

Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник

Институт за упоредно право, Београд

ДИЛЕМЕ КОЈЕ ПРАТЕ НАЧИНЕ САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА¹

Правила Међународног приватног права уређују материју сазнања и примене страног права од стране домаћих судова у случајевима са елементом иностраности. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, у члану 13, одређује да ће суд бити у обавези да, по службеној дужности, утврди примену страног права, као и да се достављање садржине страног права може тражити од Министарства правде. Такође, странке могу поднети јавну исправу о садржини страног права. У вези са применом наведене одредбе поставља се много питања, имајући у виду праксу која није, увек, у сагласности како са наведеном одредбом, тако и са основним правилима у овој области. У раду се говори о начинима сазнања страног права, могућности да се обавештење о садржини страног права добије од домаћих институција, као и о ризику када странка доставља исправу о садржини страног права. Осим тога, за правилно сазнање и примену страног права битно је водити рачуна и о начину достављања замолнице органу стране државе, којим се тражи ово обавештење. Такође, у раду се поставља питање да ли је упутно, у сваком случају, применити домаће право, када се не може, из било ког разлога сазнати страно право.

Кључне речи: Страно право; Суд; Елемент иностраности; Достављање; Замолница; Јавна исправа.

Владимир Чоловић, v.colovic@iup.rs, <https://orcid.org/0000-0002-2016-1085>.

¹ Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023.).

1. УВОД

Најважнија чињеница код доношења судске одлуке је правилна примена материјалног права. То питање се, нарочито, поставља у случају постојања елемента иностраности у поступку, када ће колизиона норма домаће земље одредити меродавно право које је суд дужан да примени у поступку. Кад кажемо да је дужан да примени меродавно право, мислимо и на ситуацију када је то право страно, односно, када је неопходно сазнати садржину тог права.

Ако колизиона норма упути на примену страног права у поступку који се води пред домаћим судом, суд мора, по службеној дужности, да сазна садржину страног права, као и да га примени у односном поступку. Значи, суд има два задатака. Први, да сазна страно право и други, да то право примени, на исти начин, као када примењује домаће материјално право. Овде се поставља низ питања, од којих ћемо, на почетку овог рада, издвојити два. Прво, на који начин ће сазнати садржину страног права? Рекли смо, напред, да је суд обавезан да сазна страно право по службеној дужности, што значи да он не може увек захтевати од странака да сазнају и доставе садржину тог права, како би могла да се донесе одлука, што са собом носи и одређене опасности везане за саму садржину страног права. Исто тако, суд се може обратити надлежном органу за послове правосуђа, односно, министарству правде, али и мишљење тог органа га не обавезује. Друго питање се односи на могућност условљавања доношења одлуке могућношћу сазнања страног права. Суд не може да одбије доношење одлуке, уколико не сазна страно право, односно, не може да одбије да донесе одлуку, уколико странке не доставе садржину истог. Суд се, наравно, може обратити и некој од домаћих институција које могу дати мишљење о садржини страног права, али га и то мишљење не обавезује.

Навешћемо, на овом месту, одредбу законодавства Републике Србије, које регулише наведену област. Наиме, код сазнања страног права, суд мора да поштује одредбу члана 13 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље: ЗРСЗ),² у којој се одређује да је суд, односно, други надлежни орган, дужан да сазна страно право по службеној дужности. Затим, суд или други орган могу тражити обавештење о страном праву од надлежног органа, односно министарства правде. Најзад, у овој одредби се регулише

² Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/06 – др. закон.

могућност да странке поднесу јавну исправу о садржини страног права. Из ове одредбе произлази да суд мора да сазна страно право, затим, да може, али не мора да тражи обавештење о томе од министарства правде, као и да странке могу, али не морају, да доставе обавештење о садржини страног права.

С обзиром на многе дилеме које се постављају, пре свега, приликом сазнања страног права, веома је битно да дефинишемо које опције стоје суду на располагању код сазнања страног права, затим, које се опасности крију кад суд покуша да самостално сазна страно право, као и кад странке доставе исправу о страном праву. Суду, наравно, као што смо рекли, стоје на располагању два начина сазнања страног права, ако то чини без помоћи странака. Први начин је да се обрати министарству правде, а други некој од институција у домаћој земљи, која може да достави обавештење о садржини права друге земље. Веома је битно сазнати страно право на правилан начин, како би оно могло да се примени у поступку и како би се донела одлука која не би могла да се напада у другостепеном поступку, због чињенице да постоји сумња да садржина страног права није аутентична, односно, да одребе тог права, које домаћи суд треба да примени, нису на снази у страном земљи. Најисправније је сазнати страно право директно од стране надлежних органа земље тог права. Али, суд самостално не може да покрене поступак међународне правне помоћи ради сазнања страног права. Он то може учинити само ако поднесе захтев министарству правде.

У сваком случају, сазнање страног права, као и примена истог може бити праћено проблемима, који су везани за непоштовање општих правила у овој области. Примена права по *lex fori*, односно, по праву земље где се поставља питање не може доћи у обзир, ако се страно право може сазнати. Исто тако, код сазнања и примене страног права може се поставити питање одступања од примене колизионе норме, када морамо водити рачуна о поштовању јавног поретка, изигравању закона и примени узвраћања, односно, упућивања, чему ћемо посветити пажњу.

2. ТРЕТМАН СТРАНОГ ПРАВА

Да бисмо могли да схватимо због чега суд у нашој земљи мора по службеној дужности да сазна страно право, морамо објаснити третман страног права у земљама континенталног система коме припада и наша земља. Страно право се, у овом систему, схвата као право, што значи да оно, након сазнања, има статус домаћег права, тј. када га суд или други орган мора применити. За разлику од континенталног сис-

тема, у англосаксонском систему се страног право схвата као чињеница, када су странке, које учествују у поступку, дужне да поднесу доказ о садржини тог права, односно, дужне су да поднесу доказ о томе.³ У континенталном систему, суд увек мора да зна право које примењује, што се односи и на ситуације када је присутан елемент иностраности. Ако суд не примени страног право, иако је колизиона норма одредила да ће се оно примењивати у поступку, као и ако је погрешно применио то право, тада то може бити разлог за подношење жалбе на одлуку суда.⁴ Значи, та одлука може бити укинута или преиначена, на исти начин као кад је повређено материјално право у предмету без елемента иностраности.⁵ Са друге стране, у англосаксонском систему, ако странке не докажу страног право, односно, ако не доставе садржину истог, тада ће суд применити домаће право. Наиме, страног право се уподобљава са домаћим, па је то разлог примене домаћег права у ситуацији када суду није достављена садржина страног права.⁶ Осим тога, овај став се објашњава теоријом стечених права. Наиме, правило домаћег права се у предмету са елементом иностраности примењује на основу претпоставке да је садржина домаћег права једнака садржини страног права.⁷ На пример, суд у САД може да прихвати или одбије примену страног права, ако оно није доказано у поступку од стране странака. Осим тога, суд одлучује и о обиму примене страног права, односно, о томе да ли је уопште потребна примена страног права. То значи да суд, самим тим, одбија примену колизионе норме, односно, резултат примене те норме, а то је примена страног меродавног права.⁸ Постоје и случајеви, у неким земљама, да суд, ако странке не докажу садржину страног права, одбија правни захтев који је заснован на страном праву.⁹ У сваком случају, у англосаксонском систему је основно правило да странке практично асистирају суду код доказивања страног права.¹⁰

Само сазнавање садржине страног права у континенталном правном систему може произвести две последице, које директно могу утицати на решавање спорова са елементом иностраности. Прва пос-

³ Е. Муминовић, *Основи Међународног приватног права*, Сарајево 1997, 64.

⁴ М. Пак, *Неки проблеми међународне правне помоћи у статусним и имовинским стварима и запажања из праксе судова у Србији*, Београд 1977, 11.

⁵ М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 2000, 323.

⁶ Е. Муминовић, 65.

⁷ М. Пак (2000), 328.

⁸ *Ibid.*, 329.

⁹ М. Пак (1977), 11.

¹⁰ Р. Хау, “The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States”, U.S. National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law in Vienna, Austria, 2014, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, 213.

ледица се односи на одуговлачење поступка, с обзиром на чињеницу да поступак међународне правне помоћи може дуже трајати. То се односи на ситуацију и када се суд директно обраћа некој од домаћих институција која је овлашћена за давање обавештења о садржини страног права. Друга последица се односи на случај када суд не сазна страно право. То могу бити ситуације када се суд није ни упуштао у сазнање страног права или није искористио све могућности сазнања страног права. Тада би, по општим правилима, требало применити право по *lex fori*, односно, домаће право, али то може довести до грешке у доношењу одлуке, односно, до ситуације да суд неправилно примени материјално право у поступку. Са друге стране, судови англосаксонских земаља, ако странке не докажу садржину страног права, примењују право по *lex fori*. И континентални, а и англосаксонски правни системи имају своје мањкавости када је у питању начин сазнања и примена страног права, али, ипак, предност морамо дати континенталном, с обзиром да се у том систему полази од претпоставке да суд по службеној дужности мора да примени страно право, што указује на чињеницу да суд познаје страно, као и домаће право, а да је питање самог законодавства односне земље на који начин ће суд сазнати страно право. Друга предност континенталног у односу на англосаксонски правни систем односи се на могућност да и странке могу учествовати у доказивању страног права, тако да суд може да им се обрати, али не може да тиме условљава доношење одлуке у поступку са елементом иностраности. Наравно, доказивање страног права од стране странака носи са собом опасности, као што смо навели.

3. ДОМАЋИ СУД И САЗНАЊЕ СТРАНОГ ПРАВА

Чињеница је да ће сазнање аутентичне садржине страног права бити сигурно ако се покрене поступак међународне правне помоћи, што подразумева обраћање домаћих надлежних органа органима стране државе, који ће им доставити важећу исправу која ће садржати одредбе законодавства стране земље. Исправе, односно јавне исправе су најпоузданији извори података о садржини страног права и издате су од стране надлежног органа стране државе. Различити су органи који ће издавати јавне исправе о садржини свог права. То су, најчешће, министарства правде, али и други органи стране земље. Да бисмо дошли до стране јавне исправе која ће нам доказати садржину страног права, морамо користити правила о начину сазнања страног права, било да су она уређена унутрашњим законодавством или међународним изворима. У сваком случају, морамо имати на уму да се, у

поступку сазнања страног права, користе сви познати извори доказа у једној држави.¹¹

Суд треба да утврди вредност и поузданост доказа који су му поднети било од стране министарства правде, било од стране странака, односно од стране других институција којима се обратио.¹² Уколико суд не примени страног право или га примени на погрешан начин, поставља се питање по ком праву ће се поднети редовни и ванредни правни лекови против одлуке.¹³ У домаћем праву нема решења у прописима за наведени случај, тако да се може закључити да ће се применити иста правна средства, као и код примене домаћег права.¹⁴ Уосталом, то је правилан закључак, ако узмемо у обзир да суд суди на територији домаће земље и да примењује страног право као домаће.

Сазнање страног права може да буде праћено великим проблемима. Осим тога, сазнање страног права може да захтева много времена, као и да произведе много трошкова. Затим, страног право може да буде погрешно интерпретирано или лоше преведено, у зависности од тога који текст закона стране земље се користи, односно, на ком језику. Најзад, страна права могу да буду из различитих правних система. Зато се и предвиђају решења која омогућавају суду да одустане од сазнања страног права и да примени домаће материјално право, уместо страног.¹⁵ Ако странке подносе доказ о садржини страног права, исправе које подносе морају да испуне три услова: аутентичност, истинитост садржаја и основаност става о садржини страног права.¹⁶ Све три претпоставке су обориве,¹⁷ а то значи да би се могла довести у питање употребљивост тих исправа. Суд не може да донесе закључак о немогућности сазнања или немогућности примене страног права, уколико странке не доставе доказ, односно, исправу.¹⁸

С обзиром на то да се страним исправама може доказати садржина страног права, морамо да се, кратко, посветимо овој области. Наиме, стране исправе можемо разликовати као јавне и приватне. Да би се стране приватне исправе могле користити у поступку са елементом иностраности у домаћој земљи, оне морају бити уподобљене са јав-

¹¹ М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, Ниш 1995, 54.

¹² Д. Китић, *Међународно приватно право*, Београд 2016, 163.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, 164.

¹⁵ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2001, 191.

¹⁶ *Ibid.*, 194.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

ним. Даћемо дефиницију јавних исправа по Хашкој конвенцији о укидању потребе легализације страних јавних исправа, коју је потписала и наша земља.¹⁹ Наиме, под страним јавним исправама се подразумевају: исправе које је издао орган или службеник државног правосуђа, укључујући и тужилаштво; административне исправе; исправе које је издао или оверио јавни бележник; наводи о упису у јавне књиге.²⁰ Потврда о исправи се ставља на саму исправу. Та потврда се назива апостил.²¹ Морамо истаћи да је овај начин сазнања страног права најсигурнији са становишта његове основаности.

* * *

Осврнућемо се, кратко, на одредбу Нацрта Закона о међународном приватном праву²² која се односи на сазнање страног права. Иначе, прошло је скоро 9 година (у моменту писања овог рада) од коначног обликовања текста Нацрта, али још увек овај Закон није усвојен. Наиме, наслов поменутог одредбе је „Утврђивање садржине страног права“, што суду или неком другом органу даје шире могућности кад су у питању начини сазнања страног права. Исто као и ЗРСЗ, Нацрт одређује да суд по службеној дужности утврђује страно право и да може затражити обавештење о садржини страног права од стране министарства правде. Међутим, Нацрт предвиђа да суд може тражити и стручно мишљење о страном праву и на друге начине. Сматрамо да је реч „стручно“ непотребна, ако имамо у виду да се и од министарства правде тражи стручно мишљење. Са друге стране, суд може на сваки подобан начин да сазна страно право. Ти начини се могу односити само на директно обраћање домаћим институцијама, с обзиром на то да суд не може покренути поступак међународне правне помоћи. Међутим, из ове одредбе произлази да се суд може обратити и страним институцијама. Да ли ће то суд урадити, зависи од околности. Исто тако, ова одредба садржи и могућност да суд замоли странке да доставе садржину страног права. Најзад, ова одредба Нацрта предвиђа да се странке могу обратити министарству правде са захтевом за достављање обавештења о садржини страног права, као и да могу поднети исправе или стручна мишљења о том праву. Посветићемо пажњу овој одредби. Наиме, ако се странке могу обратити министарству правде са наведеним захтевом, поставља се питање да ли то могу

¹⁹ Закључена 5. 10. 1961. (*Службени лист ФНРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 10/62).

²⁰ В. Чоловић, *Међународно приватно право*, Бања Лука 2012, 320.

²¹ *Ibid.*, 321.

²² Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, 5. 5. 2023.

учинити саме странке или њихови заступници. Осим тога, у неким поступцима поступају јавни бележници, па се поставља питање да ли они могу да се обрате министарству правде и да ли, на основу њиховог захтева, као и на основу захтева заступника или самих странака, министарство правде може покренути поступак међународне правне помоћи или се само може обратити домаћим институцијама.

4. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ОБАВЕШТЕЊИМА О СТРАНОМ ПРАВУ

СФР Југославија је ратификовала Европску конвенцију о обавештењима о страном праву (даље: Конвенција).²³ Конвенцију је донео Савет Европе 7. јуна 1968. године. Овај акт је од изузетног значаја у области сазнања садржине страног права. Конвенција уређује обавезе страна уговорница које се односе на именовање надлежних органа који ће имати обавезу међусобног обавештавања о садржини материјалних норми права својих држава, као и о организацији правосуђа.²⁴ Самим тим ће се обезбедити ефикасно и брзо утврђивање садржине страних права. Конвенција, наравно, предвиђа формирање посебних органа који ће вршити послове обавештавања, односно, послове везане за пријем замолница, као и за поступање по тим замолницама. Ти органи се у Конвенцији називају агенција за пријем и агенција за пренос.²⁵ Ови органи директно комуницирају. У случају да агенција за пренос или агенција за пријем нису формиране, тада ће директно комуницирати надлежни правосудни органи односних држава.²⁶ Конвенција, такође, детаљно уређује и ко може и на који начин да подноси захтев за обавештење, као и на који начин и у ком облику мора бити дат одговор на замолницу органа стране државе. Међутим, проблем који се везује за ову Конвенцију, односи се на њену недовољну примену у пракси, што се, пре свега, односи на мали број ратификација, али и на чињеницу да се њоме предвиђа достављање захтева на језику замољене државе, односно, обавезност састављања одговора на језику замољене државе.²⁷ Та чињеница успорава достављање одговора, тако да би било много упутније да се регулише достављање, како замолница, тако и одговора на замолницу на једном од неколико понуђених широко распрострањених језика, а што би регулисала

²³ Закон о ратификацији Европске конвенције о обавештењима о страном праву, *Службени лист СФРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 7/91.

²⁴ Конвенција, чл. 1, ст. 1. Конвенцијом је у истом члану, у ставу 2, одређено да стране уговорнице могу да прошире обим примене исте.

²⁵ Конвенција, чл. 2.

²⁶ Конвенција, чл. 5.

²⁷ Конвенција, чл. 14, ст. 1.

Конвенција. Конвенција предвиђа да одговор мора садржати аутентичне законске текстове, као и судске одлуке. Осим тога, одговор може бити допуњен или другим документима, као што су научни и стручни радови. Наравно, одговор може бити праћен и коментарима и образложењима.²⁸ Но, интересантно је да одговор неће обавезати правосудни орган из земље из које је захтев послат.²⁹ То значи да тај правосудни орган не мора да поступи по садржини тог одговора, односно, да неће морати да примени то право. У случају да би састављање одговора на захтев угрозило интересе, односно, суверенитет или безбедност државе, чије право треба да се примени у поступку у другој држави, тада ће се одбити поступање по захтеву.³⁰ Иначе, постоји могућност приступања трећих држава Конвенцији, односно, држава које нису чланице Савета Европе.³¹ Значај Конвенције је у томе што унифицира правила која регулишу поступак обавештавања о садржини страног права, па, самим тим, Конвенција има своје значајно место, без обзира на све проблеме око њене примене. Оно што је веома битно код обавештавања о страном праву, односи се на ефикасност у достављању одговора о садржини тог права. Но, примена Конвенције зависи и од одредаба унутрашњих законодавстава земаља потписница, али и од теоријског става према начину доказивања и примене страног права. Иначе, морамо рећи да садржина Конвенције не одступа од општих правила у овој области. То се односи и на необавезност поступања по одговору који је стигао из замољене државе, што значи да ће се тада употребити други инструменти у сазнању страног права.

5. РЕГУЛИСАЊЕ САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА У ЗАКОНОДАВСТВИМА ДРУГИХ ЗЕМАЉА

Поменућемо решења која се налазе у законодавствима појединих земаља које припадају и континенталном и англосаксонском систему. Видећемо да та решења не одступају од одредбе члана 13 ЗРСЗ, као и од општих правила у овој области.

У Мађарској је 2017. донесен Закон о међународном приватном праву,³² који је ступио на снагу 2. јануара 2018. Иначе, скоро четири деценије је у Мађарској примењивана Уредба са законском снагом о

²⁸ Конвенција, чл. 7.

²⁹ Конвенција, чл. 8.

³⁰ Конвенција, чл. 11.

³¹ Конвенција, чл. 18, ст. 1.

³² Hungarian Act XXVIII of 2017 on private international law, https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106778&p_country=HUN&p_count=858&p_classification=01.03&p_classcount=5, 7. 5. 2023.

међународном приватном праву.³³ Одредба члана 6 Закона из 2017. одређује да ће суд примењивати право по службеној дужности, али је предвиђено да ће суд по службеној дужности морати и да сазна садржину страног права. Осим тога, суд је дужан да тумачи страно право у складу са правилима и праксом тог права. Предвиђено је да суд може користити било који начин за утврђивање садржине страног права. Интересантно је да у те начине мађарски законодавац убраја и поднеске странака, мишљења вештака, као и податке које даје министар правде. Уколико суд не може да утврди садржину страног права у одређеном року, који законодавац назива „разумним“, тада ће се примењивати мађарско право. Најзад, ако се не може применити мађарско право, тада ће се примењивати страно право које је „најближе важећем праву“. На први поглед, одредба мађарског Закона је слична одредби ЗРСЗ. Ипак, постоје и разлике које се односе на регулисање начина сазнања страног права, а што се односи на чињеницу да је законодавац у исту раван ставио поднеске странака, мишљења вештака и обавештења које доставља министарство правде. Ако Мађарска прихвата институт страног права, као права које суд мора да сазна по службеној дужности, тада се поставља питање зашто су изједначени поднесци странака са обавештењима министарства правде. Друго питање се односи на мишљења вештака, а што се односи на питање, ко може да буде вештак у овој области. Осим тога, ако суд не може да сазна страно право, предвиђена је примена мађарског права, али и примена другог страног права, које је најближе страном праву које није могло бити утврђено. Суд, и у овом случају, мора да сазна садржину страног права, али пре него што примени исто у поступку, мора да утврди да ли је оно „блиско“ или не страном праву, на које је указала колизиона норма. Због тога можемо поставити питање сврхе ове одредбе.

Швајцарски Савезни закон о међународном приватном праву³⁴ у члану 16 одређује да ће, такође, суд по службеној дужности утврдити страно право, као и да, у том погледу, може бити затражено учешће странака у поступку. Исто тако, швајцарски законодавац предвиђа, да ће се, у случају немогућности сазнања страног права, применити домаће право. Оно што разликује швајцарски Закон у односу на наш или мађарски, јесте одредба првог става члана 16, да суд, уколико се ради о имовинским стварима, може наложити странкама да докажу садржину страног права. Највероватније је швајцарски законодавац имао у виду да странке у имовинским стварима остварују одређену

³³ Донета 31. 5. 1979.

³⁴ Swiss Federal Act on Private International Law, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, 30. 4. 2023.

економску корист, али се о имовинским стварима одлучује и у брачним односима, односима родитеља и деце, наслеђивању, итд. Но, чињеница је да законодавац, овде, одредио само могућност суда да то уради, односно, да и у овим случајевима постоји обавеза суда да, по службеној дужности, утврди садржину страног права. Исто тако, видимо да у овој одредби није одређено, коме се суд може обратити кад је у питању сазнање садржине страног права, осим странкама.

Аустријски Савезни закон о међународном приватном праву³⁵ одређује, у члану 4, да је суд обавезан да сазна страно право, да затражи сарадњу странака, затим обавештење од министарства правде, као и мишљење стручњака. Исто тако, уколико је суд у немогућности да утврди страно право у примереном року, примењује се аустријско право. Интересантан је редослед лица и институција којима се суд може обратити. Прво су наведене странке, затим, министарство правде и, на крају, стручњаци. Наравно, не дозвољава се могућност примене сродног права, у случају немогућности сазнања страног, што аутоматски доводи до примене права по *lex fori*.

У САД је, још увек, на снази Други Зборник права – сукоби закона,³⁶ који у одредби члана 136, који носи наслов „Обавештење о страном праву и његово доказивање“³⁷ регулише питања сазнања и примене страног права. Оно што је интересантно, кад је у питању утврђивање страног права у САД, односи се на чињеницу утврђивања потребе сазнања страног права и ако је она утврђена, тада се одређује и начин сазнања страног права, као и последице немогућности сазнања истог. Ипак, ова одредба не помиње обавезу странака да докажу садржину страног права. Одређује се једино да ће се локалним правом утврдити обавеза сазнања страног права, као и последице пропуштања утврђивања његове садржине. Но, суд може употребити и друге инструменте сазнања страног права, тако да страно право не мора увек сазнати од странака. У сваком случају, судија има велика овлашћења у поступку сазнања садржине страног права, што се уређује локалним правом федералне јединице САД. Иначе, основна разлика везана за начин утврђивања садржине страног права, која посто-

³⁵ Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>, 30. 4. 2023.

³⁶ Усвојен и проглашен од стране Америчког правног института у Вашингтону 23. 5. 1969., М. Живковић, *Међународно приватно право, националне кодификације – прва књига*, Београд 1996, 417.

³⁷ Члан 136 гласи: „1) Локално право државе форума одређује потребу обавештења о страном праву, начин тог обавештавања и дејство пропуштања давања таквог обавештења. 2) Локално право државе форума одређује како се утврђује садржина страног права и дејство пропуштања утврђивања те садржине.“

ји између континенталног и англосаксонског система, све више губи на значају, ако посматрамо решења у Другом зборнику права САД.

6. САЗНАЊЕ И ПРИМЕНА СТРАНОГ ПРАВА И ОДСТУПАЊЕ ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ

Осим проблема који могу настати приликом сазнања и примене страног права, морамо имати у виду и ситуације које су везане за могуће одступање од примене колизионе норме, односно, одступања од примене меродавног права. Тада говоримо о повреди јавног поретка домаће земље, односно, земље примене меродавног права, затим о изигравању закона, као и о узвраћању, односно, упућивању (*renvoi*).

Уколико меродавно право стране земље вређа јавни поредак домаће земље, као земље примене права, тада се меродавно право неће применити.³⁸ Иначе, ЗРСЗ садржи уставноправну дефиницију јавног поретка,³⁹ за коју сматрамо да је непотребна, имајући у виду да се материја Међународног приватног права односи на грађанско право, пре свега.⁴⁰ Јавни поредак треба уско тумачити, како би, уопште, могло да дође до примене меродавног права.⁴¹ Не постоји енумерација одредаба које чине јавни поредак, што значи да, од случаја до случаја, треба одредити да ли одредба страног права вређа јавни поредак домаће земље или не. Ради се о веома малом броју одредаба, а ствар је сваке државе како ће дефинисати јавни поредак.

До изигравања закона долази кад се примењује вештачки створена колизиона норма у ситуацији када су промењене чињенице радњама странака, које желе примену неког другог права, а не оног, које би било примењено у редовним околностима. Значи, у питању су недозвољене радње странака.⁴² Неки сматрају да и симуловање чињеница доводи до изигравања закона, али, ипак, сматрамо да изигравања закона не може бити без стварне промене тих чињеница.⁴³ У сваком случају, ако суд утврди да је дошло до изигравања закона, примениће колизиону норму која би, иначе, била примењена. Да би дошло до изигравања закона, мора доћи до избегавања примене домаћих императивних прописа, као и до постојања намере. Намера странака је

³⁸ J. G. Collier, *Conflict of Laws*, Cambridge University Press 2001, 361.

³⁹ ЗРСЗ, чл. 4.

⁴⁰ В. Чоловић, 94.

⁴¹ В. Чоловић, 95.

⁴² В. Кутиков, *Международное частное право на НР Българија*, София 1976, 278.

⁴³ В. Чоловић, 85.

веома битна,⁴⁴ с обзиром на то да оне морају да желе недозвољену примену неког другог права.

Најзад, код узвраћања и упућивања се ради о примени целокупног права стране земље, а не само материјалног права. Уколико колизиона норма домаће земље упути на страно право, тада морамо применити колизиону норму стране земље, како би њеном применом одредили меордавно право. Ако страна колизиона норма одређује као меродавно, право наше земље, тада ће се оно и применити, без поновне примене домаћих колизионих норми.⁴⁵ ЗРСЗ регулише узвраћање, али не и упућивање на право треће земље.⁴⁶ Могућност узвраћања ће постојати ако су колизионе норме домаће и стране земље различите, а ако су исте, тада се неће применити овај институт.⁴⁷ Осим тога, за примену овог института, потребно је да право стране земље регулише овај институт. Морамо рећи да се у пракси све чешће поставља питање примене *renvoi*.

Три института која представљају тзв. одступања од примене колизионе норме (корекције колизионе норме), представили смо кратко, желећи да покажемо сву сложеност код сазнања и примене страног права. Уколико суд утврди повреду јавног поретка, тада он неће применити страно право које је меродавно, већ домаће право, по правилу *lex fori*. Но, поставља се питање да ли је упутно применити домаће право у датом случају, уколико односни спор не може да буде решен домаћим правом. Тада се поставља питање примене неког другог страног права, које је сродно праву, чије одредбе вређају јавни поредак домаће земље. У том случају, суд домаће земље мора, опет, да покрене поступак сазнања страног права (уз претходно одређивање „сродног“ страног права). Затим, код изигравања закона суд мора да утврди намеру странака и њихову жељу за применом неког другог права, а не оног одређеног по колизионој норми која би се применила да није дошло до промене чињеница. Овде имамо ситуацију да суд два пута покрене поступак сазнања страног права, ако раније не утврди наведену намеру странака. Што се тиче института *renvoi*, наш законодавац јасно регулише обавезу суда да примени страну колизиону норму и да путем ње одреди меродано право, што значи да ће домаћи суд морати, прво, да утврди да ли је колизиона норма стране државе иста или различита од колизионе норме домаће земље, а уко-

⁴⁴ К. Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб 2005, 205.

⁴⁵ ЗРСЗ, чл. 6.

⁴⁶ У ситуацији када би страна колизиона норма упутила на примену права неке треће земље.

⁴⁷ В. Чоловић, 90.

лико утврди да је иста, онда ће морати да сазна и примени меродавно право на које је упутила колизиона норма стране државе.

7. КОРАЦИ КОЈЕ СУД МОРА ДА ПРЕДУЗМЕ ПРИЛИКОМ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ И ПОКРЕТАЊА ПОСТУПКА САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА

Навешћемо најбитније кораке које суд мора да предузме, уколико решава случај са елементом иностраности, односно, уколико мора да примени колизиону норму:

- пре свега, суд мора да примени колизиону норму. Она је императивна и суд не сме да примени одредбу домаћег закона, ако је у поступку присутан елемент иностраности;
- уколико колизиона норма упути на страно право као меродавно, суд мора, по службеној дужности, да сазна страно право;
- начини сазнања страног права нису јасно предвиђени у законодавству. Суд се може обратити министарству правде које, у том случају, може да се обрати некој од домаћих институција, али може да покрене и поступак међународне правне помоћи, како би се тражило обавештење од надлежног органа односно стране земље, тј. земље чије се право мора применити у поступку;
- суд се може обратити и странкама, али никако не сме условити доношење одлуке достављањем исправе о садржини страног права од стране странака;
- након сазнања садржине страног права, суд мора то право да примени у поступку, што може створити додатне проблеме, које су везане за разумевање страног права.

Навешћемо и проблеме који се могу појавити уколико се страно право сазнаје слањем захтева некој од домаћих институција, као и проблеме који се могу појавити кад се страно право сазнаје путем међународне правне помоћи. Уколико се суд или министарство правде обрати некој од домаћих институција, као што су правни факултет или научни институти, тада се проблеми могу тицати следећег:

- језик на коме је написан текст закона или судске праксе. У многим случајевима се мора ангажовати судски тумач који добро познаје материју правне науке. Текст на изворном језику и превод тог текста на неком од распрострањених језика може бити различит са становишта тумачења и то може створити проблем, поготово у ситуацијама када поједина законодавства припадају другим системима права;

- у поступку сазнања страног права обраћањем домаћој институцији, у међувремену може доћи до промене законодавства у односној земљи, тако да, у тренутку предаје обавештења о садржини страног права или саме примене тог права, одредба тог права може бити укинута или измењена;
- најзад, велики проблем може бити и у недостатку истраживача који се баве овом материјом, односно, који познају законодавства која спадају у друге системе права, ако се обавештење о страном праву тражи од домаћих институција.

Са друге стране, ако се страно право сазнаје путем међународне правне помоћи, може доћи до одуговлачења слања одговора на захтев од стране надлежног органа стране земље, што доводи и до дужег трајања поступка у домаћој земљи. Затим, домаћи надлежни органи морају да поштују правила код достављања замолница, које се односе на садржину страног права, како не би дошло до одбијања поступања по тој замолници од стране надлежних органа стране земље. Чињеница је да најједноставније функционише међународна правна помоћ, кад два органа именована при надлежним министарствима две државе директно комуницирају, ако је то предвиђено међународним уговорима, било да су они мултилатерални или билатерални. Међутим, видимо да се и у пракси других земаља, користе домаће институције или домаћи стручњаци (вештаци) који дају мишљење о садржини страног права.

У вези са тим, поставља се питање и ангажовања стручњака, односно, вештака који има задатак да изради мишљење о примени страног права. У англосаксонском систему, вештака ангажује странка. Можда је важније мишљење вештака о страном праву, него пребацивање терета доказивања садржине страног права на странке.⁴⁸ Са друге стране, у Немачкој су судови слободни у доказивању садржине страног права. То се односи и на ситуације, када треба сазнати право које долази из земље која припада другом правном систему, нпр. англосаксонском. У озбиљнијим и сложенијим случајевима, немачки судови ће именовати вештака. Ти вештаци могу бити угледни професори на неком од института. У Енглеској је, нпр. другачије, где ће се предност у сазнању страног права дати управо стручњацима из земље чије право треба сазнати. Ако вештак има пребивалиште у Немачкој, суд ће вештаку послати цео спис, заједно са званичном одлуком, у којој су наведена питања на која вештак мора да одговори. Према

⁴⁸ Y. Rotem, “Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof Be Assigned?“, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, no. 2 article 8, 1-1-2014, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol14/iss2/8>, 6. 5. 2023.

немачком закону, судски списи се не смеју слати у иностранство. Вештаку се обично даје рок за писмено одговарање на питања, често се одобравају и продужења тог рока. Суд и било која страна могу захтевати од вештака да присуствује рочишту и образложи мишљење. Осим тога, судови често примењују Европску конвенцију о обавештењима о страном праву. Иначе, ова Конвенција се више користи у Немачкој него у већини других држава потписница.⁴⁹

Кад је у питању америчка пракса, истичемо несигурност и недоследност у поступку сазнања и примене страног права. Оно што представља проблем, односи се на начин утврђивања садржине страног права и пропуст странака да обавесте суд да треба да примени страно право. Треба додати и растући тренд у државним органима да треба ограничити примену страног права, што се пре свега односи на права која долазе, нпр. из шеријатског правног система. Осим тога, постоје и случајеви да судови утичу да странке одустану од примене страног права, односно, да су пристале на примену домаћег права, закона суда.⁵⁰

8. ЗАКЉУЧАК

Напред смо, већ, изнели поједине ставове који се тичу начина сазнања садржине страног права. Чињеница је да страно право које домаћи суд примењује као меродавно, мора да буде на снази. У супротном, суд ће погрешно применити материјално право, што је основ за подношење правног лека против одлуке. Иако је сигурно да поступак, без обзира да ли је у њему присутан елемент иностраности или не, мора да буде ефикасан, сигурно је да суд мора да избегне, кад год је то могуће, примену домаћег права у случају немогућности сазнања страног. Због тога је веома битно да и министарство правде или други орган, који је надлежан за послове правосуђа, ефикасно поступи по захтеву суда и покрене поступак међународне правне помоћи. Сигурно је да поступак међународне правне помоћи може бити дуготрајан, односно, да ће домаћи суд дуго чекати на одговор о садржини страног права, али је чињеница да је то једини исправан пут за сазнање страног права. Странке, као и њихови заступници не могу покренути поступак међународне правне помоћи. Они се само могу обратити поје-

⁴⁹ G. Dannemann, “Establishing Foreign Law in a German Court” *German Law Archive*, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=377>, 7. 5. 2023.

⁵⁰ L. E. Teitz, “Chapter 16: The challenge of accommodating foreign law in domestic courts”, *Private International Law, Contemporary Challenges and Continuing Relevance* (eds. F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo), Elgar Monographs in Private International Law, 2019, 434, <https://www.elgaronline.com/display/edcoll/9781789906899/9781789906899-00030.xml>, 7. 5. 2023.

диним институцијама у домаћој или страниј земљи које им могу одговорити на захтев, али и не морају, односно, то могу урадити и на погрешан начин, поготово у ситуацији када домаћа институција даје мишљење о садржини страног права, а у току су измене односних законских одредаба у страниј земљи. У сваком случају, најефикасније решење би било да у свим стварима са елементом директно комуницирају посебни органи (агенције за пријем и пренос писмена) у поступку сазнања садржине страног права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Варади, Тибор, Бордаш, Бернадет, Кнежевић, Гашо, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2001;
2. Живковић, Мирко, *Међународно приватно право, националне кодификације, прва књига*, Београд 1996;
3. Китић, Душан, *Међународно приватно право*, Београд 2016;
4. Кутиков, В., *Международное частное право на НР България*, София 1976;
5. Муминовић, Един, *Основи Међународног приватног права*, Сарајево 1997;
6. Пак, Милан, *Међународно приватно право*, Београд 2000;
7. Пак, Милан, *Неки проблеми међународне правне помоћи у статутним и имовинским стварима и запажања из праксе судова у Србији*, Београд 1977;
8. Рочкомановић, Милорад, *Међународно приватно право*, Ниш 1995;
9. Сајко, Крешимир, *Међународно приватно право*, Загреб 2005;
10. Hay, Peter, “The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States”, U.S. National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law in Vienna, Austria, 2014, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014;
11. Collier, John G., *Conflict of Laws*, Cambridge University Press 2001;
12. Чоловић, Владимир, *Међународно приватно право*, Бања Лука 2012.

Правни прописи

1. Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>, 30. 4. 2023;
2. Закон о ратификацији Европске конвенције о обавештењима о страном праву, *Службени лист СФРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 7/91;
3. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Слу-*

жбени лист СРЈ, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон;

4. Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, 5. 5. 2023;
5. Swiss Federal Act on Private International Law, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, 30. 4. 2023;
6. Хашка конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа, *Службени лист ФНРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 10/62;
7. Hungarian Act XXVIII of 2017 on private international law, https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106778&p_country=HUN&p_count=858&p_classification=01.03&p_classcount=5, 7. 5. 2023.

Интернет извори

- 1 Dannemann, Gerhard, “Establishing Foreign Law in a German Court”, *German Law Archive*, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=377>, 7. 5. 2023;
- 2 Rotem, Yaad, “Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof Be Assigned?”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, no. 2 article 8, 1-1-2014, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol14/iss2/8>, 6. 5. 2023;
- 3 Teitz, Louise Ellen, “Chapter 16: The challenge of accommodating foreign law in domestic courts”, *Private International Law, Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, *Elgar Monographs in Private International Law* (eds. F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo), 2019, <https://www.elgaronline.com/display/edcoll/9781789906899/9781789906899.00030.xml>, 7. 5. 2023.

Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

DILEMMAS ARISING FROM THE WAYS OF FINDING OUT ABOUT AND APPLYING FOREIGN LAW

Summary

Private International Law rules regulate the matter of domestic judicial and other authorities finding out about and applying foreign law in cases involving a foreign element. Article 13 of the Act on the Resolution of Conflicts of Laws with the Regulations of Other Countries stipulates that the court or other authority shall be obliged to determine, ex officio, the

application of foreign law or that the court may request the content of foreign rule from the Ministry of Justice. Also, the parties can submit a public document on the content of foreign law. Applying the abovementioned provision raises many questions which require proper answers, especially bearing in mind that the practice is sometimes contrary not only to provisions of the said law but to basic rules of Private International Law. The paper will discuss the ways of finding out about foreign law, the possibility of receiving information about the content of foreign law from domestic institutions and the risk involved when a party submits a public document about the content of foreign law. In addition, for the correct finding out and application of foreign law, it is important to take care of the delivery of the act to the authority of the foreign state, from which the notification is required. Furthermore, it is essential that the party consider the issue of whether the domestic court or other authority will be able to correctly interpret and apply provisions of the foreign law, without additional information obtained from the authorities of a foreign country. Also, the paper will raise the question of whether it is advisable, in any case, to apply domestic law in a situation where it is not possible to find out about foreign law for any reason.

Key words: *Foreign law; Court; Foreign element; Service of documents; Letter of request; Authentic instrument.*