

*Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник*

Правни факултет Универзитета Унион, Београд

## ПРИМЕНА НОРМИ У СЛУЧАЈУ ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

*У међународном приватном праву правне празнине представљају посебан проблем који може довести до ситуација да је немогуће одредити меродавно право за правни однос са елементом иностраности, односно да је немогуће одредити надлежност суда или другог органа. Прописе, који се примењују у међународном приватном праву, можемо, пре свега, делити на међународне које, даље, можемо делити на мултилатералне и билатералне, као и на унутрашње, у оквиру којих мислимо, на првом месту, на закон. Уколико ниједан пропис не би имао решење за дати случај, тада би настала правна празнина. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије садржи одредбу која решава правне празнине, на начин да ће се, у таквим ситуацијама, примењивати одредбе и начела поменутог Закона, затим начела правног поретка домаће земље, као и начела међународног приватног права. Аутор у раду посвећује пажњу начину регулисања ове материје у поменутом закону, али и проблему правне празнине код квалификације колизионе норме, као и код клаузуле одступања. Такође, аутор посвећује пажњу и појединим решењима у упоредном законодавству. Аутор закључује да проблему решавања правне празнине у међународном приватном праву треба приступити веома опрезно уз поштовање свих правила у овој области, имајући у виду дејство које решења питања правних празнина могу произвести у другим земљама.*

**Кључне речи:** Међународно приватно право; Правна празнина; Елемент иностраности; Колизиона норма; Квалификација.

## 1. УВОД

Развој грађанскоправних односа захтева прилагођавање не само материјалноправних норми, већ и колизионих правила, као и других норми које се примењују у међународном приватном праву, ако је у наведеним односима присутан елемент иностраности. Немогућност одређивања меродавног права, зато што у законском акту не постоји одговарајућа колизиона норма која ће упутити на то право, представља најчешћи случај правне празнине у овој области. Но, правне празнине не налазимо само у области сукоба закона, тј. примене меродавног права, већ и код одређивања надлежности са елементом иностраности, као и код међународне трговачке арбитраже. Сигурно је да се правила Међународног приватног права дефинишу од стране законодавца применом одговарајућих начела и правила у овој области, али је, исто тако, чињеница да, у оквиру грађанскоправних односа, могу настати такви случајеви који ће превазићи ова правила. У таквим ситуацијама, морамо наћи решење које ће одговорати, пре свега, природи самог грађанскоправног односа, али и очекивањима странака. Није довољно само одредити карактеристичну чињеницу у једном грађанскоправном односу, по којој ћемо дефинисати меродавно право, већ је битно водити рачуна и о дејству одлуке која ће се донети применом меродавног права које смо „добили“ преко карактеристичне чињенице одређене на наведени начин.

У раду ћемо посветити пажњу правним празнинама, пре свега, у области сукоба закона, односно одређивања меродавног права. Правне празнине ће постојати када у закону не постоји одговарајућа колизиона норма која се може применити на дати правни однос. Иначе, тешко је очекивати да се дефинише таква колизиона норма која би могла да обухвати све случајеве. Чак и кад би то било могуће, та решења би се веома брзо показала као превазиђена и не би могла бити примењена. Исто тако, честа промена колизионих норми угрожава правну сигурност.<sup>1</sup> Са друге стране, дефинисање више колизионих норми које би обухватале већи број случајева би, такође, довело до могућности да нека ситуација не буде регулисана, па бисмо и тада говорили о правној празнини.

Да бисмо могли да говоримо о решавању питања правних празнина, морамо дефинисати њихово постојање, пре свега, а затим уз примену општих правила која су дефинисана за решавање овог питања у свим областима права, као и примену посебних правила која су дефи-

---

<sup>1</sup> М. Костић-Мандић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2017, 65.

нисана у међународном приватном праву, доћи до решења које би било важило, на првом месту, за дати случај.

## 2. ПОСТОЈАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Код примене норми у међународном приватном праву, морамо, прво, имати на уму хијерархију извора права у овој области. Прво се мора водити рачуна о нормама највишег правног акта у једној држави, а то је Устав. Затим, примењују се норме дефинисане у међународним уговорима, било да су они билатерални или мултилатерални, с тим да предност у примени увек имају билатерални уговори. Наравно, овде морамо рећи да је услов примене ових норми и постојање међународног уговора у одређеној области. Следеће одредбе представљају *lex specialis* законодавства које регулише област међународног приватног права, а на крају примењују се одредбе закона који регулише наведену област, односно у случају Републике Србије, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље: ЗРСЗ),<sup>2</sup> као *lex generalis*. Али, ако ниједан извор права из наведеног редоследа не би регулисао одређено питање, тада настаје правна празнина. ЗРСЗ садржи одредбу, по којој се правна празнина решава на тај начин, што орган који примењује право има задатак да пронађе решење применом одредаба и начела ЗРСЗ, затим применом начела правног поретка домаће земље и применом начела међународног приватног права.<sup>3</sup> Морамо да се осврнемо на редослед навођења поменутих правила. Наиме, законодавац је направио, највероватније, грешку у овом редоследу, наводећи да ће се прво применити начела правног поретка домаће земље, па тек онда начела међународног приватног права. Но, ако бисмо прихватили да законодавац није начинио грешку у дефинисању правне празнине у наведеној одредби, онда морамо да поставимо питање редоследа примене наведених одредаба и начела.<sup>4</sup> По једном мишљењу, она се морају применити супсидијарно, односно на начин, како их је законодавац и навео у овој одредби. По другом схватању, суд или други орган није везан наведеним редоследом, с обзиром на то да је код набрајања употребљен везник „и“, а не реч „односно“. Но, постоје и аутори који су мишљења да није битно у ком извору ће суд или други орган наћи решење, већ је битно доћи до

---

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

<sup>3</sup> В. Чоловић, *Међународно приватно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2012, 41.

<sup>4</sup> *Ibid.*

решења.<sup>5</sup> Ипак, иако се можемо сложити са мишљењем да је битно доћи до решења и применити норму на дати случај, морамо имати у виду и квалитет решења које морамо наћи било у одредбама ЗРСЗ, било у самим правилима међународног приватног права, односно начелима правног поретка. Сигурно је да би најсврхисходније било наћи решење у ЗРСЗ, односно у „сродним“ одредбама, како би одлука која се донесе, имала дејство које странке очекују или које би било логично очекивати. Са друге стране, ако бисмо аналогно примењивали нека од општих правила међународног приватног права, морали бисмо да водимо рачуна да су та правила применљива на дату област. Најзад, дефинисање начела правног поретка, као једног од решења за питање правних празнина, не може увек бити сигурно, јер се поставља питање која би то начела правног поретка могла да се примене, односно да ли би једно опште начело могло да замени норму у којој се дефинише карактеристична чињеница која нас води до одговарајућег меродавног права.

Иначе, често се код навођења проблема правних празнина, користи термин „попуњавање“. Иако не можемо да нађемо адекватнији термин, осим термина „решење“ који и користимо, а који је један општи термин, не можемо да се сложимо са термином „попуњавање“. Разлог томе је што суд или други орган који треба да реши неко правно питање, односно неки правни однос, примењује неку другу правну норму или обликује одговарајућу правну норму (на основу наведених начела), како би решио дати правни однос. Самим тим, та правна норма би се примењивала само на тај правни однос и не би могла да се примењује и на друге сличне односе, осим ако бисмо говорили о примени судске праксе или измени законског акта. Значи, не ради се о „попуњавању“ правних празнина, већ о „тражењу“ одговарајућег правила које ће моћи да се примени на дати правни однос.

### **3. ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРАВИЛА ЗА РЕШАВАЊЕ ПИТАЊА ПРАВНИХ ПРАЗНИНА**

О дефинисању поједних начела и правила за решавање правних празнина у међународном приватном праву не бисмо могли да говоримо без примене општих правила која се примењују и у другим областима права у недостатку одговарајућих правних норми. Поједини аутори су мишљења да су правне празнине пропуст законодавца унутар једног правног поретка и да имају негативни утицај на његову конзистентност, јединственост и делотворност, као и на реализацију

---

<sup>5</sup> Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад 2001, 78.

највећих вредности, а посебно владавине права, правне сигурности, као и уставности и законитости. Конкретно, постојање правних празнина доводи до неједнакости пред законом, као и до неједнаке примене права на истоветне случајеве, што може довести и до дискриминације учесника у поступку или учесника правних односа.<sup>6</sup>

Правне празнине су проблем са којим се сусрећу сви органи, без обзира на то да ли они спроводе, тумаче или примењују прописе у конкретним случајевима. Углавном ти органи настоје да проблем правних празнина реше интерпретативним методама, као и методом аналогije, стварајући правила која ће поупунити правне празнине у складу са циљем и природом правног прописа у оквиру којег је присутна правна празнина. Но, та правила или правило могу да важе само за конкретни случај, али не и за решавање свих других сличних или истоврсних случајева. То правило не сме да буде обавезно као избор права за орган који га је створио за решавање неког другог случаја који ће решавати.<sup>7</sup> То правило не може бити извор, јер није општеобавезујућа правна норма која је донесена као нормативни правни акт од стране надлежног органа.<sup>8</sup>

Правне празнине могу настати и када законодавац не анализира довољно материју коју треба да регулише, односно нормира. Може се десити и да законодавац не познаје довољно номотехнику. Чак, може се десити да законодавац намерно не регулише неко питање, тиме да исто препушта судској пракси. Правне празнине могу настати као почетне, када законодавац, доносећи правни акт не регулише сва питања, а до њих може доћи и накнадно због промењених прилика у коме се поставља питање, а сам законодавац није извршио измене и допуне акта.<sup>9</sup>

Код примене норми, јавља се често потреба и за тумачењем исте. Врло често, тумачење не значи само примену постојеће правне норме, већ и само стварање норми. Тада постављамо питање да ли се тумачењем може решити питање правних празнина, односно да ли су правне празнине производ тумачења. Ако би се тумачењем стварала нова

---

<sup>6</sup> М. Арловић, „Уставни оквир дјеловања Уставног суда Републике Хрватске за испитивање и оцјењивање уставности правних празнина“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2017, 256.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Ђ. Вуковић, *Правна држава*, Згомбић и Партнери, Загреб 2005, 107–108, наведено према М. Арловић, 259.

норма или њен део, како би могла да се примени, поставља се, такође, питање да ли је та правна норма у сукобу са начелом законитости.<sup>10</sup>

Иначе, када се утврди постојање правних празнина, могућа су два решења. Прво решење се тиче реакције законодавца, који би законодавном интервенцијом решио проблем. Но, претходно је потребно да он утврди постојање правне празнине, као и да увиди важност регулационе одређеног правног односа. Ипак, много су чешће ситуације да судови и други органи индивидуалним правним актима решавају питања правних празнина.<sup>11</sup>

С друге стране, морамо имати на уму и аналогију, која је најчешћи начин решавања питања правних празнина. Аналогија нам помаже да утврдимо битну сличност између два предмета, односно два правна односа. Под битном сличношћу, подразумевамо идентичне интересе и циљеве који се штите правном нормом. Код примене аналогије за решавање правних празнина, разликујемо законску и правну аналогију. Законска аналогија је она врста аналогије коју користи тумач примењујући једну правну норму на конкретан правни случај. Код делимичне аналогије решавање питања правних празнина се врши тако, да се из неколико посебних норми ствара решење за отклањање празнине, док се код потпуне аналогије анализом циљева и посебности целокупног правног система долази до решења којим се отклања празнина. Правна аналогија састоји се у примени једног или више општих начела који важе у неком правном систему да би се њиховом конкретизацијом створило правило које решава правну празнину.<sup>12</sup>

Неки аутори дефинишу у којим ситуацијама постоји правна празнина. Пре свега, када законодавац пропусти да уреди одређено правно питање, затим када је одредба недовољно прецизна, као и кад је она нејасна, због израза које користи. Исто тако, ако је одредба противречна са одредбама других прописа, постоји правна празнина, као и кад се ради о техничкој правној празнини.<sup>13</sup> Не можемо се сложити да ће увек у свим ситуацијама постајати правна празнина. Наиме, само у случају када законодавац не уреди одређени правни однос, постоји правна празнина. У тој ситуацији не постоји одредба која се може применити и тада се ствара ситуација која захтева примену различитих инструмената који ће довести до примене одговарајућег права. У

---

<sup>10</sup> И. Томић, „Тумачење правне празнине и начело законитости“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару* XXVIII/2020, 107.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 118.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 119.

<sup>13</sup> З. Стефановић, „Идентификација правних празнина“, *Правни записи* 1/2013, 5–6.

осталим случајевима, постоје правне норме које су нејасне, непрецизне, противречне са одредбама других прописа, затим норме у којима постоје техничке грешке, односно одређени технички пропусти, када не можемо рећи да постоје правне празнине, јер постоје норме које решавају одређено правно питање, али које захтевају одговарајуће тумачење и анализу. Ситуација када не постоји правна норма, односно када, ни на који начин, постојећа правна норма не може да се примени на неко правно питање, није иста као случај, када се правна норма мора допунити или додатно тумачити да би била примењена. Неки аутори постављају питање да ли правна празнина може, уопште да постоји.

Морали смо да поменемо наведена општа правила, која се иначе примењују код решавања овог питања, с обзиром на то да суд или други орган у области међународног приватног права, такође, примењују наведена правила, тј. правила која се примењују у односима са елементом иностраности, а имају свој ослонац у општим правилима.

#### **4. НАЧЕЛО НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ КАО НАЧИН РЕШАВАЊА ПИТАЊА ПРАВНИХ ПРАЗНИНА**

Начело најближе везе је један од најадекватнијих начина решавања питања правних празнина. Ово начело се односи на одређивање меродавног права на начин да је потребно утврдити са којом државом је правни однос најближи. Ово начело се, иначе, користи код дефинисања колизионих норми.<sup>14</sup> С обзиром на то да кад говоримо о правним празнинама у међународном приватном праву, говоримо, пре свега, о недостајању одговарајуће колизионе норме, ово начело треба примењивати на првом месту, имајући у виду да је код сваког правног односа битно утврдити карактеристичну чињеницу, по којој ће се и одредити меродавно право. Неки аутори помињу и начело недискриминације као један од метода решавања овог питања. Наиме, ово начело се односи на искључење било које предности у одређивању меродавног права према полу, раси, нацији, итд.<sup>15</sup> Такође, исти аутори сматрају да се и применом начела заштите слабије стране може решавати питање правних празнина. Овде се, нпр., мисли на интерес дете-та када се оно појављује као учесник у правном односу. Сматрамо да ова два начела треба применити у ограниченом обиму, с обзиром на то да се код правних празнина поставља питање формирања и примене одговарајуће норме. То значи да, прво, треба утврдити које ће се

---

<sup>14</sup> Д. Китић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2016, 47.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 48.

право применити, па тек онда водити рачуна о примени начела које штити странке у правном односу.

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.<sup>16</sup>

Принцип најближе везе се примењује и код решавања уговорних односа. Осим овог принципа, примењује и теорија *proper law*, као и теорија центра гравитације, теорија карактеристичне престације која меродавно право за решење једног уговорног односа одређује по ономе што је битно и типично за одређену уговорну обавезу.<sup>17</sup>

Можемо рећи да принцип најближе везе заједно са другим принципима и начелима служи за решавање питања правних празнина.<sup>18</sup> Са појмом правне празнине можемо да поистоветимо појам непотпуности у правном систему. Правни систем је непотпун када је немогуће доказати да је једна тврдња истинита или лажна. Наравно, да би се наведено дефинисало, битно је поћи од одговарајућих начела.<sup>19</sup> Но, не бисмо могли у потпуности да се сложимо са наведеним, имајући у виду да је правни систем заснован на низу логички постављених законских и других аката, који се, пак, састоје од низа логички дефинисаних и поређаних одредаба. Са друге стране, правна празнина се односи на једну или неколико одредаба, односно на немогућност да се тим одредбама реши неко правно питање. Али, у законском или подзаконском акту могу постојати одредбе применљиве на односно правно питање. Са друге стране, ако у наведеном акту не постоји одговарајућа одредба, тада у правном систему морају постојати принципи и начела чијом се применом може решити питање правне празнине. Самим тим, правну празнину никако не можемо да ставимо у раван са правним системом, нити да имају непотпуног правног система и правне празнине ставимо знак једнакости.

---

<sup>16</sup> М. Костић-Мандић, *Опита клаузула одступања од мјеродавног права – у савременом међународном приватном праву*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2012, 57–59.

<sup>17</sup> С. Стојковић, *Облигациони односи са елементом иностраности*, Београд 1956, 20.

<sup>18</sup> Ј. М. Беловић, *Корективна функција принципа најближе везе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 46.

<sup>19</sup> *Ibid.*, фн. 142.



## 5. ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У ПОЈЕДИНИМ АКТИМА КОЈИ РЕГУЛИШУ МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Поменућемо како се правна празнина дефинише у два законска акта. Осврнућемо се, прво, на одредбу Другог зборника права – сукоби закона САД<sup>20</sup> која се односи на начела избора закона. Наиме, та одредба предвиђа да ће суд примењивати, пре свега, закон своје државе, односно њена колизиона правила. Уколико колизиона правила не постоје, тада ће се као релевантне чињенице за избор меродавног права сматрати: 1) потребе међународног и међудржавног система; 2) одговарајућа сврха права земље суда; 3) одговарајућа сврха права других заинтересованих држава, као и њихов интерес за решавање односног правног питања; 4) интерес лица која су заинтересована за решење правног питања, односно њихова оправдана очекивања; 5) одговарајућа сврха права на којој се заснива конкретна грана права; 6) извесност, предвидљивост и уједначеност решења; и 7) тежина у одређивању и примени меродавног права.<sup>21</sup> Иако се у овој одредби не говори о правним празнинама, јасно је да се ради о случајевима када не постоји одговарајућа колизиона норма за решење конкретног правног односа. Морамо рећи, пре свега, да је одредба јасна у погледу чињенице да колизиона норма не постоји, односно не ради се о ситуацији неадекватности колизионе норме или немогућности њене примене. Са друге стране, пружено је низ решења која бисмо могли да сврстамо у закључак који би се односио на примену одговарајућег меродавног права у складу са очекивањима странака у правном односу. Међу елементима се, практично, наводе чињенице које су наведене и у нашем ЗРСЗ. Наиме, начела правног поретка су наведена у тачки 1 и 2. Такође, начела међународног приватног права су наведена у тачкама 3, 4 и 6. Осим тога, у овом акту се наводи и потреба за поштовањем сврхе коју носи са собом одређена грана права, чији је саставни део правни однос у питању. Сигурно је да треба водити рачуна о начелима и принципима које налазимо у наследноправним, стварноправним, уговорним и другим односима, приликом дефинисања норме и одређивања меродавног права. Најзад, ова одредба предвиђа и лакоћу, односно тешкоће у одређивању меродавног права, што би се, пре свега, односило на ситуације када је страно право тешко применити, када су њене одредбе у супротности са императивним правилима земље доношења одлуке, затим када се ради о слабијој вези тог

<sup>20</sup> М. Живковић, *Међународно приватно право, националне кодификације*, прва књига, Службени гласник, Београд 1996, 394; Други зборник права – сукоби закона, усвојен и проглашен од стране Америчког правног института у Вашингтону, 23. 5. 1969.

<sup>21</sup> Члан 6 Другог зборника права САД – сукоби закона.

права са правним односом, итд. У сваком случају, решење наведено у наведеном акту је занимљиво са становишта дефинисања шта све треба подразумевати под начелима и принципима, како правног поретка, тако и међународног приватног права, одређеног меродавног права, као и под захтевима странака у правном односу.

Поменућемо и одредбу мађарског Закона о међународном приватном праву из 2017,<sup>22</sup> који је у члану 11 навео да уколико тај закон не садржи ниједну одредбу о правном односу који се тиче области коју регулише, примениће се право државе са којим је тај правни однос у најближој вези. Практично, одбацује се примена начела и принципа које смо поменули, већ се поставља захтев суду да одреди карактеристичну чињеницу у датом правном односу на основу правила међународног приватног права и примени меродавно право које ће највише одговарати. Значи, суд ће бити у обавези да дефинише норму, као и у ситуацијама када странке у уговору нису изабрале меродавно право, затим када постоје услови за примену клаузуле одступања, итд.

\*

\* \*

Поменућемо и Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије,<sup>23</sup> у чијим одредбама имамо лошије решење везано за питање правних празнина у односу на ЗРСЗ. Наиме, овај акт предвиђа да ће се, у случају непостојања одредбе о меродавном праву, применити, сходно, друге одредбе закона, као и начела и правила међународног приватног права.<sup>24</sup> Одребе Нацрта не наводе начела правног поретка као једно од решења за питање правних празнина, што значи да се упућује само на закон и на науку међународног приватног права. Морамо да кажемо науку, с обзиром на то да је законодавац у исту равн ставио начела и правила ове научне дисциплине, не наводећи која би начела могла да се примењују, ако узмемо у обзир начела која се морају узети у обзир приликом дефинисања колизионе норме. Исто тако, у Нацрту се употребљава реч „сходно“ која има много значења. Она се може односити на оно што је правилно применити у датом случају, а с обзиром на наведена правила. Такође, она се може односити на дискреционо право суда или другог органа који може проценити које би правило било најупутније применити. Исто тако, она се може односити и на широку примену раз-

<sup>22</sup> Act XXVIII of 2017 on private international law (as in force on 2 January 2018), <https://njt.hu/jogszabaly/en/2017-28-00-00>, 29. мај 2024.

<sup>23</sup> Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, 29. мај 2024.

<sup>24</sup> Члан 36 Нацрта Закона о међународном приватном праву.

личитих начела која се могу појављивати у међународном приватном праву.

Ни нови закони који регулишу материју међународног приватног права у поједним бившим земљама СФРЈ, које су раније примењивале ЗРСЗ, не регулишу ову материју на другачији начин. Ни словеначки, ни хрватски, а ни црногорски закони у овој области не дефинишу другачија правила, наводећи наведена три решења, као што то чини и ЗРСЗ.

## **6. ОДНОС ПРАВНИХ ПРАЗНИНА И ПОЈЕДНИХ ИНСТИТУТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ**

Кад говоримо о односу правних празнина са неким другим институтима међународног приватног права, мислимо на оне институте у којима се не може применити колизиона норма услед потребе за правилним одређењем меродавног права, односно када изабрано или одређено меродавно право не одговара чињеницама у правном односу који треба да буде решен. Ти институти су квалификација и клаузула одступања.

### **6.1. Правна празнина и квалификација колизионе норме**

Квалификација је један вид тумачења у специфичним околностима, као што је постојање елемента иностраности. Код квалификације морамо да водимо рачуна, како о правној категорији која не мора бити позната у нашем праву, односно која се другачије тумачи у нашем праву, али исто тако и о тачки везивања која се може другачије тумачити по нашем праву у односу на тумачење по страном. Једно од кључних питања које се поставља код примене квалификације по *lex causae* (по меродавном праву за дати правни однос), јесте да ли ту квалификацију треба прихватити, када колизиона норма полазне државе садржи правну категорију или тачку везивања која је непозната или није усвојена у домаћем материјалном праву. Мишљења смо да треба, с обзиром да је то једини начин да се дође до правилног решења. На пример, може се радити о правним појмовима и институтима који не постоје по праву *lex fori*, односно у праву домаће земље. Наиме, неки англоамерички појмови као што су *trust*, *partnership* или други, нису познати у праву наше земље. Тада, настају правне празнине, које се не могу решити по *lex fori*, већ унутар меродавног права, односно по *lex causae*, када треба узети у обзир и смисао и сврху тих појмова унутар њихових правних поредака.<sup>25</sup> Ако не бисмо могли да про-

---

<sup>25</sup> В. Чоловић (2012), 73.

нађемо сличну установу у домаћем праву, тада би се цела ситуација третираола као правна празнина и применила би се одговарајућа норма ЗРСЗ.<sup>26</sup> Мишљења смо да би оваква примена квалификације на колизиону норму, могла бити узета у обзир, једино у случају, када би знали да ли установа из страног права представља карактеристичну чињеницу у једном грађанскоправном односу и да ли би од анализе исте требало поћи код одређивања која ће колизиона норма бити примењена.<sup>27</sup>

Поменућемо и функционалну квалификацију<sup>28</sup> као квалификацију коју ће спровести суд, када домаће право не познаје одређени институт из страног права. Код оваквог начина решавања квалификације, суд треба прво да испита коју функцију односно институт има у страном праву, а затим да изабере колизиону норму за институт који наше право познаје, а који је најсличнији и најближи страном институту.<sup>29</sup>

## 6.2. Правна празнина и клаузула одступања

Основни задатак клаузуле одступања је отклањање недостатка везаног за примену права које није блиско повезано са грађанскоправним односом. Уместо редовне колизионе норме, супституише се колизиона норма која је боље прилагођена датој ситуацији и примењује право државе са којом је одређени однос у најближој вези. Но, неопходно је да закон овласти судију или друго лице које треба да реши одређени грађанскоправни однос са елементом иностраности на наведено.<sup>30</sup>

Клаузуле одступања би требало да дају већа овлашћења судијама (или другим органима који примењују колизионе норме) који, у изузетним случајевима, коригују закон, односно колизиону норму. Међутим, не можемо рећи да је реч о кориговању колизионе норме, већ о примени неких других правила (тачака везивања) која ће довести до

---

<sup>26</sup> М. Живковић, „Опште установе Међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – поглед двадесет година касније и *de lege ferenda*“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву* (ур. М. Живковић), Ниш 2004, 21.

<sup>27</sup> В. Чоловић (2012), 79–80.

<sup>28</sup> Ову квалификацију дефинише Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије.

<sup>29</sup> В. Чоловић, „Квалификација колизионе норме“, *Страни правни живот* 3/2018, 16; Д. Китић, 130.

<sup>30</sup> В. Чоловић, „Клаузула одступања у међународном приватном праву“, *Страни правни живот* 3/2019, 27; Д. Китић, 116.

примене одговарајућег меродавног права. Наведена овлашћења се реализују само у конкретним случајевима.<sup>31</sup>

## **7. ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ КОД ДЕФИНИСАЊА НАДЛЕЖНОСТИ У ПОСТУПКУ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНСТИ И У ПОСТУПКУ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВАЧКЕ АРБИТРАЖЕ**

Осврнућемо се, врло кратко, и на могућност постојања правних празнина у другим областима међународног приватног права. На пример, у области одређивања надлежности са елементом иностраности могу настати правне празнине и тада треба применити одговарајуће правило месне надлежности у унутрашњем праву.<sup>32</sup> Иначе, постоје два основна критеријума за регулисање међународне надлежности. Први се односи на англосаксонске земље, у којима законодавац одређује принципе и смернице, а судови одлучују о сваком конкретном случају за заснивање надлежности. Други начин за регулисање надлежности са елементом иностраности односи се на њено регулисање путем унутрашњих правила. Овај начин је прихваћен и у нашем праву, али се и њему може приговорити, јер и овај начин регулисања може довести до правних празнина.<sup>33</sup>

Такође, правне празнине могу постојати и у поступку пред међународним трговачким арбитражама. Уколико су у питању институционалне арбитраже, тада се примењују правилници тих арбитража, с тим да се питање правних празнина решава, уколико правилник нема решење за неку фазу поступка, на следећи начин: дефинисањем правила која су одређена од стране странака у спору, затим, дефинисањем правила одређених од стране арбитра, и, на крају, применом процесних правила државе у којој се води поступак.<sup>34</sup>

У сваком случају, решавање питања правних празнина у наведене две ситуације везане су за примену општих правила за вођење поступка, било да се ради о судском или арбитражном.

## **8. ПОЛАЗНА ПРАВИЛА И НАЧЕЛА ЗА РЕШАВАЊЕ ПИТАЊА ПРАВНИХ ПРАЗНИНА**

Која правила и начела би морала да буду полазиште код решавања питања правних празнина? На ово питање ЗРСЗ има одговор, али у виду једне одредбе која нуди општа решења која, опет, захтевају од

<sup>31</sup> В. Чоловић (2019), 18; М. Костић-Мандић (2017), 89.

<sup>32</sup> Д. Китић, 48.

<sup>33</sup> В. Чоловић (2012), 258–259.

<sup>34</sup> В. Чоловић (2012), 376.

суда или другог органа да „потраже“ или дефинишу норму која би решила дати случај. Колизациона норма која би решила правну празнину морала би да се односи на област, у којој се поставља питање исте. Затим, ако говоримо о примени начела међународног приватног права, онда бисмо, пре свега, морали да применимо теорију најближе везе, која се, иначе, примењује и у другим ситуацијама, нпр., код уговорних односа, када стране нису изабрале меродавно право путем аутономије воље, односно у случају када један грађанскоправни однос са елементом иностраности нема блиску везу са меродавним правом одређеним путем примене колизционе норме. Најзад, начела правног поретка представљају најшире поље примене. Наиме, прво треба дефинисати шта представља садржину ових начела. Да ли су то принципи, стандарди, општеприхваћена правила, принципи које дефинишу међународни уговори које је наша земља ратификовала или нека друга правила. Морамо имати на уму да правни поредак не смемо изједначавати са јавним поретком. Шта, иначе, подразумевамо под начелом домаћег правног поретка који је наведен у ЗРСЗ? То начело обухвата не само основна правна начела која су део правног поретка наше земље, већ и начела грађанског и трговинског права која штите различите материјалноправне интересе у датим односима. Колизациона норма у ЗРСЗ мора почивати на вредностима домаћег правног поретка. Управо зато је потребно узети у обзир ова начела приликом решавања питања правних празнина како би се узеле у обзир све вредности домаћег права, али, наравно, уз превасходну примену правила и начела међународног приватног права.<sup>35</sup>

У међународном приватном праву данас постоји тенденција да се колизционе норме дефинишу на начин да регулишу што уже правне категорије. Тиме се повећава број колизционих норми, али са друге стране имамо и повећан број случајева и правних односа за које морају постојати одговарајуће колизционе норме. Да ли би се тиме постигла еластичност тих норми и могућност да се оне примене на већи број случајева, питање је на које не може да се да одговор без анализе конкретних случајева из праксе. Један од проблема везаних за правне празнине али и за квалификацију јесу правне категорије које се налазе у граничним областима, односно код којих постоји могућност да се сврстају у различите правне области које су регулисане различитим колизционим нормама.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> С. Ђорђевић, „Телеолошка редукција колизционих норми и попуњавање правних празнина у закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2019, 480.

<sup>36</sup> Б. Дамјановић, В. Чоловић, *Одступања од редовне примене колизционих норми*, Институт за упоредно право, Београд 2023, 30.

Поједини аутори дефинишу примену телеолошке редукције као метода тумачења правних норми код постојања правних празнина. По том методу, тумачењем правне норме се утврђује да је не треба применити на дати случај, а разлог томе је што она не одговара смислу и циљу тог случаја. Самим тим, утврђује се и постојање правне празнине која се решава применом друге норме супротне садржине или се примењује другачија правна норма коју треба дефинисати за дати случај.<sup>37</sup>

Код примене норми међународног приватног права, овај метод ће бити применљив, тек када се спроведе анализа свих колизионоправних и материјалноправних интереса који би утицали на колизионо везивање тог правног односа који утиче на избор одговарајуће тачке везивања. Ако примена те тачке везивања не одговара датом правном односу, утврђује се постојање правне празнине. У том случају, треба дефинисати другачију колизиону норму са другом тачком везивања која би одговарала редукованом правном односу.<sup>38</sup> Овде, наравно, морамо имати у виду разлику између дефинисања и примене нове колизионе норме (у складу са начелом најближе везе) и клаузуле одступања која се односи на одступање од примене законом одређене тачке везивања, како би се остварило начело најближе везе.

Овај метод би се примењивао у две ситуације. Прва би се односила на чињеницу да законодавац, приликом дефинисања колизионе норме, уопште није имао у виду одређени правни однос, који би могао бити подведен под правну категорију те норме. А друга ситуација на утврђивање да је правни однос у великој мери посебан да се не може применити законом одређена колизиона норма.<sup>39</sup> Овде ћемо навести пример везан за регулисање веридбе. Наиме, питање правних празнина ће се решавати општим правилима на начин што би се овде примениле одредбе о браку, конкретно правила међународног продишног права, јер је и веридба породичноправни институт.<sup>40</sup> Сличан метод се може применити и у другим областима.

Са друге стране, по англосаксонском праву, ако суд не може да сазна странско право, јер га странке нису доказале, примењиваће се домаће право, јер се странско право уподобљава са домаћим. То значи, да суд у земљама наведеног правног система насталу правну празнину, услед недостатка доказа о садржини страног права, решава одго-

---

<sup>37</sup> С. Ђорђевић, 469–470.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, 471.

<sup>40</sup> В. Боучек, „Заручни статут у хрватском међународном приватном праву“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2008, 718.

варајућим правилом домаћег права. Овај став се образлаже теоријом стечених права. Правило домаћег права се у предмету са елементом иностраности примењује на основу претпоставке да је садржина домаћег права једнака или слична садржини страног права.<sup>41</sup>

Поменућемо и Бечку конвенцију о међународној продаји робе,<sup>42</sup> као међународни извор који се примењује у многим земљама, јер при тумачењу њених одредаба, треба водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди јединственост (једнакост) њене примене и поштовање савесности у у међународној трговини. Она проблематика која није изричито решена Бечком конвенцијом (правне празнине), решаваће се према општим начелима којима је конвенција инспирисана.<sup>43 44</sup> Ако се правне празнине не могу решити општим начелима, Бечка конвенција упућује на примену оног националног права које би се примењивало на основу одредаба правила међународног приватног права.<sup>45</sup>

Затим, код решавања питања правних празнина треба узети у обзир и очекивање странака, као и начело аутономије воље са којим странке могу у потпуном смислу располагати.<sup>46</sup> Очекивање странака треба да буде узето у обзир, али смо мишљења да се код решавања овог питања морају узети у обзир општа правила која ће нам дати одговор на питање које ће се правило применити. Што се тиче аутономије воље, странке бирају меродавно материјално право, што значи да би онда решавање ових питања морало да буде у складу са правилима садржаним у праву које су оне дефинисале за решење њиховог правног односа.

Треба водити рачуна и о дејству одлуке која се доноси применом права одређеног у случају постојања правних празнина. Овде, нарочито, треба водити рачуна о императивним прописима државе у којој ће та одлука произвести дејство, чак и када њено право није меродавно.<sup>47</sup>

И код права странака, која се, иначе, не регулишу колизионим нормама, већ одредбама посебних закона који регулишу наведену

---

<sup>41</sup> М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 2000, 328.

<sup>42</sup> Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10-1/84.

<sup>43</sup> Члан 7 Бечке конвенције.

<sup>44</sup> К. Османовић, „Специфичан начин тумачења и попуњавања правних празнина у функцији успјеха Конвенције УН-а о међународној продаји робе“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2022, 925.

<sup>45</sup> В. Чоловић, (2012), 214.

<sup>46</sup> Д. Китић, 48.

<sup>47</sup> Д. Китић, 49.



област у оквиру које се тражи право, тј. кад се признаје национални третман, у случају недостатка одговарајућих правила, треба признати наведено право.<sup>48</sup>

Најзад, и судска пракса је значајан извор права за решавање питања правних празнина.<sup>49</sup>

У сваком случају, ако формални извори, као што је закон који регулише материју међународног приватног права, садрже правне празнине, то не значи да ће оне постојати у целокупном међународном приватном праву једне земље.<sup>50</sup>

## 9. ЗАКЉУЧАК

Проблему решавања питања правних празнина не можемо да приступимо без примене општих правила која се примењују у свим научним дисциплинама, у случају недостатака правне норме која би могла да се примени на одређени правни однос. Наравно, у међународном приватном праву, постојање правних празнина се усложњава, имајући у виду да треба применити одговарајућу колизиону норму којом ће се одредити меродавно право применљиво на дати правни однос. Због тога, суд или други орган који мора да реши дати случај, мора да води рачуна не само о примени начела и правила која су дефинисана у закону, већ и о примени принципа који је овде једино прихватљив, а то је принцип најближе везе једног правног односа са меродавним правом. Наравно, најједноставније би било применити одговарајућу колизиону норму, али у случају непостојања исте, тада би принцип најближе везе довео до одговарајућег решења које би одговарало принципима и начелима самог међународног приватног права, затим захтевима који се постављају код примене колизионих норми, као и очекивањима странака. Такође, код решавања питања правних празнина, мора се водити рачуна и о дејству одлуке у другој земљи, односно о чињеници да она мора да буде предмет у поступку признања, да би била извршена на територији земље признања.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Арловић, Мато, „Уставни оквир дјеловања Уставног суда Републике Хрватске за испитивање и оцјењивање уставности правних празнина“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2017;

---

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> В. Чоловић, (2012), 375.

<sup>50</sup> В. Боучек, 718.

2. Беловић, Јелена М., *Корективна функција принципа најближе везе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2012;
3. Боучек, Вилим, „Заручни статут у хрватском међународном приватном праву“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2008;
4. Варади, Тибор, Бордаш, Бернадет, Кнежевић, Гашо, *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад 2001;
5. Вуковић, Ђуро, *Правна држава, Згомбић и Партнери*, Загреб 2005;
6. Дамјановић, Биљана, Чоловић, Владимир, *Одступања од редовне примене колизионих норми*, Институт за упоредно право, Београд 2023;
7. Ђорђевић, Славко, „Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2019;
8. Живковић, Мирко, *Међународно приватно право, националне кодификације*, прва књига, Службени гласник, Београд 1996;
9. Живковић, Мирко, „Опште установе Међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – поглед двадесет година касније и de lege ferenda“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву* (ур. М. Живковић), Ниш 2004;
10. Китић, Душан, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2016;
11. Костић-Мандић, Маја, *Опита клаузула одступања од мјеродавног права – у савременом међународном приватном праву*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2012;
12. Костић-Мандић, Маја, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2017;
13. Османовић, Кенад, „Специфичан начин тумачења и попуњавања правних празнина у функцији успјеха Конвенције УН-а о међународној продаји робе“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2022;
14. Пак, Милан, *Међународно приватно право*, Београд 2000;
15. Стефановић, Златко, „Идентификација правних празнина“, *Правни записи* 1/2013;
16. Стојковић, Славко, *Облигациони односи са елементом иностраности*, Београд 1956;
17. Томић, Иван, „Тумачење правне празнине и начело законитости“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару XXVIII/2020*;
18. Чоловић, Владимир, *Међународно приватно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2012;
19. Чоловић, Владимир, „Квалификација колизионе норме“, *Страни правни живот* 3/2018;

20. Чоловић, Владимир, „Клаузула одступања у међународном приватном праву“, *Страни правни живот* 3/2019.

Правни извори

1. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр.46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/06 – др. закон;
2. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10-1/84;
3. Други зборник права – сукоби закона, усвојен и проглашен од стране Америчког правног института у Вашингтону, 23. 5. 1969;
4. Act XXVIII of 2017 on private international law (as in force on 2 January 2018), <https://njt.hu/jogszabaly/en/2017-28-00-00>, 29. мај 2024;
5. Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, 29. мај 2024.

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

Faculty of Law, Union University Belgrade

## APPLICATION OF NORMS IN CASE OF LEGAL GAPS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

### *Summary*

In private international law, legal gaps represent a special problem that can lead to situations where it is impossible to resolve a case with a foreign element, i.e., it is impossible to determine the jurisdiction of a court or other authority. Three categories of regulations fall under the purview of private international law: international, further subdivided into multilateral and bilateral, and internal. The latter category includes predominantly the legal act itself. If there is no regulation that addresses a specific case, a legal gap will emerge. The Republic of Serbia's Act on Resolving Conflict of Laws with the Regulations of Other Countries includes a clause that addresses legal gaps by applying the Act's provisions and principles, the home country's legal order's principles, and finally, the principles of private international law. In the paper, the author pays attention to the way this matter is regulated in the abovementioned legal act, but also to the problem of the legal gap in the qualification of the collision rule and in the deviation clause. Additionally, the author examines specific solutions found in comparative law. The author concludes that it is crucial to approach the problem of filling the legal gap in private international law with utmost care, considering the impact such solutions can have on other countries.

**Key words:** *Private International Law; Legal gap; Foreign element; Collision rule; Qualification.*