

# ОДСТУПАЊА ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ





ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО

МОНОГРАФИЈА 193

Проф. др Биљана Дамјановић  
Проф. др Владимир Чоловић

**ОДСТУПАЊА  
ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ  
КОЛИЗИОНИХ НОРМИ**

Београд, 2023.

Проф. др Биљана Дамјановић  
Проф. др Владимир Чоловић  
ОДСТУПАЊА ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ

Монографија 193

**Издавач**

Институт за упоредно право, Теразије 41, Београд

**За издавача**

Проф. др Владимир Чоловић, директор

**Рецензенти**

Проф. др Дијана Марковић Бајаловић  
*редовни професор Правној факултету Универзитета Унион у Београду*

Проф. др Ранка Рачић  
*редовни професор Правној факултету Универзитета у Истичном Сарајеву*

Проф. др Сања Данковић Степановић  
*редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду*

**Тираж**

100

**Техничка припрема**

Бранимир Трошић

**Штампа**

ЈП „Службени гласник“

ISBN 978-86-82582-01-4

DOI 10.56461/M193\_23BD.VC

Монографија је настала 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. године).

© Институт за упоредно право, 2023. Сва права задржана.

Ниједан део ове књиге не може бити репродукован, преснимаван или преношен било којим средством – електронским, механичким, копирањем, снимањем, или на било који други начин без претходне сагласности аутора и издавача

# САДРЖАЈ

УВОД .....	1
I – КОЛИЗИОНА НОРМА.....	3
1. Појам колизионе нормe .....	3
2. <i>Ratio</i> постојања колизионих норми односно примене страног права .....	10
3. Структура колизионе нормe.....	25
3.1. <i>Правна катeгорија</i> .....	28
3.2. <i>Тачка везивања</i> .....	30
3.2.1. <i>Поједине тачке везивања</i> .....	31
3.2.2. <i>Врсте тачака везивања</i> .....	38
4. Врсте колизионих норми и начин њихове примене .....	46
4.1. <i>Једносйране и вишесйране колизионе нормe</i> .....	46
4.2. <i>Самосйалне и несамосйалне колизионе нормe</i> .....	48
4.3. <i>Изричитйе и скривене колизионе нормe</i> .....	49
4.4. <i>Безусловне и условне колизионе нормe</i> .....	50
5. Начин примене колизионих норми .....	51
II – ОДСТУПАЊА ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ .....	55
1. Појам и правна природа страног права .....	55
2. Појавни облици одступања од редовне примене колизионих норми.....	60
III – <i>FRAUS LEGIS</i> – ИЗИГРАВАЊЕ ЗАКОНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ.....	65
1. Појам изигравања закона .....	65
2. Елементи изигравања закона.....	71
2.1. <i>Вешйачко сйварање чињеница</i> .....	72
2.2. <i>Избејавање примене домаћих имйератйивних норми</i> .....	75
2.3. <i>Намера изигравања</i> .....	77
3. Облици изигравања закона .....	80
4. Санкције за изигравање закона .....	84
5. <i>Fraus legis</i> у домаћем и упоредном законодавству .....	86
6. Сличности и разлике <i>fraus legis</i> са другим установама међународног приватног права.....	94
7. Држављанство – често изигравана тачка везивања .....	98
7.1. <i>Појам и начин сйицања држављансйва</i> .....	100
7.2. <i>Области у којим се изиграва тачка везивања lex nationalis</i> .....	104
8. Домицил – често изигравана тачка везивања.....	106

<b>IV – RENVOI – УЗВРАЋАЊЕ И ПРЕУПУЋИВАЊЕ</b> .....	113
1. Појам узвраћања и преупућивања .....	113
2. Претпоставке за настанак узвраћања и преупућивања .....	117
3. <i>Renvoi</i> у домаћем и упоредном законодавству .....	122
4. <i>Renvoi</i> – за и против .....	128
5. Начин и поље примене <i>renvoi</i> .....	135
5.1. Начин њримене устїанове узвраћања и њреупућивања .....	135
5.2. Поље њримене <i>renvoi</i> .....	139
6. Квалификација и <i>renvoi</i> .....	147
7. <i>Renvoi</i> у црногорском праву .....	148
8. <i>Renvoi</i> у случају упућивања на нејединствени правни поредак .....	152
<b>V – ЈАВНИ ПОРЕДАК</b> .....	157
1. Појам јавног поретка .....	157
2. Јавни поредак, императивни прописи и нормe непосредне примене ....	161
3. Јавни поредак у упоредном праву .....	167
4. Садржина јавног поретка .....	172
5. Примена института јавног поретка и одступање од редовне примене колизионе нормe .....	176
6. Процесноправни аспект института јавног поретка .....	187
<b>VI – ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ И ПРИМЕНА КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ</b> .....	193
1. Појавни облици промењених околности .....	193
2. Правне последице промењених околности .....	194
<b>VII – ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА</b> .....	199
<b>DEVIATIONS FROM THE REGULAR APPLICATION OF THE CONFLICT OF LAW'S RULES – Summary</b> .....	209
<b>ЛИТЕРАТУРА</b> .....	213
А) Монографије и уџбеници .....	213
Б) Чланци .....	215
В) Устав, закони и међународне конвенције .....	222
Г) Интернет извори .....	224

## УВОД

Приватноправни односи са елементом иностраности могу бити решавани двојако. Први начин који нам стоји на располагању јесте директно регулисање путем међународних конвенција или националних норми, док је други резервисан за колизионе норми. У редовима који следе дат је посебан аспект анализе индиректног регулисања приватноправних односа са елементом иностраности.

Колизиона норма, као инструмент решавања сукоба закона, има за задатак да упути судију на одговарајуће меродавно право, и на тај начин, макар индиректно,<sup>1</sup> понуди решење за конкретно правно питање. Како ће бити решење које усваја колизиона норма, односно на које право ће упутити као на меродавно, зависи од околности сваког конкретног случаја. Распоред чињеница и схватања о најрелевантнијој вези са одређеном правном категоријом, која је са аспекта креатора правне политике изражена преко одговарајућих тачака везивања, детерминисаће правац тока колизионе норми, макар иницијално.

Остаје да видимо да ли ће појединачни проблеми бити решени управо на начин који је предвиђен колизионом нормом форума, или ће доћи до одступања од редовне примене колизионе норми.

Једна манифестација одступања од редовног правца колизионе норми, која се јавља као последица променљивих тачака везивања, јесте преварно понашање странака, са циљем да се примени неко друго право, а не оно које би иначе било меродавно – изигравање закона, односно *fraus legis*. У овом случају могли би говорити и о корекцији колизионе норми, јер заправо игноришемо новостворене одлучујуће чињенице, макар са аспекта примене меродавног права, и примењујемо исту колизиону норму и на потпуно исти начин, као и у редовним околностима.

Следећи вид одступања од редовне примене колизионих норми огледа се у установи *renvoi*, последица је колизионог а не супстанцијалног упућивања, и чињенице да ћемо применити страно право на које укаже првоупућено право, на које је указала колизиона норма форума, а не страно материјално право на које укаже домаћа колизиона норма.

Постоје ситуације у којима нећемо поступити на начин који је предвиђен у колизионој норми. Иако је законодавац, мерилима своје правне политике,

<sup>1</sup> P. Francescakis, *La theorie du renvoi*, Paris 1958, 8.

одредио типично вредновање за одређену правну категорију, судија ће, у функцији заштите јавног поретка домаће државе, занемарити страно право на које указује домаћа колизиона норма, уколико је његово дејство у супротности са уставом утврђеним основама друштвеног уређења. Ова могућност практична је последица примене вишестраних колизионих норми, чији се мериторни ефекти не могу предвидети у укупности, па је ризик да се примени право које не кореспондира са домаћим јавним поретком приличан. Како је, ипак, интерес јавног поретка јачи од интереса да се приватноправни однос са елементом иностраности реши управо на начин који колизиона норма сугерише, то ћемо, у овом случају, одступити од редовне примене колизионе норме, делујући превентивно.

Све ове посебности, односно одступања од редовне примене колизионих норми, дефинисане су општим институтима Међународног приватног права, какви су „*fraus legis*“, „*renvoi*“ и јавни поредак, и биће предмет детаљније анализе у наставку. Циљ је да се ови општи институти расветле, и то не само са аспекта домаћег права, већ и упоредноправно, јер се схватања о појединим институтима толико разликују, да су и последице које производе потпуно другачије. Неопходно је, у ту сврху, објаснити њихове манифестације, структурне елементе, услове јављања, последице које производе у различитим ситуацијама.

Такође, пажња ће бити усмерена и на питање како промењене околности утичу на примену колизионих норми, односно да ли промене колизионих норми, промене меродавног права и промене суверенитета имају импликација на плану одређивања и примене меродавног права.

Аутори



# I – КОЛИЗИОНА НОРМА

## 1. Појам колизионе нормe

Два основна вида регулисања приватноправних односа са елементом иностраности су директан, односно непосредан, и индиректан, односно посредан. Овај други се често назива и колизиони, обзиром да се остварује посредством посебне врсте правних норми, такозваних колизионих норми.

Директно регулисање приватноправних односа са елементом иностраности може се остварити применом како међународних, тако и националних прописа. Било би заиста идеално уколико би решење за било који приватноправни проблем са елементом иностраности могли добити непосредно, било применом међународних конвенција или унутрашњих норми. На тај начин, број корака до доласка до решења био би мањи, јер би директном применом међународних или домаћих норми добили решење приватноправног проблема. Међутим, веома је тешко замислити јединствена решења националних закона у домену породичног, наследног, уговорног, стварног права са елементом иностраности, јединствена правила у погледу деликтне одговорности, идентична решења по питању правне и пословне способности. Јединствена решења по свим овим питањима подразумева ла би брисање разлика које несумњиво постоје међу различитим државама, што је практично немогуће, и у домену утопије. У појединим областима заиста постоји широки консензус који је постигнут договарањем држава на мултилатералном плану, али ипак не постоји конвенција која је прихваћена у свим државама света. Такође, велики је број конвенција које регулишу одређена значајна питања из домена грађанског или привредног права, нормe које регулишу материју признања и извршења страних судских и арбитражних одлука; нормe које регулишу питање успостављања међународне надлежности. Дакле, споразумевање на одговарајућем плану свакако постоји, али о истински глобалном компромису још увек не можемо говорити.<sup>2</sup>

На регионалном плану ствари стоје нешто другачије. Постоји значајан број прописа у оквиру Европске уније којима се на јединствен начин уређује питање надлежности, признања и извршења страних одлука у грађанским и трговачким стварима; признање и извршење одлука у

<sup>2</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2007, 36.

брачним стварима и питањима родитељске одговорности, и многим другим. Када говоримо о овим прописима можемо их, у извесном смислу, назвати и наднационалним.<sup>3</sup> Ово из разлога што је Амстердамски уговор из 1999. године,<sup>4</sup> предвидео премештање правосудне сарадње у грађанским стварима из такозваног „трећег стуба Европске уније у први, што подразумева могућност доношења наднационалних прописа, као што су регулативе и директиве“.<sup>5</sup>

Други начин директног решавања приватноправних односа са елементом иностраности је непосредно регулисање путем домаћих прописа. Само у одређеним сегментима државе задржавају право директног регулисања, а то су они случајеви који су за државу од посебног интереса, и где се не задовољавамо решењем које нуди колизиона норма упућивањем на одговарајуће право као на меродавно, већ држава директно прописује модел понашања у конкретном случају. За поједине области међународног приватног права ово је посебно иманентно, као на пример у домену права која чинимо доступним странцима, или у области грађанскопроцесног права. Дакле, црногорским императивним нормама је прописано која права странци могу уживати у Црној Гори, и под којим условима, а која су права апсолутно резервисана за домаће држављане, и самим тим странцима недоступна.

Непосредно регулисање иманентно је и грађанском судском поступку у присуству елемента иностраности. Директан начин регулисања овде се манифестује, на пример, у поступку признања страних судских одлука.

Дакле, приватноправни односи са елементом иностраности могу бити решавани директно, односно непосредно, и то како путем међународних, тако и путем националних прописа, али оно што је типично за међународно приватно право и што је *differentia specifica* ове области, то су колизионе норме, као специфичан вид индиректног, односно посредног или колизионог<sup>6</sup> начина решавања приватноправних односа са елементом иностраности.

---

<sup>3</sup> О стању законодавства Европске уније погледај *Official Journal of European Union* <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>4</sup> E. Cashin Ritaine, „Harmonizing European Private International Law: A Replay of Hannibal’s Crossing of the Alps?“, *International Journal of Legal Information*, vol. 34, issue 2, 2006, 421.

<sup>5</sup> М. Станивуковић, „Регулатива Савета о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима“, *Евројско законодавство*, бр. 1/2002, 9.

<sup>6</sup> М. Станивуковић, „Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на начела европског уговорног права“, *Зборник реферата са савешовања Начела евројској ујоворној йрава и јујословенско йраво*, Крагујевац, 2001, 57, 58.

Овај вид решавања приватноправних односа са елементом иностраности непосредно се остварује кроз употребу колизионих норми, чија је суштина у одабиру меродавног права за разрешење конкретне проблемске ситуације.<sup>7</sup> Дакле, коришћењем колизионе технике нећемо директно дати одговор на постављено питање, нећемо добити правило понашања на основу познате диспозиције, већ ћемо добити смернице у оквиру ког права као меродавног да тражимо решење.<sup>8</sup> У том смислу колизионе норме имају функцију моста, повезујући чињенично стање са одређеним материјалним правом у којем ћемо наћи решење конкретне проблемске ситуације.<sup>9</sup>

На примеру норме из Закона о међународном приватном праву Црне Горе,<sup>10</sup> врло је лако објаснити суштину индиректног регулисања приватноправних односа са елементом иностраности:

„Мјеродавно право за вануговорну обавезу произашлу из штетне радње је право државе у којој је штета настала, без обзира у којој држави је наступио догађај који је проузроковао насталу штету и без обзира на државу или државе у којима су настале индиректне посљедице тог догађаја, осим ако је друкчије одређено одредбама ове главе.“<sup>11</sup>

Посматрајући напред цитирану норму не можемо добити непосредан одговор на питање вануговорне одговорности за штету, како ће се та одговорност утврдити, колики одштетни захтев може бити досуђен. Ово, наравно, не значи да ћемо остати ускраћени за било који одговор, већ да ће пут до одговора бити нешто дужи и сложенији. До њега ћемо доћи тако што ћемо извршити правну анализу норми оне државе у којој је штета настала. Дакле, у ситуацији тражења решења за проблемску ситуацију вануговорне одговорности за штету, судија има задатак да локализује чињенични однос, на начин што ће га сместити у координате које је законодавац препознао као одлучујуће за одговарајућу правну категорију. На тај начин остварују се претпоставке да се чињенични однос претвори у правни однос, и да применом меродавног права на које је указала колизиона норма форума, дефи-

<sup>7</sup> G. York-Erwin, „The Choice of Law Problems in the Class Action Context“, 84 *New York University Law Review*, 2009, 1796; M. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 2001, 13.

<sup>8</sup> P. Francescakis, *op. cit.*, стр. 8.

<sup>9</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, 2010, 46.

<sup>10</sup> Закон о међународном приватном праву, „Службени лист Црне Горе“ бр. 1/2014, 14/2014, у даљем тексту ЗМПП.

<sup>11</sup> ЗМПП, члан 52 став 1.

нитивно добијемо решење приватноправног проблема са елементом иностраности. Применом технике посредног регулисања, чињенично стање из конкретног односа повезујемо са системом било домаће, било стране земље, у зависности од распореда релевантних чињеница, и са нормама које тај систем садржи, па применом тих норми, однос који регулишемо добија својства грађанскоправног односа.<sup>12</sup>

Оно што је иманентно колизионој техници јесте могућност примене страног, а не само домаћег права. Оваква могућност обележје је међународног приватног права, и оно што га разликује од, на пример, кривичног или управног права.<sup>13</sup> Проблематика одређивања меродавног права није присутна у кривичном поступку, независно од чињенице што је починилац кривичног дела лице страног држављанства, а дело почињено на територији домаће државе, или је присутан неки други елемент иностраности. Овде је искључиво применљив принцип територијалитета и домаћи судови у кривичном поступку примењују домаће право.<sup>14</sup> Мада, и у домену кривичног права може се јавити питање сукоба закона, као на пример у случају екстрадиције.<sup>15</sup> Тако је пред енглеским судом постављено питање могућности испоручивања италијанског држављанина у притвору у Енглеској, оптуженог за убиство норвешког држављанина на једном норвешком броду на отвореном мору, на бази споразума о екстрадицији између Енглеске и Норвешке, који предвиђа испоручивање у случају кривичних дела почињених на територији државе уговорнице.<sup>16</sup>

Одређивање меродавног права везује се искључиво за приватноправне односе са елементом иностраности. Уколико у предмету који се расправља пред домаћим судом постоји елемент иностраности, то је довољан разлог да

---

<sup>12</sup> У том смислу М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд, 2000, 310, у даљем тексту М. Пак, *МПП*.

<sup>13</sup> Акцент је на приватноправним односима и разлици између приватног и јавног права. О томе погледај Michaels R., Jansen N., „Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 1, 2007; Michaels R., Jansen N., „Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 1, 2007; R. Michaels, „Public and Private International Law: German Views on Global Issues“, *Journal of Private International Law*, vol. 4, No 1, 2008; Michaels R., Кноп К., Riles A., „Foreword: Transdisciplinary Conflicts of Law“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008; H. Batifol, „Public policy and the autonomy of the parties: interrelations between imperative legislation and the doctrine of party autonomy“, у књизи Yntema H. (foreword), *Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts*, Michigan 1951, 79, 80.

<sup>14</sup> J. G. Castel, *Private International Law*, Toronto 1960, 98.

<sup>15</sup> R. H. Graveson, *The Conflict of Laws*, London 1960, 3.

<sup>16</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 3.

суд мора гледати не само домаће право већ и изван њега, тј. оно право које је са домаћим у сукобу, како би у крајњем нашао оно које најбоље одговара конкретном случају.<sup>17</sup>

Када говоримо о приватноправним односима мислимо на статусна, породична, наследна, имовинска питања, уколико се у њима јавља елемент иностраности. Он може бити изражен било у субјекту, било у објекту, било у правима и обавезама.<sup>18</sup> Страни елемент, следствено овоме, остварује се кроз држављанство, домицил, седиште правног лица, кроз место налажења ствари, место закључења брака, место извршења деликта...

Постојање елемента иностраности у субјекту јавља се на бази чињеница какве су држављанство, пребивалиште, уобичајено боравиште,<sup>19</sup> односно седиште кад су правна лица у питању. Када говоримо о правним лицима, њихова припадност се цени кроз критеријум инкорпорације коригован системом стварног седишта.<sup>20</sup> Ово значи да ће једно правно лице имати припадност оне државе по чијем праву је и основано. Међутим, уколико правно лице има седиште у држави по чијем праву није основано, консултоваћемо норме тог права, па уколико сходно њима оно има статус правног лица, сматраћемо да има припадност државе у којој је његово стварно седиште.<sup>21</sup> У супротном, статус правног лица ће се процењивати у односу на почетни критеријум, односно према праву по коме је правно лице и основано.<sup>22</sup>

Како смо видели, појава елемента иностраности у субјекту значајна је како у погледу физичких, тако и погледу правних лица. Свакако да се овај елемент прво јавио код физичких лица, а и данас је чињеница да постоји веома велики број странаца који се налазе на територијама различитих земаља, што легално, што незаконито. Они се укључују у правни живот једне државе тако што склапају уговоре, врше грађанскоправне деликте, запошљавају се, склапају брак..., па самим тим произилази потреба решавања свих правних ситуација у којима странци учествују. Још већи проблем

<sup>17</sup> G. C. Cheshire, *Private International Law*, Oxford 1957, 6.

<sup>18</sup> О још неким аспектима елемента иностраности погледај J. Bomhoff, „The Reach of Rights: “The Foreign” and “The Private” in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases With Foreign Elements“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, 39-43.

<sup>19</sup> G. C. Cheshire, *op. cit.*, 6.

<sup>20</sup> Види ЗМПП члан 19.

<sup>21</sup> О проблематици одређивања припадности правних лица у пракси погледај R. Michaels, „Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 2005, 2-5, даљем тексту R. Michaels, *Globalizing Savigny?*

<sup>22</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 57, 58.

изазивају лица без држављанства, апатриди, јер је у њиховом случају, посебно за питања личног статуса, дилема које право применити.

Код правних лица елемент иностраности се јавио нешто касније, када су почела да шире делатност на територије различитих држава. Склапање уговора са оваквим правним лицима изазвало је дилему у њиховом личном статусу, односно јавила се потреба, како смо видели, за одређивањем припадности једног правног лица. Историјски посматрано, било је много случајева изигравања закона вештачким уношењем елемента иностраности и жељом да се једно страно правно лице прикаже као домаће и обратно, а ради заштите интереса власника капитала.

Појава страног елемента у објекту појавила се са развојем међународне трговине и рефлектује се кроз место налажења ствари. Ту се јавља цели низ питања, као што су: правни режим ствари, начин стицања својине, питање режима наследства са аспекта покретних и непокретних ствари, питања брачно-имовинског режима...

Постојање елемента иностраности у правима и обавезама остварује се уколико су страно обележени било настанак било испуњење права и обавеза.

Класификација ових појавних облика страног елемента увек се врши у односу на право државе где се конкретно питање расправља.<sup>23</sup> Уколико бисмо закључили уговор о купопродаји стамбеног објекта који се налази Барселони, са аспекта црногорског права постојао би елемент иностраности у објекту, јер се предмет уговора налази у Шпанији. Међутим, уколико би се однос расправљао у Шпанији, овај елемент не би био инострано, већ домаће изражен, а на бази истих чињеница.

Обзиром да се, како смо видели, елемент иностраности може појављивати у различитим комбинацијама, начин на који се разрешавају односи у овој грани права, итекако се разликује од решења у осталим правним областима. Колизионе норме имају за задатак, не да тај однос реше, већ да одиграју једну врсту путоказа за долазак до крајњег решења. Оне ће то учинити на начин да једноставно усмере у правцу одговарајућег државног поретка, чије ће материјалне норме, у крајњем, регулисати конкретно питање. „... Колизионе норме играју улогу обавештајног бироа код кога се могу, на великим станицама, путници обавестити на шалтерима где ће им бити издата карта и означено место на коме ће се моћи укрцати. Колизионе норме су, у оквиру сваке поједине државе, унапред одређени путеви преко којих надлежни органи сваке поједине државе, а то значи по правилу судови, имају да иду да би, и то увек само на путевима прописаним од стране њихове

<sup>23</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 76; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 32.

државе, на крају сваког пута нашли правни поредак чије ће материјалне норме бити надлежне да садржински регулишу грађанско-правни однос са елементом иностраности.<sup>24</sup> Дакле, функција међународног приватног права, односно његових колизионих норми се завршава када изврше ово усмеравање на право по којем ће се конкретно питање разрешити.<sup>25</sup>

Свака држава прописује сопствене колизионе норме на основу мерила своје правне политике, и суд ће, приликом расправљања приватноправног односа са елементом иностраности, консултовати само домаће колизионе норме. Изузетак у овом погледу представља *renvoi*, институт узвраћања и преупућивања, приликом чије примене се консултује не само домаћа, већ и страна колизиона норма.

Дакле, сврха колизионе норме јесте да разреши сукоб закона и да нам помогне у коначном избору права које ћемо применити на питање које се поставља.<sup>26</sup> Да ли ће то бити домаће или страно материјално право зависи од околности сваког конкретног случаја, односно од распореда релевантних чињеница. У сваком случају, суштина индиректног начина регулисања огледа се у коришћењу колизионих норми, које ће нас одвести до одговарајућих материјалних норми, односно материјалних норми одређеног права на основу којег ћемо добити мериторно решење конкретне проблемске приватноправне ситуације са елементом иностраности. Ово нужно не значи да ћемо на један проблем увек применити само једно меродавно право. На различите аспекте истог питања могуће је применити и више меродавних права, уколико оно остварује контакте са више правних подручја.<sup>27</sup>

Постојање елемента иностраности у приватноправним односима треба посматрати као сигнал да смо напустили терен домаћег права и да примена *lex fori* није ни прихватљиво ни продуктивно решење. С обзиром да нам страни елемент сигнализира да су две или више држава заинтересоване да се питање реши применом њихових материјалних права, тај сигнал треба испоштовати и извршити избор између закона односно права која су у „сукобу“. Овај избор се материјализује кроз колизионе норме које имају врло јасну функцију, а то је одређивање критеријума путем којих је могуће извршити избор између тангираних правних система. Поменута функција колизионих норми непосредно се остварује кроз одговарајуће системе преференција који су у њима садржани, и који морају бити

<sup>24</sup> Б. Благојевић, *Међународно приватно право*, Београд, 1950, 119.

<sup>25</sup> G. C. Cheshire, *op. cit.*, 9.

<sup>26</sup> A.J. Kerhuel, „La cession de contrôle en droit international privé“, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 10-37, 2010, 5; M. Revillard, *op. cit.*, 13.

<sup>27</sup> G. C. Cheshire, *op. cit.*, 8.

видљиви или макар имплицирани.<sup>28</sup> На тај начин, обезбеђује се како правна сигурност странака, тако и стабилност приватноправних односа на интернационалном плану. Функција колизионих норми јесте управо у томе да обезбеде рационално и праведно разрешење односа са елементом иностраности.<sup>29</sup>

Међутим, остваривање задатка односно функције колизионе норме није ни мало лак подухват. Тај би задатак био свакако лакши уколико би се један контакт са страном државом узео као опредељујући и применило материјално право те државе. Али, комбинаторика елемената иностраности у једном приватноправном односу са елементом иностраности може бити изненађујуће богата, па он може бити страно обележен како са аспекта субјекта, тако и са аспекта објекта или права и обавеза. Самим тим, проблем се усложњава, јер локализација конкретног односа више није тако једноставан задатак. Који од елемената иностраности ће нас одвести до меродавног материјалног права, да ли ће то бити домицил странака, ситус ствари или место преузимања обавезе? Шта ће бити веза са правним поретком чија ћемо правна правила у крајњем применити?

Одговор на ова, и многа друга питања налази се у структурним елементима колизионе норме, у правној категорији и тачки везивања, о којима ће више речи бити нешто касније.

## **2. *Ratio* постојања колизионих норми односно примене страног права**

Уколико би судови сваки спор решавали искључиво применом домаћег права, њихов задатак би био много једноставнији, него у ситуацији када морају консултовати и одговарајуће норме страног права, због присуства елемента иностраности.

Која је сврха постојања колизионих норми, зашто се примењује страно право?

Историјски посматрано, питање примене страног права постављало се веома рано. Странци су још у античкој Грчкој и Риму уживали одговарајућа права под условом да је постојао закључен уговор о њиховом правном

---

<sup>28</sup> Е. Муминовић, *Проблем највијешње повезаности у Међународном приватном праву*, докторска дисертација, Сарајево, 1991, 22.

<sup>29</sup> G.S. Alexander, „The Application and Avoidance of Foreign Law in The Law of Conflicts“, *Northwestern University Law Review*, vol. 70, No. 4, 1975-1976, 602.



положају.<sup>30</sup> У овим државама странци су у раној фази били потпуно обесправљени, јер су то углавном били робови, да би, након великих освајачких похода, ситуација почела да се мења. Наиме, и становницима провинција почињу да се признају извесна права, на начин што и они добијају статус *civitatis*. Ова привилегија им раније није признавана, а основни је предуслов за правну способност.<sup>31</sup>

У Риму су постојале и неке врсте норми о сукобу закона, али их не можемо сматрати данашњим колизионим нормама. Оне су се јавиле као потреба решавања спорова са страним елементом. Овај елемент, у данашњем смислу одређивања елемента иностраности, могли би третирати као елемент иностраности у субјекту, јер су то били спорови између становника различитих провинција, или између становника провинције и римског грађанина. Дакле, требало је разрешити спорни однос, али на бази којих правила? Јер, *ius civile* је важило само за римске грађане, а на становнике провинција су се примењивала партикуларна обичајна правила, па је требало наћи адекватно решење за новонасталу ситуацију. Међутим, то решење није, у данашњем смислу, подразумевало постављање било каквих мерила, која би, у одређеним случајевима, указивала на меродавно право, већ се манифестовало кроз креирање новог права, *ius gentium*, које се примењивало у ситуацији када се правни однос протеже на више правних подручја. Дакле, разлика у односу на данашње решавање приватноправних односа са елементом иностраности је та што се не указује на једно од права као на меродавно (у конкретном случају не указује се на право било које од провинција или на римско право), већ се решење добија постављањем нових материјалноправних правила.<sup>32</sup> Главну улогу у креирању овог права имао је перегрински претор, који је у ситуацији одређивања права по којем ће се решити спор између становника Рима и провинције, заправо креирао нове правне норме. Ово из разлога што Римљани нису дозвољавали да се странци користе њиховим цивилним правом.

У раном средњем веку, преласком на нову територију, племена су преносила и своје право. Дакле, примена персоналног права обележје је средњег века, а тадашње персонално право било је право земље у којој је припадник племена рођен, односно право његовог завичаја.<sup>33</sup> Проблематика одређи-

<sup>30</sup> К. Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб, 2009, 17, у даљем тексту К. Сајко, *МПП*.

<sup>31</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 227.

<sup>32</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 228.

<sup>33</sup> К. Сајко, *МПП*, 17.

вања права које ће се применити на конкретни спорни однос настаје у оном тренутку кад дође до спора између припадника разних племена или у случају кад се нечије порекло не може недвосмислено утврдити.<sup>34</sup> За поједине категорије односа постојала су решења која су била широко прихваћена. Тако се, на пример, за поклон или купопродају примењивало племенско право поклонодавца односно продавца, за наследноправне односе примењивало се племенско право оставиоца, услови који су будући супружници морали да задовоље за склапање брака ценили су се по њиховим племенским правима посебно, слично данашњој дистрибутивној кумулацији.<sup>35</sup>

У каснијем средњем веку персонални принцип губи на снази, као последица јачања моћи феудалаца, и њихове тежње да се на једном феудалном добру примењују иста правила. Међутим, у интервалу између XII и XIV века, феудална снага почиње да слаби, а интензивира се размена и кретање људи између градова. Самим тим, строги територијални принцип више није одржив, јер се јавља потреба да се један правни посао који је закључен између становника различитих градова сматра пуноважним и у једном и у другом граду. Дакле, у ситуацији када се један правни посао везивао за територије више градова, требало је наћи критеријум, односно мерило за право које треба применити у конкретном случају. Притом, избор је требало учинити у односу на градове, односно њихове статуте који су тангирани. Дакле, тражи се најлогичнија веза, и примењује се оно право које је чврсто повезано са случајем, чија је примена оправдана. Богате животне ситуације, које нису затворене унутар граница феуда, условиле су и примену права других градова, успостављајући добре односе међу градовима, међусобну сарадњу, и предуслов да правни односи могу опстати и на више правних подручја.

Посматрајући случајеве на овакав начин лако можемо увидети сличност са односима са елементом иностраности данас. И тада се јавила потреба за уважавањем чињенице да правни однос који има контаката са више правних подручја треба да опстане и да се нађе адекватно мерило које ће условити примену одређеног статута. Разлика у односу на данашњи начин доласка до меродавног права је у томе што се избор не врши између права појединих држава, већ између права градова који су имали одговарајуће законодавне прерогативе.<sup>36</sup> Приликом тражења решења за сукобе закона, односно сукобе статута градова, доктрина се окретала римском праву, које

<sup>34</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 230, 231.

<sup>35</sup> Правна ситуација у којој свако од вереника, уколико су различитог држављанства, мора испунити услове по сопственом праву.

<sup>36</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 234.

је било супериорније у односу на локално право са једне стране, а са друге стране се могло сматрати заједничким правом свих градова.<sup>37</sup>

Сматрало се да поред територијалног принципа има места и за примену персоналног принципа, али је било потребно утврдити критеријуме за примену једног, односно другог. Дакле, не мора сваки град да примењује свој статут у сваком случају, већ под одређеним условима може применити и право лица о којем је реч, али је потребно утврдити те услове, што није мала ствар.<sup>38</sup> Рад италијанских статутиста<sup>39</sup> био је управљен на тражење правила односно утврђивање услова за примену меродавног статута, у ситуацији када се правни однос повезује са више правних подручја. У том смислу истиче се рад Цинуса (*Cynus*), Бартолуса (*Bartolus de Sassoferato*), Балдуса (*Baldus*).

Анализирајући појединачне случајеве Бартолус је тражио решења у оном праву, односно статуту чија је примена у конкретном случају најлогичнија. За њега се везује и подела статута на реалне и персоналне. Суштина поделе огледа се у чињеници да се реални статут примењују на територији на којој су донети и на свако лице на тој територији, али немају никаква дејства ван односне територије. Са друге стране, персонални статут се примењују на лица која су поданици оног града који је донео статут, с тим што се овај статут на њих примењује и онда када напусте границе тог суверенитета. Изразит пример персоналног статута налазимо у глосама Акурзијуса (*Accursius*) на Јустинијанов кодекс:

„*Argumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non deber iudicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest.*“

„Ако је грађанин Болоње тужен у Модени, не сме му се судити по статутима Модене, под које не потпада.“<sup>40</sup>

Тадашња пракса је временом искристалисала категорије правних односа на које би се примењивали реални, односно персонални статут. Тако су се персоналним статутима сматрале категорије које обухватају статусне, породичне, наследне и облигационе односе,<sup>41</sup> и њима су се углавном постављала одговарајућа ограничења, као на пример забрана поклона међу брачним друговима, забрана састављања тестамена до одговарајуће ста-

<sup>37</sup> Р. Мајер, *Droit International Prive*, 1991, 45, посредно према К. Сајко, *МПП*, 20.

<sup>38</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 236.

<sup>39</sup> О раду статутиста види Г. С. Чешир, *op. cit.*, 23 – 30.

<sup>40</sup> Наведено према К. Сајко, *МПП*, 21.

<sup>41</sup> М. Пак, *МПП*, 300.

росне доби.<sup>42</sup> Реални статутути обухватали су категорије које се односе на стварноправне односе на покретним и непокретним стварима.<sup>43</sup> Реалним статутима регулисали су се застарелост, или пак одржај.<sup>44</sup>

Поред поделе статута на реалне и персоналне, интересантна је подела на оне статуте који су повољнији за личност, такозване *statuta favorabilia*, и статуте који су за личност неповољни, такозвани *statuta odiosa*. Ова подела има одговарајућу колизионоправну димензију. Наиме, примена одиозних статута има искључиво територијално обележје, што значи да се ови статутути не могу примењивати ван територије на којој су донети, док је њихова примена унутар територије обавезна, независно од чињенице да ли у конкретном правном односу учествује лице из неке друге провинције, и чији би статут можда предвиђао и другачије решење.<sup>45</sup> У овом можемо препознати назнаке за формирање јавног поретка у функцији непримене страног права, уколико се тиме вређају интереси домаћег правног система.

Фаворабилни, односно повољни статутути се разликују од одиозних у чињеници што они дословно прате личности, и примењује се повољнији статут, односно статут њиховог пребивалишта чак и уколико се разликује од домаћег статута. Самим тим се практично дозвољава примена страног статута на домаћој територији. Дакле, *statuta favorabilia* имају екстратериторијално дејство, док *statuta odiosa* имају искључиво територијални ефекат.

Као пример одиозних статута често се наводи правило којим се забрањује извоз жита и осталих прехранбених артикала у зимском периоду. Ово правило није могло бити замењено неким другим статутом, на пример статутом пребивалишта трговца, који не предвиђа овакав тип забране.

*Statuta favorabilia* углавном су се односили на питања из домена породичних, наследних и облигационих односа.

Поред изузетно плодотворног рада италијанских статутиста, за историјат развоја колизионе технике и одређивања меродавног права, врло је важно да се осврнемо и на рад француских правника тог доба. Посебан акценат биће стављен на активности Шарла Димулена (*Charles Dumoulin*) и Бертрана Даржантреа (*Bertrand D'Argentré*).

Оно што је било обележје тадашње Француске јесте расцепканост подручја и правни партикуларизам који се огледао у примени различитих

---

<sup>42</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 237.

<sup>43</sup> М. Пак, *МПП*, 300.

<sup>44</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 237.

<sup>45</sup> М. Пак, *МПП*, 300, 301; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 237.

обичајних правила на северу и југу земље. У случају сукоба различитих обичаја требало је наћи решење који обичај применити. Важно је истаћи да је север Француске био под утицајем германских права, а југ под утицајем статута италијанских градова и Римског права.<sup>46</sup> Који кутим (*coutumes*)<sup>47</sup> применити? Да ли дати превагу територијалном или персоналном критеријуму? Како разрешити сукоб кутима? Све су ово питања која су се постављала пред француским статутистима. Подела на феудалце и буржоазију детерминисала је и њихово мишљење о важности територијалног и персоналног принципа. Како феудалци желе да задрже потпуну власт на својој територији, то се као логично решење намеће примат територијалног концепта, и жеља да се на једном феуду примењују само они обичаји које је донела тамошња феудална власт, искључујући притом примену било којих других обичаја. Јачање територијалног принципа и залагање за примену обичаја донесених на једној територији присутно је у раду Даржантреа, који је био представник и заступник феудалне класе. Поред поделе статута на персоналне и реалне, која је, како смо видели, плод италијанских статутиста, Даржантре уводи и појам мешовитих статута. Традиционално, персонални статутути или *statuta personalia* тичу се личности, следе особу и примењују се на њу и ван места домицила. Дакле, персонални статутути имају екстратериторијално дејство. Реални статутути или *statuta realia* примењују се на ствари, и имају искључиво територијални ефекат. Мешовити статутути или *statuta mixta* су они статутути који се односе и на ствари и на лица, па се примењују као и реални статутути у односу на критеријум места налажења ствари.<sup>48</sup> Оно што је заједничко реалним и мешовитим статутима је да немају екстратериторијално дејство.<sup>49</sup> Типичан пример једног мешовитог статута био би пропис о забрани поклона између супружника.<sup>50</sup> У случају сумње о којој врсти статута је реч, претпоставља се да је у питању реални статут.

Као представник буржоазије, Димулен је имао нешто другачије решење за сукоб закона, односно обичаја. Наиме, он је био протагониста увођења аутономије воље и учвршћивања идеје да у случају могуће примене више кутима, коначно решење у конкретном случају дају саме странке.<sup>51</sup> Потврду својих схватања о аутономији воље дао је у једном спору

<sup>46</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 239.

<sup>47</sup> Кутим (*coutumes*) на француском језику означава обичај.

<sup>48</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 240.

<sup>49</sup> *Ibidem.*

<sup>50</sup> *Ibidem.*

<sup>51</sup> Д. Класичек, „Аутономија у међународном приватном праву – новије тенденције“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*, 56 (2-3), 2006, 690, 691.

о брачно-имовинским односима супружника Де Гане (*de Ganey*).<sup>52</sup> Наиме, ситус имовине био је у Лиону, а први заједнички домицил супружника у Паризу, па се поставило питање примене лионских или париских кутима. Лионски обичаји предвиђали су режим одвојених добара, док је у Паризу важио принцип заједничке имовине, па се тражио одговор на питање да ли некретнине које се налазе у Лиону представљају одвојену имовину мужа или улазе у заједничку имовину супружника? Решење је нађено у пређутној аутономији воље, односно чињеници да су избором места заједничког домицила странке пређутно оптирале и за примену париских обичаја, односно за режим заједничке имовине.

Рад статутиста није био ограничен на територију Италије односно Француске. Такође, врло значајна је и холандско-фламманска школа статута XVII века. Оно што карактерише овај период јесте стварање првих буржоаских држава, учвршћивање идеје суверености, али и развој трговине преко границе државе, што ће изазвати потребу за сарадњу са другачијим правним системима. Дакле, са једне стране тежи се очувању суверености кроз примену територијалног принципа, док интереси трговине, са друге стране, претпостављају могућност примене не само права оне државе где се питање поставља, већ и оног права које су странке имале на уму приликом креирања својих правних односа. Требало је наћи решење које ће приближити обе стране, које ће сачувати принцип суверености, а које неће угрожити интересе прекограничне трговине. Холандски статутисти се, по први пут, сусрећу са проблемом сукоба закона у данашњем смислу. До овог тренутка говорило се о сукобу статута италијанских градова, односно о сукобу кутима, тј. француских обичаја. Сада је требало наћи решења за сукоб закона између различитих држава, односно јавила се потреба одређивања меродавног права у модерном смислу.

Најзначајнији представници холандско-фламманске школе статута били су Улрикус Хубер (*Ulricus Huber*), Пол Фут (*Paul Voet*) и Јохан Фут (*Johannes Voet*). Сви они су били заговорници територијалног концепта као начина да се сачува правна аутономија и да се ограничи мешање страних закона.<sup>53</sup> Такође, усвојили су и Даржантреову поделу статута на реалне, персоналне и мешовите, али уводе нове критеријуме за категоризацију појединих статута у једну од ових група. Пол Фут сматра да се под мешовитим статутима подразумевају они статuti који се односе на форму правних аката, из чега ће се касније јавити правило *locus regit actum*. Јохан Фут се оријентисао на реалне и персоналне статуте у смислу одређивања критеријума за једне и

<sup>52</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 240.

<sup>53</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 72.

друге. Он се залагао да није садржина института та која ће детерминисати припадност једном статуту, већ обим, односно домаћај њиховог дејства.

Оно што представља новину у односу на сва дотадашња учења, јесте чињеница што се сукоб закона јавља у значењу које има данас, и што су представници холандско-фламманске школе заправо тражили основ примене страног права у смислу колизионих норми.<sup>54</sup> „Дотле се сматрало да је допуштање примене страног закона у домаћој држави, онда када то налажу колизионе норме, једна дужност државе односно да постоји право сваке државе да, у границама одређеним колизионим нормама, захтева примену свога права и ван својих граница.“<sup>55</sup>

Међутим, тражећи основ примене страног права они се осврћу на један нови принцип *comitas gentium*, сходно којем се на примену страног права не гледа као на право или дужност, већ се страно право примењује због међународне учтивости и потребе да се задрже и ојачају међународни односи.

Након Фута, Хубер додатно образлаже принцип међународне куртоазије и разрађује принципе за примену домаћег, односно страног права. Наиме, у свом делу *Praelectiones iuris civilis* и његовом поглављу *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*,<sup>56</sup> Хубер *поставља три аксиома*:

1. Закони једне државе важе унутар њених граница и обавезују све оне који су властима те државе подвргнути, али их не обавезују ван тих граница;
2. Сматрају се подвргнутим властима једне државе сва лица која се налазе унутар њених граница, без обзира на то налазе ли се тамо стално или привремено;
3. Владе држава из куртоазије омогућавају да право једне државе које је унутар својих граница произвело правно дејство задржи то правно дејство свуда, ако то не иде на уштрб друге власти или грађана те друге власти.

Конституисањем аксиома на овај начин још једном је промовисан принцип територијалитета. Али, његово дејство се ублажава позивањем на међународну учтивост, односно учење о *comitas gentium*. Наиме, могуће је применити страно право, односно признати дејство страним законима уколико се на тај начин не дира у домаће виталне интересе. Тако су помирени ранији супротстављени интереси, они који су тежили очувању

<sup>54</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 73.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> О сукобима различитих закона у различитим империјама.

суверенитета заговарањем само територијалне примене права, и они који су захтевали да се интереси међународне сарадње несметано остварују и да се не ограничава међународна трговина. Дакле, домаће право несумњиво има примат на домаћој територији, али из разлога међународне куртоазије може се прихватити и страно право. Међународна учтивост је прећутно договорена сагласност народа „*ex tacito populorum consensu*“.

У XIX веку, након француске револуције, долази и до првих кодификација које су у себи садржале и норме о међународном приватном праву. Истина, њихов број није био велики, али то не умањује значај који су имале. Француска доноси Грађански законик (*Code civil*) 1804. године, и у њему се налази одредба о међународном приватном праву која садржи једностране колизионе норме. Наиме, члан 3 француског Грађанског законика поставља одговарајуће границе важењу француских закона, међутим не прописује када се у одговарајућим односима са елементом иностраности има применити страно право. Ова норма гласи:<sup>57</sup>

1. „Полицијски закони и закони сигурности обавезују све оне који бораве на државном подручју;
2. На некретнине, чак и уколико су у власништву странца, примењује се француско право;
3. На статус и пословну способност Француза примењује се француско право, чак и уколико бораве у иностранству.“

Дакле, већ је француски Грађански законик, додуше једностраним колизионим нормама, утврдио да се релевантна веза са државом, уколико су у питању некретнине, остварује преко места где се некретнине налазе, док се, кад су статусне ствари у питању, ова веза изражава преко држављанства.

Поред француског *Code civil*, вреди поменути и аустријски Општи грађански законик из 1811. године. У овом акту се такође налазе одговарајуће норме међународног приватног права, у домену одређивања меродавног права за статусна питања, уговорне односе и стварна права на покретним и непокретним стварима.

За питања личног статуса, одговарајућа веза је држављанство,<sup>58</sup> међутим, на питања пословне способности странаца у почетку се примењивало право њиховог домицила, да би касније и њихова пословна способност била процењивана кроз право држављанства.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Погледај код К. Сајко, *МПП*, 28, 29.

<sup>58</sup> К. Сајко, *МПП*, 29.

<sup>59</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 244.



Када су уговорни односи у питању, решење које нуди аустријски Грађански законик варира у односу на чињеницу ко су стране у конкретном уговорном аранжману. Обзиром да уговор могу закључити домаћи држављани, странци, или домаћи са страним држављанима, и да се то може учинити било у домаћој држави било у иностранству, решења су *lex fori*, *lex loci contractus*, односно *lex voluntatis*. Аутономија воље као тачка везивања примењује се само у случају да уговор закључују странци у домаћој земљи, односно уколико домаћи држављанин и странац закључују уговор у страниој држави.

Када говоримо о одређивању меродавног права за питања која се тичу покретних и непокретних ствари, онда се за ова прва упућује на примену персоналног права власника ствари, а кад су непокретне ствари у питању примењује се *lex rei sitae*.

Допринос теорије међународног приватног права ипак је био већи од доприноса који су дале малобројне норме у одговарајућим законима. У том смислу јако је важно истаћи рад Вехтера (*Wächter*) и Савињија (*Savigny*) у Немачкој, као и Манчинија (*Mancini*) у Италији.

Оно што је заједничко овим правницима то је уочавање да статутарна теорија има доста мањкавости, да заправо не нуди јединствено мерило за решење проблема међународног приватног права, већ статуте односно правне норме дели на групе, што и није најоптималније решење. Дакле, било је потребно пронаћи стварну основу правилима о одређивању меродавног права.

Вехтер је био изразити критичар статутарне теорије, па су га, у том смислу, и прозвали „гробаром теорије статута“.<sup>60</sup> Он у свом раду покушава да изнађе нов начин решавања проблема међународног приватног права, постављајући следећа начела:

1. Судија треба да примењује међународно приватно право своје државе, односно да примењује право на које укажу домаће колизионе норме;
2. Уколико, у конкретном случају, домаћи закони не садрже јасне смернице о томе које право треба применити, тада судија мора доносити одлуку кроз смисао и дух закона своје државе, дакле треба испитати какав је дух домаћег права,<sup>61</sup> и у односу на то применити домаће или странио право;
3. На крају, уколико се из смисла и духа домаћег права не може добити потребно решење, судија треба да примени правило своје земље, односно *lex fori*.

<sup>60</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 80.

<sup>61</sup> У том смислу Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 246.

На први поглед, Вехтерова начела су врло јасна и представљају логичну слику. Међутим, оно што је њихов недостатак, то је чињеница да је у тадашњем периоду било веома мало, или чак нимало колизионих норми, па се у већем броју случајева решење тражило анализирајући смисао и дух домаћих закона. Како се и смисао и дух могу различито схватати, то је доводило до дивергентних поступања, јер у одсуству позитивних прописа није било могуће наћи јединствена решења која би обезбеђивала правну сигурност.

Иако решења која Вехтер нуди имају одређених мањкавости, оно што свакако јесте његова заслуга то је концепт међународног приватног права као дела националног права. На овај начин, посматрајући међународно приватно право као део унутрашњег права, можемо доћи до решења за одговарајућа питања у складу са духом система коме то право припада. На тај начин се удаљавамо од универзалистичких идеја статутиста да иста колизиона питања добијају иста решења без обзира на чињеницу где се предметно питање поставља.

Савињи<sup>62</sup> потврђује Вехтерову тезу да међународно приватно право треба посматрати као грану унутрашњег права и да судија има применити оно право које прописују домаће норме. Али, у случају да не постоје домаће колизионе норме, уколико нема мерила и путоказа за долазак до меродавног права, онда треба конституисати универзална међународна правила, правила „која би одговарала заједници народа“.<sup>63</sup>

Које право у конкретном случају треба применити зависи од конкретног правног односа и правног система за који се овај везује. Дакле, за сваки правни однос треба наћи правно подручје којем он припада или је подвргнут, односно треба утврдити седиште правног односа.<sup>64</sup> Не треба тражити решење међународног приватноправног проблема у категоризацији статута на реалне, персоналне или мешовите, већ треба посматрати конкретан приватноправни однос и утврдити са којим позитивноправним поретком он има најзначајнију везу,<sup>65</sup> па у том смислу применити домаће, односно страно право.<sup>66</sup> Просторна повезаност између приватноправног односа и одговарајуће територије утврђује се на основу седишта правног односа.<sup>67</sup> На тај начин даје се један општи принцип, једно наднационално правило

<sup>62</sup> О Савињијевој теорији погледај G. C. Cheshire, *op. cit.*, 30, 31.

<sup>63</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 247.

<sup>64</sup> К. Сајко, *МПП*, 36.

<sup>65</sup> A.J. Kerhuel, *loc. cit.*, 5.

<sup>66</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 81.

<sup>67</sup> R. Michaels, „The New European Choice-of-Law Revolution“, *Tulane Law Review*, vol. 82, No 5, 2008, 1613.

за решавање проблема са елементом иностраности. Међутим, иако решење тражимо на овај начин, не бисмо могли рећи да је оно апстрактно, већ напротив, врло конкретно, јер се за сваки правни однос тражи тежиште, односно утврђује се његово седиште у оквиру одговарајућег правног поретка.

Савињи сматра да странке својом вољом одлучују о месту заснивања приватноправног односа, и у томе он види прећутно изражену вољу о примени оног права које важи у месту седишта приватноправног односа. Такође, за поједине категорије ових односа он прецизира која су то општа правила, односно како утврдити седиште правног односа.<sup>68</sup>

1. За личне односе, посебно за правну и пословну способност, седиште правног односа је *lex domicilii*;
2. За својину и стварна права на покретним и непокретним стварима седиште правног односа је *lex rei sitae*;
3. За облигације седиште правног односа је *lex loci solutionis*;
4. За породичне и родитељске односе седиште правног односа одређује се у односу на критеријум домицила супруга, односно оца;
5. Када су у питању наследне ствари седиште правног односа одређује се у односу на место отварања наслеђа, односно у односу на последњи домицил оставиоца.

Држава је, сматра Савињи, дужна да допусти примену страног права, уколико то предвиђају правила међународног приватног права, односно уколико је седиште правног односа у иностранству. У крајњој линији, примењујући домаће или страно право на овај начин, заправо се поштује воља странака, јер су оне те које, макар индиректно, утврђујући место седишта свог правног односа, бирају и одговарајуће право као меродавно.

Међутим, и овде има одређених изузетака. Без обзира на чињеницу што седиште правног односа изискује примену одговарајућег права, ова примена ће бити искључена уколико је тај однос регулисан когентним нормама државе у којој се поставља питање решавања конкретног проблема са елементом иностраности. Такође, уколико би применом страног права добили решење које није у сагласности са домаћим правним поретком, и у том случају бисмо одступили од примене страног права.

Италијански народ у XIX веку био је подељен у више државица, па је идеја националног уједињења била јако изражена. Осећала се неподељена намера за стварањем јединствене државе, чији ће основни кохезиони елемент бити италијанска националност. Идеју националности у центар своје

<sup>68</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 82.

правне теорије ставља Манчини,<sup>69</sup> чије је приступно предавање на тему „Националност као основа међународног права“ изазвало огромну пажњу. Темељ овог предавања чини његово схватање да основу међународног права чине нације, а не државе, и да се на темељу међународног права намеће примена страног права, без обзира на реципроцитет.<sup>70</sup> Посматрано на овај начин, примена страног права је својеврсна међународна обавеза.

Решења која нуди Манчини за сукоб закона базирају се на неколико идеја. То су националност, аутономија воље и сувереност.

Националност добија примат код статусних, породичних и наследних односа. Ове области он назива нужним приватним правом<sup>71</sup> и на питања из ових домена увек се има применити национално право. Оно прати личност и примењује се увек, независно од чињенице где се лице налази. Ова група права израз је географског положаја, климе, расе, свести, традиције једног народа, па је и логично да се за њихове личне односе примењује право које је креирано имајући на уму све особине једне нације.

Аутономија воље добија примат првенствено код облигационих односа. Питања из ове области Манчини назива вољним приватним правом.<sup>72</sup> Дакле, овде су саме странке креатори решења за сукоб закона, путем изричите или прећутно изражене аутономије воље.

Међутим, оба принципа решавања сукоба закона могу бити коригована, односно може се одступити од примене страног права без обзира на националност странака или њихову аутономију воље, у случају да се тиме угрожава сувереност домаће државе. Дакле, иако постоји обавеза државе да примени страног право, од те обавезе се одступа у ситуацији када би таквом применом био угрожен домаћи јавни поредак или јавно право.

Развој колизионе проблематике у Енглеској јавио се знатно касније у односу на државе континенталне Европе. Одлука која је имала несумњив утицај на начин одређивања меродавног права и уопште на могућност примене страног права, јесте одлука лорда Мансфилда (*Mansfield*) у спору Робинсон против Бланда, из 1760. године. Наиме, постављало се питање да ли се менична обавеза пуноважно преузета од стране Енглеца у Француској, може признати и у Енглеској? Конкретније, меницу је издао Енглец у Француској ради плаћања неке натуралне обавезе, а меница је била платива у Лондону.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> R. Michaels, *Globalizing Savigny?*, 19.

<sup>70</sup> К. Сајко, *МПП*, 37.

<sup>71</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 84.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> К. Сајко, *МПП*, 30.

Да ли ће се на захтев за испуњење обавезе применити право државе где је обавеза настала (Француска), или право државе где се питање расправља (Енглеска)? Лорд Мансфилд у одлуци наводи да је опште правило, успостављено *ex comitate et iure gentium*, да се на уговорне односе има примењивати право државе где је уговор закључен, а не право државе где је тужба подигнута. Међутим, правило има изузетак у случају да су „стране у тренутку закључења уговора имале на уму друго краљевство“ (*the parties at the time of making the contract had a view to a different kingdom*).<sup>74</sup> Дакле, први део одлуке уводи тачку везивања за уговорне односе и сходно међународној учтивости и међународном праву има се применити страно право, тј. право државе где је уговор закључен. Међутим, странкама се дозвољава да аутономијом воље договоре примену права неке друге краљевине, и да свој уговор подвргну његовим правилима. У овој одлуци Мансфилд се у више наврата позивао на учење Хубера о међународној учтивости у примени страног права.

Темеље америчке доктрине међународног приватног права поставио је Стори (*Story*).<sup>75</sup> Он је, као и енглески правници, био под утицајем Хубера и Јохана Фути о *comitas gentium*. Овај термин је у државама англосаксонске правне традиције постао опште прихваћен као *comity*.<sup>76</sup> Под *comity* се подразумева скуп правила која држава узима у обзир у међународним односима из куртоазије, учтивости или опортунитета, али која нису обавезна као правила међународног права.<sup>77</sup>

Полазећи од три Хуберова аксиома, Стори се залаже за примену страног права зато што је то од узајамне користи, али и у духу моралних потреба за праведним поступањем. Примењујући страно право, и друге државе, чије се право примењује у конкретном случају, за узврат ће једнако поступати.<sup>78</sup> Прецизније говоривши, страно право се примењује у жељи да се достигне правда и правичност.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> R. Graveson, *op. cit.*, 405, 406, посредно према Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 252.

<sup>75</sup> N. Enonchong, „Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, 640.

<sup>76</sup> К. Сајко, *Америчко међународно приватно право*, Загреб, 1976, 41-43, у даљем тексту К. Сајко, *Америчко*; Н. Yntema, „The Comity Doctrine“, *65 Michigan Law Review*, 1966, 9.

<sup>77</sup> О још неким аспектима теорије *comity* погледај R. H. Graveson, *op. cit.*, 9, 10.

<sup>78</sup> J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1857, 42, посредно према Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 253; К. Сајко, *op. cit.*, 31.

<sup>79</sup> G. C. Cheshire, *op. cit.*, 5.

Учење о *comity* временом губи привлачност и бива замењено другим теоријама<sup>80</sup> о разлозима примене страног права. Једна од њих је теорија о стеченим правима (*vested rights*) чији је представник у Енглеској био Дајси (*Dacey*), а у Америци Бил (*Beale*).<sup>81</sup> Дајси наводи да се у Енглеској признају сва субјективна права која су ваљано стечена по праву било које цивилизоване државе, док свако субјективно право, које није ваљано стечено, остаје без ефекта у Енглеској. Суштина овог принципа је у чињеници да се на заштиту субјективног права које има контакте са више суверенитета, као меродавно примењује право оног суверенитета сходно чијим нормама је то субјективно право стечено.<sup>82</sup>

Дајсијева схватања у Америци следи Бил, који се доследно залаже за примену стечених права.<sup>83</sup> Међутим, иако по његовом мишљењу свако субјективно право које је ваљано стечено треба свуда признати, оно се ипак признаје само као чињеница. Ово из разлога што територијална природа права налаже да се у свакој држави може примењивати само домаће право, страном праву нема законску снагу, већ је оно само чињеница у правном односу.<sup>84</sup>

Теорија стечених права није се дуго задржала ни у Енглеској ни у Америци. У Енглеској је чак промењен и Дајсијев принцип о начину признања субјективног права стеченог у иностранству и примени страног права. Наиме, у шестом издању његовог уџбеника, начело је претрпело значајне корекције јер се наводи да енглески судови признају субјективна права ваљано стечена по праву било које цивилизоване земље, а које се примењује на темељу енглеских колизионих норми.<sup>85</sup> Дакле, велика разлика у односу на раније изворно значење овог принципа, манифестује се у чињеници да ће се страном праву применити само онда када енглеске колизионе норме упућују на примену тог страног права.

Изразити критичари теорије стечених права у Америци били су Кајверс (*Cavers*), Кари (*Currie*) и Кук (*Cook*).

Суштина Кајверсовог учења састојала се у томе да се применом теорије стечених права заправо бира правосуђе, а не норме појединих права чија

---

<sup>80</sup> О другим схватањима погледај А. Nussbaum, „The Problem of Proving Foreign Law“, 50 *Yale Law Journal*, No. 6, 1941, 1018-1044.

<sup>81</sup> R. Michaels, „EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 52, 2006, 19, 20, у даљем тексту R. Michaels, *EU Law as Private International Law?*.

<sup>82</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 253.

<sup>83</sup> R. Michaels, *EU Law as Private International Law?*, 20.

<sup>84</sup> К. Сајко, *МПП*, 32.

<sup>85</sup> К. Сајко, *МПП*, 33.

правна правила долазе у обзир, што је погрешно. Он решење проблема види у анализи конкретних правила у сукобу.<sup>86</sup> Дакле, треба испитати суштину норми, односно њихову садржину, пре избора меродавног права, јер се једино тако може утврдити стварна потреба и интерес за примену страног, односно домаћег права у конкретном случају.

Кари такође критикује традиционална учења и предлаже да се меродавно право тражи кроз анализу државних интереса и законодавне политике.<sup>87</sup> Предмет ове анализе је да утврди да ли су државе, са којима је правни однос у контакту, заинтересоване да се њихова права примене у конкретном случају, или је можда заинтересована само једна од њих.<sup>88</sup> У случају да је више држава заинтересовано, тада се прелази на анализу државних интереса и законодавне политике, да би се увидела садржина права чија примена долази у обзир, као и мериторних решења до којих правила доводе.<sup>89</sup>

Критику теорије стечених права изложио је и Кук.<sup>90</sup> Он сматра да приликом решавања спора са елементом иностраности домаћи суд увек примењује домаће право. Дакле, уколико говоримо о правном односу који има одговарајуће везе са страном државом, форум примењује као своје право, правило које је идентично, или барем слично са правилом које је на снази у другој федералној јединици или страном држави. Ово је такозвана теорија локалног права,<sup>91</sup> по којој се не врши признавање субјективног права стеченог у иностранству, на бази тог права, већ се увек примењује домаће право.<sup>92</sup>

### 3. Структура колизионе норме

Основни задатак који колизиона норма треба да оствари јесте да нам да одговор на питање које од два или више материјалних права треба да применимо на приватноправни проблем са елементом иностраности,<sup>93</sup> како би га у светлу тих норми коначно и решили. Овај задатак колизиона норма непо-

<sup>86</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 256.

<sup>87</sup> R. Barish, „Renvoi and The Modern Approach to Choice-of Law“, *The American University Law Review*, vol. 30, 1981, 1055.

<sup>88</sup> R. Barish, *loc. cit.*, 1050.

<sup>89</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 257.

<sup>90</sup> K. Roosevelt, „Resolving renvoi: the bewitchment of our intelligence by means of language“, *Notre Dame Law Review*, vol. 80, 2005, 1842.

<sup>91</sup> R. Michaels, EU Law as Private International Law?, 17, *фуснота* 64.

<sup>92</sup> K. Roosevelt, *loc. cit.*, 1842.

<sup>93</sup> M. Revillard, *op. cit.*, 13.

средно остварује кроз своје структурне елементе: правну категорију и тачку везивања.

Начин на који колизиона норма упућује на меродавно право понекад може бити врло конкретан. Таква ситуација постоји уколико се одређује меродавност материјалног права које је утврђено законом који садржи наведено колизионо упућивање. Тако члан 985 Поморског законика Хрватске прописује:

„Ако су све странке у случају заједничке хаварије држављани Републике Хрватске или хрватске правне особе, у случајевима из ставка 1 овог чланка, примијенит ће се хрватско право.“<sup>94</sup>

Међутим, овакве колизионе норме су мање бројне. Оно што ипак преовладава су колизионе норме са мање конкретним начином упућивања на одређено меродавно право. Упућивање се врши на бази одговарајућих показатеља који су подобни да укажу само на правни поредак, а не и на конкретно решење у оквиру њега.

„У погледу услова за закључење брака мјеродавно је, за свако лице, право државе чији је то лице држављанин у вријеме ступања у брак.“<sup>95</sup>

Ова колизиона норма је типичан пример упућивања на меродавно право, која нам сугерише да на услове за закључење брака имамо применити право, односно права држављанстава будућих супружника у време ступања у брак. Примењујући ову норму ми, још увек, не знамо какво ће бити коначно решење, односно које услове будући супружници морају задовољити, већ само знамо да ћемо те услове тражити у праву оних држава чије држављанство они имају. Дакле, колизиона норма нас једноставно упућује на одговарајући правни поредак, и ту се њена мисија завршава.

Сви претходно наведени примери упућивали су на меродавно право непосредно. У првом случају то је било директно упућивање на хрватско право, а у другом на право држављанства будућих супружника. Међутим, колизиона норма може бити формулисана на начин да упућивање на меродавно право не буде као у овим случајевима, већ посредством неких других колизионих правила. Такав је случај са колизионом нормом црногорског Закона о меници:

---

<sup>94</sup> Поморски законик Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15, 17/19.

<sup>95</sup> ЗМПП Црне Горе, члан 77.



„Способност лица да се мјенично обавезе одређује закон његове државе. Ако тај закон упућује на закон које друге државе, онда се примјењује закон те друге државе.“<sup>96</sup>

Ова норма упућује на примену права државе оног лица чију меничну способност процењујемо. Међутим, ако се сагласно праву његовог држављанства менична способност има проценити сходно неком другом праву, онда ћемо консултовати норме тог права. Ово је типичан пример указивања на меродавно право не директно, већ посредством установе *renvoi*,<sup>97</sup> односно узвраћања или преупућивања на друго право.

Поред ових, постоје и ситуације када колизионе норме упућују на меродавно право путем интерлокалних, интертемпоралних или интерперсоналних колизионих правила.<sup>98</sup>

Сви претходно наведени примери нам показују каква је структура колизионих норми. У том смислу, можемо направити јасну дистинкцију између ове врсте норми и класичних правних норми у осталим гранама права. Док се структура класичне правне норме састоји из обавезног правила понашања, односно диспозиције, и санкције, која ће уследити уколико обавезно правило понашања изостане, дотле је структурни део колизионе норме нешто другачији. У њој се прво именује правна категорија под коју ћемо подвести конкретно правно питање, а потом садржи и тачку везивања, односно одговарајућу везу за одређену категорију односа, која ће нас одвести до меродавног права.

„За услове заснивања, дејства и престанак усвојења дјетета мјеродавно је право државе чији је држављанин усвојилац.“<sup>99</sup>

У овој колизионој норми именована је правна категорија у форми услова за заснивање, дејства и престанак усвојења, а да би, у конкретном случају, видели који су то услови, морали би, уз помоћ наведене тачке везивања, консултовати право државе чији је држављанин усвојилац, које ће нам дати коначан одговор на питање који све услови морају бити задовољени да би до усвојења могло доћи, односно, која ће бити његова дејства као и услови за престанак.

<sup>96</sup> Закон о мјеници, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 45/05, члан 95 став 1.

<sup>97</sup> Детаљније о овом институту следи у наставку.

<sup>98</sup> О овим начинима упућивања на меродавно право погледати К. Сајко, *МПП*, 86, 87.

<sup>99</sup> ЗМПП члан 89 став 1.

Дакле, двокомпонентна структура колизионе норме у нашем примеру изгледа овако:

- 1) правна категорија – заснивање, дејство и престанак усвојења,
- 2) тачка везивања – држављанство.

Уколико би овакву структуру колизионе норме желели да укалупимо у структуру класичне правне норме, онда би правна категорија и тачка везивања заједно чиниле диспозицију, док би примена домаћег или страног меродавног права могла представљати санкцију.<sup>100</sup>

### 3.1. Правна категорија

Први структурни елемент колизионе норме је правна категорија. Поред овог термина, постоје и други називи који су у теорији устаљени, и то су: правни однос, грађанскоправни однос, предмет колизионе норме, категорија везивања.<sup>101</sup> У страниј литератури користе се изрази „*objet de rattachement*“ у Француској или „чињенично стање“, односно „*Tatbestand*“ или „правно питање“, односно „*Rechtsfrage*“ у Немачкој.

Уопштено говорећи, правна категорија представља један оквирни појам животних односа, правних ситуација или односа, које подвргавамо под одређено меродавно право. Правна категорија може бити један правни институт, али може бити и само једно питање у вези са тим институтом. У сваком случају, идеално би било да постоје правне категорије за што је могуће већи број проблема, односно да било које питање за које се јави проблем утврђивања меродавног права можемо подвести под одговарајућу колизиону норму. На тај начин у могућности смо да одговоримо бројним животним ситуацијама. Међутим, свестан чињенице да пракса може креирати разноврсне проблемске ситуације које су избегле пажњи, законодавац је регулисао начин на који ће се попуњавати правне празнине. У том смислу важно је поменути чланове 1 и 3 Закона о међународном приватном праву Црне Горе, који гласе:

Члан 1: „Овим Законом уређују се правила за одређивање мјеродавног права у приватноправним односима са међународним елементом (у даљем тексту: колизионе норме), правила о надлежности судова и других органа за расправљање тих односа и правила поступка, као и правила за признавање и извршење страних судских и арбитражних одлука и одлука других органа.“<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> К. Сајко, МПП, 87.

<sup>101</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 89.

<sup>102</sup> ЗМПП, члан 1.

Члан 3: „Ако за неки однос из члана 1 овог закона овим законом није прописано правило о одређивању мјеродавног права сходно се примјењују одредбе и начела овог закона, начела правног поретка Црне Горе и начела међународног приватног права.“<sup>103</sup>

У теорији су се јавила опречна тумачења о томе како користити правила за попуњавање правних празнина. Да ли је неопходна примена редоследом који је утврдио законодавац, или их је могуће алтернативно примењивати.<sup>104</sup> Сврха ове одредбе јесте попуњавање празнина, односно разрешење проблемске ситуације која је измакла пажњи законодавца, па, самим тим, рестриктивном тумачењу не би требало да буде места. Дакле, није важно да ли ћемо до решења доћи сходном применом одредаба Закона о међународном приватном праву, правилима правног поретка или општих начела међународног приватног права, већ само да до решења уопште дођемо.<sup>105</sup>

Када смо одстранили сумње у погледу постојања одређене правне категорије, остаје нам да чињенице конкретног случаја подведемо под њу, чиме се остварује основни предуслов за њено функционисање. Наиме, тада ћемо, уз помоћ тачке везивања која је садржана у колизициој норми, доћи до одговарајућег меродавног права.

Правне категорије које чине колизионе норме могу бити различите. Тако се као правна категорија може јавити један правни однос:

„За личне односе супружника мјеродавно је право државе чији су та лица држављани.“<sup>106</sup>, или „За односе између родитеља и дјете мјеродавно је право државе у којој се налази уобичајено боравиште дјетета, или право државе чије је дијете држављанин, ако је то за њега повољније.“<sup>107</sup>

Као правна категорија може бити издвојен и један институт, као на пример уговор:

„За уговор мјеродавно је право које су уговорне стране изабрале.“<sup>108</sup>

<sup>103</sup> ЗМПП, члан 3.

<sup>104</sup> О различитим ставовима по овом питању види М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, 12.

<sup>105</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 13.

<sup>106</sup> ЗМПП, члан 80 став 1.

<sup>107</sup> ЗМПП, члан 88.

<sup>108</sup> ЗМПП, члан 38 став 1.

Међутим, правне категорије не морају бити овако широке. Велики број колизионих норми садржи знатно уже правне категорије које обухватају нека конкретна питања. На пример, то би биле правне категорије које се односе на питања форме уговора, или застарелости. Такође, постоје посебне колизионе норме за различите врсте уговора.<sup>109</sup>

У модерном међународном приватном праву чита је тенденција да се колизионе норме формулишу на начин да садрже што уже правне категорије. На тај начин број колизионих норми постаје већи, али је са друге стране повећан и број животних ситуација за које ће колизионе норме моћи да дају смернице ка меродавном праву. На тај начин се стварају услови да се колизионе норме прилагоде мноштву разноврсних проблема, да буду што еластичније, нијансираније.<sup>110</sup>

Постојање већег броја уситњенијих колизионих норми ће нам олакшати подвођење, односно супсумирање чињеница под одговарајућу правну категорију. Овде у суштини говоримо о квалификацији,<sup>111</sup> као одређивању правог смисла категорија коришћених у колизионим нормама. До квалификације, односно сукоба квалификација правних категорија долази из разлога постојања одговарајућих граничних области, где постоје могућности да се исто питање у различитим правима сврста у различите правне категорије. Осетљиве граничне области које изазивају проблем квалификације правних категорија су области наследног и облигационог права; породичног и имовинског; материјалног и процесног; те питања садржине и форме правних послова.

### 3.2. Тачка везивања

Елемент колизионе норме који ће омогућити да она непосредно оствари своје дејство је тачка везивања.<sup>112</sup> Поред овог термина, у теорији се још користе и изрази релевантна чињеница, повезница, везна околност. Страни термини за овај појам су „*point of contact*“, „*point de rattachement*“, „*Knüpfungspunkt*“.

У суштини, ради се о правној чињеници која ће омогућити примену права одређене државе на конкретан приватноправни однос са елементом

---

<sup>109</sup> ЗМПП, члан 39, чл. 41-43.

<sup>110</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 90.

<sup>111</sup> О квалификацији и решењу квалификације види Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 116-129; М. Живковић, М. Станивуковић, *Међународно приватно право, ојшћий гео*, Београд, 2006, 224-236; К. Сајко, *МПП*, 177-189; М. Костић-Мандић, *Међународно приватно право*, Подгорица, 2017, 68-73.

<sup>112</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 51.

инострани. Тачке везивања су околности које граде чињеничну конструкцију случаја, околности путем којих се одређено питање везује са одређеном државом.<sup>113</sup>

Након што је одговарајуће правно питање квалификовано, након што су му дате координате тачно одређене правне категорије, остаје да се примени тачка везивања за тако утврђену категорију и да се примени одговарајуће материјално право као финални ступањ овог процеса.<sup>114</sup>

Врсте и број тачака везивања данас варирају. Прописивање одговарајућих тачака везивања за одређену категорију односа условљено је чињеницама и околностима које уређује правни систем једне државе. Уколико држава процени да је за поједину категорију односа одлучујућа веза домицил, онда ће она то материјализовати прописујући домицил као тачку везивања у конкретној колизионој норми. Нека друга држава ће проценити, сходно мерилима своје правне политике, да се одлучујућа веза са истом правном категоријом боље остварује кроз држављанство, него кроз домицил, па ће конструисати колизиону норму тако да ова садржи држављанство као тачку везивања. Изразит пример оваквог поступања присутан је у сфери питања из домена статуса, тј. личних стања. Многе државе, међу којима и Црна Гора и земље из окружења, за ова питања сматрају меродавним право државе чији је држављанин лице у питању, док има држава које сматрају да је најповољније да ово питање реши, право оне државе у којој то лице има домицил, као што је случај, на пример, са енглеским правом. Коју тачку везивања ће законодавац одабрати као одлучујућу везу зависиће од друштвених околности, при чему такав избор треба да ослика јак степен везивања између одговарајуће категорије и одређеног суверенитета.

### 3.2.1. Поједине тачке везивања

У упоредном праву поједине тачке везивања су се искристалисале као одлучујуће за одређене правне категорије.<sup>115</sup> За статусне и породичне односе типично везивање се врши преко држављанства, домицила и уобичајеног боравишта<sup>116</sup>.

*Lex nationalis* односно закон држављанства, означава смерницу за судију да се сва лична својства, посебно правна и пословна способност

<sup>113</sup> Е. Муминовић, *op. cit.*, 29, 30.

<sup>114</sup> R. Barish, *loc. cit.*, 1050.

<sup>115</sup> A. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, London, 1998, 3; M. Revillard, *op. cit.*, 13.

<sup>116</sup> Више о уобичајеном боравишту види код М. Костић-Мандић, *Међународно приватно право*, Подгорица, 2017, 252-257.

једног лица, имају ценити по закону његовог држављанства, односно праву државе чије држављанство то лице има. Типичан пример норме црногорског закона у којој је као тачка везивања *lex nationalis* је:

„За одређивање или промјену личног имена мјеродавно је право државе чији је то лице држављанин.“<sup>117</sup>

Закон домицила, односно *lex domicilii* као тачка везивања је основно усвојено мерило у погледу личног статуса у англосаксонским земљама. За сва питања из овог домена има се као меродавно применити право оне државе у којој лице има свој домицил. И наш ранији закон<sup>118</sup> предвиђао је ову тачку везивања у појединим колизионим нормама, међутим, ова тачка везивања имала је супсидијарни карактер, и примењивана је једино уколико се меродавно право није могло утврдити на основу примарне тачке везивања.

У модерном црногорском међународном приватном праву велики значај се даје уобичајеном боравишту као тачки везивања. Законодавац се определио за концепт уобичајеног боравишта у скоро свим врстама односа, с тим да је у појединим областима сукоба закона, као нпр. у области наслеђивања или издржавања, ово основна тачка везивања, док се у другим областима одређивања меродавног права, као нпр. за личне и имовинске брачне односе, као и за развод брака, овај појам примењује као супсидијарна тачка везивања, након држављанства.

„За личне односе супружника мјеродавно је право државе чији су та лица држављани.

Ако су супружници држављани различитих држава, мјеродавно је право државе у којој имају заједничко уобичајено боравиште.“<sup>119</sup>

У области стварноправних односа типична тачка везивања је *lex rei sitae*, односно закон места налажења ствари. Уколико се постави неко правно питање поводом ствари, онда се има применити као меродавно, право оне државе у којој се та ствар налази. Ово мерило се обично употребљава приликом регулисања правног статуса непокретних ствари. Када су у питању покретне ствари ово је дуго било владајуће решење и у погледу њиховог правног статуса, да би се, услед појаве тешкоћа због промене места

---

<sup>117</sup> ЗМПП, члан 17 став 1.

<sup>118</sup> Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

<sup>119</sup> ЗМПП, чл. 80 ст. 1 и 2.

налажења ствари, специфичних обележја за ствари у транзиту и основних карактеристика средстава превоза, јавила алтернативна решења.<sup>120</sup>

За уговорне односе често коришћена тачка везивања је *lex loci contractus*, односно право државе где је правни посао закључен, где је правни акт предузет. За сва питања која би се јавила овим поводом, имало би се применити као меродавно право оне државе где је уговор закључен.

Поред *lex loci contractus*, типично везивање за уговорне односе је и *lex loci solutionis*, односно закон места испуњења уговора. Како је испуњење уговора основна индикација уговорне обавезе, разлог због којег се и приступило његовом закључивању, ова тачка везивања имала је доста присталица у теорији. Међутим, тешкоћа у вези са применом ове тачке везивања настаје кад странке нису уговориле место испуњења, када у уговору постоје два испуњења, или кад до испуњења уопште не дође.<sup>121</sup>

Оно што је ипак најшире прихваћена тачка везивања у домену уговорних односа у упоредном праву, то је *lex voluntatis*,<sup>122</sup> односно аутономија воље.<sup>123</sup> Ради се, наиме, о овлашћењу странака да учине избор меродавног права, којем ће њихов уговорни однос бити подвргнут. Уколико прихватимо становиште да је аутономија воље својеврсна тачка везивања, онда смо се определили за њену колизионоправну природу.<sup>124</sup> То подразумева да се норме изабраног права примењују у укупности, како диспозитивне, тако и императивне,<sup>125</sup> што значи да ће бити меродавни и принудни прописи тако изабраног права, а не домаћи, јер у супротном о аутономији воље не

<sup>120</sup> О овим решењима види Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 356-366.

<sup>121</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 391.

<sup>122</sup> О аутономији воље као доминантној тачки везивања у домену уговорних односа погледај М. Костић-Мандић, „Аутономија воље као тачка везивања за уговоре са страним елементом у праву Црне Горе“, *Право земаља у региону*, (уредник В. Чоловић), Београд 2010, 234-238.

<sup>123</sup> О аутономији воље као тачки везивања погледај и М. Zhang, „Party autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law“, *Emory International Law Review*, vol. 20, 2006, 511-516; Н. Batifol, *loc. cit.*, 68-80.

<sup>124</sup> О колизионоправној аутономији воље погледај М. Костић-Мандић, „Утицај права Европске уније на ново Међународно приватно право Црне Горе са посебним освртом на област мјеродавног права“, *Страни правни животи*, 3/2011, 350-354, у даљем тексту М. Костић-Мандић, Утицај; Т. Варади, „Застарелост и аутономија воље у међународном приватном праву“, *Приноси*, бр. 8/1977, 5.

<sup>125</sup> Поред колизионоправне концепције аутономије воље постоји и материјалноправна концепција, по којој странке бирају само диспозитивне норме страног права које им одговарају и њих уграђују у сопствени уговор. Не дирају, притом, у императивне норме права које је иначе меродавно на основу колизионе норме форума.

би било говора.<sup>126</sup> Приликом избора меродавног права странке нису ничим ограничене, њихов избор је у потпуности слободан,<sup>127</sup> могу се изричито договорити о примени меродавног права, али њихов избор може бити и прећутан.<sup>128</sup> Такође, странке се могу споразумети да се на њихов уговорни однос примени више права, што води такозваном цепању статута.<sup>129</sup>

Поред ових тачака везивања, још је један принцип врло драгоцен приликом тражења меродавног права за област уговорних односа. То је принцип најтешње повезаности или принцип најближе везе. У суштини, не можемо рећи да овај принцип остварује дејство на исти начин као претходно наведене тачке везивања, јер формулисан на овај начин, не може, без додатних истраживања, послужити као критеријум идентификације меродавног права.<sup>130</sup> Принцип најтешње повезаности као тачка везивања указује на примену оног права које је најближе повезано са ситуацијом, односно права оне државе са којом конкретни однос има највише контаката у квантитативном и квалитативном смислу.

Основни смисао принципа најближе везе као тачке везивања јесте да се избегне фактор локализације уговорног односа *a priori*, да се избегне фиксно везивање, и да се омогући да сваки појединачни уговор има индивидуални третман и да се меродавно право пронађе анализом разних везних околности.

Наговештај за употребу принципа најтешње повезаности можемо наћи још у Општем имовинском законуку за Црну Гору, који у свом члану 792 позива на испитивање хипотетичке аутономије воље. Наиме, у недостатку изричитог или прећутног избора права, предвиђа се примена оног права које би странке „на уму имале да су о њој мислиле“.

Данашњи закон овај принцип користи у комбинацији са непосредно везујућим тачкама везивања. Наиме, законодавац<sup>131</sup> предвиђа једно везивање као типично за конкретан уговорни однос, али оставља могућност да се оно не примени у случају да веза није довољно јака, односно кад је

---

<sup>126</sup> Д. Класичек, *loc. cit.*, 693.

<sup>127</sup> Изузетак представљају уговори који се тичу некретнина, где странке не могу оптирати за примену неког другог права до права државе где се непокретности налазе; такође, аутономија воље је искључена из уговора о међународном превозу робе и путника друмом.

<sup>128</sup> О. Lando, „On Some Writers on the Conflict of Laws of Contracts“, Fawcett J. (editor), *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press 2002, 243, 244.

<sup>129</sup> За цепање статута најчешће се користи француски термин „*dépeçage*“.

<sup>130</sup> Е. Муминовић, *op. cit.*, 37.

<sup>131</sup> ЗМПП, члан 39.



очигледно да постоји неко друго право са којим је уговорни однос ближе везан.<sup>132</sup>

Када је у питању форма правних послова, без обзира да ли се закључују између присутних лица или је реч о дистанционим уговорима, црногорски законодавац се определио за опште правило одређивања меродавног права применом права које је меродавно и за садржину тог правног посла или права државе где је уговор закључен. Успостављена су и посебна правила за форму потрошачких уговора, где се до меродавног права долази применом уобичајеног боравишта потрошача, као и за уговоре чији су предмет стварна права непокретностима или закуп непокретности, чија се форма цени у односу на право државе где се непокретност налази.

У области грађанскоправних деликата најчешће коришћена тачка везивања је *lex loci delicti commissi*, односно закон места извршења деликта. Цивилним деликтима припада централно место у области колизионог регулисања вануговорне одговорности, и ова тачка везивања је дуго времена била примарна. Временом су се јавили одговарајући проблеми<sup>133</sup> услед дислокације деликта, односно услед чињенице да је штетна радња учињена у једној, а последица наступила на територији друге државе. Ови су проблеми елиминисани алтернативама за *lex loci delicti commissi*, у нашем ранијем међународном приватном праву<sup>134</sup> то је чињено применом теорије жртве. Наиме, примењивало се оно од два или више права које је било повољније за жртву (оштећеног).

„За вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није друкчије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеника.“<sup>135</sup>

Нови црногорски Закон о међународном приватном праву у овој области у потпуности преузима решења Уредбе Рим II<sup>136</sup>, и као опште

<sup>132</sup> На једнаким позицијама је и Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе, види А. Lowenfeld, „*Renvoi Among the Law Professors: An American's View of the European View of American Conflict of Laws*“, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, number 1, 1982, 105, 106.

<sup>133</sup> О одређивању меродавног права коришћењем ове тачке везивања погледај В. Чоловић, „Проблем одређивања меродавног права по *lex loci delicti commissi*“, *Сйрани йравни живоий*, бр. 1/2010, 106.

<sup>134</sup> Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

<sup>135</sup> Закон о решавању сукоба закона члан 28 став 1.

<sup>136</sup> Уредба бр. 593/2008 о меродавном праву за вануговорне обавезе.

правило предвиђа меродавност оног права где је настала директна штета (*lex loci damni*)<sup>137</sup>, без обзира у којој држави је наступио догађај који је проузроковао насталу штету и без обзира на државу или државе у којима су настале индиректне последице тог догађаја.<sup>138</sup> Избором овакве тачке везивања избегава се правна несигурност која може бити последица комплексности, тј. постојања више чињеница које указују да је штетник делао у више различитих држава, и када није могуће недвосмислено утврдити која од њих се сматра земљом где је деликт извршен.<sup>139</sup>

Има и схватања да се у случају немогућности одређивања меродавног права путем неке непосредно везујуће тачке везивања, у случају такозваних комплексних деликата где долази до дисперзије штетне радње и наступања последице,<sup>140</sup> до меродавног права треба доћи путем принципа најближе везе.<sup>141</sup>

У области вануговорне одговорности која је проистекла из друмске саобраћајне незгоде, основна тачка везивања је *lex loci delicti commissi*,<sup>142</sup> али ће се чешће примењивати тачка везивања место регистрације возила, уколико се за то испуне неопходни услови. Наиме, да би дошло до одступања од *lex loci delicti commissi*, у корист места регистрације, возила која су учествовала у незгоди морају бити регистрована у истој земљи, а ако су у незгоди учествовала и лица, она морају имати редовно боравиште у земљи регистрације возила. Поред овог, неопходно је да се испуне и услови који се тичу подносиоца захтева. Услови су постављени алтернативно: да захтев поставља возач, држалац, односно сопственик возила; да захтев поставља жртва која је била путник; да захтев поставља жртва која није била путник, већ се налазила ван возила.

Поред претходно наведених тачака везивања, веома често ће се користити и тачка везивања која у сваком случају упућује на примену права домаће државе за случајеве који се расправљају пред домаћим судом. У овом случају говоримо о тачки везивања *lex fori*, односно закону суда. Ова тачка

---

<sup>137</sup> Норма истоветне садржине присутна је и у Нацрту српског ЗМПП-а, члан 166 став 1.

<sup>138</sup> ЗМПП, члан 52 став 1.

<sup>139</sup> М. Костић-Мандић, *op. cit.*, 329.

<sup>140</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 426.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> О критици и одступању од *lex loci delicti commissi* погледај, S. Symeonides, „Oregon’s New Choice-of-Law Codification in Tort Conflicts: An Exegesis“, *Oregon Law Review*, vol. 88, No. 4, 2009, 966-971, у даљем тексту S. Symeonides, Oregon’s; S. Symeonides, „Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey“, *56 American Journal of Comparative Law*, 2008, 14, 15.

везивања, на неки начин, негира елементе иностраности, јер се примењује домаће право без обзира на чињеницу што су странке правног односа странци, што се предмет тог односа налази у иностранству, или су настанак или испуњење обавезе инострано обележени. Одговарајућа питања, посебно питања процесне природе, генерално се просуђују применом тачке везивања *lex fori*. Такође, судови су склони да применом општих института међународног приватног права, какви су квалификација, јавни поредак, узвраћање и преупућивање или изигравање закона, такође остану у домену примене домаћег права. Несумњиво, домаћи органи најбоље знају домаће право, не улазе у проблематику сазнавања и доказивања страног права, па је примена *lex fori* као тачке везивања за њих најједноставније решење. Али, остаје отворено питање да ли је оправдано на исти начин решавати приватноправне односе без и са елементом иностраности, да ли се на тај начин евентуално угрожава правда, правичност и очекивања самих странака у конкретном односу.<sup>143</sup>

Све тачке везивања о којима је, до сада, било речи имају одговарајућу латинску синтагму, која започиње речју „*lex*“, у дословном преводу „закон“. Међутим, ова реч заправо означава ефекат, односно крајње дејство или циљ који тачка везивања треба да оствари, а то је да нас доведе до права по којем ћемо конкретно приватноправно питање са елементом иностраности разрешити. Па ако у конкретном случају, за одређену правну категорију, законодавац као типично везивање издваја *lex habitationis*, то значи да ћемо као меродавно применити право оне државе у којој лице има боравиште.

Резимирајући излагање о структури колизионих норми, можемо закључити да законодавац креира колизионо правило на начин да дефинише тачку везивања онако, како би за поједину категорију односа упутила на најближе право. Које ће тачке везивања изабрати за поједине правне категорије, ствар је правне политике сваке државе појединачно, и израз њеног става о најближој вези. Временом су се, како смо имали прилику да видимо, за поједине правне односе искристалисале одређене тачке везивања, и на тај начин се *a priori*, утврђује критеријум односно путоказ за долазак до меродавног права, са изузетком принципа најближе везе, где се вредновање врши *a posteriori*, на начин да се све релевантне везе једног односа процењују *ad hoc*, са циљем да се до меродавног права дође бројањем контаката и утврђивањем њиховог квалитета везе са одређеним правним поретком.

<sup>143</sup> Е. Муминовић, *op. cit.*, 14.

### 3.2.2. Врсте тачака везивања

За проблематику општих института међународног приватног права и последицу коју ће имати на примену односно одступање од редовне примене колизионих норми, врло је важно да се осврнемо на врсте тачака везивања, обзиром да карактер одређених тачака везивања управо омогућава остваривање појединих од ових института.

Видели смо у претходним излагањима да је тачка везивања фактор локализације једног приватноправног односа са елементом иностраности, и да се супсумирањем чињеница тог односа под одговарајућу категорију, заправо остварује дејство колиционе норме, јер се, уз помоћ одговарајуће везне околности, маркира правни поредак чије ће норме разрешити ситуацију *in concreto*. Дакле, антиципирајући све могуће облике повезаности правне категорије са одговарајућим правним порецима, законодавац екстрахује ону одлучујућу, која је најтешње повезана са случајем, и за сва будућа питања поводом исте правне категорије, увек ћемо на исти начин долазити до меродавног права. Уколико је законодавац поставио колициону норму за пословну способност упућивањем на право држављанства лица у питању, то значи да ће се у свим будућим ситуацијама, које се везују за ово питање, до меродавног права доћи применом тачке везивања *lex nationalis*, зато што је то став законодавца у овој категорији.

Постоји више тачака везивања, односно можемо их класификовати у односу на различите критеријуме. Тако се у односу на чињеницу која овлашћења дају форуму који примењује колициону норму, тачке везивања деле на непосредно везујуће и оквирне. У односу на чињеницу да ли нас у конкретном случају воде до примене једног или више меродавних права, можемо их поделити на просте и комплексне тачке везивања. Такође, уколико се осврнемо на чињенице које представљају тачку везивања, односно на карактер променљивости или непроменљивости, можемо их поделити на сталне и променљиве.<sup>144</sup>

Поред ових, у теорији постоје и неке друге поделе, па тако имамо поделу тачака везивања у односу на везу са правним поретком. Уважавајући овај критеријум, постоје тачке везивања које се темеље на односу лица са одговарајућим поретком, друге које се темеље на односу ствари са појединим правним поретком, и треће које се огледају у вези са правним поретком преко одговарајућих права и обавеза. Даље, у зависности од околности да ли правни субјекти могу утицати на избор меродавног права, тачке везивања можемо класификовати у субјективне, објективне и повезницу

<sup>144</sup> Подела наведена према Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 91-96.

најближе везе.<sup>145</sup> Када говоримо о могућности странке да утиче на избор меродавног права, има аутора који ово сматрају специфичним везивањем, такозваним „психолошким везивањем“,<sup>146</sup> које се може остварити директно и индиректно. Директно би било у ситуацији да законодавац омогућава избор меродавног права кроз аутономију воље као тачку везивања, док би се индиректно манифестовало кроз манипулисање тачкама везивања *in fraudem legis*.<sup>147</sup> Такође, има аутора који распоред релевантних чињеница у колизионој норми посматрају из угла врсте односа који решавају.<sup>148</sup> Тако, постоје посебне везне околности које су карактеристичне за статусне ствари (држављанство, пребивалиште, редовно боравиште); у облигационим односима се прави разлика између уговорне и вануговорне материје, па је у првој акценат на вољи странака, а вануговорни односи се подвргавају месту проузроковања штете;<sup>149</sup> код стварноправних односа пресудно је место налажења ствари, уз нека додатна правила која су последица могућности промене ситуација која се везују за покретне ствари.

### 3.2.2.1. Непосредно везујуће и оквирне тачке везивања

Ова подела, како је напред већ речено, извршена је с обзиром на чињеницу колика су овлашћења форума приликом примене колизионе норме. Код непосредно везујућих тачака везивања колизиона норма је конструисана на начин да садржи одлучујућу чињеницу.<sup>150</sup> Која је то одлучујућа чињеница процениће сам законодавац, и форуму не преостаје ништа друго до да подведе чињенице под такву тачку везивања и примени меродавно право на које она укаже. Дакле, законодавац се определио за објективизирани фактор локализације конкретног односа, па форум нема могућности да процењује да ли је ова веза довољно репрезентативна у конкретном случају.

„За проглашење несталог лица умрлим мјеродавно је право државе чији је држављанин било то лице у вријеме нестанка. Уколико је лице без држављанства, услови и посљедице проглашења несталог лица

<sup>145</sup> У том смислу К. Сајко, *МПП*, 100-103.

<sup>146</sup> С. Gialdino, „La volonté des parties en droit international privé“, *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1972-II, посредно према Е. Муминовић, *op. cit.*, 14.

<sup>147</sup> Е. Муминовић, *op. cit.*, 73, 74.

<sup>148</sup> М. Пак, *МПП*, 321.

<sup>149</sup> М. Пак, *МПП*, 321.

<sup>150</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, „Dutch Private international Law At The End of the 20th Century: Pluralism of Methods“, *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, 1998, 216.

умрлим, одређују се по праву државе у којој је лице имало посљедње уобичајено боравиште.<sup>151</sup>

Дакле, ово је типичан пример непосредно везујућих тачака везивања, јер се законодавац определио да је за питање проглашења несталог лица умрлим меродавно оно право до кога ће нас непосредно одвести тачка везивања *lex nationalis*. Уколико се ово питање постави пред форумом, нема места за постављање питања да ли у конкретном случају постоји право које је ближе повезано са случајем. Законодавац је проценио да је за ову правну категорију најтипичније везивање, односно фактор локализације држављанство, и форуму не преостаје ништа друго него да примени право оне државе чији је то лице било држављанин у време нестанка. Такође, законодавац је одредио и супсидијарну тачку везивања уобичајеног боравишта у ситуацијама одређивања меродавног права за случај апатридије.

Код оквирних тачака везивања овлашћења форума су знатно већа. Наиме, законодавац није извршио вредновање свих могућих облика повезаности једне категорије и правних поредака, већ је само поставио одговарајуће смернице, у ком правцу форум треба ићи. Дакле, у случају оквирних тачака везивања, законодавац се није определио за објективизирани фактор локализације, већ оставља простора за примену било ког права, при чему ће коначан избор пасти на оно право са којим се конкретни однос налази у тесној вези.<sup>152</sup> Пример оквирне тачке везивања је принцип најтешње повезаности, где, приликом решавања одређеног приватноправног односа са елементом иностраности форум треба да изнађе оно право са којим је овај однос најјаче везан. Дакле, реч је о флексибилној одлучујућој чињеници.<sup>153</sup>

Ове тачке везивања јавиле су се нешто касније него непосредно везујуће, а као реакција на апстрактно и неутрално својство колизионих норми. Наиме, апстрактност колизионих норми означава њихово својство да могу указати на право било које државе, како на домаће, тако и на страно, у зависности од околности. Неутралност, са друге стране, означава својство по коме су колизионе норме индиферентне у односу на садржај тако меродавног права и у односу на предмет таквог избора.<sup>154</sup> Управо је конципирањем тачке везивања на овај оквирни начин, учињен напор ка усмеравању

---

<sup>151</sup> ЗМПП, члан 18 став 1.

<sup>152</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 216.

<sup>153</sup> М. Костић-Мандић, „Принцип најтешње повезаности у међународном приватном праву“, *Правни зборник*, 1-2/2012, 70.

<sup>154</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 92.

форума на оно право са којим је један случај најблискији,<sup>155</sup> са којим постоји квантитативно и квалитативно најјача повезаност. Основни циљ оквирних тачака везивања јесте да се избегне примена оног права које са конкретним питањем остварује везу врло слабог интензитета.

Избор меродавног права упућивањем на примену принципа најтешње повезаности најчешће се среће у домену уговорних односа са елементом иностраности, под условом да странке саме нису изабрале право које ће се применити на њихов уговорни аранжман. Црногорски законодавац, у том смислу, ову оквирну тачку везивања конституише на следећи начин:

„Ако је из свих околности случаја јасно да је уговор у очигледно ближој вези са неком другом државом, него са државом из става 1 или става 2 овог члана, мјеродавно је право те друге државе.

Ако се на основу става 1 или става 2 овог члана не може утврдити мјеродавно право, за уговор је мјеродавно право државе са којим је у најближој вези.“<sup>156</sup>

Дакле, у формулацији „очигледно ближа веза“ садржан је принцип најтешње повезаности и у недостатку избора меродавног права, задатак форума је да изврши вредновање свих облика повезаности и да, као меродавно, примени оно право са којим је уговорни однос најјаче повезан.

### 3.2.2.2. Просте и комплексне тачке везивања

Подела тачака везивања на просте и комплексне учињена је у односу на критеријум да ли нас у конкретном случају она води до једног или до више меродавних права.

Просте тачке везивања у сваком случају доводе до примене само једног меродавног права.

„За наслеђивање цјелокупне заоставштине мјеродавно је право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у вријеме смрти.“<sup>157</sup>

У овој колизионој норми садржана је проста тачка везивања, зато што ће нас она довести до примене само једног меродавног права, уобичајеног боравишта које је и временски фиксирано у време смрти оставиоца.

<sup>155</sup> У америчкој литератури се користи израз “*the most significant relationship*“, погледај W. Richman, W. Reynolds W, „Prologomenon to an Empirical Restatement of Conflicts“, *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, 420, 421.

<sup>156</sup> ЗМПП, члан 39 став 3 и 4.

<sup>157</sup> ЗМПП, члан 71.

За разлику од простих, комплексне тачке везивања унутар исте колизионе норме формулисане су на начин да нас упућују на примену више меродавних права.

„У погледу услова за закључење брака мјеродавно је, за свако лице, право државе чији је то лице држављанин у вријеме ступања у брак.“<sup>158</sup>

Овако конципирана тачка везивања, у случају различитог држављанства будућих супружника, орган склапања брака упућује на примену два меродавна права. Уколико узмемо у обзир и чињеницу да се морају задовољити и услови које прописује држава у којој се брак склапа, то нас може довести и до примене три меродавна права у конкретном случају, ако су будући супружници различитог држављанства и брак склапају у трећој земљи.

Комплексне тачке везивања могу бити алтернативно и супсидијарно постављене. Изразит пример комплексне и алтернативно постављене тачке везивања представља норма црногорског ЗМПП-а о уређивању породичног статуса детета<sup>159</sup>, која за признавање, утврђивање или оспоравање очинства или материнства као меродавно право прописује право државе чије је држављанство дете стекло у време рођења. Међутим, ако је то повољније за дете може се применити право државе чији је дете држављанин или у којој има уобичајено боравиште у време утврђивања породичног статуса или право које у време рођења важи за личне односе супружника. Дакле, за исту правну категорију прописује могућност примене различитих права, што значи да се ради о комплексној норми, али ова норма је и алтернативна, зато што ће се применити само једно од алтернативних решења, и то оно које је повољније за дете.

Оно што је обележје алтернативно постављених комплексних тачака везивања јесте да имају за циљ да фаворизују одређене интересе,<sup>160</sup> као што је у овом случају интерес детета, али и да признају пуноважност неком правном послу, или да одрже на снази неки правни однос.<sup>161</sup> Приликом примене оваквих тачака везивања форум мора да испита садржину потенцијално меродавних права, и да конкретан избор буде управљен на оно право које ће довести до одређеног резултата.

Други тип комплексних тачака везивања јесу оне супсидијарно постављене. За разлику од алтернативно постављених које имају за циљ

---

<sup>158</sup> ЗМПП, члан 77.

<sup>159</sup> ЗМПП, члан 87.

<sup>160</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 427.

<sup>161</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 94.



постизање одређеног резултата, супсидијарно постављене тачке везивања имају за задатак да се до решења уопште дође. Примера за комплексне тачке везивања супсидијарно постављене, има много, а један од њих била би норма члана 85 ЗМПП-а, која говори о разводу, и прописује као меродавно право државе чији су држављани супружници у време подношења захтева за развод брака. Међутим, уколико су они различитих држављанстава има се применити право државе у којој имају заједничко уобичајено боравиште. Уколико немају ни заједничко држављанство ни заједничко уобичајено боравиште, меродавно ће бити право државе у којој су имали последње заједничко уобичајено боравиште. У случају да се ниједан од претходних критеријума не може задовољити, меродавно ће бити право Црне Горе.

Ова норма на врло јасан начин осликава задатак сложених тачака везивања супсидијарно конципираних. Уколико је меродавно право за развод брака право државе чији су држављани супружници, то би у случају њиховог различитог држављанства ова норма могла остати неоперативна, посебно уколико прописују различите услове или не дозвољавају развод брака, што би имплицирало немогућност примене колизионе норме. Из тог разлога законодавац прописује супсидијарна решења, како у сваком конкретном случају развода брака не би остали ускраћени за одговор на питање које ћемо право применити.

### 3.2.2.3. Сталне и променљиве тачке везивања

У зависности од околности да ли се чињенице које представљају тачке везивања могу мењати или не, разликујемо сталне и променљиве тачке везивања.

Сталне тачке везивања, како сам назив говори, базирају се на чињеницама које су, како временски, тако и просторно фиксирани. Типична стална тачка везивања је *lex rei sitae* за непокретне ствари. Наиме, она ће нас увек довести до једног одређеног меродавног права, јер непокретне ствари, што им и само име говори, не могу мењати своје место налажења, па ће и *lex rei sitae* увек указивати на исто право у конкретном случају.

Поред ове, сталним тачкама везивања сматрамо и оне чија је чињенична подлога један догађај. Таква би била тачка везивања *lex loci contractus* или *lex loci delicti commissi*. Наиме, уговор је закључен или је деликт извршен, и то је догађај који је добио одговарајуће координате. Дакле, тачка везивања, која на овај начин указује на меродавно право, је стална, без обзира што ће се у појединим случајевима јавити питање како квалификовати место закључења

уговора или место извршења деликта.<sup>162</sup> Међутим, има аутора који не деле ово мишљење, и који тачке везивања *lex loci contractus* или *lex loci delicti commisi* не сматрају сталним.<sup>163</sup> Наиме, закључење уговора, односно место закључења уговора није догађај, већ правна конструкција, која се базира на различитим чињеницама у зависности од тога о којој држави се говори. Пријем понуде или пријем одговора на понуду су временски раздвојени моменти, а којем ће се дати примат зависи од сваке државе посебно. Управо зато се сматра да *lex loci contractus* није стална тачка везивања, већ да су њене координате променљиве, а тек нам квалификација може дати одговор на питање, који ћемо од сукцесивних догађаја узети као релевантан и који ће у крајњем представљати моменат закључења уговора.<sup>164</sup>

Насупрот сталним, променљиве или варијабилне тачке везивања заснивају се на чињеницама које се могу мењати, које нису ни просторно ни временски фиксиране, које, самим тим, у различитим моментима могу указивати на различита права. Типичан пример променљиве тачке везивања је *lex rei sitae* покретних ствари. Обзиром да је основна карактеристика покретних ствари да могу мењати своје место налажења, ова тачка везивања може указивати на различита права, у случају да је, од заснивања правног односа до његовог расправљања, покретна ствар мењала своје просторне координате.

У варијабилне тачке везивања спадају и *lex nationalis*, *lex domicilii*, седиште правног лица. Ове тачке везивања се такође базирају на чињеницама које се могу мењати, па ће, у зависности од времена када се питање буде решавало, указати на примену ранијег или каснијег држављанства. Варијабилне тачке везивања изазивају проблем мобилног сукоба закона, па законодавац, свестан те чињенице, варијабилне тачке везивања конвертује у сталне, фиксирајући их временски. Наиме, уз једну променљиву тачку везивања додаје се временски моменат, како би се на тај начин избегла могућа дилема око примене меродавног права.

„За насљеђивање цјелокупне заоставштине мјеродавно је право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у вријеме смрти.“<sup>165</sup>

Дакле, овде је очита тенденција законодавца да дефинише временски моменат за који ће се везати уобичајено боравиште, односно релевантним ће се сматрати само оно уобичајено боравиште које је оставилац имао у тренут-

---

<sup>162</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 95.

<sup>163</sup> Један од оваквих аутора је Муминовић, види Е. Муминовић, *op. cit.*, 68.

<sup>164</sup> Е. Муминовић, *op. cit.*, 69.

<sup>165</sup> ЗМПП, члан 71.

ку смрти. На тај начин отклоњена је свака сумња у погледу одређивања меродавног права, тако што је променљива тачка везивања учињена сталном.

Променљиве тачке везивања изазивају још један крупан проблем међународног приватног права, *fraus legis*, институт о којем ће више речи бити нешто касније.

#### 3.2.2.4. Остале врсте тачака везивања

Још једна типологија тачака везивања јесте она коју карактерише тип везе са одговарајућим правним поретком.<sup>166</sup> У том смислу имамо тачке везивања које повезаност са правним поретком остварују преко субјеката права. Такве тачке везивања су држављанство, домицил или уобичајено боравање, па ћемо до меродавног права доћи нпр. пратећи везу између физичког лица и његовог држављанства.

Друга врста тачака везивања утврђује најјачу везу између ствари и одговарајућег правног поретка. Таква би била колизиона норма о стварно-правним односима на средствима превоза која за меродавно право прописује право државе под чијом заставом брод плови односно право државе у којој је ваздухоплов уписан.<sup>167</sup>

Трећи тип тачака везивања у односу на карактер везе са одговарајућим правним поретком јесу оне тачке везивања где се веза манифестује кроз одговарајућа права и обавезе. Једна таква тачка везивања присутна је у колизионој норми за форму брака, која као меродавно прописује право државе у којој се брак закључује.

Уколико странке у поступку могу да утичу на коначан избор меродавног права, такве тачке везивања називамо субјективним. Насупрот њима, све остале повезнице су објективне, јер на примену меродавног права воља странака остаје без утицаја. Уколико је законодавац прописао могућност избора меродавног права у конкретном случају, односно дефинисао колизиону норму са субјективном тачком везивања, он ће у том случају дефинисати и једну објективну тачку везивања за случај да странке пропусте да се договоре о избору меродавног права, како, у супротном, не би остали ускраћени за решење приватноправног проблема са елементом иностраности.

Поред субјективних и објективних тачака везивања у ову категорију могли би сврстати и принцип најтешње повезаности, о којем је већ било говора.

Оно што се, на неки начин, може сматрати предношћу принципа најтешње повезаности и субјективних тачака везивања у односу на

<sup>166</sup> К. Сајко, *МПП*, 100.

<sup>167</sup> *ЗМПП* члан 31.

објективне, јесте у томе што омогућавају примену оног права које странке сматрају да најбоље одговара њиховом односу, односно које је најближе одговарајућој правној ситуацији. Било да су странке испољиле своју аутономију воље или је форум извршио вредновање могућих контаката, у сваком случају, тако изабрано меродавно право најбоље одговара околностима случаја *in concreto*.<sup>168</sup>

Интересантно је поменути да у неким старим законима о међународном приватном праву, какви су аустријски или чешки, постоји опште колизионо правило о примени принципа најближе везе.

„Правне ситуације с међународним обележјем оцењују се што се тиче приватноправних односа сходно правном поретку са којим су у најужој вези.“<sup>169</sup>

Дакле, ова норма изражава један општи приступ да се све приватноправне ситуације са међународним обележјем решавају применом права најуже везе.<sup>170</sup>

## 4. Врсте колизионих норми и начин њихове примене

Колизионе норме, као специфичан вид регулисања приватноправних односа са елементом иностраности, могу се класификовати у неколико категорија. Можда најважнија подела је она на једностране и вишестране колизионе норме, али ћемо обратити пажњу и на неке друге. Тако ћемо пажњу усмерити на самосталне и несамосталне, изричите и скривене колизионе норме, као и на оне које се условно примењују.

### 4.1. Једностране и вишестране колизионе норме

У односу на чињеницу да ли колизионе норме упућују на примену само једног и то домаћег права или могу упутити на било које право, како домаће тако и страном, можемо их поделити на једностране и вишестране.

Једностране колизионе норме, како им сам назив говори, увек доводе до примене домаћег права.<sup>171</sup> Отуда, када је међународно приватно право

---

<sup>168</sup> К. Сајко, *МПП*, 102, 103.

<sup>169</sup> Аустријски законик, члан 1. (1).

<sup>170</sup> К. Сајко, *МПП*, 103.

<sup>171</sup> К. Voele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 206; М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 47.

у питању и задаци које оно остварује, евидентно је зашто су ове норме у мањини. Међутим, примера у упоредном законодавству ипак има:

„Име особе која има пребивалиште у Швајцарској уређује швајцарско право.“<sup>172</sup>

Ово је типичан пример једностране колизионе норме јер за одговарајућу правну категорију предвиђа примену само швајцарског права. Сличну одредбу можемо пронаћи и у италијанском закону о међународном приватном праву, који прописује да се грађански поступак који се води у Италији уређује италијанским правом.

Оно што је заједничко наведеним колизионим нормама то је да увек упућују на домаће право, без обзира на чињеницу да ли се у конкретном случају говори о домаћим или страним држављанима, односно о поступку са или без елемента иностраности.

Законодавна техника која је нормативно уређење међународног приватног права базирала на једностраним колизионим нормама, ипак је ствар прошлости. Оно чему се тежило у пракси, то је њихово екстензивно тумачење, како би таква правила, макар кроз судску праксу, доживела своју трансформацију. Изразит пример оваквог поступања је члан 3 француског Грађанског законика, који, између осталог, садржи и следеће једностране колизионе норме:

„Закони који се тичу статуса и способности примениће се на Французе и када они бораве у иностранству.“

„На некретнине, чак и ако их поседују странци, примењује се француско право.“

Наиме, ово су изразити примери једностраних колизионих норми које предвиђају примену француског права на правну и пословну способност Француза, као и на питања која се тичу некретнина. Међутим, судска пракса и екстензивно тумачење су од ових једностраних колизионих норми створили вишестране,<sup>173</sup> па се тако правна и пословна способност странаца просуђује по праву државе чије држављанство имају, док се на некретнине примењује право оне државе где се тангирана некретнина налази. Овим су једностране колизионе норме, макар у пракси, конвертоване у вишестране.

Бољи и савременији концепт решавања приватноправних односа са елементом иностраности јесу вишестране колизионе норме. За разлику од

<sup>172</sup> Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 37 став 1.

<sup>173</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 97; К. Сајко, *МПП*, 91.

једностраних, оне упућују на примену било домаћег било страног права, у зависности од распореда чињеница у конкретном случају.<sup>174</sup> Основна карактеристика вишестраних колизионих норми у односу на претходну констатацију је да су оне апстрактне, и да у зависности од околности могу указати на право било које државе света. Највећи број колизионих норми у данашњим законима о међународном приватном праву су вишестране колизионе норме.<sup>175</sup> Тако црногорски закон прописује да се припадност правног лица одређује по праву државе по коме је оно основано;<sup>176</sup> пољски закон предвиђа подвргавање застаре потраживања под оно право које је меродавно и за само потраживање;<sup>177</sup> швајцарски закон предвиђа да се на стварна права на некретнинама примењује право државе где се та некретнина налази.<sup>178</sup>

Дакле, модерне кодификације међународног приватног права углавном се темеље на вишестраним колизионим нормама које се базирају на међународној сарадњи, односно на остваривању концепта међународне сарадње. На вишестране колизионе норме можемо гледати као на експоненте универзалистичког концепта<sup>179</sup> у извесном смислу, обзиром да њихово обележје неутралности<sup>180</sup> не фаворизује домаће у односу на страно право, и не води рачуна о националним интересима.<sup>181</sup>

#### 4.2. Самосталне и несамосталне колизионе норме

У зависности од чињенице да ли је колизиона норма подобна да укаже на меродавно право или не, делимо их на самосталне и несамосталне.

Самосталне колизионе норме су оне које указују на меродавно право. Мање је важно који фактор локализације је у њима садржан, за коју тачку везивања се законодавац определио, битно је само да је она стилизована и формулисана на начин да може указати на право по којем ће конкретно правно питање бити решено.

Уколико колизиона норма за наслеђивање прописује примену права државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у време смрти,<sup>182</sup>

<sup>174</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 47, 48.

<sup>175</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 205.

<sup>176</sup> ЗМПП, члан 19 став 1.

<sup>177</sup> Закон о међународном приватном праву Пољске, члан 13.

<sup>178</sup> Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 99 став 1.

<sup>179</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 205.

<sup>180</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 48, 49.

<sup>181</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 205.

<sup>182</sup> ЗМПП, члан 71.

онда је ово очит пример самосталне колизионе норме, јер је подобна да укаже на меродавно право. Самосталне колизионе норме у црногорском Закону о међународном приватном праву су систематизоване у првом делу, која носи назив „Мјеродавно право“, и њима се уређују различити статуди: лични, наследни, брачни, стварни, уговорни, вануговорни...

Насупрот самосталним, несамосталне колизионе норме нису формулисане на начин који је подобан да укаже на меродавно право. Њихов основни задатак је да допуњавају самосталне колизионе норме, на начин да дају одговарајућа упутства, објашњења која утичу на утврђивање меродавног права.<sup>183</sup> Дакле, несамостална колизиона норма има улогу допуне, усмеравања или контроле самосталне колизионе норме.<sup>184</sup>

Уколико обратимо пажњу на то где су систематизоване несамосталне колизионе норме, онда ћемо видети да је њихово место у основним одредбама, јер се управо односе на општи део међународног приватног права, и означавају став законодавца о општим установама какве су квалификација, јавни поредак, изигравање закона<sup>185</sup>, узвраћање и (пре)упућивање, клаузула одступања, норме непосредне примене.

Несамостална колизиона норма била би она која прописује да се неће применити одредба страног права чије је дејство очигледно супротно јавном поретку Црне Горе;<sup>186</sup> или норма која прописује да ако се треба применити право стране државе, примењују се правне норме те државе, укључујући и колизионе норме.<sup>187</sup>

### 4.3. Изричите и скривене колизионе норме

Норме о којима је до сада било речи су изричите колизионе норме и представљају начин уређивања приватноправних односа са елементом иностраности упућивањем на меродавно право. Оне представљају недвосмислен и јасан став законодавца о томе која је веза одлучујућа за одређену категорију односа и на тај начин се указује на право којем ће се конкретан проблем подвргнути.

Међутим, у Сједињеним Америчким Државама постоје одређене врсте скривених колизионих норми, чија се особеност манифестује на следећи

<sup>183</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 97

<sup>184</sup> К. Сајко, *МПП*, стр. 94.

<sup>185</sup> Изигравање закона било је предмет регулисања ранијег Закона о решавању сукоба закона, док нови црногорски Закон о међународном приватном праву не уређује овај институт.

<sup>186</sup> ЗМПП, члан 9.

<sup>187</sup> ЗМПП, члан 4.

начин: кад судови у Сједињеним Америчким Државама своју међународну надлежност базирају на пребивалишту странака и на такве случајеве примењују *lex fori*, то заправо води до примене материјалног права *lex domicilii*. Наиме, претпоставке за конституисање надлежности у Америци, када су у питању бракоразводни спорови, утврђене су на начин да садрже и колизионоправно решење.<sup>188</sup>

Оваква ситуација, односно скривено упућивање на меродавно право, није забележено у државама европскоконтиненталне правне традиције. Колиционе норме су, насупрот овоме, врло експлицитне и изражавају став законодавца о томе које право је у најближој вези са одређеном правном категоријом. Уколико одговарајуће правне празнине и постоје, оне се неће попуњавати применом домаћих процесних норми о међународној судској надлежности, већ сходном применом одредаба и начела закона о међународном приватном праву, правног поретка и начела међународног приватног права, како смо видели у уводним излагањима.

#### 4.4. Безусловне и условне колиционе норме

Колиционе норме о којима је до сада било говора су безусловне колиционе норме. Њихова основна карактеристика је да се примењују без обзира на чињеницу какав је резултат упућивања на меродавно право. Безусловне колиционе норме су апстрактне и индиферентне у односу на садржину страног права.

Али, постоје и такве колиционе норме које можемо назвати условним и њихова применљивост има следеће карактеристике: за одређену правну категорију примењује се као меродавно право државе А, али под одређеном претпоставком примењује се право државе Б. Сврха оваквих условних колизионих норми јесте да се фаворизује одређени правни посао, да се постигне одговарајући степен правне сигурности.<sup>189</sup>

У том смислу наводимо пример условне колиционе норме садржане у црногорском Закону о међународном приватном праву:

„За пословну способност физичког лица мјеродавно је право државе чији је држављанин то лице. Уколико мјеродавно право за одређени правни однос предвиђа посебне претпоставке о пословној способности, примијениће се то право.“<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> К. Сајко, МПП, 89.

<sup>189</sup> К. Сајко, МПП, 95.

<sup>190</sup> ЗМПП, члан 14 став 1.



У групу условних колизионих норми спадале би и оне колизионе норме код којих се примена одговарајућег права као меродавног чини зависним од садржине његових норми. У том смислу указује се на примену оног права које је повољније за странку, по којем је неки посао правно ваљан.

У том смислу изразит пример условне колизионе норме садржан је у члану 87 црногорског Закона о међународном приватном праву, који у свом првом ставу прописује да је за признавање, утврђивање или оспоравање очинства или материнства меродавно право државе чије је држављанство дете стекло у време рођења. Међутим, другим ставом истог члана, уколико је то повољније за дете, предвиђа се примена права државе чије је дете држављанин или у којој има уобичајено боравиште у време утврђивања породичног статуса или право које у време рођења детета важи за личне односе супружника.

Оно што је заједничко оваквим колизионим нормама, то је додатна активност форума приликом примене меродавног права. Ово из разлога што законодавац намеће примену оног права које доводи до одређеног резултата, па пред форумом стоји задатак да испита садржину потенцијално меродавних права и да примени оно које је повољније.

## 5. Начин примене колизионих норми

На крају овог излагања о колизионим нормама остаје да се осврнемо на питање како се оне примењују. Да ли је њихова примена обавезна или странке могу утицати на примену колизионих норми? Ово питање се, у крајњем, своди на питање правне природе колизионих норми. Да ли су оне императивне или диспозитивне природе?

Уопштено се сматра да су колизионе норме императивне природе и да странке њихову примену не могу искључити.<sup>191</sup> Оне се имају применити чим се у приватноправном односу појави страни елемент, без обзира на чињеницу да ли странке траже њихову примену, па чак и уколико би желе да се проблем реши занемарујући колизионо питање.<sup>192</sup>

У ситуацији када се пред црногорским судом појави питање приватноправне тематике, које у себи садржи елемент иностраности, форум има применити одговарајућу колизиону норму и право на које она указује,

<sup>191</sup> Х. Сикирић, „Примјена колизијских правила и страног права у судском поступку“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 56 (2-3), 2006, 619, у даљем тексту Х. Сикирић, *Примена колизијских правила*.

<sup>192</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 98.

независно да ли је то домаће или страно право. Дакле, колиционе норме се примењују по службеној дужности. Црногорски законодавац експлицитно говори о доступности правних средстава у случају непримене и погрешне примене или погрешног тумачења страног права.<sup>193</sup>

Ово решење је данас владајуће у највећем броју држава континенталне Европе, па је експлицитно заговарање императивне примене колизионих норми присутно у праву Турске, Шпаније, Швајцарске, Аустрије, Немачке, Холандије... У Холандији, што је посебно интересантно, судови по службеној дужности примењују и неписана колициона правила, а странка се може позвати на страно право не само на почетку поступка, већ и касније, у поступку по жалби.<sup>194</sup>

Императивна примена колизионих норми има своје чврсто утемељење. Њихово конституисање означава спремност за међународну сарадњу и тежњу законодавца да се на сваку приватноправну ситуацију са међународним обележјем примени управо оно право са којим је та ситуација најчвршће повезана. Аутономија воље није у потпуности искључена, али је њен домашај ограничен на домен уговорних односа. Уколико би странкама и у осталим сферама допустили да ефективно утичу на примену страног права, тиме што би се позивали или се не би позивали на колиционе норме, на тај начин би све колиционе норме биле само празна слова на папиру, чиме би се радило на уштрб правне сигурности странака и принципа међународне сарадње.

Међутим, без обзира на чињеницу што су колиционе норме императивне природе и што је њихова примена обавезна, и што је форум у обавези да примени страно право на које домаћа колициона норма указује, ипак смо сведоци чињенице да ће судије неретко занемарити страни елемент и чињеницу да се колициона норма мора применити, и једноставно применити домаће право. Овакво игнорисање колиционе проблематике иде на уштрб обезбеђивања међународне сарадње и није пожељно да се држава не придржава међународно прихваћених стандарда. За несметано укључивање у међународне привредне токове од изузетне важности је примена колизионих норми у пракси, а не њихово занемаривање.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> ЗМПП, члан 7 став 2.

<sup>194</sup> J. D'Oliveira, „Foreign Law and Legal Cooperation“, *Hague-Zagreb Essays II*, The Hague 1978, 218, 219.

<sup>195</sup> М. Станивуковић, „Међународно приватно право на крају века – криза колизионог метода“, Правни факултет у Новом Саду, *Реконструкција йравној сисџема Јујославије на основама слободе, демократије, йржшшш и социјалне йравде*, приредио проф. др Милијан Поповић, Нови Сад, 1998, 121-128.

Насупрот поимању императивног карактера колизионих норми, има и оних схватања да су колизионе норме диспозитивне природе, и да, самим тим, предлози странака, односно одсуство ових предлога, може утицати на чињеницу да ли ће суд приликом решавања питања са елементом иностраности применити колизионе норме или не.

У земљама у којима колизионе норме имају диспозитиван карактер, колизиона норма ће се применити једино уколико то захтева макар једна од странака, односно уколико странка свој захтев базира на страном праву. У овом другом случају, уколико странка базира захтев на страном праву, дужност суда је да консултује колизиону норму и да утврди да ли је то право заиста меродавно. У Енглеској се потпуно препушта странкама да процене да ли ће се позвати на колизиону норму или неће. То је такозвани *laissez faire* волунтаризам, где странке оптирају да неприменом колизионих норми случај са међународним обележјем претворе у случај са унутрашњим обележјем.<sup>196</sup> У Француској и Сједињеним Америчким Државама постоји могућност да суд примени колизионе норме и без иницијативе странака, али кад су у питању Сједињене Америчке Државе чешћа је пракса да се уместо страног меродавног права примени домаће, уколико ниједна од странака не захтева примену страног права.<sup>197</sup> На овакво непозивање на примену страног права гледа се као на прећутну сагласност за примену права форума.<sup>198</sup> Кад је Француска у питању, са аспекта обавезности примене колизионих норми можемо дефинисати две групе: у једној групи су колизионе норме које се налазе у међународним конвенцијама и колизионе норме које се односе на материју којом странке не могу диспонирати и њихова примена је обавезна.<sup>199</sup> У другој групи се налазе све остале колизионе норме и њихова примена је факултативне природе.

<sup>196</sup> Х. Сикирић, Примена колизијских правила, 661.

<sup>197</sup> S. Symeonides, „Choice of Law in the American Courts in 2009: Twenty-Third Annual Survey“, 58 *American Journal of Comparative Law*, 2010, 60, у даљем тексту S. Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 2009.

<sup>198</sup> S. Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 2009, 60.

<sup>199</sup> Х. Сикирић, Примена колизијских правила, 618, 644.



## II – ОДСТУПАЊА ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ

### 1. Појам и правна природа страног права

Оно што представља последицу примене колизионе норме то је примена домаћег, односно страног права, у зависности од распореда релевантних чињеница у конкретном случају. Уколико је, сходно домаћој колизионој норми, меродавно домаће право, задатак форума је знатно лакши него уколико колизиона норма упућује на примену страног права. Међутим, данас се не спори сврсисходност примене страног права, већ се ово сматра једним од најзначајнијих достигнућа међународне сарадње. Са друге стране, уколико се страно право не би примењивало, то би довело у питање бројне породичне, наследне односе, уговорне обавезе, међународну трговину.

Са аспекта домаћег права и права земаља из окружења, нема сумње у погледу начина примене колизионих норми и права на које оне упућују. Уколико колизиона норма упути на страно право, оно се има и применити. Јер, колизионе норме су, како смо видели, императивне природе, спадају у део правног поретка *lex fori*, и као такве се морају примењивати по службеној дужности. Воља странака остаје без утицаја.

Оно што остаје као отворено питање то је како утврдити садржину страног права, односно поставља се питање каква је његова правна природа? Да ли орган који примењује право мора доказати садржину страног права или то мора учинити странка која се на то право и позива? Да ли се страно право сматра правом које ће сазнавати суд, или се страно право сматра чињеницама које су странке дужне да докажу? Различит третман страног права као права, односно као чињенице, рефлектује се и на активности странака на пољу доказивања.<sup>200</sup> Суд несумњиво има тежи задатак уколико треба да примени страно право, посебно уколико узмемо у обзир обавезу да се норме имају посматрати у укупности, у садејству са системом, а никако изоловано. У том случају, домаћем судији недостаје знање о систему страних норми

<sup>200</sup> Да ли су странке свесне могућности позивања на страно право и да ли ће ту могућност искористити, односно које су њихове обавезе у случају позивања на страно право погледај W. Reynolds, „What Happens When Parties Fail to Prove Foreign Law?“, *Mercer Law Review*, vol. 48, 1997, 776, 777.

у циљу правилнијег разумевања појединих одредаба.<sup>201</sup> Ово свакако не треба схватити као непремостиву препреку на путу сазнавања страног права, већ више као подстицај са циљем доласка до праведнијег резултата.

Страно право се сматра чињеницама<sup>202</sup> у државама англосаксонске правне традиције,<sup>203</sup> а терет доказивања лежи на странци која захтев или одбрану базира на страном праву.<sup>204</sup>

Теоријску подлогу за поимање страног права као чињенице чини теорија стечених права.<sup>205</sup> Наиме, да би се утврдила или поштовала она права која су стечена у иностранству, неопходно је узети у обзир страно право по коме су стечена. Дакле, страно право постаје чињеница, *res facti*, коју је неопходно доказати као и сваку другу чињеницу на којој је неко субјективно право засновано.<sup>206</sup> Тако, уколико се странка пред енглеским судом позива на страно право, полази се од претпоставке да је страно право чињеница, да је, по правилу, садржински изједначено са енглеским правом, а супротно треба доказати.<sup>207</sup> Дакле, у овом случају, говоримо о оборивој претпоставци, па странка која сматра да се не може поставити знак једнакости између енглеског и страног права то мора и доказати. Странка доказује страно право позивањем свог *expert witness*,<sup>208</sup> такозваног стручњака за страно право,<sup>209</sup> који ће сведочити о садржини страног права. Он може сведочити усмено, али може доставити и одговарајуће прописе, судске одлуке, које ће се разматрати као део доказа. *Expert witness* може бити правник, судија, практичар, професор права и било које друго лице које може пружити доказе о праву чију примену странке желе, односно на коме базирају свој захтев. Суд ће прихватити доказе, изузев уколико утврди да су лажни, нејасни или очито апсурдни.<sup>210</sup>

---

<sup>201</sup> G.S. Alexander, *loc. cit.*, 604.

<sup>202</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 94; Ђ. Вуковић, *Међународно грађанско процесно право*, Информатор, Загреб 1980, 84, 85.

<sup>203</sup> Ово је једна у низу разлика између европско-континенталног и англосаксонског правног система. О још неким разликама погледај S. Dodson, J.M. Klebba, „Global Civil Procedure Trends in Twenty-First Century“, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, 1-3.

<sup>204</sup> К. Сајко, *МПП*, 238.

<sup>205</sup> G.S. Alexander, *loc. cit.*, 607, 608.

<sup>206</sup> G.S. Alexander, *loc. cit.*, 606.

<sup>207</sup> Ђ. Вуковић, *op. cit.*, 85.

<sup>208</sup> A. Mayss, *op. cit.*, 10.

<sup>209</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 96.

<sup>210</sup> К. Сајко, *МПП*, 239.

Уколико странка која се позива на норму страног права не успе да докаже њену садржину, тада остаје на снази претпоставка да је страно право једнако домаћем, па се има применити домаћа материјална норма.<sup>211</sup>

Страно право се сматра чињеницом и у праву Аустралије, Канаде, Сједињених Америчких Држава. Али, чак и у овим државама, дошло је до извесног ублажавања крутости обавезе да странка мора доказати садржину страног права, већ се појачава активност судије у овим питањима.<sup>212</sup> Наиме, у Сједињеним Америчким Државама доношење одлуке о страном праву пренесено је на судију. Али, он неће применити страно право по службеној дужности, већ може, независно од странака, узимати у обзир додатни материјал и изворе у функцији утврђивања садржине страног права. На федералном нивоу, 1966. године, утврђено је правило по којем се страно право више не сматра чињеничним, већ правним питањем, тзв. *question of law*. Странка која намерава да постави питање примене права стране државе, то мора учинити у тужби, односно у одговору на тужбу, или у другом одговарајућем писменом поднеску.<sup>213</sup> Суд може узети у обзир и друге доказе, независно да ли их је странка поднела или не. Ово из разлога што се питање примене страног права сада сматра правним питањем, па је сасвим довољно да се странка у свом поднеску позове на страно право да би суд почео да га утврђује.<sup>214</sup>

У случају недоказивања садржине страног права у ретким ситуацијама ће доћи до одбацивања тужбе, а чешће ће се применити *lex fori* као алтернатива.<sup>215</sup>

Другаконцепција, која је заступљена у државама европскоконтиненталне правне традиције, страно право сматра правом, па га надлежни орган и утврђује и примењује по службеној дужности.<sup>216</sup> Али, оно што се поставља као питање је следеће: да ли и у погледу страног права може важити максима *iura novit curia*, или *da mihi factum, dabo tibi ius*? Истина, суд не може стварно познавати правне норме страних држава, али их мора сазнати по службеној дужности.<sup>217</sup>

<sup>211</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 94.

<sup>212</sup> L. Collins (editor), *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, London 2004, 26; Т. Варади, „Foreign Law Before Domestic Authorities, Realities and Gestures“, *Festschrift Zajtay*, Tübingen 1982, 489; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 108.

<sup>213</sup> Види правило 44.1. *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>214</sup> К. Сајко, МПП, 241.

<sup>215</sup> К. Сајко, МПП, 242.

<sup>216</sup> Ђ. Сарапа, „Да ли је страно право право или чињеница када се примењује темељем колизионе норме“, *Бранич др. 3-4*, Београд 2009, 100.

<sup>217</sup> С. Трива, *Грађанско њарнично ѡроцесно ѡраво*, Загреб 1980, 139, 140.

Обавеза примене страног права, уколико на њега укаже колизиона норма форума, установљава се законом. Наиме, у члану 6 црногорског Закона о међународном приватном праву, а слично и у земљама из окружења, прописано је следеће:

„Суд или други орган надлежан за одлучивање по службеној дужности утврђује садржину страног мјеродавног права.

Органи из става 1. овог члана утврђују садржину страног права у складу са међународним уговорима, а могу затражити и обавјештење о страном праву од министарства надлежног за послове правосуђа, као и мишљење стручњака и специјализованих институција.

Странке у поступку могу поднијети и исправу о садржини страног права или на други начин помоћи суду или другом надлежном органу.

Суд или други надлежни орган може обавезати странке да сарађују у утврђивању садржине страног права када су странке изабрале које ће се страно право примјењивати.“

На основу овако формулисане норме увиђа се разлика између домаћег и страног права, где се, због немогућности познавања свих страних система, уводе механизми који ће помоћи приликом утврђивања садржине страног меродавног права. Дакле, одговарајућа помоћ, кроз сарадњу суда или другог органа са министарством правде, односно кроз сарадњу суда са странкама, је драгоцене. Наведени начин утврђивања садржине страног права долази у обзир у свим ситуацијама када по домаћој колизионој норми треба применити страно право као меродавно као и када је страно право резултат аутономије воља странака.

Међутим, овакав општи став није свуда консеквентно прихваћен. Наиме, швајцарски Закон о међународном приватном праву прописује да се за имовинскоправне захтеве од странака може тражити доказивање садржаја страног права,<sup>218</sup> док у Мађарској странке могу опирати за непримењивање иначе меродавног страног права, што ослобађа суд од обавезе утврђивања његове садржине.<sup>219</sup>

Наш закон, како смо видели, не садржи било какво ограничење од примене страног права по службеној дужности, па било каква договарања странака, у том погледу, остала би без ефекта. Дерогирање обавезе о примени страног права по службеној дужности било би потпуно супротно поимању колизионих норми као императивних прописа.

<sup>218</sup> Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 16 ст. 1 и 2.

<sup>219</sup> Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске, параграф 9.



Уколико се, упркос установљеној обавези, страно право не може сазнати, суд може одустати од утврђивања садржине страног права и решење базирати на примени домаћег. Дакле, алтернатива несазнатљивом страном праву је *lex fori*.<sup>220</sup> Ово решење је најприхваћеније у упоредном праву, па примену домаћег права предвиђају закони о међународном приватном праву Аустрије, Италије, Мађарске, Немачке, Пољске, Русије, Холандије, Швајцарске.

Уколико домаћа колизиона норма указује на примену страног права, а то право, односно његова садржина се не може сазнати, предмет ни у ком случају, неће остати нерешен, већ ће доћи до примене *lex fori*. У упоредном праву су предлагана и другачија решења. Тако, једна од алтернатива за случај немогућности примене страног права, односно немогућности утврђивања његове садржине, јесте примена неког другог сродног права које је најближе страном неутврђеном праву. Или пак примена неког другог меродавног права на бази неке сличне колизионе норме.<sup>221</sup>

Примена домаћег права уместо несазнатљивог страног права јесте најцелисходније решење, и за домаће судове најлакша алтернатива. Међутим, често се догађа да се ова алтернатива узима олако, да се пребрзо дође до закључка да се страно право „не може“ сазнати и да се примени *lex fori* на разрешење конкретне приватноправне ситуације са елементом иностраности. Ово још више долази до изражаја кад домаћа колизиона норма упућује на право неке далеке, мање развијене државе, чије норме својом садржином можда и не одговарају схватањима домаћег суда, па је алтернатива у домаћем праву, са њиховог аспекта, у потпуности оправдана. Међутим, са аспекта циљева и задатака које међународно приватно право треба да оствари, овако олако посезање за *lex fori* као алтернативним решењем, никако није оправдано. Алтернатива треба да постоји, али само уколико тешкоће приликом сазнавања страног права постану пренаглашене, ако се процени да одузимају много времена и причињавају несразмерно високе трошкове; уколико се дође до сазнања да је страно право непотпуно у делу који је потребан за решење конкретног питања.

Дакле, околности у којима треба одустати од обавезе утврђивања страног права и његове примене дефинитивно постоје, али их је потребно максимално објективизирати, како оне не би представљале алиби за домаћи орган о непримени страног права.

<sup>220</sup> М. Revillard, *op. cit.*, 18, 21.

<sup>221</sup> К. Сајко, *МПП*, 234.

*Lex fori* као алтернатива има превагу у односу на нека друга могућа решења због правне сигурности и предвидљивости.<sup>222</sup> Повезаност са домаћим правом несумњиво постоји, док год је успостављена међународна надлежност домаћег правосуђа или других органа у конкретном случају. У таквим ситуацијама, како предлаже професор Сајко, требало би утврдити изричито, дакле у самом закону, обавезу примене полазног, односно домаћег права, уколико се не може утврдити садржај меродавног страног права у разумном року.<sup>223</sup>

За разлику од ситуације када се од примене иначе меродавног страног права одустаје због тешкоћа у његовом сазнавању, постоје неке друге ситуације, о којима ће у наставку више бити речи, у којима се неће применити страно право без обзира на чињеницу што домаћа колизиона норма тако указује. Дакле, одступамо од редовне примене колизионе норме, али не из разлога што страно право не можемо сазнати, већ баш напротив, што садржина тако меродавног права иде на уштрб домаћег јавног поретка,<sup>224</sup> или се њиме жели избећи примена домаћих императивних норми, или зато што норме страног права на које је указала домаћа колизиона норма узвраћају на домаће или преупућују на неко друго страно право.

## 2. Појавни облици одступања од редовне примене колизионих норми

Колизиона норма, као посебан вид правне норме, има специфичан задатак, а то је да нам пружи смернице за долазак до меродавног права. Дакле, она нам, макар индиректно, пружа решење за приватноправно питање са елементом иностраности. Овај задатак колизиона норма остварује захваљујући својој двокомпонентној структури, где се прво именује једна правна категорија, односно једно правно питање под које ће се подвести, односно супсумирати чињенице конкретног случаја, и након тога ће се испунити услови за активацију тачке везивања, што је типични фактор локализације, односно везна околност са меродавним правом. Она ову своју функцију остварује индиректно, јер сама колизиона норма не даје одговор на питање како ће се одговарајући проблем са међународним обележјем решити. Због оваквог начина решавања приватноправних ситуација са

---

<sup>222</sup> К. Сајко, *МПП*, 235.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> М. Revillard, *op. cit.*, 21, 22.

елементом иностраности, било је гледишта која су међународном приватном праву приписивала „технички“ карактер.<sup>225</sup> Ово у суштини подразумева да ова грана права не пружа никаква материјалноправна решења, већ само указује на одговарајуће право чије ће норме донети одговарајуће мериторно решење случаја.<sup>226</sup> Свакако да ово размишљање не можемо узети као потпуно, јер иако норме међународног приватног права имају за задатак да упуте судију у меродавно право, оне ипак стоје у вези са материјалним правом, и то како у погледу формулисања самих колизионих норми, тако и у погледу резултата њихове примене.<sup>227</sup>

Обзиром да су правне категорије и тачке везивања дефинисане веома прецизно, унапред одређено, то ће у сваком случају омогућити једнак третман, односно примену истог права у светлу истих чињеница. Тачке везивања се овде јављају као поуздани индикатори легитимних интереса државе у примени тачно одређеног права као меродавног, па је правна сигурност, макар теоријски, успостављена.<sup>228</sup>

Једна од основних карактеристика ове врсте норми, у државама европскоконтиненталне правне традиције, јесте да имају карактер императивних прописа, што значи да је њихова примена обавезна, док год се појави питање приватноправне проблематике са елементом иностраности. Диспозиција странака неће имати ефекта на консултовање колизионих норми од стране судије. Као логична последица императивне примене колизионих норми, следи и примена страног права. Дакле, уколико колизиона норма укаже на примену страног права као меродавног, тако утврђено меродавно право се има применити, без обзира што је решење које нуде материјалне норме тог права потпуно различито од решења које би нудило домаће право.

Видели смо у претходним излагањима да је још једна битна карактеристика колизионих норми апстрактност, односно индиферентност у односу на садржину материјалних норми оног права на које се упућује као на меродавно. У конкретном случају тачка везивања нас може одвести ка примени француског права или права Мексика, у зависности од распореда

<sup>225</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 17.

<sup>226</sup> *Ibidem.*

<sup>227</sup> *Ibidem.*

<sup>228</sup> М. Станивуковић, „Yugoslavian Private International Law at the End of 20 Century: Progress or Regress?“, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* (ed. Symeon C. Symeonides), International Academy of Comparative Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 2000, 462, у даљем тексту М. Станивуковић, *Yugoslavian Private International Law*.

чињеница. Самим тим, проблем није решен, већ је само осветљен правац којим треба ићи. Управо зато, колизиона норма не може утицати на то како ће судија у конкретном случају применити право, од колизионе норме не може зависити ни могућност фразулозног поступања странака приликом њене примене.<sup>229</sup> Такође, ако је примена страног права обавеза и ако не зависи од воље странака, поставља се питање да ли је упућивање на страно право само упућивање на страно материјално право, или је упућивање на страно право у целини, дакле не само на материјалне норме тог права већ и на његове колизионе норме. Такође, може се поставити питање како утиче промена права на примену меродавног права? Промене могу настати како у држави полазног права, тако и у држави чије је право, у конкретном случају, меродавно.

Све ове ситуације можемо назвати одступањима од редовне примене колизионих норми. Притом, не користимо термин корекције колизионих норми или корекције примене колизионих норми, из разлога што се у свим претходно побројаним ситуацијама заиста не може говорити о корекцији. Корекције колизионих норми чине групу правних инструмената којима се проширује примена домаћег права, који се не могу сврстати у колизионе принципе или правила, нити су саставни део других колизионих правила или принципа.<sup>230</sup> Под овим правним инструментима сврставамо опште институте међународног приватног права какви су изигравање закона, узвраћање и преупућивање, јавни поредак. Такође, у ову групу би могли сврстати и одговарајуће промењене околности које ће поставити питање редовне примене колизионе норме. Надлежни орган, уколико утврди да су се остварили услови постојања неког од ових института, одступиће од редовне примене колизионе норме, *in concreto*. Оваквим поступањем штити се правни систем у којем се та колизиона норма примењује и, не мање важно, штите се саме странке.<sup>231</sup>

Услед остваривања услова за појаву неког од поменутих општих института међународног приватног права, зависиће и начин на који ће колизиона норма бити примењена, односно да ли ћемо одступити од њене редовне примене. Јер, иако је колизиона норма на својеврсан начин апстрактна и индиферентна, то не значи да и судија мора остати индиферентан у односу на ефекат који би имала примена страног права на домаћи

---

<sup>229</sup> В. Чоловић, „Одступања од редовне примене колизионих норми („Корекције“ колизионих норми) – потреба за другачијим ставом“, *Сйрани йравни живойй*, 3/2009, 28, у даљем тексту В. Чоловић, Одступања.

<sup>230</sup> М. Пак, *МПП*, 335.

<sup>231</sup> В. Чоловић, Одступања, 28.

правни поредак. Баш супротно, законодавац експлицитно забрањује примену иначе меродавног страног права уколико би његова примена задрала у основе домаћег државно-правног уређења. Дакле, одступа се од редовне примене колизионе норме у случају да страно право на које она указује производи дејство, које је са аспекта домаћег правног поретка неприхватљиво. Циљ одступања је врло једноставан: неће се применити страно право на које указује домаћа колизиона норма, већ се примењује норма домаћег права, са позивом на јавни поредак.

У случају преварног понашања странака,<sup>232</sup> њихово манипулисање у колизионом домену има за циљ примену неког другог права, а не оног које би иначе било меродавно. Дакле, одступа се од примене права које су странке имале на уму, занемарује се чињеница која је новостворена, и примењује се право које би било меродавно да до манипулисања није дошло. Пре доношења Закона о међународном приватном праву Црне Горе, институт изигравања закона био је један од општих института међународног приватног права, што је по мишљењу аутора ових редова било целисходније решење. Разлози оваквог става биће указани у редовима који следе, што је и определило да и овај (не)активни институт буде обрађен заједно са другим правним ситуацијама које могу утицати на одступање од редовне примене колизионих норми.

Код примене *renvoi*, нећемо приватноправни проблем са елементом иностраности решити по нормама материјалног права на које укаже домаћа колизиона норма, већ по нормама материјалног права на које је указало првоупућено право на које је указала колизиона норма форума. У суштини, питање се своди на то да ли ћемо прихватити супстанцијално или колизионо упућивање, и ако прихватимо ово друго, неопходно је дефинисати начин његове примене.

У случају промењених околности основно питање је везано за временски сукоб закона и за тренутак примене колизионе норме.<sup>233</sup>

Све ситуације које смо поменули представљају, како смо видели, одступање од правила да се по службеној дужности мора применити како колизиона норма, тако и страно право на које она указује. Ово су различити случајеви одступања од редовне примене колизионих норми, чије су последице потпуно другачије, што је један од разлога зашто се противимо термину корекције колизионих норми. Даље, не можемо говорити о

<sup>232</sup> *Fraus legis* сагласно одредбама новог Закона о међународном приватном праву у Црној Гори, како ћемо детаљније видети у наставку, више се не третира општим институтом МПП-а.

<sup>233</sup> В. Чоловић, Одступања, 29.

корекцији уколико говоримо о примени одговарајуће колизионе норме у редовним околностима. Ако је смисао установе *renvoi* да узврати на домаће право или да преупути на неко друго право, питање је да ли ту ишта коригујемо?

На ова, и бројна друга питања, одговори следе. Видећемо како се остварују предуслови за функционисање изигравања закона, установе узвраћања и преупућивања, јавног поретка. Такође ћемо обратити пажњу на став законодавца и ингеренције судова у колизионој проблематици са оваквим садржајима. Обратићемо пажњу на став судске праксе у овом домену у циљу успостављања корелације са теоријом.

Обзиром да сва одступања од редовне примене колизионих норми представљају/представљали су засебне институте, свима њима биће поклоњена посебна пажња у наставку.

### III – *FRAUS LEGIS* – ИЗИГРАВАЊЕ ЗАКОНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

#### 1. Појам изигравања закона

К олизионе норме сваке поједине државе прописују по ком ће се праву као меродавном просудити један приватноправни однос са елементом иностраности. Оне то чине на начин што прописују тачно одређено везивање за поједину категорију односа, зато што управо та веза, по мишљењу законодавца, представља најрепрезентативнију везу између дате правне категорије и одређеног правног поретка.

Међутим, да би уопште могли говорити о изигравању закона, неопходно је да је у колизионој норми ово повезивање извршено на бази променљиве тачке везивања. Наиме, уколико је за поједину правну категорију као меродавно прописано право државе чији су држављани лица у питању, или право државе у којој имају домицил, странке могу приступити промени држављанства или домицила, не би ли тако исходовали примену права које они сматрају повољнијим. Такође, странке могу бирати место где ће закључити уговор или место његовог испуњења, могу мењати место налажења покретне ствари, и све то са циљем исходовања примене неког другог права, које не би било меродавно да нису вршене измене у чињеницама које представљају тачке везивања.

До оваквих поступања долази просто из разлога што се заснивајући одговарајуће односе са елементом иностраности, странке везују за одређене чињенице које су отелотворене кроз тачке везивања, а кроз њих и за одговарајући правни поредак и његово материјално право. Међутим, учесницима у конкретном правном односу норме тако утврђеног меродавног права могу изгледати неповољно са аспекта њихових интереса, па прибегавају манипулисању чињеницама које представљају тачке везивања, које ће их, у крајњем, довести до примене оног права чије материјалне норме одговарају њиховим интересима. Конкретно, странке рачунају да ће применом неког другог права остварити одговарајуће бенефите, које не би остварили применом иначе меродавног права, и самим тим одговарајућим манипулацијама у колизионом домену отклањају примену оног права које би било меродавно да се манипулације нису догодиле.

Институт изигравања закона у међународном приватном праву, односно *fraus legis*, можемо дефинисати на следећи начин: ако се вештачким стварањем или мењањем чињенице која је тачка везивања неке колизионе норме постиже примена неког другог права, а не оног које би било меродавно да до промене није дошло, реч је о изигравању закона у међународном приватном праву.<sup>234</sup>

Оно што је важно нагласити то је чињеница да се ефекат којем странке теже изигравањем закона постиже ослонцем на слово колизионе норме, али противно *ratio legis* те норме.<sup>235</sup> Јер, до изигравања закона долази у случају вештачког стварања колизионе норме, односно промене чињеница које потом доводе до примене неке друге колизионе норме и самим тим другог права као меродавног.

Управо из овог разлога, на ову појаву не би требало гледати игнорантски, већ би се, уколико дође до изигравања, морала применити и одговарајућа санкција. Санкционисањем изигравања закона ми заправо одступамо од редовне примене колизионе норме, односно од примене оног меродавног права чију су примену субјекти правног односа желели, и примењујемо оно право које би било меродавно да манипулација у колизионом домену није ни било. У извесном смислу ово можемо назвати корекцијом колизионе норме, јер примењујемо ону колизиону норму која би се применила и у редовним околностима, да није било вештачког мењања чињеница.<sup>236</sup>

Појава изигравања закона није тековина новог доба. На ову појаву указивао је и Хубер, говорећи о свом схватању да један акт који је пуноважан у месту где је предузет, треба да буде пуноважан свуда. Међутим, он наводи и један изузетак од овог правила, а то је ситуација кад су субјекти правног односа предузимали одговарајуће радње у циљу избегавања примене локалног закона. Пример који осликава овај изузетак је закључивање брака између становника Брабанта и становнице Фриза, која је уједно његова блиска рођака.<sup>237</sup> Како је закључивање брака између сродника овог степена сродства било забрањено у Фризи, субјекти приватноправног односа, у циљу избегавања примене локалног закона, одлучују да брак склопе у Брабанту. Овакав брак би био пуноважан у Брабанту, али не и у Фризи, обзиром да су, у циљу његовог закључивања, изиграни материјални прописи Фризе.<sup>238</sup> Овај пример јасно указује на

<sup>234</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 176.

<sup>235</sup> В. Водинелић, *Такозвана злоуйоїреба ѓрава*, Номос, Београд, 1997, 132; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 2007, 176.

<sup>236</sup> В. Чоловић, *Одступања*, 31.

<sup>237</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 163.

<sup>238</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 163.



могућности маневрисања у колизионном подручју, где странке променом одговарајућих чињеница релевантних за решавање сукоба закона, заобилазе примену домаћег права и на тај начин остварују намеру да се њихов приватноправни однос реши на бази друге колизионе норме и уз примену страног права.<sup>239</sup>

Овакво вештачко комбиновање и конструисање чињеница најчешће се врши у питањима из домена личног статуса и породичних односа. Такође, запажено је изигравање закона као инструмент заобилажења обавезе плаћања пореза и других терета. Међутим, најчешћи случајеви изигравања закона забележени су у домену склапања и развода брака. Историјски посматрано, веома често изигравање закона био је јако погодан инструмент за борбу против ригидних прописа и нехуманих забрана за склапање брака. Као супротност овом чину, други су се довијали на разне начине не би ли издејствовали примену права које дозвољава развод брака.

Као изразит пример<sup>240</sup> изигравања закона у циљу закључења брака веома често се помиње мало шкотско место *Gretna Green*. Како се налази на граници са Енглеском, географски је било веома добро позиционирано да потпомогне заобилажење енглеског права. Наиме, у Шкотској су важиле знатно либералније норме у погледу закључења брака, а меродавност шкотског права је предвиђана на бази чињенице да се брак склапа у Шкотској. Дакле, ова веома блага тачка везивања била је мотив за све оне којима је енглеско право представљало препреку било које врсте, да побегну од његове примене и прибегну примени шкотског права. Управо ова тачка везивања била је један од узрока процвата *Gretna Green*-а, зато што је у периоду XVIII и дела XIX века забележено склапање великог броја бракова, а та цифра се на годишњем нивоу кретала између три и четири стотине. Наиме, говоримо о процвату са аспекта плаћања накнаде за склапање брака, јер ова није била фиксно утврђена већ је процењивана у односу на финансијску снагу вереника. Али, средином XIX века, тачније 1. децембра 1856. године, у Шкотској се мења колизиона норма која се односи на питање закључења брака са елементом иностраности, на начин што се прописује нешто строжа тачка везивања. Уместо досадашње тачке везивања која се, до тада, огледала у простој чињеници да се брак закључује у Шкотској, сада, да би се исходовала примена шкотског права, неопходно је било боравити у тој држави најмање три недеље. Оптирање за нешто строжу тачку везивања, овакве садржине, означило је и крај процвата овог малог шкотског места.<sup>241</sup>

<sup>239</sup> М. Пак, *МПП*, 343.

<sup>240</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 177.

<sup>241</sup> А. F. Steuart, „*Gretna Green*“, *The Judicial Review*, 1929, 144, посредно према Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 177.

Говорећи о изигравању закона не можемо а да не поменемо и веома често цитиран случај из француске судске праксе, који је на неки начин и скренуо пажњу на појаву *fraus legis* у међународном приватном праву.<sup>242</sup> Одлука француског Касационог суда од 18. марта 1878. године, представљала је „потицај за заузимање става“<sup>243</sup> о преварном заобилажењу права. Наиме, једна белгијска контеса је удајом за француског држављанина постала принцеза *Vauffremont*.<sup>244</sup> У Француској је живела одвојено од мужа, на основу пресуде француског суда о растави од стола и постеље, зато што тадашње француско право није познавало установу развода брака.<sup>245</sup> Убрзо након тога она мења држављанство, тако што прима држављанство немачког војводства Саксоније, где се одлука француског суда о растави од стола и постеље сматрала еквивалентном одлуци о разводу брака. На основу тако издејствованог меродавног права, на бази држављанства као тачке везивања, брак је био разрешив, па се дотадашња принцеза *Vauffremont* могла поново удати. То је и учинила, тако што се убрзо венчала за румунског принца Бибеска. Међутим, иако је дошло до развода брака на бази промене држављанства, овај случај не би био толико интересантан за науку међународног приватног права да је његов епилог остао овакав. Наиме, након њене смрти, приликом расправљања заоставштине, француски касациони суд је брак са принцем Бибеском прогласио ништавим, зато што је дошло до промене држављанства у циљу изигравања француског права.<sup>246</sup>

Дакле, у овом случају дошло је до промене чињеница које представљају тачку везивања у релевантној колизионој норми, како би се избегла примена права које је за странку било неповољније и није дозвољавало развод брака и издејствовала примена другог права по којем је брак био разрешив. Овде је постојала очигледна фrawdолозна намера, односно промена држављанства је уследила због унапред постављеног циља, фrawdолозног изигравања породичних прописа, што је на одговарајући начин и санкционисано од стране француског касационог суда.<sup>247</sup>

<sup>242</sup> Случај „*Vauffremont*“, М. Рочкомановић, „*Fraus legis* у теорији и пракси међународног приватног права Француске“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1998-1999, 91, у даљем тексту М. Рочкомановић, *Fraus legis*.

<sup>243</sup> К. Сајко, *МПП*, 211.

<sup>244</sup> Р. Francescakis, *op. cit.*, 43.

<sup>245</sup> Пресуда о растави од стола и постеље донесена је 1873. године, а развод брака је могућ у Француској од 1884. године.

<sup>246</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 163.

<sup>247</sup> М. Рочкомановић, *Fraus legis*, 91.

Манипулисање чињеницама које представљају тачке везивања у колизионој норми некад може бити толико инвентивно, да странке прибегавају разноврсним техникама не би ли постигле ефекат који није дозвољен по нормама оног права које би било меродавно у редовним околностима.

Један такав, врло довитљив, пример је и случај чувене оперске певачице Марије Калас. Она је рођена у Њујорку, као дете грчких родитеља, па је од рођења била бипатрид. Сама чињеница рођења на америчкој територији, због усвајања система стицања држављанства по принципу *ius soli*, доделила јој је америчко држављанство, а грчки систем стицања држављанства од родитеља јој је омогућио стицање грчког држављанства. Управо ова чињеница ће касније играти одлучујућу карику за манипулисање у колизионом домену. До своје четрнаесте године живела је у Сједињеним Америчким Државама, да би се, потом, са мајком и сестром одселила у Грчку. Неколико година касније враћа се у Америку, а потом одлази у Италију, где се, 1949. године, венчала са својим менаџером Ђованијем Батистом Менегинијем, у црквеној форми, пред римокатоличком црквом. Међутим, када се, након неког времена, упознала са грчким мултимилionером Аристотелом Оназисом, она је хтела да учини све како би могла са њим ступити у брак. Ђовани Батиста Менегини није сматрао да има било каквих основа за развод њиховог брака. Оно што је ишло на руку оперској диви, што је њен адвокат и истакао, то је била једна доста крута норма грчког права, по којој брак грчких држављана није пуноважан уколико није закључен у оној форми коју грчко право прописује. Имајући на уму садржај ове норме, Марија Калас се у амбасади Сједињених Америчких Држава у Паризу одриче америчког држављанства, у нади да ће правни ефекат овог подухвата у Грчкој бити непуноважност, односно ништавост брака са Менегинијем, као предуслов за склапање брака са Оназисом.<sup>248</sup>

И у овом случају дошло је до промене држављанства као тачке везивања у циљу примене неког другог права, односно постизања неког ефекта који странка очекује, а који би изостао уколико би се применило оно право које је меродавно у ситуацији када нема фразулозног мењања чињеница садржаних у колизионој норми. У овом конкретном случају са чувеном оперском певачицом остварени су сви предуслови за склапање новог брака, јер је држављанство као тачка везивања вештачки створено, тачније речено вештачки отклоњено, али је коначни ефекат изостао. Наиме, без обзира на крупан подухват промене, односно одрицања од држављанства у циљу поништења брака, Марија Калас се није удала за грчког бродовласника.

<sup>248</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 178, 179.

Примера за изигравање закона у међународном приватном праву има заиста много. Ако останемо на терену породичног права можемо навести сијасет појединачних случајева изигравања прописа о разводу брака који се практикују у Сједињеним Америчким Државама. У Невади, на Дјевичанским Острвима, у Доминиканској Републици прописи о разводу брака су веома либерални, па је за заснивање меродавности права ових држава довољно успоставити домицил од једног до свега неколико дана. Ово је веома лак окидач за све оне који у браку нису пронашли тражену срећу, па заснивање фиктивног домицила у циљу разрешивости неуспелог брака не представља тежак подухват. Напротив, странке се врло лако одлучују за овакав маневар, а неретко се срећу и они који ће им помоћи на путу до поновне слободе. Наиме, постоје различите агенције у овим државама које нуде услуге пружања информација и организовања аранжмана за све који желе развод брака на начин и под условима који су лакши од услова који су прописани њиховим персоналним правом.<sup>249</sup>

У суштини, сама структура колизионе норме и начин на који је формулисана њена тачка везивања, омогућава изигравање закона. Са друге стране, постојање различитих правних система представља изазов за довитљиве појединце који желе постићи ефекат који им домаће право не може приуштити. Из тих разлога, њихова активност је усмерена ка јасном циљу, а то је налажење начина да се избегне примена једног права, а да се постигне примена неког другог, по чијим правним нормама је жељени ефекат допуштен.

Истина је да странке могу утицати на меродавно право само у оним областима у којима је аутономија воље дозвољена. Ту је *a priori* искључена могућност за *fraus legis*, зато што странке напросто немају ограничења у испољавању своје аутономије воље, и што тако изабрано меродавно право не мора имати било какав конекситет са односом који се расправља. Али и ван ових области где је уговарање меродавног права дозвољено по слову закона, странке изналазе могућности, комбинују, мењају чињенице, не би ли се применило право које ће по њиховом схватању и са аспекта њихових интереса бити далеко повољније. Оне једноставно усмеравају правац колизионих норми ка оном материјалном праву које би, у случају да је аутономија воље дозвољена, било резултат њихове међусобне сагласности.

Уколико би случајеве, односно примере из праксе који су претходно наведени разложили и посматрали фрагментарно, не би могли да приметимо ништа што је само по себи недопуштено. Склапање брака, развод брака, признавање бракова склопљених у иностранству,

<sup>249</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 178 фуснота 194.

признавање иностраних развода, промене држављанства или домицила, све су то радње које не одишу ничим преварним, изоловане из контекста. Али, посматрано у укупности, ове чињенице се доживљавају потпуно другачије. Један, на изглед, дозвољен чин, добија потпуно другачији смисао и обележја нечег фразулозног. Легално је у суштини привид легалитета, јер промена држављанства или домицила није циљ сам за себе, већ једна успутна станица, један *condictio sine qua non* за склапање или развод брака, у конкретном случају. Уколико би ово мењање чињеница изостало, овај ефекат не би могао бити постигнут на бази иначе меродавног права. Сама промена држављанства или домицила везује се и за редовне околности и не мора увек водити преварном заобилажењу права. Поред промене, као једног објективног елемента, мора постојати и онај субјективни, односно вољни елемент,<sup>250</sup> а то је зла намера. Њу је понекад тешко доказати као кад странка након низа од неколико година пребивања у једној држави стекне њено држављанство, а изгуби пређашње. Али, без обзира на могућност доказивања, постоје неслагања у теорији да ли је овај субјективни моменат уопште конститутивни елемент изигравања закона.<sup>251</sup> Такође, да ли се приликом изигравања закона води рачуна само о избегавању домаћег права или се води рачуна и о страном праву? Да ли је *fraus legis* као општи институт међународног приватног права на исти начин прихваћен у свим државама? Има ли изузетака у том погледу, односно има ли држава које не познају овакав вид поступања странака у приватноправним односима са елементом иностраности? Да ли се фразулозно стварање или мењање чињеница које представљају тачке везивања санкционише, и ако је одговор афирмативан, како се то санкционисање манифестује?

На сва ова питања следе одговори у наставку разматрања о изигравању закона у међународном приватном праву.

## 2. Елементи изигравања закона

Изиравање закона, као општи институт међународног приватног права, уколико је као такав прихваћен у националним законима<sup>252</sup>, којим странке, путем стварања односно подешавања чињеница, желе исходovati приме-

<sup>250</sup> М. Рочкомановић, *Fraus legis*, стр. 90.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> Закон о међународном приватном праву Црне Горе не предвиђа институт изигравања закона. За разлику од овог, ранији закон којим је уређивана материја међународног приватног права, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, у члану 5

ну неког другог меродавног права, састоји се из три следећа елемента: вештачко стварање чињеница које резултира променом тачке везивања; избегавање примењивања домаћих императивних норми и намере изигравања.

### 2.1. Вештачко стварање чињеница

Основни елемент кроз који се *fraus legis* непосредно остварује је вештачко стварање, односно промена чињенице која представља тачку везивања у колизионој норми. Стварање, односно промена чињенице је сама по себи правно дозвољена.<sup>253</sup> Странке предузимају правно допустиве радње, тако што примају држављанство неке друге државе у складу са њеним нормативним актима, или у другој држави заснивају свој домицил, бирају место где ће закључити уговор, бирају место склапања или развода брака. Ово су вољне радње које воде промени чињеница и нису недозвољене, али су предузете управо са циљем да се скрене правац тока колизионе норме ка неком другом меродавном праву, а не оном које би било меродавно у редовним околностима.

Има аутора који сматрају да се радње странака које се предузимају са циљем исходавања примене другог меродавног права не ограничавају само на мењање чињеница правно допуштеним радњама, већ и подношењем лажних исправа и другим недозвољеним и кажњивим радњама.<sup>254</sup>

Чињенице које се могу мењати или вештачки стварати, а које се остварују кроз тачку везивања колизионе норме, могу бити правне и фактичке.<sup>255</sup> Сама по себи, промена правних чињеница је трајније природе. У ту групу спадале би чињенице које се односе на држављанство физичког лица, седиште правног лица, регистрацију брода или ваздухоплова. Промена оваквих чињеница није ни мало лак подухват и заиста представља како дуготрајну тако и компликовану операцију. Са друге стране, промене фактичких чињеница су за странке много једноставније. Такве чињенице би биле домицил или место налажења покретне ствари, које је релативно

уређивао је овај општи институт. У Републици Србији у време писања ових редова и даље је на снази Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, а у току је рад на Закону о међународном приватном праву, чијим ће усвајањем доћи до измена у овом делу. Наиме, Нацрт ЗМПП-а не садржи одредбе о изигравању закона као општем институту.

<sup>253</sup> Међутим, Пак сматра да се *fraus legis* може остварити и кад се нова тачка везивања ствара недозвољеним радњама, погледај М. Пак, „Међународни јавни поредак и изигравање закона у облигационим уговорима са страним елементом“, *Правни живои*, бр. 3/1964, 23.

<sup>254</sup> М. Пак, *МПП*, 344.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

лако променити. Мада, када је у питању промена домицила, не можемо преуринити са закључком да је то процедура лишена било каквих компликација. Поготово у ситуацији кад је за заснивање домицила неопходна одлука надлежног органа стране државе која ће бити донесена тек кад се испуне одговарајући услови које право те државе прописује.<sup>256</sup>

Промена чињеница мора бити стварна, а не симулована.<sup>257</sup> Уколико чињеница која представља тачку везивања не буде реално промењена нема говора о изигравању закона. Битно је да је чињеница реално створена, на правно дозвољен начин, али са посебним фразулозним циљем. Ако се чињеница која представља тачку везивања само симулује, на пример уколико странке као место испуњења уговорне обавезе наведу неко друго место, а не оно у којем је до испуњења реално дошло, нема места за изигравање закона. Разлог је једноставан. До вештачке промене чињеница није дошло, тачка везивања није вештачки створена, нити промењена већ се само симулује. Суд ће узети у обзир ону тачку везивања која стварно постоји, а не ону коју странке наводе као такву, па неће доћи до санкционисања *fraus legis*.<sup>258</sup>

Промене неких чињеница је теже доказати. У случају да је странка ваљано стекла држављанство неке друге државе, ретко ће се сматрати да је то учињено само са намером изигравања закона.

За постојање изигравања закона није од важности да ли измена чињеница утиче на примену исте колизионе норме која ће указати на друго меродавно право или је измена чињеница предузета на начин који је довео до промене квалификације. Први случај може бити приказан кроз промену држављанства као тачке везивања у области заснивања усвојења. Обзиром да је за заснивање усвојења меродавно право државе чији су држављани усвојилац и усвојеник, и да, хипотетички, по том праву нису испуњени услови за заснивање усвојења, странке овог односа могу променити држављанство, тако што ће узети држављанство оне државе по чијем праву постоје услови за заснивање усвојења. На овај начин примењује се иста колизиона норма, али тачка везивања указује на друго право.

Изиравање закона може се предузети правним послом који доводи до промене квалификације.<sup>259</sup> Тако је, рецимо, по француском међународном приватном праву наследни статут подељен, па се за покретне ствари као меродавно прописује право последњег домицила оставиоца, док се за

<sup>256</sup> М. Рочкомановић, *Fraus legis*, 93

<sup>257</sup> Р. Francescakis, *op. cit.*, 44.; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 179.

<sup>258</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 179.

<sup>259</sup> К. Сајко, *МПП*, 212.

наслеђивање непокретних ствари као тачка везивања прописује *lex rei sitae*. Оставилац је, у конкретном случају, некретнине које се налазе у Француској, унео у страну привредно друштво, као свој удео. Након његове смрти, за тај део заоставштине више не би био меродаван наследни статут, који би у том случају указивао на француско право, већ персонални статут привредног друштва. На овај начин није дошло до промене чињеница унутар исте колизионе норме, већ је заправо дошло до промене квалификације и самим тим до примене потпуно нове и другачије колизионе норме која ће упутити на примену жељеног права.

У доктрини су подељена мишљења о томе можемо ли говорити о установи изигравања закона у уговорној материји, дакле у ситуацији када странке, испољавањем аутономије воље, долазе до консензуса о примени меродавног права. У том смислу је неограничена аутономија воље, чак и теоријски, тешко спојива са могућношћу изигравања закона.<sup>260</sup> Законодавац није условио избор било каквим обликом повезаности, па странке имају неограничене могућности, и своју вољу могу исказати кроз избор било ког права. Са друге стране, уколико би аутономија воље била ограничена, уколико би странке имале могућност оптирања између само одређених правних поредака, тада би манипулисањем чињеничним склопом практично могле изиграти закон и усмерити колизиону норму на оно право чији им ефекти омогућавају задовољење интереса. Али, овакав став није у потпуности прихваћен, па има аутора који сматрају да се странке могу користити изигравањем закона и у уговорним односима, не би ли, на тај начин, избегле примену принудних прописа оне државе са којом је уговорни однос чврсто повезан.<sup>261</sup>

Сублимирајући први елемент изигравања закона, можемо закључити следеће:

- странке приступају вештачком стварању и мењању чињеница које представљају тачке везивања не би ли, на тај начин, променили правац тока колизионе норме;
- промена чињеница може се вршити унутар исте колизионе норме, чиме се скреће правац на друго меродавно право, на начин да више није меродавно домаће, већ стране право, на пример, услед промене држављанства;
- промена чињеница може бити таква да се исходuje примена једне уместо друге тачке везивања унутар исте колизионе норме. Ова

---

<sup>260</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 22.

<sup>261</sup> М. Пак, *МПП*, 345.



ситуација може настати код супсидијарно постављених тачака везивања;

- промена чињеница може се остварити и на начин да дође до примене потпуно другачије колизионе норме, услед другачије квалификације, и тиме посредно, до жељеног меродавног права;
- у свим овим ситуацијама тачка везивања мора бити реално створена, а не симулована.

## **2.2. Избеђивање примене домаћих императивних норми**

Други елемент изигравања закона даће нам одговор на питање шта је предмет изигравања. Да ли су то норме и домаћег и страног права, и да ли се ради само о нормама императивног карактера или и диспозитивне норме могу бити изигране?

Странке могу мењати чињенице које су отелотворене кроз тачку везивања на начин да скрену правац колизионе норме са домаћег на страног право, али, исто тако, могу имати интерес да уместо једног страног права исходују примену неког другог. У оба случаја странке врше манипулисање у колизионом домену, али је крајњи мотив примена неког другог материјалног права.<sup>262</sup> Желе се избећи норме једног материјалног права у циљу примене материјалних норми неке друге државе. У оба случаја постоји изигравање закона, но да ли је једнака санкција у случају избегавања домаћег у циљу примене страног права и у случају мењања једног страног права другим?

Мишљење које преовладава у теорији је да домаћи судија не мора водити рачуна о томе да ли су изиграни прописи страног права.<sup>263</sup> Санкционисаће се једино ситуација у којој странке манипулишу чињеницама не би ли избегле примену домаћих норми и исходвале примену страног материјалног права. Међутим, овакво поступање, односно залагање за санкционисање *fraus legis* само услед избегавања домаћег права, не можемо назвати међународно учтивим. Наиме, приватноправни односи са елементом иностраности регулисани су колизионим нормама, и видели смо да се то најчешће врши употребом вишестраних колизионих норми. Њихов основни задатак је да локализују чињенични однос употребом објективизирајућих фактора локализације, како би, на тај начин, осигурале равноправну сарадњу међу правним порецима и усмериле на право оне државе са којим је однос најјаче повезан. Дозвољавање, тачније несанкционисање понашања

<sup>262</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 180.

<sup>263</sup> Н. Batiffol, P. Lagarde, *Droit International Prive*, Tome I, Paris, 1981, 428-434.

странака које има за циљ примену неког другог права, а не оног које би било меродавно у редовним околностима, па чак и у ситуацији да се не избегава домаће, већ страно право, било би неприхватљиво. Оваквим поступањем, колиционе норме не би биле примењиване на правилан начин,<sup>264</sup> и то би довело до ремећења хармоничне коегзистенције националних права, где је по схватањима правне политике сваког правног поретка, одређена категорија односа, на бази одређене тачке везивања, најлогичније повезана са одређеним правом. Уосталом, колиционе норме се морају правилно примењивати независно од чињенице да ли упућују на домаће или страно право као меродавно и следствено томе не треба дозволити да манипулисање прође некажњено ни у једном ни у другом случају. У супротном, дозволили би странкама да преузму улогу креатора правне политике и да оне буду те које ће одређивати меродавно право у конкретном случају, независно од воље законодавца, што не би било целисходно.

На почетку овог излагања видели смо да је основни циљ странака да избегну одговарајуће норме које им не одговарају и да постигну примену неког другог меродавног права. Да ли је, у том смислу, потребно санкционисати фrawdолозно избегавање диспозитивних норми или се *fraus legis* односи само на избегавање домаћих императивних прописа?

Највише прихваћено, мада не и апсолутно решење, оправдава санкционисање само у ситуацији када се избегава примена императивних прописа.<sup>265</sup> Дакле, уколико су у конкретном случају предмет заобилажења норме *ius cogens*, тада ће уследити санкција. Другачији закључак се намеће у случају преварног заобилажења диспозитивних норми. Како је њихов основни смисао, односно услов примене, воља странака, и како оне могу оптирати како за њихову примену тако и за непримењивање, било би потпуно илузорно наметање оних решења која странке својом вољом могу искључити.<sup>266</sup>

Са дуге стране, постоје аутори који сматрају да није од значаја да ли се жели избећи примена когентних или диспозитивних норми. „Изиравање треба да буде чињено у циљу отклањања примене домаћег (и то само домаћег) материјалног права, и при томе је без значаја какве је природе – *ius cogens* или *ius dispositivum* – сама норма чија се примена хоће да изигра.“<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 22.

<sup>265</sup> М. Бартош, „Изиравање закона у међународном приватном праву“, *Из међународној приватној праву, расправе и чланци*, Београд 1932, стр. 64-74.

<sup>266</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 23.

<sup>267</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 164.

Сублимирајући излагање о другом елементу колизионе норме можемо закључити следеће:

- странке врше манипулисање у колизионом домену, али је њихов стварни интерес управљен на материјално право;
- како би осигурали правилну примену колизионе норме било би целесходно реаговати не само на ситуацију када се жели отклонити примена домаћег права, већ и на ситуацију када се избегава примена једног страног права у циљу примене материјалних норми неког другог страног права;
- санкционисање има практичан значај у ситуацији када се избегава примена императивних, не и диспозитивних норми. Сама природа диспозитивних норми оправдава овакав закључак. Са друге стране, избегавање императивних прописа не изједначава се са нормама јавног поретка, јер у супротном, егзистенција посебног института у форми *fraus legis* не би била потребна.

### 2.3. Намера изигравања

У теорији је спорно да ли је фrawdолозна намера конститутивни елемент изигравања закона или не, мада је више аутора који имају позитиван одговор на ово питање.<sup>268</sup> Оваква субјективистичка концепција има своје оправдање јер сама чињеница да је дошло до промене држављанства, домицила, боравишта, није ништа недозвољено. Уколико једно лице заснује домицил у некој другој држави, то само по себи не значи да је то лице изиграло закон државе дотадашњег боравишта. Да би могли говорити о *fraus legis* неопходно је да су промене, односно манипулисање чињеницама које представљају тачке везивања учињене управо са намером изигравања, односно уз постојање *animus fraudis*. Ове промене су учињене са јасним циљем, а то је да се избегне примена редовно меродавног права. Једино у случају да је намера изигравања закона конститутивни елемент *fraus legis*, можемо разликовати уобичајене активности странака од њиховог фrawdолозног поступања. На основу тако изражене, односно откривене, намере можемо закључити да ли је примена неког другог меродавног права не само проста последица промене чињеница, већ управо циљ који су странке желеле постићи и због чега су ушле у манипулисање у колизионом домену.

---

<sup>268</sup> Н. Batiffol, P. Lagarde, *op. cit.*, 429; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 179; М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 22; Б. Благојевић, *op. cit.*, 164; В. Чоловић, Одступања, 32; J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français: le principe "Fraus omnia corrumpit"*, Paris 1957, 110 и даље.

Утврђивање намере изигравања није ни мало једноставан задатак. Лако је констатовати да је странка променила држављанство или домицил, али је теже доказати да је то учинила са циљем да избегне примену иначе меродавног права. Управо из тог разлога неопходни су нам неки објективни критеријуми који ће послужити као показатељи да се у конкретном случају ради о *fraus legis*. На основу одређених објективних околности и понашања странака након промене чињеница, можемо недвосмислено утврдити да је остварено изигравање закона у међународном приватном праву.<sup>269</sup>

Као прво, треба проценити да ли је променом чињеница остварена могућност за добијање нечега што се према домаћем праву не може добити. Као сигнал за овакву могућност може послужити понашање странке која се позива на нешто што јој сходно домаћем праву не припада. У таквом случају, судија ће имати задатак да испита да ли и неке друге околности указују да је дошло до изигравања закона у конкретном случају.

У случају да странка манипулише чињеницама које представљају тачку везивања уз *animus fraudis*, то се може рефлектовати на њено понашање и на један другачији начин. Наиме, уколико лице промени држављанство без фразулозне намере, оно ће редовно прихватити и све остале последице које се везују за тако промењене околности. У том смислу, наставиће да живи у држави свог новог држављанства, тамо ће се запослити, плаћати порез, другим речима, понашаће се као држављанин те државе. Међутим, уколико његово понашање буде усмерено на одбијање прихватања последица које нове околности намећу, то је довољан сигнал који указује на жељу за изигравањем закона.<sup>270</sup> Уколико се и након промене чињеница лице врати у изиграни систем, то је само још један од показатеља да није пристао на све последице промењених чињеница. Логична последица промењеног држављанства била би пристанак на нови правни систем у укупности, док би повратак у државу ранијег држављанства само био недвосмислен показатељ да је промена учињена са фразулозном намером.

Још један, врло објективан, фактор који нам може послужити као критеријум разликовања изигравања закона јесте протек времена. Уколико између промена чињеница и поступка у коме се примењује право које је постало меродавно након те промене, прође кратак временски период, то јасно указује на намеру фразулозне природе. Обзиром да у случају изигравања закона странка манипулише чињеницама не би ли остварила неке повољне ефекте, она, по правилу, неће дуго чекати како би остварила жељени циљ. У случају који је

---

<sup>269</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 295.

<sup>270</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 295.

описан у уводном излагању о изигравању закона,<sup>271</sup> од промене држављанства и развода брака па до закључења новог брака са румунским принцем Бибеском, прошло је свега недељу дана. Дакле, радило се о временски веома кратком интервалу, па је намера изигравања била врло лако уочљива.

У још једном случају из француске судске праксе да се веома једноставно утврдити постојање изигравања закона услед протеча кратког временског рока.<sup>272</sup> Наиме, сходно забрани која је установљена у француском Грађанском законнику, лекар није био у могућности да прими поклон од пацијенткиње, чија је смрт у веома кратком року била у потпуности извесна. У циљу избегавања прописане забране лекар и пацијенткиња приступају закључењу брака. У том случају, није било никаквих сметњи да се учини поклон знатне вредности, обзиром да су поклонодавац и поклонопримац супружници. На тај начин, уз помоћ закључења брака, лекар је избегао примену норми из француског Грађанског законика и обезбедио себи корист коју, у супротном, да до склапања брака није дошло, не би могао стећи. Међутим, врло јасан индикатор преварног заобилажења права је кратак временски рок од закључења брака, давања поклона и смрти.<sup>273</sup>

Уколико би странке приликом чак и намерне промене чињеница сачекале са предузимањем било каквих радњи, уколико би се направила одговарајућа временска дистанца између манипулација у колизионом домену и вршења одређених поступака у којим се примењује ново меродавно право, тада би фrawdолозну намеру било знатно теже утврдити.

Сублимирајући излагање о последњем елементу изигравања закона, можемо закључити следеће:

- фrawdолозна намера је конститутивни елемент изигравања закона;
- примена другог меродавног права је циљ, а не проста последица манипулисања чињеницама садржаним у тачкама везивања;
- како је намера изигравања првенствено субјективни доживљај лица која врше вештачко стварање или промену чињеница, потребни су неки објективни фактори као индикатори постојања *fraus legis*;
- објективни фактори се манифестују кроз могућност добијања нечега што се према домаћем праву не би могло добити; непристајање на све последице промене чињеница; повратак ранијем

<sup>271</sup> Случај *Bauffremont*.

<sup>272</sup> В. Audit, *Droit International Privé*, 2. éd. Paris, 1997, 201.

<sup>273</sup> В. Audit, *op. cit.*, 201.

правном систему и кратак временски интервал од промене чињеница до предузимања жељене радње на коју ће се применити ново меродавно право.

### 3. Облици изигравања закона

Преварно заобилажење права може се остварити на два начина. Странке могу у поступку који се води пред судом, односно другим надлежним органом у домаћој држави, скренути правац дејства колизионе норме, на начин што ће вештачком интервенцијом чињеница упутити на примену страног, а не домаћег права.<sup>274</sup> У другом случају, поступак се води пред судом, односно надлежним органом у страниој држави, фrawdолозним избегавањем домаћег права, где је намера странке да издејствује одлуку у иностранству, а да се потом затражи њено признање у домаћој држави.

Уколико странка мења чињенице које представљају тачке везивања у колизионој норми, и то чини пред домаћим органом, она то ради због неког ефекта који жели постићи, а које јој домаће право не може пружити. Након консултовања домаће колизионе норме и сазнања да њена тачка везивања указује на домаће право као меродавно, странка се упушта у колизиону комбинаторику, манипулише чињеницама које представљају тачку везивања, како би коначан резултат била примена не домаћег, већ неког страног права чије материјалне норме осигуравају жељени ефекат. Дакле, имајући на уму садржај колизионе норме у домаћој држави и права које је сходно њој меродавно, странка неће покретати поступак пред домаћим судом, пре него што вештачки створи или промени чињеницу која представља тачку везивања.<sup>275</sup> Уколико сходно домаћој колизионој норми за решење конкретног питања треба као меродавно применити право држављанства, а странка има домаће држављанство, она неће покретати поступак пред судом домаће државе, из простог разлога што јој применом домаћег права интереси не могу бити задовољени на очекивани начин. Управо зато, странка манипулише датом чињеницом, мења држављанство, и тек након те промене покреће поступак пред домаћим судом, односно пред судом државе њеног ранијег држављанства. Судија ће, као што би то и раније учинио, применити исту колизиону норму, с тим, што она сада неће указати на домаће, већ на страно право, а на бази истог мерила. Иако судија примењује исту колизиону норму, неће применити исто меродавно право, јер различит распоред

<sup>274</sup> М. Рочкомановић, *Fraus legis*, 92.

<sup>275</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 299.

чињеница, услед страначког манипулисања, доводи до примене оног права које је странка имала на уму и које води жељеном циљу.

У принципу, изигравање закона на овај начин представља изузетно сложен поступак, који странкама одузима доста времена. Промена држављанства представља крупан подухват, који се не може окончати у релативно кратком временском интервалу. Чак и ако се ради о другим тачкама везивања, процедура за странку је доста комплексна. Желећи да скрене правац колизионе норме ка страном држави, странка мора отићи у иностранство не би ли тамо стекла држављанство, домицил, или остварила контакт друге врсте, да би се, након тога, вратила у домаћу државу у циљу покретања поступка. За странку би било далеко једноставније да поступак не покреће у домаћој држави, већ у држави новог држављанства или пребивалишта, јер ће на тај начин засигурно остварити, односно издејствовати одлуку у своју корист, обзиром да ће се применити оно право које допушта ефекте које странка намерава остварити. Након доношења одлуке у иностранству, странка може затражити њено признање у домаћој држави, а изгледи да успе „у својим настојањима знатно су већи у поступку признања стране одлуке пред домаћим судом него у редовном поступку који би пред њим тек покренула.“<sup>276</sup> На овај начин заправо се остварује други вид изигравања закона.

Поставља се питање како ће се понашати домаћи орган уколико се у поступку који се пред њим води намеће примена страног, а избегава примена домаћег права? Да ли суд затвара очи пред манипулацијама које су намерно учињене, или ће уследити санкција за овакво колизионо комбиновање? Одговор на ова питања зависиће од чињенице да ли дотична држава уопште познаје институт изигравања закона или не. У државама које санкционишу преварно заобилажење права, резултат манипулације остаће без ефекта, макар са аспекта примене меродавног права.<sup>277</sup> Судија ће једноставно кориговати колизиону норму, односно занемариће активност странака у сфери чињеница које представљају тачку везивања, и долазак до меродавног права вратиће у ранији колосек, као да манипулисања није ни било. Формални ефекат је примена домаћег, а не страног права које су странке имале на уму. У сваком случају, промена релевантних околности, обзиром да је учињена на правно дозвољен начин, остаје као таква.<sup>278</sup> Домаћи суд не

<sup>276</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 299.

<sup>277</sup> У Црној Гори је дошло до промењених нормативних околности, обзиром да је усвајањем новог Закона о међународном приватном праву, Црна Гора ушла у ред држава чији закони посебно не прописују овај институт. Нешто више о последицама оваквог (не)нормирања биће речи у наставку излагања о изигравању закона.

<sup>278</sup> Р. Francescakis, *op. cit.*, 43.

дира у новостворену чињеницу, нити је то у његовој надлежности.<sup>279</sup> Уколико је странка променила држављанство или пребивалиште, те се правне, односно фактичке чињенице неће мењати, али суд их једноставно неће узети у обзир приликом тражења меродавног права, јер је чињеница промењена са фразулозном намером. Из тог разлога, она ће бити занемарена и примениће се оно право, тј. домаће, као да манипулисања није ни било.

Други вид преварног заобилажења права не одиграва се пред домаћим, већ пред страним органима. Код ове врсте *fraus legis*, заправо се не примењује домаћа колизиона норма, већ колизиона норма стране државе, чија тачка везивања упућује на материјално право које је за странку повољније. Дакле, странка настоји да издејствује одлуку у своју корист пред страним судом, да би потом, могла затражити њену егзекватуру у домаћој држави. У овом случају, странка оптира да избором места подношења тужбе посредно изабере и одговарајуће меродавно право, обзиром да страни суд редовно полази од сопствених колизионих норми.<sup>280</sup> И овај поступак за странку може бити доста компликован, јер она мора имати сазнања о начину на који се може успоставити међународна надлежност иностраног правосуђа, мора знати како гласи страна колизиона норма, односно коју тачку везивања прописује као одлучујућу, и наравно какве су одредбе меродавног права на које указује таква тачка везивања. Јер, у крајњој линији, циљ због којег је странка приступила целокупној операцији је примена другог меродавног права. Често, саме норме о међународној надлежности представљају могућност, односно отварају врата изигравању закона. Најчешћи вид међународне надлежности је конкурентна надлежност, где тужилац може да бира у којој од више земаља жели покренути спор. Отвара се могућност за избор форума, такозвани *forum shopping*. Тако ће, на посредан начин, избором одговарајућег форума странка изабрати и тамошње колизионе норме у циљу избегавања колизионих норми домаће државе, и на тај начин, опет посредно утицати на примену меродавног права.

Дакле, у овом случају странка покреће парнични поступак у иностранству, иако има услова да се поступак поведе у домаћој држави. Она то чини из разлога избегавања примене домаћих колизионих норми и примене колизионих норми оне државе где се поступак води. У овом случају говоримо о *forum shopping* али на колизионоправној основи, зато што до избора међународне надлежности правосуђа те стране државе долази из разлога примене њеног колизионог права.<sup>281</sup>

---

<sup>279</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 182, 183.

<sup>280</sup> М. Рочкомановић, *Fraus legis*, 92.

<sup>281</sup> К. Сајко, *МПП*, 214.



Ситуација као у овом случају за странку је, условно речено, најједноставнија. Самим избором форума странка је практично остварила жељени циљ. То се догађа у ситуацији када су у том страном праву постављени исти критеријуми за заснивање надлежности и долазак до меродавног права. Уколико је критеријум за заснивање међународне надлежности домицил и тачка везивања на коју ће нас упутити меродавно право такође домицил, у том случају, оптирањем за форум домицила, странка се аутоматски определила за оно меродавно право на које домицил упућује, односно за меродавно право државе домицила уколико је као тачка везивања прихваћена *lex fori*.<sup>282</sup> У оваквом поступању заправо нема ничег негативног по домаћи правни поредак. Норме о међународној судској надлежности су и конституисане на начин да странка може покренути поступак пред правосуђем оне државе које јој најбоље одговара. И у овом случају примена меродавног права зависи само од чињенице којем форуму ће се странка обратити. Уколико странкама сам закон дозвољава избор форума, зашто да ту своју законску могућност не искористе. Оптирањем за одговарајући форум оне не чине ништа преварно, а у државама континенталне Европе искључено је позивање на теорију о *forum non conveniens*.<sup>283</sup> Другачији закључак би се наметао уколико би домаће колизионо право заобишли повредом правила о искључивој надлежности домаћег правосуђа. У том случају, одлука донесена пред правосуђем изабраног форума остала би без ефекта у домаћој држави, због повреде прописа о искључивој међународној надлежности.<sup>284</sup>

Међутим, постоје ситуације где ће поред избора форума странка морати манипулисати тамошњим чињеницама садржаним у колизионим нормама, не би ли исходовала примену права које јој доноси одговарајуће ефекте. То је случај када *forum shopping* коинцидира са *fraus legis*. Наиме, избором правосуђа пред којим ће покренути поступак, странка је изабрала и његове колизионе норме. Али, тачка везивања колизионих норми државе где је поступак покренут указује на право које странкама не одговара, па су приморане на вештачку промену чињеница у циљу постизања жељеног резултата.

Ако поставимо питање који од ова два вида изигравања закона странкама пружа више ослонца за успех, онда сматрамо да би то био овај други. Посебно из разлога што овај вид преварног заобилажења права има „привид

<sup>282</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 300.

<sup>283</sup> О примени ове доктрине у Енглеској погледај R. Fentiman, „National law and the European Jurisdiction Regime“, A. Nuts, N. Watté, (editors), *International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States*, Bruxelles, 2005, 84-106; Ђ. Вуковић, Е. Кунштек, *Међународно грађанско поступовно право*, Згомбић и партнери, Загреб 2005, 42.

<sup>284</sup> К. Сајко, *МПП*, 215.

регуларности“.<sup>285</sup> Дакле, странка у својим рукама има одлуку страног суда и на њен ауторитет ће се позвати у поступку пред домаћим судом. На неки начин, странка је већ прошла половину пута како би успела у свом науму, јер је издејствовала одлуку у своју корист. Оно што јој сада преостаје то је да поднесе захтев за њено признање у домаћој држави и да чека исход поступка егзекутуре. У сваком случају, одлука коју је донео суд или други надлежни орган у страниој држави мериторно је различита од одлуке коју би донео домаћи суд, због чега је странка и искористила могућност коју јој пружају норме о конкурентној надлежности и поступак покренула пред страним форумом.

Због начина на који се остварује овај вид изигравања закона и разлике у односу на *fraus legis* пред домаћим органима, у пракси се много чешће среће овај облик преварног заобилажења права.<sup>286</sup>

#### 4. Санкције за изигравање закона

Када смо утврдили како се изигравање закона може остварити, остаје да видимо како се домаћи органи односе према овој појави. Да ли реализацију фразулозног плана допустити, или подухват на неки начин осујетити санкционисањем? Даље, обзиром да приликом манипулисања чињеницама странке мењају околности на правно дозвољен начин, које радње треба санкционисати и из чега та санкција треба да се састоји? У сваком случају морамо направити разлику између два поменута вида изигравања закона, јер санкције услед преварног заобилажења домаћег права пред домаћим органом и санкција за изигравање закона у поступку пред страним судом, имају потпуно различите манифестације.

Уколико странка пред домаћим органом намеће примену страног меродавног права, манипулишући чињеницом која представља тачку везивања, следи санкција која ће се огледати у одступању од примене колизионе норме на начин који налажу новонастале околности, и примени домаћег права на које би тачка везивања указала да манипулација није било.<sup>287</sup> Предуслов за санкционисање оваквог понашања странака мора бити утемељен у законском прихватању изигравања закона као општег института МПП-а.

Уколико је, као у нашем примеру, у циљу постизања примене страног меродавног права странка променила држављанство, суд ће применити

<sup>285</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 300.

<sup>286</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 299.

<sup>287</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 98.

санкцију која ће се огледати у примени домаћег права, односно права државе чије је држављанство странка имала пре манипулисања чињеницама. Наравно, суд се неће изјашњавати о новостеченом држављанству, јер нема надлежност у погледу поништавања аката страних надлежних органа, односно не може у име стране државе процењивати ко су њени држављани. Оно што може, то је само да занемари чињеницу новоствореног држављанства и да акт стране државе на домаћој територији остави без ефекта. Међутим, у погледу неких других питања, која би се евентуално разматрала пред домаћим органом, суд може узети у обзир новостворену чињеницу, јер у погледу њих није било фrawdолозне намере. Таква би ситуација постојала уколико би неко лице променило држављанство како би по нормама новог држављанства лакше издејствовало развод брака и након кратког временског интервала умре. Суд не би применио нови *lex nationalis* на питање развода брака али не би имао разлога одступити од примене права на које указује нови *lex nationalis* у случају расправљања заоставштине, зато што није било никакве фrawdолозне намере у погледу примене наследног статута.<sup>288</sup>

Дакле, у ситуацији када се утврди постојање изигравања закона, односно кад се увиди фrawdолозна намера избегавања примене домаћег права, санкција се састоји управо у његовој примени, док измењене правне односно фактичке чињенице остају на снази.

У случају када се изигравање закона врши пред органом стране државе, онда и санкција за овакво поступање наступа у једном временски каснијем тренутку, а то је одлучивање у поступку њеног признања. Наиме, суд ће ускратити признање оне стране одлуке уколико је исходована изигравањем домаћих императивних прописа, као и изигравањем прописа о надлежности. Да ли ће у конкретном случају суд поступити на овај начин и да ли ће доћи до одбијања признања, зависи од правног система коме држава припада, односно од чињенице да ли се *fraus legis* конституише као сметња за признање страних одлука. Најчешће, изигравање закона није експлицитно дефинисано као сметња признању, али то не значи да ће неке радње, односно последице изигравања проћи некажњено. На пример, приликом контроле стране судске одлуке судија ће контролисати да ли је суд који је одлуку донео имао право и дужност у тој ствари да поступа. Дакле, контролисаће се индиректна надлежност. Уколико је на основу изигравања закона дошло до повреде норме о искључивој међународној надлежности домаћег правосуђа, а у циљу изигравања домаћег колизионог права, таква одлука неће имати екстратериторијални ефекат, односно остаће без дејства у домаћој држави.

<sup>288</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 301.

Дакле, у оба вида намерног, односно преварног заобилажења права, уследила би санкција којом би се осигурала примена колизионе норме на начин како то предвиђа законодавац, и у односу на мерило које он сматра најрелевантнијим. Јер, смисао колизионе норме и тачке везивања у њој садржане, није да иницирају странке на било какво манипулисање, уколико процене да им ефекти нису одговарајући, већ да обезбеде међународну сарадњу и правичност у распоређивању и решавању односа са елементом иностраности. Није циљ било какво манипулисање и вештачко стварање чињеница, већ примена колизионих норми у редовним околностима. За свако супротно поступање нужно би следила санкција која би се састојала из корекције колизионе норме и занемаривања новоствореног вештачког стања услед фrawdолозне намере.

## 5. *Fraus legis* у домаћем и упоредном законодавству

Изиравање закона, односно преварно заобилажење права, било је предвиђено ранијим законом којим је била уређена област Међународног приватног права (Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља). Међутим, текст саме одредбе, у извесном смислу, пружао је ослонац за, донекле, различита тумачења о томе које изигравање закона је наш ранији законодавац нормом предвиђао.

„Не примењује се право стране државе које би било меродавно по одредбама овог или другог савезног закона, ако би његово примењивање имало за циљ избегавање примењивања права СРЈ.“<sup>289</sup>

Посматрањем ове норме недвосмислено можемо закључити да је *fraus legis* био дефинисан као општа установа међународног приватног права Црне Горе, што сматрамо добрим решењем. Међутим, оно што није било сасвим јасно из претходне норме, то је било питање да ли санкционисати избегавање примене домаћег права само пред домаћим органом, или је следила и казна за преварно заобилажење домаћег права пред органом стране државе.

Из садржаја одредбе закона која говори о *fraus legis* произилазило би да се једино имало водити рачуна о ситуацијама када се путем вештачки створене тачке везивања желела избећи примена домаћег и наметнути примена страног права у поступку који се водио пред домаћим органом. Дакле, санкционисано је преварно заобилажење материјалних одредаба домаћег права, јер је тако налагала одредба закона. У њој није било помена

<sup>289</sup> Закон о решавању сукоба закона, члан 5.

о другој могућности, односно о избегавању примене страног права, па се могао донети закључак да се, по слову закона, није требало санкционисати избегавање примене страног права.<sup>290</sup> Међутим, да ли је овакво тумачење одредбе ранијег закона коректно? Одредба је заиста говорила само о избегавању примењивања домаћег права, но да ли се под тим мислило само на супстанцијалне одредбе домаћег права?<sup>291</sup> Уколико би се под домаћим правом имало подразумевати само материјално право, поставља се питање шта је са колизионим нормама, шта радити са целокупним текстом закона о међународном приватном праву, ако оно није део домаћег права, у духу поменутог члана? Да ли треба остати индиферентан на чињеницу да је странка манипулацијама у колизионом домену избегла примену француског у циљу примене енглеског права? Да ли овакво понашање санкционисати у циљу правилне примене домаће колизионе норме или затворити очи пред вештачким стварањем, односно мењањем чињеница које представљају тачку везивања колизионе норме у конкретном случају?

Под домаћим правом недвосмислено треба подразумевати целокупно право, а не само његове супстанцијалне норме. И колизионе норме су, засигурно, део домаћег права, па и њих, у извесном смислу, треба заштитити. А то сигурно нећемо учинити на начин ако зажмуримо пред фrawdолозним намерама странака, чак и ако им је циљ избегавање примене страног права, већ уколико заузмемо став да је основни циљ колизионих норми њихова правилна примена и да имамо механизме да такву правилну примену осигурамо. Став дела доктрине можда најбоље осликава следећа опсервација: „С обзиром на то да се у теорији међународног приватног права, с правом, истиче да је циљ овог института осујећење преварног заобилажења супстанцијалних норми, напоменимо да је то и задатак чл. 5. ЗРСЗ. Ова одредба то чини и у оквиру наше интерпретације, с тим што се примена материјалних одредаба југословенског права осигурава директно, док се евентуална примена заиста меродавних супстанцијалних норми осигурава посредно, тј. услед неопходности заштите правилне примене наших колизионих норми као саставног и нераздвојивог дела права СФРЈ. Закључимо дакле да се санкционисање *fraus legis* на основу чл. 5. састоји у томе да се не узима у обзир преварно створена тачка везивања, већ да се примењује оно право које би било меродавно на основу наших колизионих норми да није дошло до манипулисања са чињеничним склопом на коме се заснива повезница.“<sup>292</sup>

<sup>290</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 21.

<sup>291</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 22.

<sup>292</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 22.

Како би избегли различита тумачења о не/могућности санкционисања изигравања закона, најбољи пут би био другачије нормирање у закону, на начин да се заузме или неутралан или експлицитан став по овом питању.<sup>293</sup> Неутралан став би одражавала норма чија би садржина указивала на изигравање закона уопште, не говорећи притом ни о домаћем ни о страном праву, док би експлицитна формулација предвиђала да ће домаћи судови водити рачуна како о изигравању домаћег, тако и о изигравању страног права.<sup>294</sup>

Формулација члана 5 пружала је ослонац за поимање субјективног елемента као конституента изигравања закона. Притом, без значаја је степен свести код странке која је манипулисала чињеницама,<sup>295</sup> довољно је да је правни субјект имао за циљ избегавање примене домаћег права.<sup>296</sup> Овај услов се сматрао оствареним уколико је следствено радњама заинтересованих лица дошло до нередовне примене страног права, а све то само из разлога не би ли се избегла примена домаћих материјалних норми.<sup>297</sup>

Уколико прихватимо став да се има санкционисати не само избегавање примене домаћег права пред домаћим већ и пред страним органима, па и избегавање примене страног права, поставља се питање како ћемо реаговати када је вештачко стварање тачке везивања утицало на доношење стране одлуке у конкретном случају? Ако би обратили пажњу на услове за признање страних одлука, видели бисмо да у њима нема ни један који говори о изигравању закона. Дакле, *fraus legis* није сметња признању страних одлука, макар не на основу експлицитне законске формулације. Ипак, то не значи да је у нашем праву немогуће спречити екстратериторијално дејство страних одлука приликом чијег доношења је вештачки мењана чињеница која представља тачку везивања, са циљем изигравања домаћих норми. Али, могућности и неће бити тако велике, обзиром да припадамо систему ограничене контроле и да ћемо, сходно томе, страну одлуку испитивати ограничавајући се на таксативно наведене услове.<sup>298</sup> У оваквом случају,

---

<sup>293</sup> М. Живковић, „Опште установе међународног приватног права – поглед 20 година касније и *de lege ferenda*“, *Двадесет година закона о међународном приватном праву: зборник радова; Twenty Years of the Private International Law: Collection of Papers*, уредник Мирко Живковић, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, 25, у даљем тексту М. Живковић, Опште установе међународног приватног права.

<sup>294</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 303.

<sup>295</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 164.

<sup>296</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 22.

<sup>297</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 165.

<sup>298</sup> О начину на који се води поступак признања страних одлука у Црној Гори погледај Б. Вукославчевић, *Признање и извршење судских и арбитражних одлука – Компарација*

признање стране одлуке би било одбијено уколико је она донета а да нису испоштоване норме о индиректној међународној надлежности иностраног правосуђа, односно уколико су избором страног форума, у циљу избегавања домаћих колизионих норми, повређена правила о искључивој међународној надлежности домаћег правосуђа. Такође, изигравање закона могло би се спречити и у случају да се затражи признање стране одлуке о личном статусу црногорског држављанина. Домаћи суд би, у том случају, имао право на нешто строжу контролу стране одлуке, обзиром да се, уколико се ради о статусу домаћег држављанина, контролише и саобразност страног примењеног права са домаћим правом. У осталим ситуацијама, односно у случају вођења поступка признања осталих одлука, суд би могао одбити признање једино са позивом на јавни поредак, уколико дође до закључка да су сврха заобилажења и околности такве да сеprotиве основним правним начелима.<sup>299</sup> Дакле, уколико су норме чија је примена избегнута толико значајне да чине саставни део јавног поретка, тада се мора одбити признање стране одлуке, *in concreto*.

Можемо закључити да је у ранијем црногорском праву изигравање закона био општи институт којим се, између осталих, штитила правилна примена колизионих норми, и то не само у ситуацији када оне указују на примену домаћег, већ и онда када упућују на примену страног права. Свако поступање странака које је имало за циљ преусмеравање са једног на друго меродавно право, требало је бити санкционисано, на начин да се, не дирајући у новостворене чињенице, ипак примени оно право које би било меродавно и у редовним околностима. Дакле, одступање од редовне примене колизионе норме у ситуацији када странке покушавају да заобиђу право на преваран начин, састојало се у њеној корекцији од стране суда, и следствено томе, примени оног права које би било меродавно да манипулисање тачком везивања није ни вршено.

Овакав начин формулације члана 5, видели смо, изазивао је одговарајуће дилеме. Међутим, у Црној Гори се, нормативно посматрано, ситуација значајно променила усвајањем новог закона који регулише материју међународног приватног права. Наиме, новим Законом о међународном приватном праву Црне Горе *fraus legis* није препознат као општа установа ове гране права, што има за последицу да одговарајуће страначке манипулације у колизионом домену ипак могу остати несанкционисане. На овај начин дефинитивно не доприносимо правилној примени колизионих норми, чак и ако узмемо у

*система Сједињених Америчких Држава, Републике Србије и Црне Горе, Подгорица 2012, 99-112, у даљем тексту Б. Вукославчевић, Признање.*

<sup>299</sup> К. Сајко, *МПП*, 214.

обзир да ће нека понашања посредно бити санкционисана, применом норми непосредне примене и општег принципа забране злоупотребе права. Из овог разлога постојеће решење не сматрамо адекватним, јер ненормирањем изигравања закона, као општег института међународног приватног права, остављамо простора за избегавање примене иначе меродавног права, које ће остати несанкционисано у свим оним случајевима који истовремено не представљају претњу основама домаћег правног система.

Упоредноправно посматрано, изигравање закона није једнодушно прихваћено ни у доктрини ни у судској пракси. Док једни сматрају да је потреба за постојањем овог института недовољна, други су на становишту да је засебно нормирање непотребно. У државама које сматрају да није оправдано преварно заобилажење права дефинисати као засебан институт, мишљења су да довољну заштиту пружа институт јавног поретка, клаузула одступања и принцип најближе везе.

Већа група европских земаља познаје *fraus legis* као посебну установу међународног приватног права. У појединим, као што је на пример Немачка, изигравање закона се штити кроз установу јавног поретка и због његовог постојања нема отребе за дефинисањем преварног заобилажења права као засебног института. У другим европским државама непосредно се регулише изигравање закона, али опет постоје неке нијансиране разлике међу њима.

Норма која је веома слична нашој ранијој норми о изигравању закона јесте одредба шпанског Грађанског законика:

„Сматра се изигравањем закона употреба колизионе норме у циљу избегавања примене норми шпанског права.“<sup>300</sup>

Због сличности ове норме са домаћом нормом која је била садржана у члану 5 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, не чуди околност што су се и у шпанској као и у нашој доктрини чинили напори да се конкретна норма шире протумачи,<sup>301</sup> да се под императивним нормама шпанског права подразумева не само шпанско супстанцијално већ и колизионо право, како би се, на тај начин, осигурала правилна употреба норми којим се приватноправни односи са елементом иностраности регулишу на индиректан начин.

Како не би остављали простора за тумачење, односно како не би сузили могућности санкционисања само на случајеве преварног заобилажења домаћег права, поједини законодавци су се определили за нешто другачију

---

<sup>300</sup> Шпански Грађански законик, члан 12 став 4.

<sup>301</sup> М. Живковић, Опште установе међународног приватног права, 25.



формулацију. Једну такву одредбу садржи Грађански законик Португала, који прописује:

„Приликом примене колизионих норми, не треба водити рачуна о фактичким или правним околностима створеним у фrawdолозној намери да се избегне примена права које би иначе било меродавно.“<sup>302</sup>

Сличну одредбу садржи и румунски закон који говори о заобилажењу права уопште, дозвољавајући, макар прећутно, могућност санкционисања изигравања страних закона.<sup>303</sup>

Сви досадашњи упоредни примери или говоре искључиво о заобилажењу домаћих императивних прописа или имплицитно подразумевају и изигравање страног права, не ограничавајући формулације у својим законским текстовима. Изузетак у овом погледу представља нормирање *fraus legis* у Закону о међународном приватном праву Туниса:

„Изиравање закона се састоји у вештачкој промени једног од елемената везивања који се тиче стварне правне ситуације у намери избегавања примене туниског или страног права на које указује колизионa норма.“<sup>304</sup>

Иако прописи у државама које познају *fraus legis* као општу установу, дефинишу како се она остварује, често се у њима не садржи правило како поступити у ситуацији кад се утврди фrawdолозна намера странака. Али, и у том погледу има изузетака. Тако, мађарска норма експлицитно прописује решење на следећи начин:

„У случају изигравања закона примењује се оно право које је према овом закону иначе меродавно.“<sup>305</sup>

Изричито упутство судији за случај да странка на преваран начин жели избећи примену домаћег права, даје и румунски законодавац, који у Закону о регулисању односа међународног приватног права прописује:

„Ако је искључена примена страног права примењује се румунско право.“<sup>306</sup>

---

<sup>302</sup> Грађански законик Португала, члан 21.

<sup>303</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 302.

<sup>304</sup> Закон о међународном приватном праву Туниса, члан 30.

<sup>305</sup> Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске, параграф 8 став 2.

<sup>306</sup> Види члан 8 став 2 румунског закона.

Оно што би могли навести као заједничку карактеристику свих претходно наведених норми, то је да о изигравању закона говоре на један уопштен начин. Међутим, упоредноправно посматрано, о изигравању закона можемо говорити и у оквиру посебних установа, каква је, на пример, закључење брака. Једну такву одредбу садржи швајцарски Закон о међународном приватном праву, који прописује следеће:

„Ако је вереник или вереница швајцарски држављанин или ако обоје имају пребивалиште у Швајцарској, брак закључен у иностранству се признаје, осим ако није закључен у очигледној намери избегавања узрока ништавости предвиђених швајцарским правом.<sup>307</sup>

Без обзира на широко прихваћено схватање о потреби нормирања и санкционисања изигравања закона, државе англосаксонске правне традиције и неколико европских држава не познају овај институт уопште, или га познају у одређеној мери. У свима њима, основно схватање је да нема потребе за санкционисањем изигравања закона поред постојања установе јавног поретка. Међутим, да ли је овакво решење оправдано, уколико се узме у обзир чињеница да се јавним поретком штите основна начела на којима је правни поредак саткан и да тумачење оног што га чини треба бити крајње рестриктивно. Приликом фразулозног избегавања домаћег права не мора доћи до повреде јавног поретка па, самим тим, уколико није предвиђено посебно санкционисање за случајеве који нису истовремено и повреда јавног поретка, поступање странака, иако преварно, прошло би некажњено, што не би требало допустити. На жалост, усвајањем новог Закона о међународном приватном праву Црна Гора се прикључила овом кругу држава.

Са друге стране, противници санкционисања истичу да ова установа уноси повећану несигурност.<sup>308</sup> У одређеним доменима међународног приватног права, као на пример у домену породичних односа са елементом иностраности, где је највећи број примера изигравања закона, промена чињеница које представљају тачку везивања, може бити веома дуготрајан и крупан подухват. Ово се посебно односи на обим радњи које странка мора учинити не би ли променила држављанство као тачку везивања. Ова промена има много других, значајнијих последица, од скретања правца колизионе норме, а једна од њих је и слабење како формалних тако и стварних разлога за примену домаћег права.<sup>309</sup>

---

<sup>307</sup> Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 45 став 2.

<sup>308</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 181.

<sup>309</sup> *Ibidem.*

У Немачкој и Аустрији сматрају да је институт јавног поретка сасвим довољна заштита за правилно коришћење колизионих норми. Тако су сасвим ретке ситуације позивања на *fraus legis* у Немачкој судској пракси.<sup>310</sup> Када је Аустрија у питању, доктрина је на становишту да се аустријске тачке везивања могу тешко заобићи, а уколико се то ипак догоди, изигравање у корист примене одређеног страног материјалног права се ипак може санкционисати уз помоћ института јавног поретка.<sup>311</sup>

Слично поступање наилазимо и у Словенији, која у свом закону о међународном приватном праву не садржи одредбе о фразулозном заобилажењу права. И њихова правна доктрина дели мишљење са суседном Аустријом, али и Немачком, да се последице манипулисања чињеницама у колизионом домену могу санкционисати деловањем установе јавног поретка.

У Енглеској и Сједињеним Америчким Државама постоји слична ситуација. Енглеска уопште не познаје институт изигравања закона, о чему сведочи да се чак није постављало као питање, питање пуноважности бракова склопљених у Шкотској, у месту *Gretna Green*, у циљу избегавања примене енглеског права и строжих услова за закључење брака.<sup>312</sup>

У Сједињеним Америчким Државама фразулозност се може испитивати у одређеној мери приликом одређивања међународне надлежности и признања страних одлука, уз употребу теорије о *forum non conveniens*, као инструментом за ограничење *forum shopping*, о чему је већ било речи.

Када говоримо о Сједињеним Америчким Државама, онда можемо поменути и шести параграф другог *Restatementa*,<sup>313</sup> који кроз учење о општој теорији злоупотребе права говори и о изигравању закона. Овде се посебно санкционише лажно представљање којим је проузрокована штета. Наиме, уколико се једно лице лажно представило у држави у којој је поднета тужба за накнаду штете, на последице таквог представљања биће примењено домаће право, без обзира на страно право које је меродавно.<sup>314</sup>

<sup>310</sup> К. Сајко, *МПП*, 217, фуснота бр. 7.

<sup>311</sup> М. Schwimann, *Internationales Privatrecht*, 1982, 43, посредно према К. Сајко, *МПП*, 217.

<sup>312</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 182.

<sup>313</sup> О *Restatement (Second) of Conflict of Laws* погледај S. Symeonides, „A New Conflict Restatement: Why Not?“ *Journal of Private International Law*, vol. 5, 2009, 6-10.

<sup>314</sup> *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, §6.

## 6. Сличности и разлике *fraus legis* са другим установама међународног приватног права

Међународно приватно право је са аспекта могућности за изигравање закона изузетно богата област. Различитост критеријума за успостављање међународне надлежности, различите колизионе норме, различите тачке везивања за исте правне категорије, све су то разлози који у одређеним ситуацијама, пружају могућност за манипулисање у циљу достизања резултата којима су странке тежиле, и због којих су прибегле вештачком мењању чињеница у тачкама везивања. *Fraus legis* се остварује кроз манипулисање променљивим тачкама везивања, али и оним на чију се садржину може утицати. Непосредан циљ који странке манипулисањем желе постићи је примена неког другог права, а не оног које би иначе било меродавно за расправљање њиховог приватноправног односа са елементом иностраности.

Ова установа међународног приватног права има извесних сличности са другим институцијама, првенствено са мобилним сукобом закона и јавним поретком, па ћемо у наставку видети које су им карактеристике заједничке, а што је оно што је овим установама појединачно иманентно.

Под *conflict mobile*<sup>315</sup> схватамо својеврсну комбинацију временских и просторних сукоба закона, до које долази када се, услед протеча времена, мењају чињенице на којима се заснива тачка везивања и то на начин што упућују на више потенцијално меродавних права.<sup>316</sup> Обзиром да се чињеница која представља тачку везивања мења у односу на време, овај сукоб закона назива се и динамичким сукобом закона.<sup>317</sup>

У случају постојања мобилног сукоба закона основно питање је којој тачки везивања ће се дати примат, тачније којем меродавном праву, јер у моменту заснивања правног односа странка је имала, на пример, француско држављанство, док у моменту када се однос расправља странка има држављанство Аустрије. Несумњиво је да ћемо до меродавног права доћи употребом држављанства као фактора локализације конкретног приватноправног односа, али још увек није јасно куда оно води.

Управо из разлога што се проблем и *fraus legis* и *conflict mobile* везује за својеврсну промену чињеница које представљају тачку везивања и самим

---

<sup>315</sup> О овом институту погледај Т. Варади, „*Conflict mobile* у међународном приватном праву“, *Годишњак*, Сарајево 1977, 359.

<sup>316</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 192.

<sup>317</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 194.

тим упућивање на различита, потенцијално меродавна права, могу се извући неке заједничке карактеристике једног и другог института.

Да би дошло до изигравања закона треба да је манипулисање у колизициој норми учињено са фrawdолозном намером. Наиме, основни циљ који странке имају на уму приликом изигравања закона јесте примена неког другог права. Вештачко стварање или мењање чињеница које представљају тачку везивања врши се ради исходавања одређеног резултата који иначе меродавно право не познаје или не дозвољава у конкретном случају.

Мобилни сукоб закона не можемо изједначити са изигравањем закона у погледу конститутивних елемената који га чине. Јер, да би дошло до остваривања мобилног сукоба закона странка не мора да има било какву фrawdолозну намеру у погледу отклањања ефеката права које је иначе меродавно. Уколико су у моменту склапања брака супружници имали заједничко држављанство, а након неколико година једно од њих промени држављанство и у држави новог држављанства се постави питање развода брака, питање је по ком се праву има ценити питање развода, по праву државе ранијег или каснијег држављанства. Дакле, када постоји мобилни сукоб закона треба да су већ остварени услови за примену више права на које указује тачка везивања. То значи да је у време када тачка везивања указује на прво од права чија примена долази у обзир, заправо већ створена правна ситуација која даје повода спору, или барем да постоји једно правно стање из којег ће се потом родити спорно субјективно право. У супротном, не би било дилеме да ли се одредити за право на које раније или касније указује тачка везивања.<sup>318</sup> Насупрот овом, код изигравања закона је могуће да странке прво промене чињеницу која представља тачку везивања, па да тек онда приступе стварању новог правног односа. Ово се посебно осликава кроз чињеницу што се мобилни сукоб закона везује искључиво за променљиве тачке везивања, док *fraus legis* може да се оствари и код тачака везивања које су временски и просторно фиксирани, али на чију садржину странке могу утицати.<sup>319</sup> Таква је ситуација са тачком везивања *lex loci contractus*. Ова тачка везивања не може довести до мобилног сукоба закона, али странке могу бирати место у којем ће закључити уговор и то могу учинити управо са циљем да избегну примену одређеног права.

Следећа разлика између мобилног сукоба закона и преварног заобилажења права огледа се у последицама које производе. Уколико се утврде сви елементи постојања *fraus legis* долази до санкционисања преварног

<sup>318</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 193.

<sup>319</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 294.

поступања, на начин да се неће применити оно право на које указује вештачки створена тачка везивања већ право које би било меродавно да вештачке комбинације нису вршене. Са аспекта домаћег судије, уколико се *fraus legis* остварује у намери да се избегну домаће императивне норме, новостворене чињенице ће бити игнорисане и примениће се домаће право. Код мобилног сукоба закона ове чињенице не морају бити игнорисане, решење може бити пронађено кроз меродавно право на које указује новостворена чињеница, што ће зависити од конкретног случаја и од начина на који се у дотичној држави решава питање мобилног сукоба закона. У суштини, када говоримо о *fraus legis* ми заправо говоримо о одступању од редовне примене колизионе норме, о корекцији колизионе норме коју врши домаћи суд у ситуацији кад утврди страначку фrawdолозну намеру избегавања иначе меродавног права. Код мобилног сукоба закона ипак је реч о својеврсном тумачењу колизионих норми услед различитог временског интервала, јер иста тачка везивања указује на различита права, па је дилема које од њих применити. Управо се специфичност мобилног сукоба закона огледа у томе што се тачка везивања у колизионој норми мења, једнако као и код изигравања закона, али се то не врши уз фrawdолозну намеру. Код мобилног сукоба закона ова чињеница се мења на начин да се сукцесивно везује за више права и на тај начин остварује сукоб закона и у простору и у времену. Од чињенице који ћемо временски моменат узети као опредељујући зависиће и примена одговарајућег права као меродавног.<sup>320</sup>

Мобилни сукоб закона као и *fraus legis* настаје због промене колизионоправно релевантних чињеница. У оба случаја постоји дилема, макар иницијално, које право применити. Међутим, код изигравања закона ове нове чињенице нећемо узети у обзир, макар са аспекта одређивања меродавног права, док то не мора бити случај код мобилног сукоба закона.

Поред сличности установе изигравања закона са установом мобилног сукоба закона, постоје значајне сличности са још једном општом установом међународног приватног права, а то је јавни поредак.

И у једном и у другом случају законодавац упућује на одступање од редовне примене колизионе норме, али у случају повреде основних начела на којима је правни поредак саткан, ово мишљење је неподељено, какав није случај са санкционисањем изигравања закона.

Када смо указивали на упоредна решења о изигравању закона видели смо да има држава које нису нашле за потребно да ову установу нормирају у својим законима, сматрајући да је довољна заштита остварена

<sup>320</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 194.

кроз међународни јавни поредак.<sup>321</sup> На тај начин најтеже последице изигравања закона ипак бивају санкционисане.<sup>322</sup> Да ли је оправдано овакво становиште најлогичније је сагледати кроз анализу сличности и разлика јавног поретка и *fraus legis*.

И једна и друга установа штите интересе домаћег правног поретка, што би била њихова сличност. Међутим, јавни поредак се активира у ситуацији када треба отклонити примену меродавног права и то страног меродавног права које је постало меродавно на бази редовних околности и сходно упутству које садржи домаћа колизиона норма. Појава изигравања закона, са друге стране, служи како би спречили повреду колизионих норми, односно како бисмо отклонили примену страног меродавног права које у редовним околностима не би било меродавно. На овај начин ми заправо осигуравамо правилну примену колизионих норми, штитећи тиме и домаће материјално право, које странке покушавају избећи својим фrawdолозним радњама. Код јавног поретка регулишемо примену страног права на основу домаћих колизионих норми, код изигравања закона санкционишемо покушај вештачке примене страног права у циљу избегавања домаће колизионе норми и избегавања примене домаћег права.

Оно што је заједничко изигравању домаћег права као меродавног и института јавног поретка, то је да ће се у оба случаја, уместо страног права које намећу странке у првом, односно на које упућују колизионе норми у другом случају, применити домаће право. С тим, што ће у првом случају примена домаћег права наступити као корекција колизионе норми ради осигурања њене правилне примене, а у другом како би се заштитиле основне вредности домаћег правног поретка.

Постојање установе *fraus legis* чини се потребним из разлога што последице вештачког манипулисања односно покушаја преварног заобилажења права не морају бити таквог интензитета да уједно представљају ремећење јавног поретка. Садржај остваривања ових института није идентичан, па би зато требало предвидети забрану изигравања закона. У супротном, кад би свако манипулисање у колизионом домену сматрало повредом јавног поретка, изгубио би се смисао изигравања закона и институт јавног поретка би пружао довољну заштиту. Међутим, како се противност јавном поретку треба тумачити прилично рестриктивно и само онда када су заиста угрожени витални интереси државноправног уређења, онда би претерано било за очекивати да ћемо сваку фrawdолозну промену држављанства, домицила

<sup>321</sup> Т. Варади, *Међународне и унутрашње колизионе норми*, Институт за упоредно право, Београд, 1975, 86.

<sup>322</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 166.

или уобичајеног боравишта сматрати уједно и кршењем јавног поретка. Из тог разлога, сматрамо да је ипак оправдано *fraus legis* нормирати као засебну установу међународног приватног права, без обзира на сличности које има са установом јавног поретка. Изигравање закона јесте противно циљу колизионе норме, супротно је правцу њеног редовног деловања, али њиме не мора да буде постигнут онај степен противправности који омогућава деловање института јавног поретка. Преварним заобилажењем домаћег права могу се остварити ефекти који ће бити противни јавном поретку, али остаје потреба да санкционишемо и оне случајеве када се ове две појаве не поклапају, па отуда потреба за *fraus legis* као засебним институтом. У супротном, не би се могло стати на крај свесном и намерном манипулисању тачкама везивања у колизионим нормама, које би могле бити преусмераване и по више пута у циљу доласка до оног решења које странке сматрају оптималним по њихове интересе. На тај начин, чак и у ситуацијама у којима диспозиција странака остаје без ефекта, довитљиви појединци ипак могу утицати на примену меродавног супстанцијалног права, супротно стварно израженој вољи законодавца у конкретном случају.

## 7. Држављанство – често изигравана тачка везивања

У уводним излагањима више пута је поновљено да је елемент иностраности оно што разликује односе међународног приватног права од приватноправних односа уопште. Такође смо видели да он може бити тројако изражен, па тако можемо говорити о елементу иностраности израженом кроз субјекат, кроз објекат или кроз права и обавезе. Оно чиме ћемо се бавити у овом сегменту јесте, на неки начин, питање елемента иностраности у субјекту, односно како одредити меродавно право за субјекте приватноправних односа са елементом иностраности? Како решити једно статусно, породично или наследноправно питање са елементом иностраности? Које материјално право је позвано да регулише ова питања уколико је субјект приватноправног односа странац?

Уколико држављанин једне државе одређено време борави у иностранству тиме се ствара могућност да се на правна стања и правне односе у које ступа примењују различита права. Тако, у обзир за примену долизи право државе његовог држављанства али и право неке друге државе, све у зависности од колизионих норми државе пред којом се питање поставља. Дилема око избора меродавног права, првенствено на питања личног статуса, јавила се веома рано. Историјски гледано, постављало се питање да ли



ће се статус ропства признавати и на територији државе која не познаје ропство као установу? Да ли лице које се по праву државе свог држављанства сматра малолетним, има сматрати таквим и у држави која прописује нижу границу у погледу неопходних година за стицање пунолетства, у контексту могућности закључења неког правног посла?<sup>323</sup> Да ли се једно лице може развести у држави која није његова матична држава, јер право његовог држављанства не познаје установу развода брака?

На ова и многа друга питања, веома рано су се покушавали дати одговори. Да ли на питања личног статуса, првенствено код питања правне и пословне способности једног лица, применити његов лични закон, или право његовог домицила, или право државе суда, или право државе где се посао предузима?<sup>324</sup> У суштини, основна дилема је била да ли да се лични статус увек процењује према једном праву, које би означавало један стални и трајнији тип везе и које би, условно речено, пратило то лице, или да се овај статус регулише у зависности од ситуације кад се конкретно питање поставља, па меродавно право може бити резултат неке слабије везе са одређеним правним поретком? Како извршити избор тачке везивања, које везивање узети за тежишно, које од њих осликава најјачу везу између питања овакве садржине и меродавног права?

Алтернатива између трајније везе једног лица са једном државом или различитог регулисања у односу на околности конкретног случаја, решена је у корист ове прве. Несумњиво је постојала потреба да се лични статус решава јединствено, независно од чињенице где се лице налази и где се питање поставља. То јединствено решење огледа се у примени *lex personalis*, односно личног закона, са појавом нове дилеме, која тачка везивања најбоље осликава лични закон? Да ли колизиона норма треба да упути на право државе чије држављанство лице има, или на право оне државе у којој то лице пребива? Држављанство или домицил?!

Сматра се да је држављанство као тачку везивања први увео француски Грађански законик из 1804. године,<sup>325</sup> који, у већ цитираној одредби трећег члана, наводи:

„На статус и пословну способност Француза примењује се француско право, чак и уколико бораве у иностранству.“<sup>326</sup>

<sup>323</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, стр. 206.

<sup>324</sup> *Ibidem.*

<sup>325</sup> К. Сајко, *МПП*, 212.

<sup>326</sup> Француски Грађански законик члан 3 став 3.

До овог тренутка, држављанство као избор законодавца за најрепрезентативнију везу са одређеним правним поретком, није ни постојало, што је и логично, јер до Француске буржоаске револуције није ни било националних држава, па самим тим ни до држављанства у данашњем смислу.<sup>327</sup> Од тог временског момента, држављанство почиње да преузима превласт и многе кодификације грађанског и међународног приватног права дају примат држављанству у односу на домицил. Међутим, домицил је остао претпостављено решење за статусна питања у државама англосаксонске правне традиције, али и у неким европским државама попут Данске или Норвешке.<sup>328</sup>

### 7.1. Појам и начин стицања држављанства

Држављанство је правни однос између државе са једне и лица са друге стране, из којег проистичу одређена права и обавезе за оба субјекта.<sup>329</sup> Држављанство означава јавноправни однос,<sup>330</sup> односно показује да је реч о вези коју једно лице има са државом.<sup>331</sup> Поред термина држављанство, у употреби се често могу наћи и термини националност (*nationality*) или грађанство (*citizenship*).

Материју држављанства свака држава сама уређује: суверена је у одлучивању ко може носити њено држављанство, сама прописује и примењује норме о држављанству. Уосталом, ово је предвиђено и Конвенцијом о регулисању извесних питања сукоба закона о држављанству, која је закључена још 1930. године, у Хагу.<sup>332</sup> У првом члану ове конвенције прописано је:

„Свакој држави припада право да на основу свог закона одреди ко су њени држављани. Тај закон ће се признати у другим државама ако је у складу са међународним уговорима, обичајима и праксом која је општеприхваћена у погледу држављанства.“

Питање да ли неко лице има црногорско држављанство, решићемо применом црногорског права; уколико би желели да проверимо да ли лице у питању има држављанство Шпаније, морали би консултовати норме

<sup>327</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 210.

<sup>328</sup> А. Philip, „American-Danish Private International Law“, *Bilateral Studies in Private International Law* N° 7, New York 1957, 18.

<sup>329</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 81.

<sup>330</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 264.

<sup>331</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 81.

<sup>332</sup> У међународном смислу ова конвенција је ступила на снагу 1. јула 1937. године.

шпанског права.<sup>333</sup> Ово проистиче из, већ поменуते, Конвенције о регулисању извесних питања сукоба закона о држављанству, која у свом другом члану прописује следеће:

„Питање да ли неко лице поседује држављанство одређене државе решава се у складу са правом те државе.“

Два основна начина стицања држављанства су рођење и натурализација. Стицање држављанства рођењем је могуће остварити на два начина, у зависности од тога који је критеријум опредељујући. Први критеријум, који се примењује у Црној Гори, је критеријум *ius sanguinis*, по којем се држављанство стиче по пореклу, сходно држављанству родитеља, док је други критеријум *ius soli*, по којем се држављанство стиче по територији рођења. Овај други критеријум се примењује нпр. у Сједињеним Америчким Државама, и сходно њему сва лица рођена на америчкој територији сматрају се америчким држављанима, па чак и у случају да се ради о деци чији су родитељи или странци или лица која немају право на америчко држављанство.<sup>334</sup>

Црногорски закон о држављанству<sup>335</sup> прописује начине стицања црногорског држављанства, где је као основни принцип прихваћен принцип *ius sanguinis*. Међутим, овај закон као коректив прописује и принцип стицања држављанства рођењем на црногорској територији, у циљу спречавања апатридије. Такође, црногорско држављанство се може стећи натурализацијом, односно пријемом, под условима који су законом прописани, као и међународним уговорима и споразумима.

Овим законом је предвиђено да је држављанство законска веза између физичког лица и Црне Горе и да не указује на национално и етничко порекло.<sup>336</sup> Црногорско држављанство пореклом стиче дете: чија су оба родитеља у тренутку његовог рођења црногорски држављани; чији је један родитељ у тренутку рођења црногорски држављанин, а рођено је у Црној Гори; чији је један родитељ у тренутку рођења детета црногорски држављанин, а други је без држављанства или је непознатог држављанства или је непознат, а рођено је на територији друге државе; чији је један родитељ у тренутку рођења детета црногорски држављанин, а рођено је на територији

<sup>333</sup> A. Mayss, *op. cit.*, 3, 4.

<sup>334</sup> G. Epps, „The Citizenship Clause: A „Legislative History“, *American University Law Review*, vol. 60, 2010, 332.

<sup>335</sup> Закон о црногорском држављанству, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 13/08, 40/10, 28/11, 46/11, 54/16, 73/19.

<sup>336</sup> Закон о црногорском држављанству, члан 1 став 2.

друге државе, уколико остаје без држављанства.<sup>337</sup> Такође, црногорско држављанство може стећи:

- 1) дете рођено на територији друге државе, чији је један родитељ у тренутку рођења детета црногорски држављанин, уколико се до навршене 18. године поднесе пријава за упис у матичну књигу рођених и регистар црногорских држављана, ако нема држављанство друге државе;
- 2) лице које је навршило 18 година живота, чији је један родитељ црногорски држављанин, а други је држављанин друге државе, ако до навршене 23. године живота поднесе захтев за упис у регистар црногорских држављана;
- 3) дете у случају потпуног усвојења, ако је један од усвојилаца црногорски држављанин.<sup>338</sup>

У циљу спречавања апатридије, у закону је прихваћен и принцип *ius soli*, по којем се омогућава стицање црногорског држављанства рођењем на територији Црне Горе, детету које је рођено или нађено на територији Црне Горе, ако су оба родитеља непозната или непознатог држављанства или без држављанства или ако дете остаје без држављанства.<sup>339</sup>

Услови који требају бити испуњени да би једно лице стекло црногорско држављанство пријемом, односно натурализацијом су следећи: мора имати навршених 18 година живота; мора имати отпуст из држављанства друге државе; у Црној Гори мора боравити законито и непрекидно 10 година пре подношења захтева за пријем у црногорско држављанство; мора имати обезбеђен смештај и сталан извор прихода; не сме бити правоснажно осуђен на безусловну казну затвора у трајању дужем од једне године за кривично дело за које се гони по службеној дужности; мора имати знање црногорског језика у мери која омогућава основну комуникацију; уколико не постоје сметње са аспекта безбедности и одбране Црне Горе и морају бити измирене све доспеле пореске и друге законске обавезе.<sup>340</sup>

Поред ових начина, црногорско држављанство се може стећи и на нову ратификованих међународних уговора или споразума које је закључила Црна Гора.<sup>341</sup>

---

<sup>337</sup> Закон о црногорском држављанству, члан 5.

<sup>338</sup> Закон о црногорском држављанству, члан 6.

<sup>339</sup> Закон о црногорском држављанству, члан 7.

<sup>340</sup> Закон о црногорском држављанству, члан 8.

<sup>341</sup> Закон о црногорском држављанству, члан 18.

Обзиром да су државе суверене у одређивању услова за стицање и престанак држављанства, различитост концепата као последицу има појаву позитивног и негативног сукоба држављанства,<sup>342</sup> односно појаву бипатридије, полипатридије или апатридије.<sup>343</sup> Међутим, бипатридија, односно апатридија постаје проблем у тренутку кад колизиона норма предвиђа примену националног права, па се поставља питање које од два права применити у случају да лице има два држављанства, односно које право применити уколико се ради о лицу без држављанства.

Решење ових ситуација налази се у црногорском закону о међународном приватном праву, које појаву бипатридије решава у корист црногорског држављанства уколико је једно од држављанстава црногорско,<sup>344</sup> док се бипатридија, односно полипатридија уколико ниједно од држављанстава није домаће, решава у корист права државе са којом је то лице у најближој вези, нарочито узимајући у обзир уобичајено боравиште.<sup>345</sup> У случају апатридије, меродавно право се одређује у односу на уобичајено боравиште. Дакле, у ситуацији да једно лице има два или више држављанстава, од којих је једно домаће, примењује се принцип искључивости домаћег држављанства, где црногорско држављанство искључује свако друго, док у ситуацији кад једно лице има два држављанства, а ниједно није црногорско, ситуација ће бити решена употребом принципа ефективног држављанства.<sup>346</sup> Утврђивање ефективног држављанства имплицира низ активности за судију, који у конкретном случају има задатак да утврди са којом државом лице остварује најближу везу. То ће учинити на начин што ће утврдити где се налази имовина тог лица, у којој држави ради, где плаћа порез...

Оно што је можда мањкавост црногорског закона о међународном приватном праву, то је декларативна супрематија црногорског у односу на сва остала држављанства у случају бипатридије, односно полипатридије. Наиме, принцип да црногорско држављанство искључује свако друго, у конкретном случају можда неће осликавати стварно стање, јер црногорско држављанство у конкретном случају можда није ефективно. Можда је центар свих односа тог лица у држави неког другог држављанства, којем би

<sup>342</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *Међународно приватно право, општи и гео*, Београд, 2006, 84

<sup>343</sup> А. Philip, *loc. cit.*, 15.

<sup>344</sup> Решење домаћег права није усамљено. Традиционално, у случају појаве бипатридије предност се даје држављанству државе форума. Тако, В. Audit, *loc. cit.*, 443.

<sup>345</sup> ЗМПП, члан 11 ст. 2 и 3.

<sup>346</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 85; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 270.

у тој ситуацији требало дати примат. Али, ово може остати као подстрек за будућа решења у овој области, да се у случају лица са више држављанстава, без обзира на чињеницу да ли је једно од држављанстава домаће или не, меродавно право утврђује у односу на право оне државе у којој то лице има ефективно држављанство. Ово из разлога што је право те државе најтешње повезано са лицем, *in concreto*. У домаћој судској пракси, када је суд морао да одлучује о правима лица која су поред домаћег имала и страно држављанство, суд је по принципу искључивости узео у обзир само домаће држављанство, без обзира што је друго држављанство било једино заједничко држављанство странака.<sup>347</sup>

## 7.2. Области у којим се изијрава тачка везивања *lex nationalis*

У нашем међународном приватном праву велики број колизионих норми садржи *lex nationalis* као тачку везивања. Такве одредбе постоје у области личног статуса и способности физичких лица, конкретно за питања правне и пословне способности, старатељства, личног имена, проглашења несталог лица умрлим, код услова за закључење брака, поништења брака, личних и имовинских односа супружника, код развода брака, породичног статуса детета, односа родитеља и деце и усвојења. Такође, држављанство се, између осталог, користи и за утврђивање надлежности домаћег правосуђа и служи као општи критеријум за разликовање домаћих и страних лица.<sup>348</sup> Могућност заснивања двојног држављанства, могућност појаве полипатридије, не само да је могућност на закону заснована, већ како смо видели у претходним редовима и често средство намерно коришћено за остваривање разноврсних интереса. Познавање колизионе проблематике, нарочито у делу тачака везивања, и сазнања да ће коначан одговор на неко правно питање или ситуацију дати право држављанства, довољан је окидач за странку у правцу промене свог дотадашњег држављанства.

Најчешће, изигравање закона се врши у области породичних, односно брачних односа, у области наследноправних односа са елементом иностраности. Веома често, до изигравања закона долазило је, како смо видели, ради избегавања прописа који онемогућавају закључење или развод

---

<sup>347</sup> М. Станивуковић, „Српско међународно приватно право у времену транзиције: промењени значај држављанства и пребивалишта“, *Зборник радова Држављанство и међународно приватно право, Хашке конвенције* (приредили: проф. др Гашо Кнежевић, доц. др Владимир Павић), Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд, 2007, 47, у даљем тексту М. Станивуковић, Српско међународно приватно право.

<sup>348</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 83.

брака. Такође, довољан мотив за *fraus legis* је прихватање држављанства оне државе чије право познаје неограничену слободу тестирања, чијом применом би се искључили нужни наследници у држави где је тестирање ограничено. Сведоци смо великог броја случајева изигравања закона у области оснивања и функционисања правних лица, не би ли се избегли порески прописи. Изразит пример представља Лихтенштајн, где свесном и намерном манипулацијом у колизионом домену, долази до оснивања и деловања огромног броја правних лица. Обзиром да бројке говоре саме за себе, цифра од око осамдесет хиљада компанија, наспрам тридесет хиљада становника у Лихтенштајну,<sup>349</sup> заиста делује импозантно и сигуран је доказ изигравања закона и жеље за достизањем пореског раја. Могућност изигравања закона у овој области долази као проста последица великог броја начина одређивања припадности правног лица.<sup>350</sup> Данас, највећи број држава прихвата један од два критеријума, или критеријум инкорпорације или критеријум стварног седишта. Критеријум регистрације, односно инкорпорације правног лица подразумева да правно лице има припадност<sup>351</sup> оне државе по чијем је праву и основано, и то независно од чињенице да ли је седиште тог лица у тој држави или не. Управо из тог разлога овај критеријум има недостатак који се огледа у веома лако преварном заобилажењу права, зато што се правно лице може сасвим фиктивно регистровати у држави за коју није стварно везано. Други веома широко прихваћен критеријум, као основни показатељ узима стварно седиште правног лица, па се сматра да правно лице има припадност оне државе у којој има стварно седиште. Најчешће се ово комбинује на начин да правно лице има припадност оне државе у којој има стварно седиште и да је у тој држави и регистровано.

Црногорско право, у овом погледу, као основно мерило прихвата критеријум инкорпорације, али коригован системом стварног седишта. По овом мерилу, припадност правног лица одређује се по праву државе по коме је оно основано. Међутим, уколико правно лице има стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано и по праву те друге државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе.<sup>352</sup>

<sup>349</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 292, фуснота 298.

<sup>350</sup> О могућим начинима одређивања припадности види Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 280, 281.

<sup>351</sup> Уместо термина припадност Благојевић користи термин држављанство правних лица, види Б. Благојевић, *op. cit.*, 234.

<sup>352</sup> ЗМПП, члан 19.

## 8. Домицил – често изигравана тачка везивања

Пребивалиште је правни појам који често изражава прилично чврсту везу између физичког лица и одређеног места у једној држави.<sup>353</sup> То је конструкција створена у циљу успостављања правне везе између једног лица и територије са којом он остварује најближу везу.<sup>354</sup> Два конститутивна елемента домицила су фактички, који се огледа у боравку једног лица на једном месту (*corpus*) и вољни, који се огледа у намери да у том месту трајно остане (*animus semper vivendi*).<sup>355</sup>

Постојање пребивалишта доказује се јавним исправама, али стварно стање често може одступати од онога што је садржина јавне исправе. Просто из разлога што лице може мењати свој субјективни став у односу на место где пребива, може отпутовати у иностранство ради запослења или из других мотива, па је, самим тим, тешко утврдити његов домицил. Управо из тих разлога траже се одговарајуће јасне индикације на основу којих ће се утврдити да ли једно лице има намеру да у одговарајућем месту стално остане. Као индикације се наводе место становања, запослење, поседовање имовине у том месту.<sup>356</sup>

У нашем праву нема одредаба о меродавном праву за утврђивање пребивалишта. Иако је реч о статусном питању, не може се на њега применити *lex nationalis*. Једно од схватања пребивалиште просуђује према оном праву којем припада норма у којем се пребивалиште користи као тачка везивања. Дакле, уколико црногорски судија примењује колизиону норму која као тачку везивања прописује *lex domicilii*, да би се утврдило да ли односно лице има пребивалиште у Црној Гори или иностранству, користиће се нормама *lex fori*.<sup>357</sup> Мада, сам по себи, овакав начин утврђивања домицила има одређених нелогичности, у ситуацији када на основу домаћих мерила утврђујемо да једно лице пребива у иностранству. Чини се бољим, решење по којем у ситуацији кад *lex fori* указује да је пребивалиште једног лица у иностранству, онда треба консултовати норме тог страног права које ће коначно дати одговор на питање где је домицил лица у конкретном случају.<sup>358</sup>

---

<sup>353</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 90.

<sup>354</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 74.

<sup>355</sup> S. Symeonides, *Oregon's*, 979.

<sup>356</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 272; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 91.

<sup>357</sup> A. Philip, *loc. cit.*, 18; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 92.

<sup>358</sup> Ово је Рабелово схватање, посредно према М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 92.



У ранијем међународном приватном праву Црне Горе, сагласно одредбама тадашњег Закона о решавању сукоба закона, домицил је био од значаја као критеријум за одређивање међународне надлежности, а долазио је у обзир и као супсидијарна тачка везивања. Применом ове повезнице одређивано је меродавно право за лица без држављанства,<sup>359</sup> када су у питању полипатриди домицил је служио као критеријум утврђивања ефективног држављанства,<sup>360</sup> у домену уговорних односа меродавно право се, у одсуству аутономије воље, утврђивало у односу на домицил носиоца карактеристичне престације.<sup>361</sup> Поред ових случајева, у области брачних и породичних односа са елементом иностраности, уколико лица у конкретном случају нису имала заједничко држављанство, у обзир је долазио њихов заједнички домицил. У новој црногорској кодификацији међународног приватног права значај домицила као тачке везивања је незнатан<sup>362</sup> и применом ове повезнице меродавно право се одређује само код пуноважности форме тестаментa.<sup>363</sup>

У правној доктрини често се поставља питање да ли свако лице мора имати пребивалиште или може постојати појава бездомницијарности, и друго, да ли једно физичко лице може имати више од једног пребивалишта? Уколико је могуће да једно лице нема домицил, онда је потребно наћи алтернативу за долазак до меродавног права, док у случају могућности да лице има више од једног пребивалишта треба утврдити критеријум којем од њих дати примат приликом утврђивања права које је меродавно у конкретном случају. У већини држава, у односу на овако постављено питање, у законодавствима се дају експлицитни одговори. У том смислу, већина земаља је на становишту да једно лице не може имати више од једног пребивалишта истовремено. Међутим, немачко право је изузетак у том смислу, јер предвиђа могућност истовременог пребивалишта на више места.<sup>364</sup> Сличну одредбу садржи и данско право, по којем је могуће да једно лице има два домицила, у случају да пребива на два места и има намеру да у тим местима остане и у будућности.<sup>365</sup> Потпуно супротну одредбу садржи швајцарско право, које у Савезном закону о међународном приватном праву прописује да физичко лице има пребивалиште у оној држави

<sup>359</sup> ЗРСЗ, члан 12 став 1.

<sup>360</sup> ЗРСЗ, члан 11 став 2.

<sup>361</sup> ЗРСЗ, члан 20.

<sup>362</sup> Маја Костић-Мандић, Међународно приватно право, 251.

<sup>363</sup> ЗМПП, члан 73 став 1 тачка 3.

<sup>364</sup> Немачки Грађански законик, члан 7.

<sup>365</sup> A. Philip, *loc. cit.*, 18.

у којој борави са намером трајног боравка, с тим да не може истовремено имати више пребивалишта.<sup>366</sup> Једнака ситуација је и у англосаксонском праву. Наиме, и у енглеском и у праву Сједињених Америчких Држава<sup>367</sup> физичко лице може имати само једно пребивалиште, с тим што се прави разлика на *domicile of origin*,<sup>368</sup> који једно лице стиче рођењем и *domicile of choice*,<sup>369</sup> који може стећи свако пословно способно лице комбинацијом боравка и намере сталног настана. У америчком праву се сматра да особа има пребивалиште тамо где му је кућа, односно стан, јер се претпоставља да тамо трајно жели и остати.<sup>370</sup> На истим позицијама стоји и право Канаде, које предвиђа да свако лице мора имати домицил, што значи да нема бездомицилијарности, као и да постоји само један домицил у одређеном времену.<sup>371</sup> Разлика између ове две категорије домицила је у томе што се *domicile of origin* не може мењати.<sup>372</sup> Он се стиче рођењем, како је већ речено, и то сходно домицилу оца у тренутку рођења детета, односно сходно домицилу мајке уколико отац није жив или се ради о ванбрачном детету. Уколико је дете нађено, његов *domicile of origin* је територија на којој је пронађено.<sup>373</sup>

Појава мултидомицилијарности може изазвати проблеме у пракси и то онда када је потребно дати одговор на питање да ли је једно лице пословно способно, а права једног, односно другог домицила прописују различите границе за стицање пословне способности.<sup>374</sup>

Уколико поставимо питање избора између држављанства и домицила<sup>375</sup> као тачке везивања, постоје разлози *pro et contra* и за једно и за друго решење. Они су диференцирали државе на оне које као примарну тачку везивања усвајају критеријум држављанства за статусна, породична и наследна питања, у које спадају: Белгија, Грчка, Италија, Француска, Холандија, Шпанија, док у групу држава које примат дају домицилу спадају: Аргентина, Бразил, Енглеска, Данска, Сједињене Америчке Државе, Шкотска.

---

<sup>366</sup> Швајцарски Савезни закон о међународном приватном праву, члан 20.

<sup>367</sup> *Restatement, Conflict of Laws, paragraph 11* (1934).

<sup>368</sup> G. C. Cheshire, *op. cit.*, 159; A. Mayss, *op. cit.*, 193, 194.

<sup>369</sup> L. Collins (editor), *op. cit.*, 8, 9.; G. C. Cheshire, *op. cit.*, 160; A. Mayss, *op. cit.*, 197, 198.

<sup>370</sup> К. Сајко, *МПП*, 130.

<sup>371</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 54.

<sup>372</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 55.

<sup>373</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 55.

<sup>374</sup> A. Philip, *loc. cit.*, 18.

<sup>375</sup> О још неким аспектима држављанства и домицила погледај К. Кноп, „Citizenship, Public and Private“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, 309-341.

У принципу, пребивалиште је, због својих карактеристика, мање поздан појам. Подложен је променама, са мање административних препрека, па га је, самим тим, теже утврдити од држављанства. Али, предност ове тачке везивања огледа се у могућности примене домаћих закона на сва лица која трајно бораве на њеној територији. Примена домицила као тачке везивања, у констелацији са одређивањем међународне надлежности на основу домицила, у пракси доводи до много чешће примене домаћег права. Овако нормирање домаћим судовима олакшава посао, јер их веома често ослобађа обавезе утврђивања страног права, за разлику од судова у оним државама чије право предвиђа држављанство као тачку везивања.

Међутим, са аспекта изигравања закона, држављанство ипак има трајнији карактер у односу на домицил и теже га је мењати. Уколико физичко лице жели променити свој домицил у циљу изигравања закона, то је далеко мањи подухват од промене држављанства, самим тим и могућности изигравања су веће и бројније. Међутим, многим државама ово није био мотив да одустану од пребивалишта као тачке везивања, обзиром да се ради о прилично реалној вези са једном територијом и да је потпуно очекивано да се физичко лице потчини законима оне земље у којој пребива. Потчињавање законима државе пребивалишта, у принципу је вољно, јер је сасвим природно да лице у конкретном случају жели себе подврћи праву оне државе где живи, где је центар његових социјалних активности, где се налази његова имовина.<sup>376</sup>

С обзиром да и држављанство и домицил као тачке везивања изазивају одговарајуће проблеме у пракси, као што су бипатридија, полипатридија, апатридија, са једне, а затим појава бездомицилијарности и мултипликације домицилијарности, са друге стране, то на неки начин изазива потребу увођења још неке тачке везивања. Упоредноправно посматрано, ова решења су концепцијски задржала предност, али се нова алтернатива тражи у редовном боравишту.<sup>377</sup> Ово је посебно изражено у државама Европске уније, где Уговор о оснивању Европске заједнице забрањује било какву дискриминацију по основу држављанства.<sup>378</sup> У принципу, држављанство и пребивалиште јесу веома погодне тачке везивања у домену статусних, породичних и наследних односа са елементом иностраности, али, у проблематику одређивања меродавног права треба увести нешто више флексибилности, уз помоћ редовног боравишта.<sup>379</sup> Наиме, у неким ситуацијама,

<sup>376</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 210.

<sup>377</sup> М. Станивуковић, Српско међународно приватно право, 61.

<sup>378</sup> Види члан 12 Уговора о оснивању Европске заједнице.

<sup>379</sup> О концепту уобичајеног боравишта погледај М. Костић-Мандић, Утицај, 348, 349; D. Carvers, „Habitual Residence“ a Useful Concept?, 21 *American University Law Review*, 1972, 475-493.

држављанство као тачка везивања непотребно указује на примену страног права, као у случају страних држављана домаћег порекла који су се вратили у своју бившу домовину, и у случају странаца са редовним боравиштем и имовином у нашој земљи. Једно од права које је одступило од држављанства у корист редовног боравишта је белгијско, које прописује да се меродавно право у случајевима родитељског права, старатељства, одређивања пословне способности пунолетног лица и заштите лица и имовине пословно неспособног лица, одређује на бази редовног боравишта као тачке везивања.<sup>380</sup> Конвенције донете под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право у другој половини двадесетог века примат дају уобичајеном боравишту. У црногорском Закону о међународном приватном праву домицил је скоро у потпуности уступио место уобичајеном боравишту.

Под уобичајеним боравиштем подразумева се боравак на једној територији одређено време, без обзира на онај вољни елемент који се огледа у намери да се на том месту стално остане. За разлику од домицила, код уобичајеног боравишта не постоји *animus semper vivendi*, али постоји извесна регуларност боравка, тзв. *animus residendi*.<sup>381</sup>

Промоцији уобичајеног боравишта као тачке везивања допринела је Хашка конференција за међународно приватно право, која је у већини својих конвенција предвиђала овај критеријум као опредељујући локализатор једног правног односа са елементом иностраности. По први пут, редовно боравиште примењује се још у Конвенцији о грађанском поступку из 1896. године. Поред ове, редовно боравиште као тачка везивања примењује се у Хашкој конвенцији о одређеним питањима сукоба закона о држављанству, Хашкој конвенцији о меродавном праву за међународну купопродају телесних покретних ствари, Хашкој конвенцији о сукобу закона у погледу облика тестаментарних одредаба, Хашкој конвенцији о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде, Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце.

Закон о решавању сукоба закона није предвиђао уобичајено боравиште као тачку везивања, међутим, то није значило да у поступку који се водио пред домаћим судом судија није морао да утврђује уобичајено боравиште. Напротив, обзиром да је Црна Гора постала чланица Хашке конференције за међународно приватно право и да је од дана проглашења независности обавезују одређене конвенције,<sup>382</sup> то значи да се у ситуацијама

<sup>380</sup> М. Станивуковић, Српско међународно приватно право, 61.

<sup>381</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 275.

<sup>382</sup> М. Костић-Мандић, „Извори савременог међународног приватног права Црне Горе“, *Правни зборник*, 1-2/2010, 324; о осталим изворима међународног приватног права на

које су предмет ових конвенција има примењивати уобичајено боравиште као тачка везивања. Усвајањем новог Закона о међународном приватном праву у Црној Гори дошло је до промена, обзиром да закон препознаје и придаје велики значај концепту уобичајеног боравишта.<sup>383</sup> Уобичајено боравиште је препознато и као основ међународне надлежности и као тачка везивања у области одређивања меродавног права.<sup>384</sup>

Да бисмо проценили да ли једно лице има уобичајено боравиште у одређеном месту послужићемо се нормама *lex fori*. Међутим, од овог правила су могућа извесна одступања, у случају да међународна конвенција предвиђа употребу уобичајеног боравишта и да налаже једнообразну примену својих одредаба у земљама чланицама. У том случају неће одредбе *lex fori* дати одговор на питање шта се има сматрати уобичајеним боравиштем, већ у обзир долази примена конвенцијских правила.

Уобичајено боравиште, можда у још већем степену него држављанство и пребивалиште, омогућава преварно заобилажење права. Обзиром да се уобичајено боравиште сматра неком врстом чињеничног пребивалишта,<sup>385</sup> чињенични, а не правни концепт,<sup>386</sup> оно се много лакше мења него држављанство и домицил, па су, самим тим, и случајеви изигравања закона лакше спроводиви у домену односа за које се меродавно право одређује применом редовног боравишта као тачке везивања.

---

подручју Европске уније погледај В. Боучек, „Међународни уговори – Извори међународног приватног права на подручју Европске уније“, *Зборник Правног факултета у Зајреду*, 6, 2011.

<sup>383</sup> ЗМПП у члану 12 став 1 нормира уобичајено боравиште на следећи начин: „У смислу овог закона уобичајено боравиште је мјесто у коме физичко лице претежно борави, независно од уписа у евиденцију надлежног органа или одобрења боравка или настајења, и без обзира на то да ли је боравак временски унапријед ограничен. Приликом одређивања уобичајеног боравишта треба водити рачуна о околностима личне или пословне природе које указују на трајније везе са тим мјестом или на намјеру да се такве везе заснују.“

<sup>384</sup> М. Костић-Мандић, „Осврт на ново међународно приватно право Црне Горе“, *Часопис за домаће, немачко и европско право*, 2/2011, 72, у даљем тексту М. Костић-Мандић, Осврт.

<sup>385</sup> К. Сајко, *МПП*, 136.

<sup>386</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 64.



## IV – *RENOVI* – УЗВРАЋАЊЕ И ПРЕУПУЋИВАЊЕ

### 1. Појам узвраћања и преупућивања

Следећи вид одступања од редовне примене колизионих норми манифестује се кроз општи институт међународног приватног права назван узвраћање и преупућивање, или коришћењем француског термина *renvoi*.<sup>387</sup>

Проблематика узвраћања и преупућивања везује се за индиректну технику решавања приватноправних односа са елементом иностраности, где се поставља следеће питање: уколико црногорска колизиона норма упућује на примену француског права на основу одговарајуће тачке везивања, да ли то значи да се норме француског материјалног права морају узети у обзир приликом решења случаја, при чему би задатак за судију био да утврди садржину француског материјалног права и да га примени, или домаћи судија има нешто компликованији задатак, а то је да утврди не супстанцијално, већ француско колизионо право, и да након утврђивања француске колизионе норме примени оно право на које она указује? Претпоставимо да Британац, који има енглески *domicil of origin* умре домицилиран у Италији, а да се пред енглеским судом постави питање расправљања његове покретне заоставштине која се налази у Енглеској.<sup>388</sup> Енглеска колизиона норма упућује на примену италијанског права, на основу последњег домицила оставиоца као тачке везивања. Но, да ли је упућивање на италијанско право упућивање на италијанско наследно право или упућивање на италијанско право уопште, дакле и на његове колизионе норме?<sup>389</sup> Несумњиво да би задатак за судију био далеко једноставнији уколико би приватноправни однос са елементом иностраности био решен нормама материјалног права на које указује домаћа колизиона норма. Међутим, да би дошло до *renvoi* морамо

<sup>387</sup> О схватању теорије *renvoi* погледај Р. Francescakis, *op. cit.*, 79, 80 и даље; А. Mayss A., *op. cit.*, 8, 9; М. Philonenko, *La Théorie du renvoi en droit compare*, Paris 1934; Р. Mengozzi, *Diritto internazionale privato italiano*, Torino 1987, 99; Ј. G. Sauveplanne, *Renvoi, International Encyclopedia of Comparative Law*, ch. 6, 1990, 3. М. Костић-Мандић, *Опшћа клаузула огсју-ћања од мјеродавној љрава*, Подгорица 2012, 120-127.

<sup>388</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 59.

<sup>389</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 59.

прихватити колизионо, а не супстанцијално упућивање,<sup>390</sup> па меродавно право које ћемо применити у конкретном случају није материјално право на које је указала колизиона норма *lex fori*, већ материјално право на које је указало првоупућено право, на које је указала колизиона норма форума. Суштински, питање се своди на то како посматрамо и шта подразумевамо под *lex cause*?<sup>391</sup> Да ли је то целокупно право, заједно са колизионим нормама или је то само супстанцијално право државе на које су упутиле колизионе норме *lex fori*?<sup>392</sup> Да би могли говорити о *renvoi*, право на које је упутила домаћа колизиона норма морамо посматрати у укупности, укључујући и његове колизионе норме.<sup>393</sup> Дакле, *renvoi* можемо схватити као врло захтевну интелектуалну операцију, која у многим отежава долазак до меродавног права, јер приликом примене страног меродавног права не смемо игнорисати његове колизионе норме.<sup>394</sup>

Појава узвраћања и преупућивања појавила се у XVIII веку, док се прве забележене одлуке везују за средину XIX века.<sup>395</sup> У енглеској одлуци, у спору *Collier v Rivaz* из 1841. године,<sup>396</sup> примењена је техника *renvoi* како би се дошло до одговарајућег меродавног права. Наиме, енглески држављанин, који је имао домицил у Белгији, сачинио је тестамент сходно одредбама енглеског права. Када се пред енглеским судом поставило питање пуноважности тестаamenta, енглески судија је консултовао енглеску колизиону норму, која је на основу домицила као тачке везивања указала на право Белгије. Међутим, шта се подразумева под белгијским правом, да ли белгијске материјалне норме, сагласно којим тестамент не би био пуноважан, или белгијске колизионе норме, које су сходно држављанству као тачки везивања указивале на енглеско право, по којем би тестамент био пуноважан. Енглески суд у *Canterbery* је прихватио другу солуцију, по којој су норме енглеског права указале на белгијско право у целини, дакле и на белгијско колизионо право, које је, потом, узвратило на енглеско право, по

---

<sup>390</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 77.

<sup>391</sup> D. Kelly, „Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Process“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 18, 1969, 251.

<sup>392</sup> R. Barish, *loc. cit.*, 1062, 1063; D. Fincham, „Rejecting *Renvoi* for Movable Cultural Property: The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend“, *International Journal of Cultural Property*, 14, 2007, 113; M. Freeman, *Conflict of Laws*, London 2010, 15.

<sup>393</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 77.

<sup>394</sup> D. Kelly, *loc. cit.*, 256.

<sup>395</sup> M. Wolff, *Private International Law*, Oxford 1950, 189; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 136.

<sup>396</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 62; M. Wolff, *op. cit.*, 189.



којем је тестамент прописно сачињен.<sup>397</sup> Идентична одлука донесена је и 1847. године, дакле само неколико година касније, у спору *Frere v Frere*,<sup>398</sup> где се поставило питање пуноважности тестаamenta сачињеног у Енглеској, од стране енглеског држављанина домицилираног на Малти.<sup>399</sup>

Међутим, веома жестока дискусија око појаве узвраћања и преупућивања, везује се за одлуку Касационог суда Француске у случају Форго.<sup>400</sup> Франц Форго, пореклом Баварац, рођен је 1801. године, у Баварској, као ванбрачно дете. Кад је навршио пет година, његова мајка, Ана Марија Дишл, удала се за Француза и удајом стекла француско држављанство. Након удаје, са својим сином одлази у Француску, где се стално настањује. Форго се оженио, остао удовац и 1869. године умро у Француској. Иза себе није оставио тестамент, па су се као наследници јавили даљи побочни сродници и француска држава. Они су међусобно оспоравали наследна права другог на заоставштину покретних ствари које су се налазиле у Француској. Наиме, побочни сродници по мајчиној линији су се позивали на баварско право, по коме су могли уживати наследна права, док се француска држава позивала на француско право, према коме побочни сродници родитеља ванбрачног детета не могу бити законски наследници и према коме би коначни наследник била француска држава. Случај је три пута укидан и коначно је француски Касациони суд донео одлуку којом је захтев побочних сродника Форгоа био одбијен. Француски суд је логицирао на следећи начин: француска колизиона норма је на бази држављанства као тачке везивања указала на баварско право. Сходно баварским колизионим нормама за наслеђивање је меродавно право фактичког домицила оставиоца. Како је Форго имао фактички домицил у Француској, то ће се у крајњем примени француско материјално право, по коме је коначни наследник француска држава.<sup>401</sup>

Већ на основу ових примера можемо закључити у чему се састоји природа проблема узвраћања и упућивања. Уколико колизиона норма форума указује на страну меродавно право, поставља се питање шта подразумевамо под страним меродавним правом? Да ли је меродавно страну

<sup>397</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 170.

<sup>398</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 62.

<sup>399</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 190.

<sup>400</sup> Одлука француског Касационог суда од 24. јуна 1878. године, и 22. фебруара 1882. године.

<sup>401</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 60; М. Пак, *Приручник за примену међународној приватној права*, Београд, 1982, 127; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 136; К. Сајко, *МПП*, 191, 192; M. Wolff, *op. cit.*, 190, 191.

супстанцијално или колизионо право? Уколико је одговор у супстанцијалном, односно материјалном праву, судија има конкретан задатак, који се огледа у утврђивању садржине страног материјалног права које ће се у коначном примени, па уколико би у хипотетичком примеру црногорска колизиона норма указивала на француско право, симболички приказана операција изгледала би овако:

ЦГ → ФР,

где се под француским правом подразумевају француске материјалне норме. Међутим, ако под страним меродавним правом подразумевамо и колизионо право, онда то може довести до неколико решења.<sup>402</sup> Уколико црногорске колизионе норме упућују на француско право, а француске колизионе норме, због различите тачке везивања узвраћају на црногорско право, симболички приказана операција изгледала би овако:

ЦГ → ФР → ЦГ,

што би значило да ћемо применити црногорско материјално право, на које су узвратиле француске колизионе норме. Такође, могућа је ситуација која би суштински изгледала једнако као да се ради о супстанцијалном упућивању, а то би био случај кад би француске колизионе норме, на које су указале црногорске колизионе норме, због истоветности тачке везивања само потврдиле меродавност француског права. Симболички ланац, у том случају, изгледао би овако:

ЦГ → ФР → ФР.

Иако је крајњи ефекат исти као код супстанцијалног упућивања, мисаона операција ипак је различита, јер у другом случају садржи корак више. Док у случају супстанцијалног упућивања црногорски судија примењује француско право јер тако сугерише колизиона норма форума, у случају колизионог упућивања он то чини из разлога што на то указује колизиона норма француског права на које је указала црногорска колизиона норма. И у једном и у другом случају, приватноправни однос са елементом иностраности биће решен нормама француског материјалног права, само је питање да ли ће то бити резултат примене црногорске колизионе норме директно, или посредно путем француске колизионе норме. Поред ове две, могућа је и трећа ситуација, а то је упућивање на неко даље право, односно преупућивање. До ове ситуације би дошло уколико би сходно црногорским колизионим нормама требало применити француско право, а француске колизионе

---

<sup>402</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 186.

норме преупућују на право Сједињених Америчких Држава. Символички, ланац логичке операције изгледао би овако:

ЦГ → ФР → САД.

Када кажемо *renvoi* онда под тим подразумевамо једну прилично компликовану интелектуалну операцију, која усложњава процес доласка до меродавног права. Да ли је логично да решење проблемске ситуације са елементом иностраности решимо на начин како предвиђа домаћи законодавац или да то препустимо страним колизионим нормама које ће дати дефинитиван одговор? Које претпоставке морају бити испуњене да би могли говорити о узвраћању и преупућивању? Да ли законодавци предвиђају ову установу у својим законским текстовима? Да ли судије у пракси спроводе мисаоне операције приликом тражења меродавног права? Уколико станемо на становиште колизионог упућивања, када коначно треба применити материјално право, обзиром да ланац сукцесивних узвраћања и преупућивања може бити толико дугачак да води у зачарани круг?<sup>403</sup> На ова и бројна друга питања одговори следе у наставку.

## 2. Претпоставке за настанак узвраћања и преупућивања

Да би уопште могли говорити о установи узвраћања и преупућивања неопходно је да буду остварене одређене претпоставке. Њих има неколико, а манифестују се у следећем:

- 1) прихватање концепције о узвраћању и преупућивању,
- 2) различитост колизионих норми и
- 3) одговарајући чињенични склоп.

Прва претпоставка је начелно-теоријске природе,<sup>404</sup> и подразумева прихватање концепције да се под страним правом подразумева не само материјално, односно супстанцијално право, већ и његове колизионе норме. Без овог елемента не би могли говорити о могућности узвраћања на домаће или преупућивања на неко друго право. Дакле, *renvoi* мора бити допуштен. Међутим, мање је важно да ли се допуштеност цени

<sup>403</sup> М. Петровић, „*Renvoi* у упоредном праву и Закон о решавању сукоба закона“, *Двадесет година закона о међународном приватном праву: зборник радова; Twenty Years of the Private International Law: Collection of Papers*, уредник Мирко Живковић, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, 36; . Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 141.

<sup>404</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 138.

кроз експлицитну законску формулацију или се просто сугерише кроз праксу. Упоредноправно посматрано има примера и једног и другог вида поступања, битно је само да примена *renvoi* није искључена. Уколико ова начелно-теоријска претпоставка не би била остварена, мисаона операција тражења меродавног права састојала би се у веома једноставној примени оног материјалног права на које укаже домаћа колизиона норма и остали бисмо ускраћени за читав низ правнолојичких заврзлама које намеће *renvoi*.

Уколико смо недвосмислено утврдили постојање прве претпоставке, да би дошло до узвраћања и преупућивања неопходно је и да колизионе норме полазног права и колизионе норме права на које су упутиле домаће колизионе норме, буду различите.<sup>405</sup> Ово је централни услов за функционисање механизма *renvoi*, на основу којег се колизиона норма страног права активира, било у правцу узвраћања на домаће право, било у правцу преупућивања на неко даље право.<sup>406</sup> У ситуацији да су колизионе норме истоветне, односно да садрже исту тачку везивања, тада не бисмо могли говорити ни о узвраћању, ни о преупућивању. Ако би црногорска колизиона норма указивала на примену немачког права, на бази *lex nationalis* као тачке везивања, а за исту ситуацију немачка колизиона норма као опредељујућу усваја исту везну околност, тада ће немачка норма једноставно потврдити меродавност немачког супстанцијалног права и не би могло бити говора о неком другом правцу дејства колизионе норме. Страно право једноставно потврђује колициони избор полазног права.<sup>407</sup>

Дакле, колизионе норме форума и колизионе норме оног права на које су домаће колизионе норме упутиле, морају бити различите. Различитост колизионих норми може се манифестовати на различите начине. У првом случају различитост се остварује кроз различитост тачака везивања полазне и стране колизионе норме; затим, тачке везивања могу бити језички истоветне али њихова садржина може бити различита; и на крају, различитост колизионих норми се може манифестовати кроз други конститутивни елемент, односно кроз правну категорију. Наиме, чињенице случаја могу бити различито квалификоване у страном праву и самим тим могу указати на различиту колизиону норму у односу на колизиону норму полазног права.<sup>408</sup>

---

<sup>405</sup> К. Roosevelt, *loc. cit.*, 1828.

<sup>406</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 239.

<sup>407</sup> *Ibidem*.

<sup>408</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 240.

Најједноставнија ситуација настаје уколико полазно колизионо право и колизионо право на које је указало полазно право, за исту правну категорију усвајају различиту тачку везивања. Тада ће, у зависности од распореда чињеница, доћи или до узвраћања или до преупућивања на неко даље право. Уколико би, као у нашем хипотетичком примеру, црногорска колизиона норма на бази држављанства као тачке везивања указала на примену немачког права, а немачка колизиона норма за исту правну категорију усваја тачку везивања *lex domicilii*, то би у конкретном случају значило узвраћање на црногорско или преупућивање на шпанско право, уколико би домицил лица у конкретном случају био у Црној Гори, односно у Шпанији. Дакле, колизиони избор домаћег и страног права је у потпуности различит, што омогућава да *renvoi* буде остварен, и једино тако ће правац дејства колизионе норме бити или узвраћен на домаће, или скренут на неко даље право.<sup>409</sup>

Следећи вид различитости се остварује када су тачке везивања језички истоветне, али садржински различите.<sup>410</sup> Најчешћа тачка везивања која води узвраћању или преупућивању, на овај начин, јесте *lex domicilii*. Уколико колизиона норма форума и колизиона норма права на које је домаћа колизиона норма указала, садрже као тачку везивања домицил странака, то још увек не значи да не може доћи до узвраћања или преупућивања. Све зависи од чињенице како ће појам домицила, садржан у страног колизионој норми, бити квалификован од стране домаћег судије.<sup>411</sup> Став теорије а и праксе је да тумачење стране колизионе норме треба извршити по страном праву, *lex causae*. Уколико је по црногорској колизионој норми, сходно тачки везивања *lex domicilii* меродавно енглеско право, црногорска колизиона норма указује на примену енглеског права. Међутим, без обзира на чињеницу што енглеска колизиона норма такође усваја *lex domicilii* као тачку везивања, могуће је да се и у овом случају оствари узвраћање или преупућивање. Ово је могуће зато што ће домаћи судија појам домицила квалификовати не по црногорском, већ по енглеском праву, које, како смо видели приликом излагања о изигравању закона, познаје разне врсте домицила.<sup>412</sup> Уколико појам домицила, квалификујући га по енглеском праву као *lex causae*, садржински буде истоветан црногорској

<sup>409</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 139.

<sup>410</sup> К. Roosevelt, *loc. cit.*, 1829.

<sup>411</sup> R. Sharpe, „The Multiple Uses of Renvoi in Rule And Interest Analysis-based Choice-of-Law Regimes“, (June 27, 2010), 6, 7; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1623923> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1623923>,

<sup>412</sup> Види излагање о домицилу као често изиграваној тачки везивања.

квалификацији, тада не може доћи до узвраћања или преупћивања, јер ће домицил бити у Енглеској, и то ће довести до примене енглеског права. Уколико се, по схватању енглеског права, домицил налази у Црној Гори, тада би у конкретном случају енглеске колизионе норме узвратиле на примену црногорског права, док би у ситуацији да се домицил налази у Румунији, енглеске колизионе норме преупутиле на примену румунског права. Ово је један специфичан вид *renvoi* у којем долази до комбинације ове установе са установом квалификације, посебно квалификације тачке везивања.<sup>413</sup>

Још један вид различитости колизионих норми може се огледати у различитости правних категорија домаћег и страног права.<sup>414</sup> У Француској, ова проблематика се означава као *renvoi* квалификација<sup>415</sup> и може довести како до узвраћања на полазно, тако и до преупућивања на неко даље право. Наиме, на основу чињеница одговарајуће ситуације домаћи судија квалификује одговарајућу правну категорију, а затим консултује домаћу колизиону норму и на основу тачке везивања у њој садржане, примењује одређено страно право. Међутим, он може поставити питање да ли страно право исто правно питање квалификује на исти начин, или га можда квалификује различито, на начин да се примењује у потпуности другачија правна категорија, односно различита колизиона норма, која може довести до узвраћања или преупућивања.<sup>416</sup> Оваква ситуација може настати уколико се пред црногорским судом постави питање последице престанка ванбрачне заједнице француских држављана домицилираних у Црној Гори, где је заједница и престала. Црногорски судија би на разрешење ове ситуације применио одредбу Закона о међународном приватном праву, која меродавно право одређује сходном применом норми о одређивању меродавног права за област имовинских односа супружника, односно личних односа супружника, а то је право државе чији су та лица држављани. Сагласно овој одредби, на последице престанка ванбрачне заједнице имало би се применити француско право, сходно тачки везивања *lex nationalis*. Међутим, домаћи судија може поставити питање како би француски судија квалификовао престанак ванбрачне заједнице? Обзиром да се, сходно француском праву, престанак ванбрачне заједнице квалификује као деликт, имала би се применити тачка везивања *lex loci delicti*. Дакле, уколико би црногорски судија квалификацију вршио по *lex causae*, односно

<sup>413</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 240, 241.

<sup>414</sup> R. Sharpe, *op. cit.*, 7.

<sup>415</sup> Y. Lequette, *Le renvoi de qualifications*, Mélanges Holleaux, 1990, 249; R. Barish, *loc. cit.*, 1064.

<sup>416</sup> P. Francescakis, *op. cit.*, 82, 83.

по француском праву, онда би прихватио да се ванбрачна заједница квалификује као деликт. На основу такве квалификације имала би се применити француска колизиона норма која садржи тачку везивања *lex loci delicti*, која узвраћа на црногорско право, обзиром да је на територији Црне Горе дошло до престанка ванбрачне заједнице. Дакле, случај би био решен применом црногорског материјалног права на које су указале француске колизионе норме. На изванредан начин, до узвраћања је дошло услед сукоба квалификација *lex fori* и *lex causae*, које су имале различита решења у погледу правних категорија али и другачије ставове по питању типичног везивања за одређену категорију односа.

Прихватање концепције о узвраћању и преупућивању и различитост колизионих норми још увек нису довољна гаранција да ће у конкретном случају доћи до узвраћања на домаће или преупућивања на неко даље право. Да би до тога дошло неопходно је да су чињенице распоређене на одговарајући начин, тако да могу деловати у правцу узвраћања или преупућивања. Уколико би се у Црној Гори поставило питање пословне способности немачког држављанина са уобичајеним боравиштем у Црној Гори, колизиона норма *lex fori* указала би на примену немачког права.<sup>417</sup> Под претпоставком да немачко право за исту правну категорију усваја тачку везивања *уобичајено боравиште*, то би у конкретном случају немачке колизионе норме узвратиле на црногорско право. При другачијем распореду чињеница, да је на пример Немац имао уобичајено боравиште у Ирској, дошло би до преупућивања на ирско право. Али, претпоставимо да је распоред чињеница у конкретном случају такав да се уобичајено боравиште налази у Немачкој. У том случају, норме црногорског права указале би на немачко право, а немачке колизионе норме би само потврдиле избор колизионог права *lex fori*, јер сходно немачком праву и тачки везивања *уобичајено боравиште*, имало би се применити немачко супстанцијално право. Ово нам указује да различитост колизионих норми није довољан услов за остваривање *renvoi*. Црногорска и немачка колизиона норма се у потпуности разликују и прихватају различите критеријуме везивања, али то у овом случају није било довољно за узвраћање и преупућивање, јер чињенице, односно њихов распоред блокирају како узвраћање на домаће, тако и преупућивање на које друго право.<sup>418</sup>

Поред ова три неопходна услова за заснивање *renvoi*, има аутора који сматрају да је различит мериторни исход један од услова узвраћања или

<sup>417</sup> ЗМПП у члану 14 садржи правило по којем је за пословну способност физичког лица меродавно право државе чији је то лице држављанин.

<sup>418</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 242.

преупућивања.<sup>419</sup> У суштини, не би га могли назвати условом у строго формалном смислу, пре би могли говорити о подстицању за предузимање мисаоних операција ради постизања одређеног супстанцијалног резултата. У принципу, до узвраћања или преупућивања може доћи и у случају да се након овог поступка дође до материјалног резултата који је истоветан у полазном, страном или преупућеном праву, али је претпоставка да се судија упушта у проблематику *renvoi* са одређеним практичним циљем, а то је да се, у крајњем, примени домаће материјално право.

### 3. *Renvoi* у домаћем и упоредном законодавству

Установа *renvoi* се различито третира у законодавству и судској пракси упоредноправно посматрано. Има држава које у потпуности одбацују примену узвраћања и преупућивања и у ситуацији када се има решити неки приватноправни проблем са елементом иностраности, па колизионе норме упућују на примену страног права, има се применити супстанцијално страном право, не улазећи у решења која његове колизионе норме предвиђају у истом случају. Са друге стране су оне државе које прихватају само узвраћање на домаће право, не и преупућивање. Следећу групу чине државе које прихватају како узвраћање, тако и преупућивање. И на крају, четврту категорију чине оне државе које прихватају селективну примену узвраћања и преупућивања.

У наставку ћемо се подробније осврнути на сваку од ових група, како бисмо приказали начин на који се *renvoi* примењује и које су његове особености компаративно посматрано.

Како смо рекли, прву категорију држава чине оне чија права уопште не дозвољавају примену *renvoi*, односно у погледу ових земаља није остварена начелно-теоријска претпоставка прихватања узвраћања или преупућивања. Ове државе у суштини не дозвољавају колизиону, већ супстанцијално упућивање, па за домаћег судију нема дилеме у погледу права које треба применити на решење конкретног случаја. Примениће се материјалне норме оног права на које укаже домаћа колизиона норма, независно од колизионих норми тог страног права.<sup>420</sup> У групу држава које се експлицитно противе, односно не дозвољавају *renvoi*, спадају: Бразил, Грчка, Египат, Јордан, Квебек, Кувајт, Перу, Сирија, Тунис.

---

<sup>419</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 243.

<sup>420</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 225.



Слична ситуација наступиће и у Србији након што буде усвојен нови Закон о међународном приватном праву, који у Нацрту садржи одредбу која указује да се право стране државе примењује уз искључење његових правила о одређивању меродавног права, осим ако је овим или другим законом другачије одређено.<sup>421</sup> Хрватски Закон о међународном приватном праву појашњава да примена права неке државе на које упућују одредбе ЗММП значи примену правних правила која су на снази у тој држави, уз искључење њених правила о одређивању меродавног права, уз одређене изузетке.<sup>422</sup>

Египатски Грађански законик искључује примену *renvoi* на следећи начин:

„У случају упућивања на страно право треба применити унутрашње одредбе тог права, искључујући одредбе међународног приватног права.“<sup>423</sup>

Сличну одредбу садржи и грчко право, у којем је примена узвраћања и преупућивања искључена на следећи начин:

„Правила међународног приватног права се не примењују у случају примене страног права.“<sup>424</sup>

Експлицитно искључивање примене узвраћања и преупућивања присутно је и у праву државе Квебек:

„Код упућивања на страно право, упућује се на његова материјална правила уз искључење колизионих правила.“<sup>425</sup>

Модерна формулација о забрани *renvoi* садржана је у Закону о међународном приватном праву Туниса:

„Осим ако у закону није другачије предвиђено, *renvoi* није допуштен, било да води примени туниског права или права неке друге државе.“<sup>426</sup>

Другу категорију држава чине оне чија права прихватају само узвраћање на домаће право. Ово је такозвана егоистичка варијанта *renvoi*,

<sup>421</sup> Члан 37 став 1 нацрта Закона о међународном приватном праву Републике Србије.

<sup>422</sup> Члан 9 Закона о међународном приватном праву Републике Хрватске, „Народне новине“ број 101/17.

<sup>423</sup> Египатски Грађански законик, члан 27.

<sup>424</sup> Грчки Грађански законик, члан 32.

<sup>425</sup> Грађански законик Квебека, члан 3080.

<sup>426</sup> Закон о међународном приватном праву Туниса, члан 35.

која дозвољава ефекат ове установе уколико у конкретном случају дозвољава да се „остане код куће“, односно да се примени домаће право.<sup>427</sup> Државе које спадају у ову групу су Албанија, Јапан, Јужна Кореја, Мађарска, Румунија, Сенегал, Тајланд, Уједињени Арапски Емирати, Шпанија.

Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске, прописује само узвраћање на домаће, тј. мађарско право:

„Уколико по овом закону треба применити страно право, меродавни су прописи тог страног права који непосредно уређују постављено питање.

Ако пак за то питање страно право упућује на мађарско право, тада треба применити мађарско право.“<sup>428</sup>

Сличну одредбу садржи и јапанско право које у Закону о међународном приватном праву предвиђа следеће:

„У случајевима када је меродавно право држављанства једног лица, а то право утврђује меродавност јапанског права, примењује се, уз изузетке који се тичу дејстава брака и односа родитеља и деце, јапанско право.“<sup>429</sup>

Карактеристика примене *renvoi* у свим наведеним државама базира се на једностраности. Изузев у случају да страно право укаже, односно узврати на полазно право, сматра се да се врши супстанцијално упућивање, па се имају применити норме страног материјалног права за разрешење приватноправног односа са елементом иностраности.

Трећу групу чине државе које прихватају и узвраћање и преупућивање. Дакле, за разлику од претходне групе држава, у овој групи се не прави разлика какве су норме страног права, односно какво решење предвиђају, па се прихвата како узвраћање на домаће, тако и преупућивање на неко даље право. У ову групу спадају следеће државе: Аустрија, Босна и Херцеговина, Венецуела, Немачка, Пољска, Турска, Црна Гора.

Пример допуштености узвраћања и преупућивања је норма немачког права следеће садржине:

---

<sup>427</sup> А. Е. Von Overbeck, *Les questionnes générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours générale de droit international privé*, Recueil des Cours, 1982, 135; F. Mosconi, „Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules“, *Recueil des Cours*, 1989, т. 217, 172.

<sup>428</sup> Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске, параграф 4.

<sup>429</sup> Јапански Закон о међународном приватном праву, члан 41.

„Ако се упућује на право друге државе, примењује се њено међународно приватно право, ако се то не противи смислу упућивања. Ако право друге државе узвраћа на немачко право, примењују се немачки материјалноправни прописи.“<sup>430</sup>

Дакле, норме немачког права начелно дозвољавају како узвраћање, тако и преупућивање, обзиром да се страном праву, на које указује домаћа колизиона норма, посматра у укупности, а не само његове материјалне одредбе. Међутим, *renvoi* се у извесном смислу може ограничити уколико се то противи смислу упућивања. Ово се не односи на случај узвраћања на немачко право, када се, без изузетка, имају применити одредбе немачког супстанцијалног права.

Интересантна је, у овом смислу, одредба аустријског Закона о међународном приватном праву. Њоме се дефинише *renvoi* у оба облика, а што је наглашено, то је начин на који се *renvoi* примењује, како се не би остављало простора за различита тумачења. Дакле, норма аустријског закона је експлицитна, како у погледу допуштености узвраћања и преупућивања, тако и у погледу начина примене, како не би било места спекулацијама.

„Упућивање на страни правни поредак обухвата и његова колизиона правила. Ако страни правни поредак узвраћа, тада треба применити аустријска правила материјалног права; у случају упућивања даље, уз примену даљњег упућивања, меродавно је материјално право правног поретка који даље не упућује, односно на који се прво узвратило.“<sup>431</sup>

Ова одредба јасно указује да се приликом узвраћања на аустријско право имају применити аустријске супстанцијалне норме, док се у случају преупућивања ланац прекида онда кад једно од преупућених права утврди сопствену меродавност, или кад узврати на неко од претходних права.<sup>432</sup>

У групу држава које прихватају како узвраћање на домаће, тако и преупућивање на неко друго право спада и Црна Гора. У овом делу се нећемо подробно бавити начином на који је *renvoi* дефинисан у овим државама и начину на који се примењује, јер ће томе бити посвећена посебна пажња у наставку. За сада, циљ је био само да препознамо којој групи Црна Гора припада, да бисмо, нешто касније, приступили детаљнијој анализи решења садржаних у националном закону.

<sup>430</sup> Немачки Закон о међународном приватном праву, члан 4 став 1.

<sup>431</sup> Аустријски Закон о међународном приватном праву, параграф 5.

<sup>432</sup> К. Сајко, *МПП*, 195.

У последњу категорију спадају оне државе које прихватају селективну примену узвраћања и преупућивања. Прве три категорије су, на извештан начин, изражавале општи став о овој установи, у смислу забране или допуштености, у једном или другом виду, док државе у овој категорији имају селективан став према установи *renvoi*.<sup>433</sup> Дакле, у овим земљама *renvoi* се, у форми узвраћања или преупућивања, дозвољава само у одређеној материји, или само у погледу појединих тачака везивања или само уколико води одређеном супстанцијалном резултату.<sup>434</sup> Државе које прихватају *renvoi* на овакав начин су: Буркина Фасо, Италија, Лујзијана, Мексико, Португал, Русија, Тајван, Финска, Чешка, Швајцарска.

Италијанско право, кроз одредбе закона о међународном приватном праву, напустило је општи негативан став<sup>435</sup> према установи *renvoi* и допустило његову примену, али уз извесна ограничења:

„Ако је по следећим члановима меродавно страном право, узима се у обзир упућивање страног међународног приватног права на право друге државе:

- а) уколико право те државе прихвата узвраћање односно упућивање,
- б) уколико се ради о узвраћању на италијанско право.

Међутим, примена претходног става је искључена:

- а) у случајевима у којима је према одредбама овог закона на основу страначког избора утврђена примена страног права,
- б) у случају форме правних послова,
- ц) у случају вануговорних обавеза.<sup>436</sup>

Поред ових ограничења, у питањима брачности детета, позакоњења и признања ванбрачног очинства, *renvoi* ће бити допуштен само уколико узвраћање, односно преупућивање осигуравају, односно доприносе заснивању односа између родитеља и деце.<sup>437</sup> Дакле, ова норма италијанског права је типичан пример селективне примене установе *renvoi*, која се чини зависним од становишта страног права у случају преупућивања, односно успоставља одговарајућа ограничења *ratione materiae*, како би се осигурали одређени резултати.

---

<sup>433</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 247.

<sup>434</sup> *Ibidem*.

<sup>435</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 44.

<sup>436</sup> Италијански Закон о међународном приватном праву, члан 13 ст. 1 и 2.

<sup>437</sup> Италијански Закон о међународном приватном праву, члан 13 став 3.

Слична ситуација постоји и у праву Португала, где се прво заузима став да се под страним правом подразумевају његове материјалне норме, да би се, потом, дозволило узвраћање на домаће право, односно преупућивање на даље право, али само уколико оно себе сматра меродавним, и тада се имају применити његова материјална правила.<sup>438</sup>

За рестриктивну примену установе *renvoi* залаже се и швајцарски законодавац, који експлицитно прописује случајеве у којима је узвраћање, односно преупућивање дозвољено. Узвраћање на швајцарско право је допуштено у случају статусних односа, дозвољава се узвраћање и преупућивање у погледу личног имена лица са пребивалиштем у иностранству, као и у питању наслеђивања лица које је своје последње пребивалиште имало у иностранству.

У Хрватској, новим Законом о међународном приватном праву, након опште констатације о примени права стране државе уз искључење примене његових колизионих норми, изузетно се дозвољава примена правила те државе о одређивању меродавног права, уколико је реч о одређеним правним категоријама. Наиме, колизионо упућивање је дозвољено у материји правне и пословне способности физичких лица, проглашењу несталог лица умрлим, личног имена, материјалних услова за закључење брака и издржавања.<sup>439</sup>

Сви наведени примери из упоредног права показују како се може ограничити примена *renvoi*, било тако што се узвраћање, односно преупућивање везује за тачно одређена питања, односно материју, било тако што се применом ове установе жели осигурати одређени резултат, као у наведеном случају утврђивања порекла детета.

Поред ових, има законодавстава која *renvoi* везују за одређене тачке везивања, какав је случај са финским законодавством. Наиме, Закон о одређеним породичним односима међународног карактера, садржи следећу одредбу:

„Уколико право одређене државе које би требало применити као национално право неког лица указује на право друге државе, то друго право се примењује.“<sup>440</sup>

Став *renvoi* у Сједињеним Америчким Државама<sup>441</sup> градио се у судској пракси, која се темељи на другом *Restatement*-у.<sup>442</sup> Наиме, општи став је да

<sup>438</sup> О *renvoi* говоре одредбе чл. 16, 17, 18 и 19 Грађанског законика Португала.

<sup>439</sup> Члан 9 став 2 ЗМПП Хрватске.

<sup>440</sup> Фински Закон о одређеним породичним односима међународног карактера, члан 53.

<sup>441</sup> *Restatement II*, čl. 7 i 8.

<sup>442</sup> *Restatement, Conflict of Laws, paragraph 7 (b)*: „Where in making the choice of law to govern a certain situation the law of another state is to be applied, since the only Conflict of Laws used in the

се приликом указивања на страно право као меродавно, има применити материјално право те државе.<sup>443</sup> Међутим, примена *renvoi* је дозвољена у два случаја. Први се односи када је предмет одређеног колизионог правила такав да би његовом применом суд дошао до истог резултата као и суд стране државе. У том случају примењују се стране колизионе норме из прагматичних разлога. Други изузетак због којег се може прихватити *renvoi* је непостојање веће заинтересованости за конкретан случај, при чему су странке и судови свих заинтересованих држава јединствени у избору материјалног права меродавног за случај, *in concreto*. У ранијој америчкој литератури, изразит поборник ове установе био је *Griswold*,<sup>444</sup> а противник *Lorenzen*.

#### 4. *Renvoi* – за и против

Без обзира што се, у извесном смислу, питање узвраћања на домаће или преупућивања на неко даље право јављало и пре одлуке у случају Форго, ипак је, како смо видели, до жучних полемика дошло након одлуке француског Касационог суда у овом предмету. Јавила су се многа мишљења о томе да ли је ова установа потребна, да ли се путем узвраћања и преупућивања ремети суштина и задатак колизионих норми, или се напротив одговара интернационалистичким задацима међународног приватног права, да ли се *renvoi* може примењивати селективно...? Ставови о овим питањима касније ће искристалисати законодавна решења која, како смо видели, варирају, од оних држава које *a priori* одбацују ову установу, до држава које је прихватају делимично, условно или безусловно. Све ово зависи од чињенице да ли су код односног законодавца преовладали ставови *pro* или ставови *contra* установи *renvoi*.

Присталице узвраћања и преупућивања износе неколико аргумената у прилог овој установи. Разлози су практичне природе и тичу се могућности хармонизације решења и проширења примене домаћег права.<sup>445</sup>

Применом *renvoi* омогућава се хармонизација решења<sup>446</sup> на начин да се у једнаким ситуацијама примењује увек исто супстанцијално право,

---

*determination of the case is the law applicable to the matter in hand and not the Conflict of Laws of the foreign state*“.

<sup>443</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 61.

<sup>444</sup> E. Griswold, „Renvoi Revisited“, 51 *Harvard Law Review*, 1938, 1165.

<sup>445</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 244; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 140; М. Петровић, *loc. cit.*, 37, 38.

<sup>446</sup> P. Francescakis, *op. cit.*, 145.

независно од чињенице где се спор води.<sup>447</sup> На тај начин, сматрају поборници *renvoi*, доприноси се униформности у поступању,<sup>448</sup> у чему се огледа предност ове установе.<sup>449</sup> Уколико се вратимо на хипотетички пример пословне способности немачког држављанина са уобичајеним боравиштем у Ирској, на једноставан начин ћемо приказати како се остварује хармонизација у решењима. Дакле, црногорска колизиона норма ће на бази држављанства као тачке везивања указати на примену немачког права, немачко право ће на бази уобичајеног боравишта као тачке везивања преупутити на ирско право, а ирско право то преупућивање прихвата јер и само предвиђа примену права оне државе у којој се налази уобичајено боравиште физичког лица. Дакле, несумњиво постоји сагласност између сва три права о томе да се на питање пословне способности има применити ирско право. Црногорско право посредно, односно путем преупућивања прихвата меродавност ирског права, на једнаким позицијама стоји и немачко право, а са тим се слаже и ирска колизиона норма. На овај начин, прихватајући исто супстанцијално решење, несумњиво се постиже хармонизација у одлучивању.

Још један чувен пример у прилог тези да се путем *renvoi*, тачније преупућивања као једне од његових манифестација, доприноси хармонизацији решења, конструисао је немачки аутор Рапе.<sup>450</sup> Наиме, швајцарски држављанин и његова нећака, такође швајцарска држављанка, домицилирани у Русији, одлуче да склопе брак. Према швајцарском материјалном праву овај брак би био инцестуозан, док то не би била ситуација према руском праву. И према руском и према швајцарском праву меродавно право за оцену пуноважности брака се одређује на основу пребивалишта вереника у време закључења брака. Дакле, и руско и швајцарско право указују на примену руског права, по којем је брак пуноважан. Међутим, претпоставимо да се питање пуноважности брака постави пред немачким судијом. Сходно немачкој колизионој норми за питање пуноважности брака меродавно је право држављанства вереника, дакле швајцарско право. Али, норме швајцарског права преупућују на руско право, па би брак, и у овом случају, остао на снази. Овако поступајући, постижу се идентична решења по швајцарском, немачком и руском праву, јер свако од њих прихвата меродавност руског супстанцијалног права. И не само то, поштују се и легитимни интереси странака, што није без значаја.

<sup>447</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 202.

<sup>448</sup> R. Barish, *loc. cit.*, 1076.

<sup>449</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 199, 200.

<sup>450</sup> *Recueil des Cours*, 1934, t. IV, 413.

Посматрајући поступање судова у већ описаним случајевима, лако се може закључити да се на овај начин заиста може постићи хармонизација у решењима, јер независно од чињенице у којој се држави питање пословне способности физичког лица, односно пуноважности брака постави, решење је у сваком случају истоветно и огледа се у примени истог супстанцијалног права. Међутим, оваква хармонизација баш и нема чврст ослонац, обзиром да би чак и мало поигравање са чињеничним склопом нарушило баланс решења. Другачији распоред чињеница хармонију би преобратио у дисхармонију поступања.

Уколико би у нашем првом хипотетичком примеру немачка колизиона норма преупутила на право Србије које, као и црногорско, усваја тачку везивања *lex nationalis*, то би у конкретном случају довело до нарушавања хармоничне ситуације, јер би заправо ушли у зачарани круг узвраћања односно преупућивања. Црногорско право би указало на немачко, немачко би преупутило на српско, српско би узвратило на немачко, које би, поново, упутило на српско, које би опет, и по ко зна који пут, узвратило на немачко... И овако у недоглед, са врло јасном констатацијом да о хармонији више не може бити говора.

У извесним ситуацијама хармонија може бити епилог преупућивања, али само у случају да последње право у низу прихвата да буду примењене његове супстанцијалне норме, на начин како то предвиђају колизионе норме полазног права и права на које су упутиле колизионе норме форума. У супротном, о истоветном супстанцијалном резултату не можемо говорити.

Поред овог аргумента који и није тако чврсто утемељен и који игра околности може пољуљати, следећи разлог за примену *renvoi* јесте проширење примене домаћег супстанцијалног права.<sup>451</sup> Ови егоистички разлози су највероватније основни мотиви за прихватање установе узвраћања и преупућивања, јер ће у ситуацији ако се *renvoi* прихвати, чак и онда када домаће колизионе норме предвиђају примену страног права, ипак доћи до примене домаћег супстанцијалног права, у случају да страна колизиона норма на њега узврати. Колико год било спора о томе да ли прихватити узвраћање и преупућивање, или само узвраћање, као и спор о томе где треба стати у ланцу сукцесивних узвраћања и преупућивања, не постоји дилема о томе да се у случају узвраћања на домаће право, свако узвраћање прихвата као супстанцијално, никако колизионо.<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 203.

<sup>452</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 38.



Поред ових разлога, још један аргумент у прилог *renvoi* јесте правилна примена права. Наиме, уколико у конкретној ситуацији, сходно домаћој колизионој норми, треба применити страно право, онда га треба применити онако како би га применио страни суд.<sup>453</sup> Упућивањем на страни правни поредак, упутили смо и на његове колизионе норме, од којих, у крајњем, зависи исход решења. Уколико оне предвиђају меродавност властитог материјалног права, оно ће бити и примењено, али могу и преупутити на неко друго право.<sup>454</sup> Примењујући *renvoi* није довољно да се само страно материјално право примењује као у дотичној страниој држави, већ на истоветан начин треба применити и страно колизионо право, од којег и зависи решење приватноправног проблема са елементом иностраности. Уколико, као у нашем хипотетичком примеру, црногорска колизиона норма указује на примену немачког права, црногорски судија треба у потпуности да се стави у позицију немачког судије, и да немачко право примени онако како би га применио немачки судија. Немачки судија би свакако применио не само супстанцијално, већ и колизионо право, што ће у конкретном случају, у зависности од распореда чињеница, довести до узвраћања или преупућивања. Овакав став забележен је још у већ описаном случају *Collier v Rivaz*, где је енглески судија, расправљајући питање пуноважности тестаментa, прихватио узвраћање белгијског права на енглеске супстанцијалне норме, које су омогућиле да се тестамент прогласи пуноважним. У пресуди, између осталог, судија истиче: „Сматрам као да судим у Белгији.“<sup>455</sup> Ова реченица јасно указује на интенцију енглеског судије да се белгијско право, на које је указала енглеска колизиона норма, примени у укупности, дакле не само материјалне већ и колизионе норме, али и да се примене на начин како би то урадио белгијски судија. На овај начин, страно право се примењује сагласно вољи стране државе.

Противницима установе узвраћања и преупућивања<sup>456</sup> ови аргументи нису били довољни да промене мишљење о потреби примене колизионих норми на овај начин. Оно што је примарна замерка прихватању *renvoi* то је недостатак логике у прихватању решења које предвиђа страна колизиона норма, у односу на решење које у истом случају нуди колизиона норма *lex fori*.<sup>457</sup> Уколико домаћи судија има за задатак да консултује домаћу

<sup>453</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 140.

<sup>454</sup> К. Сајко, *МПП*, 192.

<sup>455</sup> J. O'Brien, *Smith's Conflict of Laws*, London 1999, 140.

<sup>456</sup> О критикама установе *renvoi* погледај А. Gray, „The Rise of Renvoi in Australia: Creating the Theoretical Framework“, *University of New South Wales Law Journal*, 30 (1), 2007, 12-15.

<sup>457</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 197, 198.; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 244; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 140; М. Петровић, *loc. cit.*, 39.

колизиону норму и уколико се законодавац потрудио да кроз њену тачку везивања одреди право које је категоријално најближе повезано са случајем, зашто онда тако експлицитно изражену вољу законодавца изиграти? Зашто не применити тако изабрано право? Уколико, као у нашем хипотетичком примеру, црногорска колизиона норма указује на немачко право, преко држављанства у функцији локализатора, то значи да је мерилима правне политике црногорског законодавца држављанство прихваћено као најрепрезентативнија релевантна веза, а чињенице случаја су тако распоређене да указују на немачко право. Противници *renvoi*, у овом и сличним случајевима, би налагали примену немачког материјалног права. Дакле нема аргумената који би објаснили „зашто би судија требало да да преимућство колизионом правилу страног законодавца, уместо да прихвати решење сукоба закона које даје сопствени законодавац.“<sup>458</sup>

Такође, још једна нелогичност по мишљењу заступника контра става када је у питању примена *renvoi*, огледа се у начину прекида ланца сукцесивних узвраћања и преупућивања, у случају када првоупућено или неко даље право узвраћа на домаће. Доследност у прихватању концепта колизионог упућивања у сваком, па и овом кораку, довела би до немогућности решавања конкретног случаја, зато што би се лоптица стално пребацивала са полазног на страног право, страног право би узвратило на домаће, односно полазно, које би поново упућило на страног.<sup>459</sup> Да се вратимо нашем хипотетичком примеру: црногорски судија који расправља питање пословне способности немачког држављанина са уобичајеним боравиштем у Црној Гори, имао би, на бази држављанства као тачке везивања, применити немачко право. Под претпоставком да немачка колизиона норма за исту правну категорију предвиђа уобичајено боравиште као тачку везивања, то би узвратило на црногорско право. Црногорски судија прихвата тако узвраћену лоптицу од стране немачког права, али је не задржава, већ је поново прослеђује у правцу немачког права, који ће опет, и опет, узвратити ка црногорском праву. Символички, овај ланац сукцесивних узвраћања и упућивања би изгледао овако:

ЦГ → ГЕР → ЦГ → ГЕР → ЦГ → ГЕР → ЦГ → ГЕР → ЦГ → ГЕР → ЦГ → ∞

Дакле, нема довољно добрих аргумената да се већ започети процес узвраћања и преупућивања заустави.<sup>460</sup> Зашто се, у случају узвраћања, под

<sup>458</sup> Н. Lewald, „La theorie du renvoi“, *Recueil des cours*, vol. 29, 1929, 615, посредно према Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 140.

<sup>459</sup> R. Barish, *loc. cit.*, 1066.

<sup>460</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 140.

домаћим правом подразумева супстанцијално право, а под страним правом увек и супстанцијално и колизионо?

Не сматра се адекватним ни образложење присталица *renvoi* да се приликом узвраћања на домаће право оно примењује зато што страни законодавац у случају упућивања на то страно право сматра да оно не треба да буде примењено. Овај аргумент се не може сматрати довољно јаким јер је и домаћа колизиона норма указала на примену страног права зато што сматра да се домаће у конкретном случају не треба применити. Уколико је на почетку мањкало критеријума за примену домаћег права, како су се ти критеријуми касније остварили, уколико се околности случаја нису мењале? Опет се вратимо хипотетичком примеру: црногорска колизиона норма је указала на немачко право, јер не жели да буде примењено црногорско супстанцијално право. Немачка колизиона норма такође не жели да њено супстанцијално право буде примењено. Но, да ли је недостатак мотива у примени страног супстанцијалног права довољан мотив за примену домаћег? Да ли упутства домаће колизионе норме треба доследно следити? Уколико је одговор на ово питање потврдан, не би могли изаћи из зачараног круга. Заправо, из зачараног круга не би могли изаћи никад уколико би свако узвраћање, односно преупућивање подразумевали колизионим узвраћањем и преупућивањем, и уколико би норме преупућеног права узвратиле на првоупућено или полазно. У нашем примеру црногорске колизионе норме која упућује на примену немачког права, које потом преупућује на српско, зачарани круг би настао у два случаја. Уколико српска колизиона норма узврати на црногорско право као полазно или у случају враћања на немачко као на првоупућено право. Символички, ситуацију би могли приказати овако:

$$\text{ЦГ} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \text{ЦГ} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \text{ЦГ} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \infty$$

односно

$$\text{ЦГ} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \text{ГЕР} \rightarrow \text{СР} \rightarrow \infty$$

У сваком случају, долази до немогућности примене било ког супстанцијалног права, јер право сваке државе сматра да неко друго право има решити конкретно питање, али не постоји формула за заустављање на одређено супстанцијално право. Једина могућност изласка из овог магичног круга постојала би онда уколико би неко од права на које се упутило или преупутило сматрало да су његове супстанцијалне норме меродавне у конкретном случају. Таква би ситуација била уколико би немачке колизионе норме усвајале тачку везивања као и црногорске или ако би норме преупућеног

права предвиђале меродавност сопственог супстанцијалног права. Символички, ситуације би изгледале овако:

ЦГ → ГЕР → ГЕР

или

ЦГ → ГЕР → СР → СР

Следећи, врло практичан, аргумент против установе узвраћања и преупућивања тиче се положаја суда или других органа у поступку примене страног права.<sup>461</sup> Наиме, примена страног колизионог права представља знатну тешкоћу којом се отежава положај домаћег судије и повећава неизвесност у исходу спора.<sup>462</sup> Понекад је тешко сазнати и страно материјално право, а да не говоримо о страном колизионом праву.<sup>463</sup> У случају узвраћања, домаћи судија треба да сазна страно право не би ли применио домаће, што је по мало апсурдна ситуација. Зашто једноставно не би одмах применио домаће материјалне норме? Још тежи задатак стоји пред њим уколико треба да сазнаје више права, као у случају преупућивања. У сваком случају ради се о врло компликованој операцији, коју додатно усложњава чињеница што колиционе норме не морају бити кодификоване.<sup>464</sup>

Како видимо, аргумената за и против *renvoi* не фали. У њима садржане добре и мање добре стране ове установе и, у зависности од преовладавања једног или другог мишљења, државе су категорисане у оне које се оштро супротстављају како узвраћању тако и преупућивању, олакшавајући, на тај начин, задатак домаћег судије, који има да примени страно право на које је указала домаћа колициона норма, без икаквих вратоломија и без залажења да ли то страно право „жели да буде примењено“. Друге су оне државе које само желе да прошире примену домаћег супстанцијалног права. У њима се изразито благонаклоно гледа само на узвраћање, које ће омогућити да се приватноправни однос реши сходно одредбама домаћег материјалног права, али не прихватају другу манифестацију у смислу преупућивања, јер се егоистички интереси овом супротстављају. Помирљиви концепт прихваћен је у државама које обраћају пажњу како на задовољење сопствених интереса кроз примену домаћег права, у случају узвраћања, али и примену страног права у случају преупућивања. На крају, ту су и оне земље које усвајају селективну примену овог института.

<sup>461</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, стр. 244.

<sup>462</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 141.

<sup>463</sup> М. Wolff, *op. cit.*, стр. 198.

<sup>464</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 141.

## 5. Начин и поље примене *renvoi*

### 5.1. Начин примене усйоанове узвраћања и преупућивања

Када смо одредили категорије држава у којима се *renvoi* примењује, онда остаје да видимо на који начин државе то чине, обзиром да се јављају различита мишљења о томе како применити установу узвраћања и преупућивања. Наиме, уколико смо сагласни да је указивање на меродавно право заправо указивање и на његове колизионе норме<sup>465</sup>, онда се намећу нове дилеме: где треба стати приликом сукцесивних узвраћања и преупућивања, колико далеко тај ланац треба да сеже, односно на који начин изаћи из зачараног круга?<sup>466</sup>

Један од начина да се прекине ланац преупућивања јесте примена *renvoi* у једном кораку. Ово је такозвани делимични или *single renvoi*,<sup>467</sup> где као меродавно прихватамо супстанцијално право оне државе на које су указале колизионе норме првоупућеног права, на које су упутиле колизионе норме форума.<sup>468</sup> Заступник оваквог начина примене установе *renvoi* је француски аутор *Louis-Lucas*, који у чланку „Поједностављени поглед на *renvoi*“ образлаже ову технику на начин да уколико форум сматра да на основу домаће колизионе норме и тачке везивања коју она садржи треба применити страно право, онда треба прихватити решење на које указује колизиона норма те стране државе, односно избор колизионих норми првоупућеног права треба прихватити као коначан избор.<sup>469</sup>

Дакле, уколико се у конкретном случају постави питање примене меродавног права у држави А, па њене колизионе норме указују на примену права државе Б, дефинитиван одговор на конкретно питање са елементом иностраности зависи од колизионог права државе Б. Уколико оно даље преупути на право треће државе, државе Ц, примениће се норме тог права, и то његове супстанцијалне норме, независно од става колизионих норми права државе Ц. Смисао оваквог начина примене огледа се у чињеници да се став страног права, у овом случају права државе Б, треба прихватити као коначан. Ово, у суштини, значи да ће се упућивање од стране првоупућеног права посматрати као супстанцијално, а не колизионо упућивање, па се

<sup>465</sup> Уз изузетке оних држава у којима је то експлицитно искључено и које под страним правом подразумевају само његове материјалне норме.

<sup>466</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 143; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 247.

<sup>467</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 143.

<sup>468</sup> *Ibidem*.

<sup>469</sup> L. Lucas, „Vue simplifié du renvoi“, *Revue critique de droit international privé*, 1964, 14.

из тог разлога има применити право државе Ц. Притом се неће водити рачуна о томе какав став по том питању заузима право државе Ц, да ли оно можда узвраћа на право државе Б, или преупућује даље. Али, уколико ово право прихвата преупућивање, дакле уколико сматра да су баш његове супстанцијалне норме позване да реше конкретно питање, тада би се остварила уједначеност у решењима, односно међународна хармонија одлучивања, о којој је већ било говора.<sup>470</sup> Међутим, у ситуацији да право државе Ц накнадно узвраћа на право полазне државе, онда се оно има и применити.

Уколико би се, за тренутак, вратили нашем хипотетичком примеру у којем се расправља питање пословне способности немачког држављанина са уобичајеним боравиштем у Црној Гори, тада би црногорска колизиона норма упутила на немачко право, па би се став немачких колизионих норми узео као коначан приликом одређивања меродавног права. Уколико би немачке колизионе норме, применом тачке везивања *уобичајено боравиште*, узвратиле на црногорско право, ово узвраћање би сматрало супстанцијалним указивањем на црногорско право. Символички, тај ланац приказали би на овај начин:

ЦГ → ГЕР → ЦГ

У ситуацији да је немачки држављанин имао уобичајено боравиште у некој другој држави, а не Црној Гори, онда би се норме тог права сматрале меродавним. Уколико би, као што је раније навођено, његово уобичајено боравиште било у Србији, српско материјално право би било меродавно за расправљање конкретног питања:

ЦГ → ГЕР → СР

Међутим, иако теоријски овај ланац сукцесивних узвраћања и преупућивања може бити веома дуг, то се у пракси никад не догађа, јер државе немају толико различитих тачака везивања за исту праву категорију.<sup>471</sup> Зато, до природног пуцања овог ланца долази већ код треће или четврте карике, али и даље остаје отворено питање на који начин се тај ланац прекида, односно где се узвраћање и преупућивање завршава?

Један од начина да се *renvoi* прекине, јесте ситуација у којој норме оног права на које је преупућено прихватају да се приватноправно питање са елементом иностраности разреши применом његових супстанцијалних правила. Дакле, у сваком случају кад колизионе норме првоупућеног права преупуте на неко даље право, а норме тог даљег права тај избор прихвате,

<sup>470</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 248.

<sup>471</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 248.

доћи ће до природног пуцања ланца узвраћања и преупућивања, па би се примениле норме оног права које то преупућивање прихвата. Дакле, уколико право на које се преупућило то преупућивање прихвата, избор је коначан и примењују се норме тако утврђеног супстанцијалног права.

Следећа техника примене установе *renvoi* јесте такозвана теорија страног суда,<sup>472</sup> дупли или тотални *renvoi*.<sup>473</sup> Ова теорија се развила у Енглеској, где се још 1841. године, у већ цитираном случају *Collier v Rivaz*, судија изјаснио реченицом „сматрам као да судим у Белгији“, што управо осликава овај теоријски модел решавања узвраћања и преупућивања. Дакле, поред упућивања на меродавно право у целини, што ће рећи и на његове колизионе норме, што је један од предуслова за *renvoi*, у овој теорији се још води рачуна о томе какав став по питању *renvoi* заузимају норме првоупућеног права. Дакле, уколико норме државе А упућују на примену права државе Б, тада не само да ћемо консултовати колизионе норме државе Б, већ и начин како се у тој држави схвата узвраћање и преупућивање. Ово, у суштини, значи да ће се, приликом тражења меродавног права, судија у држави А у потпуности ставити у позицију судије државе Б, отуда и назив теорија страног суда.

За пример<sup>474</sup> примене *renvoi* на овај начин најбоље је приказати хипотетички случај одређивања или промене личног имена енглеског држављанина са домицилом у Црној Гори. Енглеска колизиона норма би, у овом случају, на бази домицила као тачке везивања, указала на примену црногорског права. Дакле, енглески судија би применом дуплог или тоталног *renvoi* требао да консултује не само црногорске колизионе норме, већ и став Црне Горе, односно њеног права о *renvoi*. Другим речима, енглески судија треба да суди као црногорски, па се поставља питање како би судио црногорски судија у конкретном случају? Црногорски судија би консултовао норму закона о међународном приватном праву која налаже примену права оне државе чије је то лице држављанин, што би, у конкретном случају, било енглеско право. Међутим, с обзиром да црногорско право прихвата *renvoi*, то значи да ћемо као меродавно применити право оне државе на које су упућиле колизионе норме првоупућеног права, на које су указале колизионе норме *lex fori*, што је у конкретном случају црногорско право. Црногорски судија би применио супстанцијално право на које укаже енглеска колизиона норма, што води примени црногорског материјалног права. У овом случају,

<sup>472</sup> R. Mortensen, „Troublesome and Obscure“: The Renewal of Renvoi in Australia, *Journal of Private International Law*, Vol. 2, No 1, 2006, 10.

<sup>473</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 144.

<sup>474</sup> За још неке примере примене *renvoi* у пракси погледај А. Gray, *loc. cit.*, 2-5; R. Mortensen, *loc. cit.*, 3-9.

применом теорије страног суда, енглески судија уколико би судио као црногорски, на питање одређивања или промене личног имена имао би применити црногорско материјално право.

У конкретном случају, енглеска и црногорска колизиона норма за исту правну категорију предвиђају различите тачке везивања, *lex domicilii* односно *lex nationalis*, обе државе прихватају *renvoi*, односно сматрају да треба применити право оне државе на које указују норме првоупућеног права, на које су указале колизионе норме форума, што је у крајњем допринело да ће енглески судија, који суди као црногорски, применити црногорско материјално право, због позитивног става црногорског права према *renvoi*.

Међутим, уколико би распоред чињеница конкретног случаја био нешто другачији, да је, рецимо, енглески држављанин имао домицил у Бразилу, тада би енглеска колизиона норма указала на право Бразила. Прихватањем теорије страног суда, енглески судија би имао судити као бразилски. Како би бразилски судија приступио решењу у конкретном случају? Он би консултовао колизиону норму *lex fori*, и под претпоставком да бразилско право прихвата тачку везивања *lex nationalis*, то би довело до примене енглеског права. Поред консултовања бразилске колизионе норме, задатак енглеског судије био би да провери и какав је став бразилског права по питању установе узвраћања и преупућивања. Како Бразил спада у круг држава које не прихватају *renvoi*, то значи да би у конкретном случају бразилски судија применио материјално право оне државе на које указују његове колизионе норме, што је у конкретном случају енглеско право. Дакле, енглески судија уколико би судио као бразилски применио би енглеско право, и то енглеске супстанцијалне норме.

Суштина дуплог, односно тоталног *renvoi* огледа се у ставу које првоупућено право заузима по питању допуштености узвраћања односно преупућивања. Управо се ово третирао недостатком ове теорије, јер се води рачуна не о томе какав је став домаћег права по питању *renvoi*, већ какав је став страног, односно права на које су указале домаће колизионе норме.<sup>475</sup>

Оно што је основна замерка теорије страног суда је што не може да да одговор на питање сукцесивног узвраћања и преупућивања у ситуацији када првоупућено право такође прихвата технику дуплог *renvoi*. У нашем првом примеру енглески судија је судио као црногорски и применио је црногорско право. Међутим, у ситуацији да се у Црној Гори примењује техника дуплог *renvoi*, то би опет довело до зачараног круга, јер би енглески судија судио као црногорски, а црногорски би судио као енглески, који би, опет, судио као црногорски... На овај начин поново улазимо у зачарани круг.

<sup>475</sup> G. C. Cheshire, *op. cit.*, 70-80; R. H. Graveson, *op. cit.*, 64.



У зачарани круг би ушли увек, изузев у ситуацији да нормe првоупућеног права не прихватају овакав начин узвраћања и преупућивања.<sup>476</sup>

## 5.2. Поље примене *renvoi*

Државе се, како смо видели, разликују по питању прихватања установе узвраћања и преупућивања, али и оне које овај институт прихватају имају различите технике за превазилажење, односно прекидање зачараног круга, у случају више сукцесивних узвраћања и преупућивања.

Међутим, чак и у државама које прихватају овај институт као општи, његова примена није општа, већ се јавља потреба да неке правне ситуације остану ван домашаја ове установе, па се сматра неопходним утврђивање поља примене узвраћања и преупућивања.<sup>477</sup> Поједине државе кроз прописе експлицитно ограничавају поље примене *renvoi*. У том смислу, већ цитирана одредба јапанског закона<sup>478</sup> дозвољава узвраћање у случајевима када се меродавно право одређује на основу тачке везивања *lex nationalis*. Немачко право искључује примену *renvoi* у случајевима када странке аутономијом воља одређују меродавно право, у области издржавања, код форме правних послова.<sup>479</sup> Италијанско право искључује *renvoi* у областима у којим су странке уговориле меродавно право, код питања форме правних послова и вануговорних обавеза.<sup>480</sup> Аустријско право предвиђа да се *renvoi* примењује код питања неоснованог обогаћења, али се не примењује у области форме правних послова, аутономије странака за уговорне односе.

Постоје и државе у којима узвраћање, односно преупућивање није експлицитно ограничено *ratione materiae*, већ се законодавац послужио једном описном конструкцијом, преваљујући решење конкретног случаја на судију. Пример оваквог поступања наилазимо у праву Немачке, чија одредба гласи:

„Ако се упућује на право друге државе, примењује се њено међународно приватно право ако се то не противи смислу упућивања.“<sup>481</sup>

<sup>476</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 144, 145; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 249, 250.

<sup>477</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 40; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 249, 250; К. Сајко, *МПП*, 201.

<sup>478</sup> Јапански Закон о међународном приватном праву, члан 29.

<sup>479</sup> Немачки Закон о међународном приватном праву, чл. 4, 11, 18, 26.

<sup>480</sup> Италијански Закон о међународном приватном праву, члан 13.

<sup>481</sup> Немачки Закон о међународном приватном праву, члан 4.

Сличну одредбу садржи право Чешке, које предвиђа нешто комплекснију улогу судије приликом примене страног права:

„Ако на основу одредаба овог закона треба применити правни поредак чије одредбе узвраћају назад или преупућују на право треће државе, може се прихватити такво упућивање ако одговара разумном и праведном уређењу односа.“<sup>482</sup>

У оваквим случајевима судија може применити *renvoi* уколико након испитивања околности утврди да је то разумно, правично и оправдано.<sup>483</sup>

Француска судска пракса примењује *renvoi* у статусним стварима, наслеђивању покретних ствари, у случају развода брака, позаконења, док га искључује из области у којима странке бирају меродавно право аутономијом воља, као и у питањима одређивања меродавног права за имовинска дејства брака.<sup>484</sup>

Енглеска судска пракса примењује *renvoi* на статусна питања, формалну пуноважност тестаментa и законско наслеђивање, и то када се упућивање врши на право домицила оставиоца, право места где је тестамент сачињен и право места налажења ствари које чине заоставштину.<sup>485</sup> У области породичноправних односа *renvoi* се примењује код способности за закључење брака, формалне пуноважности брака и позаконења. *Renvoi* је искључен у материји деликата, осигурања, поклона, хартија од вредности, хипотеке, уговорних односа где су странке уговориле меродавно право. У овим случајевима, сходно енглеској судској пракси, упућивање је супстанцијално а не колизионо, па се имају применити материјалне норме страног права на које је указала енглеска колизиона норма.<sup>486</sup>

Посматрањем одредаба у поредак законодавства као и судској пракси, можемо закључити да се *renvoi* највише примењује у статусним питањима, у области породичноправних односа и материји наслеђивања, док је домен уговора најчешће ван домаћаја установе узвраћања и преупућивања, јер се ради о области у којој странке испољавају своју аутономију воље избором одговарајућег меродавног права.<sup>487</sup> Због одређених околности има

<sup>482</sup> Чешки Закон о међународном приватном праву, члан 35.

<sup>483</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 41.

<sup>484</sup> К. Сајко, *МПП*, 203; М. Петровић, *loc. cit.*, 41.

<sup>485</sup> К. Сајко, *МПП*, 202.

<sup>486</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 41.

<sup>487</sup> J. Prebble, „Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws“, *Cornell Law Review*, vol. 58, No 4, 1973, 693.

разлога да се *renvoi* искључи и из области вануговорних обавеза, односно грађанскоправних деликата. Такође, одређена ограничења узвраћању и преупућивању могу чинити и алтернативно формулисане тачке везивања, као и међународни уговори који у појединим случајевима у потпуности искључују примену *renvoi* у материји коју регулишу.<sup>488</sup>

Примена установе узвраћања и преупућивања би била неспојива са аутономијом воље, па зато велики број држава експлицитно прописује да се *renvoi* не примењује у случајевима када странке сагласношћу воља одреде право које ће бити меродавно за расправљање њиховог односа. У тренутку кад се странке договарају око избора одговарајућег права, оне то чине у односу на садржину његових материјалних норми, зато што тако изабрано право одговара њиховим интересима. Странке дефинитивно нису имале на уму колизионо, већ само супстанцијално право. Уколико су оне изричитом или прећутном аутономијом воље постигле консензус о примени права државе А, онда су то учиниле са јасном намером и циљем, а то је да се материјалне норме тог права примене на њихов случај. Нису одабрале право државе А како би оно упутило на право државе Б, чију су примену заправо хтеле. Да је њихова воља била усмерена у правцу норми права државе Б, онда би га оне директно уговориле, не рачунајући на колизиону комбинаторику. Право државе А им пружа ефекте које су странке имале на уму приликом уговарања његове примене, а ти ефекти се могу довести у питање применом установе узвраћања и преупућивања.<sup>489</sup> Из ових разлога сматрамо да се примена *renvoi* противи суштини и сврси аутономије воље.<sup>490</sup>

Такође, у домену уговорних односа, када смо до меродавног права дошли применом принципа најближе везе, требало би искључити *renvoi*. Наиме, принцип најближе везе, као једна оквирна тачка везивања, има задатак да локализује однос на један другачији начин. Судија мора да испита квалитет и квантитет веза са одређеним правним порецима, и да примени оно право које је са случајем најтешње повезано. Међутим, уколико би тако изабрано право било само одскачна даска за узвраћање или преупућивање, онда би смисао принципа најближе везе био у потпуности изгубљен. Јер, разлика између непосредно везујућих и оквирних тачака везивања условљава овакво поступање. Приликом примене установе узвраћања и преупућивања, код непосредно везујућих тачака везивања, правац деловања

<sup>488</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 250.

<sup>489</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 250.

<sup>490</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 147.

је донекле извештан. Држављанство, домицил или место налажења ствари су такве тачке везивања које ће нас довести до тачно одређеног права у конкретном случају. Насупрот овом, у принципу најближе везе садржана је доза неизвесности, јер се не може унапред знати које ће право судија одабрати као најтешње повезано са конкретним уговорним односом.<sup>491</sup> Функционалном анализом принципа најближе везе долазимо до закључка да судија има за циљ да примени оно право које је најближе повезано са случајем, а *renvoi* ће га од тако утврђеног права само удаљити.<sup>492</sup>

Када су остале тачке везивања у питању у материји уговорних односа, *renvoi* се такође сматра искљученим, без обзира што аргументи нису толико јаки, као у случају аутономије воље и принципа најтешње повезаности.<sup>493</sup> У том правцу се изјашњавају и одређене међународне конвенције, о чему ће више речи бити у наставку.

Постоје разлози који би оправдали искључење узвраћања и преупућивања и у материји вануговорних обавеза. У том правцу су се, како смо видели, изјаснила и нека национална законодавства. Наиме, многе државе оштећеном дају могућност избора меродавног права, што ће у крајњем онемогућити *renvoi*, из разлога неспојивости са аутономијом воље, због аргумената које смо већ навели. Такође, у овом домену се често одређује примена фаворабилног права услед жеље за заштитом слабије стране. Наиме, слабија страна се може штитити на два начина, тако што ће се применити национално право странке под претпоставком да је то право за њу повољније, или на начин што ће се прећи на терен анализе материјалног права како би се испитала садржина супстанцијалних норми и применило оно право које ће са сигурношћу обезбедити повољнији положај странке која се штити.<sup>494</sup> У сваком случају, интенција законодавца би и овде била пољуљана услед примене узвраћања и преупућивања и могла би бити поремећена тежња, односно намера заштите слабије стране, уколико би правац дејства колиционе норме био скренут путем *renvoi* на неко друго право, које ту заштиту можда не би пружало на адекватан начин.

Поставља се питање да ли се сврха узвраћања и преупућивања коси и са циљем алтернативних тачака везивања? Наиме, у уводним излагањима смо видели да је основни циљ ових повезница да се постигне одређени супстанцијални резултат, да се правни посао одржи на снази, односно да

---

<sup>491</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 251.

<sup>492</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 434.

<sup>493</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 251.

<sup>494</sup> Е. Муминовић, *op. cit.*, 251.

се фаворизује одређена страна. Уколико би се алтернативна тачка везивања применила у комбинацији са узвраћањем или преупућивањем, питање је да ли би овакав жељени циљ могао бити постигнут. Управо зато, примена *renvoi* се искључује у овим случајевима, са изузетком оних ситуација у којима узвраћање, односно преупућивање управо омогућава постизање жељеног циља.<sup>495</sup> Тако је 1924. године један јеврејски пар склопио брак у Италији, у верској форми пред рабином у Милану, иако је италијанско право прописивало грађанску форму брака. Међутим, Касациони суд је сматрао да треба допустити *renvoi* и применити право Сирије, као право заједничког држављанства супружника, не би ли њихова брачна заједница опстала.<sup>496</sup>

Уколико би се радило о правном послу који није пуноважан ни према *locus regit actum* ни према *lex causae*, он би могао остати на снази уколико је у погледу форме пуноважан по националном праву странака на које је преупутило право на које је упутила нека од алтернативних тачака везивања. У упоредном законодавству срећемо експлицитне одредбе овог типа, као у праву Португала или Италије.<sup>497</sup> Слична ситуација је и са комплексним тачкама везивања кумулативно постављеним, где постоје прилично чврсти показатељи о правима која треба узети у обзир, па тако утврђен избор не треба угрозити игром *renvoi*.<sup>498</sup>

Материјом узвраћања и преупућивања бавиле су се и међународне конвенције, које су на одговарајући начин сужавале или потпуно искључивале примену овог института. Овакав епилог када је у питању примена *renvoi* негде је и очекиван, обзиром да се прихватањем конвенције материја унификује, па се самим тим губи основни предуслов за наступање *renvoi*, јер се примењују исте колизионе норме у државама уговорницама. Овако поступајући, индиректно долази до искључивања примене *renvoi*, јер се, споразумевањем држава на међународном плану, узвраћање и преупућивање практично истискује, због уједначености материје из домена конвенције у државама потписницама.

Поједине конвенције се баве материјом *renvoi* на експлицитан начин, дозвољавајући или искључујући га. Изричито предвиђање примене узвраћања и преупућивања садрже: Женевска конвенција о сукобу закона у материји менице, у погледу одређивања меродавног права за меничну

<sup>495</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 434; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 251.

<sup>496</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 433, 434.

<sup>497</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 252.

<sup>498</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 434.

способност;<sup>499</sup> Женевска конвенција о сукобу закона у материји чека, у погледу одређивања меродавног права за чековну способност;<sup>500</sup> затим Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава, која прописује да се приликом примене страног права примењују и његове колизионе норме.<sup>501</sup>

Са друге стране, одређени број хашких конвенција из области међународног приватног права искључује примену узвраћања и преупућивања. Оне то чине на начин што предвиђају примену унутрашњег односно супстанцијалног права државе чланице. Такву одредбу садржи, на пример, Хашка конвенција о сукобу закона у погледу облика тестаментарних одредаба, која предвиђа да се има применити унутрашње право земаља на које указују алтернативне тачке везивања. Ово је сасвим логично решење, јер је потпуно за очекивати да је оставилац прилагодио облик тестаментарног права државе чији је држављанин, а не праву државе на које упућују колизионе норме државе чији је држављанин. Сличну одредбу садрже и Хашка конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе;<sup>502</sup> затим Хашка конвенција о меродавном праву за брачноимовински режим.<sup>503</sup> Такође, решење попут напред поменутих, садрже Уредба Европског парламента и Савета о меродавном праву за вануговорне обавезе 864/2007<sup>504</sup> као и Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе,<sup>505</sup> која прописује следеће:<sup>506</sup>

---

<sup>499</sup> Женевска конвенција о сукобу закона у материји менице из 1930. године, члан 2.

<sup>500</sup> Женевска конвенција о сукобу закона у материји чека из 1931. године, члан 2.

<sup>501</sup> Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава из 1965. године, члан 42 став 1.

<sup>502</sup> Погледај члан 4 ове конвенције.

<sup>503</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за брачноимовински режим из 1978. године, чл. 3, 4 и 6.

<sup>504</sup> X. Kramer, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued", *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 4, 2008, 418; о осталим одредбама ове регулативе погледај R. Weintraub, "The Choice of Law Rules of The European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither?", *43 Texas International Law Journal*, 2008, 401-412; Д. Бабић, С. Јесел Холст, *Међународно приватно право, збирка унутарњих, еуропских и међународних пројиса*, Загреб 2011, 226 и даље.

<sup>505</sup> К. Сајко, „Еуропско међународно приватно право уговорних обвеза *de lege lata* и *ferenda*”, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 56, 2006, 724; J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge, *International sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press 2005, 713.

<sup>506</sup> О осталим решењима ове конвенције и начину како се они схватају у пракси, посебно са аспекта америчке теорије види А. Lowenfeld, *loc. cit.*, 99-115.

„Правом државе које треба применити према овој конвенцији, сматрају се правне норме које су на снази у тој држави, осим норми међународног приватног права.“<sup>507</sup>

Исту одредбу садржи и Уредба Европског парламента и Савета 593/2008 о меродавном праву за уговорне обавезе,<sup>508</sup> којом се експлицитно искључује могућност узвраћања и преупућивања у овој материји.<sup>509</sup> Иако је овај став оправдан у случају страначког избора меродавног права, поставља се питање његове сврсисходности у случајевима када је до меродавног права довела теорија карактеристичне престајације.<sup>510</sup> Такође, поставља се питање како поступити у ситуацији када право државе уговорнице указује на примену права оне државе која није потписница конвенције? Да ли је и у тим случајевима *renvoi* искључен, или би требало дозволити узвраћање и преупућивање? Каква ће бити активност судије приликом тражења меродавног права уколико конвенцијске колизионе норме упућују на примену права државе неугговорнице?<sup>511</sup> Став је да се у овим ситуацијама *renvoi* примењује.<sup>512</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за наслеђивање из 1989. године, ово изричито и прописује:

„Ако је меродавно право по члану 3 (редовно боравиште, односно држављанство оставиоца) право државе неугговорнице и ако њена колизиона правила упућују за део или целу заоставштину на право друге државе неугговорнице која би применила своје право, примењује се право те последње наведене државе.“<sup>513</sup>

Сврха примене *renvoi* у оваквим случајевима има за циљ да се постигне једнако решавање случајева у односима између држава неугговорница.<sup>514</sup>

Како смо до сада имали прилику да видимо тачке везивања које најчешће доводе до установе узвраћања и преупућивања су држављанство и

<sup>507</sup> Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године, члан 15.

<sup>508</sup> Рим I Уредба о меродавном праву за уговорне обавезе бр. 593/2008, чл. 20; Д. Бабић, С. Jessel Holst, *op. cit.*, 188 и даље.

<sup>509</sup> О осталим одредбама ове Уредбе погледај В. Чоловић, *Сарадња судова и груписа орјана у грађанским стварима у праву Европске уније*, Београд 2009, 38-47.

<sup>510</sup> В. Чоловић, Одступања, 39.

<sup>511</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 46.

<sup>512</sup> К. Сајко, *МПП*, 200.

<sup>513</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за наслеђивање, члан 4.

<sup>514</sup> К. Сајко, *МПП*, 200.

домицил.<sup>515</sup> Управо је ово био мотив да се на седмој Хашкој конференцији за међународно приватно право предложи конвенција<sup>516</sup> која ће касније бити усвојена, а која у случају сукоба држављанства и домицила предност даје овом другом.<sup>517</sup>

Интересантно питање у домену примене установе *renvoi* може настати у ситуацији када суд пре него што примени страно право на које је упутила домаћа колизиона норма, односно на које је преупутила норма страног првоупућеног права, треба да реши претходно, односно инцидентно питање.<sup>518</sup> Да ли претходно питање решавати сходно нормама *lex fori* или сходно нормама оног права које ће се применити и на главно питање? Претпоставимо да се пред енглеским судом постави питање пуноважности брака између лица А и лица Б који су домицилирани у држави Д, а које зависи од питања ништавости претходно закљученог брака између лица А и лица В.<sup>519</sup> С обзиром да се питање ништавости брака јавља као претходно питање, у односу на главно питање пуноважности брака на које се има применити право државе Д у којој су лица домицилирана, то ће се ово право применити и на претходно питање.

На овај начин, примењујући исто право на решавање главног и претходног питања постиже се униформност у поступању и хармонизација решења између државе форума и стране државе.<sup>520</sup> Дакле, нису домаће колизионе норме те које ће дати одговор на инцидентно питање, већ ће се колизионе норме оног права које су меродавне за главно питање применити и на сва претходна питања од чијег решавања главно питање зависи.<sup>521</sup>

---

<sup>515</sup> R. H. Graveson, *op. cit.*, 72.

<sup>516</sup> *Convention relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile*, concluded 15. June 1955.

<sup>517</sup> Члан 1: „When the state where the person concerned is domiciled prescribes the application of the law of his nationality, but the state of which such person is a citizen prescribes the application of the law of his domicile, each contracting state shall apply the provisions of the internal law of his domicile.“

<sup>518</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 206.

<sup>519</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 207.

<sup>520</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 208, 209.

<sup>521</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 208.



## 6. Квалификација и *renvoi*

Под квалификацијом подразумевамо специфичан вид тумачења колизионих норми, односно њених саставних делова, од којег ће, у крајњем, зависити примена меродавног права.<sup>522</sup> Дакле, основно питање које се поставља приликом квалификације је по ком праву ћемо поимати одређене појмове унутар колизионих норми, које тумачење изабрати између оних које нуде различита заинтересована права?<sup>523</sup> Овде се не желимо подробније бавити питањем квалификације уопштено, али желимо расветлити ову установу са аспекта узвраћања и преупућивања. Намера је да сагледамо да ли квалификација има утицаја на разумевање установе *renvoi* и на њену примену.

Схватање квалификације налаже да се у ситуацији када треба применити страно право, то страно право примењује према свом смислу и појмовима које садржи.<sup>524</sup> Како је до сада више пута поменуто, у ситуацији када се упућује на примену страног права, више је прихваћено да се у том случају указује на укупно право, дакле не само на његове материјалне већ и на колизионе норме. Ово у принципу отежава положај судије, који у ситуацији примене страног права има за задатак да испита садржину колизионог права на које је указала домаћа колизиона норма, односно на које је преупућила колизиона норма првоупућеног права.<sup>525</sup>

До комбинованог ефекта квалификације и *renvoi* долази у ситуацији када се, услед различите квалификације правне категорије у полазном и првоупућеном праву, као последица појави узвраћање, односно преупућивање. О овом проблему смо говорили приликом излагања о условима за примену узвраћања и преупућивања, где смо навели пример престанка ванбрачне заједнице у домаћем и француском праву, који се у ова два права различито квалификује, као питање имовинских односа ванбрачних партнера или као деликтно питање. Ако се овај проблем јави у Црној Гори, и уколико су ванбрачни партнери у њој имали домицил, црногорски судија ће на основу домаће колизионе норме указати на примену француског права, као права заједничког држављанства ванбрачних партнера. Међутим, квалификација налаже да норме француског права

<sup>522</sup> В. Чоловић, Одступања, 37.

<sup>523</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 121.

<sup>524</sup> ЗМПП, члан 7.

<sup>525</sup> А. Јакшић, „Члан 9 ЗМПП и основни појмови Међународног приватног права“, *Двадесет година закона о међународном приватном праву: зборник радова; Twenty Years of the Private International Law: Collection of Papers*, уредник Мирко Живковић, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, 61.

тумачимо и применимо на начин како то предвиђа француско право, па уколико, као у нашем хипотетичком примеру, француско право исте чињенице супсумира под другу колизиону норму, различиту од колизионе норме *lex fori*, тада долази до *renvoi* ефекта.<sup>526</sup> Односно, у ситуацији када првоупућено право, услед различите квалификације, узвраћа на полазно или преупути на неко даље право, домаћи судија је дужан да ту чињеницу уважи. У овом хипотетичком случају, црногорско колизионо право је указало на француско, а француско колизионо право, услед другачије квалификације правне категорије и различите тачке везивања за ту категорију, узвратило је на црногорско право, па ово узвраћање треба прихватити.

Прихватање квалификације на овакав начин, у оквиру примене колизионих норми првоупућеног и сваког даље преупућеног права, доприноси уједначавању решења, односно међународној хармонизацији у одлучивању. У таквој ситуацији, примена узвраћања и преупућивања не дира у смисао квалификације да се правни појмови имају тумачити у смислу страног права коме и припадају, али доводи до још комплексније комбинаторике него у ситуацији кад се питање сукоба квалификација не поставља.

У сваком случају, ове две установе треба раздвојити, јер су њихове природе и сврха конституисања потпуно различите. Код установе *renvoi* основно је да одредимо како ћемо посматрати страно право које је меродавно на основу колизионе норме форума, док код квалификације одговарамо на питање како ћемо применити страно право, како тумачити неку институцију страног права и какав ће то имати утицај на примену домаће колизионе норме.<sup>527</sup>

## 7. *Renvoi* у црногорском праву

*Renvoi* је у ранијем црногорском међународном приватном праву био уређен чланом 6 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, као општа установа. Одредбе о узвраћању и преупућивању, поред овог, садржао је и Закон о меници.<sup>528</sup> Овај закон предвиђа узвраћање односно преупућивање приликом одређивања меродавног права за меничну способност.<sup>529</sup>

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља уређивао је *renvoi* на следећи начин:

<sup>526</sup> А. Јакшић, *loc. cit.*, 63.

<sup>527</sup> В. Чоловић, Одступања, 38.

<sup>528</sup> Закон о мјеници, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 45/05.

<sup>529</sup> Закон о мјеници, члан 95.

„Ако би према одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права.

Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Црне Горе, примениће се право Црне Горе не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.“

Оно што се недвосмислено могло закључити на основу овакве формулације домаћег законодавца, то је да је *renvoi* био прихваћен и да се налагала примена колизионог указивања на страно право, а не само на његове материјалне одредбе. Међутим, све остало није било ван сваке сумње. Да ли је примена страног колизионог права била обавезна или не? Да ли је било прихваћено и узвраћање и преупућивање? У којим областима се *renvoi* примењивао? Да ли су постојала питања у којима је примена *renvoi* искључена?

Формулација ранијег закона, по којем су се правила о одређивању меродавног права стране државе „узимала у обзир“, сама по себи није била јасна и различито се тумачила. Да ли је ово узимање у обзир факултативне или обавезне природе? Да ли је узимање у обзир страних колизионих норми подразумевало и обавезну примену страног права? Како је одредба била језички непрецизна, многа питања су остала отворена, па, самим тим, нису мањкале различите анализе овог института.

Било је мишљења да примена страног права, стриктно узевши, није била обавезна, односно да није обавезна примена *renvoi*.<sup>530</sup> Уколико се законодавац определио за формулацију по којој се страно право „узима у обзир“, то налаже судији да се страно право само узме у обзир, не и да се примени. Право страног поретка ће се применити само у ситуацији када је његова примена разумна и уколико је у складу са начелом упућивања на најближе право.<sup>531</sup>

Даље дилеме су се сретале по питању облика *renvoi*. Дали је закон предвиђао само узвраћање на домаће право или је, поред узвраћања, дозвољавао и преупућивање на неко даље право? У том смислу, један део доктрине сматрао је да се на основу овакве формулације члана 6 допуштало само узвраћање на домаће право.<sup>532</sup> Дакле, уколико је домаћа колизиона норма указивала

<sup>530</sup> М. Костић-Мандић, М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 90; К. Сајко, *МПП*, 203.

<sup>531</sup> К. Сајко, *МПП*, 203.

<sup>532</sup> М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, Ниш, 1994, 65, који се притом позива на Пака. Међутим, у каснијој литератури Пак мења мишљење, па под чланом 6 подразумева и узвраћање и преупућивање, у даљем тексту М. Рочкомановић, *МПП*.

на примену страног права, домаћи судија морао је консултовати страну колизону норму. Уколико је колизиона норма тог страног права узвраћала на домаће право имале су се применити домаће супстанцијалне норме. Међутим, уколико је првоупућено право сматрало да његове супстанцијалне норме нису меродавне и уколико није узвратило на домаће право већ преупућило на неко даље, такво преупућивање не би могли прихватити. Уколико би у тој ситуацији применили супстанцијалне норме страног првоупућеног права,<sup>533</sup> поступамо супротно одредби члана 6 која налаже да узмемо у обзир норму страног колизионог права и супротно налогу те норме која преупућује даље.<sup>534</sup>

Насупрот овом становишту постојала су и опречна, по којима је закон допуштао како узвраћање тако и преупућивање.<sup>535</sup> Иако је законодавац експлицитно говорио само о узвраћању, то не значи да се тумачењем ове одредбе није могло доћи до закључка да је и упућивање предвиђено нашим законодавством.<sup>536</sup>

Овде није био крај дилемама. Разлике су постојале и у начину на који се узвраћање и преупућивање примењивало. Додуше, неподељен став постојао је у случају да је првоупућено право или неко даље право узвратило на полазно, када су се имале применити његове супстанцијалне норме. Али, како поступити кад нема узвраћања, већ кад норме првоупућеног права даље преупућују? Да ли применити *renvoi* у једном кораку или оптирати за примену тоталног *renvoi*? Како изаћи из зачараног круга сукцесивних узвраћања и преупућивања?

Све некадашње дилеме разрешене су усвајањем новог Закона о међународном приватном праву, где се законодавац определио да модерном концепцијом овог института не остави простор за различита тумачења.<sup>537</sup> У смислу овог закона<sup>538</sup>, под правом стране државе сматрају се правне норме те државе, укључујући и колизионе норме, осим ако овим или другим законом није друкчије прописано. Законодавац је јасно прописао и ситуације у којима узвраћање и преупућивање није дозвољено, а реч је о:

- 1) правном положају правних лица и облицима организовања који немају својство правног лица;
- 2) форми правних послова;

<sup>533</sup> С. Стојановић, „*Renvoi* – узвраћање и преупућивање у југословенском законодавству, *Анали Правној факултету*, 5/1986, 459.

<sup>534</sup> М. Петровић, *loc. cit.*, 49.

<sup>535</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 146.

<sup>536</sup> В. Чоловић, Одступања, 35.

<sup>537</sup> Тако Костић-Мандић, МПП, 87.

<sup>538</sup> ЗМПП, члан 4.

- 3) избору меродавног права;
- 4) издржавању;
- 5) уговорним односима;
- 6) вануговорним односима.

Такође, црногорски законодавац се определио за технику узвраћања и преупућивања у једном кораку, нормирајући да се у ситуацијама у којима колизионе норме стране државе узвраћају на право Црне Горе или упућују на право треће државе, има примењивати материјално право Црне Горе, односно материјално право треће државе.

Дакле, другачијим нормирањем института *renvoi* заузет је експлицитан став по бројним питањима која су раније, како смо имали прилику да видимо, изазивала опречна тумачења. Несумњиво, прихвата се колизионо упућивање, али напред наведеном формулацијом Црна Гора улази у круг држава које не допуштају *renvoi* за све ситуације, већ се у појединим случајевима, које је законодавац изричито препознао, врши супстанцијално упућивање. У набројаним врстама односа преовладавају интереси правне сигурности (одржавање на снази неког правног посла) и заштите странака (нпр. слабије стране у поступку издржавања), што су, између осталог, били мотиви за супстанцијално упућивање. О разлозима због којих је оправдан став о искључењу примене узвраћања и преупућивања у материји уговорних односа, вануговорних односа, деликата и појединих тачака везивања, већ је било речи.

Нормирањем института *renvoi* на овакав начин постигнут је значајан напредак јер је прецизност формулације допринела заузимању недвосмислених ставова по питању допуштености узвраћања и преупућивања, али и опсега и начина на који се овај институт примењује, што *a priori* елиминише било какву потребу за тумачењем. Такође, што је врло значајно, прихваћена је техника делимичног *renvoi*, па се у случају узвраћања на црногорско право имају применити његове материјалне норме, а у случају преупућивања материјалне норме оног права на које су преупутиле колизионе норме првоупућеног права.

## 8. *Renvoi* у случају упућивања на нејединствени правни поредак

Питање одређивања меродавног права уз примену узвраћања и преупућивања може да буде прилично компликована и захтевна активност. Реч је о правој стратешкој игри у којој домаћи судија мора показати спремност за сазнавање и утврђивање садржине страног права. У ситуацији када домаћа колизиона норма укаже на државу са нејединственим правним поретком ситуација се још усложњава. Да ли ћемо вршити комуникацију са правним подручјем унутар државе непосредно, или ћемо то препустити суверенитету који обухвата различита правна подручја.<sup>539</sup>

Оно што нас у овом контексту посебно занима, то је ситуација у којој домаће колизионе норме указују на меродавно право државе А, у којој постоји више подручја, а свако од њих има сопствено правно уређење. Овако правно нејединство постоји у Великој Британији, Канади, Мексику, Сједињеним Америчким Државама. Које право ће се примењивати у ситуацији која има везу са више таквих права, то уређују интерлокална колизиона правила.<sup>540</sup>

У проблемску ситуацију ове врсте можемо упасти следећи *lex nationalis* као тачку везивања. Ово је тачка везивања која се, по правилу, везује са суверенитетом и не можемо је уже локализовати. Она ће нас довести до једне државе, али ту се пут завршава, јер немамо смернице ка даље, уколико се ради о држави са нејединственим правним поретком. Другачија би била ситуација са пребивалиштем или уобичајеним боравиштем као тачкама везивања, које су таквог карактера да могу указати не само на државу, већ и на конкретно правно подручје унутар ње.<sup>541</sup>

На који начин ће норме домаћег међународног приватног права вршити избор меродавног права? Самостално и директно, указивањем на конкретно правно подручје, или по принципу двостепености, где се коначан избор препушта суверенитету у којем постоје различита правна подручја?

Решење које преовладава у америчкој науци међународног приватног права базира се на схватању да норме о сукобу закона не би требало да пружају слепи избор између законодавстава, већ да чине избор између конкретних правила у сукобу. Дакле, норме међународног приватног права

<sup>539</sup> Т. Варади, *op. cit.*, 45.

<sup>540</sup> К. Сајко, „Међународно приватно право и право које уређује ситуације с међурепубличким обиљежјем – неке типолошке поредбе“, *Зборник радова о страном и ујоредном праву*, Београд 1981, св. 6, 259 и даље.

<sup>541</sup> Т. Варади, *op. cit.*, 49.

треба да бирају правна правила непосредно, а не да упућују на право државе као целине.<sup>542</sup> Слична ситуација прописује се и у неким међународним конвенцијама. Конвенције донесене под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право дозвољавају непосредно дејство колизионих норми чак и у ситуацији када упућују на државу са нејединственим правним поретком. Тако, Хашка конвенција о сукобима закона у погледу форме тестаментарних одредаба предвиђа да се под законом места састављања тестаментарног теста или под законом редовног боравишта подразумева право оног правног подручја где се та места налазе. Изузетак од овог је тачка везивања *lex nationalis*, која се не може уже локализовати и где се избор унутар државе са нејединственим правним поретком препушта самој тој држави, односно њеним унутрашњим колизионим нормама. Слично решење садржи и Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде, која предвиђа да свако подручје државе са нејединственим правним поретком, које има сопствене норме о вануговорној одговорности која настаје поводом друмских саобраћајних незгода, има се сматрати као засебна држава.<sup>543</sup> Дакле, сходно нормама ове конвенције, уколико се има применити меродавно право сходно тачки везивања *lex loci delicti commissi* или месту регистрације возила, онда је то право оног подручја где се деликт догодио, односно где је возило регистровано. Норма предвиђа непосредан избор правног подручја унутар једног суверенитета и даје овлашћење судији за такво директно поступање.

Насупрот овим решењима, у континенталном праву доминира становиште по којем се у случају упућивања на меродавно право државе са нејединственим правним поретком, коначан избор меродавног права препушта националном законодавству те државе. Такву одредбу садржи аустријски закон који у свом петом параграфу предвиђа:

„Ако се страни правни поредак састоји из више правних подручја, примењује се онај територијални поредак на који упућују правила страног поретка.“

Слично нормативно решење срећемо и у немачком законодавству, које коначан избор меродавног права такође препушта односном суверенитету:

„Ако се упућује на право државе са више правних подручја, без одређивања који је меродаван, тада право те државе одређује који се територијални поредак има применити.“<sup>544</sup>

<sup>542</sup> Т. Варади, *op. cit.*, 50.

<sup>543</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде, члан 13.

<sup>544</sup> Немачки закон о међународном приватном праву, члан 4 став 3.

Теоријско утемељење ових решења налази се у схватању да је сувереност категорија која раздваја међународне и унутрашње сукобе закона и да избор права унутар граница једног националног законодавства треба препустити том законодавству.<sup>545</sup>

Став црногорског законодавца<sup>546</sup> о упућивању на меродавно право оне државе која има нејединствени правни поредак садржан је у члану 5 ЗМПП-а, који гласи:

„Ако је мјеродавно право државе чији правни поредак није јединствен а правила овог закона не упућују на одређено правно подручје у тој држави, мјеродавно право одређује се по правилима тог правног поретка.

Ако се мјеродавно право државе чији правни поредак није јединствен не може утврдити на начин из става 1 овог члана, мјеродавно је право подручја у тој држави са којим постоји најближа веза.“

Дакле, став црногорског законодавца је својеврсна комбинација два претходна мишљења, где се коначан избор меродавног права препушта држави са нејединственим правним поретком али само у ситуацији кад правила поменутог закона не упућују на конкретно правно подручје. Уколико до меродавног права долазимо на основу тачке везивања *lex rei sitae*, онда ће нас она директно довести до права оног правног подручја у којој се та ствар налази. Обзиром да се ради о тачки везивања која се врло лако може локализовати, не морамо консултовати норме суверенитета чије је то правно подручје саставни део. Међутим, уколико се ради о тачкама везивања које не можемо непосредно локализовати, морали би послушати интерлокалне прописе, који ће нас посредно довести до меродавног права конкретног правног подручја.

До тешкоћа у примени меродавног права може доћи у ситуацији када сходно нормама домаћег закона не можемо извршити директан избор правног подручја унутар државе са нејединственим правним поретком чије ћемо право применити, нити до меродавног права можемо доћи консултовањем интерлокалних колизионих норми, јер оне у конкретном случају не постоје.<sup>547</sup> Решење за овакву ситуацију налазимо у примени права оног правног подручја са којим постоји најближа веза у конкретном случају.

<sup>545</sup> E. Bartin, *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, 169, посредно према Т. Варади, *op. cit.*, 52.

<sup>546</sup> Истоветна нормативна ситуација присутна је и у српском међународном приватном праву, које и у садашњем закону и у нацрту новог Закона о међународном приватном праву предвиђа исто решење.

<sup>547</sup> К. Сајко, *МПП*, 210; Т. Варади, *op. cit.*, 58. и даље.



Резимирајмо на крају да, у случају да домаћа колизиона норма упућује на право државе са нејединственим правним поретком, треба оптирати за непосредну функционалност норми међународног приватног права на начин да одреде меродавност одређеног правног подручја, а не само државе као целине. Међутим, изузетак треба направити у случају држављанства као тачке везивања, коју не можемо уже локализовати, па треба послушати интерлокалне колизионе норме и применити право оног подручја на које оне указују. Чак и ако овај приступ остане без ефекта, помоћ ће пружити принцип најтешње повезаности, који би требао да има допунски карактер, тако што ћемо правила *lex nationalis* допунити мерилом најтешње повезаности, како би нас та комбинација довела до правног подручја унутар државе са нејединственим правним поретком.<sup>548</sup>

Дакле, у ситуацији кад домаћа колизиона норма указује на право Сједињених Америчких Држава, тада говоримо о односу колизионог система домаће државе и колизионог система федералне јединице, и тада може доћи до узвраћања и преупућивања. Колизиони системи, истина, нису на истом нивоу, али се ради о правним нормама међународног приватног права које имају задатак да реше сукоб закона у одређеној материји. У супротном, не би могли говорити о *renvoi*, јер постоји међународно приватно право на нивоу федералних јединица, а не и на савезном нивоу. *Renvoi* у том случају не би имао обележје прекорачења овлашћења садржаних у колизионим нормама.<sup>549</sup>

<sup>548</sup> Т. Варади, *op. cit.*, 67.

<sup>549</sup> Т. Варади, *op. cit.*, 81, 82.



## V – ЈАВНИ ПОРЕДАК

### 1. Појам јавног поретка

Приватноправни односи које регулише међународно приватно право обојени су инострано, што их разликује од домаћих приватноправних односа. Та посебност се рефлектује и на нормативу у овој области, где су основни инструменти којима се регулишу приватноправна питања са елементом иностраности, колизионе норме. Видели смо да је најчешћи начин регулисања односа примена двостраних, односно вишестраних колизионих норми, чије су основне карактеристике категоријалност и апстрактност. Колизионе норме, у зависности од распореда чињеница конкретног случаја, могу указати на право било које државе света. Уколико нас тачка везивања домаће колизионе норме одведе до француског права као меродавног, то ће резултат, односно решење конкретног питања бити различит од решења које би понудило право државе Мадагаскар. А оба ова права, односно решења у њима садржана могу бити потпуно различита од решења које би понудило домаће право. Међутим, прописујући вишестране колизионе норме законодавац је пристао да се одређено питање може разрешити како по домаћем, тако и по страном праву, а све у зависности од распореда чињеница *in concreto*.<sup>550</sup> Притом, не можемо очекивати да се садржина страног права поклапа са садржином домаћег, односно морамо рачунати на одговарајуће разлике, које ће нужно допринети различитом мериторном исходу.

Дакле, свака држава, прописујући колизионе норме, допушта примену страног права, претпостављајући да је баш оно најпозваније за решење конкретног питања са елементом иностраности. Међутим, како се колизионе норме не прописују за појединачне случајеве, већ *grosso modo*, за одређене категорије односа, то у конкретном случају може указати на примену неког права чије норме не само да су другачије од домаћих норми, већ су у супротности са основама домаћег правног система и начелима која су уткана у његову структуру.

Како поступити у оваквој ситуацији? Да ли послушати домаћу колизиону норму и применити страно меродавно право на које она указује, или се може одступити од редовне примене колизионе норме? Уколико прихватимо ово друго, па одступимо од правца који нам сугерише тачка везивања,

<sup>550</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 304.

како решити конкретно правно питање? Које право ћемо применити уместо страног права чије се норме косе основним вредностима и начелима домаћег правног система?

Оваква и слична питања о границама примене меродавног права постављала су се веома рано. Још су постглосатори у XIV веку говорили о ограниченој примени одиозних статута, чиме су заправо постављени темељи институту јавног поретка.<sup>551</sup> Карактеристика одиозних статута била је та да нису имали екстратериторијално дејство,<sup>552</sup> чиме се домаћи правни поредак заправо штитио од уношења оних решења која не одговарају домаћем правном схватању. Уколико је и било допуштено да се лични статус странца разреши по његовом личном праву, држава је ипак задржала могућност да отклони она решења која јој принципијелно нису одговарала.<sup>553</sup> Такође, тадашњи римски законодавац је у случајевима грађанскоправних деликата који су извршени на територији Рима, сваког грађанина сматрао римским, како би се на њега могло применити локално право, што је подразумевало одступање од иначе меродавног права у корист домаћег.<sup>554</sup> Дакле, запажамо сличност између оваквог начина примене *lex fori* и данашњег начина испољавања клаузуле јавног поретка у домену примене страног права.<sup>555</sup>

Модерно учење о јавном поретку везује се за Савињија.<sup>556</sup> Иако се у његовом опусу не помиње израз јавни поредак, он разликује више начина одступања од меродавног права. У том смислу, одговарајући приватноправни однос може бити регулисан како прописима домаћег, тако и прописима страног материјалног права, при чему се не даје примат домаћем праву, већ су оба права у истој равни.<sup>557</sup> Међутим, до одступања од примене страног права долази због оних принудних прописа који су засновани на моралу или су донесени због јавног интереса.<sup>558</sup> Такође, како сматра Савињи, неће се применити оно страно право које садржи институте који нису познати нити признати у држави форума.<sup>559</sup> Већ из овог учења можемо уочити

<sup>551</sup> К. Сајко, МПП, 256.

<sup>552</sup> Д. Класичек, *loc. cit.*, 696.

<sup>553</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 144.

<sup>554</sup> Н. Lewald, „Conflits de lois dans le monde grec et romain“, *Revue critique de droit international privé*, 1968, 624, 625.

<sup>555</sup> М. Рочкомановић, *Јавни поредак у међународном приватном праву*, Ниш 1988, 9, у даљем тексту М. Рочкомановић, *Јавни поредак*.

<sup>556</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 168, 169.

<sup>557</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 145.

<sup>558</sup> К. Сајко, МПП, 256.

<sup>559</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 145; К. Сајко, МПП, 256.

сличности са установом јавног поретка, која у Савињијевом раду није експлицитно наведена у форми израза, али садржински у потпуности одговара смислу овог института.

Поред Савињија и Манџини се бавио јавним поретком. Као творац романске школе персоналитета и он се бавио могућностима за отклањање примене страног материјалног права, уколико су његова решења супротна „највишим принципима човечанског и социјалног морала...слободама које не могу правноваљано и обавезно укинути или ограничити ни позитивноправне установе, ни икаква влада, ни акти људске воље, као и основама привредног поретка државе у питању.“<sup>560</sup> Манџинијева школа је креирала изразе домаћи и међународни јавни поредак,<sup>561</sup> који се и данас учестано користе у француском праву.<sup>562</sup> Међутим, не треба трчати са закључцима па међународни јавни поредак сматрати неким наддржавним институтом.<sup>563</sup> Напротив, ради се о установи која првенствено има национални карактер и позвана је да штити само основне вредности домаћег поретка. У том смислу не постоји међународни јавни поредак који би био баш међународни и који би важио за све државе, већ има онолико националних међународних јавних поредака колико има држава.<sup>564</sup> Управо због ових недостатака у терминологији, односно због недовољне одређености појма међународни јавни поредак, у домаћој литератури се чешће говори о институту јавног поретка. Са друге стране, јавни поредак у међународном приватном праву

<sup>560</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 145.

<sup>561</sup> О домаћем и међународном јавном поретку погледај М. Louise Seeling, „The Notion of Transnational Public Policy and its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissibility“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 3, 2009, 119-121; О неким процесним аспектима међународног јавног поретка види А. D. Ayago, „El concepto de orden público internacional y el derecho a un proceso justo“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, № 2, 250-256; Х. Сикирић, „Разлози за одбијање признања и оврхе судских одлука по Уредби вијећа (ЕЗ) бр. 44/2001 од 22. просинца 2000. О судској надлежности и признању и оврси одлука у грађанским и трговачким предметима“, 60 *Зборник Правној факултету у Зајреду*, бр. 1, 2010, 65, у даљем тексту Х. Сикирић, Разлози за одбијање; М. Костић-Мандић, *op. cit.*, 107-110; Х. Сикирић, „Јавни поредак као разлог за поништај праворијека“, 59 *Зборник Правној факултету у Зајреду*, бр. 2-3, 2009, 228-230, у даљем тексту Х. Сикирић, Јавни поредак; М. Forde, The „Ordre Public“ Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions, *International Comparative Law Quarterly* 29, 1980, 259 и даље; Б. Кошутић, „Јавни поредак као институција националног права“, *Правни живои*, бр. 5, 1967, 19, 20; А. Bucher, „L'ordre public et le but social des lois en droit international privé“, *Recueil des Cours*, Academie de droit international da la Haye, II, 1993, 22-27.

<sup>562</sup> К. Сајко, *МПП*, 257.

<sup>563</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 153.

<sup>564</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 148.

и међународни јавни поредак нису синоними. Ради се о категоријама потпуно различитог домаћаја. Док је јавни поредак у међународном приватном праву националног карактера, овај други у извесном смислу тежи универзалности, али је ипак ужа категорија и садржи се у овом првом.<sup>565</sup>

У литератури се користе изрази „*ordre public*“, у романским језицима „*ordine pubblico*“, у шпанском језику „*orden publico*“, у енглеској литератури „*public policy*“, у немачкој литератури „*Vorbehaltsklausel*“<sup>566</sup>, али и појам приговор јавног поретка.<sup>567</sup>

Оно што у првом реду треба разликовати то је јавни поредак и установа, односно клаузула јавног поретка.<sup>568</sup> Под јавним поретком подразумевамо основне вредности<sup>569</sup> и начела домаћег правног поретка која се у сваком случају морају заштитити, па чак и у контакту са страним меродавним правом. Заштиту јавног поретка постижемо применом института, односно клаузуле јавног поретка, која нам омогућава да око фундаменталних вредности домаћег правног система подигнемо бедем који ће онемогућити њихово нарушавање, чак и у ситуацији када сагласно домаћој колизионој норми то страно право треба применити. Дакле, клаузула јавног поретка нам омогућава да одступимо од редовне примене колизионе норме у случајевима који прете да наруше основне вредности домаћег правног система, оличене у правди и моралу.<sup>570</sup> Са аспекта судије, клаузула јавног поретка у суштини представља овлашћење да се у конкретном случају не примени страно право, упркос чињеници да је оно меродавно сходно колизионој норми форума, управо из разлога што би резултат такве примене, са аспекта домаћег права, био неприхватљив.<sup>571</sup> Како сугерише *Niboyet*, институт јавног поретка се у игри сукоба закона јавља као заштитно средство, и то онда кад је та игра указала на примену оног страног материјалног права које је неприхватљиво са аспекта државе форума.<sup>572</sup> Ова клаузула се конституише управо из разлога што је немогуће

---

<sup>565</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 306.

<sup>566</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 154.

<sup>567</sup> Приговор јавног поретка као термин срећемо код белгијског аутора Ригоа, F. Rigaux, *Droit international privé*, Bruxelles 1968, 227.

<sup>568</sup> Д. Класичек, *loc. cit.*, 696.

<sup>569</sup> Вуковић Ђ., Кунштек Е., *op. cit.*, 465.

<sup>570</sup> J. G. Castel, *op. cit.*, 99; L. Reed, J. Freda, „Narrow Exception: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention“, *Journal of International Arbitration*, 25(6), 2008, 653.

<sup>571</sup> A. Mayss, *op. cit.*, 5, 6.

<sup>572</sup> C. Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris 1955, 224.

предвидети и елиминисати разлике у правним системима *ex ante*, што не значи да ћемо пристати на свако решење које страном праву нуди. Напротив, у ситуацијама које представљају опасност по домаће вредности, судија мора деловати управо опозитно, одбијањем примене страног права и чувајући, на тај начин, основне вредности домаћег правног система. Дакле, о институту јавног поретка говоримо као о једном помоћном средству које служи да се исконтролише ефекат примене колизионе норме.<sup>573</sup> Такође, има аутора који пледирају ка функционалном приступу у образлагању института јавног поретка. Један од њих је *Ehrenzweig*, који сугерише да се на овај институт гледа као на коректив преопширних колизионих правила.<sup>574</sup> Међутим, судије морају бити врло опрезне приликом позивања на јавни поредак, и не требају посезати за овим институтом у ситуацијама са елементом иностраности једнако као и у оним потпуно домаће израженим,<sup>575</sup> а све у циљу међународне сарадње и хармоније система.

## 2. Јавни поредак, императивни прописи и норме непосредне примене

Јавни поредак чине фундаменталне норме домаћег права које се у сваком случају морају заштити, али ту не спадају сви императивни прописи. Јавни поредак је много ужа категорија од збира императивних норми домаћег система. Поједине императивне норме су у њему садржане због значаја који представљају по национални правни поредак.

Ова проблематика утврђивања норми које чине јавни поредак долази отуда што не постоји униформан начин дефинисања јавног поретка.<sup>576</sup> Јасне и недвосмислене дефиниције института јавног поретка, који се често карактерише као магловита и неодређена категорија, тражене су без успеха.<sup>577</sup> Најчешће је реч о општим, описним конструкцијама у којима се једноставно налаже да се не примењује страном меродавно право на које указује домаћа колизиона норма, уколико се њиме вређају основне вредности или суштински принципи домаћег права, односно уколико се нарушава правда у држави форума,<sup>578</sup>

<sup>573</sup> P. Francescakis, *op. cit.*, 13.

<sup>574</sup> К. Сајко, *Америчко*, 88.

<sup>575</sup> М. Freeman, *op. cit.*, 18.

<sup>576</sup> М. Louise Seeling, *loc. cit.*, 118.

<sup>577</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 179.

<sup>578</sup> В. Audit, *loc. cit.*, 434.

етичке основе<sup>579</sup> или моралност у ширем смислу.<sup>580</sup> У теорији је било приста-лица оваквих општих дефиниција, првенствено из разлога што је јавни поредак сваке државе различит, што су различите норме које га сачињавају, па се сама дефиниција, уколико жели да пружи опште карактеристике овог института, мора зауставити на његовим општим обележјима.<sup>581</sup> У прилог оваквом начину дефинисања свакако иде и чињеница да су норме које сачињавају јавни поредак релативне и променљиве и да оно што представља јавни поредак данас, сутра не мора имати такав карактер.

Са друге стране, постоји и начин дефинисања јавног поретка коришћењем система енумерације, на начин да се просто наброје сви они домени у којима императивне норме представљају аутоматски део јавног поретка.<sup>582</sup> Овакав начин дефинисања би заиста отклонио сумњу у погледу утврђивања круга норми које га сачињавају, међутим, бројни национални закони као и међународне конвенције задржавају се на једној уопштенијој формулацији, без набрајања појединачних случајева.

Без обзира да ли ћемо се у конкретном случају одредити за први или други приступ, оно што остаје заједничко то је чињеница да не можемо поставити знак једнакости између јавног поретка са једне и принудних прописа са друге стране. Императивни прописи на домаћем и међународном плану имају различиту судбину. У једном правном односу који је потпуно домаће обележен не можемо поступати супротно императивним нормама. Странке могу утицати једино на диспозитивне норме. Међутим, у приватноправним односима са елементом иностраности, примењујући неко страно право ми заправо можемо доћи у ситуацију да поступамо супротно домаћим императивним прописима у појединачном случају, али то чинимо из разлога што нас на тај правац упућује домаћа колизиона норма. Често навођен пример којим је сликовито најлакше објаснити овакву ситуацију јесте норма о стицању пословне способности. Пословну способност сходно домаћем праву стиче лице када наврши осамнаест година живота, и ово је типичан пример императивне норме. Воља странака у овој категорији остаје без утицаја и странка не може променити границу стицања пословне способности. Међутим, уколико обратимо пажњу на норму међународног приватног права која говори о пословној способности,<sup>583</sup> видећемо да она указује на примену националног

---

<sup>579</sup> P. Francescakis, *op. cit.*, 29.

<sup>580</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 180.

<sup>581</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 141.

<sup>582</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 155.

<sup>583</sup> ЗМПП, члан 14 став 1.



права оног лица чија се пословна способност утврђује, па тако можемо доћи у ситуацију да применом страног права применимо норму која прописује нижу или вишу границу за стицање пунолетства, односно пословне способности. На овај начин, поступајући по упутству колизионе норме, односно њене тачке везивања, примењујемо норму страног права која се разликује од домаће императивне норме. До овакве ситуације долази због специфичности коју, у приватноправне односе, уноси елемент иностраности. Међутим, примењујући, темељем домаће колизионе норме, страну норму која је супротна домаћој императивној норми, не нарушавамо јавни поредак. Овако поступамо управо из разлога што је законодавац мерилима сопствене правне политике одлучио да се на ову правну категорију има применити *lex nationalis* као тачка везивања, па и ако нас тај локализатор одведе до оног права које предвиђа решење другачије од нашег, то још увек не значи да ће домаћи јавни поредак бити угрожен. У том правцу се изјаснио и Врховни суд Републике Србије:

„Повреда јавног поретка не постоји уколико је само повређена било која императивна норма домаћег права. Потребно је и нешто више, а то је да се садржином повређене норме погађају неке основне вредности.“<sup>584</sup>

Из оваквог случаја видимо да се мора правити јасна разлика између јавног поретка и императивних прописа, да повреда императивних норми може, али и не мора имати обележја повреде јавног поретка. Специфичности односа које је позвано да решава међународно приватно право су такве да у конкретном случају постоје најмање две државе које су заинтересоване да се питање реши применом њихових правних правила. Сукоб закона биће разрешен на начин који сугерише колизиона норма *lex fori*, који може бити потпуно другачији од решења које би понудило домаће право, али на ту различитост пристајемо док год витални интереси домаћег права нису угрожени. Другачија би била ситуација уколико би се применом страног права вређале домаће императивне норме али и јавни поредак. Таква би ситуација могла наступити уколико би два лица, која су држављани држава у којима важи шеријатско право, хтела да склопе брак у Црној Гори, иако за собом већ имају склопљен брак у својој држави. Домаћи орган би, након што констатује елемент иностраности, консултовао колизиону норму међународног приватног права, која предвиђа да се материјални услови за закључење брака процењују сходно праву држављанства будућих брачних партнера.<sup>585</sup> Примењујући страно право дошли би у ситуацију да

<sup>584</sup> Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 226-99, од 06. децембра 2000. године, објављена у судској пракси привредних судова, Билтен бр. 2, Београд 2001, 105-107.

<sup>585</sup> ЗМПП, члан 77.

допустимо полигамију, што би са аспекта домаћег правног поретка било недопустиво. Самим тим, домаћи орган неће применити страно право иако на њега указује колизиона норма *lex fori*, јер би решење које би уследило било супротно црногорском јавном поретку. Дакле, у овом случају би, повредом императивне норме, био повређен и јавни поредак, што се не може толерисати и самим тим имамо прилично јаке разлоге да одступимо од редовне примене колизионе норме, на начин што нећемо поступити на начин на који она сугерише, штитећи на тај начин домаћи јавни поредак од резултата који би били штетни по њега.

Од јавног поретка треба разликовати и норме непосредне примене. Оно што им је заједничко, то је функција заштите домаћег правног система, с тим што се ова функција остварује на различите начине. Норме непосредне примене у стварима са елементом иностраности примењују се мимо права које би било меродавно сходно колизионој норми,<sup>586</sup> и у томе лежи основна сличност са нормама јавног поретка. Али, разлика се састоји у томе што ће, приликом заштите јавног поретка, домаћи судија прво консултовати колизиону норму и меродавно право до којег се дође пратећи њену тачку везивања, па ће одбити да га примени тек уколико закључи да би то нарушило основне вредности домаћег правног система.<sup>587</sup> Са друге стране, кад су у питању норме непосредне примене, њихова примена се не чини зависним од колизионих норми, дакле оне се примењују независно од тога какво решење колизиона норма предвиђа и какве би биле норме страног меродавног права.<sup>588</sup>

Домашај норми непосредне примене одређен је њиховим циљем и карактером, па се имају примењивати и на односе са елементом иностраности, без обзира на чињеницу какво упутство садржи колизиона норма.<sup>589</sup> За разлику од јавног поретка, код норми непосредне примене ми заправо

---

<sup>586</sup> К. Voele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 207.

<sup>587</sup> М. Рочкомановић, „*Ordre public* у међународном приватном праву Француске“, *Анали Правној факултету у Београду*, 3-4, 1994, 326, у даљем тексту М. Рочкомановић, *Ordre public*.

<sup>588</sup> J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge, *op. cit.*, 761; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 166; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 308.

<sup>589</sup> Тако су у спору у материји уговорног односа код купопродаје вина између француског продавца и немачког купца, где су странке пропустиле да одреде меродавно право, у обзир дошле норме непосредне примене садржане у Закону о вину Немачке. Наиме, како је вино требало да се увезе у Немачку, оно је требало да има одговарајући квалитет. Странке, истина нису изабрале меродавно право, али се норме Закона о вину нису могле искључити. Детаљније о овом случају види В. Чоловић, *Практикум за Међународно приватно право*, Источно Сарајево, 2002.

формално не одбијамо примену страног права, већ само констатујемо да постоји домаћи пропис који се мора применити.<sup>590</sup> Фактички, то ће бити исто као да смо одбили примену страног права, поготово у ситуацији када се норма страног права, које би било меродавно да је консултована колизиона норма, и домаћа норма непосредне примене у потпуности разликују.<sup>591</sup>

Разлика између јавног поретка и норми непосредне примене долази и отуда што су вредности које се штите у једном и другом случају различите. Нормама непосредне примене обично се штите економски и политички интереси земље, у контексту међународног приватног права. Овде, у првом реду, мислимо на прописе о слободи тржишта, девизне прописе, прописе о спољнотрговинској размени, прописе о радним односима, социјалном осигурању.<sup>592</sup> Са друге стране, институт јавног поретка, како смо видели, има за циљ да заштити опште вредности у једном друштву.

У Закону о међународном приватном праву Црне Горе<sup>593</sup> и новом српском међународном приватном праву<sup>594</sup>, понуђен је нови концепт у нормирању, кад су у питању норме непосредне примене.<sup>595</sup> У том смислу, норме непосредне примене нису ограничене само на принудне прописе домаћег права чија се примена сматра виталном за заштиту јавног интереса, као што је друштвени, политички или економски систем државе, већ се могу узети у обзир и норме непосредне примене друге државе са којом је однос блиско повезан.<sup>596</sup>

Још једна од разлика између установе јавног поретка и норми непосредне примене огледа се у могућем објекту заштите. Установа јавног поретка штити само основне вредности домаћег правног система. У том смислу, нећемо применити страно право уколико се тиме вређа црногорски јавни поредак, али нећемо водити рачуна о томе да ли је резултат противан јавном поретку неке друге државе.<sup>597</sup> Са аспекта црногорског јавног поретка и његове заштите то питање је ирелевантно. Има аутора који сматрају да постоји један

<sup>590</sup> О примени норми непосредне примене у праву Европске уније погледај К. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, R. Bray, *Procedural Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2006, 104-106.

<sup>591</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 308.

<sup>592</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 308.

<sup>593</sup> ЗМПП Црне Горе, члан 10.

<sup>594</sup> Члан 44 нацрта српског ЗМПП-а.

<sup>595</sup> Ранији Закон о решавању сукоба закона није садржао одредбу о нормама непосредне примене.

<sup>596</sup> М. Костић-Мандић, Осврт, 72.

<sup>597</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 184.

изузетак од правила да држава форума води рачуна само о сопственом јавном поретку. То је случај када због установе узвраћања и преупућивања држава форума примењује стране колиционе норме, када не сме занемарити и страни јавни поредак.<sup>598</sup> Међутим, код норми непосредне примене ситуација може бити другачија. Њихова примена може бити отворена и приликом примене оног права које је одређено као меродавно (*lex causae*), али и у погледу норми неког трећег права.<sup>599</sup> Оваква примена принудних прописа, односно норми непосредне примене, и то не само норми непосредне примене државе *lex fori*, већ како *lex causae*, тако и трећих држава, предвиђена је у неким хашким конвенцијама. Тако, Хашка конвенција о меродавном праву за уговоре о посредовању и заступању предвиђа следеће:

„Приликом примене ове Конвенције, може се признати дејство принудним прописима било које државе са којом конкретна ситуација има значајну везу, ако се, и уколико се, по праву ове последње државе ова правила имају применити, без обзира на право које би било меродавно по њеним колизионим нормама.“<sup>600</sup>

Врло је интересантно објашњење које дају Лусуарн и Бурел: „Појам јавног поретка је у стварности сасвим различит од појма норми непосредне примене. Њихова супротстављеност се посебно огледа у томе што они интервенишу у различитим стадијумима колизионог размишљања. Норма непосредне примене се користи као претходник. Она мора бити узета у обзир на самом почетку колизионог размишљања. Судија констатује да су „друштвени интереси о којима је реч тако важни, да се морају применити одредбе домаћег права“, што у заметку убија сваку помисао на сукоб закона, искључујући *ab initio* одређивање страног права.“<sup>601</sup>

Дакле, норме непосредне примене, за разлику од јавног поретка, примењују се независно од колиционе норме и без претходног консултовања решења које она нуди. Са друге стране, јавни поредак може водити истом резултату, односно непримени меродавног права на које указује колизионна норма, с том разликом што ћемо колизиону норму ипак консултовати, а потом одбити решење које она нуди, зато што је то у супротности са основама домаћег правног система. Такође, јавним поретком штитимо основне

<sup>598</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 184.

<sup>599</sup> J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge, *op. cit.*, 767; K. Boele-Woelki, C. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 209; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 166.

<sup>600</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за уговоре о посредовању и заступању, члан 16.

<sup>601</sup> Лусуарн и Бурел, посредно према М. Живковић, М. Станивуквић, *op. cit.*, 308, фуснота 351.

принципе домаћег права, док је примена норми непосредне примене отворена и у погледу права које је одређено као меродавно, па и у погледу неког трећег права.

### 3. Јавни поредак у упоредном праву

У упоредном праву јавни поредак се најчешће дефинише као институт којим се штите основне вредности домаћег правног система, одређена темељна начела и витални интереси<sup>602</sup> који представљају основу домаћег права. Какав је став домаћег према страном праву може се проценити у односу на степен примене јавног поретка у отклањању његове примене.<sup>603</sup>

Уколико посматрамо упоредноправно видећемо да бројна национална законодавства садрже одредбу о јавном поретку,<sup>604</sup> а једнако се поступа и у међународним конвенцијама. Оно што је мање више заједничко то је да се даје једна уопштена дефиниција овог института, док је његов садржај, о којем ће нешто више речи бити касније, препуштен на конкретизацију телима примене.<sup>605</sup> Њихов задатак, у конкретном случају, састоји се из обавезе да дефиницију која је уопштена испуне прецизним и јасним садржајем.<sup>606</sup> Дакле, реч је о некој врсти бланкетне норме,<sup>607</sup> и судија у сваком конкретном случају има задатак да њен садржај испуни.<sup>608</sup> Другим речима, ради се о једној уопштеној клаузули која се мора испунити вредностима.<sup>609</sup>

У принципу, норма међународног приватног права која дефинише јавни поредак указује на правило понашања у ситуацији када треба применити страном меродавно право чије норме вређају домаћа начела правног поретка. У том смислу, јапански закон о међународном приватном праву прописује:

<sup>602</sup> M. Wolff, *op. cit.*, 182.

<sup>603</sup> N. Enonchong, *loc. cit.*, 634.

<sup>604</sup> О стању појединих националних законодавстава погледај D. Tapola, „Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Application of the Public Policy Rule in Russia“, *Arbitration International*, vol. 22 (1), 2006, 151-153.

<sup>605</sup> К. Сајко, *МПП*, 257.

<sup>606</sup> Д. Класичек, *loc. cit.*, 696.

<sup>607</sup> М. Рочкомановић, *Јавни поредак*, 14.

<sup>608</sup> A. Braucher, „Swastikas and Hit Lists: A Study of Public Policy Exception to the Draft Hague Convention on Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments“, 5 *Gonzaga Journal of International Law*, 2001-2002, 13.

<sup>609</sup> R. Lange, „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, *Erasmus Law Review*, volume 1, issue 1, 2007, 4.

„Ако је страном право меродавно, оно се неће применити ако би његова примена била противна јавном поретку.“<sup>610</sup>

Сличну одредбу садржи и Уредба са законском снагом Мађарске, у којој је наведено да се неће применити страном право које би било супротно мађарском јавном поретку.<sup>611</sup> Такође, швајцарски закон прописује одступање од редовне примене колизионе норме у ситуацији која прети да угрози њен јавни поредак, и то чини на следећи начин:

„Искључена је примена одредаба страног права ако би се њоме дошло до резултата који су неспојиви са швајцарским јавним поретком.“<sup>612</sup>

Све ове одредбе су прилично уопштене и говоре о непримени страног права уколико је ово противно домаћем јавном поретку. Међутим, има примера у националним законодавствима који говоре о непримени страног права уколико је његово дејство супротно јавном поретку. Такав је случај са црногорском нормом о јавном поретку садржаном у Закону о међународном приватном праву, која гласи:

„Неће се примјенити одредба страног права чије је дејство очигледно супротно јавном поретку Црне Горе.“<sup>613</sup>

Паралелну одредбу садрже и закони о међународном приватном праву бивших југословенских република. Слично одређење установе јавног поретка садржано је и у законима о међународном приватном праву Немачке и Пољске. Тако, Немачки законодавац предвиђа:

„Правна норма друге државе се не примењује ако би њена примена довела до резултата који је очигледно неспојив са начелима немачког права.“<sup>614</sup>

Аустријска норма је садржински истоветна немачкој норми, разлика је једино у формулацији, док се суштински у потпуности поклапају:

„Одредба страног права се не примењује ако би њена примена имала резултат који је неспојив са основним вредностима аустријског правног поретка.“<sup>615</sup>

---

<sup>610</sup> Јапански Закон о међународном приватном праву, члан 42.

<sup>611</sup> Уредба са законском снагом Мађарске, § 7 став 1.

<sup>612</sup> Швајцарски закон о међународном приватном праву, члан 17.

<sup>613</sup> ЗМПП, члан 9.

<sup>614</sup> Члан 6 немачког закона.

<sup>615</sup> § 6 аустријског закона.

Кроз ову другу групу држава које противност јавном поретку сагледавају кроз дејство стране норме, провејава мишљење да се неће отклонити страна норма уколико је битно различита, већ само онда уколико њена примена доводи до резултата који је неспојив са основним принципима домаћег правног система. Ово би се свакако процењивало *in concreto*.<sup>616</sup> Дакле, не треба пажњу усмерити на текст норме страног права, на њену стилизацију и формулацију, већ на њено дејство, односно резултат који би произвела у домаћем правном поретку. Ово је експлицитно наведено у белгијском Закону о међународном приватном праву, где је прописано да се неће применити норма страног права која производи дејства неспојива са белгијским јавним поретком. У наставку се наводи да се та неспојивост цени водећи рачуна о јачини повезаности ситуације са белгијским правним поретком и о тежини дејстава која ће примена тог иностраног права произвести.<sup>617</sup> Скоро истоветну одредбу садржи и нацрт српског Закона о међународном приватном праву<sup>618</sup>, који прво обавезује на одступање од примене одредбе страног права ако је њено дејство очигледно супротно српском јавном поретку, а потом указује да се приликом примене ове норме нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значају последица до којих би довела примена одредбе страног права.

У теорији су се вршила упоређивања начина и обима примене установе јавног поретка, па има мишљења да се овај институт више примењује у Француској<sup>619</sup> и Немачкој него, на пример, у Енглеској.<sup>620</sup> Међутим, не треба преуранивати са закључцима и енглеско право поимати као право које више тежи међународној сарадњи и испуњавању интернационалистичких задатака него француско и немачко. Чини се да одговор на овакво поступање ипак лежи у различитом начину конструисања колизионих норми, јер су у Енглеској оне ипак „форумски орјентисане“ и воде примени домаћег права у многим случајевима где би у Француској и Немачкој било меродавно страно, а не домаће право.<sup>621</sup> Самим тим, нема потребе за активацијом клаузуле јавног поретка.<sup>622</sup>

<sup>616</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 158.

<sup>617</sup> Закон о међународном приватном праву Белгије из 2004. године, члан 21.

<sup>618</sup> Члан 43 нацрта ЗМПП-а.

<sup>619</sup> О примени јавног поретка у Француској види М. Рочкомановић, *Ordre public*, 322-338.

<sup>620</sup> N. Enonchong, *loc. cit.*, 636, 637.

<sup>621</sup> Има аргумената који заговарају контра став, да постоје и ситуације у којима су и француске и немачке норме форумски орјентисане, и да се не може донети једноставан закључак у овом правцу само када је у питању енглеско право.

<sup>622</sup> N. Enonchong, *loc. cit.*, 637.

Када су у питању међународни уговори, правићемо разлику између билатералних и мултилатералних. У двостраним уговорима се готово никад не предвиђа клаузула јавног поретка.<sup>623</sup> Ово из разлога јер је владајуће мишљење да нема места позивању на јавни поредак, односно одбијању примене решења до којих се дође применом међународне конвенције, зато што би такво поступање значило једнострану измену садржине међународног уговора, што би било противно његовом циљу.<sup>624</sup> У суштини, билатералним конвенцијама се уједначава колизиона техника две земље и оне су креиране на начин да упуте на право једне, односно друге државе уговорнице, што је и њихов циљ. Самим тим, искључује се могућност да се тако одређено меродавно право прогласи противним јавном поретку државе од чијих се колизионих норми полази, односно јавном поретку једне од држава уговорница.<sup>625</sup> Такође, уколико пођемо од чињенице да, након ратификације, норме међународног уговора постају саставни део унутрашњег права земље уговорнице, одбијање њихове примене практично би значило да вршимо негацију сопственог права.<sup>626</sup>

У конвенцијама донесеним под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право ствари стоје нешто другачије. У њима је, углавном, садржана одредба која прописује да се неће применити меродавно материјално право уколико је очигледно противно јавном поретку. Такву норму садржи Хашка конвенција о сукобу закона у погледу форме тестаментарних одредаба,<sup>627</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде,<sup>628</sup> Конвенција о меродавном праву које се примењује на одговорност произвођача за штету од његових производа.<sup>629</sup>

У оквирима Европске уније још је Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе предвиђала клаузулу јавног поретка.<sup>630</sup> Она је данас замењена Уредбом Европског парламента и Савета о меродавном праву за уговорне обавезе, која такође предвиђа да примена права било које државе може бити одбијена, уколико би та примена довела до повреде

<sup>623</sup> К. Сајко, *МПП*, 260.

<sup>624</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 156.

<sup>625</sup> К. Сајко, *МПП*, 260.

<sup>626</sup> Став *Batiffola* према М. Рочкомановић, *Јавни поредак*, 52.

<sup>627</sup> Хашка конвенција о сукобу закона у погледу форме тестаментарних одредаба, члан 7.

<sup>628</sup> Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде, члан 10.

<sup>629</sup> Конвенција о меродавном праву које се примењује на одговорност произвођача за штету од његових производа, члан 10.

<sup>630</sup> Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе предвиђала клаузулу јавног поретка, члан 16.



јавног поретка државе форума.<sup>631</sup> За разлику од узвраћања и преупућивања где је Уредба експлицитно прописала супстанцијално упућивање и тиме искључила *renvoi*, став по питању овог општег института међународног приватног права је у потпуности другачији.<sup>632</sup> Свакако, јавни поредак у контексту Уредбе мора бити тумачен у складу са њеном садржином, дакле нема места екстензивном тумачењу јавног поретка. Поред овога, обзиром да се говори о заштити јавног поретка државе форума, то значи да ће се о примени резултата меродавног права водити рачуна у држави која то меродавно право треба да примени, независно од чињенице што субјекти грађанскоправног односа могу бити везани за више држава.<sup>633</sup>

У свим наведеним случајевима о клаузули јавног поретка смо говорили у контексту одређивања меродавног права, односно непримени страног права које је иначе меродавно, а чије је дејство супротно основним начелима на којима је домаћи правни поредак саткан. Међутим, међународне конвенције садрже још један вид заштите јавног поретка који се не односи на колизиони вид решавања приватноправних односа са елементом иностраности. Наиме, норме јавног поретка могу бити повређене и приликом признања стране судске и арбитражне одлуке, уколико је сама одлука у супротности са јавним поретком државе признања. Из тог разлога, национална законодавства и међународне конвенције које се баве овом материјом прописују да се страна одлука неће признати уколико је у супротности са јавним поретком оне државе у којој се признање те одлуке захтева. Такву одредбу садржи Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука,<sup>634</sup> као и Хашка конвенција о признању и извршењу страних одлука у грађанским или трговачким стварима.<sup>635</sup> У овом домену, поред материјалноправне компоненте јавног поретка, врло је важно нагласити и његову процесноправну димензију, о чему ће више речи бити нешто касније.

У сваком случају, неподељен став како законодавства, тако и праксе је да се јавни поредак мора штитити. Клаузула, односно институт јавног

<sup>631</sup> Види чл. 21 ове Уредбе.

<sup>632</sup> В. Чоловић, Одступања, 42.

<sup>633</sup> *Ibidem*.

<sup>634</sup> Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука донесена је 1958. године, а у Југославији је ратификована 1981. године. Види „Службени листи СФРЈ“ МУ 11/81; о начину дефинисања јавног поретка у Њујоршкој конвенцији погледај Т. Harris, „The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention“, *Journal of International Arbitration*, 24 (1), 2007, стр. 9-12.

<sup>635</sup> Конвенција је закључена 2. јула 2019. године.

поретка, у том смислу, служи као изузетно погодан коректив који ће омогућити да се не примени страном меродавном праву, иако га сама колизионна норма чини меродавним, зато што је његово дејство супротно основним вредностима домаћег права.<sup>636</sup> Такође, штитимо се и од утицаја страних судских и арбитражних одлука које су противне јавном поретку државе признања. Ова решења су, како смо видели, прихваћена и од стране законодаваца и великог броја међународних конвенција.

У контексту одређивања меродавног права државе махом прихватају колизионо, а не супстанцијално упућивање, по којем, када примењујемо страном право на које укаже домаћа колизиона норма, примењујемо и његове колизионе норме. Самим тим, јавни поредак представља заштиту домаћег права не само од страног материјалног, већ и од страног колизионог права, уколико је оно неприхватљиво за државу форума, па се у случају *renvoi* неће применити.<sup>637</sup>

#### 4. Садржина јавног поретка

Како је више пута поновљено, јавни поредак обухвата основне вредности које се у сваком случају морају заштитити, независно од чињенице што домаћа колизиона норма указује на примену страног права. Те основне вредности домаћег правног система садржане су у фундаменталним начелима која чине потку домаћег правног поретка, али и у појединим прописима који су нормативни израз тих начела или који имају сопствени значај.<sup>638</sup> Дакле, када говоримо о садржини јавног поретка, говоримо о одређеним правним начелима и правним нормама, чију заштиту претпостављамо редовној примени колизионе норме.

Начела која штитимо кроз установу јавног поретка су она која представљају отелотворење универзалне правде, односно којима се постижу и штите међународно признате вредности. Штитећи ова начела ми заправо онемогућавамо да на домаћу територију продру ефекти који су неспојиви поимању домаће државе. У том смислу, не смемо дозволити примену оног страног права које би негирало забрану ропства, забрану верске или расне дискриминације, забрану дискриминације према полу... Тако је још Општи имовински законик за Црну Гору прописивао јавни поредак на следећи начин:

<sup>636</sup> N. Enonchong, *loc. cit.*, 635.

<sup>637</sup> К. Сајко, *МПП*, 261.

<sup>638</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 309.

„Иностранци се закони неће никако признавати у црногорским судовима, кад су противни црногорским законима јавног реда и јавне обзбједе (сигурности). Неће се признавати ни они иностранци закони који би били противни благонрављу, или би повлађивали какву нечовјечну установу (нпр. ропство) које се не трпи у Црној Гори.“<sup>639</sup>

Овакво дефинисање јавног поретка пропраћено је адекватним поступањем у пракси, упоредно посматрано. Забрана ропства, дефинисана Општим имовинским закоником, сматрана је основним начелом које се мора штитити и у другим државама. Тако је 1850. године, из Каролине, са југа Сједињених Америчких Држава, у Лондон дошао извесни господин Смит са својим робом Џоном. Када је ступио на енглеско тло Џон је изјавио да жели ту и остати, као слободан човек, али је господин Смит подигао тужбу, тражећи да му се роб преда као ствар. У Каролини, роб је имао статус покретне ствари, а по енглеском колизионом праву требало је применити право домицила власника покретне ствари, односно право Каролине. Међутим, енглески суд је одбио да примени право Каролине, из разлога што резултат до којег води ово право промовише ропство, што је супротно енглеском јавном поретку.<sup>640</sup>

У групу начела која се штите спадала би и она која су садржана у одговарајућим међународним актима, на пример у Универзалној декларацији о људским правима, Међународном пакту о грађанским и политичким правима, Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода. Тако Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода предвиђа да права човека из конвенцијског поља примене представљају јавни поредак држава уговорница, па се неће применити страном меродавно право уколико је у супротности са одредбама саме конвенције.<sup>641</sup> Утицај ове Конвенције је био значајан и на пољу усклађивања права држава уговорница са одредбама које су у њој садржане, па се тако одредба белгијског Грађанског законика, по којој се питање сродства ванбрачног детета и мајке чини зависним од признања материнства, има сматрати противном Европској конвенцији и не сме се више примењивати.<sup>642</sup> Уговором о Европској унији је предвиђено да ће се темељна права која су зајемчена овом Конвенцијом поштовати као општа начела права Уније, зато што она произилазе из заједничких уставних традиција држава чланица. У том смислу, на пољу

<sup>639</sup> Општи имовински законик за Црну Гору, члан 8.

<sup>640</sup> Према Б. Благојевић, *op. cit.*, 149.

<sup>641</sup> К. Сајко, *МПП*, 267.

<sup>642</sup> *Ibidem*.

Европске уније можемо говорити о такозваном европском јавном поретку, којим се штите основна права Уније.<sup>643</sup>

Поред ових начела, садржину јавног поретка чине и начела којима се штите политички и друштвени темељи домаће државе. Тако се штити одређени облик својине, начело моногамије, раскидивости брака, равноправности брачних партнера, равноправност брачне, ванбрачне и усвојене деце. Кроз ова начела држава указује на основне вредности које се морају штитити и она су садржана у Уставу, односно у одређеним законским текстовима. Тако, нећемо применити страно меродавно право које садржи забрану утврђивања ванбрачног очинства, јер би то било противно црногорском јавном поретку.

Садржину јавног поретка, поред начела, чине и одговарајуће правне норме. Оне су садржане у многим законским текстовима, па тако неколико одредби црногорског породичног закона<sup>644</sup> можемо сматрати црногорским јавним поретком. По овом закону није допуштено утврђивати очинство детета које је зачето вештачком оплодњом.<sup>645</sup> Такође, закон не допушта оспоравање очинства након смрти детета.<sup>646</sup> Дакле, ове норме и низ других су такве садржине да представљају јавни поредак, па због циља који се њима жели постићи не треба применити страно право које производи ефекте супротне овим прописима.

У сваком случају, било да се ради о начелима или о нормама, уз клаузулу јавног поретка штитимо основне вредности домаћег правног система. Оно што је разлика између ова два садржинска дела јавног поретка јесте у томе какво је њихово дејство, односно какав начин заштите нуде. Дејство, односно функција јавног поретка може бити негативно и позитивно.<sup>647</sup> Негативном функцијом искључујемо примену страног права а позитивном намећемо примену домаћег права у конкретном случају.<sup>648</sup> Уколико посматрамо начела која треба заштитити видећемо да она представљају сигнал када треба одступити од примене страног права чија су решења супротна самим начелима. Овакво дејство можемо назвати негативним дејством,<sup>649</sup> јер се прописује непримењивање страног права које је супротно начелима јавног поретка, али не и које ће се право применити уместо њега. Са друге стране, када

---

<sup>643</sup> К. Сајко, *МПП*, 268.

<sup>644</sup> Породични закон Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 1/2007, 53/2016, 76/2020.

<sup>645</sup> Породични закон, члан 112.

<sup>646</sup> Породични закон, члан 119.

<sup>647</sup> К. Сајко, *МПП*, 263, 264.

<sup>648</sup> К. Boele-Woelki, С. Joustra, G. Steenhoff, *loc. cit.*, 225, 226.

<sup>649</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 310.

говоримо о самим правним нормама, оне прописују да не треба применити страно меродавно право, што је опет негативно дејство, али и предвиђају да уместо страног права треба применити управо оно решење које је садржано у домаћим нормама, што би било позитивно дејство.<sup>650</sup> Међутим, има аутора који сматрају да институт јавног поретка своју заштиту остварује једино кроз негативну функцију и да заправо позитивна функција и не постоји.<sup>651</sup> Позитивно и негативно дејство имплицирају и разлику у начину заштите. Док се начела могу штитити клаузулом јавног поретка, дотле се правне норме које представљају јавни поредак могу штитити како институтом јавног поретка тако и техником непосредне примене. У крајњем, резултат је исти, јер у оба случаја долази до примене домаћег права.<sup>652</sup>

Садржина јавног поретка има променљив карактер и његова структура се разликује од државе до државе. Дакле, не само да је немогуће говорити о садржини јавног поретка за више држава и за дуже време, већ је немогуће говорити о садржини само једног јавног поретка за дужи временски период.<sup>653</sup> Суштину јавног поретка је могуће одредити само уз врло прецизне просторне и временске координате, управо због чињенице да су обележја норми које га чине релативност и променљивост, и да, следствено томе, нешто што је данас у супротности домаћем јавном поретку, сутра то не мора бити. У зависности од промене садржине јавног поретка мењаће се и суд о томе да ли је страно право у супротности са јавним поретком или не. У сваком случају, судија ће водити рачуна само о јавном поретку у тренутку кад се о томе одлучује,<sup>654</sup> што се назива начелом актуелности јавног поретка.<sup>655</sup> И међународна доктрина је сагласна са оваквим начином интерпретације садржине јавног поретка, дакле у тренутку кад се питање расправља,<sup>656</sup> што значи да се временска условљеност садржине јавног поретка не доводи у питање.<sup>657</sup> У супротном, ако би се под јавним поретком подразумевале и оне норме које више не представљају његов саставни део,

<sup>650</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 310.

<sup>651</sup> Д. Класичек, *loc. cit.*, 699.

<sup>652</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 310.

<sup>653</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 148.

<sup>654</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 160.

<sup>655</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 312.

<sup>656</sup> J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid 1952, стр. 122; C. Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris 1955, стр. 224; M. De Angulo Rodriguez, „Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international“, *Revue critique*, 1972, 369.

<sup>657</sup> М. Рочкомановић, *Ordre public*, 328.

иако су то несумњиво некад биле, онда би могли доћи у ситуацију да на истој територији важе два контрадикторна јавна поретка,<sup>658</sup> што је апсолутно неприхватљиво.

## 5. Примена института јавног поретка и одступање од редовне примене колизионе норме

Колизионе норме су, како смо видели, императивне природе и њихова примена не зависи од воље странака. У том смислу, применићемо домаћу колизиону норму па и страно право на које она указује, чак и ако би странке желе да се њихово питање разреши по домаћем праву. Међутим, постоје и ситуације када ћемо, упркос праву на које указује колизиона норма форума, одбити да применимо страно меродавно право, зато што резултати такве примене не би одговарали назорима домаћег правног поретка. У ту сврху се служимо институтом јавног поретка, чија заштитна функција омогућава да корективно делујемо на примену колизионе норме и да не применимо страно право, без обзира што је оно, сходно вољи законодавца, најближе повезано са конкретним случајем. Дакле, уколико су резултати примене страног права неспојиви са основним вредностима домаћег правног система, морамо одступити од редовне примене колизионе норме и наћи алтернативно решење за конкретно питање. Овакав јавни поредак познат је у литератури као колизионоправни јавни поредак.<sup>659</sup>

У извесном смислу јавни поредак представља средство које ће омогућити домаћем суду да подигне „Кинески зид“ и направи брану за страно меродавно право, иако су на њега указале колизионе норме форума.<sup>660</sup> Што је став домаћег правосуђа према страном праву ускогрудији, то ће бити чешћа и шира примена клаузуле јавног поретка и обратно.<sup>661</sup>

Да би дошло до примене института јавног поретка приликом разматрања неког приватноправног проблема са елементом иностраности, неопходно је да се остваре одређене претпоставке, које се манифестују у следећем:

1. сходно колизионој норми форума мора бити меродавно страно право;

---

<sup>658</sup> Ch. Knapp, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Neushatel 1933, 175.

<sup>659</sup> X. Сикирић, *Јавни поредак*, 226.

<sup>660</sup> N. Enonchong, *loc. cit.*, 634.

<sup>661</sup> *Ibidem*.

2. резултат примене тако утврђеног страног права мора бити супротан јавном поретку државе суда;
3. мора постојати одговарајућа веза између конкретног случаја и *lex fori*.

Први услов за примену клаузуле јавног поретка састоји се из чињенице да колизиона норма указује на примену страног меродавног права.<sup>662</sup> Дакле, расправљајући један приватноправни проблем са елементом иностраности, судија је приступио квалификацији чињеничног односа не би ли одредио коју колизиону норму треба применити у конкретном случају. Активирањем тачке везивања у тој колизионој норми у прилици смо да однос локализујемо, односно да му дамо одговарајуће просторне координате и, самим тим, добијемо смерницу које право треба применити. Уколико нас оваква методологија води примени страног права, у могућности смо да упоредимо резултат примене страног меродавног права и домаћег супстанцијалног права, на основу чега ће се донети закључак о могућој повреди домаћег јавног поретка.<sup>663</sup> Уколико та могућност постане извесна, то је довољан сигнал за судију да тако утврђено страно право не примени.

Када домаћи судија закључи да је страно право, односно резултат његове примене неспојив са правним поретком форума, клаузула јавног поретка има овлашћење да одбије његову примену. Притом, важно је напоменути да оваква негативна функција јавног поретка није уперена против садржине тако утврђеног страног права, већ против његове примене у конкретном случају.<sup>664</sup> Судија једноставно констатује да решење које страно право предвиђа за конкретан случај није прихватљиво са аспекта домаће правне политике. На пример, уколико у Црној Гори одбијемо примену неког страног права у питању закључења брака, то не значи да одбијамо примену тог страног права уопште, већ само за тај случај. Приликом расправљања неког другог питања, уколико се опет утврди меродавност тог истог права, решење не мора бити неспојиво са домаћим правним поретком. Тако је, рецимо, супротна јавном поретку одредба алжирског права по којој је забрањено утврђивање ванбрачног очинства. Уколико се ово питање постави у Црној Гори, и уколико је рођењем дете стекло алжирско држављанство, то би указало на примену алжирског права као меродавног.<sup>665</sup>

<sup>662</sup> М. Рочкомановић, *Јавни поредак*, 20.

<sup>663</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 312.

<sup>664</sup> К. Сајко, *МПП*, 264.

<sup>665</sup> Сагласно одредби члана 87 ЗМПШ, на породични статус детета примењује се право државе чије је држављанство дете стекло у време рођења.

Међутим, како је алжирско право на становишту да је забрањено утврђивање ванбрачног очинства, ова норма, односно њен резултат био би супротан црногорском јавном поретку, па не бисмо применили алжирско право у конкретном случају. Ово свакако не значи да ћемо и у сваком следећем случају одбијати примену алжирског права. У уговорној, наследној или некој другој материји, резултати примене алжирског права не морају бити супротни црногорском јавном поретку, па ће његова примена бити осигурана. Судија, самим тим, има задатак да утврди какав је резултат примене страног права у конкретном случају, па се и противност јавном поретку везује само за тај конкретан случај, без прејудицирања могућности његове примене, односно непримене на све будуће случајеве. Уосталом, и наш законодавац се, приликом дефинисања одредбе о јавном поретку, определио за формулацију сходно којој се не примењује страно право уколико је његово дејство очигледно супротно црногорском јавном поретку, што значи да ћемо процењивати страну норму у садејству са домаћим правом, а никако изоловано.<sup>666</sup> Тако, на пример, нека права дозвољавају брак између свекра и снахе, док би у другим такав брак било немогуће закључити. Међутим, ово не значи да би и ефекти тако склопљеног брака у иностранству у потпуности изостали у домаћој држави, јер иако је противно домаћем јавном поретку закључење оваквог брака, то не значи да децу рођену из овакве везе не би требало сматрати законитом децом.<sup>667</sup> Ово нам указује на чињеницу да треба правити разлику између настанка правних односа и последица које могу произвести. Док примена страног права на које указује домаћа колизиона норма и настанак једног правног односа може вређати домаћи јавни поредак, то не значи да нужно и последице тако креираног правног односа морају вређати основна начела државе форума.<sup>668</sup>

Последња претпоставка која ће условити примену института јавног поретка јесте веза са домаћом државом, односно домаћим правом. Дакле, да би могли говорити о отклањању примене страног меродавног права требала би постојати одговарајућа веза између конкретног случаја и домаће државе.<sup>669</sup> Ова веза може бити остварена кроз домицил или држављанство странака, или кроз њихово уобичајено боравиште у држави

---

<sup>666</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 158.

<sup>667</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 182, 183.

<sup>668</sup> М. Wolff, *op. cit.*, 183.

<sup>669</sup> Овакву норму садржи Нацрт српског ЗМПП (члан 43 став 2), прописујући да се приликом примене института јавног поретка нарочито има узети у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довела примена одредбе страног права.



суда. На овај начин врши се својеврсна релативизација јавног поретка, јер се одступање од примене иначе меродавног права чини зависним од степена заинтересованости домаће државе у конкретном случају, односно од такозване „унутрашње везе“ (*Binnenbeziehung*), односно интензитета везе између конкретног правног односа и домаћег поретка.<sup>670</sup> Учење о релевантности унутрашње везе, односно о степену тангираности домаће државе најзаступљеније је у Немачкој и Швајцарској теорији и пракси.<sup>671</sup> У овим државама територијална веза између случаја и *lex fori* се јавља као неопходан услов за примену клаузуле јавног поретка.<sup>672</sup> Случај из немачке судске праксе ће потврдити значај постојања унутрашње везе за активацију клаузуле јавног поретка. Наиме, иранска држављанка је поднела тужбу за издржавање против свог супруга од којег је одвојено живела. Тужбу је поднела Апелационом суду у Олденбургу и тражила је издржавање за себе и своје малолетно дете. Консултујући немачку колизиону норму требало је применити иранско право. Сходно иранском праву, жена која одвојено живи од супруга не може добити издржавање, осим уколико би наставак заједничког живота угрожавао њен лични интегритет, својину или част. Међутим, како у конкретном случају није доказана опасност ове врсте, примена иранског права водила је одбијању жениног захтева. Суд у Олденбургу је истакао да се примена страног права мора одбити уколико води резултату који је неспојив са основним појмовима немачког права и да је одбијање потребније што је веза са немачком државом јача. Одбијање издржавања које предвиђа иранско право у супротности је са основним појмовима јавног поретка и правде немачког права. У конкретном случају постоји посебно тесна веза са државом суда. Та веза је изражена преко боравишта странака у Оснабрику, где се налази и дете, а тужени више година живи у Немачкој, где ради као лекар. Тесна веза са Немачком постоји и због тога што се од одвајања од супруга жена сама старала о њиховом болесном једногодишњем детету, притом је без сопствених средстава за живот, а и сама неспособна за рад. Уколико би тужбени захтев био одбијен, пала би на терет трећих лица, односно социјалној заштити, а то је резултат који се мора избећи, јер је у супротности са начелима брачног права.<sup>673</sup>

Међутим, има аутора који овај степен заинтересованости домаће државе, односно интензитет унутрашње везе разликују у зависности од тога

<sup>670</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 157.

<sup>671</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 157. и ауторе наведене у фусноти бр. 171.

<sup>672</sup> М. Рочкомановић, *Ordre public*, 325.

<sup>673</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 314, 315.

да ли се правни однос заснива у домаћој држави применом страног права, или је тај однос већ заснован у иностранству.<sup>674</sup> У првом случају, уколико се правна ситуација заснива применом страног права, а то заснивање је у супротности са јавним поретком, наступиће прохибитивно дејство клаузуле јавног поретка и нећемо дозволити заснивање такве правне ситуације. У другом случају, када је правна ситуација већ заснована у иностранству, степен заинтересованости домаће државе је нешто нижи. Сходно домаћем закону о међународном приватном праву материјални услови за закључење брака цене се по националним законима нуптуријената. Међутим, тражи се и задовољење услова које предвиђа црногорско право, као *lex fori* у конкретном случају, а један од тих услова је и непостојање ранијег брака. Дакле, уколико би, као у нешто раније наведеном примеру, лица која су већ у браку желела да склопе нови брак у Црној Гори, то им не би било дозвољено са позивом на јавни поредак. Не бисмо применили страно меродавно право јер би његов резултат био неспојив са основним вредностима црногорског права. Степен заинтересованости домаће државе био би јаког интензитета и не би дозволили заснивање овакве правне ситуације. Међутим, уколико би ова правна ситуација била заснована у иностранству, уколико би два лица склопила више пуноважних бракова у држави која то дозвољава, а потом у нашој земљи поднела захтев за издржавање, да ли ћемо и тада одбити примену страног права, обзиром на чињеницу шта је основ издржавања или ћемо захтев за издржавање посматрати изоловано? Сматрамо да је правна ситуација која је створена у иностранству мање везана за домаће право и ми ћемо се задовољити проценом дејстава те ситуације на домаћи правни поредак, а не ситуацијом на основу које су та дејства настала. Дакле, у конкретном случају, обзиром да се ради о пуноважном браку по страном праву, жена и деца ће се сматрати законитом, односно брачном, па ће се, у складу са испуњеношћу осталих услова, дозволити издржавање.

Можемо закључити да је унутрашња веза јача уколико се правна ситуација заснива у домаћој земљи и садржина јавног поретка је шира уколико домаћи органи учествују у стварању одређених правних ситуација, где на основу домаће колизионе норме треба применити страно право. Са друге стране, садржина јавног поретка је ужа уколико се ради о правним последицама које проистичу из ситуација које су засноване у иностранству, јер је степен заинтересованости домаће државе у таквим случајевима мањи.<sup>675</sup>

Не треба заборавити да постоје и случајеви када је ирелевантно да ли постоји или не постоји веза између случаја и државе суда, и ако постоји није

<sup>674</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 152, 153.

<sup>675</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 154.

од значаја какав је квалитет те везе. Наиме, конекситет између случаја и *lex fori* се не поставља уколико се говори о нормама непосредне примене.<sup>676</sup> Такође, о унутрашњој вези између конкретног питања и државе форума не морамо говорити ни у случају заштите начела универзалне правде и међународно признатих вредности. У том смислу, примену односно заштиту начела забране расне или верске дискриминације не би могли условљавати било каквом везом са државом форума, теоријски посматрано, већ би заштиту требало пружити свим лицима независно од те везе.<sup>677</sup>

У законодавствима појединих држава, какав је случај са Тунисом, експлицитно се изјашњавају против унутрашње везе као услова за примену института јавног поретка и одбијања примене страног права. У том смислу, туниски законодавац налаже судији да примени клаузулу јавног поретка независно од чињенице којег су држављанства странке у спору, и додаје да клаузула јавног поретка не зависи од интензитета везе између туниског правног система и спора.<sup>678</sup> На овај начин избегава се дискриминација одређених категорија лица и последице селективне интервенције клаузуле јавног поретка.

Након што смо констатовали да је сходно колизионој норми форума меродавно страно право и када смо се уверили да би резултат његове примене био потенцијална опасност по домаћи правни систем, остаје нам да видимо на који начин институт јавног поретка дејствује и како се одступа од редовне примене колизионе норме.

Оно што би могли назвати општим дејством института јавног поретка јесте одбијање примене страног права на које указује домаћа колизиона норма и примена неког другог права на конкретан случај.<sup>679</sup> Непримена страног права квалификује се као негативно дејство, док би примену неког другог, уместо страног права које је противно јавном поретку, сматрали позитивним дејством.<sup>680</sup> Међутим, оно што је централно обележје и у чему лежи основа постојања овог института, то је његово негативно дејство, односно овлашћење да се страно право не примени уколико би резултат такве примене био посве неприхватљив за домаћу државу. Негативно дејство у себи садржи врло експлицитно овлашћење за промену правца колизионе норме, односно за одступање од њене редовне примене.

<sup>676</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, стр. 315.

<sup>677</sup> *Ibidem.*

<sup>678</sup> Туниски закон о међународном приватном праву члан 36 ст. 2 и 3.

<sup>679</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 316.

<sup>680</sup> С. David, „La loi étrangère devant le juge du fond“, *Bibliothèque de droit international privé*, vol. 3, Paris 1965, 84, 85.

Каткад ће ово негативно дејство бити и једино, односно околности случаја могу бити такве да се само отклања примена страног права, без потребе за изналагањем неког новог решења.<sup>681</sup> То би било онда када ситуацијама које су настале применом страног права не дајемо никакав учинак, не признајемо их, или када не дозвољавамо заснивање ситуација у домаћој држави.<sup>682</sup> Такав би случај био када не би признавали ни примењивали стране дискриминационе прописе којима се одузима власништво држављанима домаће државе, или у другом случају када одбијемо да закључимо брак у ситуацији када лице потиче из државе у којој је дозвољена полигамија, а претходно већ има закључен брак.<sup>683</sup> Дакле, у оваквим случајевима испољава се опште дејство института јавног поретка у његовој негативној димензији, јер домаћи судија само отклања примену страног права на начин што не признаје правну ситуацију засновану у иностранству, односно одбија да заснује правну ситуацију у домаћој држави. Али, изостаје она позитивна димензија, јер околности случаја то не захтевају. Међутим, веома често ће се јавити потреба да се, након одступања од редовне примене колиционе норме, односно након наступања негативног дејства института јавног поретка, оствари и његово позитивно дејство, односно да се изнађе алтернативно право по којем ће конкретно правно питање бити решено. Страно право које је супротно домаћем јавном поретку мора бити супституисано, па је основна дилема које право ће имати улогу супституента. Највише прихваћено становиште је да се страно право замењује домаћим правом,<sup>684</sup> мада се ретко у законодавствима срећу експлицитне одредбе које ово прописују.<sup>685</sup> Такав изузетак је приметан у аустријском праву, где законодавац прописује следеће:

„Уместо страног правила по потреби се примењује одговарајуће правило аустријског права.“<sup>686</sup>

Сличну одредбу садржи и мађарска Уредба са законском снагом о међународном приватном праву, која на експлицитан начин уређује примену мађарског уместо страног права:

<sup>681</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 317.

<sup>682</sup> К. Сајко, *МПП*, 265.

<sup>683</sup> К. Сајко, *МПП*, 265, 266.

<sup>684</sup> А. Bucher, *loc. cit.*, 30-34.

<sup>685</sup> У Нацрту српског ЗМПП-а (члан 34 став 3) предвиђена је норма којом се одредба страног права које се не може применити због супротности јавном поретку, мења одредбом права Републике Србије, уколико је потребно.

<sup>686</sup> Члан 6 аустријског закона.

„Уместо страног права које се не примењује, примењује се мађарско право.“<sup>687</sup>

У пракси се најчешће овако и поступа, независно од тога да ли постоји експлицитна законска формулација или не. Уколико се у нашој земљи постави питање одређивања меродавног права за закључење брака, па следствено домаћој колизионој норми судија утврди меродавност права које прописује забрану закључења брака због верских разлика, тада не само да ћемо одбити да применимо то страно право испољавајући негативно дејство института јавног поретка, већ ћемо применити и његову позитивну димензију, на начин што ћемо на закључење брака применити *lex fori*, и самим тим заштитити јавни поредак од резултата који би угрозио основна начела на којима овај почива.

Међутим, иако је најшире прихваћен концепт по којем се опште позитивно дејство института јавног поретка остварује применом домаћег уместо страног права, има и другачијих решења. Такође, предвиђа се примена одговарајућих одредаба страног меродавног права које нису у супротности са јавним поретком домаће државе, затим комбинација норми домаћег и страног права, или чак примена неког другог права на које указују друге тачке везивања евентуално садржане у колизионој норми.<sup>688</sup> Оваква решења прописује португалски Грађански законик<sup>689</sup> који предвиђа примену оних норми које су најприлагођеније меродавном страном законодавству или супсидијарно норме португалског унутрашњег права, или италијански закон о међународном приватном праву који у случају немогућности примене страног права због противности јавном поретку прописује примену оног права на које указују други критеријуми везивања евентуално предвиђени за исту нормативну хипотезу. Уколико ове додатне тачке везивања не постоје тада ће се применити италијанско право.<sup>690</sup>

Уколико учинимо недвосмисленим примену домаћег уместо страног меродавног права, остаје дилема да ли ћемо у потпуности заменити страно право или ћемо оптирати за његову замену само у делу норми које сеprotиве јавном поретку. У том смислу има мишљења која су за диференцирану примену страног права на начин да се искључе само оне одредбе које су противне јавном поретку и уместо њих примени домаће, а за сва остала питања да

<sup>687</sup> Мађарска Уредба са законском снагом, § 7 став 3.

<sup>688</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 317.

<sup>689</sup> Види члан 22 став 2 португалског Грађанског законика из 1966. године.

<sup>690</sup> Закон о међународном приватном праву Италије, члан 16.

се примени иначе меродавно страном праву.<sup>691</sup> Међутим, ово решење би било много компликованије за суд који би морао да примењује више права на исти однос, што би било сложеније и дуготрајније, него решење по којем би страном меродавно право у потпуности заменили домаћим правом.

У извесном смислу можемо говорити и о ублаженом дејству јавног поретка, уз нека додатна прецизирања овог појма.<sup>692</sup> Може се у домаћој држави поставити питање проширивања дејстава неке правне ситуације која је заснована у иностранству, а која се у домаћој држави не би могла засновати због противности јавном поретку. Уколико дејства таквог односа признамо у домаћој држави тада говоримо о ублаженом дејству јавног поретка. Наиме, однос је пуноважно заснован у иностранству применом страног права, али дозвољавамо да произведе последице на домаћој територији, јер иако однос не би у домаћој држави био заснован због противности јавном поретку, последице које производи ипак не морају делити ову судбину. Суштински, овде клаузула јавног поретка и не делује, она у оваквим случајевима уопште не интервенише. Типичан пример ублаженог дејства представља већ помињани хипотетички случај у којем супруга подноси захтев за издржавање, а ради се о полигамном браку који је пуноважно заснован у иностранству. Без сумње, овакав брак не би могао бити заснован у нашој земљи, зато што би тада наступило опште негативно дејство клаузуле јавног поретка, али да ли можемо признати дејство полигамног брака који је пуноважно закључен у иностранству? Чини се да би одговор на ово питање требао бити позитиван. Ако је супротно јавном поретку закључење полигамног брака, није супротно јавном поретку тражење издржавања од супруга, и ту се препознаје ублажено дејство института јавног поретка. Битно је само да су остварене одређене претпоставке како би ово ублажено дејство дошло до изражаја.<sup>693</sup>

- 1) правни однос се заснива у иностранству применом страног права чија је садржина противна домаћем јавном поретку, као што је закључење полигамног брака;
- 2) на основу таквог правног односа тражи се признање његових одређених дејстава у домаћој држави, која сама по себи нису супротна јавном поретку, као што је захтев за издржавање;
- 3) заснивање правног односа у иностранству не сме бити учињено са фrawdолозном намером изигравања закона.<sup>694</sup>

---

<sup>691</sup> М. Рочкомановић, *Ordre public*, 326, 327.

<sup>692</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 318.

<sup>693</sup> *Ibidem*.

<sup>694</sup> У оним државама које познају институт изигравања закона.

Међутим, овде је врло важно напоменути да ублажено дејство клаузуле јавног поретка има ограничену примену, односно да је ово дејство релативног карактера. Та релативност се огледа у чињеници да не постоје неки јасни показатељи који ће судији сугерисати да ли да призна дејство неког правног односа заснованог у иностранству или не, што значи да је судија слободан у оцени дејстава пуноважно заснованог правног односа и његовим ефектима на домаћој територији. Он мора у конкретном случају да процени да ли би јавни поредак био повређен признавањем ових дејстава и да донесе закључак о томе да ли у односу на такав захтев применити негативно дејство института јавног поретка или пак ублажено.<sup>695</sup>

Смисао јавног поретка огледа се у чињеници да не смемо дозволити примену страног меродавног права без обзира што тако сугерише колизиона норма форума, уколико би ефекти били противни домаћем јавном поретку. Дакле, нагласак је на домаћем јавном поретку, односно јавном поретку државе чије колизионе норме указују на примену страног права. По правилу, домаћи судија не води рачуна о томе да ли је повређен страни јавни поредак<sup>696</sup> и да ли је у иностранству дошло до примене института јавног поретка.<sup>697</sup> Међутим, има ситуација када ће интервенција страног института јавног поретка довести до одређеног дејства домаћег института јавног поретка. Овакав начин дејства можемо назвати рефлексним дејством,<sup>698</sup> обзиром да је активација домаће клаузуле проста последица непримене страног права у страниој држави, на коју домаће право пристаје због прихватања истих решења. Уколико прихватимо став<sup>699</sup> да активност домаћег судије може бити рефлексција интервенције страног јавног поретка, хипотетичка ситуација би могла изгледати овако: претпоставимо да два лица, припадници различитих раса, желе да склопе брак у Француској. Француска колизиона норма би указала на примену њихових националних права, по којим у конкретном случају брак не би могао бити склопљен, јер садрже забрану закључења брака између припадника различитих раса. Обзиром да би примена тако утврђеног страног права била у супротности са француским јавним поретком, наступа негативно дејство института јавног поретка и отклања се примена редовно меродавног права, да би се применом

<sup>695</sup> У том смислу М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 318.

<sup>696</sup> М. Рочкомановић, *Ordre public*, 327.

<sup>697</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 319.

<sup>698</sup> *Ibidem*.

<sup>699</sup> Подељен је став теорије о прихватању рефлексног дејства јавног поретка, па има аутора (*Pillet, Batiffol, Lagarde*) који сматрају да треба уважити овакав начин деловања страног *ordre public*, али и оних (*Bartin, Maury*) који су се противили оваквом поимању.

француског права брак ипак могао закључити. Уколико се у нашој држави постави питање пуноважности овако склопљеног брака, питање је да ли ће домаћи судија уважити интервенцију стране клаузуле јавног поретка? Одговор на ово питање зависиће од става домаћег права у истој ситуацији, односно од усклађености нашег и француског јавног поретка у конкретном случају. У овом хипотетичком примеру брак између припадника различитих раса имао би се сматрати пуноважним у Црној Гори, с обзиром да би и домаћи институт јавног поретка отклонио примену страног меродавног права у истом случају. Дакле, признање пуноважности односа заснованог у иностранству рефлексија је дејства стране клаузуле јавног поретка.<sup>700</sup> У француској теорији постоји мишљење да се овакво дејство клаузуле јавног поретка има уважити тим пре уколико државе припадају истом правном миљеу и уколико је садржина института у тангираним државама истоветна.<sup>701</sup>

У зависности од чињенице да ли одступамо од примене колизионе норме форума како би омогућили или забранили заснивање неког правног односа, разликујемо пермисивно и прохибитивно дејство јавног поретка.

Пермисивно дејство института јавног поретка манифестује се на начин да ћемо позивом на овај институт омогућити заснивање неке правне ситуације која не би могла бити заснована применом страног права које је редовно меродавно сходно колизионој норми форума. Дакле, у пермисивном дејству су садржани и негативно и позитивно дејство института јавног поретка, обзиром да отклањамо страно и на правну ситуацију примењујемо домаће право у циљу задовољења јавног поретка домаће државе. У том смислу као показатељ могу нам послужити бројни, већ наведени, хипотетички примери о забрани склапања бракова између припадника различитих вероисповести или раса. Како су ове забране противне црногорском јавном поретку, то ће се испољити пермисивно дејство клаузуле јавног поретка и одступити од примене колизионе норме у правцу примене домаћег права, како би, упркос постојању забране у националним правима, ови бракови ипак били закључени.

Прохибитивно дејство клаузуле јавног поретка манифестује се на начин да ћемо позивом на ову клаузулу отклонити примену страног меродавног права, из разлога што би његова примена била претња по домаћи јавни поредак. Без обзира што је однос могуће засновати по нормама тог страног права у иностранству и што би га то страно право признало, ми ћемо ипак одбити да заснујемо такав правни однос у домаћој држави. На

<sup>700</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 320.

<sup>701</sup> М. Рочкомановић, *Ordre public*, 327.



пример, одбићемо да закључимо полигамни брак иако персонална права нуптуријената то дозвољавају. Или, можемо осмотрити хипотетичку ситуацију у којој два странца у Црној Гори закључују уговор о будућем наслеђу. Претпоставимо да се у Црној Гори отвори питање расправљања заоставштине па се затражи примена једног таквог уговора који иначе допушта персонално право странаца. Обзиром да је у Црној Гори ништав уговор којим неко отуђује наслеђе коме се нада<sup>702</sup> (будуће наслеђе), то не би могли применити страно меродавно право које институт будућег наслеђа дозвољава. Дакле, у прохибитивном дејству института јавног поретка садржано је негативно дејство, којим отклањамо примену иначе меродавног страног права.

Решење конкретног случаја у зависности од начина примене установе јавног поретка биће или само отклањање примене страног права и одбијање могућности заснивања или признавања већ заснованог односа, или примена домаћег права након закључка да се страно право не може применити. У сваком случају, однос који је заснован у домаћој земљи применом института јавног поретка, имаће у њој пуно дејство, али неће имати дејство у држави чије је право отклоњено.<sup>703</sup> Став трећих држава зависиће од садржине њихових јавних поредака и њихове компатибилности са јавним поретком оне државе где је страно право отклоњено, односно од рефлексног дејства института јавног поретка,<sup>704</sup> о којем је већ било речи.

## 6. Процесноправни аспект института јавног поретка

Институт јавног поретка поред материјалноправне има и своју процесноправну компоненту. До сада смо овај институт посматрали у светлу примене, односно одступања од примене колизионих норми форума, а сада ћемо, ради формирања комплетне слике о овом институту, дати основне напомене о јавном поретку у функцији признања страних одлука.

У овој области институт јавног поретка се јавља као заштитно средство које ће онемогућити екстериторијално дејство стране одлуке уколико би дејство признања било очигледно супротно црногорском јавном поретку. У односу на овакав начин нормирања, где се посматра дејство стране одлуке а не сама одлука, поставља се питање да ли је легитимно у поступку признања

<sup>702</sup> Члан 122 став 1 Закона о наслеђивању Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“, бр. 74/2008.

<sup>703</sup> Б. Благојевић, *op. cit.*, 158.

<sup>704</sup> *Ibidem.*

страних одлука проверавати не само мериторне ефекте које би страна одлука имала, већ и њене процесноправне аспекте? Посматрано на овакав начин, деловање института јавног поретка се јавља као коректив или као брана за све оне одлуке приликом чијег доношења су повређена нека од основних процесних начела којима држава признања придаје посебну пажњу. Тако, не би имало смисла признати страну одлуку приликом чијег доношења једној од странака није било омогућено да учествује у поступку. Ова би се одлука косила процесном начелу *audiatur et altera pars* и у конкретном случају би требало одбити захтев за признање. Уколико је одлука чије се признање захтева исходована преваром и то би било супротно домаћем процесном јавном поретку, па би судбина овог захтева била као и претходно наведеног. Свака страна одлука у којој је дошло до повреде начела независности и непристрасности суда, начела употребе сопственог језика, била би супротна домаћем јавном поретку и остала би без ефекта на домаћој територији.<sup>705</sup> На тај начин држава признања се штити од свих одлука које су неспојиве са основним начелима домаћег процесног права.<sup>706</sup>

Приликом контроле стране судске или арбитражне одлуке, суд у држави признања спроводи врло ограничено испитивање. У највећем броју држава ради се о ограниченој контроли, без залажења у меритум и без могућности мењања стране одлуке.<sup>707</sup> Међутим, како смо видели, придаје се пажња процесноправној димензији јавног поретка, јер и на терену процесног права постоје вредности које на одговарајући начин треба заштити. Али на овоме се не стаје. Не само да се контролише процесноправни аспект, већ се проверава и материјалноправна димензија јавног поретка.<sup>708</sup> Наиме, материјалноправни разлози за одбијање признања постојали би онда када страна одлука треба да произведе последице које су сходно праву државе признања забрањене, и самим тим су противне њеном јавном поретку.<sup>709</sup> Уколико би, на пример, домаћем суду био поднесен захтев за признање стране одлуке којом се утврђује обавеза склапања брака, таква би одлука била супротна начелу слободе закључења брака и самим тим супротна јавном поретку. Ово би била материјалноправна димензија јавног

---

<sup>705</sup> Х. Сикирић, *Јавни поредак*, 231.

<sup>706</sup> К. Сајко, *МПП*, 269.

<sup>707</sup> Детаљније о поступку признања страних одлука у Црној Гори погледај Б. Вукославчевић, Упоредни приказ поступка признања страних одлука у праву Црне Горе, Републике Србије и Сједињених Америчких Држава, *Страни правни живот*, 1/2011, 273-285; Б. Вукославчевић, *Признање*, 99-113.

<sup>708</sup> К. Сајко, *МПП*, 270.

<sup>709</sup> И. Грбин, *Признање и извршење одлука страних судова*, Информатор, Загреб 1980, 120.

поретка и оваква одлука не би требала бити изједначена са домаћом одлуком, већ би се захтев за признање имао одбити.<sup>710</sup>

Дакле, приликом признања страних судских и арбитражних одлука мора се водити рачуна како о материјалноправним, тако и о процесноправним аспектима јавног поретка.<sup>711</sup> Мада, када је у питању ова материјалноправна димензија, опште је становиште да се у материји признања страних одлука она треба доста рестриктивно тумачити.<sup>712</sup> У том смислу и многе конвенције садрже прецизирање о томе шта спада, односно шта не спада у јавни поредак. У том смислу, Бриселска конвенција о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године,<sup>713</sup> односно Уредба 44/2001 о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, предвиђају да није повређен јавни поредак уколико се ради о погрешној примени националног или права Европске уније. Такође, није противна јавном поретку одлука која је донесена на основу права на које су упутиле тамошње колизионе норме, а колизионе норме државе признања би упутиле на неко друго право.

У сваком случају, мора се водити рачуна о обе димензије јавног поретка, независно од чињенице што то експлицитно није назначено. Наш законодавац не помиње материјалну и процесну компоненту, али пракса ипак сугерише да у конкретном случају морамо водити рачуна како о материјалноправној садржини стране одлуке, тако и о њеном процесноправном аспектима. Притом, знајући да свака држава приликом решавања конкретних питања примењује своје процесно право, нећемо одбити признање свакој одлуци донесеној у поступку битно различитом од поступка пред домаћим судом, али ипак имамо овлашћење да макар за тренутак зађемо у меритум, не би ли утврдили јесу ли испоштована основна процесна начела државе признања.

У појединим државама, као на пример у Швајцарској, законодавац на експлицитан начин говори о процесном јавном поретку, посебно га нормирајући. Наиме, прописује се да се страна одлука неће признати уколико је очито противна јавном поретку,<sup>714</sup> али ће признање бити ускраћено

<sup>710</sup> К. Сајко, *МПП*, 270.

<sup>711</sup> Б. Вукославчевић, *Признање*, 56; Х. Сикирић, *Разлози за одбијање*, 72-75.

<sup>712</sup> К. Сајко, *МПП*, 270.

<sup>713</sup> *Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (consolidated version)*, *Official Journal of the European Communities* No C 27, 26.01.1998, детаљније о овој конвенцији погледај М. Станивуковић, „Грађанско процесно право Европске уније“, *Правни животи*, бр. 12, Београд 1995, 5-15.

<sup>714</sup> Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 27 став 1.

и уколико странка докаже да није могла учествовати у поступку услед недостављања, односно уколико је одлука чије се признање захтева донесена повредом битних начела швајцарског процесног права, посебно ако је ускраћено саслушање странака.<sup>715</sup>

Закључимо на крају да је јавни поредак општи институт који омогућава одступање од редовне примене колизионе норме форума и да је, како смо видели, присутан у практично свим државама. Заштитна функција коју пружа, омогућава да не применимо страно право, иако колизиона норма сугерише његову примену, а све у циљу очувања основних вредности домаћег правног система. Међутим, уважавајући потребу заштите фундаменталних вредности, ипак морамо водити рачуна да овај институт не смео прешироко тумачити, већ његову интервенцију морамо свести на разумну меру и применити га у оним ситуацијама које ни у ком случају не можемо жртвовати. У супротном, претерано позивање на јавни поредак приликом одређивања меродавног права и одбијање примене страног права због различитости које не представљају претњу по домаћи систем, водило би аутархији домаћег права, што је потпуно неприхватљиво. Из ових разлога целисходно би било да норме о јавном поретку садрже прецизнија упутства о начину примене, како би се избегле дилеме о томе када се може одступити од права на које колизиона норма форума указује. Међутим, сведоци смо да садржина јавног поретка није прецизно дефинисана и да се законодавци чешће опредељују за дескриптивну методу приликом нормирања овог института. Резултат овакве методологије је општа, описна конструкција, без прецизног навођења елемената који је чине.

Поставља се питање који су то показатељи да је дејство одредбе страног права очигледно противно домаћем правном систему? У нашој ранијој литератури било је мишљења да се страно право не примењује само уколико је супротно уставним начелима.<sup>716</sup> Посматрано на овај начин, не бисмо долазили у дилему да ли је неко страно право супротно домаћем јавном поретку, јер би овако рестриктивним тумачењем унапред знали да ли је страно право у складу или у колизији са уставним начелима. У том случају не би се јављала дивергентна тумачења. Међутим, ово би заиста било преуско тумачење поменуте одредбе, које би нас могло одвести у другу крајност. Наиме, уколико бисмо противност јавном поретку свели на противност уставним начелима, то би у крајњем могло довести до примене неког страног права које је противно одређеним фундаменталним принципима домаћег права,

<sup>715</sup> Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 27 став 2. а и б.

<sup>716</sup> Аутор који је заступао такво мишљење је Полајнар-Павчник, према М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, 16.

који нису структурирани као уставна начела, а што не би требали толерисати. Дакле, супротност јавном поретку може се манифестовати не само кроз супротност уставним начелима, већ и кроз супротност неким другим принудним прописима којима се може приписати значај јавног поретка. У сваком случају, не ради се о збиру императивних прописа, већ о знатно ужој категорији, али не толико уској која би садржала само уставна начела, већ и неке друге случајеве, односно значајна питања која су део основа нашег друштвеног устројства.<sup>717</sup> Ово у суштини означава да се норме јавног поретка могу наћи и у другим унутрашњим изворима, а не само у Уставу. Дакле, законодавац се истина определио за ужи домашај одредбе, али то у пракси доводи до различитих последица и до отварања многих теоријских питања и практичних проблема.

---

<sup>717</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 163.



# VI – ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ И ПРИМЕНА КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ

## 1. Појавни облици промењених околности

Приватноправни односи са елементом иностраности су изузетно динамични, што у комбинацији са променама колизионих норми, променом норми иначе меродавног права или променом суверенитета, може довести до још једног вида одступања од редовне примене колизионе норме. Ова проблематика долази до изражаја код трајнијих односа,<sup>718</sup> где прође значајно време од њиховог конституисања до евентуалног расправљања, па се може јавити дилема у погледу примене колизионе норме. У начелу, било какве промене које наступе након настанка односа не би требале имати утицај на права и обавезе странака,<sup>719</sup> али промењене околности, познате под називом клаузула *rebus sic stantibus*, имају и неке друге последице на плану одређивања меродавног права. Без обзира на чињеницу што многи аутори промењене околности не посматрају као један вид одступања од редовне примене колизионих норми,<sup>720</sup> овде указујемо на разлоге који ће оправдати њихово сврставање заједно са другим институтима какви су *fraus legis*, *renvoi* и јавни поредак.

У свакодневном животу чињенице се брзо мењају, па тако и правни односи као сегмент друштвених односа нису константни. Промене о којима говоримо имају импликације и на плану одређивања меродавног права, јер промена одлучујуће чињенице може скренути правац колизионе норме према неком другом меродавном праву. Такође, може доћи и до промене у самим колизионим нормама, па судија мора одлучити да ли ће до меродавног права доћи применом старе или нове колизионе норме.<sup>721</sup> Међутим, не само да се може променити домаћа колизиона норма, већ промене могу настати и на терену страних колизионих норми, што је од значаја за све оне системе који прихватају институт узвраћања и преупућивања.<sup>722</sup> Следећи

<sup>718</sup> М. Пак, *МПП*, 352.

<sup>719</sup> *Ibidem*.

<sup>720</sup> В. Чоловић, *Одступања*, 42.

<sup>721</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 270, 271.

<sup>722</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 285.

вид промена односи се на промене у меродавном праву. Поставља се питање како ће судија поступити у ситуацији кад се од момента настанка односа до момента доношења одлуке промене норме меродавног права? Којим страним нормама дати примат? У претходној реченици акценат је на речи *сйраним*, првенствено из разлога што судија неће имати ову дилему уколико је меродавно домаће право,<sup>723</sup> већ ће решење наћи у његовим транзиторним одредбама. Такође, ни територијалне промене нису без ефекта на подручју међународног приватног права. Брисање и стварање нових граница може имати одређене консеквенце и на плану одређивања меродавног права. Да ли ће на раније настали приватноправни однос бити примењено право нове државе или право њене претходнице? Дакле, како промена суверенитета утиче на примену колизионих норми, односно које ће право бити меродавно у конкретном случају?<sup>724</sup>

## 2. Правне последице промењених околности

Из претходно побројаних ситуација можемо закључити да је право врло жив систем који се непрестано мења. Промењене околности уносе нове дилеме и додатно усложњавају ионако комплексне односе са страним елементом. Не смемо затварати очи пред новим чињеницама, већ морамо наћи решење за новонасталу ситуацију, уважити промењено и деловати у складу са тим. У конкретном случају решење ће зависити од модалитета промена, као и временског тренутка кад су те промене настале.

Кад се мењају домаће колизионе норме решење је врло једноставно и огледа се у примени транзиторних одредаба *lex fori*.<sup>725</sup> Посебно, у том контексту, треба обратити пажњу на забрану ретроактивности,<sup>726</sup> која подразумева да закони и други прописи не могу имати повратно дејство. Дакле, нове колизионе норме неће се примењивати на оне приватноправне односе са елементом иностраности који су настали пре њиховог ступања на снагу.<sup>727</sup> Реч је о временском сукобу закона, односно о дилеми да ли

---

<sup>723</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 188, 189.; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 270, 271.

<sup>724</sup> О промени суверенитета и одређивању меродавног права у том контексту погледај В. Чоловић, *Сукоб закона и промена суверенитета*, Београд 1999, 69-89, у даљем тексту В. Чоловић, *Сукоб закона*; В. Чоловић, *Одступања*, 42-44.

<sup>725</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 187.

<sup>726</sup> Види члан 147 Устава Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“, бр. 1/2007.

<sup>727</sup> М. Пак, *МПП*, 352.



применити нову или стару колизиону норму. Забрана повратног дејства је уставна категорија, али исто тако Устав Црне Горе дозвољава повратно дејство у ситуацији да то захтева јавни интерес утврђен у поступку доношења закона.<sup>728</sup> Слична решења су и у упоредном законодавству, уз разликовање следеће три ситуације:<sup>729</sup>

- завршене ситуације – *facta praeterita*,
- трајне ситуације,
- ситуације у настајању – *facta pendentia*.

На завршене ситуације,<sup>730</sup> односно на приватноправне односе настале пре ступања на снагу нових колизионих правила, имају се применити норме оног меродавног права на које су указале старе колизионе норме,<sup>731</sup> што значи да у принципу нема дилеме око примене меродавног права за све оне ситуације које су инициране и окончане пре него је нови закон ступио на снагу.

Кад су у питању трајне ситуације,<sup>732</sup> које се простиру и у време важења старог и у време важења новог закона, решење је за нијансу комплексније. Тако се на учинке који су настали пре ступања на снагу новог закона примењују старе колизионе норме, а за учинке исте ситуације који настану након ступања на снагу новог закона примениће се она колизиона правила која су у њему садржана.<sup>733</sup>

Ситуације у настајању заправо и не отварају дилему у погледу избора колизионе норме јер се на све новонастале ситуације имају применити важеће колизионе норме.<sup>734</sup>

Посебну пажњу је потребно поклонити начину одређивања меродавног права у ситуацији када се не мењају колизионе норме, али се мењају чињенице које законодавац сматра одлучујућим путоказом за долазак до права које ће бити меродавно за конкретно питање. Реч је о мобилном сукобу закона, *conflict mobile*,<sup>735</sup> где је дилема у избору два или више потенцијално меродавних

<sup>728</sup> Види члан 147 став 2 Устава Црне Горе.

<sup>729</sup> К. Сајко, МПП, 246.

<sup>730</sup> Закључен брак, стечена својина.

<sup>731</sup> Овакво решење је присутно у швајцарском Закону о међународном приватном праву из 1987. године, члан 196 став 1, као и немачком Закону о међународном приватном праву из 1986. године, члан 220 став 1.

<sup>732</sup> Лична или имовинска дејства брака.

<sup>733</sup> К. Сајко, МПП, 247, 248.

<sup>734</sup> К. Сајко, МПП, 248.

<sup>735</sup> E. Bartin, *Principes de Droit International Privé*, I, Paris 1930, 193.

права.<sup>736</sup> И овде је од значаја подела на завршене, трајне и ситуације у настајању. Промена чињеница остаје без ефекта на завршене ситуације, док се код трајних ситуација не може занемарити промена у чињеничном стању одлучујуће везе, за оне учинке који су настали након што се промена догодила. Од овог правила има извесних изузетака који су установљени у циљу фаворизовања одређеног права или интереса странака. Тако ће лице које је стекло пословну способност по праву сопственог држављанства бити и даље пословно способно иако прими држављанство неке друге државе чије норме прописују строжу границу његовог стицања.<sup>737</sup>

Промене се могу догодити и након што је домаћи судија применивши колизиону норму *lex fori* дошао до закључка да треба применити материјално право одређене стране државе као меродавно. Дакле, мењају се норме већ утврђеног меродавног права, па се поставља питање да ли на ситуације које су настале пре промене треба применити раније материјално право или каснију норму меродавног супстанцијалног права?<sup>738</sup> Ова дилема не би постојала уколико би било меродавно домаће право, јер би решење било садржано у његовим транзиторним одредбама.<sup>739</sup> Владајуће становиште је да се овај концепт решења има пресликати и на ситуацију кад се мењају норме страног материјалног права на чију је примену указала домаћа колизиона норма, што значи да би домаћи судија имао консултовати транзиторне одредбе *lex causae* и применити страно право управо на начин како се примењује у дотичној страној држави.<sup>740</sup> Овакву одредбу садржи црногорски Закон о међународном приватном праву који обавезује на примену и тумачење страног права на начин како се то страно право примењује и тумачи у дотичној држави. Истоветну одредбу садржи и ново српско међународно приватно право сагласно којој се одредбе страног права тумаче и примењују према смислу који имају у правном систему коме припадају. Ма како ово једноставно изгледало, задатак за домаћег судију може бити прилично компликован, посебно у ситуацији кад транзиторне одредбе *lex causae* предвиђају ретроактивну примену стране супстанцијалне норме. Забрана повратног дејства јесте уставна категорија, али видели смо да постоје изузеци, па би судија могао, сходно транзиторним одредбама *lex causae*, применити и стару норму меродавног страног права, уколико се то

<sup>736</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 192.

<sup>737</sup> Ово су становишта турског, швајцарског и мађарског права.

<sup>738</sup> К. Сајко, *МПП*, 254; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 285.

<sup>739</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 188.; М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 285.

<sup>740</sup> К. Сајко, *МПП*, 254.; Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 189.

не коси са домаћим јавним поретком.<sup>741</sup> Примену транзиторних одредаба *lex causae* би евентуално могли довести у питање и у ситуацији када су странке испољиле аутономију воље, указавши на одређено меродавно материјално право. Ово једино у ситуацији уколико прихватимо концепт материјалноправне аутономије воље, док би њено колизионоправно поимање подразумевало и примену правила *lex causae* о временском важењу правних норми,<sup>742</sup> што сматрамо исправнијим.

Свим што је напред наведено не исцрпљују се промене које могу ухроковати питање начина примене колизионе норме и решавања приватноправних односа са елементом иностраности. Врло сложен задатак се ставља пред домаћег судију у ситуацији када се промењене околности везују за промену суверенитета.<sup>743</sup> Уколико домаћа колизиона норма укаже на примену права географског подручја које је претрпело територијалне промене, односно где је дошло до замене правних поредака,<sup>744</sup> да ли ће избор бити управљен на право раније или нове државе?<sup>745</sup> Питање је посебно осетљиво у околностима када домаћа држава не признаје новонасталу државу.

Кад су у питању овакви видови промена, решење би ваљало тражити у правилима о разрешењу временског сукоба закона.<sup>746</sup> Дакле, одговор ће, *in concreto*, дати транзиторне одредбе права државе сукцесора, јер се то право, након промена, и примењује на одређеном географском подручју. И овде постоје одређени изузеци, као на пример у случају територијалних промена које су последица ратних дешавања.<sup>747</sup>

Промењене околности се, како смо видели, могу јавити на различите начине и у разним сегментима домаћег и страног права. Оне дефинитивно уносе одређене проблеме на плану одређивања меродавног права и његове примене, па је стога потребно прецизирати који моменат у вези са промењеним околностима треба узети као релевантан?<sup>748</sup> У сваком случају морамо утврдити када је приватноправни однос са елементом иностраности настао, у ком тренутку се питање поставља и када се примењује колизиона

<sup>741</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 286.; К. Сајко, *МПП*, 255.

<sup>742</sup> Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, 189.; К. Сајко, *МПП*, 254.

<sup>743</sup> В. Чоловић, Одступања, 43.; В. Чоловић, *Сукоб закона*, 75-77.

<sup>744</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 287.

<sup>745</sup> *Ibidem*.

<sup>746</sup> Има и мишљења да решење треба тражити у правилима о разрешавању мобилног сукоба закона, погледај С. Т. Ebenroth, G. Reine, R. Boizel, „*Succesion d'Etats et droit international privé*“, *Journal du droit international*, 1/1996, 50-52.

<sup>747</sup> М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 288.

<sup>748</sup> В. Чоловић, Одступања, 44.

норма. У том смислу, код разматрања настанка неког правног односа узеле би се у обзир чињенице које су постојале у том временском тренутку, а у случају престанка, релевантан би био временски тренутак кад се питање поставља, независно од промењених околности које би касније наступиле, у оба случаја. Постоји и схватање које промовише принцип *in favorem negotii*, дакле у прилог проширивања пуноважности.<sup>749</sup> Треће решење уважава чињенице које су постојале у време кад је однос настао, али и принцип *tempus regit actum*, по којем се могу узети у обзир и нови прописи уколико то иде у прилог решавања приватноправног односа са елементом иностраности.<sup>750</sup>

---

<sup>749</sup> В. Чоловић, Одступања, 44.; М. Пак, МПП, 53.

<sup>750</sup> В. Чоловић, Одступања, 44.; К. Сајко, МПП, 353.

## VII – ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Приватноправни односи представљају врло динамичну категорију правних односа, а ситуација постаје још сложенија уколико они нису чисто домаће изражени. Елемент иностраности не само што ове односе чини интересантнијим, већ и намеће бројна питања. Основна дилема је како решити одговарајући проблем уколико су најмање две државе заинтересоване да се примени управо њихово право. Како разрешити овај сукоб између држава, односно сукоб између закона? Какви треба да буду критеријуми који ће нас усмерити у правцу решења?

Најједноставније би било уколико би се ови односи могли директно, односно непосредно решавати, једнако као кад се ради о домаћим ситуацијама. Техника непосредног избора норме којом ћемо разрешити одговарајући проблем, несумњиво представља мање компликован долазак до решења. Међутим, на садашњем степену развоја, тешко да можемо замислити јединствена решења у делу породичног, наследног, стварног, облигационог права... Ово наравно не значи да консензус у појединим сегментима није остварен. Напротив, државе се врло успешно договарају о бројним појединачним питањима и ти договори прерастају у билатералне или мултилатералне конвенције. Међутим, глобални компромис још увек представља утопију, па је решење приватноправних односа са елементом иностраности у техници њиховог индиректног регулисања. Ово се постиже применом посебних норми, које се називају колизионим нормама, и њихов задатак није да нам дају непосредно решење одређеног проблема, већ да нам осветле пут у правцу оног права у чијим ћемо нормама решење наћи. Дакле, колиционе норме представљају неку врсту путоказа који нам постаје неопходан у оном тренутку кад дођемо до закључка да су односи које решавамо страно обележени, и кад су најмање две државе заинтересоване да њихове норме буду те које ће дати коначан одговор на проблемску ситуацију. Колизиону технику ћемо призвати у помоћ онда када видимо да је елемент иностраности умешао прсте у неки приватноправни однос, без обзира на то како се он манифестује у конкретном случају. Уколико је у неком односу страно обележен субјект, или се предмет односа налази у иностранству или се можда обавеза има испунити у страниј држави, све су ово сигнали да смо напустили терен домаћег права и да треба консултовати колизиону норму, не би ли путем одлучујуће чињенице у њој садржане коначно

добили решење приватноправног односа са елементом иностраности. На овај начин, пред судијом стоји несумњиво тежи задатак, посебно уколико га колизиона норма одведе у правцу страног права.

Зачетке примене страног права и неке врсте норми о сукобу закона срећемо још у античким државама. Видели смо да је примена персоналног права обележје раног средњег века, где се миграцијом племена јавила и потреба преношења сопственог права. Јачањем феудалне моћи, у каснијем средњем веку, персонални принцип губи на снази, уважавајући тежњу феудалца да се на једном феуду имају примењивати истоветна правила. Међутим, овај територијални принцип није адекватно решење у ситуацији када је размена добила на интензитету и када су људи почели да се крећу између градова. Дакле, још тада је уочена потреба да се има уважити елемент иностраности, како би правни односи који су имали контакт са више правних подручја уопште могли опстати. Било је потребно наћи решење за сукоб закона, односно сукоб статута градова. Притом, како смо видели, решење није у заузимању става о територијалном или персоналном принципу унапред, већ је било потребно изнаћи критеријуме који ће учинити да се поделимо у конкретном случају.

У овом периоду, врло значајан допринос науци међународног приватног права дали су италијански статутисти који су тражили правила и утврђивали услове за примену меродавног статута, у ситуацији када правни однос остварује контакте са више правних подручја. Такође, врло значајан је и рад француских правника тог доба, који су ставили свој печат на технику одређивања меродавног права, а могућност да саме странке утичу на коначан избор, такође је плод рада овог историјског тренутка. Наиме, у овом периоду се јавља аутономија воље, као принцип који омогућава да у случају могуће примене више кутима (обичаја), коначно решење дају саме странке.

Као логична последица настанка првих буржоаских држава настаје и сукоб закона у модерном смислу, односно потреба одређивања меродавног права. У овом тренутку, представници холандско-фламманске школе имали су пред собом захтеван задатак, а то је тражење основа примене страног права. У XIX веку долази и до првих кодификација које су садржале и норме о међународном приватном праву.

Критика статутарне теорије била је изразито присутна у раду немачких правника и значајна тековина тог доба је дефинисање међународног приватног права као дела унутрашњег права. Такође, већ се тада указује на локализаторе појединих категорија, у смислу данашњих тачака везивања, путем одређивања седишта правног односа.

И у државама англосаксонске правне традиције тражени су одговори на питање зашто државе примењују страно право, па су се искристалисале многе теорије, попут теорије стечених права, теорије локалног права, и других.

Колизiona норма има за задатак да упути судију у оно право по коме ће приватноправни однос са елементом иностраности бити разрешен. Како смо видели, њена двокомпонентна структура омогућава да се ова функција и оствари. Прво ћемо супсумирати чињенице конкретног случаја под одговарајућу правну категорију, а потом ћемо, уз помоћ тачке везивања као одлучујуће чињенице, доћи до меродавног права. Дакле, након квалификације одређеног правног питања у могућности смо да активирамо тачку везивања и да потом применимо материјално право на које је она указала. Која тачка везивања ће бити одређена за поједине категорије односа, ствар је правне политике сваког законодавца, па самим тим постоје и разлике у погледу тежишних везивања појединих категорија у различитим државама. Одређене разлике постоје и у концепту начина примене колиззионих норми и поимања страног права. Дали смо одговоре на бројна питања, попут тога да ли је примена колиззионих норми императивне природе, или се могу затворити очи пред елементом иностраности; да ли је примена страног права обавезна, или воља странака може утицати на процес његове примене; постоје ли ситуације када се страно право неће применити, и ако је одговор афирмативан, шта ће бити његов супститут.

Међутим, оно што је био главни задатак овог истраживања, то је одговор на питање да ли морамо послушати колизциону норму у сваком случају, односно да ли увек морамо применити материјално право на које је указала? Да ли постоје случајеви када можемо одступити од редовне примене колизционе норме? Прописујући императивну примену колиззионих норми законодавац је пристао и на примену права на које оне указују али, има ли изузетака од правила да се тако утврђено страно право, на бази тачака везивања као поузданих индикатора легитимних интереса државе, има и применити? Видели смо да је одговор на претходно постављено питање потврдан, и да дефинитивно постоје ситуације у којима је оправдано одступање од правца који колизiona норма сугерише.

Први појавни облик одступања од редовне примене колиззионих норми је случај изигравања закона, који се јавља као проста последица променљивих тачака везивања. Наиме, вештачким стварањем или мењањем чињенице која представља тачку везивања неке колизционе норме, странка жели скренути њен правац у намери да се примени неко друго право а не оно које би иначе било меродавно, и на тај начин оствари одређене интересе, које у

супротном не би могла остварити. Основни циљ који странка има на уму је избегавање примене неповољнијег права и примена неког другог, по којем је достизање жељених ефеката допуштено.

Један од елемената кроз који се остварује *fraus legis* је вештачко стварање, односно промена чињеница које представљају тачку везивања колизионе норме. Странке ову активност могу предузети на различите начине, тако што ће мењати чињеницу унутар исте колизионе норме и скренути њен правац на друго меродавно право; могу мењати чињенице како би исходовале примену друге тачке везивања унутар исте колизионе норме, код супсидијарно постављених тачака везивања; али, могу мењати чињенице и на начин да доведу до примене потпуно друге колизионе норме, услед другачије квалификације. У свим овим ситуацијама странке врше манипулисање у колизионом домену, не би ли као крајњи ефекат наступила примена неког другог материјалног права.

Скоро јединствен став је да судија мора водити рачуна само о томе да ли странка фразулозно жели избећи примену императивних норми домаћег права. Међутим, овакво решење се не чини прихватљивим, посебно ако се сагледа функција колизионих норми. Њихов основни задатак је да локализују чињенични однос употребом објективизирајућих фактора локализације, и да усмере на право оне државе са којом је однос најјаче везан. Уколико би дозволили странкама да манипулишу чињеницама и ако ту њихову активност не би санкционисали, па чак и онда када једно странско право желе заменити другим, онда би допринели неправилној примени колизионих норми. Ако се сходно мерама правне политике једног законодавца одређено везивање сматра тежишним за одређену категорију односа, онда се право до којег се дође употребом таквог критеријума има и применити, зато што је оно, по мишљењу законодавца, са њим најлогичније повезано. Правилну примену колизионих норми сматрамо обавезном независно од чињенице воде ли оне примени домаћег или странског права, па би било целисходно реаговати на сваку страначку манипулацију која онемогућава остваривање ове функције.

Видели смо да је у теорији било спорно да ли се фразулозна намера има сматрати конститутивним елементом *fraus legis*, али смо мишљења да је одговор на ово питање потврдан. Ово из разлога што је примена неког другог права циљ, а не проста последица манипулисања у колизионом домену. Међутим, обзиром да се ради о субјективном доживљају лица које врши промену, неопходни су извесни објективни фактори као индикатори *fraus legis*, а они се могу манифестовати кроз могућност постизања ефеката који се применом домаћег права не би могли постићи; непристајање на све



последнице промене чињеница; повратак ранијем правном систему, као и кратак временски интервал од промене чињеница до предузимања жељене радње на коју ће се применити ново меродавно право.

Фраудолозно понашање странака је потребно санкционисати, тако што ће се одступити од примене колизионе норме на начин на који налажу новонастале околности и применити оно право на које би тачка везивања указала да манипулација није било. Санкционисањем преварног заобилажења права ми заправо осигуравамо правилну примену колизионе норме у односу на мерило које законодавац сматра најрелевантнијим.

Упоредноправно посматрано, изигравање закона није једнодушно прихваћено ни у теорији ни у судској пракси, па има држава које уопште не нормирају овај институт, до оних које га прихватају али само у случају избегавања примене домаћих императивних прописа.

У Црној Гори, *fraus legis* представљао је општи институт међународног приватног права до доношења новог закона који регулише приватноправне односе са елементом иностраности. У новом међународном приватном праву изигравање закона се не помиње, што не сматрамо добрим решењем, обзиром да одређене страначке манипулације, које истовремено немају обележје повреде јавног поретка, могу остати несанкционисане. Одређена понашања посредно могу бити кажњена применом норми непосредне примене и општег принципа забране злоупотребе права, но на тај начин нећемо допринети правилној примени колизионих норми у сваком случају.

Следећи вид одступања од редовне примене колизионих норми огледа се у општем институту међународног приватног права, назван узвраћање и преупућивање. До ове појаве долази отуда што користећи колизионе норме као индиректан вид решавања приватноправних односа са елементом иностраности, заправо долазимо у ситуацију да применимо меродавно право стране државе, под којим подразумевамо не само његова материјална правила, већ и његове колизионе норме. На тај начин, ми заправо слушамо став страног законодавства о конкретном правном питању, па идемо или уназад, у правцу домаћег права на које страног право узвраћа или даље, у правцу неког другог страног права на које је колизиона норма првоупућеног права преупућила. Реч је дакле о једној врло компликованој интелектуалној операцији, која усложњава процес доласка до меродавног права.

Да би могли говорити о *renvoi* морају бити испуњене одређене претпоставке које се тичу прихватања концепције о узвраћању и преупућивању, што имплицира да под страним правом подразумевамо не само материјална већ и колизиона правила; неопходно је да колизионе норме полазног права и колизионе норме права на које су домаће колизионе

норме упутиле буду различите, али и чињенице случаја морају бити тако распоређене како би могле деловати или у правцу узвраћања или у правцу преупућивања. Различитост колизионих норми се може манифестовати на неколико начина: усвајањем различитих тачака везивања за исту правну категорију; прописивањем језички истоветних али садржински различитих тачака везивања; односно, различитом квалификацијом чињеница у правним категоријама.

Став о овом институту је прилично шаролик, упоредноправно посматрано, па има држава које га, како смо видели, у потпуности одбацују, и у ситуацији када домаћа колизиона норма указује на примену страног права, имају се применити његова супстанцијална правила. Са друге стране су оне државе које прихватају само узвраћање али не и преупућивање, до оних које прихватају обе ове манифестације. Ту су и оне државе које овај институт селективно примењују, на начин што дозвољавају *renvoi* само у одређеној материји, или у погледу појединих тачака везивања, или уколико примена води одређеном супстанцијалном резултату. Државе су се нашле у појединој од ових категорија зато што су у њима превагнули разлози за, односно против узвраћања и преупућивања. Видели смо да присталице *renvoi* као један од аргумената у прилог овом институту наводе хармонизацију решења и проширење примене домаћег права. Такође, што је врло значајан разлог, прихватањем овог института омогућава се правилна примена права. Јер, уколико је домаћа колизиона норма упутила на примену страног права, онда морамо применити и његове колизионе норме. Међутим, ни контра аргумената не фали, а један од основних се огледа у питању зашто прихватити решење које нуди страна колизиона норма, а занемарити оно које нуди колизиона норма *lex fori*. Такође, врло значајно, доследно прихватање концепта о колизионом упућивању у сваком кораку водило би зачараном кругу.

Дакле, државе се разликују не само на оне које прихватају или не прихватају овај институт, већ и оне које га прихватају имају различите начине на који се узвраћање и преупућивање примењује. Тако се у одређеним земљама примењује делимични *renvoi*, где као меродавно прихватамо супстанцијално право оне државе на које су указале колизионе норме првоупућеног права, на које су упутиле колизионе норме форума, док се у другим државама примењује тотални *renvoi*, па решење не зависи само од страних колизионих норми, већ и од става које по питању *renvoi* заузимају норме првоупућеног права.

Начин на који је формулисана одредба о узвраћању и преупућивању у домаћем праву изазивао је различите дилеме. Интерпретације, како смо

имали прилику да видимо, биле су толико различите, па је било мишљења која су заговарала *single renvoi*, али и оних који су били за примену тоталног *renvoi*. Дилеме су нестале усвајањем новог закона о међународном приватном праву, јер је законодавац јасним формулацијама заузео недвосмислене ставове по питању прихватања концепције о узвраћању и преупућивању, начина примене, као и оних ствари у којима вршимо супстанцијално, а не колизионо упућивање. Овако дефинисан институт узвраћања и преупућивања, путем јасне и недвосмислене норме, не подстиче различита тумачења, као што је био случај са ранијом нормом. Ступањем на снагу новог закона Црна Гора је ушла у круг оних држава које дозвољавају *renvoi*, али не уопштено већ уз ограничавање његовог поља примене путем навођења материје у којој се врши супстанцијално, а не колизионо упућивање. Такође, врло значајна новина је експлицитно заговарање технике *renvoi* у једном кораку, што сматрамо добрим решењем које судији олакшава пут тражења меродавног права.

Прописујући колизионе норме прихватамо и примену страног права, претпостављајући да је баш оно највише повезано са конкретним случајем. Обзиром да се, како смо видели, колизионе норме прописују не за појединачне случајеве, већ за одређене категорије односа, можемо се наћи у ситуацији да тачка везивања указује на примену права оне државе чије су норме супротне основним начелима на којима је домаћа држава саткана. Управо из ових разлога институт јавног поретка нам омогућава да одступимо од редовне примене колизионе норме и не применимо тако утврђено меродавно право.

Како у теорији мањкају дефиниције јавног поретка, било је доста покушаја да се утврди које норме га чине. Да ли су то сви императивни прописи одређене државе, или се ипак ради о ужој категорији? Видели смо да се јавни поредак ипак разликује од збира императивних норми, јер повреда императивних прописа може али и не мора имати обележја повреде јавног поретка. Такође, од јавног поретка треба разликовати и норме непосредне примене. У оба случаја доминира заштитна функција домаћег правног система, с тим што норме непосредне примене делују *ex ante*, дакле пре било каквог колизионог промишљања и без обзира на право које би било меродавно, док код јавног поретка одлука о одступању од редовне примене колизионе норме долази на крају, кад смо већ консултовали страно меродавно право и уверили се у његову супротност општим вредностима домаћег система.

Упоредноправно посматрано, видели смо да се даје једна уопштена дефиниција овог института и то како у националним законодавствима, тако

и у међународним конвенцијама. Задатак судије, у конкретном случају, своди се на попуњавање бланкетне норме, на начин да се њен садржај испуни вредностима. Разлика у начину дефинисања установе јавног поретка постоји у односу на чињеницу да ли се посматра сама норма страног права у конкретном случају, или пак дејство, односно резултат примене такве норме. Јавни поредак омогућава да се подигне брана која ће онемогућити улазак страног меродавног права, без обзира што су на њега указале колизионе норме форума. Јер, кад домаћи судија дође до закључка да је страно право, односно резултат његове примене, неспојив са основним вредностима и начелима форума, клаузула јавног поретка има овлашћење да одбије његову примену.

Норма о јавном поретку, у контексту примене меродавног права, у новом црногорском закону о међународном приватном праву својом стилизацијом и формулацијом представља напредак у односу на њену претходницу. Законодавац се определио за експлицитну употребу синтагме „јавни поредак“ уместо досадашњих „уставом утврђених основа друштвеног уређења“, а задржан је став у погледу отклањања примене страног права, и то не у ситуацији ако је оно само противно црногорском јавном поретку, већ се противност мора манифестовати у мериторним ефектима, односно дејствима примене тог права у конкретном случају. Међутим, кад је у питању процесноправни аспект јавног поретка не можемо донети истоветан закључак. Наиме, у контексту признања страних одлука законодавац у новом закону такође говори о противности дејства стране одлуке, а не о противности саме одлуке, чиме се сужава опсег контроле. Решење ранијег закона је било оптималније јер је дозвољавало да се цене не само мериторни ефекти већ и процесноправни аспекти доношења одлуке, што је усвајањем новог закона са нормом другачије садржине практично онемогућено и што не сматрамо добрим решењем.

Најшире прихваћено становиште је да се уместо страног права које је противно јавном поретку форума, има применити домаће право. Јер, кад смо констатовали противност страног меродавног права, не можемо се зауставити и случај оставити нерешеним, већ морамо наћи супститут, а он се огледа управо у примени домаћег права.

У сваком случају, одступање од редовне примене колизионе норме употребом института јавног поретка, не смемо прешироко тумачити. Интервенцију ове клаузуле морамо свести на разумну меру, и то само онда када би страно право представљало истинску претњу по домаћи систем.

Промењене околности нису без значаја за правилну примену колизионих норми. У том смислу смо дали одговоре на питања како применити

меродавно право у ситуацији када се мењају саме колизионе норме, када се промени садржина иначе меродавног права, односно када дође до промене суверенитета. Видели смо да све ове промене имају импликације и на плану одређивања меродавног права и да дефинитивно има оправдања сврстати их у групу осталих института чијом употребом одступамо од редовне примене колизионих норми.

Дакле, не говоримо о корекцијама колизионих норми, већ о одступању од њихове редовне примене, из разлога што у свим претходно побројаним ситуацијама заиста ништа не коригујемо. Ми, у суштини, одступамо од правила да се мора применити странo право на које је указала колизиона норма форума, а у сваком од описаних случајева то чинимо из потпуно другачијих разлога. Такође, и последице одступања су потпуно различите, што је још један од мотива да не говоримо о корекцијама. Једино код института изигравања закона би, на неки начин, могли говорити о корекцији колизионе норме, јер се одступање од њене редовне примене, у ситуацији када странке покушавају да заобиђу право на преваран начин, састоји у њеној корекцији од стране суда, и примени оног права које би било меродавно да никакве манипулације у колизионом домену нису вршене.

Посматрајући све ове институте упоредноправно, имали смо прилику да сагледамо концептуалне разлике, али и последице различитих нормирања. Посебан акценат стављен је на ново црногорско међународно приватно право и анализу института који су у њему садржани. Нека решења новог закона су заиста одлична и отклањају многобројне дилеме које смо приказали, али ненормирање или другачије нормирање од оног које је постојало у ранијем законском тексту, може довести до проблематичних практичних импликација.



# DEVIATIONS FROM THE REGULAR APPLICATION OF THE CONFLICT OF LAW'S RULES

## Summary

Private law relations are a very dynamic category of legal relations, and the situation becomes even more complex if they are not purely domestic. The foreign element not only makes these relations more interesting, but also raises many questions. The main dilemma is how to resolve a specific problem if at least two countries are interested in applying their national law. How to resolve such conflict between countries, i.e. the conflict between laws? What criteria should point us towards the solution?

The simplest way would be if these relations could be resolved directly, the same as when dealing with domestic situations. The technique of direct choice of the rule to be applied to resolve the corresponding problem is undoubtedly a less complicated method to reach a solution. However, at the current level of development, we can hardly imagine that there would be uniform solutions in the area of family, inheritance, property, contract law... Of course, this does not mean that consensus in certain segments has not been reached. On the contrary, countries are very successful in agreeing on numerous individual issues and these agreements result in bilateral or multilateral conventions. However, a global compromise is still a utopia, and the resolution of private law relations with a foreign element lies in the technique of their indirect regulation. This is achieved through the application of special rules, called conflict of laws rules, and their task is not to give us a direct solution to a specific problem, but to light the way towards the law whose rules would give us a solution. Therefore, conflict of laws rules are a sort of guidepost that becomes necessary at the moment when we come to the conclusion that the relations we are resolving include a foreign element, and when at least two countries are interested in having their rules be the ones that will give the final answer to the situation at issue. We will resort to the conflict of laws technique when we see that a foreign element has interfered in a private law relationship, regardless of how it is manifested in the specific case. If a relationship involves an entity characterized as foreign, or the subject matter of the relationship is located abroad, or perhaps the obligation is to be fulfilled in a foreign country – those are all signals that we have left the field of domestic law and that the conflict of laws rule should be consulted, in order to reach a final resolution

of the private law relationship with the foreign element through a decisive fact contained in such rule. In this way, the judge faces an undoubtedly more difficult task, especially if the conflict of laws rule leads him in the direction of foreign law.

The conflict of laws rule is aimed at directing the judge to the law through which to resolve the private law relationship with a foreign element. Its two-component structure allows the realization of this function. First, we will classify the facts of the specific case under the appropriate legal category, and then, with the help of the connecting factor as the decisive fact, we will arrive at the applicable law. Therefore, after qualifying a particular legal matter, we are able to activate the connecting factor and then apply the substantive law that it pointed to. Which connecting factor would be identified for specific categories of relationships is a matter of the legal policy of each legislator, and therefore there are differences in terms of main connections of certain categories in different countries. There are also certain differences in the concept of the method in which the conflict of laws rules are applied and the understanding of foreign law. We have provided answers to numerous questions, such as whether the application of conflict of laws rule is of an imperative nature, or whether it is possible to turn a blind eye to the foreign element; whether the application of foreign law is mandatory, or the will of the parties can influence the process of its application; whether there are situations when foreign law will not apply, and if the answer is affirmative, what would be its substitute.

However, the main task of this research was to answer the question of whether we must obey the conflict of laws rule in each case, i.e. whether we must always apply the substantive law it points to? Are there cases when we can deviate from the regular application of the conflict of laws rule? By prescribing the imperative application of conflict of laws rules, the legislator also agreed to the application of the laws they point to, but are there any exceptions to the rule that foreign law determined in such manner, on the basis of connecting factors as reliable indicators of the legitimate interests of the country, should be applied? The answer to this question is affirmative, because there are definitely situations in which deviation from the direction suggested by the conflict of laws rule is justified.

The first form of deviation from the regular application of conflict of laws rules is the case of circumvention of the law, which occurs as a simple consequence of changing the connecting factors. Namely, by artificially creating or changing the fact that represents the connecting factor of a conflict of laws rule, the party wishes to divert its direction in order to apply another law and not the one that would otherwise be applicable, and in that way achieve certain interests, which otherwise could not be achieved. The main goal that the party has in mind



is to avoid the application of a less favourable law and to apply another one, according to which achieving the desired effects is allowed.

Fraudulent behaviour of the parties needs to be sanctioned, by deviating from the application of the conflict of laws rule in the manner dictated by the newly created circumstances and applying the law to which the connecting factor would indicate if there had been no manipulation. By sanctioning the fraudulent circumvention of the law, we actually ensure the correct application of the conflict of laws rule in relation to the criterion that the legislator considers the most relevant.

The next type of deviation from the regular application of conflict of laws rules is reflected in the general principle of international private law, called *renvoi*. This phenomenon comes from the fact that by using conflict of laws rule as an indirect way of resolving private law relations with a foreign element, we actually come to the situation of applying the applicable law of a foreign country, which means not only its substantive rules, but also its conflict of laws rules. In this way, we actually hear the position of foreign legislation on a specific legal matter, and then we either go backwards, in the direction of the domestic law to which the foreign law refers, or further, in the direction of some other foreign law to which the conflict of laws rule of the first-referred law refers. It is therefore a very complicated intellectual operation, which complicates the process of arriving at the applicable law.

The manner and extent of application of foreign law in a specific case will depend on the position of both domestic and foreign law regarding the acceptance of the principle of *renvoi*, in particular taking into account the fact that, by applying the qualification, foreign law should be applied in the manner applied by the court of the foreign law in question.

When prescribing conflict of laws rules, we also accept the application of foreign law, assuming that it is the one most closely related to the specific case. Bearing in mind that, as we have seen, conflict of laws rules are prescribed not for individual cases, but for certain categories of relations, we may find ourselves in a situation where the connecting factor points to the application of the law of the country whose rules are contrary to the basic principles on which the domestic country is built. It is precisely for these reasons that the principle of public order allows us to deviate from the regular application of the conflict of laws rule and not to apply thus established applicable law.

The most widely accepted point of view is that, instead of foreign law which is contrary to the public order of the forum, domestic law should be applied. This is for the reason that, when we have established the conflict of the applicable

foreign law, we cannot rest there and leave the case unresolved – we must find a substitute, and it is reflected precisely in the application of the domestic law.

In any case, the deviation from the regular application of the conflict of laws rule through the use of the principle of public order must not be interpreted too broadly. The intervention of this clause must be reduced to the extent that is reasonable, and only in cases where foreign law would be an actual threat to the domestic system.

Changed circumstances are not without significance for the correct application of the conflict of laws rule. In this sense, we provide answers to the questions of how to apply the applicable law in a situation when the conflict of laws rules themselves change, when the content of the otherwise applicable law changes, or when there is a change in sovereignty. All these changes have implications in terms of determining the applicable law and there are definitely grounds to classify them in the group of other principles used as a deviation from the regular application of conflict of laws rules.

Although there are authors who refer to the previously described legal and factual situations as adjustments to conflict of laws rules, we believe it is more appropriate to say it is a deviation from the regular application of conflict of laws rules, for the reason that in all these cases we do not make any adjustments to the rules. In essence, we depart from the rule that foreign law indicated by the conflict of laws rule of the forum must be applied, and in each of the described cases we do so for completely different reasons. Also, the consequences of deviations are completely different, which is another reason not to call them adjustments. Only in the case of the principle of the circumvention of the law, we could, in a way, speak of adjustment to the conflict of laws rule, because the deviation from its regular application, in a situation where the parties try to circumvent the law in a fraudulent way, consists in its adjustment by the court, and the application of the law that would have been applicable if there had been no manipulations in the conflict of laws domain.

## ЛИТЕРАТУРА

### А) Монографије и уџбеници

1. Audit B., *Droit International Privé*, 2. éd. Paris, 1997.
2. Бабић Д., Jessel Holst С., *Међународно приватно право, збирка унутарњих, еуројских и међународних пројиса*, Загреб, 2011.
3. Bartin E. A., *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899.
4. Bartin E., *Principes de Droit International Privé*, I, Paris 1930.
5. Vatiffol H., Lagarde P., *Droit International Prive*, Tome I, Paris, 1981.
6. Благојевић Б., *Међународно приватно право*, Београд, 1950.
7. Бордаш Б., Варади Т., Кнежевић Г., Павић В., *Међународно приватно право*, Београд, 2007.
8. Варади Т., *Међународне и унутрашње колизионе норме*, Институт за упоредно право, Београд, 1975.
9. Vidal J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "Fraus omnia corrumpit"*, Paris, 1957.
10. Von Overbeck A. E., *Les questionnes générales du droit international privé à le lumière des codifications et projets récent. Cours générale de droit international privé*, Recueil des Cours, 1982.
11. Водинелић В., *Такозвана злоујојреба права*, Номос, Београд, 1997.
12. Вуковић Ђ., *Међународно грађанско процесно право*, Информатор, Загреб, 1980.
13. Вуковић Ђ., Кунштек Е., *Међународно грађанско институтивно право*, Згомбић и партнери, Загреб, 2005.
14. Вукославчевић Б., *Признање и извршење судских и ардијражних одлука – Компарација сисџема Сједињених Америчких Држава, Рејублике Срдије и Црне Горе*, Подгорица, 2012.
15. Gavalda C., *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, 1955.
16. Graveson R. H., *The Conflict of Laws*, London, 1960.
17. Грбин И., *Признање и извршење одлука сјраних судова*, Информатор, Загреб, 1980.
18. Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., *Коменџар закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991.

19. Живковић М., Станивуковић М., *Међународно ѓривајно ѓраво, ойшћи гео*, Београд, 2006.
20. Јакшић А., Ѓорђевић С., *Праћићикум за међународно ѓривајно и међународно ѓраћанско ѓроцесно ѓраво*, Досије, Београд, 2004.
21. Кнапп Ch., *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Neushatel, 1933.
22. Костић-Мандић М., *Међународно ѓривајно ѓраво*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2017.
23. Костић-Мандић М., *Ойшћиа клаузула одсјуйања од мјеродавној ѓрава*, Подгорица, 2012.
24. Костић-Мандић М., Станивуковић М., Живковић М., *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, 2010.
25. Lenaerts K., Arts D., Maselis I., Bray R., *Procedural Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2006.
26. Lequette Y., *Le renvoi de qualifications*, Mélanges Holleaux, 1990.
27. Maury J., *L'eviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.
28. Mayer P., *Droit International Prive*, 1991.
29. Mayss A., *Principles of Conflict of Laws*, London, 1998.
30. Mengozzi P., *Diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1987.
31. Муминовић Е., *Проблем најѓјешње ѓовезаносћи у Међународном ѓривајном ѓраву*, докторска дисертација, Сарајево, 1991.
32. Nuyts A. and Watte N., *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruxelles, 2005.
33. O'Brien J., *Smith's Conflict of Laws*, London, 1999.
34. Пак М., *Међународно ѓривајно ѓраво*, Београд, 2000.
35. Пак М., *Приручник за ѓримену међународној ѓривајној ѓрава*, Београд, 1982.
36. Philonenko M., *La Théorie du renvoi en droit compare*, Paris, 1934.
37. Revillard M., *Droit international privé et pratique notariale*, Paris, 2001.
38. Rigaux F., *Droit international privé*, Bruxelles, 1968.
39. Рочкомановић М., *Јавни ѓоредак у међународном ѓривајном ѓраву*, Ниш, 1988.
40. Рочкомановић М., *Међународно ѓривајно ѓраво*, Ниш, 1994.
41. Сајко К., *Међународно ѓривајно ѓраво*, Загреб, 2009.
42. Сајко К., *Америчко међународно ѓривајно ѓраво*, Загреб, 1976.
43. Sharpe R., *The Multiple Uses of Renvoi in Rule And Interest Analysis-based Choice-of-Law Regimes*, June 27, 2010.

44. Schwimann M., *Internationales Privatrecht*, 1982.
45. Станивуковић М., *Практикум за међународно приватно право*, Нови Сад, 2007.
46. Story J., *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1857.
47. Трива С., *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1980.
48. Fawcett J. (editor), *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, 2002.
49. Fawcett J., Harris J., Bridge M., *International sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005.
50. Francescakis P., *La théorie du renvoi*, Paris, 1958.
51. Freeman M., *Conflict of Laws*, London, 2010.
52. Castel J. G., *Private International Law*, Toronto, 1960.
53. Cheshire G. C., *Private International Law*, Oxford, 1957.
54. Collins L. (editor), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, London, 2004.
55. Чоловић, В., Сукоб закона и промена суверенитета, Београд, 1999.
56. Чоловић В., *Сарадња судова и груписа орјана у грађанским стварима у праву Европске уније*, Београд, 2009.
57. Чоловић В. (уредник), *Право земаља у региону*, Београд, 2010.
58. Чоловић, В., *Практикум за Међународно приватно право*, Српско Сарајево, 2002.
59. Wolff M., *Private International Law*, Oxford, 1950.
60. Yntema H. (foreword), *Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts*, Michigan, 1951.

## Б) Чланци

61. Alexander G.S., „The Application and Avoidance of Foreign Law in The Law of Conflicts“, *Northwestern University Law Review*, vol. 70, No. 4, 1975-1976.
62. Audit B., „Le droit international privé à la fin du XXe siècle: progrès ou recul“, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, N°2, 1998.
63. Ayago A. D., „El concepto de orden público internacional y el derecho a un proceso justo“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, N° 2, 2010.
64. Бартош М., „Изиравање закона у међународном приватном праву“, *Из међународног приватног права, расправе и чланци*, Београд, 1932.
65. Боучек В., „Међународни уговори – Извори међународног приватног права на подручју Европске уније“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 6, 2011.

66. Braucher A., „Swastikas and Hit Lists: A Study of Public Policy Exception to the Draft Hague Convention on Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments“, 5 *Gonzaga Journal of International Law*, 2001-2002.
67. Barish R., „Renvoi and The Modern Approach to Choice-of Law“, *The American University Law Review*, vol. 30, 1981.
68. Batifol H., „Public policy and the autonomy of the parties: interrelations between imperative legislation and the doctrine of party autonomy“, Yntema H. (foreword), *Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts*, Michigan, 1951.
69. Boele-Woelki K., Joustra C., Steenhoff G., „Dutch Private international Law At The End of the 20th Century: Pluralism of Methods“, *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, 1998.
70. Bomhoff J., „The Reach of Rights: “The Foreign” and “The Private” in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases With Foreign Elements“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008.
71. Bucher A., „L'ordre public et le but social des lois en droit international privé“, *Recueil des Cours*, Academie de droit international de la Haye, II, 1993.
72. Варади Т., „Coflit mobile у међународном приватном праву“, *Годишњак*, Сарајево, 1977.
73. Варади Т., „Foreign Law Before Domestic Authorities, Realities and Gestures“, *Festschrift Zajtay*, Tübingen, 1982.
74. Варади Т., „Застарелост и аутономија воље у међународном приватном праву“, *Приноси*, бр. 8/1977.
75. Вукославчевић, Б., „Упоредни приказ поступка признања страних одлука у праву Црне Горе, Републике Србије и Сједињених америчких држава“, *Страни љравни живот*, 1/2011.
76. Вукославчевић, Б., „Јавни поредак у функцији признања страних одлука“, *Зборник радова Начела и вриједности љравној сисџема – норма и љракса*, Источно Сарајево, 2012.
77. Gialdino C., „La volonté des parties en droit international privé“, *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1972-II.
78. Gray A., „The Rise of Renvoi in Australia: Creating the Theoretical Framework“, *University of New South Wales Law Journal*, 30 (1), 2007.
79. Griswold E., „Renvoi Revisited“, 51 *Harvard Law Review*, 1938.
80. David C., „La loi étrangère devant le juge du fond“, *Bibliothèque de droit international privé*, vol. 3, Paris, 1965.
81. De Angulo Rodriguez M., „Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international“, *Revue critique*, 1972.

82. Dodson S., Klebba J.M., „Global Civil Procedure Trends in Twenty-First Century“, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011.
83. D'Oliveira J., „Foreign Law and Legal Cooperation“, *Hague-Zagreb Essays II*, The Hague, 1978.
84. Ebenroth C.T., Reiner G., Boizel R., „Succession d'Etats et droit international privé“, *Journal du droit international*, 1/1996.
85. Enonchong N., „Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996.
86. Epps G., „The Citizenship Clause: A „Legislative History“, *American University Law Review*, vol. 60, 2010.
87. Живковић М., „Опште установе међународног приватног права – поглед 20 година касније и de lege ferenda“, *Двадесет њ година закона о међународном приватном праву: зборник радова; Twenty Years of the Private International Law: Collection of Papers*, уредник Мирко Живковић, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004.
88. Zhang M., „Party autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law“, *Emory International Law Review*, vol. 20, 2006.
89. Јакшић А., „Члан 9 ЗМПП и основни појмови Међународног приватног права“, *Двадесет њ година закона о међународном приватном праву: зборник радова; Twenty Years of the Private International Law: Collection of Papers*, уредник Мирко Живковић, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004.
90. Joerges C., „The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 14, 2004.
91. Kerhuel A.J., „La cession de contrôle en droit international privé“, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 10-37, 2010.
92. Knop K., „Citizenship, Public and Private“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008.
93. Knop K., Michaels R., Riles A., „International Law in Domestic Courts: A Conflict of Laws Approach“, *Cornell Legal Studies Research Paper No. 09-016*.
94. Kelly D., „Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Process“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 18, 1969.
95. Kramer X., „The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued“, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 4, 2008.

96. Класичек Д., „Аутономија у међународном приватном праву – новије тенденције“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, 56 (2-3), 2006.
97. Кнежевић Г., Павић В., „Хомосексуални бракови у међународном приватном праву Србије“, *Зборник радова Европски судни љросјор*, Марибор, 2005.
98. Костић-Мандић М., „Аутономија воље као тачка везивања за уговоре са страним елементом у праву Црне Горе“, *Право земаља у региону*, (уредник В. Чоловић), Београд 2010.
99. Костић-Мандић М., „Извори савременог међународног приватног права Црне Горе“, *Правни зборник*, 1-2/2010.
100. Костић-Мандић М., „Утицај права Европске уније на ново Међународно приватно право Црне Горе са посебним освртом на област мјеродавног права“, *Сјрани љравни живои*, 3/2011.
101. Костић-Мандић М., „Осврт на ново међународно приватно право Црне Горе“, *Часоиис за домаће, њемачко и европско љправо*, 2/2011.
102. Костић-Мандић М., „Принцип најтјешње повезаности у међународном приватном праву“, *Правни зборник*, 1-2/2012.
103. Кошутић Б., „Јавни поредак као институција националног права“, *Правни живои*, бр. 5, 1967.
104. Lange R., „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, *Erasmus Law Review*, volume 1, issue 1, 2007.
105. Lando O., „On Some Writers on the Conflict of Laws of Contracts“, Fawcett J. (editor), *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, 2002.
106. Lewald H., „La theorie du renvoi“, *Recueil des cours*, vol. 29, 1929.
107. Lewald H., „Conflicts de lois dans le monde grec et romain“, *Revue critique de droit international privé*, 1968.
108. Louise Seeling M., „The Notion of Transnational Public Policy and its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissibility“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009.
109. Lowenfeld A., „Renvoi Among the Law Professors: An American’s View of the European View of American Conflict of Laws“, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, number 1, 1982.
110. Lucas L., „Vue simplifié du renvoi“, *Revue critique de droit international privé*, 1964.
111. Michaels R., „EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 52, 2006.



112. Michaels R., „Globilizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 2005.
113. Michaels R., Jansen N., „Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 1, 2007.
114. Michaels R., Jansen N., „Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization“, *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 1, 2007.
115. Michaels R., „Public and Private International Law: German Views on Global Issues“, *Journal of Private International Law*, vol. 4, No 1, 2008.
116. Michaels R., „The New European Choice-of-Law Revolution“, *Tulane Law Review*, vol. 82, No 5, 2008.
117. Michaels R., Knop K., Riles A., „Foreword: Transdisciplinary Conflicts of Law“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008.
118. Mortensen R., „Troublesome and Obscure“: The Renewal of Renvoi in Australia“, *Journal of Private International Law*, Vol. 2, No 1, 2006.
119. Mosconi F., „Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules“, *Recueil des Cours*, 1989.
120. Nussbaum A., „The Problem of Proving Foreign Law“, *50 Yale Law Journal*, No. 6, 1941.
121. Пак М., „Међународни јавни поредак и изигравање закона у облигационим уговорима са страним елементом“, *Правни живоић*, бр. 3/1964.
122. Петровић М., „Renvoi у упоредном праву и Закон о решавању сукоба закона“, *Двадесет јодина закона о међународном приватном праву: зборник радова; Twenty Years of the Private International Law: Collection of Papers*, уредник Мирко Живковић, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004.
123. Philip A., „American-Danish Private International Law“, *Bilateral Studies in Private International Law N° 7*, New York, 1957.
124. Prebble J., „Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws“, *Cornell Law Review*, vol. 58, No 4, 1973.
125. *Recueil des Cours*, 1934, t. IV, 413.
126. Reed L., Freda J., „Narrow Exception: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention“, *Journal of International Arbitration*, 25(6), 2008.
127. Reynolds W., „What Heppens When Parties Fail to Prove Foreign Law?“, *Mercer Law Review*, vol. 48, 1997.

128. Richman W., Reynolds W., „Prologomenon to an Empirical Restatement of Conflicts“, *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000.
129. Roosevelt K., „Resolving renvoi: the bewitchment of our intelligence by means of language“, *Notre Dame Law Review*, vol. 80, 2005.
130. Рочкомановић М., „Fraus legis у теорији и пракси међународног приватног права Француске“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, 1998-1999.
131. Рочкомановић М., „Ordre public у међународном приватном праву Француске“, *Анали Правној факултету у Београду*, 3-4, 1994.
132. Shreve, G.R., „Conflicts Empiricism“, *Willamette Law Review*, vol. 37, 2001.
133. Sauveplanne J.G., „Renvoi“, *International Encyclopedia of Comparative Law*, ch. 6, 1990.
134. Сајко К., „Еуропско међународно приватно право уговорних обвеза de lege lata и ferenda“, *Зборник Правној факултету у Зајреду*, 56, 2006.
135. Сајко К., „Међународно приватно право и право које уређује ситуације с међурепубличким обилежјем – неке типолошке поредбе“, *Зборник радова о сјраном и ујоредном љраву*, Београд, 1981.
136. Сарапа Ђ., „Да ли је страно право право или чињеница када се примењује темељем колизионе норме“, *Бранич др. 3-4*, Београд, 2009.
137. Сикирић Х., „Примјена колизијских правила и страног права у судском поступку“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, 56 (2-3), 2006.
138. Сикирић, Х., „Разлози за одбијање признања и оврхе судских одлука по Уредби вијећа (ЕЗ) бр. 44/2001 од 22. просинца 2000. О судској надлежности и признању и оврси одлука у грађанским и трговачким предметима“, 60 *Зборник Правној факултету у Зајреду*, бр. 1, 2010.
139. Сикирић, Х., „Јавни поредак као разлог за поништај праворијека“, 59 *Зборник Правној факултету у Зајреду*, бр. 2-3, 2009.
140. Сикирић, Х., „Arbitration and Public policy“, 7 *Croatian Arbitration Yearbook*, 2000.
141. Станивуковић М., „Yugoslavian Private International Law at the End of 20 Century: Progress or Regress?“, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* (ed. Symeon C. Symeonides), International Academy of Comparative Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000.
142. Станивуковић М., „Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на начела европског уговорног права“, *Зборник реферата са савештовања Начела европској ујорвној љраву и јујословенско љраву*, Крагујевац, 2001.

143. Станивуковић М., „Међународно приватно право на крају века – криза колизионог метода“, Правни факултет у Новом Саду, *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, правди и социјалне правде*, приредио проф. др Милијан Поповић, Нови Сад, 1998.
144. Станивуковић М., „Регулатива Савета о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима“, *Европско законодавство*, бр. 1/2002.
145. Станивуковић М., „Српско међународно приватно право у времену транзиције: промењени значај држављанства и пребивалишта“, *Зборник радова Држављанство и међународно приватно право, Хашке конвенције* (приредили: проф. др Гашо Кнежевић, доц. др Владимир Павић), Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд, 2007.
146. Станивуковић М., „Грађанско процесно право Европске уније“, *Правни животи*, бр. 12, Београд, 1995.
147. Стојановић С., „Renvoi – узвраћање и преупућивање у југословенском законодавству“, *Анали Правног факултета*, 5/1986.
148. Steuart A. F., „Gretna Green“, *The Judicial Review*, 1929.
149. Symeonides S., „A New Conflict Restatement: Why Not?“, *Journal of Private International Law*, vol. 5, 2009.
150. Symeonides S., „Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey“, *56 American Journal of Comparative Law*, 2008.
151. Symeonides S., „Choice of Law in the American Courts in 2009: Twenty-Third Annual Survey“, *58 American Journal of Comparative Law*, 2010.
152. Symeonides S., „Choice of Law in the American Courts in 2011: Twenty-Fifth Annual Survey“, *60 American Journal of Comparative Law*, 2012.
153. Symeonides S., „Oregon’s New Choice-of-Law Codification in Tort Conflicts: An Exegesis“, *Oregon Law Review*, vol. 88, No. 4, 2009.
154. Tapola D., „Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Application of the Public Policy Rule in Russia“, *Arbitration International*, vol. 22 (1), 2006.
155. Fentiman R., „National law and the European Jurisdiction Regime“, Nuts A., Watté N., (editors), *International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States*, Bruxelles, 2005.
156. Fincham D., „Rejecting Renvoi for Movable Cultural Property: The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend“, *International Journal of Cultural Property*, 14, 2007.
157. Forde M., The „Ordre Public“ Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions, *International and Comparative Law Quarterly* 29, 1980.

158. Harris T., „The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention“, *Journal of International Arbitration*, 24 (1), 2007.
159. Cashin Ritaine E., „Harmonizing European Private International Law: A Replay of Hannibal’s Crossing of the Alps?“, *International Journal of Legal Information*, vol. 34, issue 2, 2006.
160. Cavers D., „Habitual Residence“ a Useful Concept?, *21 American University Law Review*, 1972.
161. Clermont K., „The Role of Private International Law in the United States: Beating The-Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction“, *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 14, 2004.
162. Cossman B., „Betwixt and Between Recognition: Migrating Same-Sex Marriages and the Turn Toward the Private“, *Law and the Contemporary Problems*, vol. 71, 2008.
163. Чоловић В., „Одступања од редовне примене колизионих норми („Корекције“ колизионих норми) – потреба за другачијим ставом“, *Сџрани љравни живоић*, 3/2009.
164. Чоловић В., „Проблем одређивања меродавног права по *lex loci delicti commissi*“, *Сџрани љравни живоић*, бр. 1/2010.
165. Yntema H., „The Comity Doctrine“, *65 Michigan Law Review*, 1966.
166. York-Erwin G., „The Choice of Law Problems in the Class Action Context“, *84 New York University Law Review*, 2009.
167. Weintraub R., „The Choice of Law Rules of The European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither?“, *43 Texas International Law Journal*, 2008.
168. Williams R., „The One and Only Substantive Due Process Clause“, *The Yale Law Journal*, 2010.

## **В) Устав, закони и међународне конвенције**

169. Устав Црне Горе, „Службени листи Црне Горе“, бр. 1/2007.
170. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, „Службени листи СФРЈ“, 43/ 1982, 72/1982.
171. Закон о црногорском држављанству, „Службени листи Црне Горе“, бр. 13/08.
172. Породични закон Црне Горе, „Службени листи Црне Горе“, бр. 1/2007.

173. Закона о наслеђивању Црне Горе, „Службени листи Црне Горе“, бр. 74/2008.
174. Закон о мјеници, „Службени листи Републике Црне Горе“, бр. 45/05.
175. Општи имовински законик за Црну Гору.
176. Поморски законик Републике Хрватске, „Народне новине“, бр. 181/04, 76/07, 146/08.
177. Законик о Међународном приватном праву Аустрије.
178. Закон о Међународном приватном праву Швајцарске.
179. Закон о Међународном приватном праву Пољске.
180. Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске.
181. Закон о међународном приватном праву Туниса.
182. Закон о међународном приватном праву Швајцарске.
183. Закон о међународном приватном праву Њемачке.
184. Закон о међународном приватном праву Јапана.
185. Закон о међународном приватном праву Италије.
186. Закон о међународном приватном праву Чешке.
187. Закон о одређеним породичним односима међународног карактера Финске.
188. Шпански Грађански законик.
189. Француски Грађански законик.
190. Грађански законик Португала.
191. Египатски Грађански законик.
192. Грчки Грађански законик.
193. Грађански законик Квебека.
194. Конвенција о регулисању извесних питања сукоба закона о држављанству.
195. Конвенција о меродавном праву које се примењује на одговорност произвођача за штету од његових производа.
196. Хашка конвенција о меродавном праву за брачноимовински режим.
197. Хашка конвенција о меродавном праву за наслеђивање.
198. Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде.
199. Хашка конвенција о меродавном праву за уговоре о посредовању и заступању.
200. Хашка конвенција о сукобу закона у погледу форме тестаментарних одредаба.
201. Женевска конвенција о сукобу закона у материји менице.
202. Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава.

203. Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе.
204. Римска конвенција о меродавном праву за вануговорне обавезе.
205. Уредба Европског парламента и Савета о меродавном праву за уговорне обавезе 593/2008.
206. Уредба Европског парламента и Савета о меродавном праву за вануговорне обавезе 864/2007.
207. Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука .
208. *Restatement the Second on Conflict of Laws, 1934.*
209. *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal of the European Communities L 12, 16.01.2001.*
210. *Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (consolidated version), Official Journal of the European Communities No C 27, 26.01.1998.*

### **Г) Интернет извори**

211. [www.hcch.net](http://www.hcch.net)
212. [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com)
213. [www.conflictoflaws.net](http://www.conflictoflaws.net)
214. [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)



CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
341.948

**ДАМЈАНОВИЋ, Биљана, 1981-**

Одступања од редовне примене колизионих норми / Биљана Дамјановић, Владимир Чоловић. - Београд : Институт за упоредно право, 2023 (Београд : Службени гласник). - VI, 224 стр. ; 24 см. - (Монографија / Институт за упоредно право ; 193)

Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија: стр. 213-224. - Summary: Deviations from the regular application of the conflict of law's rules.

ISBN 978-86-82582-01-4

1. Чоловић, Владимир, правник, 1966- [аутор]

а) Међународно приватно право б) Колизионе норме

COBISS.SR-ID 122803209