

KLAUZULA Odstupanja u međunarodnom privatnom pravu

Sažetak

Ako građanskopravni odnos sa elementom inostranosti ima slabu vezu sa državom, čije je pravo određeno kao merodavno na osnovu kolizione norme, a bitno bližu vezu sa pravom druge države, tada se primenjuje klauzula odstupanja i ne primenjuje se navedeno merodavno pravo. Naše zakonodavstvo u oblasti međunarodnog privatnog prava, još uvek, ne poznaje ovu klauzulu, ali je ona predviđena u Nacrtu Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije. U radu se analizira opravdanost primene klauzule odstupanja, koja menja pravnu prirodu kolizione norme i daje prednost činjenicama koje se vezuju za sam građanskopravni odnos, kao elementima koji određuju merodavno pravo. Autor se osvrće i na regulisanje navedene klauzule u pojedinim državama, bilo da se one nalaze u EU ili van nje. Isto tako, analizira se mogućnost primene ove klauzule i u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti.

Ključne reči: klauzula odstupanja, koliziona norma, autonomija volje, merodavno pravo, proper law teorija.

1. Uvodni deo

Merodavno pravo za rešavanje građanskopravnih odnosa sa elementom inostranosti određuje se na osnovu kolizione norme, odnosno tačke vezivanja kao sastavnog dela te norme, koja je zakonom predviđena, a u slučaju da zakon ne sadrži odgovarajuću kolizionu normu, merodavno pravo će se odrediti na osnovu norme koju određuje sud ili neki drugi organ koji rešava taj odnos. Tada sam sud ili drugi organ moraju da odrede karakterističnu činjenicu u okviru građanskopravnog odnosa, po kojoj će se odrediti merodavno pravo. Međutim, ako merodavno pravo, određeno po kolizionoj normi koja je regulisana zakonom, ima slabu vezu sa građanskopravnim odnosom koji treba da reši, ono se neće primeniti, već će se primeniti pravo koje je sa tim odnosom bliže. Tada govorimo o klauzuli odstupanja¹ od primene merodavnog prava određenog na osnovu kolizione norme. Sadašnji Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor i naučni savetnik, Institut za uporedno pravo, Beograd,
e-mail: v.colovic@iup.rs

¹ Koja se u pojedinim zakonodavstvima naziva i klauzula izuzetka.

zemalja Republike Srbije, koji je donesen u bivšoj SFRJ 1982. godine (dalje: ZRSZ), ne reguliše ovu klauzulu, ali to čini Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije iz juna 2014. godine (dalje: Nacrt ZMPP-a), u čl. 39. Nacrt ZMPP-a definiše opštu klauzulu odstupanja na taj način što definiše da se merodavno pravo koje je određeno na osnovu normi tog zakona neće primenjivati ako građanskopravni odnos ima slabu vezu sa tom državom, čije je pravo određeno kao merodavno, ali ima bitno bližu vezu sa nekom drugom državom. Ukoliko je to slučaj, primenjivaće se pravo države sa kojom građanskopravni odnos ima bližu vezu. No, Nacrt ZMPP-a predviđa i izuzetke, koji se odnose na izbor merodavnog prava putem autonomije volje, odnosno slobodnim izborom prava od strane stranaka u jednom ugovornom odnosu, kao i u slučaju kada se nastoji da se, određivanjem merodavnog prava, „ostvari odgovarajući materijalnopravni rezultat“, odnosno kada je u pitanju direktno određivanje merodavnog prava, koje će rešiti određeni građanskopravni odnos.

U ovom radu ćemo, pre svega, posvetiti pažnju drugim načinima određivanja merodavnog prava, ako kolizionna norma ne može dovesti do rezultata, tj. ako je u pitanju „slabija“ veza jednog odnosa sa jednom državom, zatim pitanju opravdanosti klauzule odstupanja, kao i pitanjima izuzetaka od primene ove klauzule, naročito kada govorimo o autonomiji volje stranaka kod određivanja merodavnog prava. Posvetićemo pažnju i zakonima drugih zemalja u ovoj oblasti, imajući u vidu da je, kada je u pitanju Srbija, reč o novom institutu, koji će tek biti primenjivan. Isto tako, jedno od ključnih pitanja jeste dokazivanje navedene „slabe“ veze sa određenom državom, odnosno da li će sud biti taj koji navedeno dokazuje ili će stranke morati da pruže dokaze da merodavno pravo određene države nema dodirne tačke sa većinom elemenata građanskopravnog odnosa. Najzad, klauzulu odstupanja ćemo odvojiti i od drugih instituta u međunarodnom privatnom pravu, koji, takođe, dovode do primene nekog drugog prava, a ne onog koje je određeno po kolizionnoj normi, ali iz razloga koji nisu isti kao kod klauzule odstupanja. Između ostalog, autori Varadi, Bordaš i Knežević (2001, p. 88) povezuju princip najtešnje povezanosti sa klauzulom odstupanja, sa čim ne bismo mogli da se u potpunosti složimo.

2. Opšte i posebne klauzule odstupanja

Klauzule odstupanja bi trebalo da daju veća ovlašćenja sudijama (ili drugim organima koji primenjuju kolizione norme) koji, u izuzetnim slučajevima, koriguju zakon, odnosno kolizionu normu. Međutim, ne možemo reći da je reč o korigovanju kolizione norme, već o primeni nekih drugih pravila (tačaka vezivanja) koja će dovesti do primene odgovarajućeg merodavnog prava. Navedena ovlašćenja se realizuju samo u konkretnim slučajevima (Kostić Mandić, 2017, p. 89), što znači da se jedna odluka suda ne primenjuje na veći broj istovrsnih ili sličnih slučajeva.

Inače, klauzule odstupanja mogu biti opšte i posebne. Opšte se odnose na sve kolizione norme u određenom zakonu, a posebne samo na određene građanskopravne odnose. Posebne klauzule odstupanja mogu da budu različito definisane, čak i u istom izvoru prava, dok se opšte formulišu na identičan ili sličan način (Kostić Mandić, 2017,

p. 90), kao što je to slučaj u većini zakonodavstava. Moguće je definisati i elemente opšte klauzule odstupanja. To su: postojanje bliže veze sa pravom druge države; slaba veza sa redovnim merodavnim pravom određenim na osnovu kolizione norme; i postojanje navedenog činjeničnog sklopa koji mora biti očigledan (Kostić Mandić, 2017, p. 90). Opšta klauzula odstupanja se ne primenjuje ako se radi o kolizionim normama koje obezbeđuju primenu određenog materijalnog prava, u cilju zaštite određenih lica, zatim kod postojanja jednostrane kolizione norme i kada se radi o određivanju merodavnog prava putem teorije najbliže veze. Isto tako, ako je država u svom zakonodavstvu predvidela opštu klauzulu odstupanja, ona se neće primenjivati na međunarodne ugovore koji su ratifikovani od strane te države (Kostić Mandić, 2017, p. 91). Kao što je rečeno, klauzule odstupanja ne nalazimo samo u zakonima već i u međunarodnim ugovorima, pa i u sudskoj praksi onih zemalja koje u svom zakonodavstvu ne poznaju ovu klauzulu. Da li će se definisati posebne klauzule odstupanja, zavisi od toga kako su kolizione norme definisane, odnosno koliko su one opšte (Kostić Mandić, 2017, pp. 93-94). Primena klauzule odstupanja će zavisiti od spremnosti sudova da „traže“ bližu vezu i da uzmu u obzir sve napred navedene elemente ove klauzule. Opšta definicija klauzule sa izuzetkom, koji se tiče autonomije volje, prisutna je u većini zakonodavstava, ali je sigurno da ona, u potpunosti, ne odgovara cilju koji se ovom klauzulom želi postići, a to je pravednost odlučivanja putem određivanja merodavnog prava države koja je blisko povezana sa građanskopravnim odnosom.

2.1. Klauzula odstupanja u stvarnopravnim odnosima

Kako bismo bliže objasnili posebne klauzule odstupanja, posvetićemo pažnju pravilima koja se primenjuju na stvarnopravne odnose. Naime, osnovno pravilo je *lex rei sitae* (mesto nalaženja stvari) i kod pokretnih i kod nepokretnih stvari. Primena ovog pravila se objašnjava sigurnošću pravnog prometa i činjenicom da je određena stvar najbliže povezana sa mestom gde se nalazi, a to mesto je lako utvrditi, pa se postiže i pravna sigurnost za stranke. To pravilo je u većini zakonodavstava prihvaćeno, pa možemo reći da je i u tom smislu postignuta skladnost kod primene istog (Đorđević, 2015, pp. 42-43). *Lex rei sitae* kao koliziono pravilo je čvršće vezano za mesto kad su u pitanju nepokretne stvari, a što se tiče pokretnih, može se postaviti pitanje mobilnog sukoba zakona. Naime, mobilni sukob zakona postoji kada se činjenice na kojima se zasniva tačka vezivanja, odnosno koliziona norma, sukcesivno vezuju za dva ili više pravnih poredaka u toku trajanja građanskopravnog odnosa, pri čemu, u kolizionoj normi, nije određen relevantan momenat vezivanja (Čolović, 2012, p. 126). Ako se jedna pokretna stvar premesti iz jedne države u drugu, koliziona norma može da ima praktičan značaj u odgovoru na pitanja: u kom momentu je zasnovan pravni osnov za sticanje nekog prava na stvari, bilo po ugovoru, nasleđivanju, održaju itd.; u kom momentu je nastala ili prestala državina lica na stvari u pitanju, i u kom momentu se ova pitanja postavljaju (Pak, 1991, p. 432). Rešavanje ovih pitanja zavisi od toga da li su u jednoj državi ova pravila imperativne ili dispozitivne prirode. Ako se donosi odluka o stvarnopravnom odnosu u vezi sa stvari, a pravila su

imperativne prirode, momenat primene kolizionog pravila treba vezivati za mesto gde se stvar nalazi u momentu odlučivanja. S druge strane, ako ta pravila nisu imperativna, onda će se mobilni sukob zakona rešiti prema momentu nastanka pravnog osnova (Pak, 1991, p. 432). Moramo imati u vidu da ako se ugovor odnosi na nepokretnosti, tada će se primenjivati pravo po *lex rei sitae*, bez obzira na mogućnost primene klauzule odstupanja (Kitić, 2016, p. 206).

3. Definisane klauzule odstupanja na isti ili sličan način u pojedinim zakonodavstvima (posledica nemogućnosti određivanja jasnih smernica za određivanje prava u takvim slučajevima)

Klauzula odstupanja predstavlja deo razvoja normi o sukobu zakona, pre svega u kontinentalnom pravu. Taj razvoj počinje još 1955. godine, donošenjem Konvencije o merodavnom pravu za međunarodnu prodaju roba, od strane Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, koja je sadržavala fiksne norme. U mnogim slučajevima tačka vezivanja se vezivala za uobičajeno boravište prodavca, a u pojedinim slučajevima i za uobičajeno boravište kupca. Ova pravila su primenjivana i u situacijama kad je ugovor imao slabu vezu sa državama za koje su bile vezane navedene činjenice. Nova konvencija iz 1986. godine, sa istim nazivom, sadrži ista pravila, ali sa klauzulom odstupanja (Von Overbeck, 1999, p. 127). Tek nakon donošenja švajcarskog ZMPP-a, klauzula odstupanja dobija svoje mesto u nacionalnim zakonodavstvima. Pojedina zakonodavstva, kao što je holandsko, definišu primenu klauzule odstupanja u skladu sa poštovanjem javnog poretka.

Što se tiče drugih zakona, pomenućemo, na prvom mestu, one koje su doneseni u susedstvu. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Republike Crne Gore iz 2014. godine (dalje: ZMPPCG) reguliše klauzulu odstupanja na sličan način kao što je to učinjeno u Nacrtu ZMPP-a, tako da se merodavno pravo određeno po normama tog zakona neće primeniti ako je očigledno da građanskopravni odnos ima slabu vezu sa normama tog prava, odnosno sa tom državom, kao i ako ima bitnu bližu vezu sa drugom državom. Isto tako, ZMPPCG definiše da se ova odredba neće primenjivati ako su same stranke izabrale pravo za rešavanje građanskopravnog odnosa. To znači da je ovaj zakon odredio da, samo kada je u pitanju autonomija volje, neće doći do primene klauzule odstupanja, odnosno samo kada se radi o rešavanju ugovornih odnosa, kao i pitanja nasleđivanja, ugovornih imovinskih odnosa itd. U pitanju je opšta klauzula odstupanja, što znači da će sud ili drugi organ morati da definiše činjenice koje će dovesti do primene ove klauzule, odnosno činjenice koje ukazuju na bližu povezanost određenog građanskopravnog odnosa sa drugom državom. No, ovde moramo postaviti pitanje koneksiteta građanskopravnog odnosa i izabranog prava, a o tome je, delimično, vodio računa i ovaj zakon definišući kriterijume za određivanje merodavnog prava i kod nasleđivanja i kod ugovornih imovinskih odnosa bračnih drugova.

I Zakon o međunarodnom privatnom pravu Republike Hrvatske iz 2017. godine (dalje: ZMPPRH) na sličan način kao Nacrt ZMPP-a, odnosno, ZMPPCG reguliše ovu klauzulu, s tim što je ovaj zakon jasnije predvideo ostvarenje materijalnopravnog rezultata

(kao i Nacrt ZMPP-a), odnosno merodavnog materijalnog prava, što i jeste cilj slobodnog izbora prava. I makedonski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2007. godine predviđa slične odredbe. Autor Deskoski navodi da su te odredbe slične odredbama slovenačkog, švajcarskog i belgijskog zakonodavstva. Nećemo ponavljati kako je makedonski zakonodavac definisao ovu klauzulu, imajući u vidu da je to učinio na isti način kao i već pomenuti zakoni (Deskoski, 2008, p. 443). Svi navedeni zakoni iz susednih zemalja definišu klauzulu odstupanja na isti način, što znači da su osnovni neophodni uslovi za njenu primenu: slaba veza sa državom, čije je pravo određeno po kolizionoj normi koju predviđa zakon; kao i postojanje činjenica u okviru građanskopravnog odnosa, koje su povezane sa drugom državom, a što oslikava jaku ili bitnu vezu tog građanskopravnog odnosa sa merodavnim pravom te države. Odluku o primeni ove klauzule mora doneti, pre svega, sud, kao i drugi organi koji primenjuju kolizione norme. Koje će kriterijume ti organi primeniti, zavisi od samog zakonodavca, imajući u vidu mogućnost definisanja posebnih klauzula odstupanja kod pojedinih građanskopravnih odnosa, odnosno kriterijuma za određivanje istih.

Već smo pomenuli švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu, koji, u čl. 15 predviđa klauzulu odstupanja i definiše da se merodavno pravo, određeno po tom zakonu, neće primenjivati u izuzetnim situacijama, kada to pravo ima veoma ograničenu vezu sa građanskopravnim odnosom koji ima bližu vezu sa drugim pravom. Ova odredba se neće primenjivati ako je u pitanju izbor prava putem autonomije volje. Kao što vidimo, klauzula odstupanja se definiše na isti način kao i u drugim zakonodavstvima. To je jedina odredba Zakona koja je posvećena ovoj klauzuli. Moramo reći da je ovaj zakon prvi regulisao ovu klauzulu na način koji je prihvaćen i sada u mnogim zakonodavstvima.

U Holandiji se ova klauzula primenjuje *ex officio*, što znači da je sud taj koji ocenjuje okolnosti njene primene. Ipak, autor smatra da sud treba da ponudi strankama mogućnost da iznesu svoje mišljenje o primeni klauzule (Boele-Woelki & Van Iterson, 1998, p. 10).

S druge strane, turski Zakon o međunarodnom privatnom i procesnom pravu iz 2007. godine ne reguliše klauzulu odstupanja na opšti način, ali, ipak, kod odredaba koje regulišu ugovorne odnose, definiše slučaj kada je ugovorni odnos bliži sa pravom neke druge zemlje, a ne sa pravom koje bi trebalo da bude određeno po normama Zakona (čl. 24, tač. 4). Pre svega, mora biti očigledno da ugovor ima bližu vezu sa pravom neke druge države, odnosno da okolnosti upućuju na to. Isto tako, može se dogoditi da se tačka vezivanja ne može primeniti na dati ugovor ako je u pitanju neki element ugovora koji nema vezu sa određenom državom. Najzad, može se dogoditi da pravo koje je merodavno po tački vezivanja ne može da pruži odgovarajući rezultat vezan za definisanje ugovornog odnosa (Güngör, 2008, p. 11). Činjenica je da turski zakonodavac pruža određene smernice koje se tiču određivanja prava, kao što je uobičajeno boravište dužnika glavne obaveze, zatim mesto obavljanja rada dužnika glavne obaveze ili njegovo sedište ili prebivalište, ako su u pitanju trgovački ugovori ili ugovori koji proizlaze iz profesionalnih aktivnosti stranaka. A u slučaju da dužnik u više mesta obavlja rad, primeniće se pravo po onom mestu rada sa kojim je ugovor najbliže vezan. Slična je situacija i kod odredaba koje regulišu ugovore o radu (čl. 27, tač. 4), odnosno ugovore o prevozu robe (čl. 29, tač. 4).

4. Regulisanje klauzule odstupanja u pojedinim međunarodnim izvorima i aktima EU

I u međunarodnim izvorima se definiše klauzula odstupanja. Inače, u većini međunarodnih akata definišu se smernice, na koji način će se rešiti pitanje nemogućnosti primene merodavnog prava u redovnim okolnostima primene kolizione norme. Posvetićemo pažnju aktima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, od kojih jedan jasnije definiše ovu klauzulu u odnosu na drugi, kao i onima koji su doneseni u okviru EU.

U okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo je 2007. godine usvojen Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, koji je Republika Srbija ratifikovala 2013. Protokol uvodi sveobuhvatni mehanizam kolizionih normi, koji je namenjen određivanju merodavnog prava za obaveze izdržavanja između srodnika. No, nas će, ovde, najviše zanimati čl. 5 Protokola koji predviđa klauzulu odstupanja, u odnosu na pravo koje se određuje po osnovnom pravilu, predviđenim ovim aktom, vezanim za uobičajeno boravište poverioca izdržavanja. Naime, odredba čl. 5 je na drugačiji način rešila određena pitanja koja su regulisana i Konvencijom o izdržavanju iz 1973. godine, a koja je predviđala da je za obaveze izdržavanja između supružnika, u slučajevima kada je brak razveden ili poništen, merodavno pravo koje je bilo primenjeno na razvod braka, odnosno poništaj braka (Bordaš & Đundić, 2013, p. 142). Ovo pravilo je bilo neprimenljivo u situacijama kada se zahtev za izdržavanje podnese u toku trajanja braka. Isto tako, teškoće su mogle nastati i kada se na razvod braka kumulativno primenjuje više prava, u slučajevima kada je to moguće. Kako bi se izbegli navedeni mogući problemi, donosilac Protokola je prvo odredio da se i na obaveze izdržavanja primenjuje čl. 3, koji se odnosi na pomenuto opšte pravilo, koje se primenjuje, bez obzira na to da li je brak prestao ili ne. Međutim, ovo rešenje nije uvek odgovarajuće. Naime, može se dogoditi da su bračni drugovi, pre razvoda, živeli u jednoj zemlji koja na drugačiji način tretira ovo pitanje od uobičajenih rešenja, a da je poverilac izdržavanja, nakon prestanka braka, zasnovao uobičajeno boravište u drugoj državi. Zbog različitih režima regulisanja izdržavanja predviđena je specijalna klauzula odstupanja u ovim situacijama i čl. 5 je predviđeno da se neće primeniti pravo uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja ako se jedna od strana protivi primeni tog prava i ako je brak u bližoj vezi sa pravom druge države, a posebno sa pravom one zemlje u kojoj su bračni drugovi imali poslednje zajedničko uobičajeno boravište (Bordaš & Đundić, 2013, p. 143). Posebnost ove klauzule odstupanja je u tome što se ona primenjuje ne kada o tome odlučuje sud ili neki drugi organ već na osnovu zahteva jedne od stranaka, odnosno jednog od bračnih drugova. Sama činjenica da je brak u bližoj vezi sa nekom drugom državom neće biti dovoljna da bi se ova klauzula primenila. Ali, i pored zahteva jednog od bračnih drugova, neće biti primenjena ova klauzula ako brak nije objektivno povezan sa nekom drugom državom. Moramo pomenuti da i druge činjenice mogu biti uzete u obzir prilikom primene ove klauzule, kao što je razlikovanje mesta uobičajenog boravišta bračnih drugova, koje se u trenutku donošenja odluke nalazi u drugoj državi, u odnosu na mesto nalaženja njihovog poslednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta. No, smatra se da bi donošenje odluke na osnovu ove činjenice

bilo teško opravdati. Reći ćemo još da se ova pravila primenjuju i kada se radi o poništaju braka (Bordaš & Đundić, 2013, pp. 143-144).

S duge strane, kod Haške konvencije o merodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode iz 1971. godine ne smemo kao klauzulu odstupanja definisati i predviđanje sekundarnih pravila. Taj akt predviđa primenu pravila mesta nastanka štetne radnje, odnosno određivanje merodavnog prava po *lex loci delicti commissi* kao osnovno pravilo, ali i pravilo mesta registracije, kao sekundarno, ako su svi akteri jedne saobraćajne nezgode vezani za zemlju u kojoj su registrovana vozila koja su učestvovala u toj nezgodi, odnosno ako se njihovo redovno boravište nalazi u zemlji gde je registrovano vozilo. To pravilo se odnosi na oštećeno lice koje je bilo putnik u vozilu u momentu nastanka nezgode, kao i na oštećeno lice koje je, u navedenom momentu, bilo van vozila (čl. 4a). Kao što vidimo, za primenu prava po mestu registracije vozila zahteva se ispunjenje uslova koji su međusobno vezani da bi mogao da se podnese zahtev za naknadu štete. Ukoliko ti uslovi nisu ispunjeni, primenjuje se mesto štetne radnje kao tačka vezivanja, tako da se, ovde, ne može raditi o klauzuli odstupanja.

4.1. Klauzula odstupanja u aktima EU

Analiziraćemo klauzulu odstupanja u dvema uredbama EU. Prva je Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne odnose br. 593/2008 od 17. juna 2008. godine (dalje: Uredba 593/2008), a druga je Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za vanugovorne odnose br. 864/2007 od 11. jula 2007. godine (dalje: Uredba 864/2007). Inače, klauzule odstupanja su česta pojava u aktima EU i služe ostvarenju načela najbliže veze u konkretnim slučajevima. Pojedini autori tvrde da klauzule odstupanja doprinose povećanju pravednosti u samom sistemu Međunarodnog privatnog prava (Meškić, 2009, p. 17).

Primena klauzule odstupanja je jasno određena u Uredbi 593/2008. Naime, i čl. 3 i čl. 4.3 ove uredbe predviđaju mogućnost odstupanja od merodavnog prava, bilo da je ono izabrano putem autonomije volje, bilo da je izabrano na osnovu pravila Uredbe, u slučaju kada stranke nisu izabrale pravo (Orejudo Prieto de los Mozos, 2011, pp. 7-8). Jedno od pitanja koje se može postaviti u vezi sa primenom ove klauzule, kada je u pitanju Uredba 593/2008, jeste i zaštita stranaka, konkretno zaposlenih, u slučaju zaključenja ugovora o radu i njihovih dejstava. Naime, Uredba 593/2008 predviđa klauzulu odstupanja i kada je u pitanju primena merodavnog prava kod pojedinačnih ugovora o radu. Ako je po čl. 8, tač. 4 ugovorni odnos bliže vezan sa nekom drugom državom, a ne sa onom čije bi pravo moglo biti određeno po kriterijumima koje predviđa ova odredba, predviđa se primena tog, bližeg, prava, ali se postavlja pitanje da li se može garantovati zaštita radnika po tom pravu koje je blisko vezano za taj ugovor (Van Hoek, 2014, p. 169). U svakom slučaju, kad govorimo o ugovornim odnosima, bez obzira da li je u pitanju primena Uredbe 593/2008 ili ne, moramo uzeti u obzir, na prvom mestu, autonomiju volje stranaka, tj. merodavno pravo koje one odrede. Ali, može se dogoditi da stranke ne poštuju koneksitet, tj. vezanost jednog ugovornog odnosa sa pravom države po elementima koji predstavljaju sadržinu

tog ugovora, kad moramo da primenjujemo druga pravila. Da li ta pravila predstavljaju klauzulu odstupanja ili ne, imajući u vidu da bi, u takvom slučaju, morala da se primenjuje hipotetička autonomija volje, koja nije stvarna volja stranaka, već odluka suda ili drugog organa o merodavnom pravu?

I kod vanugovornih odnosa, mišljenje je da se mora primenjivati merodavno pravo sa kojim taj odnos ima „težišni kontakt“ (Đokić, 2018, p. 114). Ne bismo se mogli složiti sa tvrdnjom da je ovo pravilo proizvod modernih zakona, već da se radi o načelu međunarodnog privatnog prava i kad su u pitanju vanugovorni odnosi. Uredba 864/2007 definiše da stranke, ako obavljaju trgovinsku delatnost, mogu za vanugovorne obaveze izabrati pravo i pre nastanka štetnog događaja, s tim da moraju da budu ispunjena dva uslova: 1. da je izabrano pravo za vanugovorne obaveze rezultat slobodnih pregovora štetnika i oštećenika i 2. da obe stranke u tom odnosu obavljaju trgovinsku delatnost. Međutim, neće biti dozvoljeno slobodno određivanje merodavnog prava od strane stranaka u navedenom odnosu ako se radi o trgovcu i potrošaču, odnosno poslodavcu i zaposlenom licu. Ovde se radi o zaštiti slabije strane u građanskopravnom odnosu, a pretpostavlja se da su to potrošač, odnosno zaposleni (Đokić, 2018, p. 114), ako se radi o šteti u vezi sa izvršenjem ugovora o radu. Ipak, slobodu određivanja prava od strane stranaka za vanugovorne obaveze ne smemo izjednačavati sa klauzulom odstupanja, kao ni sa teorijom najbliže veze. Klauzula odstupanja je izuzetak koji se primenjuje kada okolnosti slučaja upućuju na drugo merodavno pravo, a ne na ono koje je određeno po tački vezivanja.

5. Klauzula odstupanja kod merodavnog prava određenog od strane stranaka i primenom teorije *proper law*

5.1. Klauzula odstupanja i autonomija volje - exception clause i exemption clause

Rekli smo već da klauzula odstupanja, po opštim pravilima, neće biti primenjena ako je izbor merodavnog prava izvršen putem autonomije volje². Međutim, jedno od pitanja koje se može postaviti u vezi sa primenom ove klauzule odnosi se na mogućnost da ta klauzula ipak bude sastavni deo ugovora, odnosno da utiče na izvršenje ugovora. U vezi s tim, u nekim drugim pravima se pravi razlika između termina *exception clause* i termina *exemption clause*. Naime, oba instituta mogu da budu sastavni deo ugovora, odnosno da utiču na ugovor, ali postoje razlike među njima. Termin *exception clause* označava ugovornu klauzulu koja može dozvoliti ono što je suprotno očekivanjima od izvršenja ugovora, a odnosi se na pojedine izuzetke. S druge strane, *exemption clause* označava klauzulu kojom se ograničava ili isključuje odgovornost stranke za povredu obaveze iz ugovora.

² Uobičajeno je da institut autonomije volje vezujemo za ugovorne odnose, bez obzira na to da li je prisutan element inostranosti ili ne. Ali autonomija volje može biti prisutna i u drugim građanskopravnim odnosima, kao što su bračni odnosi i dr. U ovom delu ćemo, ipak, ovaj institut vezati za ugovorne odnose.

Ako bismo posmatrali klauzulu odstupanja u ugovoru, posmatrali bismo je kao jednu vrstu uslova, koja mora da prati i ostale elemente u ugovoru da bi mogla da utiče na sadržinu i izvršenje ugovora. Odnos ove klauzule i ugovora se može posmatrati i kao odnos glavnih i sporednih elemenata u jednom odnosu. U slučaju ništavosti ugovora, i klauzula je ništava (Abbasi & Bazrpach, 2016, p. 1909). S druge strane, ako je klauzula odstupanja u suprotnosti sa zahtevima ugovora ili eliminiše primarnu obavezu iz tog ugovora, ona je ništava i poništava i sam ugovor, osim ako se klauzula odstupanja i sadržina ugovora ne tumače zajedno, u cilju izvršenja ugovora. Ako se utvrdi da su stranke želele da se izvrši ugovor na drugačiji način u odnosu na bitne elemente sadržine tog ugovora, ova klauzula će promeniti i prirodu ugovora, što znači da će se promeniti i samo izvršenje ugovora (Abbasi & Bazrpach, 2016, p. 1910). Uopšte gledano, ugovorne strane, imajući u vidu princip slobodnog ugovaranja, mogu prilikom regulisanja međusobnih prava odrediti klauzulu o odbijanju određene ugovorne obaveze, odnosno o oslobađanju ugovornih obaveza. Naime, ako jedna strana zatraži da druga strana ispuni obavezu, a druga strana odbije da to učini, moguće je da tužilac preduzme radnju, kako bi primorao obveznika da ispuni obavezu, a u slučaju da je prinuda nemoguća, obavezano lice može da traži naknadu štete zbog povrede ugovora. Razlog je što se obavezano lice može osloboditi ispunjenja obaveze ako dokaže da se nije obavezalo na to. Upravo ova klauzula navedeno i predviđa (Abbasi & Bazrpach, 2016, p. 1911).

Posmatrajući ovu klauzulu ili ove klauzule, u okviru ugovora, možemo reći da njihovo određivanje zavisi od volje stranaka, odnosno da same stranke mogu utvrditi njihovu primenu. Ne smemo nikako vezati ove klauzule za primenu hipotetičke autonomije volje³ (koju ćemo i kasnije pomenuti), kad između izabranog prava i ugovora ne postoji koneksitet.

5.2. Teorija *proper law* i klauzula odstupanja

Kod ugovornih odnosa, moramo govoriti i o primeni teorije karakteristične prestacije⁴, kada se, takođe, može postaviti pitanje bliže veze građanskopravnog odnosa sa nekom drugom zemljom, a ne onom čije se pravo primenjuje. U vezi sa ovom teorijom, moramo pomenuti i teoriju *proper law*. Ova teorija, koju možemo povezati i sa teorijom centra gravitacije, definiše mogućnost primene bližeg prava. Teorija *proper law* podrazumeva tri elementa kod određivanja merodavnog prava: izričita namera stranaka; pretpostavljena namera stranaka; princip najbliže veze (Belović, 2012, p. 18). Po ovim činjenicama, treba primeniti ono pravo sa kojim jedan ugovorni odnos ima „najstvarniju“ vezu. S druge strane, postojala su mišljenja da prilikom određivanja merodavnog prava treba prihvatiti objektivni koncept, što znači da veze jednog odnosa (ugovor) sa nekim od potencijalno merodavnih prava mogu biti brojne i raznovrsne, a da se pomoću centra gravitacije definiše koncentracija tih veza u tom građanskopravnom odnosu. Po nekim

³ Kada sud umesto stranaka određuje merodavno pravo za rešavanje ugovornih odnosa.

⁴ Teorija koja se primenjuje u slučaju odsustva izbora prava putem volje stranaka, koja definiše određivanje tačke vezivanja po sedištu ili prebivalištu dužnika glavne obaveze u ugovoru.

mišljenjima, teorija *proper law* daje prednost pravu one strane u građanskopravnom odnosu koja je više u situaciji da postupa po određenim normama u vreme izvršavanja sopstvene obaveze, odnosno čija je uloga u tom odnosu aktivna i bitna i čije su obaveze kompleksnije. Možemo reći da teorija *proper law* ima unitarni karakter kada je u pitanju odnos ove teorije prema pravilima zakona i korekcija primene prava, ako je povređen javni poredak (Bagheri, 2014, pp. 129-130). Kad govorimo o sukobu zakona u građanskopravnim odnosima sa elementom inostranosti, govorimo i o institutu korektivne pravde. A korektivna pravda, ako govorimo o ugovorima, odnosi se na fizičku vezu između mesta zaključenja ugovora ili mesta njegovog izvršenja i prava. Ali upravo ovaj institut ne može uvek da podrži pretpostavku da zakon tih mesta može da upravlja ugovorom. Bitna je i volja stranaka, kao i primena principa najbliže veze koja, u stvari, izražava korektivnu pravdu koja se mora ostvariti između ugovornih strana (Bagheri, 2014, p. 130).

Švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. godine definiše da, ako stranke nisu primenile autonomiju volje u određivanju merodavnog prava, primeniće se pravo one zemlje sa kojom je ugovor najtešnje povezan (čl. 15). Smatra se da najtešnja povezanost postoji sa državom u kojoj stranka treba da izvrši karakterističnu prestaciju, ima svoje redovno boravište ili ako je zaključen ugovor od strane lica koje se profesionalno bavi trgovačkom ili nekom drugom delatnošću, kada će se odrediti pravo po njegovom sedištu. Ovde se, upravo, radi o teoriji karakteristične prestacije.

U SAD će se izabrano pravo primenjivati samo ako ima vezu sa ugovornim odnosom. Koji je razlog odbijanja primene prava po autonomiji volje je faktičko pitanje, jer se traži razuman osnov za to. Razuman osnov može biti i činjenica da su stranke izabrale pravo koje ne sadrži odredbe koje se mogu primeniti na dati ugovor (Ruhl, 2007, pp. 11-12).

Ne možemo da izjednačimo teoriju *proper law* sa klauzulom odstupanja, ali možemo objasniti potrebu za definisanjem prava za rešavanje ugovornih odnosa po nekim činjenicama koje su sastavni deo ugovornog odnosa, a koje, u svakom slučaju, moraju biti uzete u obzir kod bilo kog građanskopravnog odnosa.

6. Klauzula odstupanja i imperativnost kolizione norme

Ako prihvatimo da se klauzula odstupanja može primeniti u situacijama kada je građanskopravni odnos bliže vezan za pravo neke druge države, a ne one koja je određena po tački vezivanja koja je predviđena zakonom, onda bismo morali da se osvrnemo na imperativnost kolizione norme i ocenu suda ili drugog organa koji primenjuju kolizionu normu o opravdanosti tog odstupanja. Naime, koliziona norma se u slučajevima postojanja elementa inostranosti mora primeniti i sud je dužan da to učini *ex officio*. Odstupanje od primene kolizione norme, u ovim situacijama, govori da načelo imperativnosti neće važiti. Sami zakonodavci odstupanje od ovog načela zasnivaju na oceni da li je jedan odnos sa elementom inostranosti bliže vezan za neku drugu državu ili ne. Ako je sud taj koji najčešće primenjuje kolizione norme, onda on mora da odluči da li će se primeniti klauzula odstupanja. Da li će on to učiniti po službenoj dužnosti? Sumnjamo, s obzirom

na to da ne možemo očekivati da se sud upušta u utvrđivanje činjenica koje ne može da sazna bez učešća stranaka. Znači, o pojedinim činjenicama koje jedan građanskopravni odnos vezuju za neku drugu državu, a ne onu koja je određena kolizionom normom, sud mora biti obavješten od strane stranaka. Da li će sud, u svakom slučaju, uzeti u obzir obavještenje stranaka o tome, zavisi od konkretnog građanskopravnog odnosa i samih činjenica. Ovde čak možemo reći da će od interesa stranaka zavisiti i primena klauzule odstupanja. Moramo opet da pomenemo teoriju najbliže veze.

Osnovni zadatak klauzule odstupanja je otklanjanje nedostatka vezanog za primenu prava koje nije blisko povezano sa građanskopravnim odnosom. Umesto redovne kolizione norme, supstituiše se koliziona norma koja je bolje prilagođena datoj situaciji i primenjuje pravo države sa kojom je određeni odnos u najbližoj vezi. No, neophodno je da zakon ovlasti sudiju ili drugo lice koje treba da reši određeni građanskopravni odnos sa elementom inostranosti na navedeno (Kitić, 2016, p. 116).

U vezi sa navedenim, moramo reći da se ne radi o klauzuli odstupanja ako je u pitanju primena drugih instituta, koji takođe dovode do primene drugog prava u odnosu na pravo koje je određeno po kolizionoj normi. Tada se radi o drugim razlozima, koji su vezani za nemogućnost primene prava ili pojedina pravila međunarodnog privatnog prava. Naime, pojedini autori klauzulu odstupanja vezuju za neke od osnovnih principa međunarodnog privatnog prava kao što su: uzvratanje i upućivanje (*renvoi*), izigravanje zakona, prethodno pitanje, javni poredak i stečena prava (Tiburcio, 2013, p. 26). Ne možemo se složiti sa tim mišljenjem. Kod primene ove klauzule, treba isključiti primenu navedenih principa (Kitić, 2016, p. 141).

7. Zaključak

Da bismo mogli da odgovorimo na pitanje da li klauzula odstupanja treba da se definiše kako je to učinjeno u većini zakonodavstava, moramo, pre svega, da definišemo da li će se u slučaju kad je zakonodavac ograničio određivanje merodavnog prava, po jasno određenim tačkama vezivanja, raditi o klauzuli odstupanja, odnosno da li je primena ove klauzule stvar diskrecionog postupanja suda. Isto tako, da li će se u ugovornim odnosima, gde je izražena autonomija volje stranaka, raditi o primeni ove klauzule, kada se primenjuje neko drugo pravo, a ne pravo koje su odredile stranke, na primer, kada se radi o hipotetičkoj autonomiji volje.

Kod određivanja načina regulisanja klauzule odstupanja, nameću se dva rešenja, koja se mogu i kombinovati. Prvo rešenje se odnosi na definisanje klauzule odstupanja za svaku oblast, naročito kada govorimo o posebnoj klauzuli. Tada se mora definisati koji će se kriterijumi primenjivati za određivanje merodavnog prava ako jedan građanskopravni odnos ima slabu vezu sa pravom države koje je određeno po kolizionoj normi u toj oblasti, a bližu vezu sa drugom državom, ali po kriterijumima koji moraju biti unapred određeni. S druge strane, rešenje predstavlja definisanje klauzule odstupanja i na opšti način (Boele-Woelki, Joustra & Steenhof, 2010, p. 210).

Kod svakog građanskopravnog odnosa možemo odrediti elemente koji bi bili primenjeni u slučaju mogućnosti primene klauzule odstupanja, odnosno u slučaju kada jedno pravo određeno po kolizionoj normi ne može da se primeni, s obzirom na to da nije blisko povezano sa tim odnosom. No, moramo voditi računa i o pojedinim imperativnim pravilima, kao i o uslovima koji moraju da se ispune da bi bila primenjena ova klauzula. Uopšte, kad govorimo o merodavnom pravu, ono mora da ispuni niz uslova da bi moglo da se primeni na jedan građanskopravni odnos. Jedan od tih uslova je povezanost sa tim odnosom, odnosno bliskost sa elementima koji su sastavni deo tog odnosa (Dessemontet & Stoffel, p. 7).

Literatura

- Abbasi, A. & Bazrpach, H. 2016. Distinction between exception clause and exemption clause. *International Journal of Humanities and Cultural Studies*, Special Issue March, pp. 1903-1917.
- Bagheri, M. 2014. Conflict of Laws, Economic Regulations and Corrective/Distributive Justice. *Journal of International Law*, 28(1), pp.113-151.
- Belović, J. 2012. *Korektivna funkcija principa najbliže veze*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Bordaš, B. & Đundić, P. 2013. Haški protokol o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja – najnoviji izvor međunarodnog privatnog prava Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1, pp. 133-153.
- Čolović, V. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet „Apeiron“.
- Deskoski, T. 2008. The New Macedonian Private International Law Act of 2007. In: Bonomi A. & Volken P. (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. X. Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, pp. 441-458.
- Đokić, J., 2018. Deset godina Uredbe Rim II – odnos s Haškom konvencijom o mjerodavnom pravu za prometne nezgode. U: Ćurković M., Krišto J. & Zorić D. (ur.), *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije „Hrvatski dani osiguranja 2018“*. Zagreb: Hrvatski ured za osiguranje, pp. 112-122.
- Đorđević, S. 2015. Primena klauzule odstupanja u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti. *Nova pravna revija*, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 1-2, pp. 42-53.
- Güngör, G. 2008. The principle of proximity in contractual obligations: the new Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure. *Ankara Law Review*, 5(1), pp. 1-21.
- Kitić, D. 2016. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik.
- Kostić Mandić, M. 2017. *Međunarodno privatno pravo*. Podgorica: Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore.
- Meškić, Z. 2009. Osnove Evropskog kolizionog prava. *Pravna misao*, 3-4, pp. 5-30.

- Orejudo Prieto de los Mozos, P. 2011. The Law Applicable to International Mediation Contracts. *InDret, Revista Para el Análisis del Derecho*, 1, pp. 2-16.
- Pak, M. 1991. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd: Nomos.
- Tiburcio, C. 2013. Private International Law in Brazil: a brief overview. *Panorama of Brazilian Law*, 1(1), pp. 11-37.
- Van Hoek, A.A.H. 2014. Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?. *Erasmus Law Review*, 3, pp. 157-169.
- Varadi, T., Bordaš, B. & Knežević, G. 2001. *Međunarodno privatno pravo*. Novi Sad: Forum.
- Von Overbeck, A.E. 1999. The fate of two remarkable provisions of the Swiss Statute on Private International Law. In: Šarčević P. & Volken P. (eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. I, Verlag Dr. Otto Schmidt, pp. 119-134.

Internet izvori

- Boele-Woelki, K., Joustra, C. & Steenhoff, G., Dutch Private International Law at the end of the 20th Century: Pluralism of Methods, January 1998. Dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/43811856_Dutch_private_international_law_at_the_end_of_the_20th_century_pluralism_of_methods, (24.7.2019.)
- Boele-Woelki, K. & Van Iterson, D. 2010. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities, Netherlands Comparative Law Association. *Electronic Journal of Comparative Law*, 14(3), pp. 1-31. Dostupno na: <https://www.ejcl.org/>, (25.7.2019).
- Dessemontet, F. & Stoffel, W., Private International Law, <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf>, (17.7.2019).
- Ruhl, G. 2007. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*, Osgoode Hall Law School of York University, Research Paper no. 4, vol. 03, Toronto, pp. 1-41. Dostupno na: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>, (24.7.2019).

Pravni izvori

- Haška konvencija o merodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode 1971 (Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents). Dostupno na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=81>, (30.7.2019).
- Nacrt ZMPP, Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu, konačna verzija, sajt Ministarstva pravde Republike Srbije. Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, (15.7.2019).

- Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja 2007 (Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations). Dostupno na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133>, (10.7.2019).
- Švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu 1987 (Switzerland's Federal Code on Private International Law, english translation as amended until 1st April 2017). Dostupno na: <https://www.umbricht.ch/en/swiss-private-international-law-cpil/>, (10.7.2019).
- The Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718) 27.11.2007. Dostupno na: <http://jafbase.fr/docAsie/Turquie/Private%20international%20law%20Turkey.pdf>, (29.8.2019).
- Uredba 864/2007, Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za vanugovorne odnose br. 864/2007 od 11. jula 2007. godine (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *Official Journal of the European Union* L 199, 31.7.2007, pp. 40–49.
- Uredba 593/2008, Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne odnose br. 593/2008 od 17. juna 2008. godine (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal of the European Union* L 177, 4.7.2008, pp. 6–16.
- ZMPPCG, Zakon o međunarodnom privatnom pravu Republike Crne Gore 2014, *Sl. list Crne Gore*, br. 1/2014, 6/2014 – ispr., 11/2014-ispr., 14/2014 i 47/2015- dr.zakon.
- ZMPPRH, Zakon o međunarodnom privatnom pravu Republike Hrvatske 2017, *Narodne novine*, br. 101/2017.
- ZRSZ, Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Sl. list SFRJ* br. 43/1982, 72/1982, *Sl. list SRJ*, br. 46/1996.

Vladimir Ž. Čolović

Full-time Professor, Principal Research Fellow
 Institute of Comparative Law, Belgrade
 e-mail: v.colovic@iup.rs

EXCEPTION CLAUSE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

If the civil relations with the foreign element have a weak connection with a state whose law has been determined as applicable by the choice of law rule, but significantly closer connection to the law of another country, then the exception clause will apply, without taking into account the above mentioned applicable law. Our legislation in the

field of Private International Law does not yet know this clause, but it is envisaged in the Draft Act on Private International Law of Serbia. The paper analyses the justification of the application of the exception clause, which changes the legal nature of the choice of law rule, and favours the facts relating to the civil relations themselves as elements that determine the applicable law. The author also addresses the regulation of this clause in individual countries, whether within or outside the EU. Almost all countries similarly regulate this institute. The exception clause is, mostly, defined in a general way. Likewise, most legislation provides that this clause will not apply in the case of a choice of law by the parties. After all, the paper also analyses in particular the possibility of applying this clause in contractual relations with a foreign element. The author concludes that the exception clause must not be equalized with institutes of private international law such as: *renvoi*, *fraus legis*, public policy, proper law theory, etc. Namely, these institutes, also, lead to the application of a different right to that determined by the choice of law rule, but for other reasons, which are related to the violation of the law.

Keywords: exception clause, choice of law rule, party autonomy, applicable law, proper law theory.

Primljeno: 10.9.2019.
Prihvaćeno: 1.10.2019.