

JAVNI POREDAK U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Vladimir ČOLOVIĆ*

APSTRAKT

U savremenom međunarodnom privatnom pravu, jedan od instituta koji pokreće mnoga pitanja vezana za primenu stranog prava, kao i za priznanje stranih odluka, jeste institut javnog poretka. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije definiše javni poredak kao osnove društvenog uređenja naše zemlje. Smatramo da je, navedena, javnopravna definicija, neadekvatna. No, i u drugim pravima se javni poredak definiše na opšti način ili se uopšte ne određuje njegov pojam. U Švajcarskoj se ne definiše ovaj institut, već samo navodi da se strano pravo neće primenjivati, ako je protivno javnom poretku te zemlje. Osnovna funkcija javnog poretka u ovoj oblasti odnosi se na zaštitu pravnog poretka domaće zemlje u kojoj se primenjuje strano pravo, odnosno, priznaju strane odluke čije sadržine mogu biti u suprotnosti sa osnovnim normama domaćeg pravnog poretka koje se, u svakom slučaju, moraju poštovati. No, da li bi u svakoj situaciji mogli govoriti o zaštiti javnog poretka na navedeni način. Odnosi koje reguliše Međunarodno privatno pravo obuhvata odnose sa elementom inostranosti, a dejstva primene stranog prava, odnosno, priznanja strane odluke su mnogo šira, nego u situaciji kada elementa inostranosti nema. Samim tim, postavlja se pitanje, da li javni poredak možemo definisati u ovoj oblasti, kao i u oblasti javnog prava, odnosno, koje vrednosti u domaćem pravnom poretku možemo štiti neprimenom stranog prava ili nepriznavanjem strane odluke čija je sadržina u suprotnosti sa javnim poretkom domaće zemlje?

Ključne reči: Javni poredak, element inostranosti, merodavno pravo, strana odluka, građanskopravni odnos

UVOD

Pojam „javni poredak”, trebalo bi da nas upućuje na pravni ili zakonodavni poredak država. Međutim, takvo poimanje nije u potpunosti ispravno imajući u vidu da se javni poredak ne može definisati bez određivanja pojma „suvereniteta države”, u okviru kojeg je javni poredak kao institut, definisan načelima na kojima treba da počiva jedan državni sistem. U predmetnom radu, ne posmatramo javni

* Institut za uporedno pravo Beograd. E-mail: v.colovic@iup.rs

poredak sa stanovišta funkcionisanja države, već sa stanovišta funkcionisanja i poštovanja pravnog sistema. Stoga je definisanje javnog poretka kao osnova državnog ili društvenog uređenja jedne zemlje prihvatljivo. Međutim, definicija omogućava da se ovaj institut tumači nešto šire od uobičajenog tumačenja budući da bi u suprotnom, to jest u slučaju nedefinisanja ili nedovoljnog definisanja javnog poretka došlo do situacija u kojima bi sudovi i drugi nadležni organi arbitrarno donosili odluke o sadržaju ovog pojma, primenjujući istovremeno i odgovarajuće norme koje su ovim pojmom obuhvaćene. Za političku i pravnu fizionomiju država utvrđivanje javnog poretka zbog toga je veoma značajno, jer se javnim poretkom označava i obeležava njihov pravni identitet. To je ona determinanta prema kojoj se države međusobno razlikuju. Kad nestane javni poredak, nestaje i država.¹ Na ovom mestu nas, pre svega, interesuje zaštita javnog poretka od primene stranog prava, kao i priznanja i izvršenja stranih odluka. Naime, pokušaćemo da damo neke odgovore na pitanja koja se postavljaju u međunarodnom privatnom pravu, kad se radi o zaštiti javnog poretka. Odmah na početku valja uočiti da su norme javnog poretka imperativne norme, odnosno, njihov uži deo. Sledstveno, ove norme moraju zaštititi javni poredak ukoliko bi strano pravo ili strana odluka bili sa njim u suprotnosti. Ovde mislimo na javni poredak domaće zemlje, to jest, države u kojoj bi trebalo primeniti strano pravo, odnosno, u kojoj dolazi do priznanja i izvršenja strane sudske odluke, bilo da je ona sudska ili arbitražna. U zakonodavstvima većine zemalja, bez obzira da li se radi o posebnom aktu koji reguliše ovu oblast ili ne, postoje odredbe koje se odnose na zaštitu javnog poretka, kao i na pretpostavke za priznanje stranih odluka od kojih se jedna odnosi na zaštitu javnog poretka. Uglavnom su te odredbe opšte, odnosno, odredbe samo pominju zaštitu javnog poretka, ne upuštajući se u definisanje ovog instituta. Drugačije je u zakonodavstvu Republike Srbije, o čemu ćemo kasnije posvetiti pažnju.

JAVNI POREDAK I JAVNI INTERES

Pojam javnog poretka pokreće pitanje, da li javni poredak možemo upodobiti sa pojmom javnog interesa? Činjenica je da se ova dva pojma razlikuju, iako je, kako to pojedini autori tačno definišu, javni interes podloga javnom poretku, jer je javni poredak skup najbitnijih javnih interesa, koje je neophodno štititi.² Razlikuju se tri osnovna elementa javnog interesa. Prvi se tiče neophodnosti ostvarivanja i zaštite ljudskih sloboda i prava. Drugi se tiče omogućavanja odvijanja društvenog života. Treći element se odnosi na nesmetan i uredan rad državnih organa i javnih ustanova.³ U Španiji, samo javnopravne norme mogu biti

¹ M.Mitrović, *Međunarodnopravni kontinuitet i sukcesija država*, Savetnički rad, SMIP, Beograd 1991, str. 5.

² Z. Tomić, Javni poredak: pojam i struktura, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2019., god. LXVII, br. 2, str. 35.

³ *Ibid.*, str. 36.

obavezne norme, obzirom da doprinose zaštiti javnog interesa za razliku od normi privatnog prava. Najčešće ove norme štite javni interes, ali one mogu obuhvatiti i norme koje štite privatne interese, kao što je to, na primer u Danskoj, Poljskoj i Sloveniji.⁴ Nekada je teško razlikovati da li norma štiti samo javni ili samo privatni interes, odnosno, da li služi zaštiti i jednih i drugih interesa?⁵ S obzirom da se u ovom radu bavimo pitanjem zaštite javnog poreka u Međunarodnom privanom pravu, valja sagledati da pojedini autori ističu da je odbijanje primene stranog prava uzrokovano zaštitom javnih interesa domaće države. Javni poredak ne može obuhvatiti norme koje štite privatne interese. Strano pravo i strana odluka se neće primeniti samo ako su u suprotnosti sa javnim poretom zemlje primene prava, odnosno, zemlje priznanja strane odluke. Javni poredak u tim situacijama pojavljuje se kao instrument izbora prava, to jest, on ne dozvoljava primenu prava do kojeg smo došli primenom kolizione norme.⁶

DEFINICIJA JAVNOG PORETKA

Definisanje javnog poretka jedne zemlje nije lako, a kod nas se ovaj pojam definiše kao osnov društvenog uređenja, što takođe, nije dobilo svoje određenje.⁷ Generalno uzevši, pojam „društveno uređenje” ostao je iz ranijeg poretka koji je vladao u našoj zemlji. Bilo bi, možda, uputnije prihvatiti pojam „javni poredak”. Videćemo, kasnije, da se i u zakonodavstvu Republike Srbije, koje reguliše oblast međunarodnog privatnog prava, upotrebljava pojam „osnove društvenog uređenja”. Šta konkretno čini javni poredak, određuj po pravilu najviši zakonski akti jedne države. To su osnovni principi na kojima počiva jedan pravni sistem.⁸ Norme javnog poretka moramo, pre svega, definisati kao supstancijalne norme domaće države, koje se, u svakom slučaju, moraju zaštititi. Naime, radi se o normama koje nisu enumerisane, odnosno, norme su određene opštim pojmom. Ipak, sud ili drugi organ moraju odrediti šta spada u te norme, kako bi mogli da definišu njihovu zaštitu. Zaštitu javnog poretka regulišu i unutrašnji propisi koji definišu norme međunarodnog privatnog prava, ali i međunarodne konvencije. Ono što može praviti problem kod zaštite javnog poretka, odnosi se na činjenicu da navedeni akti ne definišu koje su norme javnog poretka, odnosno, ne definišu njihovu sadržinu, već definisanje istih prepuštaju nadležnim organima, koji ih

⁴ T. Szabados, „Overriding Mandatory Provisions in the Autonomous Private International Law of the EU Member States — General Report“, *ELTE Law Journal*, 2020, no.1, p. 17.

⁵ *Ibid.*

⁶ T.M. de Boer, “Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community”, University of Amsterdam, 2008, p. 4. https://pure.uva.nl/ws/files/4158129/58767_285248.pdf, 10.10.2022.

⁷ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001, str. 134.

⁸ Vladimir Čolović, *Međunarodno privatno pravo*, Panevropski Univerzitet „Apeiron”, Banja Luka 2010, str. 95.

primenjuju, odnosno, koji ocenjuju kad je povređena odnosna norma javnog poretka.⁹ Opravdanost pozivanja na zaštitu domaćeg javnog poretka zavisi i od činjenice, da li pravni odnos u pitanju ima usku vezu sa domaćom zemljom i njenim pravom ili ne?¹⁰ Ako je ta veza labava, onda nema opravdanja za odbijanje primene stranog prava.¹¹ Naš stav je u tom pogledu negativan iako se ovakva opravdanja pojavljuje u nekim predlozima zakonskih akata u ovoj oblasti s obzirom na činjenicu da merodavno pravo strane države, u slučaju primene proizvodi dejstvo na teritoriji domaće zemlje. Bez obzira da li se radi o pravnom odnosu koji se tiče nekog fizičkog ili pravnog lica, kao i bez obzira na činjenicu kojeg su državljanstva, odnosno, državne pripadnosti ta lica, moramo imati na umu da bi primena merodavnog prava koje je u suprotnosti sa javnim poretkom domaće zemlje, dovelo do urušavanja pravnog sistema, kao i do nejednakog postupanja prema licima na koja se ne može primeniti merodavno pravo. Zato i ne možemo da kažemo da nije bitna primena javnog poretka, u slučaju kada pravni odnos u pitanju ima labavu vezu sa domaćom zemljom. Dve glavne zamerke navedenom načinu primene pravila koja imaju zadatak da zaštite javni poredak, odnose se na činjenicu da se daje široko diskreciono pravo sudu i drugim organima. Druga zamerka se odnosi na tešku identifikaciju normi koje definišu javni poredak.¹² Italijanska škola pod vođstvom Mancinija, definisala je postojanje prava i obaveza države i u privatnoj sferi. Naime, zakoni jedne nacije određeni su pod uticajem različitih okolnosti kao što su klima, priroda, teritorija, tradicija, istorija, itd. Zakoni jednog čoveka, kao njegovi nacionalni zakoni, određeni po njegovom državljanstvu, trebalo bi da se primenjuju uvek, osim ako on dobrovoljno ne izabere drugi zakon koji će se primeniti na slučaj tog pojedinca. Prema takvom načinu shvatanja nacionalnog prava, postoje tri principa u određivanju jednog nacionalnog zakona, kao i javnog poretka jedne države: princip državljanstva, princip autonomije volje stranaka i princip suvereniteta.¹³ Iako navedeno shvatanje proizlazi iz načela suverenosti i nacionalnosti, danas, navedeni principi nemaju značaj kao u vreme kada su definisani (krajem 19. veka), s obzirom da se pojedinac ne može vezivati samo za svoje državljanstvo i državu u kojoj živi. Da li bi norme javnog poretka mogli da svrstamo, delom, i u norme običajnog prava? Mišljenja smo da ne, iako neki autori tvrde da sudovi razlikuju tri kategorije normi, kad definišu javni poredak na navedeni način. Te norme su osnovne moralne norme, norme zajednice izražene u običajnom pravu i norme zajednice koje su nezavisne od običajnog prava. Neke norme javnog poretka mogu se svrstati u više navedenih

⁹ Krešimir Sajko, 2005. *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2005, str. 253.

¹⁰ *Ibid.*, str. 256–257.

¹¹ *Ibid.*, str. 257.

¹² A. Mills, "The Dimensions of Public Policy in Private International Law", (2008) *Journal of Private International Law*, 2008, no. 4 (2), p. 202.

¹³ J. Kosters, „Public Policy in private International Law”, *The Yale Law Journal* Vol. 29, No. 7, May, 1920, p. 750.

kategorija.¹⁴ Običajno pravo ne sme da bude osnov za definisanje javnog poretka, ako uzmemo u obzir prirodu običajnog prava, kako nastaje i kako se menja. Na osnovu svega, možemo zaključiti da je formalna definicija javnog poretka „neuhvatljiva”, što dovodi do pogrešnog tumačenja ovog instituta, kao osnove za donošenje odluka. Inače, sudovi su generalno nespremni da se oslanjaju na javni poredak, tako da izbegavaju često pozivanje na ovaj institut, što predstavlja grešku. Javni poredak možemo upoređivati sa javnim interesom, ali ova dva pojma međusobno se razlikuju, s obzirom da se javni interes odnosi na uži predmet zaštite. Javni interes je kategorija koja je više sklona promeni od javnog poretka.

JAVNI POREDAK U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Svaka država mora imati sistem međunarodnog privatnog prava, a države ne mogu, u potpunosti, isključiti primenu stranog prava, one mogu samo odbiti primenu stranog prava pozivanjem na ustanovu javnog poretka.¹⁵ Znači, obim primene stranog prava je ograničen javnim poretkom. U kojoj će meri jedna država dozvoliti primenu stranog prava, zavisi od definisanja samog javnog poretka. Na ovom mestu ćemo reći i da su moguće i zloupotrebe pojma javnog poretka, radi odbijanja primene stranog prava, što, u određenoj situaciji i iz političkih ili drugih razloga, može odgovarati određenoj državi. Isto tako do zloupotrebe pojma može doći i radi primene stranog prava koje je protivno interesima određene države, a što odgovara određenim političkim snagama u toj državi. Znači, kad govorimo o javnom poretku u međunarodnom privatnom pravu, ukoliko dođe do povrede ovog instituta, tada će sud ili drugi organ domaće zemlje, morati da odbije pravo strane zemlje, odnosno, odluku stranog suda ili strane arbitraže. Međunarodno privatno pravo se kao naučna disciplina zasniva na poštovanju pravila koja se primenjuju u slučajevima sa elementom inostranosti. No, poštovanje javnog poretka neophodno je, kako bi mogao da bude poštovan pravni poredak domaće zemlje. Sa druge strane, preterano insistiranje na poštovanju javnog poretka, dovelo bi do negiranja međunarodnog privatnog prava i do nemogućnosti pravilnog rešavanja sporova i drugih slučajeva u kojima je prisutan element inostranosti. U međunarodnom privatnom pravu javni poredak posmatramo u tri oblasti. Dve smo, već pomenuli: sukob zakona, odnosno, određivanje i primena merodavnog prava, kao i priznanje i izvršenje stranih odluka. No, o javnom poretku govorimo i kad je u pitanju oblast koja reguliše prava stranaca. Mi nećemo detaljno govoriti o pretpostavci poštovanja javnog poretka u oblasti priznanja stranih odluka, a

¹⁴ K. Chng, “A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws”, *Research Collection School of law*, Singapore Management University Institutional Knowledge at Singapore Management University, 5-2018, p. 3, Internet: https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4700&context=sol_research, 09.10.2022.

¹⁵ K. Lipstein, “The general principles of Private International Law”, *Académie de Droit International Recueil des Cours*, Leyden, 1972, p. 168.

nećemo se uopšte posvećivati ovom institutu u oblasti prava stranaca, već ćemo se fokusirati, uglavnom, na neka opšta pitanja vezana za određivanje ovog instituta u oblasti sukoba zakona, odnosno, primene merodavnog stranog prava. Sledstveno, zakonodavac kod regulisanja priznanja i izvršenja stranih odluka, ne definiše šta je javni poredak. To znači da će se primenjivati, ista pravila u tumačenju ovog instituta, kao i kod odedivanja i primene merodavnog prava. Strane odluke, kako sudske, tako i arbitražne, odluke su iz građanskopravne materije, tako da je i to jedan od razloga za oprezno korišćenje ove pretpostavke u materiji priznanja stranih sudskih odluka.¹⁶ Institut javnog poretka u građanskopravnim odnosima sa elementom inostranosti je sa stanovišta sudskog odlučivanja veoma osetljiv. Takva karakteristika javnog poretka može dovesti do različitih shvatanja ovog pojma.¹⁷ Ako bi rekli da se javni poredak sastoji od normi koje štite društveno uređenje, bili bi u pravu, ali navedeno bi bilo nedovoljno primenljivo u slučajevima kad imamo prisutan element inostranosti i kada primenjujemo norme međunarodnog privatnog prava. Javni poredak trebalo bi u ovoj oblasti usko tumačiti kako se ne bi ugrozila međunarodna saradnja. Obzirom na sadržinu i način definisanja javnog poretka u velikoj većini država, možemo govoriti o njegovoj relativnosti. Institut javnog poretka se ne definiše precizno, obzirom na vrednosti koje štiti i mogućnost promena istih.¹⁸ Otud, kad govorimo o zaštiti javnog poretka jedne zemlje, odnosno, o pozivanju na zaštitu javnog poretka, govorimo o relativizaciji primene klasične kolizione pravne metode, čime se negira osnovno načelo međunarodnog privatnog prava, koje se odnosi na primenu prava koje je u najbližoj vezi sa pravnim odnosom.¹⁹ Merodavno pravo strane države neće se primeniti, ako bi dejstvo te primene dovelo do narušavanja neke od osnovnih vrednosti domaćeg pravnog poretka.²⁰ U tom smislu, javni poredak ima dvostruku funkciju: pozitivnu, kada postoji nametnuta primena domaćeg prava - prava države u kojoj se postavlja pitanje i negativnu, kada se isključuje primena merodavnog stranog prava, to jeste, kada bi primena tog prava bila nespojiva sa osnovnim vrednostima domaćeg prava.²¹ Da bi se prva funkcija ispunila, neophodno je da se ispuni druga. To znači da će se domaće pravo primeniti, tek kad ne bude moglo da se primeni strano pravo. Domaći organi mogu da vode računa samo o zaštiti domaćeg javnog poretka, što znači da, ako je povređen javni poredak strane države, domaći organi nisu dužni da vode računa o tome.²² Javni poredak u međunarodnom

¹⁶ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *op. cit.*, str. 142.

¹⁷ V. Čolović, *op. cit.*, str. 94.

¹⁸ D. Klasiček, „Autonomija u međunarodnom privatnom pravu – novije tendencije”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2006., vol. 56, no. 2–3, str. 696.

¹⁹ *Ibid.*, str. 690.

²⁰ *Ibid.*, str. 695.

²¹ K. Sajko, *op. cit.*, str. 259.

²² *Ibid.*, str. 263.

privatnom pravu funkcioniše tako da odbija primenu stranog prava, a funkcija tog odbijanja je da spreči nepravdu među strankama u posebnim okolnostima, što utiče na izbor prava. A često pozivanje na javni poredak u građanskopravnim odnosima sa elementom inostranosti ne ide u prilog smislu osnovne svrhe međunarodnog privatnog prava. Pozivanjem na pravilo *lex fori*, stvara se situacija koja dovodi do odbijanja primene stranog prava koje je u suprotnosti sa javnim poretkom domaće zemlje.²³ No, da li primena pravila *lex fori*, može u svim situacijama da dovede do pravičnog rešenja, odnosno do pravilnog rešenja pravnog odnosa u pitanju?

JAVNI POREDAK I SUKOB ZAKONA: PRIMENA MERODAVNOG PRAVA

U pogledu pravca dejstva, sukob zakona može imati vertikalni i horizontalni vid. Vertikalni sukob zakona javlja se sa jedne strane, kao pitanje odnosa međunarodnog prava i prava pojedinih država, a sa druge strane kao pitanje međusobnih odnosa primenljivosti univerzalnih, regionalnih i bilateralnih međunarodnih normi. Ovde se pojavljuje kategorija *domaine reserve*, kao vrsta javnog poretka, koja obezbeđuje isključivu primenu domaćih normi. Merodavno pravo određuje se u situacijama kad valja rešiti spor ili bilo koji drugi slučaj u kome je prisutan element inostranosti. Da bi odredili merodavno pravo, moramo da primenimo kolizionu normu, što znači da je neophodan uslov za ocenu da li je strano pravo u suprotnosti sa javnim poretkom, upravo ta činjenica.²⁴ To ističemo, uzimajući u obzir da kod prinudnih propisa ili normi neposredne primene nije neophodna primena koliziona norme da bi se primenili prinudni propisi domaće zemlje, što znači da nije potrebno određivanje merodavnog stranog prava. Drugačije je kod zaštite javnog poretka, jer o povredi ovog instituta, možemo govoriti, tek, kad saznamo sadržinu stranog prava kao merodavnog prava.²⁵ Koliziona norma, upućivanjem na jedno od prava koje treba da reši taj društveni odnos ili problem, ne može uticati da pravo bude pravilno primenjeno, odnosno, da ono ne bude u suprotnosti sa javnim poretkom zemlje, u kojoj se ono primenjuje.²⁶ Do primene instituta javnog poretka dolazi tek, kada se utvrdi da je merodavno pravo u suprotnosti sa tim institutom, odnosno nakon primene koliziona norme.²⁷ Kod primene normi javnog poretka, radi se o zadržavanju primene domaćeg prava. U nemačkom pravu postoji termin *Vorbehaltsklausel*, koji

²³ M. Ročkomanović, „Nadležnost *lex fori* u međunarodnom privatnom pravu Srbije de lege lata i de lege ferenda”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, 2012, no. 59, str. 59.

²⁴ T. Rajčević, „Zakoni obavezne primene i javni poredak u međunarodnom privatnom pravu”, *Strani pravni život*, 1998, no. 3, str. 85; M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd 1991, str. 14.

²⁵ J. G. Collier, *Conflict of Laws*, Cambridge 2001, p. 361.

²⁶ V. Čolović, „Odstupanja od redovne primene kolizionih normi („korekcije” kolizionih normi) – potreba za drugačijim stavom”, *Strani pravni život*, 2009, br. 3, str. 28.

²⁷ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *op. cit.*, str. 146.

označava zadržavanje primene domaćeg prava.²⁸ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije (ZRSZ), određuje da se pravo strane države neće primeniti „ako bi bi njegovo dejstvo bilo suprotno Ustavom SRJ utvrđenim osnovama društvenog uređenja”.²⁹ Navedena definicija javnog poretka odraz je vremena u kome je ZRSZ donet. Mogli bismo da kažemo da se radi o ustavnopravnom određenju javnog poretka. No, pre bi za navedeni pojam mogli reći da se odnosi na sistem jedne države. U svakom slučaju, ovakvo definisanje javnog poretka je, pogotovo danas, neprihvatljivo, sa stanovišta sadašnjeg regulisanja ove oblasti. Ovakav način definisanja navedenog instituta je nespojiv sa materijom međunarodnog privatnog prava. Ipak, ZRSZ se fokusirao samo na osnovnu definiciju javnog poretka, što je slučaj i u zakonodavstvima drugih zemalja. Na primer, švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu u članu 17. navodi da se strano pravo neće primenjivati, ako je protivno javnom poretku Švajcarske.³⁰ Ovaj Zakon ne definiše šta predstavlja javni poredak, ali reguliše primenu javnog poretka na jednostavan način, tako što određuje da je isključena primena stranog prava, ako je ono nespojivo sa švajcarskim javnim poretkom. Pomenuti način određivanja ovog instituta, dovodi do mogućnosti širokog tumačenja javnog poretka i diskrecionog odlučivanja suda ili drugog organa. To je uostalom i slučaj sa drugim zakonima. Pomenućemo jedan akt EU koji reguliše pitanje zaštite javnog poretka i odbijanje primene stranog prava. Uredba 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. godine, o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obaveze (Uredba Rim I), određuje da primena prava bilo koje države može biti odbijena, ako bi ta primena dovela do povrede javnog poretka države foruma, što je predviđeno članom 21.³¹ Kod pitanja javnog poretka, Uredba Rim I prihvata opšte pravilo međunarodnog privatnog prava. No, i ovde moramo reći da zaštita javnog poretka, odnosno regulisanje istog mora biti usko u materiji kojom se bavi Uredba Rim I. I ne samo to. Uredba Rim I pominje, jedino, zaštitu poretka države foruma, što znači da će se o zaštiti javnog poretka voditi računa jedino u zemlji u kojoj se primenjuje merodavno pravo, bez obzira što činjenice i subjekti u građanskopravnom odnosu mogu biti vezani za više zemalja.³² Pomenućemo, ovde, i Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije (Nacrt ZMPP), koji drugačije definiše zaštitu javnog poretka u odnosu na ZRSZ.³³ Naime, u članu 43. Nacrta ZMPP se određuje da se odredba stranog prava neće primenjivati, ako je

²⁸ M. Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2000, str. 341.

²⁹ „Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije”, *Sl.list SFRJ* br.43/82 i 72/82-ispr., *Sl.list SRJ* br.46/96 i *Sl.glasnik RS* br. 46/2006-dr.zakon; Član 4 ZRSZ

³⁰ “Federal Act on Private International Law”, Internet: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, 12.10.2022.

³¹ “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 Communities* L 177, 04.07.2008., pp. 6–16.

³² V.Čolović, *op. cit.*, str. 42.

³³ Internet: <https://www.mpravde.gov.rs>, 06.10.2022.

dejstvo te odredbe očigledno suprotno javnom poretku Srbije. Nacrt ZMPP ne definiše javni poredak. U ovoj odredbi problem stvara reč „očigledno”. Pre svega, sud je taj koji mora da oceni očiglednu suprotnost stranog prava sa javnim poretkom domaće zemlje. Ne možemo da izbegnemo diskreciono odlučivanje, ali je na sudu veliki teret koji se odnos na ocenu normi javnog poretka. Veći je problem stepena suprotnosti. Ako bi pravilno tumačili reč „očiglednost”, onda bi morali da zaključimo da će se odbijati primena samo onog stranog prava koje je u većem stepenu u suprotnosti sa najvišim normama domaće pravne države. Veće zamerke imamo na ostale odredbe navedenog člana. Naime, Nacrt ZMPP navodi da će se kod ocene suprotnosti stranog prava sa domaćim javnim poretkom, voditi računa o stepenu povezanosti stranog prava i domaće zemlje. Ovom odredbom se stavlja veliki teret na sud, koji, osim utvrđivanja suprotnosti sa javnim poretkom mora da oceni koliko je i na koji način povezano strano pravo sa domaćom zemljom. Ovde se mora utvrditi dosta činjenica, kao i dejstva, odnosno posledice, što usložnjava ovu ocenu. Smatramo da je ova odredba nepotrebna, imajući u vidu da sama suprotnost sa javnim poretkom mora da dovede do odbijanja stranog prava. Najzad, i sledeći stavi (treći), zahteva kritiku, a o tome smo, već, govorili. Primena prava po *lex fori*, umesto stranog, koje je odbijeno, može dovesti do ugrožavanja prava stranaka na koje se odnosi strano pravo, kao i do donošenja neadekvatne odluke. Mišljenja smo da bi odredba Nacrta ZMPP koja se odnosi na zaštitu javnog poretka trebalo da sadrži samo opšti deo koji se odnosi na odbijanje primene stranog prava, ako je ono u suprotnosti sa javnim poretkom Republike Srbije. Činjenica je da zadatak akta koji reguliše ovu oblast nije definicija javnog poretka, a nije ni ocena intenziteta suprotnosti stranog prava sa najvišim normama naše zemlje. Sledstveno, bez obzira što predlog ima svoje negativne strane, ipak, smatramo da ne treba definisati javni poredak na način kao što je to učinjeno u ZRSZ, već da samo trebalo bi voditi računa o primeni reciprociteta kod primene stranog prava, kao i o predmetu međunarodnog privatnog prava. Kod primene reciprociteta, ipak, treba voditi računa o tome da se ne može postići potpun reciprocitet, s obzirom na funkciju međunarodnog privatnog prava. Naime, saradnja pravnih poredaka se gradi pretežno jednostranim akcijama.³⁴ Svaka država sama odlučuje do koje će mere i u kojim će situacijama da uvaži strano pravo, strane odluke, odnosno, koja će prava učiniti dostupnim strancima. U osnovi ovih ustupaka koje čini jedno pravo svakako leži očekivanje da će i strani pravni sistem postupiti na sličan način, to jeste, da će ustupci biti paralelni. Međutim, ma kako je logična i opravdana težnja za uravnoteženošću ustupaka, to još ne znači da bi bio opravdan zahtev koji ide da ti ustupci budu simetrični.³⁵ Moramo imati na umu da se javni poredak kod nas, kao i u većini zemalja, definiše opštom definicijom da se kod svake primene merodavnog stranog prava odlučuje da li je ono u suprotnosti sa našim javnim poretkom.³⁶

³⁴ V. Čolović, *op. cit.*, str. 107–108.

³⁵ *Ibid.*, str. 108.

³⁶ V. Čolović (2009), *op. cit.*, str. 40.

POSLEDICE ZAŠTITE JAVNOG PORETKA U SLUČAJEVIMA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI

Veoma je bitno odrediti šta predstavlja posledicu suprotnosti sa javnim poretkom domaće zemlje, a to je primena normi domaće prava ili nekog drugog prava sa sličnom sadržinom, a ne samog merodavnog prava.³⁷ Pitanje je stoga, da li primena nekog drugog prava, bilo da je ono strano ili domaće, dovodi do istih dejstava kao i primena stranog prava koje je u suprotnosti sa javnim poretkom, a koje je određeno primenom kolizivne norme ili koje je primenjeno u postupku pred stranim sudom a određeno je po pravilima testirane države? U slučajevima sa elementom inostranosti, veoma je bitno poštovati sva pravila vezana za primenu merodavnog prava, kao i za priznanje stranih odluka.³⁸ Postavlja se pitanje koje će se pravo primeniti u slučaju odbijanja stranog prava kao merodavnog, s obzirom na suprotnost njegove sadržine sa javnim poretkom domaće zemlje, odnosno, kako će stranka, koja je podnela zahtev za priznanje i izvršenje strane odluke, ostvariti svoja prava u slučaju odbijanja priznanja? Kad je u pitanju odbijanje primene stranog prava, postavlja se pitanje koje ćemo pravo primeniti, da li ono koje se može primeniti u datom slučaju, a koje nije u suprotnosti sa javnim poretkom domaće zemlje bez obzira da li se radi o pravu druge države ili je u pitanju pravo domaće zemlje, odnosno, da li ćemo u svakom slučaju primeniti pravo određeno po *lex fori*? Prva solucija je prihvatljivija sa stanovišta donošenja pravilne odluke. Naime, ako bi moglo da se primeni pravo druge zemlje, čija je sadržina bliska sadržini onog prava koje je odbijeno, onda bi bilo uputno primeniti to pravo, pravo neke druge države. Ali, navedeno nosi sa sobom jednu opasnost i jedan problem. Opasnost se sastoji u tome, što i norme tog prava druge države mogu biti u suprotnosti sa javnim poretkom, a problem se odnosi na činjenicu da bi sud morao da „traži” neko drugo pravo koje bi mogao da primeni u tom slučaju. Praktično, tada bi sud imao još jednu obavezu, vezanu za utvrđivanje sadržine stranog prava. Ako govorimo o безусловnoj primeni prava po *lex fori*, onda bi mogla da nastanu dva problema. Prvi, koji se odnosi na neadekvatnost normi domaće prava, odnosno na nemogućnost njihove primene na dati slučaj, a drugi koji se odnosi na opravdano očekivanje stranaka da sud donese odluku koja će odgovarati njihovim interesima. Znači, ni jedna solucija ne mora doneti pravilno rešenje slučaja, što predstavlja dodatni problem. Najbitniji element normi javnog poretka je njihova zaštitna funkcija, koja se odnosi na zaštitu pravnog poretka domaće zemlje. Norme javnog poretka imaju usku zaštitnu funkciju.³⁹ U vezi sa tim, moramo reći da se norme javnog poretka ne primenjuju direktno, već se samo konstatuje da se one protive merodavnom stranom pravu. Zbog toga, nije uvek lako odrediti koje će pravo ili propis biti primenjen nakon intervencije instituta javnog poretka koje

³⁷ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *op. cit.*, str. 141.

³⁸ Na ovom mestu ćemo se, ipak, kratko osvrnuti na ulogu zaštite javnog poretka kod priznanja i izvršenja stranih odluka.

³⁹ D. Klasiček, *op. cit.*, str. 704.

dovodi do nemogućnosti primene stranog prava.⁴⁰ Međutim, ukoliko je jedan pravni pojam ili institut iz strane države nepoznat u domaćem pravu, to ne znači da je on istovremeno i protivan javnom poretku. Ako je jedan pojam nepoznat u domaćem pravu, onda je potrebno izvršiti kvalifikaciju tog pojma. Naime, kod kvalifikacije u slučajevima sa elementom inostranosti može se raditi o određivanju pravne kategorije ili tačke vezivanja kao delova kolizione norme. Građanskopravni odnos koji reguliše koliziona norma predstavlja pravnu kategoriju, odnosno predstavlja ono na šta se ta norma odnosi.⁴¹ Tako dolazi do sukoba pravnih kategorija. Kad kažemo da dolazi do sukoba kategorija, mislimo na činjenicu da se sličan pravni pojam drugačije reguliše u različitim zakonodavstvima ili da se reguliše u različitim oblastima prava.⁴² Znači, kod kvalifikacije pravne kategorije odgovaramo na pitanje u koju oblast treba svrstati taj pojam. Od navedenog zavisi i primena kolizione norme koja reguliše tu oblast. Nećemo govoriti o kvalifikaciji tačke vezivanja, obzirom da se u toj situaciji zna koja koliziona norma se primenjuje. Kod odbijanja priznanja stranih odluka, stranka, koja je zainteresovana da ostvari svoje pravo u domaćoj zemlji, može pokrenuti postupak u vezi iste stvari. No, i ovde mogu nastati problemi vezani za sledeće: Da li se može odrediti nadležnost domaćeg suda u odnosnoj stvari? Da li će druga stranka pristati da domaći sud donese odluku u odnosnoj stvari? Da li će domaći sud moći da primeni pravo strano države ili neko drugo adekvatno pravo (što smo, već, istakli, kao problem). Kao što vidimo, i u slučaju odbijanja priznanja strane odluke, neće uvek postojati mogućnost da se ostvare interesi stranaka donošenjem druge odluke od strane domaćeg suda.

Odstupanje od kolizione norme

Zaštita javnog poretka dovodi do odstupanja od primene kolizione norme. Kad kažemo da dolazi do odstupanja, mislimo na odstupanje od primene merodavnog prava do kojeg nas dovodi koliziona norma. Uglavnom, kad se ne primenjuje koliziona norma u redovnim okolnostima, koristi se termin „korekcije” kolizionih normi. No, ovde se ne radi ni o kakvoj izmeni same kolizione norme, odnosno, ne radi se o stvaranju druge kolizione norme, već se odstupa od samog rezultata koji proizvodi koliziona norma. Kod zaštite javnog poretka radi se o neprimeni stranog prava, odnosno, o primeni nekog drugog prava na dati slučaj bilo da se radi o pravu neke druge države ili onom određenom po *lex fori*. Naravno, o odstupanjima od primene kolizione norme kod zaštite javnog poretka, možemo govoriti samo kod određivanja merodavnog prava, ne i kod odbijanja priznanja stranih odluka. Kod odbijanja priznanja stranih odluka, sud utvrđuje da li je meritum te odluke u suprotnosti sa javnim poretkom zemlje priznanja, zbog čega ona ne bi mogla da

⁴⁰ *Ibid.*, str. 705.

⁴¹ V. Čolović, „Kvalifikacija kolizione norme”, *Strani pravni život* 2018, br. 3, str. 8.

⁴² *Ibid.*

proizvede dejstvo njnjoj teritoriji. Kod priznanja stranih odluka, zaštita javnog poretka predstavlja pretpostavku koju strana odluka treba da ispuni, kao i sve druge zakonom predviđene pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih odluka.

Zaštita javnog poretka i poštovanje stečenih prava

Sledeće pitanje u vezi sa zaštitom javnog poretka koje izaziva pažnju, odnosi se na poštovanje stečenih prava. Naime, da li se stečena prava mogu izgubiti u drugoj zemlji, to jeste, ona prava koja su po zakonu stečena u zemlji državljanstva, domicila ili nekoj drugoj zemlji, a zbog zaštite javnog poretka u zemlji u kojoj jedno ili više lica zahtevaju da im se to pravo ili prava priznaju?⁴³ Ako je neko pravo stečeno po pravu jedne zemlje, tako da ne postoje uslovi za poništaj tog prava ili za bilo kakvo njegovo umanjeње, odnosno, tako da ne postoje mogućnost za njegovo ukidanje na bilo koji način, to pravo se mora poštovati i u drugim zemljama. Princip zaštite stečenih prava je princip prihvaćen u međunarodnom privatnom pravu po kojem novo pravo, novi javni poredak, ne ukida automatski u svim oblastima stari poredak. Od početka se tretiraju u nizu oblasti, kad nastupe takve okolnosti i kada se rešavaju svi privatnopravni odnosi „biranjem” određenog prava, koje je merodavno za odnos u pitanju.⁴⁴ Stečena prava se ne moraju poštovati, ako su stečena u inostranstvu, jer ne odgovaraju pozitivnom pravu države ili ako se protive domaćem javnom poretku.⁴⁵

JAVNI POREDAK I PRINUDNI PROPISI

Ukratko ćemo se osvrnuti na odnos javnog poretka i prinudnih propisa, odnosno, normi neposredne primene. Te norme definišemo kao norme unutrašnjeg pravnog poretka jedne zemlje, čija je primena u svakom slučaju obavezna bez obzira što se na određeni pravni odnos mogu primeniti i druga pravila koja sadrže drugačija rešenja u odnosu na pomenute norme. Njih moramo posmatrati šire nego javni poredak, jer o tim normama ne govorimo samo kad primenjujemo pravo domaće zemlje – zemlje u kojoj se postavlja pitanje rešenja datog pravnog odnosa, već i kada primenjujemo pravo druge zemlje čije je pravo određeno kao merodavno. To su samoograničavajuće norme koje unapred definišu polje sopstvene primene, tako da isključuju primenu kolizionih pravila odnosno, kad te norme regulišu određeni pravni odnosi one će se direktno primeniti na taj odnos.⁴⁶ U tome je i najveća razlika između tih normi i normi javnog poretka s obzirom da kod zaštite javnog poretka moramo

⁴³ V. Čolović (2010), *op. cit.*, str. 96.

⁴⁴ F. X. Affolter, *Geschichte des Intertemporalen Privatrecht*, Leipzig 1902, p. 572.

⁴⁵ Milan Bartoš, *Problem stečenih prava u MPP*, Beograd 1930, str. 10.

⁴⁶ Dušan Kitić, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta „Union”, Beograd 2016, str. 118.

da saznamo sadržinu stranog prava da bi mogli da odredimo da li je ono u suprotnosti sa javnim poretkom ili ne. Pogrešno je da norme neposredne primene svrstavamo na bilo koji način u javni poredak.

ZAKLJUČAK

Kod definisanja javnog poretka moramo početi od činjenice da se radi o najvišim normama, koje, u svakom slučaju, moraju biti zaštićene. One su deo imperativnih propisa, i to njihov uži deo. Osnov definisanja normi javnog poretka postavljen je u najvišem pravnom aktu – ustavu, što ne znači da bi zakonski akti morali da bliže utvrde njihovu sadržinu. Praktično, ne možemo govoriti o enumeraciji ovih normi, za razliku od prinudnih propisa odnosno, normi neposredne primene koje se mogu tačno odrediti i koje takođe, moraju biti zaštićene od odredaba stranog prava s tim što je kod ovih normi sistem zaštite drugačiji u odnosu na zaštitu javnog poretka. Kad govorimo o mestu javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu, moramo imati na umu da se kod postavljanja pitanja zaštite javnog poretka u okviru sukoba zakona, mora odrediti merodavno pravo da bi uopšte mogli da ocenimo da li je došlo do povrede najviših normi domaće zemlje, kao zemlje primene stranog prava. Kad se radi o priznanju stranih odluka, da bi došlo do njenog odbijanja, sadržina merituma te odluke mora biti u suprotnosti sa javnim poretkom. Kod prava stranaca je jednostavnije zaštititi javni poredak s obzirom da se u ovoj oblasti primenjuju domaći propisi koji određuju obim prava stranih državljana na teritoriji domaće zemlje. No, sama činjenica da se javni poredak u našem ZRSZ, kao i u drugim zakonodavstvima, definiše na opšti način, daje mogućnost širokog tumačenja ovog instituta, kao i diskrecionog postupanja sudova i drugih organa. To predstavlja problem i u slučajevima sa elementom inostranosti. Javni poredak mora biti sadržinski određen, odnosno, moraju se definisati principi na kojima počiva ovaj institut. Sa druge strane, sigurno je da se u okviru svake oblasti koja spada u građansko pravo, mogu odrediti koje su to najviše norme koje moraju biti zaštićene i koje ne smeju biti ugrožene kako primenom stranog prava, tako i priznanjem stranih odluka.

PUBLIC POLICY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

One of the institutes that in the field of Private International Law opens up many questions related to the application of foreign law, as well as of the recognition of foreign decisions, is the institute of public policy. The Act on Resolving Conflicts of Laws with Regulations of Other Countries of the Republic of Serbia defines public policy as the basis of the state system of our country. We consider that the mentioned public law definition is inadequate. However, in other countries, public policy is defined in a general way or its concept is not defined at all. In Switzerland, this institute is not defined, but only states that foreign law will not be applied, if it

is contrary to the public policy of that country. The basic function of public policy in this area refers to the protection of the legal order of the domestic country where foreign law is applied, that is, it recognizes foreign decisions, the contents of which may be in conflict with the basic norms of the domestic legal order, which, in any case, must be respected. However, could we, in every situation, talk about the protection of public policy in the above way. Relations regulated by Private International Private Law are relations with foreign element, and the effects of the application of foreign law, that is, the recognition of a foreign decision, are wider than in a situation where there is no foreign element. Therefore, the question arises whether we can define public policy in this area, as well as in the area of public law, that is, which values in the domestic legal order can be protected by not applying foreign law or not recognizing a foreign decision whose content is in conflict with the public policy of the domestic country.

Key words: Public policy, foreign element, applicable law, foreign decision, civil law relation

REFERENCE

1. Affolter F.X., *Geschichte des Intertemporalen Privatrecht*, Leipzig 1902.
2. Bartoš M., *Problem stečenih prava u MPP*, Beograd 1930.
3. Collier J.G., *Conflict of Laws*, Cambridge 2001.
4. Chng K., "A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws", Research Collection School of law, Singapore Management University Institutional Knowledge at Singapore Management University, 2018, Internet: https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4700&context=sol_research, 09.10.2022.
5. Čolović V., „Odstupanja od redovne primene kolizionih normi („korekcije” kolizionih normi) – potreba za drugačijim stavom”, *Strani pravni život* 2009., br. 3.
6. Čolović V., *Međunarodno privatno pravo*, Panevropski Univerzitet „Apeiron”, Banja Luka 2010.
7. Čolović V., „Kvalifikacija kolizione norme”, *Strani pravni život*, 2018., br. 3.
8. de Boer T.M., "Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community", University of Amsterdam, 2008, Internet: https://pure.uva.nl/ws/files/4158129/58767_285248.pdf, 10.10.2022.
9. Dika M., Knežević G., Stojanović S., *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd 1991.
10. Kitić, D. *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta „Union”, Beograd, 2016.

11. Klasiček D., „Autonomija u međunarodnom privatnom pravu – novije tendencije”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2006., vol.56, no. 2-3
12. Kusters J., “Public Policy in private International Law”, *The Yale Law Journal*, 1920, Vol. 29, No. 7.
13. Lipstein K., “The general principles of Private International Law”, *Académie de Droit International Recueil des Cours*, Leyden, 1972.
14. Mills A., “The Dimensions of Public Policy in Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 2008, no. 4(2).
15. Mitrović M., *Međunarodnopravni kontinuitet i sukcesija država*, Savetnički rad, SMIP, Beograd 1991.
16. Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2000.
17. Rajčević T., „Zakoni obavezne primene i javni poredak u međunarodnom privatnom pravu”, *Strani pravni život*, 1998, no. 3.
18. Ročkomanović M., „Nadležnost lex fori u međunarodnom privatnom pravu Srbije de lege lata i de lege ferenda”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, 2012, no. 59.
19. Sajko K., *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2005.
20. Szabados T. “Overriding Mandatory Provisions in the Autonomous Private International Law of the EU Member States — General Report”, *ELTE Law Journal*, 2020, no. 1.
21. Tomić Z., „Javni poredak: pojam i struktura”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2019, god. LXVII, br. 2.
22. Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001.
23. “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 Communities*, L 177, 04.07.2008.
24. Swiss Federal Act on Private International Law, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (pristup: 12.10.2022.)
25. „Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije”, *Službeni list SFRJ*, br.43/82 i 72/82-ispr., *Službeni list SFRJ*, br.46/96; *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 46/2006-dr.zakon.
26. „Zakon o Međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije (nacrt)”, Internet: <https://www.mpravde.gov.rs>, 06.10.2022.