trade customs in the VK regime; Determination of the seat of the contracting parties; Form of contract.