

1. Pojam, predmet i naziv MPP-a

PREDMET MPP-A se podrazumevaju svi pravni odnosi koji su regulisani normama mpp-a. Predmetom se smatraju i same norme koje regulišu određenu vrstu odnosa. Veoma je široka saglasnost da su privatnopravni odnosi oni odnosi koji predstavljaju predmet mpp-a, dok se pod građanskopravnim odnosima ne odrazumevaju porodičnopravni, radnopravni i građanskoprocetni pravni odnosi, a sporno je da li se mogu podrazumevati i privrednopravni odnosi. ZMPP obuhvata građanskopravne odnose, međutim radni odnosima je posvećeno malo pažnje pa za razliku od nacrtu ZMPP koji su prethodili konačnom tekstu-ne obuhvata ovu materiju.

Postoji samo jedna oblast koja sasvim nesporno spada u mpp. To je domen koji se naziva sukob zakona i obuhvata kolizione norme, pravila koja merodavno određuju materijalno pravo za odnose koji se vezuju za više suvereniteta. Ovo je najtipičniji predmet mpp-a, ali ne i jedini.

Predmetom mpp-a se često smatraju i norme o sukobu jurisdikcij, odnosno pravila koja regulišu građanskoprocetni odnose sa elementom inostranosti, pre svega pravila o međunarodnoj nadležnosti i priznanju i izvršenju inostranih odluka. Kod nas i u Francuskoj važi shvatanje da je predmet mpp-a i pravila o privatnim pravima stranaca. Nemačka- prava stranaca, anglosaksonsko pravo ne smatra pravila o privatnim pravima stranaca predmetom mpp-a.

DEFINICIJA: PREDMETOM MPPA KAO DISCIPLINE KOJA IZUČAVA ODREĐENU PRAVNU OBLAST, SMATRAMO NORME O ODREĐIVANJU MERODAVNOG PRAVA, GRAĐANSKOPROCESNIM ODNOSIMA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI I PRAVIMA STRANACA DA U RS STUPAJU U PRIVATNOPRAVNE ODNOSI.

POJAM MPP-A – Određeni autori utvrđuju takve odrednice pojma mpp-a koje obuhvataju samo kolizione norme, dok ostala pravila kojima se regulišu privatnopravni odnosi zanemaruju. (Kegel, Reccia) Drugi autori nastoje da daju šire odrednice, odnosno pojam mpp-a ne ograničavaju samo na kolizione norme (Obrajen). Prema Jezidiću: *MPP je grana prava jedne određene države koja pravno oformljuje društvene odnose koji treba da proizvedu građanskopravne posledice ne samo u nacionalnom već i u međunarodnom obimu.*

DEFINICIJA: MPP JE GRANA UNUTRAŠNJEG PRAVA. NJEGOVA PRAVILA NISU MEĐUNARODNA, MEĐUNARODNO OBELEŽJE IMAJU SAMO ODNOSI KOJE REGULIŠE, JER SE VEZUJE ZA VIŠE SUVERENITETA. PRAVILA MPP- NA DIREKTAN ILI INDIREKTAN NAČIN – REGULIŠU ONA PRAVNA PITANJA KOJA SE POSTAVLJAJU USLED POJAVE ELEMENTA INOSTRANOSTI U PRIVATNOPRAVNIM ODNOSIMA.

NAZIV MPP-A, mpp nije međunarodno pravo, jer ono predstavlja granu unutrašnjeg prava pojedinih država. Odnosi koje reguliše nisu međunarodni, već predstavljaju odnose sa elementom inostranosti. Pravila za rešavanje ovih odnosa ne traže se u nekim univerzalnim principima veću pozitivnim normama koje postavljaju zakonodavstva pojedinih država. Izvor mpp-a mogu biti i međunarodni ugovori, ali nakon što su ratifikacijom asimilirani u domaće pravo. Protiv izraza privatno postojale su brojne zamerke, međutim nama se čini da nema razloga da se odustane od naziva međunarodno privatno pravo. Najbitnije je da naziv bude pouzdan komunikacioni oslonac, da za najširi mogući krug ljudi označi istu stvar. Takve odlike upravo poseduje naziv MPP.

2. Element inostranosti u privatnopravnim odnosima i relevantnost elementa inostranosti

Privatnopravni odnosi – najkarakterističniji od postavljenih problema je problem određivanja merodavnog prava, pa s obzirom na to nesumnjivo je da su pravila o određivanju merodavnog prava (tkz. koliziona pravila) najznačajniji i najsvojstveniji deo mpp-a.

Problem određivanja merodavnog prava se ne javlja u vezi sa svim kategorijama pravnih odnosa. U prekršajnom postupku koji se vodio protiv turskog gastrabajtera ili bugarskog trgovca ne dolazi u obzir primena drugog prava sem srpskog, ukoliko sude srpski sudovi. Naravno da je moguće i da srpski sudovi primenjuju pravila stranog prava prilikom raspravljanja nekog ugovornog odnosa, prilikom odlučivanja o naknadi štete, podeli zaostavštine, sklapanju ili razvodu braka i u brojnim drugim slučajevima.

Element inostranosti u privatnopravnim odnosima- Za pojavu (međunarodno privatnih, u daljem tekstu: mp) problema nije dovoljno dfa je reč o privatnopravnim odnosima, već je neophodno da se u tim odnosima pojavi element inostranosti. U literaturi pored naziva element inostranosti može se javiti i naziv međunarodni element – međunarodno obeležje. Zakon kojim se reguliše materija mpp-a naziva se ZAKON O REŠAVANJU SUKOBA ZAKONA SA PROPISIMA DRUGIH ZEMALJA (dalje: ZMPP) koristi izraz međunarodni element.

MPP iako reguliše odnose sa više zemalja, nije nadnacionalno već je unutrašnje pravo svake pojedine zemlje. Sudovi jedne zemlje uvek polaze od međunarodnog privatnog prava te države.

Pojavni oblici stranog elementa

- subjekt
- objekt
- prava i obaveze.

Svi elementi odnosa mogu biti strano izraženi, odnosno mogu da u sebi sadrže strani element.

U slučaju da srpska firma zaključi kupoprodajni ugovor sa jednom francuskom firmom, u tom slučaju javlja se **inostrani element u subjektu**, jer je jedan od subjekta napred navedenog odnosa inostrano (francusko) pravno lice. Međutim, ukoliko bi predmet tog ugovora bili lovački hrtovi koji se nalaze u Engleskoj, **dobijamo strani element u objektu**. Ako se pak nastanak ili ispunjenje obaveza takođe vezuje za neku stranu zemlju (ugovor zaključen u Francuskoj/ mesto isporuke u Engleskoj) javlja se **strani element u pravima i obavezama**.

Treba naglasiti da se kvalifikacija pojedinih pravnih oblika stranog elementa vrši u zavisnosti od **polazne tačke – a to je UVEK država u kojoj se raspravlja dati odnos**. *NPR: ukoliko bi pošli od pretpostavke da se stvar raspravlja u RS, te su se sa tačke gledišta suda u RS pojedini elementi pravnog odnosa pojavili kao strani. Ako bi se spor vodio u UK situacija bi bila drugačija: ne bismo mogli da govorimo o stranom elementu u objektu (objekat je domaće obeležen – lovački hrtovi se nalaze u Engleskoj- , ali možemo da govorimo o stranom elementu izraženom u pravima i obavezama (subjekti su za Englesku strana pravna lica, mesto zaključenja je FRANCUSKA).*

NPR: *Ukoliko italijanski verenik i italijanska verenica zaključili brak u RS (Beograd), sa aspekta RS inostrani element je u subjektima, dok sa aspekta Italije inostrani element je u pravima i obavezama.*

Tri vida stranog elementa:

- 1) Strani element u **subjektu** javlja se na bazi **državljanstva** kao pravne činjenice, može se javiti i na osnovu **domicila**, pa i **boravišta** lica koji stupaju u određeni građanskopravni, privrednopravni ili radnopravni odnos.
- 2) Strani element u objektu javlja se kada se na **bazi mesta nalaženja stvari**, koje je predmet transakcije, i na osnovu merila pomoću kojih se utvrđuje **pripadnost osnovnih sredstava** za prevoz (najčešće mesto registracije), kada su ova predmet transakcije.
- 3) Strani element u obavezama nastaje ako su **strano obeleženi nastanak ili ispunjenje prava i obaveza** (pravni posao nastao u inostranstvu/ deliktna radnja učinjena u inostranstvu...) Da bi doslo do stranog elementa u pravima i obavezama dovoljno je da jedan od subjeketa ima strano državljanstvo, da se samo jedan deo stvari koje čine predmet nalazi u inostranstvu, da se nastanak samo jedne obaveze ili prava vezuje za stranu teritoriju, a ne za njihov prestanak, ili da se ispunjenje dela obaveze vezuje za stranu državu.

Strani element je differentia specifica koja razdvaja međunarodno privatno pravo od privatnog prava. Strani element je samo signal da smo napustili sferu domaćeg prava- i da se postavlja pitanje koji će sudovi suditi i čije će se pravo primeniti (domaće ili strano).

Ako je za raspravljanje datog odnosa sa stranim elementom nadležan domaći organ i ako je merodavno domaće pravo sud će se kretati u okviru domaćeg prava, odnosno neće se pitati koje je pravosuđe nadležno. Međutim, ukoliko je napred navedeni strani element u našoj kolizionoj normi priznat kao tačka vezivanja i koji voditi do primene stranog prava. **NPR:** *ako je u pogledu materijalnih uslova za zaključenje braka merodavno pravo zemlje čiji su državljani budući supružnici, a reč je o RS državljanima koji imaju prebivalište u inostranstvu, svedeno je da li ćemo primeniti RS porodično pravo, zaboravljajući da pred sobom imamo strani element inostranosti, ili ćemo pak zastati da postavimo mpravna pitanja, da primenimo norme našeg MPP-a, te da na osnovu tig normi dođemo do istog rezultata- do primene našeg prava.*

Važno je i koji naš element vodi primeni stranog prava ili pravosuđa. **NPR:** *Mađarska državljanka podnese sudu u RS tužbu izdržavanja protiv brata, francuskog državljanina koji živi u RS. Između RS (SFRJ) i Mađarske zaključena je **KONVENCIJA O UZAJAMNOM PRAVNOM SAOBRAĆAJU 1968**, koja predviđa da se na obavezu izdržavanja između braće i sestara primenjuje pravo države čiji je državljanin lice koje polaže pravo na izdržavanje- što bi u našem slučaju bilo mađarsko pravo. U datom slučaju nedefinisanost pretpostavki za primenu kolizione norme Konvencije predstavlja izvor probleme. RS ZMPP u čl. 42. propisuje da je za obavezu izdržavanja između braće i sestara merodavno pravo države čiji je državljanin lice od koga se traži izdržavanje (francusko pravo). Konvecija predstavlja lex specialis – ima prednost u odnosu na opšte norme mpp-a Srbije, ali nije jasno koji je strani element pretpostavke da bi se norme Konvencije uopšte primenile.*

3. Način (metod) regulisanja MPP-a

Dva osnovna načina regulisanja odnosa sa elementima inostranosti: **DIREKTNI I INDIREKTNI**. Instrumenti direktnog načina regulisanja su norme koje neposredno rešavaju sam sporni odnos, dok pod indirektnim načinom regulisanja podrazumevamo posredno regulisanje, ukazivanjem na merodavno pravo, koje se vrši putem specifičnih pravnih normi koje se zovu *kolizione norme*.

DIREKTAN NAČIN- idealan način rešavanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti bio bi njihovo neposredno regulisanje, i to na međunarodnom pravu. Međutim, to je nemoguće jer je veoma teško zamisliti jedno celovito i istinski univerzalno građansko, porodični, radno ili privredno pravo.

Potoje pravila stvorena međunarodnim sporazumima kojima se regulišu veoma značajna pitanja iz oblasti, građanskog, privrednog, porodičnog i radnog prava i koja su prihvaćena od strane velikog broja zemalja. Jedna od njih je **KONVENCIJA UN O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE** usvojena u Beču 1980. godine koju je do oktobra ratifikovalo 77 zemalja. Takođe, od posebnog značaja je i osnivanje UNICITRAL-a (UN Commision for International Trade Law- komisija UN za međunarodno trgovačko pravo, čiji je zadatak da koordinira postojeće i pokreće nove inicijative za stavljanje jedinstvenih, univerzalnih pravila međunarodnog trgovačkog prava.

Direktno regulisanje unutrašnjim propisima- Neki odnosi i pitanja koja se javljaju usled pojave elementa inostranosti regulišu se direktno, normama domaćeg prava. Neki od domaćih propisa vezani za sprava stranaca su:

Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa čl 82. stranci mogu sticati pravo svojine kao i domaća lica i čl. 82b stranci mogu sticati svojinu nasleđem pod uslovima reciprociteta. (prepričano)

Ove kao i brojne druge norme domaćeg prava ne zadovoljavaju se ukazivanjem namerodavno pravo, već same postavljaju određena pravila ponašanja kojima se na neposredan – direktan način uređuju odnosi sa elementom inostranosti. Unutar MPP-a takva direktna regulativa je karakteristična za oblast privatnih prava stranaca. Takođe, direktnu regulativu nalazimo i u građanskoprocesnim odnosima sa elementom inostranosti član 90. stav 2. ZMPP-a:

„Sud će zastati sa priznanjem strane sudske odluke ako je pred sudom Savezne Republike Jugoslavije u toku ranije pokrenuta parnica u istoj pravnoj stvari i među istim strankama, i to do pravnosnažnog okončanja te parnice“.

Na prvi pogled one su bliže normama koje posredno regulišu privatnopravne odnose sa elementom inostranosti, dok sa druge strane ako ih posmatramo u relaciji prema pitanju na koje odgovor daju, vidimo da ona čine više od ukazivanja na izvor odgovora.

INDIREKTAN NAČIN- ovaj način po nekim shvatanjima predstavlja jedini način koji spada pod mpp. Suština indirektonog načina regulisanja je u odabiru merodavnih pravila za rešavanje spornog odnosa. Kolizione norme su osnovni instrument.

NPR: Zakon o menici (čl. 94 i 96) i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (1048).

ZMPP član 21:

„Za ugovore koji se odnose na nepokretnosti isključivo je merodavno pravo države na čijoj se teritoriji nalazi nepokretnost“.

Iz svega napred navedenog dolazimo do zaključka da kolizione norme ne daju automatski konačan pravni odnos već samo upućuju na merodavno pravo po kojem će se ta sporna pitanja raspraviti, odnosno lokacijom činjeničnog stanja se stvaraju uslovi za njegovo nastajanje.. Upravo na takav način one rešavaju višak problema i otvaraju mogućnosti da se sporni odnos razmoti u svetlosti jednog nacionalnog prava.

4. Izvori MPP-a i njihova hijerarhija

OPŠTI POGLED NA IZVORE MPP-A

Unutrašnji izvori MPP-a u pojedinim državama

Osnovni izvor mpp-a u svim zemljama su zakoni (sa izuzetkom onih u kojima ne važi precedentno pravo). U nekim zemljama postoje posebni zakoni u kojima su- ako ne u potpunosti onda najvećim delom- sadržana pravila iz oblasti MPP-a. (Albanija, Andora, Austrija, Belgija, BIH, Tajland, Japan, Južna Koreja, Kuvajt....). U drugim zemljama propisi iz oblasti mpp-a nalaze se u razni zakonima, uglavnom uz materijalnopravne (supstancijalne) propise. U ovu grupu zemalja bi se mogle izdvojiti kao podgrupa one države koje u jednom zakoniku koncentrišu najveći deo normi iz oblasti MPP-a. (Grčka, Egipat, Brazil, Francuska, Jordan...).

Kada govorimo i Ujedinjenom Kraljevstvu i SAD, njihov dugogodišnji izvor bila je samo sudska praksa, međutim i to se postepeno menja. 2000 godine u jednom časopisu navedeno je da su glavni izvori u Engleskoj zakoni, sudske odluke i doktrina. MPP se postepeno menja putem zakona koji u pravni sistem implementiraju međunarodne konvencije. Poslednjih nekoliko decenija jasno je obeleženo zakonskim intervencijama u ovoj oblasti, koje su označene kao creeping codification, za razliku od sveobuhvatnih kodifikatorskih poduhvata u kontinentalnim pravnim sistemima.

Pravno uređenje SAD je prvenstveno u zakonodavnoj vlasti pojedinih država članica. Pravila sukoba zakona u SAD se ne razlikuju u zavisnosti od toga da li se odnose na situacije sa elementom inostranosti ili na situacije koje se vezuju za pojedinu državu unutar SAD. Rešenja se primenjuju putem analogije i na odnose sa elementom inostranosti, izuzev u slučajevima koji su regulisani federalnim pravom ili međunarodnim ugovorima.

Multilateralne konvencije kao izvori i kao način unifikacije mpp-a

Jedan od prvih zagovornika ove ideje bio je Paskavele Stanislao Mančini koji je 1874 Institutu za mpp podneo izveštaj pod sledećim nazivom *„Korisnost obavezivanja svih država putem jedne ili više međunarodnih konvencija određenim brojem generalnih pravila međunarodnog privatnog prava, a radi obezbeđivanja uniformnih odluka, povodom sukoba između različitih građanskih i krivičnih zakonodavstava“*. Sam Mančini je pozvao inostrane vlade da zaključuju multilateralne konvencije, a inicijativu je ponovo pokrenuo holandski pravnik Asser te je Vlada Holandije uputila poziv državama za učešće na Konferenciju posvećenu regulisanju različitih pitanja mpp-a, koja je održana u Hagu 12. i 27 septembra 1893. Taj datum se uzima za datum osnivanja Haške konferencije za mpp.

ba) Aktivnost Haške konferencije za mpp na unifikaciji pravila mpp

Do 1951. godine održane su 4 međudržavne konferencije i usvojeno je 6 konvencija. Usvojen je Statut Haške konferencije za mpp, koji je stupio na snagu 1955. godine. Povodom 100 godina osnivanja Haške konferencije za mpp 1993 usvojena je Rezolucija kojom se potvrđuje cilj Konferencije.

Delatnost Konferencije se sastoji u pripremi tekstova multilateralnih konvencija koje su namenjene potpisivanju i ratifikaciji od država koje su članice Statuta, ali i onih koje to nisu. Početak XX veka bio je obeležen izradom konvencija iz oblasti porodičnog prava. Međutim najveći uspeh u drugoj fazi je postigla Konvencija o sukobima zakona u pogledu oblika testamentalnih odredaba iz 1961. godine. Treću fazu karakteriše veliki uspeh određenih konvencija koje sadrže originalna rešenja. (Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980. godine).

bb) Regionalne multilateralne konvencije kao unifikacije mpp-a

Multilateralne konvencije koje su na snazi među državama Evrope vezuje se za aktivnost nordijskih država, Međunarodne komisije za građanska stanja (CIEC) i za delatnost Saveta Evrope i Evropske zajednice.

Američke države - Inicijativa za razvoj mpp-a putem multilateralnih konvencija u američkim državama pokrenuta je 1878. godine u Limi gde je usvojen *Ugovor o ustanovljavanju jednoobraznih pravila mpp-a*, koji je kao osnovni princip prihvatio pravo državljanstva. Ugovor o međunarodnom građanskom pravu je kao osnovni prihvatio princip domicila, uvažavajući činjenicu da su sve zemlje kontinenta pretežno imigrantske. Nakon toga je usledila i Prva međunarodna konferencija američkih država u Vašingtonu, je jesen 1889. godine na kojoj su učestvovalе sve američke države izuzev Kube, Paname i Santa Dominga, kojom prilikom je i osnovana Panamerička unifikacija, kao prethodnica Organizacije američkih država (OAS), upravo na ovoj konferenciji postignut je sporazum o izradi jednoobraznih pravila mpp-a u oblasti građanskog i trgovačkog prava, kao i legalizaciji isprava. Na šestoj konferenciji održanoj u Havani 28. februara. 1928. godine usvojena je Konvencija o mpp poznata kao Kodeks Bustamante.

1939-1940. godine održana je Konferencija na kojoj je doneto osam konvencija i jedan dodatni protokol kojim su regulisana brojna pitanja.

Kada je 1948. godine u Bogoti usvojena je OAS, aktivnost na razvoju i unifikaciji međunarodnog javnog i privatnog prava i unifikaciji zakonodavstva različitih američkih država dobila je nov podsticaj. **Na prvoj konferenciji** (Panama City 1975) usvojeno je šest konvencija. **Na drugoj** (Montevideo 1979) osam konvencija. **Na trećoj** (La Paz 1984) donete su konvencije o statusu i sposobnosti pravnih lica i mpp-u, o merodavnom pravu usvajanja maloletnih lica, o međunarodnoj nadležnosti kao uslovu priznanja i izvršenja stranih odluka i dodatni protokol o izvođenju dokaza u inostranstvu. **Na četvrtoj** (Montevideo 1989) usvojene su konvencije o međunarodnom povratku dece, o obavezi izdržavanja, o međunarodnom transportu robe. **Peta konvencija** (Mexico City 1994) – konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovore sa elementom inostranosti i o međ. trgovini decom. **Na šestoj** (Washington DC 2002) – Konvencija o merodavnom pravu i o međunarodnoj nadležnosti u svim stavrima vanugovorne odgovornosti i građanskim stvarima.

Nordijske države- Danska, Finska, Island, Norveška i Švedska- vezane su konvencijama koje se odnose na brak, usvojenje i starateljstvo iz 1931. godine, sa izmenama i dopunama iz 1953. godine, o naplaćivanju alimentacionih obaveza iz 1931 i 1962 godine, o priznavanju i izvršenju odluka u građanskim stvarima 1932 godina, o stečaju iz 1933. godine, o nasleđivanju, testamentu i ostavinskom postupku iz 1934. godine.

Međunarodna komisija za građansko stanje (CIEC) – Osnovana je 1948. u Amsterdamu sa ciljem da se izrade konvencije koje će omogućiti i/ili olakšati uređenje statusa državljanina jedne države u drugoj državi. Komisija je uspostavljena kao međuvladina međunarodna organizacija i priznata razmenom nota između Belgije, Francuske, Holandije, Luksemburga i Švajcarske u decembru 1949. godine. Protokol je usvojen 1950. godine u Bernu, a njegove izmene 1952. u Luksemburgu. U radu su učestvuju 17 država članica i do sada su uvojene 32. konvencije.

Savet Evrope- međunarodna organizacija osnovana 1949. godine u Strazburu. Njegov glavni zadatak jeste jačanje demokratije, ljudskih prava i pravne države u državama članicama. U okviru Saveta Evrope odvija se rad na unifikaciji privatnog i trgovačkog prava (npr: Evropska konvencija o ostvarivanju prava dece 1996, E k. o osnivanju kompanija 1996..). U ovoj oblasti mpp-a naročit značaj imaju konvencije: 1968-E.k. o obaveštenju o stranom pravu (sa dodatnim protokolom iz 1978), 1971- E.k. o oslobođanju od legalizacije isprava koje izdaju diplomatski ili konzularni predstavnici, 2006. Konvencija o izbegavanu apatridije u slučaju sukcesije država.

Međunarodno privatno pravo Evropske unije

Prva faza je bila faza međudržavne koordinacije i trajala je od osnivanja Evropske ekonomske zajednice 1957. godine do stupanja na snagu Mastrihtskog ugovora i uspostavljanju Evropske unije 1993. godine. Unifikacija se obavljala putem zaključivanja međunarodnih ugovora (instrumentima međunarodnog javnog prava) kojim su samo mogle da pristupe države članice EEZ. Rezultat ove faze su bila dva međ. ugovora:

- **Briselska konvencija o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968. godine** (veoma uspešna, ostvaren je veliki uticaj na Evropsku asocijaciju slobodne trgovine, usvojena Luganska konvencija 1988, revidirana 2007.)

- **Rimska konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovore iz 1980. godine.**

Druga faza je faza pojačane međudržavne saradnje. Započinje stupanjem na snagu Ugovora o EU 1993. godine i traje do Amsterdamskog ugovora 1999. godine. Unifikacija se i dalje obavljala instrumentima međunarodnog javnog prava, ali je obaveza saradnje država bila jača nego što je bila prema Rimskom ugovoru.

- **Konvencija o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1997. godine**

- **Konvencija o nadležnosti, o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima iz 1998. godine.**

Obe konvencije nisu ratifikovane pre stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora.

Treća faza je faza komunitarizacije koja je započela sklapanjem Amsterdamskog ugovora iz 1997. godine koji je stupio na snagu 1. maja 1999. godine. Ovaj ugovore je modifikovao odredbe ugovora ostalog Ugovora o EU, Ugovora o osnivanju EZ, Ugovora o osnivanju EZ za uglj i čelik, Ugovora o osnivanju EZ za atomsku energiju, kao i akt koji se odnosi na izbore za Evropski parlament. Za dalju unifikaciju mpp-a EU nadležan je Savet Evrope EU. Nosioi unifikacije više nisu države članice već organi Evropske zajednice (danas EU).

Promena koju je doneo Amsterdamski ugovor omogućila je da se pristupi reviziji izvora mpp-a EU koji su do tada bili sadržani u multilateralnim konvencijama. Te je u izmenjenom obliku Briselska konvencija stupila na snagu kao Regulativa 44/2001 (Brisel I Regulativa),. Usvojena je i Brisel II Regulativa saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka o bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera. Treća faza je dala značajne rezultate i to :

- u oblasti kolizionih normi (**Regulativa 593/2008- tkz. Rim I regulativa**),
- kao i kolizionih normi u oblastivanugovorne odgovornosti (**Regulativa 846/2007 – tkz. Rim II Regulativa, usvojena 11. jula 2007. godine, stupila 2009.**)
- 20. decembra 2010. usvojena je Regulativa o uspostavljanju unapredene saradnje u oblasti prava merodavnog za razvod braka i pravnu rastavu (**tkz. Rim III Regulativa**) primenjuje se od 21. juna 2012. godine

IZVORI MPP-A SRBIJE

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u doređenim odnosima 1982. godine, čije naziv je promenjen u **Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja 1996. godine.**

Donošenje **ZMPP** je stupio na snagu 1. januara 1983. godine i njime je RS ušla u uži krug zemalja kojima je mpp relativno potpuno kodifikovano.

Ustav kao izvor MPP-a RS

Ustav može regulisati pitanja mpp na posredan ili neposredan način. Malobrojna su pravila koja regulisu ustavne odredbe na neposredan način, pošto Ustav svake države postavlja samo osnovna načela i norme državnog, društvenog, ekonomskog uređenja i položaja pojedinca. U prvom redu to bi bila odredba čl. 95 Ustava kojom se ustanovljava nadležnost RS u oblasti prelaska granice i kontrole prometa robe, usluga i putničkog saobraćaja preko granice, položaj stranaca i pravnih lica. Pored ovog člana Ustava to su i: član 17, član 85 i 84.

I kada ne pružaju neposredno međunarodno-privatnopravna rešenja, ustavna načela i norme mogu posredno da opredele stavove koji se zauzimaju i koji će se zauzimati u pozitivnim propisima.

Ustav je posredan izvor MPPa I time sto je sadrzina pojedinih instituta MPPa opredeljena sadrzajem ustavnih normi.

Zakoni (osim ZMPP) i podzakonski akti kao izvori MPP-a u RS

I nakon donošenja ZMPP, veći broj zakona, pa i neki podzakonski akti ostali su značajan izvor MPPa. Naime, ZMPP nije mnogo dirao u postojeće (nepotpune i malobrojne norme pozitivnog MPP-a), već ih je samo dopunio. Te dopune predstavljaju okosnicu i pretežni deo našeg MPP-a.

Najvažniji pozitivni propisi koji su izvor normi o određivanju merodavnog prava (kolizionih normi):

- Zakon o menici 1946,
- Zakon o čeku 1946,
- Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi 1998,
- Zakon o pomorskoj plovidbi 2011,

- Zakon o obligacionim i osnovama svojinskopравnih odnosa u vazdušnom saobraćaju 1998.

Najvažniji propisi koji su izvor normi o pravima stranaca da stupaju u građanskopravne, porodičnopravne, radnopravne, privrednopravne odnose u Srbiji. (ovde cu da navedem 6 zakona, dok u knjizi više).

- Zakon o autorskim i srodnim pravima 2009,
- Zakon o strancima,
- Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa 1980, dopune 1990, 1996 i 2005. godine,
- Zakon o državljanstvu RS 2004,
- Zakon o patentima 2004,
- Uredba o zastupanju stranih lica u Srbiji (Jugoslaviji) iz 1992, sa poslednjim izmenama i dopunama iz 2001. godine. (ima ih još, knjiga 66 strana)

Najvažniji propisi koji su izvor normi o građanskoprocесnim odnosima sa elementom inostranosti:

- Zakon o parničnom postupku 2011,
- Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2011
- Zakon o stečaju 2009,
- Zakon o arbitraži 2006,
- Pravilnik o spoljnotrgovniškoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije iz 2007. godine.

Najvažniji propisi koji su izvor normi o pravima domaćih državljana da stupaju u građanskopravne odnose, porodičnopravne, radnopravne sa elementom inostranosti:

- Zakon o zaštiti građana Republike Srbije (SRJ) na radu u inostranstvu 1998,
- Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine,
- Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2009. godine.

Medjunarodni ugovori kao izvor MPPa u Republici Srbiji

Bilateralne konvencije kao i multilateralne predstavljaju značajan izvor MPPa u Srbiji.

Opšteprihvacena pravila mpp-a i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom.

Multilateralne konvencije

Srbija je primljena u UN 1. novembra 2000. godine. UN su pozvale Srbiju da se izjasni da li želi da nasledi SFRJ u međunarodnim ugovorima čiji su UN depozitar. Srbija je dala izjavu o sukcesiji 12. marta 2001. godine. U publikaciji UNCITRAL-a koja obaveštava o međunarodnim konvencijama navodi se da je SRJ pristupila Njujorškoj konvenciji o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka, Bečkoj konvenciji o međunarodnoj kupoprodaji i drugim relevantnim konvencijama 12. marta 2001. godine, a da one važe u odnosu na SRJ od 27. aprila 1992. godine.

Srbija je ratifikovala sledeće konvencije

- Konvenciju o građanskom sudskom postupku iz 1905,
- Konvenciju o građanskom sudskom postupku iz 1954,

- Konvenciju o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima iz 1980,
- Konvenciju o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava 1961,
- Konvenciju o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980. (ima još u knjizi, strana 68.)

Srbija je ratifikovala i Amandmane na Statut Haške konferencije za mpp i prečišćeni tekst Statuta Haške konferencije za mpp koji su usvojeni 2005. godine. Putem ovih amandmana omogućeno je da, osim država, i regionalne međunarodne organizacije za ekonomsku integraciju postanu države članice Haške konferencije. Izvori prava u Srbiji čine multilateralne konvencije koje imaju značaja u oblasti statusa fizičkih i pravnih lica, a koje neposredno ili posredno utiču na rešavanje pitanja mpp karaktera :

- Konvencija o privilegijama i imunitetima UN iz 1946,
- Njujorska konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu iz 1956,
- Bečka konvencija o diplomatskim odnosima 1961,
- Bečka konvencija o konzularnim odnosima 1963,
- Evropska konvencija o obaveštenjima o stranom pravu iz 1968,
- Konvencija o pravima deteta iz 1989. godine (ima ih još u knjizi, strana 69.)

Izvor MPPa u Srbiji su i najvažnije međunarodne konvencije koje se odnose na međunarodnu trgovinu:

- Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923,
- Ženevska konvencija o izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1927,
- Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961,
- Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1958,
- Vašingtonska konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. godine.

Konvencije koje se odnose na menicu, oblast ugovora sa elementom inostranosti i vanugovorne odgovornosti za štetu:

- Jednoobrazni zakon o menici, Konvencija o taksama i Konvencija o sukobu zakona u materiji menice iz 1930,
- Bečka konvencija o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete iz 1963,
- Bečka konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980,
- Konvencija o odgovornosti hotelijera u vezi sa imovinom njihovih gostiju iz 1962. godine. (ima još u knjizi, strana 70.)

Konvencije koje se odnose na autorsko pravo, industrijsku svojinu, međunarodni vazdušni, železnički, pomorski i drumski saobraćaj:

- Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu robe drumom 1965
- Konvencija o evropskom patentu,
- Svetska konvencija o autorskom pravu,
- Bernska konvencija o zaštiti književnih i umetničkih dela iz 1886. (ima još u knjizi, strana 71-72.)

Bilateralne konvencije

Zaključivanje bilateralnih konvencija kojima se uređuju pitanja od interesa za odnose između dve države predstavljaju rasprostranjenu praksu u međunarodnim odnosima. Imajući u vidu međunarodnopravni status Srbije (SFRJ) kao i činjenicu da je Bečka konvencija o sukcesiji država u odnosu na ugovore zaključena 23. avgusta 1978. godine koju je Srbija ratifikovala 28. aprila 1980. godine, stupila na snagu 6. novembra 1996. godine, a na koju treba primeniti odredbe koje glase:

Dvostrani ugovor koji je na dan sukcesije bio na snazi u pogledu teritorije na koju se odnosi sukcesija države smatra se da je na snazi između države koja je stekla nezavisnost i druge države članice:

- a) ako su se one o tome izričito sporazumele;*
- b) ako na osnovu njihovog ponašanja smatra da su se o tome sporazumele.*

Ugovor koji se smatra da je na snazi primenjuje se između države koja je stekla nezavisnost i druge države članice počev od dana sukcesije države osim ako iz njihovog sporazuma ne proistekne druga namera ili ako ta namera ne bude drugačije ustanovljena.

Iz ovih odredaba slede dva zaključka, da u pogledu bilateralnih ugovora važi princip diskontinuiteta, koji znači neprelaznost prava i obaveza u slučaju sukcesije. Zatim, da strane ne moraju zaključiti izričiti sporazum o prelazu prava i obaveza, već da se postojanje i primena određenog ugovora može produžiti i konkludentnim radnjama.

HIJERARHIJA IZVORA MPP-A, ODNOSNO SUKOB RAZLIČITIH IZVORA, KAO I PITANJE PRAZNINA U MPP-U

Sukob različitih izvora MPP-a, odnosno hijerarhija izvora MPP-a

Mogućnost pojavljivanja sukoba različitih izvora MPP-a vezuje se za dve osnovne situacije:

- a) Sukob između međunarodnih ugovora i unutrašnjih izvora*
- b) Sukob između različitih unutrašnjih izvora mpp-a koji regulišu isto pitanje*

a) Sukob između međunarodnih ugovora i unutrašnjih izvora

Prva norma koja služi kao osnov primeni međunarodnih ugovora u okviru pravnog poretka Srbije je član 194. Ustava:

„Pravni poredak Republike Srbije je jedinstven.

Ustav je najviši pravni akt Republike Srbije.

Svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom.

Potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo su pravnog poretka Republike Srbije. Potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom.

Zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.“

Medjunarodni ugovori (bilateralni/multilateralni) koji postaju deo unutrašnjeg prava posle njihove ratifikacije i imaju primat nad normama unutrašnjeg prava. Sudovi su dužni da međunarodne ugovore i opšteprihvaćena pravna pravila međunarodnog prava primenjuju neporedno. Ovo važi, naravno, za one ugovore koji sadrže tzv. „samoizvršive“ norme, norme podobne za neposrednu primenu.

Eventualnu kontrolu usklađenosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom i usklađenosti izvora unutrašnjeg prava sa međunarodnih ugovorima vrši **Ustavni sud**.

Zakonodavac je jos prilikom donošenja ZMPP odredio da je u hijerarhiji izvora mesto ZMPP ispod medjunarodnih ugovora.

Ukoliko isto pitanje regulišu dva međunarodna ugovora, odgovor se mora tražiti u normama koje određuju domašaj primene ugovora, kao i odgovarajućom primenom klasičnih principa:

- Lex posterior derogat priori - Kasnije doneseni zakon poništava pređašnji
- Lex specialis derogat legi generali- Zakon kojim se uređuje određena tema jači je od zakona koji reguliše samo opšta pitanja
- princip maksimalne efikansosti
- princip najpovoljnijeg prava-primena odredba onog ugovora koji s obzirom na cilj obezbeđuje najpovoljnije rešenje (npr: favorizovanje interesa maloletnika).

Sukob izmedju različitih unutrašnjih izvora mpp-a koji regulišu isto pitanje

Ovo pitanje se postavlja u situacijama kada unutar istog pravnog poretka, postoji više različitih izvora kojima se reguliše isto pitanje mpp-a. Član 3. ZMPP-a:

„Odredbe ovog zakona ne primenjuju se na odnose iz člana 1. ovog zakona ako su regulisani drugim saveznim zakonom ili međunarodnim ugovorima.“

Dakle, ovakav stav se zasniva na pravilu lex specialis derogat legi generali. Što znači da pri traženju rešenja prvo treba pogledati ima li rešenja u **bilateralnoj konvenciji**, ukoliko nemamo odgovarajuću bilateralnu konvenciju, treba pogledati u **multilateralnoj**, pa ako nema onda se primenjuju norme **unutrašnjeg zakona** i to prvo norme specijalnog, pa tek potom **ZMPP**.

Pravne praznine u MPP-u

Ukoliko nijedan izvor po hijerarhijskoj lestvivi ne propisuje rešenje za međunarodnoprivatni problem reč je o pravnoj praznini. ZMPP takvu situaciju objašnjava u članu 2:

„Ako u ovom zakonu nema odredbe o pravu merodavnom za neki odnos iz člana 1. stav 1. ovog zakona, shodno se primenjuju odredbe i načela ovog zakona, načela pravnog poretka Savezne Republike Jugoslavije i načela međunarodnog privatnog prava.“

Eventualne pravne praznine koje se mogu pojaviti u toku primene ZMPP imaju se prevazići tako što će organ koji primenjuje pravo imati zadatak da pronadje rešenja shodnom primenom:

- odredaba i načela ZMPP-a,
- načela pravnog poretka Srbije,

- načela MPPa.

Postavlja se pitanje: *da li redosled nabiranja u zakonu konstituise istovremeno i hijerarhiju u njihovoj primeni ili se oni primenjuju bez obzira na redosled?*

Po užem shvatanju (Bosinić) organ koji primenjuje pravo vezan je redosledom iz zakona, te ih mora primenjivati supsidijarno.

Po širem shvatanju (Katičić) organ koji primenjuje pravo nije vezan redosledom koji je naveden u zakonu, jer je pri nabiranju upotrebljen veznik „I“, a ne „odnosno“.

5. Kolizione norme

Koliziona norma je pravno pravilo kojim se određuje merodavno pravo domaće ili strane zemlje za regulisanje građanskopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Suština kolizione norme je da utvrdi koje će pravo biti merodavno.

Npr: Državljanin Srbije koji radi u Kanadi, oženi se Francuskinjom koja živi u Kanadi od detinjstva, pa je sledstveno tome i državljanka Kanade. Jedna od posledica braka je i to što sada on dobija i dodatno kanadsko državljanstvo. Posle dve godine dobiju sina. Nakon toga, suprug (državljanin Srbije i Kanade) dobija posao u SAD. Odlaze tamo uz dogovor da će se vratiti u Kanadu za tri godine. Posle tri godine, suprug dobija priliku za novi posao u Istonoj Evropi koji uključuje i preseljenje te se on ne vraća u Kanadu. Supruga odlazi u Francusku, tamo se zaposli i tamo podnosi tužbu za razvod braka, traži da joj se dodeli dete i traži izdržavanje. Francuski sud će da odluči o svemu tome ali postavlja se pitanje po kojem pravu - francuskom, kanadskom, ili srpskom?

Ovaj problem, kolizione norme rešavaju tako što među brojnim kontaktima koje pravni odnos ima sa pojedinim zemljama izaberu jedan kao odlučujući i na taj način upute postupajući organ na merodavno pravo.

SUŠTINA KOLIZIONIH NORMI

Osnovni zadatak kolizionih normi jeste da utvrde koje pravo će biti merodavno. Ovu dilemu kolizione norme rešavaju na taj način što među brojnim kontaktima koje pravni odnos ima sa pojedinim zemljama izaberu kao najrelevantniji, odlučujući- i na taj način upute postupajući organ na merodavno pravo. Ovaj izbor čini zakonodavac na primer uzećemokupoprodajni ugovor, ili još uže odgovornost prodavca, ili možda zastarelost, u konkretnom slučaju zakonodavac će uzeti u obzir sve zamislive načine vezivanja te kategorije za razne države i izdvićiće jedno vezivanje kao opredeljujuće.

Francuski (ili srpski) sud u skladu sa ovim postavlja sebi pitanje koje pravo će biti merodavno za razvod braka srpskog/kanadskog državljanina i francuske/kanadske državljanke, kao i za poverenje deteta koje ima kanadsko državljanstvo na čuvanje ili vaspitanje njihovog deteta, imajući u vidu i to da se oni u vreme postupka ne nalaze u istoj državi (pitanje je: koje pravo u konkretnom slučaju treba primeniti). Prema Saviniju, svaki pravni odnos ima svoje težište (sedište) koje izražava prirodu odnosa i koje ga vezuje za određeno pravo, bez obzira na to da li je domaće ili strano. Sedište pravnog odnosa se identifikuje putem elementa koji se smatra najkarakterističnijim za prirodu određenog odnosa i koji je podoban za lokaciju odnosa.

Zakonodavac svake pojedine države na osnovu merila pravne politike, koja odgovaraju njegovim stavovima i interesima, donosi odluku o tome koje je vezivanje težišno za jedan činjenični skup, jednu kategoriju i time postavlja kolizionu normu.

S tim u vezi, ako je po shvatanju zakonodavca pri razvodu braka državljanstvo bračnih partnera najvažnija zamisliva veza, srpski sud će primeniti (i tu se postavlja dodatna dilema) pravo Kanade (jer oboje imaju državljanstvo Kanade), ili pravo Srbije (muž ima državljanstvo Srbije), ili pravo Srbije i Francuske (jer žena ima državljanstvo Francuske). Ako zakonodavac smatra da u slučaju različitog državljanstva bračnih partnera najvažniju vezu predstavlja poslednji zajednički domicil, sud će primeniti pravo Kanade.

STRUKTURA KOLIZIONIH NORMI

Svaka pravna norma sastoji se od opisa činjenica na koje se primenjuje norma i od posledice koju norma pripisuje tim činjenicama u obliku obaveznog pravila ponašanja. Opis činjeničnog stanja predstavlja hipotezu, a posledica sankciju.

Kolizione norme imaju dva osnovna elementa:

- u njima se prvo imenuje jedna pravna kategorija pod koju se podvodi konkretno pravno pitanje,
- a zatim sadrže tačku vezivanja, izdvajanje jedne odlučujuće veze koja će u konkretnom slučaju odvesti do merodavnog prava.

Ako kolizionna norma glasi: Za pravnu i poslovnu sposobnost fizičkog lica merodavno je pravo države čiji je on državljanin, **pravna kategorija** je pravna i poslovna sposobnost fizičkog lica, a **tačka vezivanja** je državljanstvo. NPR: pred našim sudom se postavi pitanje: *važi li usmeni ugovor o kupoprodaji automobila koji su holandski prodavac i francuski kupac zaključili u Nišu?*

Na ovo pitanje odgovor je jednostavan problem će se podvesti pod pravnu kategoriju koju imenuje ova kolizionna norma (oblik (forma) pravnog posla), a njena tačka vezivanja (mesto zaključenja) utvrdiće da je merodavno domaće, odnosno srpsko pravo.

Pravna kategorija i tačka vezivanja zajedno čine dispoziciju, odnosno **naredbu postupajućem organu kako da odredi merodavno pravo.**

PRAVNA KATEGORIJA

Pravna kategorija može da bude jedan pravni institut, jedan tip pravnog odnosa ili jedno pravno pitanje u vezi sa nekim pranim odnosom ili institutom.

Idealno bi bilo da se svaki problem za koji se traži merodavno pravo može podvesti pod pravnu kategoriju neke kolizionne norme. Do donošenja Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (zakon o međunarodnom privatnom pravu) situacija je bila dosta daleko od idealne, jer je u kolizionom pravu bivše Jugoslavije bilo dosta praznina. Donošenjem ZMPP situacija se dosta popravila, u slučaju praznina koriste se instrumenti koji služe za prevazilaženje praznina u pravu uopšte: analogija i ekstenzivno tumačenje. ZMPP kao pomoćne izvore predviđa korišćenje pravnih načela i to načela ZMPP, načela pravnog poretka SRJ/Srbije i načela međunarodnog privatnog prava.

Pravne kategorije koje čine element kolizionih normi veoma su različite. Kao pravna kategorija kolizione norme može biti izdvojen ceo pravni institut (svojina, ugovor) ili čak, grana prava (porodični odnosi), a mogu da se koriste i znatno uže kategorije. Odabiranjem užih kategorija povećava se broj kolizionih normi, a ujedno se stvaraju uslovi da se one prilagode karakteristikama određenih tipova problema, da budu više nijansirane, elastičnije, odnosno bliže stvarnim problemima.

TAČKA VEZIVANJA

Tačka vezivanja je onaj element kroz koji se neposredno ostvaruje dejstvo kolizione norme: u njoj se tačkom vezivanja izdvaja jedan od mogućih oblika vezivanja da bi postao opredeljujući.

Tačka vezivanja neposredno određuje pravo koje države treba da se primeni kao merodavno, ali sama koliziona norma samo posredno reguliše konkretan odnos, problem. Postoje tačke vezivanja koje su u uporednom pravu postale tipične za pojedine pravne domene.

Za statusne i porodične odnose to su:

- *lex nationalis (ili lex patriae) – zakon državljanstva*
- *lex domicilii – zakon domicila.*

Za stvarnopravne odnose najtipičnija tačka vezivanja je:

- *lex rei sitae – zakon mesta nalaženja stvari.*

Za ugovorne odnose najšire se koriste:

- *lex loci contractus – zakon mesta zaključenja ugovora,*
- *lex loci solutionis – zakon mesta izvršenja*
- *lex loci venditoris - zakon mesta prodavca,*
- *princip najtešnje povezanosti (princip najbliže veze),*
- *lex voluntatis (autonomija volje).*

Za građanskopravne delikte najčešće se koristi:

- *lex loci eliciti commissi – zakon mesta izvršenja delikta.*

U pogledu forme pravnih poslova tipično je rešenje:

- *locus regit actum – mesto gde je pravni posao preuzet.*

U raznim situacijama često se kao tačka vezivanja koristi:

- *lex fori – zakon suda, odnosno organa koji postupa u određenom slučaju.*

Tačke vezivanja su zapravo oni elementi u kojima zakonodavac vidi odlučujuću vezu i koji nas vode do jednog zakona, tačnije prava. Tačke vezivanja možemo klasifikovati prema nekoliko kriterijuma.

Prema kriterijumu ovlašćenja, odnosno kakvo upustvo daje organu koji primenjuje koalizionu normu tačke vezivanja delimo na *neposredno vezujuće i okvirne.*

Neposredno vezujuće su one tačke vezivanja kod kojih je zakonodavac sam izvršio vrednovanje mogućih oblika povezanosti jedne pravne kategorije sa raznim suverenitetima i izabrao je jednu vezu koja će nas neposredno povezati sa merodavnim pravom. Ovakve tačke vezivanja se u teoriji **nazivaju čvrste i brze**. Organ ima jedino zadatak da podvede konkretnu činjenicu pod tačku vezivanja i primeni tako određeno merodavno pravo.

*Npr: Ako se u pogledu poslovne sposobnosti predviđa **lex nationalis** kao tačka vezivanja, ona će nas neposredno povezati sa merodavnim pravom (pravom države čiji je državljanin lice u pitanju).*

Okvirne su one tačke vezivanja kod kojih je ovo vrednovanje bitnim delom prepušteno sudiji. Zakonodavac samo postava određene okvire i smernice. Takva je tačka vezivanja „princip najtešnje povezanosti“ koji daje samo okvirno uputstvo sudiji da izabere kao merodavno pravo ono koje je najtešnje povezano sa datim odnosom. Iz apstraktnosti ovih tačaka vezivanja proizilazi da one mogu da ukažu na merodavnost prava bilo koje države, a iz neutralnosti proizilazi da su indiferentne po pitanju sadržaja merodavnog prava i pravednosti rezultata koji primena merodavnog prava daje. Najnoviji razvoj merodavnog prava ide ka daljem učvršćivanju ovog principa putem uvođenja tkz. **klausule izuzetka**. Kako bi lakše razumeli ovu klauzulu uzećemo primer Saveznog zakona o mpp Švajcarske iz 87.

„prvo određeno na osnovu ovog zakona izuzetno se neće primenjivati, ukoliko je s obzirom na okolnosti očigledno da spor ima vrlo slabu vezu sa tim pravom i da se nalazi u mnogo tešnjem odnosu sa nekim drugim pravom.“

Napred navedeno predstavlja **generalnu klauzulu**. Osim generalne, zakonodavac može i upotrebiti i **posebnu klauzulu izuzetka**. NPR: kao što smo rekli za građanskopravne delikte tačka vezivanja je *lex loci delicti commissi* – zakon mesta izvršenja delikta. Međutim, šta ako svi akteri štetnog događaja imaju državljanstvo jedne države, a nesreća se dogodila u drugoj državi, u kojoj su oni samo na putovanju. Austrijski odgovor bi vodio **otvorenoj posebnoj klauzuli izuzetka**-ovlašćenje suda je podjednako široko kao kod generalne, dok Mađarsko pravo koristi **zatvorenu posebnu klauzulu izuzetka**, kojom se sudiji nalaže ne samo kada već i tačno u kom smeru da odstupi ako su štetnik i oštećeni iz iste zemlje primeniće se pravo zajedničkog državljanstva.

Proste tačke vezivanja su one koje nas vode do jednog merodavnog prava, sledeći bilo striktna, bilo okvirna zakonodavna uputstva. Ako se ugovorni odnos ceni po *lex loci contractus*, ta tačka vezivanja nas vodi do jednog prava, do prava države u kojoj je ugovor zaključen.

Kompleksne su one tačke vezivanja - unutar iste koalicione norme- koje nas vode do više merodavnih prava. Ako koaliciona norma glasi: *za materijalne uslove zakućenja braka merodavno je pravo države budućih bračnih partnera i lex fori, ona nas može odvesti i do tri prava* (ako verenik i verenica imaju različito državljanstvo, a brak zaključe u trećoj državi). U ovom slučaju dolazi do kumulativne primene više prava. Da bi se brak mogao zaključiti neophodno je zadovoljiti zahteve koje postavljaju jedno, drugo i treće pravo.

Kompleksna tačka vezivanja može da bude postavljena:

- *alternativno i*
- *supsidijarno.*

Na primer: ako koaliciona norma glasi: U pogledu forme ugovora merodavno je bilo pravo mesto zaključenja, bilo pravo koje je merodavno za sadržaj ugovora, tačka vezivanja je kompleksna, jer za istu pravnu kategoriju propisuje mogućnost primene prava dve različite države, ali i **alternativna**, zato što će se primeniti samo pravo jedne od država.

Testament je punovažan u pogledu oblika ako je punovažan po jednom od sledećih prava (čl: 1, st. 31. ZMPP)

- *po pravu mesta gde je sastavljen,*
- *po pravu države čiji je državljanin bio zaveštalcem bilo u vreme raspolaganja testamentom, bilo u vreme smrti,*
- *po pravu zaveštaočevog prebivališta bilo u vreme raspolaganja testamentom, bilo u vreme smrti,*
- *po pravu zaveštaočevog boravišta bilo u vreme raspolaganja testamentom, bilo u vreme smrti,*
- *po pravu Srbije,*
- *za nepokretnost – po pravu mesta gde se nepokretnost nalazi.*

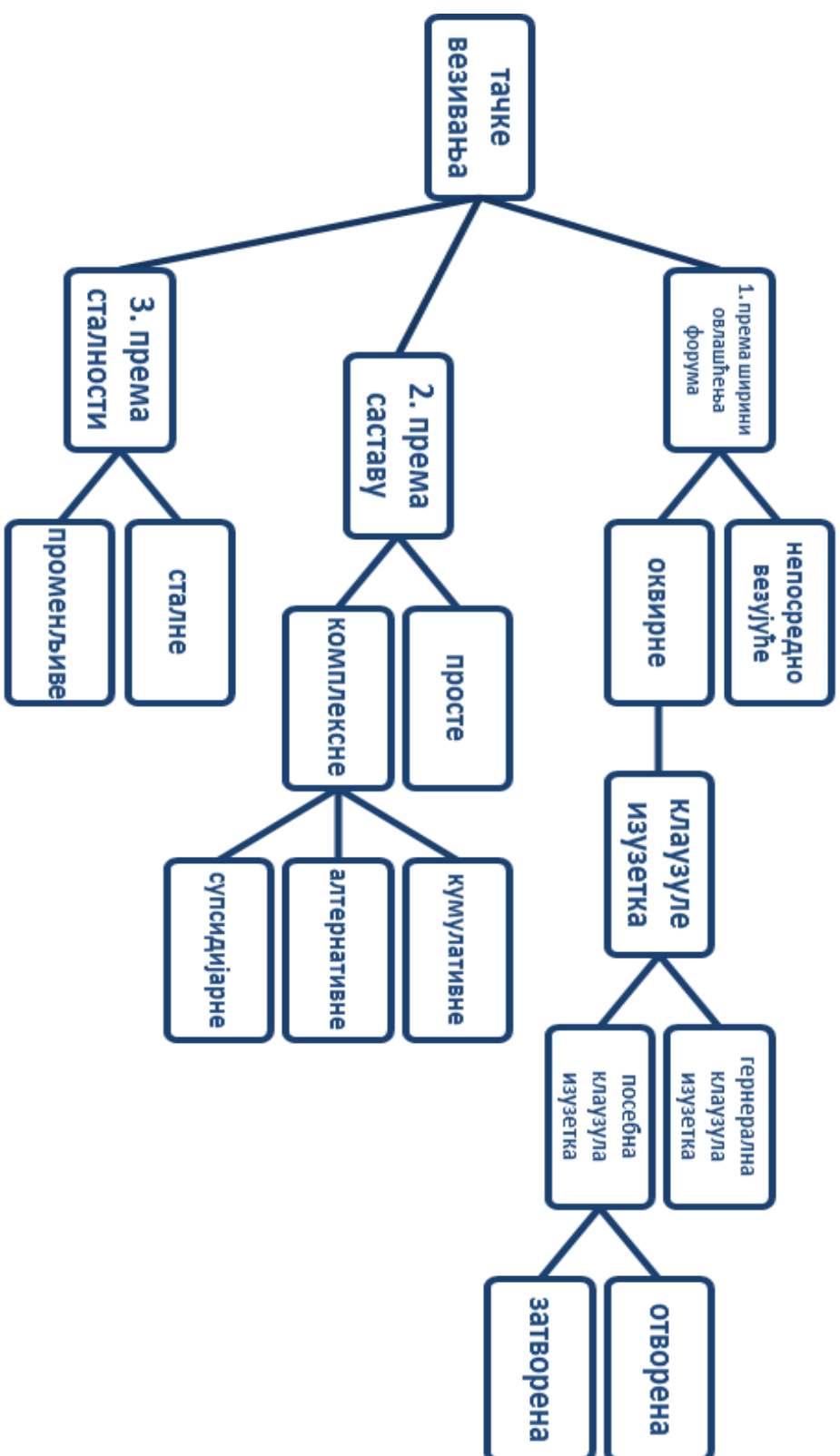
Drugi tip kompleksnih tačaka vezivanja čine one koje su postavljene **supsidijarno**.

Na primer: za poslovnu sposobnost fizičkog lica merodavno je pravo državljanstva, a u slučaju da lice nema državljanstvo, pravo njegovog domicila. U ovom tipu složenih tačaka vezivanja zakonodavac pribegava supsidijarnom nabrajanju ne zbog toga da bi se došlo do određenog rezultata, već zbog toga da bi se uopšte došlo do rezultata, tj. merodavnog prava.

Činjenica na kojima se temelje tačke vezivanja i koje su priznate kao relevantna veza koja nas spaja sa merodavnim pravom, mogu biti **stalne i promenljive**. Na toj osnovi razlikujemo stalne i promenljive tačke vezivanja.

Stalne tačke vezivanja su one koje su vremenski i prostorno fiksirane. To su pre svega one tačke vezivanja čija je činjenična podloga jedan događaj, kao što je *npr:* zaključenje ugovora. Među stalne tačke vezivanja spada i *lex rei sitae*, ali samo ako je reč o nalažnju nepokretnih stvari koje ne mogu da menjaju svoj položaj, čije je mesto nalaženja stalno.

Promenljive su, nasuprot stalnim, tačke vezivanja koje nisu u jednom konkretnom slučaju konačno fiksirane ni vremenski, pa ni prostorno. One se zasnivaju na činjenicama koje se mogu menjati, a da pri tom mogu da ukazuju na razna prava kao merodavno pravo. Takav je slučaj sa *lex rei sitae*, ako je u pitanju pokretna stvar.



VRSTE KOLIZIONIH NORMI

Postoji više podela koalizionih normi. Najznačajnija je ona podela na **jednostrane i višestране**, pored nje od značaja je i podela na **samostalne i nesamostalne** koalizione norme.

- **Jednostrane** su one koalizione norme koje u svakom slučaju dovode do primene jednog istog i to domaćeg prava. *Npr: za stvarna prava na nekretninama koja se nalaze u Srbiji primeniće se srpsko pravo.*

- **Višestране** koalizione norme su bolji i svakako celishodniji instrument za određivanje merodavnog prava. U ZMPP kao i u drugim našim normama iz oblasti međunarodnog privatnog prava koriste se najčešće višestране koalizione norme. *NPR: Zakoni koji se tiču statusa i sposobnosti primeniće se na Francuze i kada oni borave u inostranstvu.*

- Prema kriterijumu da li je koalizionna norma prema svom tekstu podobna i dovona da ukaže na merodavno pravo ili nije, koalizione norme mogu biti **samostalne i nesamostalne**.

- **Samostalne** su one koalizione norme koje ukazuju na merodavno pravo. *NPR: za imovinska dejstva braka merodavno je pravo države sa kojom su bračni partneri u natešnjoj vezi.*

- **Nesamostalne** su one koalizione norme čija formulacija nije dovoljna da se pomoću njih odredi merodavno pravo. One dopunjuju samostalne koalizione norme tako što sadrže upustva, objašnjenja koja utiču na utvrđivanje konkretnog merodavnog prava.

PRAVNA PRIRODA KOLIZIONIH NORMI

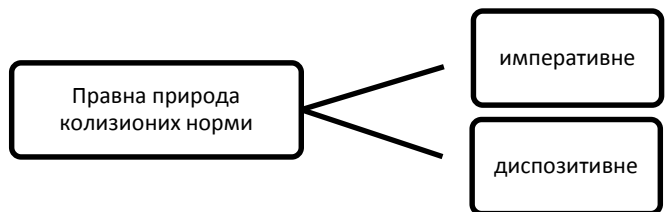
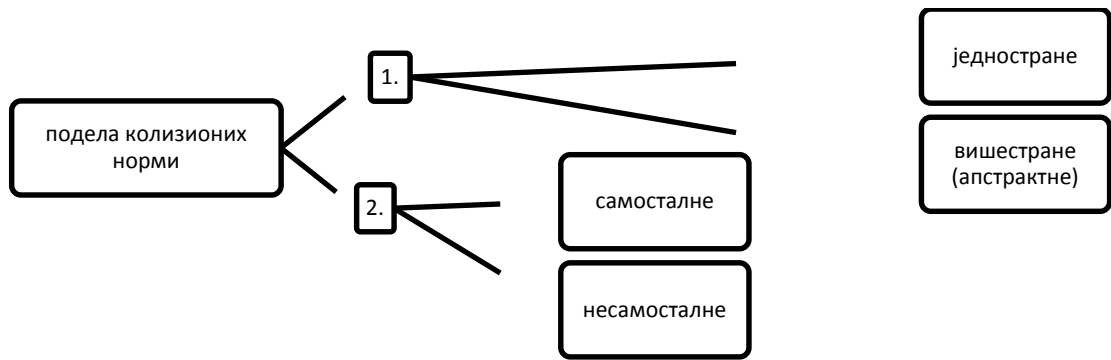
Problem pravne prirode koalizionih normi svodi se na pitanje da li su ove norme *dispozitivne ili imperativne*.

Postavlja se pitanje da li je sud dužan da primenjuje ova merila po službenoj dužnosti, čim se u jednom odnosu javi relevantan strani element, kao i to da li je obavezan da po službenoj dužnosti primenjuje i pravo na koje merilo koalizione norme ukazuje, bez obzira da li je to pravo strano ili domaće, i bez obzira na to da li se među strankama uopšte java spor oko međunarodnog prava.

Ako su koalizione norme imperativne prirode, one se moraju primeniti, nezavisno od toga da li neka od stranaka to zahteva ili ne, pa čak i ako obema strankama odgovara da se spor jednostavno reši po domaćem pravu, bez postavljanja koalizionog pitanja. To znači da ako zakonodavac smatra da kod sticanja svojine sa elementom inostranosti treba primeniti pravo mesta nalaženja stvari, a stvar se nalazi u Indiji, sud treba da primeni pravo Indije, sledeći imperativnu volju zakonodavca, bez obzira da li to jedna od stranaka traži.

Ako su koalizione norme dispozitivne prirode, tada predlozi stranaka mogu da utiču na to da li će sud uopšte da primeni svoje koalizione norme u sporu sa elementom inostranosti.

U nekim zemama koalizione norme nisu imperativne prirode, naročito ako u datom slučaju dovode do primene stranog prava. Sud će primeniti koalizionu normu samo na traženje jedne od stranaka.



6. Saznanje i primena stranog prava

Pristup problemu

Kolizioni način rešavanja odnosa sa elementom inostranosti pretpostavlja određena odstupanja od postulata apsolutnog teritorijalnog suvereniteta i on unosi elemente saradnje u polje meritornog odlučivanja, odnosno predstavlja stvaranje prostora na kojem se dozvoljava da domaći organi primenjuju strano pravo.

Ovde se misli na primenu stranog **materijalnog prava**. **NPR:** *Ako Poljak i Norvežanka žele da zaključe brak pred srpskim matičarem, naš organ će primeniti poljsko i norveško pravo u pogledu materijalnih uslova za zaključenje braka jer tako nalaže koliziona norma iz člana 32. ZMPP.* Kada je u pitanju strano **procesno pravo domaći organi u načelu ga ne primenjuju**. Izuzeci od takvog načela su malobrojni i to npr: *kada domaći sud pružajući pomoć stranom sudu, izvede neki dokaz prema stranoj proceduri, a ta strana procedura nije protivna domaćem javnom poretku.* Takođe, kao izuzetak može se javiti u postupanju kod arbitraža, *ukoliko stranke nalože arbitrima i u meri u kojoj je to u skladu sa domaćim javnim poretkom.*

Pored napred navedenih postoje slučajevi kada domaći organ uzima u obzir strano pravo, tada je reč o slučajevima u kojima je poznavanje stranog prava preduslov za primenu određenih domaćih normi. **NPR:** *prema članu 62. ZMPP dozvoljena je nadležnost srpskog suda u bračnim sporovima i u slučaju da su oba bračna druga strani državljani, ali pod pretpostavkom da odsustvo ključnih i tradicionalnih indikatora nadležnosti našeg pravosuđa bude nadomešteno drugim okolnostima. Jedna od takvih okolnosti prema članu 62. jeste da je po propisima države čiji su državljani bračni drugovi dopuštena ta nadležnost (nadležnost našeg pravosuđa). Što znači da bi se utvrdilo da li je naš sud nadležan u napred navedenoj situaciji, neophodno je ustanoviti stav stranog prava.*

Značaj primene stranog prava

Primena stranog prava koju vrše domaći organi spada među najznačajnija dostignuća međunarodne pravne saradnje. Primena stranog prava svakako nije moralni luksuz, već mogućnost primene stranog prava u određenim slučajevima predstavlja preduslov stabilnosti odnosa sa elementom inostranosti. Ako bi sudovi primenjivali samo materijalno pravo bili bi ugroženi, na primer, brojni porodični odnosi, pa i međunarodna trgovina. Važno je naglasiti da primena stranog prava nije samo jedan logičan način rešavanja određenih specifičnih odnosa. To je istovremeno i gest značajan za održavanje deliktne međunarodne ravnoteže interesa i ponosa. Gestovi uvažavanja su od velike važnosti jer se njima pokazuje spremnost za saradnju u sistemu odnosa koji se zasniva na recipročnim ustupcima.

Svrishodnosti i opravdanosti načelne mogućnosti da domaći organi primenjuju i strano materijalno pravo danas se praktično više ne prigovara. U odluci Međunarodnog suda pravde u slučaju Bol, sudija Lauterpaht ističe da: *svrha mpp-a jeste da omogući da se na teritoriji jedne države primenjuju prava stranih.*

Različite koncepcije o pravnoj prirodi stranog prava

Načelna opravdanost i praktična primena stranog prava danas nije sporna, međutim, sporna je konceptualizacija, *odnosno objašnjenje same pojave*. Pitanje je: na koji način se može pomiriti sa širim pravnim konceptima pojava da domaći sud primenjuje strano pravo?

Postoje dva antipoda: na jednom polu je stav po kome je **strano pravo upodobljeno činjenicama**, a na drugom stav da je **upotobljeno (domaćem) pravu**. Tretman stranog prava približan je tretmanu činjenica u anglosaksonskim pravima. Teorijsku podlogu za to predstavlja **teorija stečenih prava**. Da bi se utvrdila poštovala strana prava neophodno je uzeti u obzir inostrano pravo po kome su stečena. Inostrano pravo u konkretnom slučaju postaje činjenica koju treba dokazati. Pristalica teorije stečenih prava je teoretičar Bil koji ističe da : *sve što se dogodilo izvan domaće teorije, uključivši i strano pravo, smatra se prosto kao činjenica koje domaće pravo uzima u obzir donoseći odluke*. Pored ove teorije postoji i **teorije lokalnog prava** čiji je glavni predstavnik Kuk koji ističe da primenjujući strano pravo, domaći organi ne vrši priznanje subjektivnog prava stečenog u inostranstvu na bazi stranog prava. Subjektivna prava koja priznaju domaći organi kreiralo je domaće pravo. Ove dve teorije se suštinski ne razlikuju u svojim praktičnim konsekvencama. Strano pravo se i na jednoj i na drugoj tretira kao činjenica.

Teorijske koncepcije o položaju stranog prava u SAD imale su odlučujući uticaj na sudsku praksu. Praktičan tretman stranog prava oformljen je pod uticajem stečenih prava. Prema toj koncepciji kolizione norme su imperativne prirode i njihova primena ne zavisi od inicijative stranaka bez obzira da li je tačka vezivanja domaće ili strano pravo.

Da bi smo razumeli shvatanja o stranom pravu kao činjenici može da posluži odluka VKS-a SAD u sporu *Crosby vs Cuba Railroad Co*. Tužilac Krozbi bio je povređen na mašinama čiji je bio službenik. Pre nastupanja povrede on je obavestio tuženog da su mašine neispravne, ali mu je naloženo da nastavi sa radom na istima. Nesreća se dogodila na Kubi, ali se niko na isto nije pozvao (koje bi inače i bilo merodavno prema *lex loci delicti commissi*). Prvi stepen je dosudio štetu na osnovu američkih normi. VKS se sa tim nije složio. Naime sudija Holms je naglasio da, ako je osnov za tužbu nastao u nekom drugom civilizovanom pravosuđu, naknada se može dosuditi samo iz razloga što bi osnov zahteva bio valjan u zemlji gde je nastao. Ako to tužilac ne tvrdi ili ne dokaže, ne može se dosuditi naknada.

Treća teorije je **teorija inkorporacije** koja pokazuje značajne sličnosti sa Kukovim shvatanjem. Prema ovoj koncepciji domaće pravo vrši neku vrstu recepcije normi stranog prava na koje ukazuje domaća koliziona norma, te se strano pravo unosi u domaće. Na ovaj unošenje stranog prava u domaće znači da se proceduralni položaj u suštini izjednačava sa položajem domaćih pravnih normi. Strano pravila se tretiraju kao pravo, a ne kao činjenica.

Ne postoji jedinstveno pimanje statusa stranog prava pred domaćim organima. Najnovija pozitivnopravna rešenja pokazuju sasvim jasno približavanje konceptu da je strano pravo – pravo.

Razlike između načelnog i stvarnog položaja stranog prava pred domaćim organima

U slučajevima kada jedan pravni odnos ima veze sa više suvereniteta potrebno je odrediti merodavno pravo. To će učiniti domaći sud na osnovu merila koje suverene postavlja domaći zakonodavac, dakle polazeći od kolizionih normi **lege fori**. Međutim, domaći organi primenjuju strano pravo mnogo ređe nego što bi to sledilo iz pravila domaćih kolizionih normi.

Koji su razlozi za ovu distance između načela i prakse?

Prvi glavni izvor nesigurnog položaja stranog prava leži u nespremnosti sudova da kolizione norme foruma koje ukazuju na strano pravo tretiraju u pravnom smislu reči kao imperativne norme i da ih primenjuju ex

officio. **NPR:** u presudi Bisbal, Kasacioni sud je odbio da primeni španske norme o razvodu braka (koje bi bile i merodavne u datom slučaju), a čiju primenu nijedna parnična stranka nije tražila, sve dok predmet nije stigao do najviše sudske instance. Zaključak Kasacionog suda je glasio da je stvar stranaka da traže primenu stranog prava, odnosno da to nije posao suda ex officio. Ovakav stav je vrlo brzo modifikovan još jendnom odlukom Kasacionog suda u kojoj je istaknuta da sudija može da primeni strano pravo ex officio i kada se na to stranke nisu pozvale.

I praksa naših sudova pokazuje da bez ikakve međunarodno pravne argumentacije, primenjuju domaće materijalno pravo, osim ukoliko stranke kao sporno pitanje nisu iznele problem određivanja merodavnog prava.

Drugi razlog se tiče utvrđivanja stranog prava. Sudovi i dalje retko preuzimaju punu inicijativu pri utvrđivanju sadržine stanih normi i često se olako pribegava alternativnim rešenjima predviđenim za slučaj da se strano pravo ne može saznati.

Saznatljivost i način saznavanja stranog prava

Teškoće u saznavanju stranog prava jeste u tome što u većini zemalja utvrđivanje stranog prava ne predstavlja obavezu. Upravo iz ovog razloga sudovi često pribegavaju alternativnom rešenju, koje je najčešće sadržano u primeni domaćeg materijalnog prava. Jasno je da je problem saznatljivosti stranog prava ozbiljan jer može da prouzrokuje nesrazmerno visoke troškove, može biti nepotpuno i nejasno i sa sobom da nosi velike rizike. Pod pritiskom ovih objektivnih teškoća javljaju se zakonodavna rešenja koja sudu omogućavaju da odustane od utvrđivanje i primene inače merodavnog prava, ukoliko se ne može saznati. Ova mogućnost predstavlja čest alibi sudu za nedovoljno zalaganje pri saznavanju stranog prava.

U najvećem broju zemlaja alternativna solucija za slučaj da strano pravo bude nesaznatljivo je primena lex fori. Uporedno pravo poznaje još jedno rešenja, a to je da umesto nesaznatljivog prava treba primeniti neko srodno pravo.

Nema sumnje da je za srpskog sudiju znatno lakše da u jednom slučaju primeni norme austrijskog prava, nego prava Togo-a. Ali ni to ne znači da je nemoguće. Jedan od osnovnih ciljeva mpp-a, jeste da zaista i postane međunarodno i da se primenjuje na ceo svet.

Način saznavanja stranog prava

Strano pravo kao činjenica - ukoliko se strano pravo koncipira kao činjenica, automatski se dobija rešenje u pogledu načina saznanja prava, odnosno rešenje je u tome da se problem prevlađuje na stranke.

NPR: pred Engleskim sudovima važi pretpostavka da je sadržina stranog prava jednaka sadržini domaćeg. Naravno ova pretpostavka je oboriva i teret dokazivanja leži na stranci koja tvrdi da je sadržina prava drugčija od engleskog. Kako bi stranka to dokazala ona poziva eksperta veštaka koji može biti i svedok koji različito svedoči o sadržini stranog prava (mogu se složiti obe stranke da to prepuste sudu). Bitno je da svedok dobro poznaje materiju, najčešće se svedoči usmeno, može i pismeno i eksperta kao i svakog drugog svedoka može ispitivati i druga stranka u postupku. Ukoliko stranka ne dokaže napred navedenu suprotnost uzima se u obzir da je strano pravo jednako domaćem.

Strano pravo kao pravo- prilikom određivanja sadržine stranog prava sud se svakako može obratiti strankama, pa čak i u zemljama gde se strano pravo saznaje po službenoj dužnosti. Pored obraćanja strankama sud se može obratiti i državnim organima uprave nadležnim za poslove pravosuđa, a negde i ministarstvu nadležnom za inostrane poslove.

1900. godine na Trećoj haškoj konferenciji za mpp, razmatrana je mogućnost donošenja konvencije koja bi obezbedila izdavanje sertifikata o stanju zakonodavstva u pojedinim državama. *Bilateralne konvencije* predviđaju međusobno obaveštavanje o pravnim propisima, dok *multilateralne imaju sporazume* posvećene pitanju obaveštavanja o stranom pravu, kao što su: ***Evropska konvencija o informisanju o stranom pravu, ili Interamerička konvencija o dokazivanju stranog prava i obaveštavanju o stranom pravu.***

Primena stranog prava prema MPP-u Srbije

U našoj teoriji strano pravo se veoma dosledno tretira kao pravo. Sudska praksa takođe stoji na stanovništu da se strano pravo saznaje i primenjuje ex officio. Ovakav stav imao je oslonca u normama ZPP-a iz 1957, potom u čl. 222 ZPP-a iz 76., s tim što je tekst ZMPP-a u članu 13. proširio domašaj odredbe na sve sudske i ne sudske organe. Iz svega napred navedeno važi da su sudovi (kao i svi drugi organi) obavezni da saznaju i primene strano pravo. Naravno da nadležni organ može zatražiti pomoć o stanju prava od Ministarstva pravde, kao i same stranke mogu sa svoje strane da podnesu sudu javnu ispravu o sadržini stranog prava. Takva isprava ima tretman kakav imaju i druge i sadrži tri oborive pretpostavke:

- autentičnost
- istinitost sadržaja
- osnovanost stave o sadržaju stranog prava koji bi se gradio na njoj.

Naša zemlja je članica Evropske konvencije o informisanju o stranom pravu, tako da bi naši organi mogli da koriste i ovaj način za saznavanje i informisanje o stranom pravu, ali naša zemlja nije još uvek registrovala centralni organ koji će biti zadužen za primanje i slanje zahteva i obaveštenja podaci iz (2011).

Takođe iz odredba člana 13. ZMPP-a proizilazi da da bi organ koji primenjuje pravo uvek morao saznati sadržinu stranog prava. Pragmatičnost nas okreće stavu da, ukoliko je to zaista nemoguće odluku treba doneti primenom lex fori.

Procesnopravne konsekvence ovakvog zakonskog rešenja su:

1. na sudu, a ne na strankama, teret je dokazivanja stranog prava
2. sud ne može zaključiti da prava nema, ukoliko ga stranke nisu uverile u to u potpunosti
3. zbog tretmana kao stranog prava, a ne kao činjenice, moguća su sledeća pravna sredstva protiv odluke suda u kojoj je po mišljenju stranke došlo do pogrešne primene stranog prava ili strano pravo uopšte nije primenjeno (žalba, revizija , zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude)

7. Kvalifikacija

Postavljanje problema

Merila za određivanje jednog merodavnog prava nisu svetska merila, već norme jednog nacionalnog prava i zovu se kolizione norme. Jedano od najsloženijih pitanja vezanih za kolizioni način regulisanja pravnih odnosa je pitanje kvalifikacije, ili sukoba različitih kvalifikacija.

NPR: Vojvođanskom preduzeću stiže ponuda iz Engleske za kupovinu dela slikara naivaca. U ponudi se traži 100 slika za paušalnu cenu od 20.000,00 funti. Srpska firma odgovara pozitivno na ponudu i pristupa nabavci slika. U kolekciji su se našle slike Vojvođanskih slikara u čiju naivnost se ne sumnja, međutim među napred navedenim slikama se našla i slika zaove komercijalnog direktora vojvođanskog preduzeća, čija naivnost nije van sumnje. Slike su poslate, ugovorena cena je isplaćena. Ostrvljani ubrzo počinju da sumnjaju i da sumnja uskoro prelazi u spor koji će se voditi pred alžirskim sudom, čiju nadležnost su stranke unapred ugovorile. Postavlja se pitanje koje pravo je merodavno.

Alžirski sud će pristupiti problem tako što će konsultovati odgovarajuću alžirsku normu da bi utvrdio koje pravo je merodavno. Po toj normi merodavno je *lex loci contractus*, međutim ugovor je zaključen *inter absentes* (stranke nisu bile prisutne). Postavlja se pitanje koje mesto se smatra mesto zaključenja takvog ugovora? Po shvatanju engleskog prava (teorija izjave/prihvata ponude) merodavno je Srpsko pravo, dok je po našem pravu merodavno englesko pravo (teorija prijema/mesto gde ponudilac primi pozitivan odgovor). Pretpostavimo da alžirsko pravo takođe usvaja teoriju prijema.

NPR: Bivši saudijski kralj Saud Ben, nakon što je prognan iz Saudijske Arabije 1964.godine, dao je instrukciju holandskoj banci da (Algemeine Bank Nederland) da petorici njegovih sinova, isplatio po pet miliona dolara. Instrukcija je bila opoziva, a sume su bile plative nakon smrti svrgnutog kralja. Instrukcije su prihvaćene i od strane banke i od strane sinova. Problem se javio u tome što on nije imao samo pet sinova, a nakon isplate od 25 miliona dolara u njegovoj imovini ne bi ostalo mnogo za ostale naslednike.

Pred sudom u Amsterdamu 3 od 5 sinova zatražili su isplatu od 5 miliona, ali su se u predmetu javila još 73 umešaća, odnosno zakonskih naslednika koji takođe traže naknadu i koji se pozivaju da je raspolaganje kralja naslenopravne prirode i da je nevažeće po normama Saudijske Arabije. Trojica naslednika su smatrala da nije reč o naslenopravnom pitanju, već o ugovoru o poklonu i da taj poklon nema mana po holandskom pravu.

Postavlja se pitanje koja holandska norma je odgovarajuća, da li ona koja za nasleđivanje predviđa pravo Saudijske Arabije, ili norma koja predviđa da je za ugovorne odnose merodavno pravo sa kojim je taj odnos najtešnje povezan što bi bilo pravo Holandije. PO KOM PRAVU TREBA KATEGORIZOVATI OVO PREURANJENO PRAVNO PITANJE?

Pojava i definisanje problema u praksi

U objašnjenju najbolje je poći od definisanja svakodnevnog značenja reči “kvalifikacija”. **Kvalifikaciju možemo shvatiti kao određivanje položaja, mesta, nečega ili nekoga u određenom sistemu vrednosti.**

Kvalifikacija sa pravnog aspekta označava postupak traženja mesta činjenica u svetu pravnim pravila ili – primenu prava. Pri primeni prava sud u dokaznom postupku, na osnovu stanja činjenica formira donju premise, da bi potom iz sveta pravnih normi izabrao i primenu onu pravnu normu koja odgovara činjeničnom stanju. Pravna norma mora da odgovara činjeničnom stanju (životnom događaju).

Po Katičićevom shvatanju (najširem) kvalifikacija je primena pravnih normi na činjenice ili supsumiranje činjenica pod pravne pojmove. Prema Neidereru kvalifikacija u širem smislu je objašnjavanje, tumačenje kolizionih normi uopšte (problem kvalifikacije) , dok je kvalifikacija u užem smislu određivanje pravnog smisla kolizionih normi u onim slučajevima kada se pojmovi korišćeni u tim normama različito shvataju u pravima različitih država (sukob kvalifikacija).

Najveća dilema se ogleda u tome po kojim ćemo pravnim pojmovima vršiti supsumiranje (podvoditi uži pojam pod širi) činjenica u momentu kada tek tražimo merodavno pravo. Prilikom tumačenja nema dileme o tome u kom ćemo pravnom sistemu tražiti smisao jednog pojma ili norme, **supsumiranje činjenica pod pravne pojmove uvek se vrši po domaćem pravu**, ne zato što je domaće, već zato što se ono jedino i primenjuje. Kvalifikacija se ne javlja u onim normama o privatnim pravima stranca, jer to nisu norme koje tek traže merodavno pravo, već su to pravila koja sama i neposredno rešavaju neke odnose sa elementom inostranosti, te koje se tumače u sistemu prava kome pripadaju, prilikom poostavljanja pitanja ne postoje, dakle konkurentna prava čija primena dolazi u obzir.

Specifičnosti dilemi kvalifikacije se javljaju u momentu kada treba odrediti pravi smisao, pravu sadržinu jednog ili više pravnih pojmova i kategorija, kada treba izvršiti pravno supsumiranje činjenica-a merodavno pravo je još nepoznato, te zato se zove **prerano pravno pitanje**.

Kvalifikacija pravne kategorije i kvalifikacija tačke vezivanja

Postoje sličnosti između kvalifikacije i tumačenja, međutim značajna je razlika u tome što tumačenje se vrši u okvirima jednog prava i prilikom tumačenja sasvim je jasno da tražimo pravni smisao koji jedna pravna norma treba da dobije unutar jednog određenog prava. Problem kvalifikacije je taj što se nalazimo na ničijoj zemlji, tek tražimo put merodavnog prava, pa se javlja pitanje: po kom pravu treba poimati određene pojmove i kategorije, koje tumačenje izbarati od svih koja se nude od strane zainteresovanih prava.

DVA OSNOVNA VIDA SUKOB KVALIFIKACIJA:

- Kvalifikacija pravne kategorije (drugi primer) kralj i naslednici, odnosno da li podvesti pod pravnu kategoriju naslednog prava ili ugovora o poklonu
- Kvalifikacija tačke vezivanja (prvi primer) slikari, odnosno da li kao tačku vezivanja uzeti mesto prihvata ponude ili mesto prijema ponude

Kvalifikacija pravne kategorije “Svaki koncept ima jasno i stabilno jezgro, ali nerazgovetnu periferiju” (Vulf).

Postoji nekoliko osetljivih graničnih oblasti koji se čest izvor problema kvalifikacije:

- nasledno i obligaciono pravo; (pitanje testamenta više lica)
- porodično i imovinsko pravo;

- materijalno i proceduralno pravo,
- razgraničenja kategorija forme od sadržine pravnih poslova. (Holandski građanski zakonik koji Holanđanima zabranjuje sastavljanje olografskog testamenta, pitanje je da li se zabrana odnosi na formu (tako tumači holandska praksa) ili na ograničavanje testamentalne sposobnosti (Belgija).

Najčešće se problem u praksi javlja između razgraničenja procesnih i materijalnih normi. Organ pred kojim se vodi postupak, u najvećem broju slučajeva sud, **može da primenjuje samo domaće procesne norme, dok ako se problem kvalifikuje kao materijalno pravo rešenje će se potražiti u lex causae**. Primer Tenesi menice: *Pred Nemačkim sudom tražena je isplata menice izdatih u Tensiju. Na osnovu kolizionih normi Nemačke, za potraživanje menice bilo je merodavno lex loci solutionis (pravo države izvršnja/izdavanja), u ovom slučaju pravo države Tensi. Tuženi je istakao prigovor zastarelosti. Po pravu Nemačke rok zastarelosti bio je 3, a po pravu Tensija 6 godina. Nemačka norma je predviđala da se za zastarelost primenjuju pravila prava merodavnog za potraživanja (tensi), dok prema pravu Tensija zastarelost se smatra procesnim institutom. Nemački sud je smatrao da je vezan tom kvalifikacijom lex causae, te procesni institut stranog prava nije primenjen. Nemački VKS je smatrao da nema mesta primeni materijalnog prava lex fori, te je došlo do apsurdne situacije u kojoj nije primenjen nijedan rok zastarelosti. Ovaj ekstremni slučaj naučnik FREID je ocenio kao "besmrtnu blamažu VKS-a).*

Postoje i slučajevi u kojima je pitanje kako ćemo pronaći neku pravnu kategoriju pod koju ćemo podvesti ustanovu. Ova dilema se javlja kada se radi o ustanovi koju domaće pravo ne poznaje. Kod nas je to slučaj sa ustanovom TRAST (trust).

Kvalifikacija tačke vezivanja- Postoji nekoliko tačaka koje često daju povod kvalifikaciji:

- **mesto zaključenja ugovora**
- **domicil**
- **mesto delikta** (*primer:* tužilac (turski državljanin) je pretrpeo povredu u vozu u blizi Beograda zbog naglog kočenja. Tužilac se lečio u Nemačkoj, kuda je i putovao u vreme nesreće. Pitanje mesta delikta je sledeće: da li će to biti Beograd (mesto štetne radnje) ili Nemačka (mesto nastupanja posledice). Tuženi se branio prigovorom zastarelosti, a rokovi su različiti u dva konkurentna prava (duži je po Nemačkom). Iako je sud u presudi konstatovao da se danom nastanka štete smatra momenat saznanja za obim i visinu štete, odnosno završetak lečenja, što u upućuje na Nemačko pravo, ipak u konkretnom slučaju sud je odbio tužbeni zahtev i primenio Srpsko pravo gde su rokovi zastarelosti bili kraći.

VAŽNO JE ISTAĆI DA KVALIFIKACIJA TAČKE VEZIVANJA SLEDI I LOGIČKI I VREMENSKI IZA KVALIFIKACIJE PRAVNE KATEGORIJE. Ako se u istom slučaju pojave oba vida kvalifikacije, prvo se pristupa kvalifikaciji pravne kategorije!

Kvalifikacija po lex fori

Barten i Kan su predložili jedno rešenje problema kvalifikacije prema kom istu treba rešavati po *lege fori*, odnosno prema pravu države gde se sudi i do čijih kolizionih normi se polazi prilikom rešavanja spora.

Najčešći argument u prilog kvalifikaciji po lex fori nalazi se u činjenici da je prilikom kvalifikacije reč o razumevanju-tumačenju kolizione norme, a logično je da se kolizione norme shvataju u sistemu i prema

pojavama onog prava kome pripadaju. To je zakon suda jer svaki sud polazi od kolizijskih normi svoje države. Argumenti u prilog *lex fori* su da je lakše shvatiti određene pojmove po domaćem pravu, te se i smanjuje mogućnost grešaka u tumačenju, pored toga za kvalifikaciju *lege fori* govori i to da ni praksa ni teorija nisu do sada stvorile vitalnu alternativu tom rešenju. Prednost *lex fori* je i u tome što njegovom primenom dobijamo jednu čvrstu polaznu tačku, nismo više na nesigurnoj “ničijoj” zemlji.

Ukoliko bismo primenili *lex fori* u našem prvom slučaju, to znači da će se pojam mesta zaključenja ugovora shvatiti po alžirskom pravu (pravo zemlje suda). Alžirsko pravo prihvata teoriju prijema (mesto gde je ponudilac dobio odgovor kojim se prihvata ponuda), to znači da će u ovom slučaju kolizijska norma uputiti na Englesko pravo.

U drugom slučaju merodavno je pravo Holandije, pošto holandsko pravo smatra da je sporna instrukcija jedna vrsta ugovora o poklonu, odnosno primenjivaće se pravna kategorija “UGOVORI”, a ne ona čija je pravna kategorija “nasleđivanje”. Spor se rešio 1970 godine i primenjeno je holandsko pravo.

Iako postoji dosta pozitivnih argumenata za primenu *lex fori*, postoje i argumenti protiv. Među tim kritičarima su Volf, Lunc, Sasi, ili kod nas Jezdić. Oni smatraju da *lex fori* stvara mogućnost za neopravdano proširenje domaćeg prava, da vodi zloupotrebama, i da stvara pravnu nesigurnost jer isti pojam kvalifikuje na različite načine u zavisnosti od suda gde se raspravlja.

Pored ovoga posebnu pažnju zaslužuje u Batifolova koncepcija o proširivanju kategorija *lex fori* prilikom kvalifikacije, da bi se omogućila zajednička egzistencija i delovanje više pravnih Sistema. Slične modifikacije pri kvalifikaciji *lex fori* predlaže i Ninder, koji ističe da *lex fori* treba zadržati kao polaznu tačku, ali je i treba po potrebi proširivati imajući u vidu nadržavne zadatke mpp-a. Sasi nastoji da otkloni nedostatke po *lex fori* navođenjem izuzetaka. Ističe da državljanstvo, pokretne i nepokretne stvari i radni odnosi imaju kvalifikovati po *lex causae*. Ako se vrši kvalifikacija koju *lex fori* ne poznaje prvo se pristupa *lex causae*, pa se utvrđuje prema *lex fori*, pa se primenjuje odgovarajuća kolizijska norma.

Kvalifikacija prema *lex causae* i stepenasta kvalifikacija

Prva alternativa *lex fori* je kvalifikacija prema *lex causae*-pravo merodavno za odnos koji se raspravlja. Desapnje je postavio temelje, a najznačajniji predstavnik učenja je Volf. Pristalice ovog metoda imaju samo uglavnom samo kvalifikaciju pravne kategorije, a ne i kvalifikaciju tačke vezivanja. Kvalifikujući *lege fori*, sud može doći u situaciju da traži odgovarajuću pravnu normu koju naše pravo ne poznaje (trust), međutim do takve kvalifikacije ne može doći prilikom kvalifikacije tačke vezivanja, tj. kada je utvrđena odgovarajuća kolizijska norma, kada je činjenično stanje već supsumirano pod jednu kolizijsku normu *lex fori*, te se traži pravi smisao kriterijuma za vezivanje.

Zamerka koja se javlja ovim naučnicima jeste što ovo rešenje vodi do jednog logičkog *circulus vitiosus* (začarani krug). Radi razjašnjenja: Kvalifikacija *legis causae* znači tumačenje date kolizijske norme prema smislu i pojmovima koje sadrži pravo države čiji će pravni poredak pri jednom takvom tumačenju, biti merodavan za jedno konkretno pravno pitanje sa elementom inostranosti. (“**putativni *lex causae***”)

Tumačenje *lex causae* kod tzv “drugostepene kvalifikacije”. Kod stepenaste kvalifikacije polazi se od prava države suda *lex fori* (prva stepenica), dok se na drugoj ukoliko se ima primeniti strano pravo koje je

merodavno, ono tumači po pojmovima i u smislu *lex causae* (misli se na materijalne norme *lex causae*, ali i na kolizione norme ukoliko se primenjuje ustanova *renvoi*).

Kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova i ostala rešenja

Tvorac kvalifikacije pomoću autonomnih pojmova je Rabel, suština njegovg izučavanje jeste da se treba služiti autonomnim pojmovima, nezavisnim od nacionalnog prava. Autonomni pojmovi bi se stvarali u međunarodnim sporazumima ili bi ih sud pronalazio putem komparativnih istraživanja. Ova teorija bi zaista u potpunosti rešila problem kvalifikacije-ali samo ako takvih autonomnih pojmova ima, ako su fiksirani u široko prihvaćenim međunarodnim sporazumima ili ako je njihovo postojanje na drugi način učinjeno nedvosmislenim. To je zasada, veoma redak slučaj.

Među ostalim rešenjima pomenućemo Lunca, koji posebno podvlači da ne postoji jedinstveni način rešenja, već sud treba od slučaja do slučaja da se opredeli za kvalifikaciju prema *lex fori*, *lex causae* ili za autonomnu kvalifikaciju, vodeći računa o cilju koji sledi država pri postavljanju i primeni kolizionih normi. Javlja se i funkcionalna kvalifikacija, po kojoj se polazi od pojmova sadržanih u stranom pravu i pri tome se vodi računa o funkciji koju određena ustanova imau njemu. Nakon toga se, imajući u vidu smisao i f-ju ustanove stranog prava pokušava pronaći ustanova domaćeg prava koja vrši istu ili sličnu funkciju. (ovo je još uven nepoznato domaćem pravu).

REŠENJE PROBLEMA KVALIFIKACIJE U PRAVU SRBIJE

U domaćoj teoriji, kao i praksi preovladava da kvalifikaciju treba vršiti po *lege fori* jer je to koncepcija koja nesumnjivo pruža najstabilniju polaznu tačku i koja se najviše potvrdila. Međutim, *lex fori* valja primeniti elastično da bi se moglo udovoljiti specifičnim zadacima mpp-a i preporučuje se autonomna kvalifikacija u onim slučajevima u kojima autonomni pojmovi nedvosmisleno postoje, pre svega kada su utvrđeni međunarodnim sporazumima.

ZMPP u članu 9 predviđa da se drugostepena kvalifikacija vrši po *lex causae*- (pravo strane države čija je merodavnost utvrđena). Ovo nas navodi na zaključak o prihvatanju stepenaste kvalifikacije našeg zakonodavca, tj. o usvajanju ideje da se kvalifikuje po pravu koje se primenjuje. (primer 129 strana)

Član 9 ZMPP-a otvara pitanje da li je u našem pravu prihvaćeno otvoreno ili kanalisano upućivanje na strano pravo. Otvoreno upućivanje bi značilo da naša koliziona norma bira strano pravo, a da se konačni odabir materijalnopравnih normi u okviru stranog prava prepušta shvatanjima *lex causae*.

Kanalisano upućivanje bi značilo da *lex fori* reguliše obim i granice upućivanja na merodavno strano pravo. Zapravo, iz stranog prava su se izvukle one norme koje koliziona norma *forumi* želi da izvuče, a stranom pravu se ne dopušta da pitanje prekvalifikuje prema svom shvatanju i sistematici.

Jezdić prelaže da se problem vezani za takvu vrstu upućivanja ublaže tako što se inicijalno upućivanje na *lex causae* tertira kao otvoreno, ali bi se iz *lex causae* odabirale samo one supstancijalne norme koje odgovaraju svrsi i cilju pravne kategorije.

8. Prethodno pitanje (incidentalno, prejudicijalno pitanje)

Postavljanje problema

Ukoliko je za rešavanje po tužbenom zahtevu u jednoj pravnoj stavri (glavno pitanje), potrebno prethodno rešiti da li postoji neko drugo pravo ili pravni odnos (prethodno pitanje) od čijeg rešenja zavisi rešenje glavnog pitanja, a prethodno pitanje predstavlja pravnu celinu.

NPR: tužbom za izdržavanje lice A državljanin jedne države, kao pretpostavljeni sin lica B (državljanin druge države), traži od njega (lica B) da ga izdržava. Oba lica (A i B) imaju isto mesto prebivališta. Lice B ospori da je otac lica A. U konkretnom slučaju pitanje izdržavanja predstavlja glavno pitanje, međutim glavno pitanje zavisi od toga da li je lice A sin lica B i to se naziva prethodnim pitanjem.

Tužba je podneta u državi gde i lica A i B imaju domicil-prebivalište (država X). Zadatak države X jeste da odredi merodavno pravo za oba pitanja i glavno i prethodno. Pravilo je mpp-a da se merodavno materijalno pravo za glavno pitanje određuje polazeći od kolizione norme domaćeg prava – lege fori. Uzmimo na primer da je tužba podneta u Srbiji. U takvom slučaju srpski sud bi primenio odrebu čl. 40 ZMPP-a kojom se određuje materijalno pravo za odnose roditelja i dece (međusobno izdržavanje). Recimo da je to pravo zemlje Y i da po tom pravu sin do određene starosne dobi, ima pravo na izdržavanje od strane svog oca. Međutim, otac je osporio očinstvo i time je otvorio prethodno pitanje koje predstavlja samostalnu pravnu celinu i za njega se mora odrediti merodavno pravo. Pitanje je sledeće: da li će sud odrediti merodavno pravo za prethodno pitanje polazeći od sopstvenih kolizionih normi (domaće pravo – lex fori) kao što je učinjeno za glavno pitanje, ili će ga odrediti polazeći od kolizionih normi zemlje čije je materijalno pravo merodavno za glavno pitanje (lex causae/pravo države Y)?

Uslovi postavljanja prethodno pitanja kao naročitog problema u mpp-u

Sa aspekta mpp-a prethodno pitanje se postavlja ako su ispunjena tri uslova:

- 1) **Za glavno pitanje, a na osnovu domaće kolizione norme, mora biti merodavno strano materijalno pravo.** Logika je jednostavna: ukoliko strano pravo nije merodavno za glavno pitanje-merodavno je domaće, što znači da je lex causae=lex fori.
- 2) Drugi uslov sadrži u sebi tri poduslova:
 - 2a) **prethodno pitanje mora u svom činjeničnom stanju da sadrži strani element;**
 - 2b) **mora predstavljati samostalnu pravnu celinu podobno da se pojavi i kao glavno pitanje ili kao uslovljavajuće pitanje i nekog drugog pravnog pitanja;**
 - 2v) **za to pitanje mora postojati specijalna koliziona norma.**
- 3) **Materijalnopravni rezultat do kojeg vodi povezivanje sa osloncem na lex fori treba da bude različit od materijalno pravnog rezultata do kojeg se dolazi ako se ta tačka vezivanja usvoji lex causae.** Ovo se naglašava iz razloga: različito povezivanje koje vodi istom rešenju, zbog iste sadržine više prava, izaziva lažnu dilemu (“lažni sukob zakona”).

Rešavanje problema u teoriji i praksi

Jedan broj autora zalaže se za tkzv. **zavisno povezivanje: merodavno materijalno pravo određuje se primenom kolizione norme prava koje se ima primeniti na glavno pitanje- povezivanje sa lex cause.** Osnovni argument za ovakav način povezivanja leži u potrebi za međunarodnom harmonizacijom rešenja. Najkraće formula zavisnog povezivanja, sa aspekta mpp-a glasi: sudiću o prethodnom pitanju onako kako bi o glavnom, sudio sud zemlje čije pravo je merodavno, po meni, za glavno pitanje.

Po drugim autorima, formula povezivanja naziva se nezavisno, i glasi: sudiću o prethodnom pitanju s aspekta mpp-a, na isti način kao da je ono glavno. Ovo znači primenu pravila lex fori, jer treba pretpostaviti internu harmonizaciju rešenja međunarodnoj.

Po trećima, teško je unapred opredeliti se i za jedno i za drugo rešenje kao načelno. S toga treba u svakom konkretnom slučaju vagati interese, pa se shodno tome predeljivati za načelo unutrašnje ili međunarodne harmonije.

Opredeljenje autora

Unutrašnja i međunarodna harmonizacija daju se pomiriti ukoliko se u onim slučajevima:

LEX CAUSE: u kojima odluka o prethodnom pitanju ulazi u dispozitiv sudkse odluke i time se obuhvata pravnom snagom, prethodno pitanje povezuje zavisno, tj. lex causae. Isto važi ukoliko sticanje ili prestanak državljanstva zavise od postojanja nekog statusnog odnosa (brak/usvojenje) bez obzira na to da li ulazi u dispozitiv odluke o glavnoj stvari (ovo drugo je opšte usvojeni izuzetak).

Sa druge strane LEGE FORI se povezuje kada sud po sopstvenoj inicijativi razmatra prethodno pitanje, ili kada nisu ispunjeni preduslovi o nadležnosti neophodni za incidentalne zahteve stranka (tužba/protivtužba) pošto odluka o prethodnom pravnom pitanju nije obuhvaćena pravnom snagom. Isto važi ukoliko sud odluči da prekine postupak i sačeka odluku drugog suda o prethodnom pitanju kao glavnom, a (posebno) kada je prethodno pitanje punovažnost braka ili očinstvo, potomje zbog stava sudske prakse (domaće) da se o nima ne može prejudicijalno raspravljati i odlučivati.

9. Uzvratanje i upućivanje na dalje pravo (preupućivanje) RENVOI

Pojava upućivanja i preupućivanja na dalje pravo vezuje se za odluke Kasacionog suda Francuske u sporu oko zaostavštine Frogo.

Naime, Frogo je bio bavarski državljanin koje je od svoje pete godine žive u Francuskoj. U Francuskoj se oženio, stekao imovinu, ostao udovac i umro. Frogo nikada nije stekao francusko državljanstvo, niti zakoniti domicil. Frogo je bio vanbračno dete i ostali su iza njega samo pobočni (vanbračni) srodnici po majčinoj liniji, koji su imali pravo nasleđa prema bavarskom pravu, ali to nisu imali prema naslednopravnim normama Francuske, po čijem bi pravu konačni naslednik bila Francuska država. Francuska norma (tada važeći član) uputila je na bavarsko pravo, s obzirom na to da Frogo bio bavarski državljanin i da nije nikada stekao

zakonski domicil u Francuskoj. Trebalo je primeniti bavarsko pravo koje je nudilo jednostavno rešenje-povoljno za potencijalne naslednike-fizička lica.

*Francuski sud je pošao od svoje kolizione norme, utvrdio je da ona ukazuje na bavarsko pravo, ali tu je zastao i postavio jedno pitanje. To pitanje sledi iz sledećeg rezonovanja: **nema sumnje da francuska koliziona norma upućuje na bavarsko pravo, međutim, da li to znači da ona upućuje na bavarsko nasledno (materijalno) ili na bavarsko pravo u celini (celokupo bavarsko pravo)?***

Ukoliko bi francuska koliziona norma uputila na bavarsko nasledno pravo (materijalno), jednostavan logički lanac ostaje neporemećen i pobočni srodnici dobiće nasleđe, jer takvo rešenje predviđa bavarsko materijalno pravo. Međutim, ako se pod bavarskim pravom podrazumeva pravo u celini, pa prema tome i bavarske kolizione norme (koliziono upućivanje), za nasleđivanje merodavno je pravo faktičkog domicile ostavioca-a to je Francuskoj bavarska koliziona norma, dakle uzvrća na francusko pravo.

Slučaj je rešen po principu kolizionog upućivanja. Pošto je Francuska koliziona norma uputila na bavarsko pravo u celini, bavarsko pravo je ponovo uputilo (uzvratilo) na francusko pravo. Pošto po francuskom pravu pobočni srodnici vanbračnog deteta nisu zakonski naslednici, konstatovano je da zaostavština nema naslednika i dosuđena je francuskoj državi.

Pojmovne i terminološke napomene

Ukoliko zauzmemo stanovište kolizionog upućivanja, a ne materijalnog moguće su tri logičke solucije:

- 1) Po prvoj, polazno kolizono pravo A (pravo zemlje suda), upućuje kao na merodavno, na celokupno pravo zemlje B. Kolizione norme zemlje B, mogu smatrati da je materijalno pravo te zemlje i merodavno pravo, te se lanac završava **A-B-B**.
- 2) Drugi slučaj bio bio slučaj Frodo-došlo je do uzvrćanja **A-B-A**.
- 3) Treći slučaj bi bio kada bi u slučaju Frodo bavarske kolizione norme uputile na treću zemlju. Npr: kada bi Frodo imao domicil u Belgiji. to bi bio lanac **A-B-C**.

U našoj pravnoj teoriji prihvaćen je izraz uzvrćanje, jer izrazom upućivanje nije dovoljno jasno nagovešteno da nije reč o prvom kolizionom koraku, o primeni kolizionih normi države suda u našem primeru (francuskih kolizionih normi), koje nas upućuju na merodavno pravo.

Važno je dodati da ranvoa ne znači samo predmet, akta, štenju od jednog do drugog suda. Uzvrćanje, kao i upućivanje na dalje pravo, jeste misaona operacija koja se odvija u glavi sudije polazne države, koji traži odgovor na pitanje koje pravo je merodavno.

Pretpostavke za uzvrćanje i upućivanje na dalje pravo

Tri su osnovne pretpostavke da bi u jednom konkretnom slučaju došlo do ranvoa.

- 1) Načelno teorijska pretpostavka jeste da se prihvati koncepcija u celini po kojoj **kolizione norme upućuju na jedno pravo u celini**, a ne samo na materijalne norme tog prava. (slučaj Frodo primenjeno je bavarsko pravo u celini)
- 2) Drugi preduslov je u tome da u konkretnom slučaju **kolizione norme države suda i kolizione norme države na čije pravo polazne kolizione norme upućuju, bude različite**. Da bi moglo doći do ranvoa,

dve kolizione norme treba da budu različite, treba da usvoje različite tačke vezivanja. Tek tako postoje moguće da kolizione norme prvoupućene države, deluju u pravcu uzvraćanja ili preupućivanja na dalje pravo.

- 3) Ni napred navedena različitost kolizionih normi nije dovoljna kako bi došlo do ranvoa potrebno je da postoji i **određeni činjenični sklop**. Ovde se misli na takav raspored činjenica koji omogućuje da se različita merila prihvaćena u dve ili više kolizionih normi u datom slučaju vezuje za različite države.

Razlozi za i protiv ranvoa

Arumenti u prilog ranvoa:

Prema obrazloženju jedne veoma značajne odluke nemačkog VKS-a 1912, postavljaju se temelji za široku primenu ranvoa u Nemačkoj: *....nemački sudija, ako se uopšte poziva na stvarno pravo, treba da primeni strano pravo u punom obimu, a ne samo njegove materijalne norme.*

Ovakav stav se dovodi u vezu sa principom koji je veoma široku prihvaćen u mpp-u, a prema kojem se strano pravo primenjuje onako kako bi ga primenio i strani sud. "Smatram da sudim kao u Belgiji, a sedište suda nije bilo u Belgiji"-sudija Džener.

Teoretičari koji se zalažu za ranvoa ističu da se njime izlazi u susret razumnim očekivanjima stranka da se izbegava primena prava koja ima slabe veze sa slučajem, a takođe ističu da ne bi bilo logično primeniti strano pravo protivno volji dotične strane države. Putem ranvoa postiže se bolja koordinacija sistema, zakonodavac, postavljajući svoje kolizione norme, predviđa moguću koordinaciju svog pravilasa stranim pravilom o sukobu zakona.

Neki praktičniji razlozi bi bili da putem uzvraćanja dolazi do primene domaćeg prava koje sud bolje poznaje.

Arumenti protiv ranvoa:

Prema rečima Levalda nema argumenta koji bi mogao da objasni zašto bi sudija trebalo da da vođstvo kolizionom pravilu stanog zakonodavca, umesto da prihvati rešenje sukoba zakonda koje daje sopstveni zakonodavac, pogotovo što je, po definiciji to pravo blisko vezano sa slučajem. Takvo postupanje, vodi ponekad i povredi načela mpp pravičnosti.

Često se naglašava da ranvoa dovodi do začaranog kruga. Ako norme foruma upućuju na strano pravo u celini, onda bi i norme prava do kojeg vode kolizione norme prvoupućenog prava trebalo uzeti u obzir u celini. U slučaju Frogo, na primer, bilo bi logično da se francusko pravo na koje je uzvratila bavarska norma ponovo primeni u celini, da se primene i francuske kolizione norme (a ne samo nasledno pravne (materijalno pravo))-tako bismo ponovo stigli do bavarskog prava i ušli bi u začarani krug, jer bi se stalno nalazili na realciji A-B-A-B. Do začaranog kruga bi dolazili uvek, osim ako neko od prava na koje se uputilo smatra da se domaće supstincijalne (materijalne) norme imaju primeniti. (npr: A-B-B; A-B-C-C).

Uzvraćanje i upućivanje bi predstavljalo očitu protivrečnost autonomiji volje, tj. u onim slučajevima kada zakonodavac dozvoli strankama da one svojim sporazumom, odaberu pravo koje će regulisati njihov odnos.

Postoji i opšte uvojeno stanovište po kom ranvoa nije imanentan ugovornim i deliktnim odnosima. Mogu se istaći i posebni načelni argumenti protiv i kada je reč o primeni kolizionih normi koje su postavljene u

međunarodnim ugovorima, ili kada odlučuju međunarodni sudovi koji ne polaze od nacionalnih kolizijskih normi. Mišljenja smo da je supstancijalno (materijalno) upućivanje adekvatnije i bolje rešenje, naročito kada se predvidivost i pravna sigurnost stave u prvi plan.

Stav nekih stranih pozitivnih prava prema ranvoa

Najpozitivniji stav o ranvoa nalazimo u poljskom ZMPP-u 1965. koji u članu 4. sasvim eksplicitno dozvoljava kako uzvraćanje tako i upućivanje na dalje pravo. Sličan ovome je i stav austrijskog ZMPP-a, nemačkog, turskog. Ranvoa je široko prihvaćen u francuskoj praksi.

Međutim, interesantno je navesti Zakon o reformi italijanskog Sistema mpp-a 1995, naročito zbog toga što je italijansko zakonodavstvo potpuno odbacilo primenu ove ustanove. Takođe, ZMPP Belgije iz 2004. godine, isključuje ranvoa kao opštu ustanovu i daje mu samo ograničeno dejstvo u specifičnim slučajevima koju su propisani tim zakonom (čl. 16).

O ovoj temi ima još da se priča, ovde je navedeno samo osnovno. (knjiga strana 143.)

Načini primene ustavove ranvoa

Kao što je napred navedeno ova ustanova može dovesti do začaranog kruga. U teoriji i praksi nude se više rešenja navešćemo dva poznata rešenja iz uporednog prava:

- **ranvoa “u jednom koraku”**
- **foreign court theory (teorija stranog suda)**

Jedna od tehnika da se začarani krug izbegne jeste da se čini **uvek samo jedan korak** u lancu uzvraćanja ili preupućivanja na dalje pravo, tj. da se primene materijalne norme prava na koje su ukazale kolizijske norme stranog prava na koje su prvo uputile kolizijske norme foruma. NPR: francuske kol. norme ukažu na grčko pravo kao merodavno, ova tehnika nalaže da se zapovest grčkih SASLUŠA kao konačan. Ukoliko grčke preupute na srpsko pravo, primeniće se srpske materijalne pravne norme. Ako uzvrate na francusko primeniće se francuska materijalna pravna rešenja. KOLIZIONE NORME PRVOUPUĆENE ZEMLJE, (grčka) vrše konačan odabir merodavnog prava.

Foreign court theory nazvana još i kao “ping-pong“ doktrina, razvijena je u engleskom pravu. Polazeći od postavke da prilikom upućivanja i preupućivanja domaći sud treba da se postavi u položaj stranog suda, mesto prekida lanca uzvraćanja i preupućivanja čini se zavisnim od stanovišta koje prema ranvoa zauzima mpp zemlje na koju je prvo uputila domaća kolizijska norma (sudim ako što bi sudio sud zemlje na koju upućuju kolizijske norme). NPR: postavi se pitanje testamentarne sposobnosti britanskog državljanina koji ima domicil u francuskoj, engleska kolizijska norma će ukazati na pravo Francuske kao merodavno. Engleski sud će suditi kao da je u Francuskoj, odatle i izraz teorija stranog suda.

Međutim, ako pravo na koje ukazuju domaće kolizijske norme ne prihvata ustanovu ranvoa, do merodavnog materijalnog prava doćiće se nešto brže. Recimo da je domicil imao u Grčkoj i engleski sudija treba da sudi kao u Grčkoj, a ona ne poznaje ustanovu ranvoa, Grčki sud bi ovo pitanje rešio tako što bi primenio materijalno pravo na koje ukazuje grčka kolizijska norma, a to je Englesko pravo. Engleski sud bi sudio kao grčki, te bi primenio svoje materijalno pravo.

Kod duplog ranvoa, slušaće se, dakle ne samo strana koliziona norma već i stav stranog prava o ranvoa. Dupli ranvoa može se primeniti samo ako ga ne primenjuje i prvoupućena zemlja. U napred navedenom primeru ukolio Francuska prihvati Englesku doktrinu totalnog ranvoa, Engleski sud bi sudio kao Francuski, a francuski kao engleski. Tako bi se ponovo došlo do začaranog kruga.

Ranvoa u našem mpp-u

U našim pozitivnim propisima uzvraćanje i upućivanje na dalje pravo bilo je izričito predviđeno samo u članu 94. Zakona o menici i to u pogledu menične sposobnosti i Zakonu o nasleđivanju 1955, no ova druga pravila su stavljena van snage nakon ustavnih amandmana iz 1971. godine.

U teoriji su se javljala različita mišljenja. Tri stava su značajna sa područja Srbije:

- 1) Blagojević ističe da van slučajeva u kojima je izričito predviđen zakonom, ranvoa bi za nas bio prihvatljiv ako to nalaže opšte opšteusvojeni međunarodni običaj, ali samo ako pravo strane države propisuje da će se u pojedinim slučajevima u prvom redu imati najpre primeniti njegove kolizione norme (a ne materijalne).
- 2) Eisner smatra da van slučajeva izričito regulisanih zakonom ili međunaordnim ugovorom može se za naše pravo prihvatiti uzvraćanje kao opšta ustanova, izuzev kad do stranog prava dolazimo putem autonomije volje, locus regit actum kao tačke vezivanja, ili kolizione norme koju sadrži međunarodni ugovor u kom nije izričito predviđen ranvoa.
- 3) Po Jezdiću, u slučaju da propisi izričito ne nalažu primenu ranvoa, sud je slobodan da primeni ili ne primeni tu ustanovu, a pri tome treba se rukovoditi time da bi putem uzvraćanja i upućivanja na dalje pravo došao do pravila koja su progresivnija od materijalnih normi prava na koje je uputila koliziona norma zemlje suda. Prilikom ocene koje je pravo progresivnije, treba voditi računa o principima iz povelje OUN.

Prema članu 6 ZMPP-a:

Ako bi po odredbama ovog zakona trebalo primeniti pravo strane države, uzimaju se u obzir njegova pravila o određivanju merodavnog prava.

Ako pravila strane države o određivanju merodavnog prava uzvraćaju na pravo Savezne Republike Jugoslavije, primeniće se pravo Savezne Republike Jugoslavije, ne uzimajući u obzir pravila o određivanju merodavnog prava.

Prema tekstu iz stave 1 kada koliziona norma ZMPP-a upućuje na strano pravo, ona upućuje na celokupno pravo strane države (koliziono upućivanje). Time se otvra mogućnost da se u krajnjoj liniji, ne primene materijalne norme strane države na koju je domaća koliziona norma uputila. Koje će materijalno pravo biti merodavno zavisi od toga koje rešenje prihvta koliziona norma strane države i kakav je činjenični sklop. Važno je istaći dve stvari:

- prema članu 6. stav 1. naš sud je dužan da primeni kolizionu normu strane države (na koju je uputila domaća kol. norma), bez obzira na to da li kol. norma strane države uzvraća na domaće pravo, ili upućuje na dalje pravo;
- nalog da se uzme u obzir koliziona norma strane države (ograničenje ranvoa) nije ograničen na određene oblasti privatnopravnih odnosa.

Po mišljenju autora knjige, ako na strano pravo ukazuju kolizione norme ovih zakona (ili drugih), a ne ZMPP-a, sud nije dužan da postupi po članu 6. i nije obavezan da primeni pravila stranog zakona o određivanju merodavnog prava. Ovo tumačenje ima oslonac i u članu 5 ZMPP-a u kojem se definiše ustanova izigravanja zakona. Međutim, formulacija člana 5 pokazuje očite pretenzije da se norma primeni i van oblasti koju pokriva ZMPP, jer govori o otklanjanu stanog prava koje bi bilo merodavno po odredbama ovog ili drugog zakona.

Takođe, autori smatraju da u praksi treba doći do još jednog sužavanja pravila o ranvoa to su slučajevi kada je merodavno (strano) pravo utvrđeno **autonomijom volje**, tj. izborom koje su stranke samo učinile, kao i kada se merodavno pravo utvrđuje na osnovu **principa najbliže veze**. Zbog toga smo na stanovištu da ranvoa treba isključiti iz sfere **ugovornog prava sa elementom inostranosti**. Takođe, autori smatraju da nema mesta ni kada je **zakonodavac propisao alternativne tačke vezivanja** jer bi se preupućivanjem i uzvraćanjem mogao suziti broj pravnih područja čije norme treba da neki pravni odnos održe na snazi.

Način primene ranvoa u našem pravu

Osnovno pitanje kao što smo već istakli jeste gde treba stati prilikom sukcesivnih preupućivanja i uzvraćanja, i kako izbeći začarani krug. Naročiti problem nastaju u slučaju pojave lanaca **A-B-C-B**.

- 1) Jedno bi moguće rešenje bilo čvrsto oslanjanje na stav 1. član 6, tj na **ranvoa u jednom koraku**. Primeno bi se ono pravo na koje ukazuju kolizione norme prvog prava na koje upućuje ZMPP (prvoupućenog prava).
- 2) Ako se oslonac za interpretaciju traži u stavu 2. člana 6. dobijamo samo delimično rešenje problema. Prema tome ako naša kol. norma upućuje na zemlju X, a kol. norma zemlje X uzvraća na naše pravo, ne treba dalje konsultovati naše kol. norme, već se primenjuje naše materijalno pravo.

Stav 2. člana 6. ne pruža rešenje za slučajeve kada kolizione norme stranih država i raspored činjenica ne dovode do uzvraćanja ni nakon prvog, ni nakon daljih koraka, dakle, ne pruža odgovor za slučaj A-B-C-B. Stojanović nudi sledeće rešenje: mora se uzeti u obzir odredba člana 9. ZMPP, po kome se pravo strane države primenjuje po smislu i pojmovima koje sadrži. Iz ovoga proizilazi zaključak da se strane kol. norme, do kojih se došlo primenom čl. 6 ZMPP-a, osim u zakonom predviđenom izuzetku uzvraćanja na domaće pravo, primenjuju na način koji je predviđen pravom zemlje čije su. Ovo znači sledeće: **U SRBIJI JE PRIHVACENA TEORIJA STRANOG SUDA, SEM IZUZETNO KADA PRVOUPUĆENO UZVRATI NA NAŠE, DOMAĆE PRAVO, TADA SE PRIMENJUJE MATERIJALNO PRAVO SRBIJE!!!!**

10. JAVNI POREDAK

Postavljane problema

Umesto principa da svaki organ primenjuje uvek, u svakoj situaciji samo domaće pravo, prihvata se načelo da se valja primeniti pravo (bilo domaće bilo strano) koje je najviše i najlogičnije vezano sa odnosom koji se raspravlja. Time se stvaraju i značajni rizici po interese domaćeg porekla. Prihvatanjem principa da će domaći sudovi primeniti one materijalne norme na koje ukaže domaća koliziona norma, ujedno se prihvata i priličan rizik. Stvara se situacija koju nemački autor Raape naziva „skok u mrak“, otvaraju se vrata pred nepoznatim, tačnije stvara se mogućnost da domaći sudovi i drugi organi primenjuju norme koje su duboko protivne osnovnim načelima na kojima se temelji naše pravo.

Ipak postoje vrednosti domaćeg porekla koje se ne mogu žrtvovati. Od njih se ne može odstupiti čak ni kada domaća pravila mpp-a prihvataju kompetentnost stranog prava, odnosno kada smatraju adekvatnim procesne uslove pod kojima je strana odluka donesena. Te vrednosti, takva osnovna načela predstavljaju ***javni poredak***.

Primeri: Državljanin RS se oženi sa državljankom SAD, koja ima prebivalište u saveznoj državi Misisipi. Brak se sklopio pred matičarem u NS. On ima 25 godina, ona 19. Po srpskom pravu, brak se može zaključiti sa 18 godina, po pravu Misisipija sa 21. Novosadski matičar nakon što je konsultovao kolizionu normu ZMPP-a, utvrdi da ona nalaže kumulativnu primenu zakona državljanstva oba buduća bračna partnera. Ova norma znači da se brak ne može zaključiti i naš matičar će poštovati stav prava Misisipija, bez obzira na to što pravna norma te države po svojoj sadržini nije indentična sa normom srpskog prava.

Pretpostavimo međutim, da nevesta nije iz Misisipija već iz države Y, i da problem nije u uzrastu već u boji njene kože. Naša koliziona norma i dalje nalaže primenu prava državljanstva i verenika i verenice, znači, primenu srpskog prava i države Y. Dosledna primena kolizione norme dovela bi do toga da matičar odbije sklapanje braka iz razloga što su verenici različite rase.

Primer: Pred okružnim sudom u NS zatraženo je priznanje brakorazvodne odluke suda u Štutgradu (SR Nemačka). Protivnik predlagača je istakao nekoliko prigovora, među kojima je i tvrdnja da se našem javnom poretku protivi priznanje strane sudske odluke o razvodu braka kojom nije istovremeno rešeno i pitanje čuvanja, vaspitanja i izdržavanja deteta.

Po našem pozitivnim propisima, odluku o čuvanju i vaspitanju, kao i izdržavanju deteta donosi sud koji razvodi brak. Ovo pravilo svakako ima za cilj obezbeđivanje najboljeg interesa deteta. Postavlja se, međutim, pitanje da li je ovo pravilo istovremeno i pravilo našeg javnog poretka. Konačnu odluku o predmetu doneo je VKS Vojvodine. Prigovori protivnika predlagača su odbijeni. VKS Vojvodine je stao na sledeće stanovište:

„To što po jugoslovenskim propisima odluku o čuvanju, vaspitanju i izdržavanju malol. deteta razvedenih roditelja donosi sud koji razvodi brak, a po propisima SR Nemačke specijalizovani sud za odlučivanje o poveravanju malol. deteta na čuvanje i vaspitanje i izdržavanje, ne može predstavljati zapreku za priznanje brakorazvodne presude.... jer ne zadire u javni poredak Jugoslavije“

Treminološke napomene (ovo ću kratko obrazložiti)

Pored izraza javni poredak u našoj literaturi veoma često se koristi i izraz *međunarodno javni poredak*. Oba izraza vode poreklo iz francuskog prava. Pored ova dva u funkciji je izraz *order public*.

Javni poredak i ustanova javnog poretka u mpp-u

Javni poredak ima dva značenja koja su veoma čvrsto povezana, ali ipak nisu indentična. Pod javnim poretom se **podrazumevaju same osnovne norme domaćeg prava koje se u svakom slučaju moraju zaštititi**. Isti termin može da označava i instituciju mpp-a koja omogućuje da domaći **organ ne postupi po uputstvu domaće kolzione norme ili ne prizna stranu odluku koja ispunjava ostale uslove za priznanje**, a da bi se zaštitio domaći javni poredak. Da se bi se ova dva pojma razlikovala, celishodno je da se u prvom slučaju koristi izraz „*javni poredak*“, a u drugom slučaju termin „*ustanova javnog poretka*“.

Problem utvrđivanja kruga normi koje čine javni poredak

Kao što smo napred videli postoje vrednosti domaćeg pravnog poretka koje se ne mogu žrtvovati. One čine naš javni poredak. To su ona pravila pravnog i društvenog poretka od kojih se ne može odstupti i koja domaći organi moraju poštovati čak i kada domaće norme mpp prihvataju kompententnost stranog prava i suda. Može se primeniti strano pravo i ako ono odstupa od domaćeg, ali se ne bi mogla primeniti strana norma koja vređa osnovne principe domaćeg poretka kao što su, na primer, načelo nediskriminacije prema vanbračnoj deci, zabrana rasne diskriminacije itd. Ne bi se mogla priznati strana sudska odluka koja negira elementarne postavke našeg (domaćeg) prava.

Dva osnovna principa:

- Krug normi koje čine javni poredak jedne države može se nagovestiti jednom opštom, klauzulom, odnosno, kako to naziva Jezdić „apstraktnom definicijom“. Takvih opštih formulacija ima veoma mnogo. (ZMPP Poljske – osnovnim principima pravnog poretka Poljske, ZMPP Nemačke indetifikuje javni poredak sa suštinskim principima nemačkog prava, Opšti imovinski zakonik za CG u kome je navedeno da u javni poredak ulaze zakoni javnog reda i javne obezbeđenja, a predviđeno je da se neće primeniti strani zakoni koji bi bili protivni blagonaravljju ili bi povlađivali kakvu nečovečnu ustanovu koja se ne trpi u CG).
- Drugi način opredeljivanja sadržine javnog poretka je enumeracija normi koje obuhvata, ili, pak, nabranje domena u kojima imperativne norme predstavljaju automatski deo javnog poretka. (Bustamantea je predstavio nacrt unifikovanog mpp Latinske Amerike.) Ovaj pokušaj je u našoj literaturi povoljno ocenio Jezdić, smatrajući da oni otklanjaju pravnu nesigurnost, dok je Blagojević izrazio mišljenje da takav pristup ne može da dovede do zadovoljavajućeg rezultata.

Najčešće se ostaje pri formulaciji da se neće primeniti strani zakon, odnosno da se neće priznati strana odluka, ako su „protivni javnom poretku“, ili ako su „očito protivni javnom poretku“. Takve formulacije su **prihvaćene i u haškim konvencijama**. U njima se jednostavno postavlja pravilo da se primena prava na koje ukazuje koliziona norma konvencije može odbiti samo ako bi strano pravo bilo „očito suprotno javnom poretku“ ili „očito inkopatibilno sa javnim poretkom“. Isti pristup slede i kodifikacije mpp-a, kao što su mađarski, švajcarski, ex-jugoslovenski zakonici o mpp-u, s tim što se unutar formulacije koja, po pravilu, ne zauzima više prostora od jedne kraće rečenice, ipak, daju neka razjašnjenja. Ova preciziranja teže ka sužavanju javnog poretka.

Javni poredak i imperativni propisi

Najznačajnije pitanje odnosno dilema jeste da li javni poredak čine sve imperativne norme jedne države.

Položaj imperativnih normi na čisto domaćem planu ne može da se izjednači sa položajem istih imperativnih normi na mpp-u. Ako se prosuđuje jedan pravni odnos, čiji su svi elementi domaće izraženi, jedini razlog koji može da **nametne** odstupanje od normi domaćeg prava je volja samih subjekata pravnog odnosa. Normalno je da ta volja može da utiče samo na dispozitivne, a ne i na imperativne norme. U pravnim odnosima koji imaju međunarodno obeležje, razlozi za odstupanje od domaćih normi su kvalitativno drugačiji. Razlog je prvenstveno u tome što je po proceni samog domaćeg prava (domaćih kolizionih normi) za raspravljanje datog odnosa kompetentnije strano pravo.

Ne bi bilo logično pružiti istu zaštitu domaćim imperativnim normama pri raspravljanju onih odnosa koji se vezuju isključivo za Srbiju i pri raspravljanju onih odnosa u kojima je Srbija samo jedan od zainteresovanih pravnih poredaka.

Javni poredak je svakao uža kategorija od zbira imperativnih normi i obuhvata samo one domaće norme koje štite najosnovnije vrednosti našeg poretka. Ovakvo shvatanje je danas vladajuće i kod nas i u svetu.

Relevantnost stepena zainteresovanosti domaće države

Još je Kan isticao da prilikom korišćenja javnog poretka značajna je „unutrašnja veza“ (Binnenbeziehung), odnosno intezitet veze između konkretnog pravnog odnosa i domaćeg poretka. Ako je ta veza snažnija, postoji više opravdanja za primenu ustanove javnog poretka. Time se, zapravo vrši relativizacije javnog poretka. U našoj teoriji predložena su neka konkretna uputstva za procenu Binnenbeziehung. Blagojević smatra da treba razlikovati situaciju kada se pravi odnos zasniva u domaćoj državi od slučaja kada je pravni odnos već zasnoovan u inostranstvu. U prvom slučaju, javni poredak treba šire shvatati i primeniti ga. Prema Jezdićevom shvatanju, ukoliko je posredi priznanje stranih odluka, a reč je o pravnom odnosu čiji nijedan elemnt nije vezan za domaću državu, ne treba se pozivati na javni poredak, osim ako bi odluka bila suprotna i osnovnim principima međunarodnog opštenja.

Povreda javnog poretka mogu da prouzrokuju samo meritorni efekti strane norme ili odluke

*Prema shvatanju koje je **najdoslednije Legard**, norma stranog prava ne vređa domaći poredak po sebi, već u odnosu, sadejstvu sa ustanovom domaćeg prava. Ista strana norma može biti kompatibilna sa jednom, a inkompatibilna sa drugom ustanovom lex fori. Primenom **javnog poretka se otklanjaju inkohherentnosti u sadejstvu stranog i domaćeg prava.***

Primer: Sud u Nemačkoj određuje da otac treba da plati izdržavanje vanbračnom detetu i to na osnovu nemačkih normi koje bitno odudaraju od osnovnog francuskog koncepta. Ako se u Francuskoj zatraži priznanje ove odluke, dolazi do direktne konfrontacije nemačkih i francuskih shvatanja, i priznanje će se odbiti. Druga situacija, međutim, ako bi se prema istom ocu u Francuskoj postavio zahtev za izdržavanje drugog vanbračnog deteta i ako bi on tražio da se prilikom određivanja visine izdržavanja uzme u obzir njegova obaveza utvrđena nemačkom presudom. U tom slučaju francuski sud će, ipak, uzeti u obzir nemačku odluku i osloniće se na nju

prilikom utvrđivanja visine izdržavanja. Prema tome, da li je jedna strana norma suprotna domaćem javnom poretku, zavisi od situacije, od konteksta u kojem se strana norma ili odluka javljaju pred domaćim organom.

Lagardova razmišljanja i hipotetične primere potkrepljuju i neki realni primeri u sudskoj praksi. Žena je htela imovinu muža od koga se razvela mnogo pre njegove smrti. Svoj zahtev je zasnovala na tome da je ustanova razvoda tada suprotna španskom javnom poretku, te da razvod treba smatrati ništavim. Na taj način bi ona kao preživeli bračni drug mogla da bude naslednik. Španski sud je zauzeo sledeći stav, a to je da iako je razvod institucija suprotna javnom poretku, ali nije suprotna institucija imovinskopravnih efekata razvoda koji su veoma slični imovinsko pravnim efektima rastave od stola i postelje. U sporu koji se javio pred sudom, konkretan efekat je bio taj da žena ne može da nasledi.

U mnogim pravima neke zakonske norme sadrže, pored disproporcije i određene idejne i ideološke principe. Ova načela figuriraju za tumačenje normi, a nekad prosto svedoče o nameri zakonodavca da koristi zakonski tekst kao potvrdu određenih opredeljenja. Primera radi u nekim federalnim državama SAD bračni partneri ne mogu jedan prema drugom isticati zahtev za naknadu štete pričinjene u saobraćajnoj nesreći. Osnovna svrha bi bilo da se spreče fiktivni sporovi kojima je pravi cilj izigravanje osiguravajućih društava. Meritorni efekat ovog pravila je u tome da se bračni drugovi ne mogu međusobno tužiti za naknadu štete u slučaju da, na primer, nepažnjom jednog od njih dođe do saobraćajne nesreće u kojoj se povredi drugi bračni pratner. U pravnom sistemu Srbije nema takvog pravila, ali takva norma ne bi bila suprotna sa našim pravnim poretkom, naročito ako se ima u vidu da je imovina bračnih partnera, u pricipu zajednička.

Primena stranog prava ili priznanje strane odluke ne znači prihvatanje određenog teksta, već uvažavanje dejstva strane norme ili strane odluke. Na kraju nameće se zaključak da predmet našeg posmatranja uvek treba da budu konkretne norme stranog prava čija primena dolazi u obzir. Ne bi trebalo otkloniti primenu normi stranog prava, ako konkretno strano pravilo koje je u pitanju nije suprotno domaćem javnom poretku, već suprotno, na primer nekim drugim ustanovama tog stranog prava, ali koje su u datom slučaju irelevantne.

Promena normi koje imaju karakter javnog poretka

Pitanje je sledeće: Šta će se smatrati javnim poretkom u slučaju kada u vremenskom intervalu između nastanka i raspravljanja jednog pravnog odnosa dođe do promene u nekim osnovnim opredeljenjima u domaćem pravu tj. ukoliko se menja javni poredak. **Prema vladajućem shvatanju, relevantan može biti samo javni poredak koji važi u momentu kada se donosi odluka o tome da li će se primeniti pravo i da li će se priznati strana odluka.**

Pozitivne i negativne strane javnog poretka

Osnovni nedostatak ustanove javnog poretka je u tome što se ni u zakonodavstvima ni u teoriji, ni u praksi nisu oformljeni jasni pokazatelji, niti su jasno opredeljene pretpostavke za primenu te ustanove. Organu koji primenjuje pravo stoje na raspolaganju samo veoma uopštena uputstva, a njegov zadatak je veoma složen.

Ako ustanova javnog poretka predstavlja izvesno zlo za mpp, ono je nužno zlo. Negativni efekat ima i sama činjenica da su takve pogrešne upotrebe i zloupotrebe moguće. Nepredvidljivost rezultata može da predstavlja ozbiljnu teškoću za zdravlje.

Sa druge strane javni poredak je ustanova bez koje mpp, verovatno ne bi mogla da postoji. Države bi se teško odlučile da prihvate saradnju pravnih sistema na bazi kolizionog regulisanja odnosa sa elementom inostranosti, ako bi to značilo bezuslovno prihvatanje svakog rezultata do kojeg kolizione norme mogu da vode. MPP postaje prihvatljivo tek sa ovim ugrađenim sigurnosnim korektivom, koji omogućuje da se otklone ona dejstva ostalih normi mpp-a koja su apsolutno neprihvatljiva za domaći poredak, koja ugrožavaju one vrednosti koje domaći poredak ne može da žrtvuje.

Posledice primene ustanove javnog poretka

Neprimena stranog prava

Ako je strano pravo inkompatibilno sa domaćim javnim poretkom, efekat ustanove javnog poretka ogleda se u tome što se odstupa od kolizione norme foruma i otklanja primena stranog prava, da bi se slučaj rešio na bazi pravila i principa lex fori. Postojeće i supsidijarna primena lex fori i u slučaju kada se strano pravilo jednostavno otklanja i ne zamenjuje konkretnom domaćom normom, pošto se i u tom slučaju odluka temelji na principima domaćeg umesto stranog prava.

Postoji i shvatanje da u nekim slučajevima umesto norme stranog prava koja vređa domaći javni poredak, treba primeniti drugu normu istog stranog prava. Za potkrepljenje ovog stanovišta navodi se uglavnom, jedna ista odluka: **Presuda nemačkog suda Reihsgerihta** u kojoj nemački sud obio da primeni pravilo švajcarskog prava po kome tražbina u pitanju ne zastareva, s obzirom na nemački javni poredak. Švajcarsko pravilo međutim nije zamenjeno nemačkim, već je primenjen je duži rok zastatlosti koji poznaje švajcarsko pravo (30 godina), a koji se rok u švajcarskom pravu ne odnosi na tražbinu u pitanju. Otklonjena norma švajcarskog prava zamenjena je, dakle, drugom švajcarskom normom. Time se, međutim, ne postiže bolja saradnja pravnih sistema, jer se derogira jedna od ključnih postavki ove saradnje – strano pravilo se ne tumači lege causae, već suprotno svom cilju i smislu.

Ovo stanovište donekle deli i portugalski građanski zakonik iz 1966. koji predviđa umesto norme koja je otklonjena s pozivom na javni poredak, treba primeniti drugu najviše odgovarajuću normu istog prava, ali se dodaje da će se supsidijarno primeniti norme lex fori.

Vladajuće stanovište da se pravilo stranog prava koje je suprotno javnom poretku zamenjuje, ako je to potrebno, domaćom normom.

Nepriznanje strane odluke

Ako se ustanova javnog poretka stavlja u dejstvo u postupku preispitivanja strane odluke, njeno dejstvo je veoma jednostavno – strana odluka se neće priznati, niti izvršiti na domaćoj teritoriji.

Javni poredak i ustanova javnog poretka u mpp-u Srbije

Član 4 formuliše pravilo o mogućnosti otklanjanja stranog prava zbog povrede domaćeg javnog poretka:

Ne primenjuje se pravo strane države ako bi njegovo dejstvo bilo suprotno Ustavom SRJ utvrđenim osnovama društvenog uređenja.

Sličnu formualciju sadrži i član **91.** koji govori o mogućnosti nepriznavanja strane sudske odluke zbog povreda našeg javnog poretka:

Strana sudska odluka neće se priznati ako je u suprotnosti sa Ustavom SRJ utvrđenim osnovama društvenog uređenja.

Član 66 stav 2 Zakona o arbitraži predviđa da će sud odbiti priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke ako utvrdi da su njena dejstva suprotna javnom poretku RS.

Iz ovih zakonskih odredbi vidi se da i ZMPP i Zakon o arbitraži zadržavaju na jednoj opštoj klauzuli prilikom definisanja javnog poretka. Pri tom ZMPP ne koristi izraz javni poredak koji je u teoriji opšteusvojen već se govori o Ustavom utvrđenim osnovama društvenog uređenja. Ustav Srbije je donet 2006 i nešto je indikativniji u pogledu osnova društvenog uređenja, ali bi član 4 ZMPP-a dobio pun i prav smisao kada bi se napustilo određivanje sadržaja javnog poretka putem ustavnih normi.

Formulacije ZMPP pružaju oslonac i za shvatanje da je relevantna suprotnost efekta strane norme osnovama našeg društvenog uređenja. Kada je reč o javnom poretku kao instrumentu otklanjanja stranog prava, ovakvo shvatanje je sasvim eksplicitno potvrđeno u samom tekstu, jer član 4 govori o suprotnosti dejstva stranog prava sa Ustavom utvrđenim osnovama društvenog uređenja.

11. NORME NEPOSREDNE PRIMENE

U vezi sa normama neposredne primene valjalo bi prvo učiniti neke terminološke napmene. Izraz “norme neposredne primene” je u osnovi francuski prevod. U francuskoj se koristi i termin *zakon poretka*. Međutim, mi ćemo koristiti izraz norme neposredne primene.

Norme neposredne primene su u kontekstu mpp-a i posrednog načina regulisanja odnosa sa elementom inostranosti norme čija je primena nezavisna od kolizione norme. To su, prema tome, norme koje se primenjuju u odnosima sa elementom inostranosti, ali mimo osnovnog instrumenta koji u tim odnosima određuje merodavno pravo. U tom pogledu postoje sličnosti i razlike između normi neposredne primene i javnog poretka. I jedne i druge će se primenjivati bez obzira na to šta kaže koliziona norma. Razlike su sledeće:

- do intervencije *javnog poretka* dolazi **nakon** što je utvrđeno da je merodavno pravo određene strane države;
- norme *neposredne primene* se primenjuju mimo, odnosno bez prethodne konsultacije kolizionih normi
- problem *javnog poretka* je pitanje zaštite osnovnih pricipa domaćeg prava
- problem *normi neposredne primene* je otvoren u pogledu prava koje je određeno kao merodavno (lex causae), pa i u pogledu normi nekog trećeg prava.
-

Da bi se jasnije naznačilo gde i kako se formira problem, navešćemo nekoliko primera iz prakse.

Jedno trgovinsko preduzeće iz Irana kupilo je 1977. godine od nemačkog proizvođača veću količinu piva. Roba je isporučena i plaćena. Ispostavilo se da deo prodate robe nije bio upotrebljiv. Povodom reklamacije iranske strane došlo je do pregovora i stranke su se poravnale. Dogovor je bio da nemačka strana odmah isplati kao odštetu 20.000 DEM, da potom u maju 1980. godine, iranska strana poruči određenu količinu piva. Po otvranju akreditiva, nemački prodavac bi isplatio još jednom iznos od 20.000 DEM, a 54.000 DEM bi bilo obračunato u korist iranske strane na taj način što bi cena poručenog piva bila niža. Do isplate prvih 20.000 maraka je došlo. Preostalih 74.000 maraka odštete iranska firma nije dobila, jer je realizacija ove sume bila vezana za novu porudžbinu piva. Iranci nisu mogli da poruče pivo jer se dogodila islamska revolucija.

Iranski nesuđeni uvoznik je sumu od 74.000 DEM tražio pred nemačkim sudom, pozivajući se na to da je reč o odšteti zbog jedne ranije manjive isporuke, i to u visini koja je utvrđena poravnanjem. Nemačka strana je ukazivala na činjenicu da je način plaćanja odštete element poravnanja, a taj način je postao nemoguć usled novih iranskih javnopravnih propisa o zabrani uvoza alkohola.

Nemački sud se našao pred teškim zadatkom, jer je trebalo da među privatnim strankama rasporedi posledice javnopravne zabrane, koja je onemogućila da se poravnanje realizuje shodno dogovoru. Odlučeno je da se posledice podele među strankama, te da nemački proizvođač plati iranskoj firmi polovinu preostale odštete. tj 37.000 DEM. Ovu odluku je potvrdio i VKS Nemačke.

Ugovori, aneksi i izvoz

Još za vreme bivše Jugoslavije vojvođanski proizvođač je kupio licencu od nemačkog partnera. Nemački partner je tražio da se u ugovoru unese i odredba prema kojoj proizvodi na osnovu licence ne bi mogli da se izvoze iz Jugoslavije, odnosno koja bi obavezala jugoslovensku stranu da plati penale, ako bi, ipak došlo do izvoza. Takva odredba nije bila zakonita u Jugoslaviji, **a bila je suprotna i nemačkim antimonopolističkim propisima**. Zbog toga, ovo ograničenje je ušlo u aneks, koji je jednostavno nije bio podnet na odobrenje. U aneksu je bilo rečeno da će jugoslovenska strana morati da plati trostuku licencnu naknadu ako bi izvozila licencirane proizvode. Naš proizvođač nije uzeo taj aneks naročito ozbiljno i odlučio je da izvozi. Nemci su to shvatili ozbiljnije i tražili su (shodno aneksu) trostruku licencninu. Ugovor je predvideo nadležnost arbitraže u Švajcarskoj i merodavnost švajcarskog prava. Pitanje je: hoće li se arbitraža obazreti na jugoslovenske i nemačke imperativne norme prema kojima aneks ne bi bio punovažan? Nemačke, a posebno jugoslovenske imperativne norme, očigledno su bile čvrsto vezane slučajem, imale su karate javnopravne regulative, ali nisu bile norme merodavnog prava, niti su pripadale sistemu *lex fori*.

Da li je zajam –zajam?

Firma iz zemlje X uzela je zajam od banke iz zemlje Y. U ugovoru je predviđeno da merodavno pravo bude pravo zemlje X (zajmoprimca), a da u slučaju spora odlučuje institucionalna arbitraža iz zemlje Z. Zemlja X je donela javnopravni propis prema kojem je za sva plaćanja potrebna devizna dozvola, a tu dozvolu zajmoprimac nije dobio, pa prema tome nije je ni platio.

Banka je pokrenula spor. Pitanje je: šta arbitraža može da učini i kakav će značaj imati javnopravnim propis države X (koji je propis u ovom slučaju deo merodavnog prava)?

Svojstvo i posledice svojstva norme neposredne primene

Koje su norme neposredne primene?

Prema shvatanju Franeskakis, norme neposredne primene predstavljaju one propise (francuskog prava) –bez obzira na to da li spadaju u javno ili privatno pravo- “*za koje je interes francuske državne zajednice odviše velik da bi mogli ući u konkurenciju sa inostranim zakonima*”. Na drugom mestu isti autor ističe da norme neposredne primene opredeljuje pre svega, njihov objekat. Pored normi primene su odnosi u kojima nije reč samo o interesima pojedinca, niti o interesima skupa pojedinca već o “**zajedničkim interesima o kojima je brigu preuzela državna zajednica**”.

Kod nas jedinu definiciju neposredne primene dala je u svojoj **doktorskoj disertaciji Bordaš**: *Norme neposredne primene su **prinudna materijalna pravila** koja na eksplicitan ili implicitan način određuju oblast svoje sopstvene obavezne primene, odnosno nameću sopstvenu merodavnost bez posredovanja kolizionih normi*”. Ove kao i brojne druge definicije sadrže direktnije ukazivanje na norme neposredne primene od primera koje smo naveli. One jasno izdvajaju karakteristike ovih normi, ali ni one ne mogu uvek da posluže kao nedvosmisleni kriterijum pomoću kojeg bi se za svaki propis moglo utvrditi da li je reč o normi neposredne primene. Takav kriterijum, zasada, ne postoji i pitanje je da li se može ostvariti. **Uglavnom je nesporno, na primer, da norme antimonopolskog zakonodavstva, propisi o uvozu i izvozu, devizni propisi, kao i neki drugi imperativni propisi spadaju u krug normi neposredne primene.**

Kada treba primeniti norme neposredne primene?

Iranska norma o zabrani uvoza alkohola ne prestaje da bude jednostavno jedno od rešenja koja konkurišu da budu primenjena u slučaju da se pravni odnos vezuje za više država. Ona teži ka drugačijem statusu od statusa norme koja na primer: određuje mesto isporuke i koja sasvim sigurno ostaje unutar sfere gde važe pravila kolizionih normi. Isto tako, bivše Jugoslavije prema kojoj ugovor o pribavljanu tehnologije od jugoslovenskog pravnog lica važi samo ako ga odobri nadležni savezni organ uprave, takođe pretenduje da bude neposredno i apsolutno primenjena, za razliku, na primer od pravila o tome od kog momenta provizija pripada zastupniku. Neposrednoj i bezuslovnoj primeni teži i devizni propis zemlje X.

Ako pođemo od toga da u jednom slučaju takva pretenzija nesumnjivo postoji, ostaje pitanje da li i kada takve pretenzije treba poštovati. Drugim rečima, kada se zaista primenjuju norme neposredne primene?

Da bi se odgovor mogao nagovestiti, potrebno je razlikovati tri situacije: **u prvoj**, norma neposredne primene je deo pravnog sistema države foruma (*lex fori*); **u drugoj**, norma neposredne primene je deo prava koje je u datom slučaju merodavno (*lex causae*); a **u trećoj**, norma neposredne primene pripada nekom trećem pravu (*koje nije ni lex fori, ni lex causae, ali je u jasnoj vezni s spornim odnosom*).

- a) **Ako je norma neposredne primene lex fori**, stvar je relativno jednostavna. Sud će da postupi po nalogu svog zakonodavca i primeniće normu neposredne primene, čiju primenu zakonodavac traži, bez obzira na to koje je pravo merodavno po kolizionoj normi.
- b) **Ako je norma neposredne primene deo lex causae**, takođe je logično da se ona primeni jer je deo pravnog sistema čija je merodavnost utvrđena. Većina autora stoji danas na stanovištu da se norme neposredne primene lex causae imaju primeniti, izuzev ako bi vređale domaći javi poredak.

- c) **Problem je najsloženiji kada je reč o normama neposredne primene nekog trećeg prava.** Sporno je, pre svega da li se norme stranog prava uopšte mogu primeniti ako nisu deo prava merodavnog na osnovu kolizione norme ili barem uzeti u obzir. Zatim, ako bi načelna mogućnost primene postojala, postavlja se pitanje koji su to slučajevi u kojima je primena normi neposredne primene nekog trećeg prava opravdana.

U teoriji danas ima prevagu mišljenje da se mogu primeniti norme neposredne primene trećeg prava. Princip je formulisan u poznatoj odluci Vrhovnog suda Holandije u slučaju *Alnati*: može biti slučaj da za jednu stranu zemlju poštovanje određenih njenih pravila, čak i izvan svoje teritorije, ima takvu važnost da holanski sudija mora o tome da vodi računa, i mora ih primeniti, davanjem prednosti nad pravom neke druge države koje su strane izabrale kao merodavno za svoj ugovor..

Do sada su posebnu pažnju izazvala rešenja nekih haških konvencija, **rešenja odredaba Rimske konvencije o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980. godine**, kao i rešenje ZMPP-a Švajcarske iz 1987. godine.

U članu 16. **Haške konvencije o merodavnom pravu za ugovore o posredovanju i zastupanju** rečeno je:

Pri primeni ove konvencije, može se priznati dejstvo prinudnim propisima sa kojom konkretna situacija ima značajnu vezu, ako se, i ukoliko se, po pravu ove poslednje države ova pravila imaju primeniti bez obzira na pravo koje bi bilo merodavno po njenim kolizionim normama.

Pored ovoga Švajcarski ZMPP predviđa da *umesto prava koje je merodavno prema ovom zakonu, mogu se uzeti u obzir odredbe drugog prava koje pretenduje da budu primenjene, ako to traže interesi jedne strane, koji prema švajcarskim pravnim shvatanjima zaslužuju zaštitu i koji su očigledno dominantni, i ako činjenično stanje ima tesnu vezu sa tim pravom.*

Građanski zakonik Kvebeka određuje da ukoliko zakoniti i očigledno pretežni interesi to zahtevaju, može se dati dejstvo imperativnoj odredbi prava i druge države sa kojom situacija ima tesnu vezu. Da bi se o tome odlučilo, vodi se računa o cilju odredbe, kao i posledicama koje bi proistekle iz njene primene.

Neki elementi navedenih normi nameću se svojom logičnošću, a podržani su i u teoriji.

Prvo, osnovni preduslov da bi norma neposredne primene bila primenjena **jeste da ona sama jasno pretenduje na primenu, bez obzira na kolizione norme.**

Drugo, traži se **značajna povezanost spornog odnosa sa pravnim poretkom o čijoj normi neposredne primene je reč.**

Najnoviji od napred pobrojanih propisa, **Rim I Regulator o pravu merodavnom za ugovorne odnose predviđa u članu 9 mnogo uže postavljenu odluku za norme neposredne primene trećih država:**

*Može se priznati dejstvo normama neposredne primene države u kojoj treba ispuniti obaveze nastale iz ugovora, u meri u kojoj te norme neposredne primene čine ispunjenje ugovora protivzakonitim. Pri razmatranju da li se tim normama prizna dejstvo, uzima se u obzir njihova **priroda, svrha, kao i posledice njihove primene ili neprimene.***

Formulacija Rim I Regulative predstavlja uzmicanje evropske pozicije – od mogućnosti da se potencijalno daju neki efekti bilo u kojoj normi neposredne primene treće države, krug se svodi na norme zemlje ispunjenja obaveze i to samo one koje ispunjenje čine protivzakonitim.

Primena odnosno uzimanje u obzir strane norme

U slučaju spornog aneksa ugovora između nemačkog i srpskog preduzeća srpska strana je tražila da arbitražu-umesto švajcarskog merodavnog prava- primeni srpske prinudne norme, te da proglasi aneks ništavim.

Nasuprot tome, u prvom navedenom slučaju, odlučujući o zahtevu iranskog uvoznika piva za naknadu štete od nemačkog suda zapravo nije traženo da primeni iransku normu o zabrani uvoza alkohola. Sud tu stranu normu nije ni primenio, ali je uzeo u obzir situaciju stvorenu donošenjem ove norme. Da sud nije, čak, ni uzeo u obzir tu normu trebalo je da odbije iranski zahtev, te da kaže da nema isplate naknade sve dok se, shodno dogovoru, ne otvori akreditiv za novi kontignet piva. Sud je međutim uzeo u obzir činjenicu da je postalo nemoguće da iranski kupac poruči novu količinu, te je tražio rešenje imajući u vidu i ovu okolnost. Prema tome iransku pravnu normu je uzeo u obzir, a primenio je nemačku (lex causae) koja govori o slučajevima u kojima otpada osnov posla. Kada se ne primenjuje (već se uzima u obzir), strana norma neposredne primene tretira se kao činjenica (datum), postajući tako operativni element na osnovu koga se slučaj resava po normama prava koje je određeno kao merodavno. Tako se normama neposredne primene zapravo utiče na odabir odgovarajuće norme merodavnog prava (lex causae) koja će biti primenjena. U takvim slučajevima norma neposredne primene često postaje osnov za primenu neke od generalnih klauzula sadržanih u normama lex causae-npr: rebus sic stantibus - princip savesnosti i poštenja, viša sila itd.

Valja pri tome razlikovati primenu i uzimanje u obzir strane norme neposredne primen. Isto tako, treba zabeležiti da je sporno dolazi li u obzir i promena, ili pak, samo uzimanje u obzir normi neposredne primene treće države.

12. IZIGRAVANJE ZAKONA (FRAUS LEGIS)

Pojam izigravanja zakona

Kolizione norme svaki zakonodavac postavlja na osnovu kriterijuma koji iz njegovog aspekta izražavaju najbližu, najtešnju vezu sa jednim pravnim odnosom. Ta veza se određuje na osnovu apstraktnog vrednovanja pojedinih mogućih veza jednog pravnog odnosa (pravne kategorije) sa pravnim porecima različitih država. (Brak sa elementom inostranosti za materijalne uslove punovažnosti kao relevantne veze mogu doći u obzir državljanstvo budućih partnera, domicil istih lica, mesto zaključenja braka, a u ugovoru o kupoprodaji državljanstvo, domicil (sedište kupca i prodavca, mesto zaključenja ugovora, mesto isporuke robe, mesto plaćanja robe). Zakonodavac se opredeljuje za jednu od mogućih veza, prema tome, koju smatra najvažnijom, vodeći računa o ciljevima i načelima sopstvene zakonodavne politike. U konkretnom životu primena merodavnog prava na osnovu apstraktno određene najtešnje veze ne mora uvek da se poklopi sa rešenjima koja priželjkiju subjekti konkretnih pravnih odnosa.

Pošto su tačke vezivanja na osnovu kojih se određuje merodavno pravo najčešće činjenice na koje subjekti mogu da utiču, stvara se mogućnost **izigravanja zakona**.

Menjanjem činjenice (veštačkim putem stvorene tačke) koja je tačka vezivanja neke kolizione norme postiže se primena nekog drugog prava, a ne onog koje bi bilo merodavno da do promene nije ni došlo. Ovde je reč o izigravanju zakona u mpp-u. Subjekti pravnog odnosa preuzimaju takve akcije kako bi postigli primenu prava koje je u pogledu njih povoljnije, od onog koje je u konkretnom slučaju treba primeniti ali je manje povoljnije. Upravo na taj način oni manipulišu činjenicom koja predstavlja tačku vezivanja i dolazi se do primene drugog prava čije će norme dopustiti postizanje efekata koji je različit ili nije dopušten po pravilima redovnog merodavnog prava. Materijalno pravni efekat kojim teži *fraus legis* postiže se oslonom na slovo kolizione norme, ali protivno *ratio legis* te norme.

Najčešći slučajevi izigravanja zakona su slučajevi izigravanja zakona u *oblasti porodičnih odnosa i statusa pravnih lica*.

Primeri: Jedno od najčuvenijih poprišta izigravanja zakona je škotsko mesto Gretna Grin, koje se nalazi na granici do Engleske. U Škotskoj su važile znatno liberalnije norme za sklapanje braka nego što je to u Engleskoj, a da bi se primenile te norme u odnosima sa stranim elementom, bila je dovoljna činjenica da je brak sklopljen u Škotskoj. Sredinom 18 veka parohiju u Gretna Grinu preuzima sveštenik po imenu Džozef Prezli za čije ime se i vezuje početak procvata ovog mesta. Istorija beleži da je Prezli bio poznat po svojoj neobičnoj fizičkoj snazi i to što mu je pomagač i kompanjon pri sklapanju brakova bio kovač. Inače bekstvo od engleskog prava često je bilo kombinovano sa pravim bekstvom (od očeva i drugih gonilaca). Prema podacima iz matičnih knjiga Gretna Grina (koja i nisu najurednije vođenje), godišnji broj sklopljenih brakova nije bio manji od 300-400. Kraj procvata Greta Grina označava jedan škotski propis od 1. decembra 1856. godine, koji predviđa nešto strožu tačku vezivanja, tačnije vernici su morali da borave u Škotskoj najmanje 21 dan, da bi mogli da sklope brak po njihovom pravu.

Znatno lakši oblik izigravanja zakona praktikuje se danas u SAD radi omogućavanja razvoda. Iz federalnih država gde je razvod težak, bračni partneri, ili jedan od njih dolaze u Nevadu, na Devičanska ostrva, u Dominikansku Republiku ili u severne provincije Meksika, da bi relativno kratkim boravkom uspostavili fiktivni domicil i stvorili uslove za primenu liberalnijeg prava. (U Dominikanskoj Republici je potreban jednodnevni boravak, u Nevadi i na Devičanskim ostrvima je potrebno provesti šest nedelja, dok je u Meksiku dovoljno provesti 72 sata)

Najčuveniji slučaj ***fraus legis*** jeste presuda francuskog Kasacionog suda koja je skrenula najširu pažnju na problem *fraus legis* u mpp-u. To je slučaj jedne belgijske kontese, koja je udajom za francuskog državljanina postala princeza Bofrmon. Ona je u Francuskoj živela odvojeno od muža na osnovu presude o rastavi od stola i postelje, pošto u to doma francusko pravo nije dozvoljavalo razvod. Primila je državljanstvo nemačkog vojvodstva Saksonije, prema čijem pravu se odluka o rastavi od stola i postelje smatrala ekvivalentom odluci o razvodu. Prema tako izdejstvovanom merodavnom saksonskom pravu, ona je mogla da dobije razvod, da bi se posle udala za rumunskog princa Bibesko. Na zahtev njenog prvog muža Kasacioni sud u Francuskoj nije priznao važnost drugog braka, bez obzira na koliziono pravilo o merodavnosti prava državljanstva u pitanjima ličnog statusa, konstatujući da je promena državljanstva usledila isključivo u cilju da se zaobiđu pravila francuskog porodičnog prava.

Sledeći primer je vezan za jedno od najslavnijih imena operne scene 20 veka Mariju Kalas. Marija Kalas je rođena u Njujorku kao dete grčkih roditelja, s obzirom na to imala je državljanstvo SAD i Grčke. Sve do svoje 14 godine živela je u SAD, kada se sa majkom i sestrom preselila u Grčku. Nakon nekog vremena ona se udaje

u Italiji u rimokatoličkoj crkvi sa italijanskim industrijalcem i svojim menadžerom Đovanijem Batistom. Ubrzo ona upoznaje multimilionera ☺ Aristotela Onazisa, zaljubljuje se u njega i zeli da sklopi brak. Đovani je smatrao da nema osnova za razvod njegovo braka. Dobar advokat je, međutim skrenuo njenu pažnju na jednu normu grčkog prava, koja je, inače zadavala mnogo muke grčkim državljanima –ekonomskim emigrantima širom sveta. Po toj normi brak grčkih državljana zaključen u bilo kojoj formi osim u onoj propisanoj u Grčkoj nepunovažan je. Imajući to u vidu, Marija Kalas se 1966. godine u Ambasadi SAD u Parizu odrekla državljanstva SAD, računajući na to da će njen brak, kao državljanke Grčke, sa Đovanijem na taj način biti ništav u Grčkoj. To je za nju bila mogućnost da u Grčkoj eventualno zaključi brak sa čovekom koje je, kako se kasnije pokazalo, bio ljubav njenog života. Nakon veštački stvorene tačke vezivanja izostala je, međutim, “ realizacija”. Marija Kalas se nikada nije udala za Onazisa.

Elementi izigravanja zakona

Osnovni element kroz koji se ostvaruje *fraus legis* je promena činjenice koja predstavlja tačku vezivanja kolizione norme. Prema vladajućem mišljenju, ova promena treba da usledi na način koji je sam po sebi dozvoljen. Promena državljanstva ili domicila, izbor naročitog mesta kao mesta zaključenja ili izvršenja ugovor, ili pak mesta zaključenja braka, prenošenje pokretne stvari iz jedne države u drugu itd...nisu po sebi nedozvoljene radnje, **ali u slučaju *fraus legis* preduzete radnje radi postizanja jednog posrednog cilja, koji se ogleda u nametanju primene prava koje pod redovnim okolnostima ne bi bilo merodavno.**

U slučaju da činjenica koja daje sadržaj tački vezivanja simuluje, nije reč o *fraus legis* u mpp, jer činjenica koja predstavlja tačku vezivanja nije stvorena. Sud će uzeti u obzir tačku vezivanja koja stvarno postoji, te ne mora doći do korekcije dejstva kolizione norme, kao što je to slučaj kod sankcionisanja *fraus legis*. Prilikom izigravanja zakona u mpp, tačka vezivanja, tj. činjenica koja joj daje značaj realno je stvorena (i po sebi propisno, pravilno), ali sa frauduloznim (izigravajućim) ciljem, te se postavlja pitanje da li će se smatrati merodavnim pravo na koje novostvorena činjenica kroz tačku vezivanja ukazuje, ili će se otkloniti primena tog prava kao sankcija zbog izigravajućeg manipulisanja kolizionim instrumenitima.

Namera izigravanja

U praksi i teoriji više je prihvaćen stav da namera jeste konstitutivni element *fraus legis*. Batifol ističe da je **namera karakterističan element *fraus legis***; merodavnost određenog prava treba da je cilj, a ne samo posledica promene državljanstva/ domicile ili sličnog stvaranja tačke vezivanja. Nasuprot tome, prema objektivističkom shvatanju- namera nije nužan konstitutivni element *fraus legis*.

Izbegavanje domaćih imperativnih normi

Veštačka tačka vezivanja, koja se stvara putem stvarne promene činjenice koja joj u konkretnom slučaju daje sadržaj, stvara se upravo radi izbegavanja primene određenih materijalnih normi. Prema vladajućem shvatanju to treba da budu imperativne norme. **Do *fraus legis* dolazi, dakle, radi izbegavanja imperativnih normi, ali to ne treba da budu istovremeno i norme javnog poredak.** Inače izigravanje zakona ne bi imalo osnova da postoji kao posebna ustanova.

U domaćoj teoriji preovlađuje mišljenje da samo izbegavanje domaćeg materijalnog prava predstavlja *fraus legis* u mpp-u, tačnije da samo tako izigravanje treba sankcionisati. Drugo mišljenje zalaže se za sankcionisanje *fraus legisa* i u slučaju da subjekti pravnog odnosa, usled manipulisanja činjenicama koje daju sadržaj tački

vezivanja, nametnu primenu drugog merodavnog stranog prava, umesto onog koje bi bilo merodavno da nije došlo do promene u činjenicama. Opravdanje ovakvog stave nalazi se u neophodnosti zaštite pravilne primene naših kolizijskih normi kao sastavnog i nerazdvojitog dela prava Srbije, čime se primena zaista merodavnih stranih supstancijalnih normi obezbeđuje, doduše posredno, ali pozivom na ustavnu izigravanja zakona.

Jedna od osnovnih karakteristika *fraus legis* u mpp-u je u tome što se fraudulozna radnja ostvaruje u kolizijskoj sferi, zloupotrebom mogućnosti koje otvaraju kolizijske norme, ali su krajnji (i stvarni) objekat izigravanja materijalne norme domaćeg prava.

Različita shvatanja o sankcionisanju *fraus legis* u mpp-u

Ustanova *fraus legis* ima izvesne sličnosti sa ustanovom javnog poretka u mpp. U oba slučaja se **omogućuje odstupanje od redovnog dejstva kolizijske norme**. Ipak ideja o sankcionisanju *fraus legis* nije ni približno široko prihvaćena kao što je to slučaj sa sankcionisanjem povreda javnog poretka. Ovo je i logično ako se ima u vidu da kod *fraus legis* ne moraju biti ugrožene osnovne vrednosti javnog poretka. Ukoliko bi to bio slučaj, ustanova javnog poretka je dovoljna i adekvatna garancija za zaštitu, te se sankcionisanje *fraus legis* pokazuje suvišnim.

Protivnici sankcionisanja izigravanja zakona u mpp-u ističu i to da ova ustanova unosi povećanu pravnu nesigurnost, kao i da osetno slabe ne samo formalni već i stvarni razlozi za primenu domaćih normi. Treba voditi računa i o tome da se izigravanje zakona često javlja kao korekcija nazadnih i neadekvatnih materijalnih normi. Bartoš upozorava da učestano izigravanje jednog propisa treba da služi kao opomena domaćem zakonodavcu da preispita odnosu normu.

Argumenti koji se ističu protiv sankcionisanja *fraus legis* odneli su prevagu u nemačkom i anglo-američkom pravu. Prema vladajućem stanovištu u nemačkom pravu nema stvarne potrebe za sankcionisanjem *fraus legis*. Anglosaksonsko pravo takođe ne prihvata sankcionisanje *fraus legis* kao posebnu ustanovu.

Naša teorija, zauzima stanovište da je opravdano sankcionisanje *fraus legis*. U oblastima koje su od posebnog značaja za *fraus legis* srpski materijalnopравни propisi ne podstiču frauduluzno izbegavanje domaćeg prava.

Oblici izigravanja zakona u mpp-u

Izigravanje zakona u mpp podrazumeva dva tipa:

Prvi tip podrazumeva da se pred domaćim organom nameće primena stranog prava umesto domaćeg, skrećući normalan pravac dejstva domaće kolizijske norme putem veštački stvorene tačke vezivanja.

Drugi tip označava frauduluzno izbegavanje srpskih imperativnih propisa pred stranim organom. U ovom drugom slučaju, sankcionisanje *fraus legis* od domaćeg organa treba da se odigra u sferi priznanja, tj. nepriznanja strane odluke, a time je u povećanoj meri ugrožena pravna sigurnost, jer je reč o aktu koji je već stvoren i koji proizvodi određene posledice i uživa određeno poverenje. Zbog toga se nameće poseban oprez prilikom sankcionisanja drugog tipa *fraus legis*.

Kada se veštačkim putem stvori tačka vezivanja da bi se nametnula primena stranog prava prema domaćim organima, **sankcionisanjem *fraus legis* sastoji se u tome da se ne uzima u obzir frauduluzno stvorena tačka**

vezivanja već se primenjuje ono pravo koje bi bilo merodavno da nije došlo do manipulisanja sa tačkom vezivanja, a to je domaće pravo. Pri tom se, po vladajućem mišljenju ne dira u samu novostvorenu činjenicu koju koliziona norma priznaje kao tačku vezivanja.

Prilikom preispitivanja stanih odluka koje su donate na bazi fraudulozno stvorenih, a kolizionopravno relevantnih činjenica, ne može se govoriti o manipulisanju sa domaćim kolizionim propisima, jer strani organ njih ne primenjuje, već primenjuje svoja koliziona pravila. I dalje može, međutim, da postoji fraudulozno izbegavanje domaćih materijalnopравnih propisa i tome može da se pridruži i izigravanje domaćih propisa o nadležnosti.

Izigravanje zakona u našem mpp-u

Odredba člana 5 ZMPP-a glasi: *Ne primenjuje se pravo strane države koje bi bilo merodavno po odredbama ovog ili drugog saveznog zakona ako bi njegovo primenjivanje imalo za cilj izbegavanje primenjivanja prava Savezne Republike Jugoslavije.*

Dakle, nema nikakve dileme da se izigravanje zakona posebno sankcioniše u mpp-u Srbije. Iz napred navedenog zakonskog teksta proizilazi da se sankcionisanje fraus legis proteže i na one odnose sa stranim elementom koji nisu regulisani ZMPP-om, već u drugom zakonu. Sankcionisanje izigravanja zakona je opšta ustanova našeg mpp-a, mada je istovremeno predviđena i u nekim posebnim zakonima koji se dotiču materije mpp-a.

Tekst člana 5. ZMPP pruža i neka preciziranja u pogledu dejstva sancionisanja fraus legis.

- a) Potvrđen je stav da teorije izigravanja treba sprečiti, **samo ako je putem veštački stvorene tačke vezivanja izbegnuta primena domaćeg materijalnog prava.** U situaciji kada su u svetu podeljena mišljenja o tome treba li uopšte sancionisati fraus legis, logično je da se domašaj ove ustanove svede na slučajeve u kojima je putem manipulisanja sa tačkama vezivanja izbegnuto domaće materijalno pravo.
- b) Takođe se iz predmetnog člana može izvesti zaključak da je relevantan i **subjektivni faktor.** Domaći sud će otkloniti strano pravo, samo ako je merodavnost stranog prava uspostavljena u cilju izbegavanja primene našeg prava.
- c) Član 5. ZMPP ima u vidu samo situacije u kojima se putem veštački stvorene tačke vezivanja želi **nametnuti primena stranog prava pred domaćim organom.** Ne pokriva situacije u kojima se veštački stvorenom tačkom vezivanja utiče na donošenje određene strane odluke. Iz ovoga se izvlači **zaključak da se pitanje fraus legis kod nas ne može postaviti u postupku priznanja i izvršenja strane sudske ili arbitražne odluke.** Ovakav stav čvrsto potkrepljuje i činjenica da su uslovi za priznanje i izvršenje stranih odluka postavljeni u članu 86-96. i 101 ZMPP, koji ne pominju izigravanje zakona. **Uslovi za priznanje stranih odluka, koje zakon taksativno nabraja, uključujući i ustanovu javnog poretka, te su oni sasvim adekvatna zaštita od neželjenih efekata koje mogu doneti inostrane odluke.**
- d) Takođe, iz člana 5. jasno proizilazi da je posledica izigravanja zakona u tome što domaći organ neće primeniti ono (strano) pravo na koje pokazuje fraudulozno stvorena tačka vezivanja, **već će primeniti domaće pravo koje bi bilo merodavno da nije došlo do manipulisanja tačkom vezivanja.**

13.VREMENSKI FAKTOR U MPP-U

Domašaj pravnih normi ima svoje granice. Te granice su pre svega **prostorne, zatim vremenske, a ponekad i personalne**. Postojanje granica ne znači da su one uvek jasne, naprotiv njihovo razgraničavanje često predstavlja izvanredno složen problem, te vremensko i prostorno razgraničavanje važenja pravnih normi često iziskuje dodatne analize.

1. Granice važenja opštih akata (zakona, podzakonskih akata) jesu, pre svega **prostorne** (teritorijalne). Do prostornog sukoba zakona dolazi do toga što se u jednom životnom odnosu pojavljuju elementi koji taj odnos vezuju za više od jednog suvereniteta. Time se najmanje dve zemlje, koje su legislativno suverene, povezuju činjeničnim stanjem jednog životnog događaja, te postaju za njega zainteresovane. Suština prostornog sukoba zakona može se izraziti pitanjem: koja od više zainteresovanih (sa slučajem povezanih) prava ima biti primenjeno kako bi meritorno regulisalo životni događaj. Moguća je i **pojava unutrašnjeg sukoba zakona** –sukoba koji počiva na unutrašnjoj normativnoj kompetenciji federalnih jedinica, provincija, regiona.....
2. Pored prostornih imamo i **vremenske granice**. Vremenski sukob zakona izazavan je činjenicom što se, tokom vremena, najčešće voljom legislativne vlasti određene države, menja sadržina prava te se postavlja pitanje odnosa u primeni novog i starog opšteg akata. Dakle, vremenski sukob zakona ne proizilazi iz koegzistencije u (prostoru), već **sukcesije zakona na jednoj teritoriji. Ovaj sukob se često naziva intertemporalnim sukobom zakona.**
3. Postoje i norme čije je važenje **personalno**. Tu spadaju plemenska i verska pravila, kao i pravila koja se odnose na određene manjine ili nacionalne zajednice. Ove norme takođe nalaze oslonac u državi, a granice njihovom važenju postavljene su pomoću kriterijuma lične pripadnosti nacionalne ili verskoj zajednici, odnosno plemenu.

Dva osnovna vida razgraničenja važenja pravnih normi -vremensko i prostorno- po pravilu se suprostavljaju u sistematskim delima.

Vremensko razgraničenje normi u domenu mpp-a

Pod uporednim javljanjem prostornog i vremenskog sukoba jednostavno podrazumevamo pojavu vremenskog sukoba zakona na specifičnom terenu mpp-a. Do toga dolazi kada se menjaju kolizione norme, kada se menja javni poredak, ili je reč o promeni suvereniteta.

Pod kombinacijom podrazumevamo fenomen kome ne možemo pristupiti jednostavno sa pozicija pravila o vremenskom ili pravila o prostornom važenju – slučaj “mobilnih sukoba zakona”.

O vremenskom faktoru u mpp-u treba voditi računa pre svega kada se menjaju kolizione norme. Problem je u suštini istovetan sa problemom vremenskog važenja ostalih normi, samo što se javlja u specifičnoj oblasti. Rešenje treba tražiti u opštim pravilima o vremenskom važenju pravnih normi (opšta pravila o tranziciji lex fori) ili u posebnim prelaznim odredbama koje se mogu (a ne moraju) doneti pri promeni kolizionih normi, jednako kao i pri promeni materijalnih (supstancijalnih) normi. Posebna pažnja se mora obraditi na opštu zabranu retroaktivnosti.

Član 107 ZMPP-a: Odredbe ovog zakona neće se primenjivati na odnose koji su nastali pre stupanja na snagu ovog zakona.

Prvo, svi komentari ZMPP saglasni su da je ovaj član nesrećno redigovan, jer ne razdvaja procesnu od materijalnoppravne, kolzione, sfere (dela) zakona. Dalja saglansot postoji u tome da je odredba jasna u domenu kolizionog, a problematična u domenu međunarodnog procesnog prava. Kolizionopravni deo zakona ima se primeniti na materijalnoppravne odnose koji izviru iz događaja koji se odigrao posle stupanja na snagu zakona. Primena procesnog dela zakona u vremenu je probelmatičnija. Ukoliko se prihvati isti princip, koji važi za materijalnopravi deo zakona, a koji direktno sledi iz člana 107, narušiće se opšte tranziciono pravilo GPP-a koje nalaže da se procesni zakoni primenjuju neposredno na sve procesne odnose koji su u toku u trenutku njihovog donošenja.

Uporednopravni posmatrano, zakonodavci se uglavnom odlučuju za to da domaće kolizione norme ne primenjuju na odnose nastale pre njihovog stupanja na snagu (izuzetak mađarsko i francusko pravo).

Promenu normi na koje je je koliziono pravilo ukazalo na merodavno pravo valja takođe shvatiti i rešavati kako što se shvataju i rešavaju vremenske promene normi u ostalim oblastima. Ovo je sasvim nesporno kada je merodavno pravo domaće pravo, a mišljenja smo da bi jednako trebalo postupiti i kada je merodavno pravo strano pravo. To znači da treba prepustiti pravilima o razrešavanju vremenskig sukoba zakona *lex causae* da odredi da li će se primeniti strana ili nova norma stranog merodavnog prava.

Može se postaviti pitanje možemo li postupiti na isti način kada merodavno (strano) pravo biraju same stranke. Ako se prihvati koncepcija o kolizionopravnoj prirodi autonomije volje (koju smatramo ispravnom) nema razloga da se odstupa od principa da se problem rešava prema pravilima *lex causae* o vremenskom važenju pravnih normi.

Promena javnog poretka je takođe jedna promena domaćih materijalnih normi, ali promena koja u sukobu zakona ima specifičan značaj. Norme koje čine javni poredak postavljaju granice dejstvu pravila o sukobima zakona. Javni poredak predstavlja vrednosti koje domaći poredak nije spreman da žrtvuje, te bi bilo logično da se primenjuju uvek pravila novog javnog poretka.

Promena suvereniteta slučaj Jugoslavije

Relevantna je promena suvereniteta nad teritorijom jedne države za mpp. *Primer Alzas i Loren iz 1918. godine, gde se promenila osnova za primenu normi.*

Slučaj Jugoslavija – Razlika između vremenskog sukoba zakona i prethodnih vidova jesta u tome što je u zakonu došlo do promene suvereniteta koje je izazvala promena karaktera zakona, te se strai zakoni sa apekta nove vlasti nekih novih suvereniteta, tretiraju kao strani zakoni, što u prethodnim vidovima nije bio slučaj. Međutim, i nove i stare zakone su donele iste zakonodavne vlasti, te su svi oni domaći. Pitanje je: dali ova specifičnost izaziva potrebu za drugačijim rešenjem vremenskog sukoba zakona? Većinski odgovor je **ne**.

Većinski stav je sledeći: **Kada sud na bazi svoje kolizione norme dode do prava zemlje koje je pretrpela političko teritorijalne promene treba primeniti kao merodavno materijalno pravo koje je pozitivno pravo na teritoriji koje je sa odnosom u najbližoj vezi. To pravo se primenjuje zajedno sa propisima o tranziciji te se na osnovnu njih utvrđuje konačno merodavno pravo. Ukoliko je inter temporalnim normama narušena zabrana retroaktivnosti, to samo po sebi nije razlog ne primene tog prava – retroaktivna primena prava je danas u određenim slučajevima legitimna zakonodavna tehnika.**

14. Mobilni sukob zakona

Primer 1: Jedno od klasičnih poprišta mobilnih sukoba zakona jesu bračno-imovinski odnosi. U većini zemalja primarna tačka za te odnose je te *lex personalis* (u nekima *lex nationalis*, a u drugima *lex domicil*) bračnih drugova. Ovo rešenje se, međutim, suočava sa teškim iskušenjima u slučajevima da bračni drugovi menjaju svoje državljanstvo, odnosno domicil. Postavlja se pitanje po kojim normama bi trebalo proceniti njihove imovinske odnose, u slučaju da im je pet godina *lex personalis* bilo pravo države u kojoj važi princip odvojenih dobara, a zatim žive u državi u kojoj je prihvaćen sistem zajedničke tekovine. Hoće li oni prelaskom u novu državu, zadržati i nastaviti imovinski režim koji je među njima uspostavljen ili će se na njihovu imovinu primeniti concept novog *lex personalis*-a, ili će se, pak na delove imovine stečene u različito vreme primeniti različiti režimi (sistem vagona)?

Primer 2: Mlad student Pravnog fakulteta zatraži izdržavanje od tetke koja je državljanka zemlje X. Nakon tužbe – ali pre okončanja dokaznog postupka – ona primi državljanstvo zemlje Y. Prema članu ZMPP-a 42. za obavezu izdržavanja između krvnih srodnika (osim roditelja i dece) merodavno je pravo državljanstva srodnika od koga se zahteva izdržavanje. Znači u našem slučaju merodavan je *lex nationalis* tetke. Ali koje je *lex nationalis* raniji ili kasniji? Da bi pitanje bilo značajnije, pretpostavimo da je zahtev opravdan prema pravu zemlje Y, ali nije opravdan prema pravu zemlje X.

Conflict mobile i slične pojave u mpp-u

Pod conflict mobile shvatamo kao što smo rekli – kao svojevrsnu kombinaciju vremenskih i prostornih sukoba zakona, do koje dolazi kada se protekom vremena menjaju činjenice na kojima se zasniva tačka vezivanja i to na taj način što se vezuju za više pravnih poredaka, potencijalno merodavnih prava. Problem se, dakle, vezuje za postojanje promenljivih tačaka vezivanja.

Zanimljiva je komparacija sa ustanovom *fraus legis*. Osnovna sličnost između conflict mobile i *fraus legis* je u tome što i u jednom i u drugom slučaju, problem nastaje promenom činjenice koje tačka vezivanja smatra relevantnim i njihovim vezivanjem za drugo pravo. Da bi takva promena predstavljala izigravanje zakona, potrebno je, međutim, da budu ispunjeni i neki specifični uslovi:

- treba da postoji fraudolozna namera na strani lica koje stvara nove činjenice (i time manipuloše tačkom vezivanja)
- cilj izigravanja je izbegavanje domaćih imperativnih normi.

Takođe, *fraus legis* se razlikuje i po posebnim posledicama (sankcionisanje primenjuju se domaće materijalne norme). Rešenje conflict mobile ne mora da bude u ignorisanju novostvorenih činjenica. Za razliku od conflict mobile u iziravanju zakona ne postoji stvarna dilema o tome koje bi pravo trebalo primeniti među onima na koje sukcesivno ukazuje tačka vezivanja usled promene relevantnih činjenica. Naprotiv, jasno je da bi trebalo primeniti novo pravo – zbog toga se i menjaju relevante činjenice na veštački način. Sankcionisanje *fraus legis* predstavlja korekciju ovog novostvorenog stanja, odnosno predstavlja odstupanje od redovnog dejstva kolizione norme. Da bi nastao mobilni sukob zakona treba da postoje minimalni uslovi za primenu više prava za koje se sukcesivno vezuje tačka vezivanja. To znači da je, u vreme kada tačka vezivanja ukazuje na prvo od prava čija primena dolazi u obzir, potrebno je da već postoji pravni odnos koji daje povoda sporu, ili barem da postoji jedno pravno stanje iz kojeg se potom rađa sporno subjektivno pravo. Bez

toga nema dileme da će se primeniti pravo za koje se ranije, ili pravo za koje se docnije vezuje tačka vezivanja, nema conflict mobile. Pri *fraus legis* je moguće da stranke (ili jedno lice) **uopšte ne pristupe stvaranju pravnog odnosa pre nego što bi promenili pravac dejstva kolizione norme čiju primenu očekuju. Pri *fraus legis*, koliziorna norma vodi do primene prava čija je merodavnost uspostavljena na veštački način.**

Mobilni sukob zakona predstavlja specifičan slučaj tumačenja kolizionih normi, dok u zabrani izirgavanja zakona reč je o njihovoj korekciji.

Od conflict mobile valja razlikovati i situaciju u kojoj se ne menjaju činjenice, ali se menaju neke norme *lex fori* i time tačka vezivanja dobija novu sadržinu. Do takve situacije dolazi, na primer kada se menjaju zakonski uslovi sticanja ili gubljenja državljanstava ili domicila. Reč je o promeni prava i problem se rešava shodno pravilima o vremenskom važenju pravnih normi. Promenom kategorije državljanstva ili domicila promenjena je zapravo koliziorna norma koja tu kategoriju uključuju, te se javlja pitanje stare i nove mpp norme.

Specifičnost mobilnog sukoba zakona je baš u tome što se ne može svesti na pitanje odnosa starog i novog prava. U conflict mobile menja se jedna kolizionopravna relevantna činjenica koja se pri tom sukcesivno vezuje za više prava i time stvara svojevrsnu sintezu sukoba zakona u vremenu i prostoru. Prava čija primena dolazi u obzir za primenu, zavisno od toga koji ćemo vremenski momenat smatrati odlučujućim, nisu u odnosu starih i novih normi, već je reč o dva i više paralelno važeća prava u raznim državama za koja se u različitim vremenskim momentima, vezala činjenica koju tačka vezivanja smatra odlučujućom

Načini rešavanja conflict mobile

Postoje dva osnovna pristupa rešavanju problema mobilnog sukoba zakona u teoriji i praksi.

1. Traži se jedinstvena i opšta solucija. Primer: Najpoznatija se izvodi iz teorije stečenih prava. Ovu koncepciju je razradio Pile, a na istu je uputio kritiku Armenžon, Batifol i Rigoa. Uprkos tome brojni zakoni predviđaju da promena *lex personalis* ne utiče na poslovnu sposobnost ili lični status valjano zasnovan po prethodnom pravu.
2. Nema jedinstvenog rešenja, već ga treba tražiti od slučaja do slučaja. Drugo rešenje polazi od izjednačenja problematike mobilnog sukoba zakona sa pitanjem vremenskog važenja pravnih normi (ovaj pristup je neopravdan).

Postoji stanovište da je ispravnije postaviti posebna pravila za pojedine oblasti u kojima se javljaju problemi (Niderer i englesko pravo). Znači, ovaj pristup postaje efikasan kada vremenski precizira pojedine tačke vezivanja pretvarajući ih iz promenljivih u konstantne tačke vezivanja.

Primer: član 30. stav 1. ZMPP-a u kome se navodi: „Za nasleđivanje merodavno je pravo države čiji je državljanin bio ostavilac u vreme smrti”.

ZMPP ne predviđa rešenje vezano za stvarnopravne odnose. Rešava se od slučaja do slučaja.

15. Nejedinstveni pravni poredak

Pojava unutar državnih sukoba zakona

U bivšoj Jugoslaviji su od posebnog interesa bili sukobi zakona između federalnih jedinica. Interfederalni sukob zakona je postao aktuelan u SFRJ posle Ustavnih amandmana XX-XLII iz 1971 i Ustava iz 1974. godine. Za rešavanje unutrašnjih sukoba donet je i savezni zakon koji je postavio kolizione norme u oblasti statusa, porodičnog i naslednog prava. To je Zakon o rešavanju sukoba zakona i nadležnosti u statusnim, porodičnim i naslednim odnosima iz 1979. godine, koji je ostao na snazi i po konstituisanju SFJ.

U nekim zemljama, kao što su, na primer, anglosaksonske zemlje i Španija, norme mpp-a istovremeno služe i za određivanje merodavnog prava unutar države, a kao izuzetak postoji manji broj pravila koja su postavljena posebno i isključivo za rešavanje unutrašnjih sukoba zakona.

U bivšoj Jugoslaviji unutrašnje kolizione norme bile su jasno odvojene od normi mpp-a, ali je značajno za to da je za donošenje unureašnjih kolizionih normi bila nadležna federacija. U dosta kratkom period tokom postojanja Državne zajednice Srbija i CG, ZMPP je od saveznog postao zakon koji se primenjivao kao republički. To znači da je, sve do osamostaljenja CG, Srbija i CG bila ne samo država sa nejedinstvenim pravnim poretkom i da je svaka država članica imala sopstvene kolizione norme.

Kolizione norme pred nejedinstvenim pravnim poretkom

PR: U odluci u predmetu Okif i Poindester protiv Šermana pred engleskim sudom pojavilo se pitanje po kom pravu treba raspravljati zaostavštinu britanske državljanke koja je umrla u Napulju nakon što je tamo živela 47. godina. Sud je prvo utvrdio da je prema engleskim normama merodavno pravo domicila ostavioca i da je to italijansko pravo. Konstantovano je, međutim, i to da italijanske kolizione norme uzvraćaju na britansko pravo, jer je prema italijanskoj kolizionoj normi merodavno pravo lex nationalis ostavioca (a ona je bila zadržala u britansko državljanstvo). Sud je, u skladu sa načelima engleskog mpp, prihvatio renvoi, ali se našao u nedoumici, jer britansko pravo ne postoji, niti postoje britanske norme o unutrašnjem sukobu zakona. Dakle, nema jasnog odgovora na pitanje koje bi nasledno pravo unutar Velike Britanije trebalo primeniti. (u datom slučaju britanska državljanica nije imala nikakve veze sa pravnim područjem unutar Velike Britanije. Konstatovano je jedino da joj je otac poreklom iz Slobodne Irske, mada je on u trenutku rođenja ostaviteljke imao prebivalište u Indiji. Ipak, s oslonom na ovu vezu, donesena je odluka da se primeni pravo Slobodne Irske, jer je “jedini deo Britanske imperije za koji se pod datim okolnostima može reći da mu je ostaviteljka pripadala je onaj deo odakle je poreklom”).)

PR: Dvoje državljana Srbije, na osnovu ugovora o time šeringu, upute se na Havaje da tamo provedu nezaboravan odmor u trajanju od dve nedelje. Da bi upoznali rajske lepote ove savezne države SAD, iznajme čamac da bi uživali u koralnom moru i dožive nezgodu usled sudara sa manjom jahtom, koji je skrivio vlasnik jahte. Osim materijalne štete na iznajmljenom čamcu oni pretrpe i telesne povrede, te podnesu tužbu za naknadu materijalne i nematerijalne štete.

Prema članu 28. ZMPP-a merodavan je lex loci commissi (pravo gde je deliktna radnja izvršena, odnosno gde je posledica nastupila). Postavlja se pitanje na šta tačno upućuje koliziona norma? Drugim rečima, da li je primenom člana 28. utvrđeno da je merodavno pravo SAD, ili se pak utvrđuje da je merodavno pravo Havaja?

Rešenja u teoriji, zakonodavstvu i praksi

Postoje dva osnova rešenja problema određivanja merodavnog prava unutar nejedinstvenog pravnog poretka:

- Pravila mpp mogu neposredno da biraju između: merodavna pravila kao rešenje, ili
- konačan izbor se prepušta unutrašnjim kolizionim normama države sa složenijim pravnim sistemima.

U teriji su se iskristalisali stavovi koji podržavaju drugu soluciju. Barten smatra da je kategorija suverenosti merilo koje razdvaja međunarodne i unutrašnje sukobe zakona, te zaključuju da samo kolizije međunarodnog karaktera čine predmet mpp-a. Izbor prava unutar granica jedne države treba prepustiti zakonodavstvu te države. (ovo podržavaju i Citelman, Valeri, Klajn i drugi). Na suprotnim pozicijama je Ago, koji smatra da u slučaju izbora pravila merodavnog područja unutar države na koje ukazuje norma mpp-a zapravo i nije reč o regulisanju jednog odnosa iz realnog života od strane određenog provincijalnog zakonodavstva.

Uporedno nacionalno zakonodavstvo pokazuje veću naklonost ka “dvostepenosti”, tj. ka prepuštanju konačnog rešenja unutrašnjim kolizionim normama složene države.

NPR: odredba stave 3. paragrafa 5. ZMPP-u Australije iz 1978. predviđa da : Ukoliko se strani pravni poredak sastoji iz više odvojenih poredaka, treba primeniti pravo onoga od njih na koji ukazuju postojeća pravila stranog pravnog poretka. U slučaju da takvih pravila nema, merodavno je pravo dela nejedinstvenog pravnog poretka s kojom postoji najtešnja veza.

Gradanski zakonik Portugla iz 1966. predviđa dvostepenost, ali samo za slučaj da se do složene države dolazi putem lex nationalis kao tačke vezivanja. Međutim mnogi zakoni daju prednost jednostepenosti. Među njima su i Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne odnose i Haška konvencija za mpp. Postoje veoma snažni razlozi koji idu u prilog jednostepenosti (osim ako je reč o lex nationalisu kao tački vezivanja). Prepuštanjem rešanja unutrašnjim kolizionim normama države na koju je ukazala norma mpp-a, ostaće se najčešće bez rešenja, jer je veoma mali broj države sa složenijim pravnim sistemom koje imaju jedinstvene kolizione norme.

Smatramo, dakle, da je celishodnije da norme mpp-a neposredno biraju merodavna pravila i u slučaju kada to nisu jedinstvene norme jedne države, već norme federalne jedinice. Prema tome ako međunarodna privatna norma vodi, na primer, do SAD, jer se tamo nalazi mesto izvršenja delikta, treba primeniti pravo federalne jedinice u SAD u kojoj je izvršen delikt. Ovo rešenje je neadekvatno jedino ako je reč o lex nationalis, jer ova tačka vezivanja nije podobna da bude lokalizovana na užem području (izuzev ako postoji posebno državljanstvo federalnih jedinica, a što najčešće nije slučaj.)

Lex nationalis pred nejedinstvenim pravnim poretkom

Osnovna razlika između lex nationalisa i ostalih tačaka vezivanja je u tome što se lex nationalis zasniva na element na koji se neposredno vezuje za državu, dok ostale tačke vezivanja imaju kao činjeničnu osnovu povezanost sa jednim mestom. Preko tog mesta moguće je vezivanje za jednu državu, ali je isto tako moguće i povezivanje za užu teritorijalnu jedinicu. Za razliku od drugih tački vezivanja lex nationalis, u principu, nije podoban da bude lokalizovan na užem području.

Rešenje koje prihvata i Haška konvencija o sukobima zakona u pogledu obila testamentarnih odredaba iz 1961. godine. Prema tom rešenju ako je pravo državljanstva pravo složene države merodavno pravo unutar te države odrediće njene unutrašnje kolizione norme. Ako složena država nema jedinstvene unutrašnje kolizione norme, primeniće se pravo teritorijalne jedinice sa kojim je lice – državljanin složene države- u najbližoj vezi. Treba povući da princip najtešnje povezanosti, u ovom sklopu nije supsidijarna tačka vezivanja koja zamenjuje lex nationalis, već dopunska tačka vezivanja koja može samo da precizira, ali ne da menja izbor, tj. pravo u najbližoj vezi može biti samo jedno od prava u složenoj državi.

Norme ZMPP-a pred nejedinstvenim pravnim poretком

Član 10

Ako je merodavno pravo države čiji pravni poredak nije jedinstven a pravila ovog zakona ne upućuju na određeno pravno područje u toj državi, merodavno pravo određuje se po pravilima tog pravnog poretка.

Ako se merodavno pravo države čiji pravni poredak nije jedinstven ne može utvrditi na način predviđen u stavu 1. ovog člana, merodavno je pravo područja u toj državi sa kojim postoji najbliža veza.

Ova norma daje primat principu jendostepenosti i postavlja dve hipoteze:

1. Ako je koliziono pravilo podobno da izvrši neposrednu užu lokalizaciju pravnog odnosa, konačan izbor prava određenog područja čini sama norma našeg mpp-a. Primer Havaji – odgovor: Koliziona norma čija je tačka vezivanja mesto izvršenja delikta očito je podobna da predstavlja i vezu između pravnog odnosa i jedne federalne jedinice.
2. Kada tačka vezivanja nije podobna da neposredno uputi na jedno pravno područje unutar tog prava (npr, nacionalnost broda ili vazduhoplova). ZMPP u čl. 10. rešava to na sledeći način:
 - Prvo se traži u unutrašnjim kolizionim normama zemlje sa nejedinstvenim pravnim poretком.
 - Ako se merodavno pravo države čiji pravni poredak nije jedinstven ne može utvrditi na predviđen način, merodavno je pravo područja u toj državi sa kojim postoji najbliža veza.

16. Reciprocitet i retorzija

Reciprocitet je uzajamnost jedne zemlje. Tačnije to je izraz težnje da se odigura ravnopravna saradnja među suverenitetima. Njegova suština je u maskimi do ut des – daj da bi dobio.

Ustupci koje čini država na račun svoje teritorijalne suverenosti, a u cilju međunarodne saradnje, u načelu treba da budu uravnoteženi. Kroz uslov uzajamnosti stvara se i određena međuzavisnost prava pojedinih država. Reciprocitet je instrument usaglašavanja pravnih sistema bez neposrednog dogovora. **Uravnoteženje ustupaka javlja se kao cilj na globalnom planu, a ne po svakom pojedinačnom pitanju.**

Uslov reciprociteta u pravnotehničkom smilsu znači konkretno uslovljavanje primene stranog prava, priznanje strane odluke, ili nekog prava stranaca istim (ili sličnim) postupanjem tangirane strane države prema našim građanima, našem pravu i našim odlukama.

Opređeljivanje područja na kojima je opravdano postaviti uslove reciprociteta

Reciprocitet i retorzija u određivanju merodavnog prava

Postaviti uslov i zapretiti retorzijom kao sankcijom u oblasti određivanja merodavnog prava praktično znači sledeće: *Strano pravo na koje ukazuje domaća koliziona norma primeniće se samo u slučaju ako se u dotičnoj stranoj zemlji u simetričnom slučaju primenjuje pravo RS. ako to nije slučaj nećemo ni mi primeniti strano materijalno pravo.*

Prema Zakonu o nasleđivanju iz 1965. godine zaostavština stranog državljanina raspravlja se prema pravu države čiji je državljanin ostavilac; ali u slučaju da se u dotičnoj zemlji zaostavština jugoslovenskoj državljanina nije raspravljala po jugoslovenskom pravu već prema tamošnjem lex fori, bila je predviđena retorzna mera.

Retorzija je retka pojava u praksi određivanja merodavnog prava, a nema podrške ni u teoriji. Sama reč retorzoija označava odmazdu i retorzna mera je u suštini jedna vrsta odmazde. Svaka država sama odlučuje koje će mere i u kojim situacijama da uvaži strano pravo, strane odluke, odnosno koja će prava učiniti dostupnim strancima. Ako je opravdana i logična težnja za uravnoteženošću ustupaka, to ne znači da je bio i opravdan zahtev koji ide za tim da svi ustupci treba da budu simetrični. To znači da mi zahtevamo da sve zemlje imaju ista koliziona rešenja kao i domaća država, što je sasvim nerealno.

PR: Ako bi se pred našim sudom postavilo pitanje poslovne sposobnosti britanskog državljanina koji ima domicil u RS, primeniće se britansko pravo. Ako bi se pred britanskim sudom postavilo pitanje poslovne sposobnosti srpskog državljanina koji ima domicil u britaniji, neće se primeniti srpsko već britansko pravo. Činjenica da britanski sud ne bi primenio naše pravo u situaciji u kojoj bismo mi primenili britansko pravo. Ovo ne znači da UK i RS nisu zainteresovane za saradnju na planu primene prava, već je reč o tome da obe države poštuju principe saradnje, ali merila dva zakonodavstva nisu u svemu indentična.

ZMPP ne poznaje uslov reciprociteta i retorziju u oblasti određivanja merodavnog prava.

Reciprocitet i retorzija u oblasti sukoba jurisdikcija

U domenu sukoba jurisdikcija reciprocitet i retorzija javljaju se u vezi sa priznanjem i izvršenjem stranih sudskih odluka. Pored toga, ponegde je poznata i retorzionna nadležnost.

Najveći broj prava postavlja uslov reciprociteta u pogledu priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka – kao što to čini naše pravo. Naš zakonodavac je posvetio eksplicitnu normu i retorzionoj nadležnosti. Pri postavljanu pravila o uslovu reciprociteta u oblasti sukoba jurisdikcija – a posebno povodom priznanja stranih odluka - javlja se niz značajnih pitanja na koja retko nalazimo odgovor u zakonodavstvima. Osnovna je ideja svakako u tome da domaći organi priznaju strane odluke samo u slučaju ako se u zemlji porekla odluke takođe priznaju naše odluke. Pitanje je na kom nivou konkretnosti treba tražiti paralelno priznanje odluka. Drugo, takođe veoma značajno pitanje je sledeće: Postoji li reciprocitet između Srbije i, recimo Švedske, ako je Švedska uopšte spremna da izvršava odluke, ili ako je spremna da izvršava naše odluke pod istim uslovima pod kojima mi izvršavamo švedske odluke, ili pak ako izvršava odluke Srbije pod sličnim uslovima?

Reciprocitet i retorzija u pogledu prava stranaca

U uporednom pravu se po pravilu NE uslovljavaju sva prava stranaca reciprocitetom. (izuzetak čehoslovački Zakon o mpp-u i postupku iz 1963. godine).

U mnogim pravima ne postoji opšte pravilo o reciprocitetu u vezi sa pravima stranaca, već samo određena prava uslovljavaju reciprocitetom. To znači da se pojačava uloga zakonodavca (a smanjuje se, ili se eliminiše, uloga organa uprave) u proceni kada treba i kada ne treba tražiti reciprocitet kao iuslov da bi neka građanska ili porodična prava bila dostupna stranicima.

Mišljenje autora knjige je da ne bi bilo opravdano da se uslov reciprociteta postavi kao opšte pravilo u oblasti privatnih prava stranaca. Treba uzeti u obzir da reciprocitetom nisu uslovljena sva prava stranaca, već samo ona koja zakonodavac tako odredi.

Reciprocitet i retorzija u odnosu na složene pravne sisteme

Da bismo problem jasnije sagledali, navešćemo hipotetičan primer:

Pretpostavimo da se u Kaliforniji odbija izvršenje naše sudske odluke, a da se ne odbija u ostalih 49 federalnih jedinica SAD. Treba li da odbijemo sudsku odluku koju je doneo sud u Bostonu?

Problem je u određivanju relacija na kojima valja tražiti reciprocitet kada se u pravnom saobraćaju javljaju države sa nejedinstvenim pravnim poretkom. Bartoš dolazi do zaključka da je reciprocitet nedeljiv što izvire iz činjenice da je federalna država jedini međupravni subjekt. Postojanje raznih pravnih područja još nije činjenica koja deli građane države sa pravnim područjima na građane sa kojima će se u međunarodnom pravnom saobraćaju raznoliko postupati.

Problem dokazivanja reciprociteta

Reciprocitet nije opšti uslov za uživanje svih prava stranaca, iz čega sledi da ga treba dokazivati samo ukoliko se on izričito, zakonskom odredbom zahteva. Drugo, postojanje reciprociteta zahteva se, našim pravom, u odnosu na državu čije državljanstvo ima pretecent na neko pravo ili čiji je organ koji je doneo odluku. U odnosu na apatride čije je prebivalište u RS, ovaj uslov se ne zahteva (član 12 ZMPP-a). Ukoliko apatridi imaju prebivalište u nekoj stranoj zemlji, postojanje reciprociteta se utvrđuje u odnosu na zemlju njihovog prebivališta.

Dalje, valja naglasiti da teret dokazivanja postojanja reciprociteta zavisi od zakonske formulacije. Međutim u nekim slučajevima sud mora ex offio dokazivati njegovo postojanje, naročito ukoliko se on javlja kao uslov uživanja prava. Ako postupajući organ (najčešće sud) nikako ne može ni po načelu oficioznosti (dakle, ni putem obaveštenja Ministarstva pravde, koje npr. odgovori da nema slučajeva u praksi), a ni na osnovu dokaza koje podnesu stranke, saznati nešto o postojanju reciprociteta – ima se smatrati da reciprocitet postoji. Ovo predstavlja prvi korak ka uspostavljanu reciprociteta u praksi i korak ka međunarodnoj saradnji. Ukoliko u nekoj zemlji postoji zakon koji predviđa mogućnost uživanja pojedinih prava na bazi reciprociteta, ima se smatrati da reciprocitet postoji bez ikakvih daljih dokazivanja od strane pretendenta na pravo. Postojanje “paralelnih” zakonskih tekstova u domaćoj i stranoj zemlji koji propisuju recipročni tretman stranih državljana, proizilazi osloboda od dokazivanja postojanja reciprociteta u praksi. Eventualno dokazivanje da

u praksi ovaj reciprocitet ne primenjuju inostrani organi treba da padne na teret stranke koja, uprkos prima facie postojanju zakonskog reciprociteta, tvrdi da se in u praksi ne ostvaruje.

Novija praksa VKS-a ispravno konstatuje da, s obzirom da postoji zakonska pretpostavka postojanja faktičkog reciprociteta u materiji priznanja stranih sudskih odluka, postupajući sud mora navesti razloge zbog kojih je utvrdo suprotno. (Pogledati praksu naših sudova na strani 211-212).

Oblici reciprociteta

Vrste reciprociteta

Prema načinu nastanka, razlikujemo tri vrste reciprociteta:

- diplomatski,
- zakonski,
- faktički.

Diplomatski reciprocitet nastaje neposrednim sporazumevanjem država na bilateralnom ili multilateralnom planu. Prava koja se na taj način čine dostupnim mogu biti posebno nabrojana ili- što je takođe često- mogu biti garantovana opštim klauzulama. Postoje četiri tipa takvih klauzula koje u pojedinim ugovorima mogu biti i kombinovane:

- *klauzula nacionalnog tretmana izjednačava se položaj državljanja države sa domaćim,*
- *klauzula materijalne uzajamnosti*
- *klauzula neposredne uzajamnosti taksativno se navode prava koja se garantuju,*
- *klauzula najpovlašćenije nacije garantuje se tretman koji je dat ili će biti dat, državljanima neke treće države koja ima status i naziva se – najpovlašćenija država.*

Zakonski reciprocitet nastaje kada se jednakost, odnosno uzajamnost, uspostavlja na zakonskom nivou. Slično, ako je priznanje stranih odluka uslovljeno reciprocitetom, konstatovaće se da zakonski reciprocitet postoji ako zemlja porekla odluke i zemlja priznanja predviđaju iste ili slične uslove (odnosno smetnje) za priznanje strane sudkse odluke. Takva bi situacija, na primer, sigurno postojala između Srbije i država nastalih iz bivše SFRJ u kojima su na snazi ostale odredbe ZMPP-a.

O faktičkom reciprocitetu govorimo kada sticanje određenih prava od strane stranaca nije garantovano ni međunarodnim sporazumom, niti zakonima, ali se faktički reciprocitet obezbeđuje u praksi. Postojeće faktički reciprocitet između Srbije i Švedske ako se u Švedskoj omogući sticanje istih prava državljanima Srbije čije sticanje i mi omogućavamo Šveđanima; s tim da nije od značaja da li se takvo recipročno postupanje temelji na međunarodnom ugovoru ili na zakonima, bitno je da se ono u praksi ostvaruje. Na pitanje koja je vrsta reciprociteta zadovoljavajuća u slučajevima kada se sticanje određenih prava uslovljava uzajamnošću, naša praksa i teorija prihvataju stav da je dovoljan faktički reciprocitet. Uslov uzajamnosti smatraće se ispunjenim i kada je zagarantovan međunarodnim ugovorom ili paralelnim zakonima. Dakle, ne traži se faktička uzajamnost preko diplomatske ili zakonske.

Složena situacija nastaje kada postoji zagarantovana uzajamnost, kada su postavljani principi uzajamnog postupanja u međunarodnom ugovoru ili zakonima, ali se isti ne sprovode u praksi-organi jedne zemlje, npr,

ne priznaju određena prava našim građanima, iako sun a to obavezni prema normama međunarodnog ugovora ili zakona.

1. Ukoliko je to međunarodni ugovor, **retorzija se ne bi smela preduzeti sve dok se isti ne otkaže**, zbog poštovanja principa pacta sunt servanda. (osnov za uskraćivanje je raskinut ugovor sa stranom zemljom, kojim su ranije bila garantovana neka prava.
2. Ukoliko je, pak, zakon izvor reciprociteta, a strana država uskraćuje neko pravo državljanima RS, što se i dokaže, **mi bismo u takvim slučajevima mogli uskratiti ista prava državljanima te zemlje kod nas**. U konkretnom slučaju treba dokazati da organi strane zemlje krše zakonom propisana načela recipročnog postupanja. Ukoliko se napred navedeno dokaže, stranicma, biće *pro futuro* uskraćivano uživanje prava u RS, zbog nedostatka reciprociteta, koji je uslov njihovog uživanja.

Napred istaknuto označava da će se retorzija primenjivati samo ukoliko je neko pravo bezuslovno dostupno strancima, a u strančevoj zemlji se to isto pravo uskraćuje državljanima RS. Kao što se vidi retorzija je samo poslednji izlaz, ili poslednja zaštita Sistema.

Vrste reciprociteta **prema pravnoj sadržini**

Razlikujemo dva osnovna tipa reciprociteta:

- formalni
- materijalni

O formalnom reciprocitetu govorimo kada su stranci kod nas izjednačeni sa domaćim državljanima, a istovremeno su domaći državljani u posmatranoj stranoj zemlji izjednačeni sa državljanima te države. Formalni reciprocitet se zasniva na principu obostranog nacionalnog tretmana: stranci u domaćoj državi, izjednačuju se sa domaćim državljanima u pogledu privatnih prava, pos uslovom da se domaći državljani, u toj stranoj zemlji, izjednačavaju sa državljanima te države. **FORMALNI RECIPROCITET GARANTUJE RAVNOPRAVNOST U TRETMANU, A NE U SPECIFIČNIM DAVANJIMA, TJ. ON ISKLJUČUJE DISKRIMINACIJU PO OSNOVU DRŽAVLJANSTVA, ALI NE GARANTUJE PUNU MEĐUNARODNU NADLEŽNOST U POGLEDU UŽIVANJA NEKIH PRAVA.**

*PR: Postojeće formalni reciprocitet u pogledu prava nasleđivanja između RS i Italije. Ovaj reciprocitet postoji samo ako Italijani mogu da nasleđuju u RS jednako kao i naši državljani, a u Italiji naši će državljani moći da naslede jednako kao i domaći državljani – Italijani. Formalni reciprocter ne znači da će Italijan kao stranac kod nas imati ista prava kakva imaju naši državljani kao stranci u Italiji. **Osnovi za izjednačavanje su različiti.***

Ako Italijan ima pravo da kod nas nasleđuje jednako kao i naši državljani, to znači da će moći da nasleđuje nekretnine samo do, eventualno postojećeg maksimuma do kojeg mogu da naslede i naši državljani. Ukoliko u Italiji zemljišno vlasništvo nije na isti način limitirano, to znači da bi naši državljani mogli u Italiji da naslede i više zemljišta nego što mogu Italijani kod nas, jer su naši državljani prema principima formalnog reciprociteta izjednačeni sa Italijanima.

Materijalni reciprocitet znači pružiti strancu ona prava koja naš državljanin ima u strančevoj zemlji. **U sistemu materijalnog reciprociteta, proizilazi da tretman stranca može bit ii BOLJI i GORI od**

tretmana domaćeg državljanina. Pokazatelj koji određuje količinu prava dostupnih strancu, nije domaći državljanin u domaćoj državi, već domaći državljanin u stranoj državi. Kako on bude tamo tretiran tako će biti tretiran i stranac kod nas.

Reciprocitet koji tražimo u pogledu prava stranaca da stupaju u privatnopravne odnose i da budu nosioci privatnih prava kod nas je FORMALNI RECIPROCITET. Prilikom priznanja i izvršenja stranih odluka traži se MATERIJALNI.

IV odeljak

Glava I

20. Pravna i poslovna sposobnost fizičkih lica

a) Neki problemi koji daju povoda sukobima zakona pri utvrđivanju pravne i poslovne sposobnosti fizičkih lica

Pod pravnom sposobnošću podrazumevamo svojstvo jednog lica na osnovu kojeg ono može biti nosilac prava i obaveza. Svuda se smatra da je svaki čovek subjekat prava, dakle, da ima pravnu sposobnost. U najvećem broju zemalja pravna sposobnost se stiče **rođenjem**, ali se negde zahtevaju i dodatni uslovi sticanja. Tako se pojedina prava (nemačko, švajcarsko) zadovoljavaju činjenicom da je dete rođeno živo, druga (francusko) zahtevaju i sposobnost za život, a špansko zahteva i 24 sata života da bi dete steklo sposobnost. Problem nasciturusa (začeto, a nerođeno dete) može imati neka prava. *Problemi mogu nastati ako je u pitanju proglašenje nestalog lica za umrlo i komorijenti* (važi pitanje jesu li umrli istovremeno- austrijsko i nemačko pravo, ili su pojedinci nadživeli druge – francusko pravo).

Pod poslovnom sposobnošću podrazumevamo sposobnost jednog lica da svojim sopstvenim radnjama stiče prava i obaveze. Velika je neujednačenost u pogledu uzrasta koji dovodi do punoletstva. U najbrojnijoj grupi zakonodavstava odgovarajući uzrast za sticanje poslovne sposobnosti je 18 godina (većina evropskih zemalja, država SAD i polovina kanadskih provincija), u drugima 19 (polovina kanadskih provincija, Alabama, Nebraska, Vajoming). U Japanu i Tajlandu se punoletstvo stiče sa 20, a u nekim državama (npr. Argentini, Maleziji, Singapuru, Misisipiju) sa 21 godinom. Razmimoilaženja postoje i po tome *da li udata žena ima punu poslovnu sposobnost*. Povod za sukobe zakona daje i *emancipacija*, tj. sticanje poslovne sposobnosti pre punoletstva, koja nije svuda prihvaćena- primer je englesko pravo. **Emancipacija** se razlikuje po svojim vidovima (emancipacija na osnovu odluke roditelja-francusko pravo; na osnovu odluke državnog organa - nemačko pravo; na osnovu zaključenog braka -naše i druga prava) i po pravnim posledicama do kojih dovodi.

PR: Da uzememo jedan hipotetičan primer – pretpostavimo da Čileanka, koja ima prebivalište u Argentini, odluči da poruči za sebe nekoliko kupaćih kostima iz Brazila. Ona to čini dan nakon proslave 18. rođendana. Zadovoljstvo zaključenim poslom traje dok ne stigne predračun. Nakon što nse obavestila o ceni robe koju je neopozivo poručila, ona obaveštava prodavca iz Brazila da je još uvek maloletna i da posao ne važi . Prema argentinskom pravu, punoletstvo se stiče sa navršenom 21. godinom. U čileanskom pravu granica punoletstva je 18. godina, a isto rešenje prihvata i brazilsko pravo. Punovažnost posla zavisiće od toga koje je pravo merodavno.

U pogledu određivanja merodavnog prava za sposobnost fizičkih lica, u uporednom pravu javljaju se tri osnovna koliziona rešenja: **primena prava državljanstva**, **prava domicila** i **prava mesta nastanka obaveze**. Posebno su široko prihvaćene tačke vezivanja lex nationalis i lex domicilii, te ćemo im posvetiti više pažnje.

b) Državljanstvo kao pravna ustanova

b.1) Pojam državljanstva

Državljanstvo je bitna veza (odnos) na osnovu koje se određuje pripadnost jednog lica jednoj državi. **To je javnopravni odnos između države i lica u kojem lice, državljanin, stiče najširi status, tj. dostupna su mu sva prava (privatna, politička, ekonomska i druga) koja obezbeđuje pravni sistem dotične države za svoje građane.** Prava kojima je osnov državljanstvo ne gube se samim tim što lice boravi van zemlje čiji je državljanin. Karakteristika normi o državljanstvu: svaka država ih suvereno donosi i primenjuje. Samo domaća država može, na bazi svojih normi, dati svoje državljanstvo pojedincu, ili mu ga oduzeti. Tako, Srbija može odlučivati samo o srpskom državljanstvu, Španija o španskom itd. **Organi Srbije odlučuju na bazi srpskih propisa, samo o državljanstvu Srbije.**

Postoje dva osnovna metoda sticanja državljanstva - **ius sanguinis i ius soli**. ***Po metodu ius sanguinis***, državljanstvo se stiče preko državljanstva roditelja, deca nasleđuju njihov državljski status. Deca državljana Srbije će imati srpsko državljanstvo. Problemi nastaju kada su posredi deca iz mešovitih brakova. ***Po ius soli*** sistemu državljanstvo se stiče po teritoriji rođenja - dete rođeno na domaćoj teritoriji ima domaće državljanstvo.

b.2) Sticanje državljanstva po Zakonu o državljanstvu Republike Srbije

a) Osnovni načini sticanja

Sticanje državljanstva u momentu rođenja nazivamo osnovnim načinom sticanja. Postoje dopunski načini - sticanje državljanstva tokom života pojedinca, najčešće kao posledica promene državljskog statusa. Zakon o državljanstvu Republike Srbije iz 2004. godine poznaje osnovne načine sticanja državljanstva: **sticanje državljanstva po poreklu** i **sticanje državljanstva rođenjem na teritoriji Republike Srbije**. Ovaj ius sanguinis metod (sticanje državljanstva na osnovu državljanstva roditelja) smatra se primarnim, dok ius soli predstavlja supsidijarni metod čiji je cilj sprečavanje apatridije.

Sticanje državljanstva po poreklu (ius sanguinis). Po sili zakona dete stiče srpsko državljanstvo poreklom (član 7 ZOD):

1. *Ako su mu oba roditelja državljani Srbije, bez obzira na mesto rođenja,*
2. *Ako je jedan od roditelja državljanin Srbije, ako dete je rođeno u Srbiji, bez obzira na državljanstvo drugog roditelja,*
3. *Ako je jedan od roditelja državljanin Srbije, a drugi nepoznat ili apatrid, čak i ako je dete rođeno u inostranstvu.*

Dete rođeno u inostranstvu, čiji je jedan od roditelja srpski državljanin može steći državljanstvo po poreklu i ukoliko do navršene 18-te godine života **bude prijavljeno kao srpski državljanin u diplomatsko-konzularno predstavništvo Srbije i podnese zahtev za upis u matičnu knjigu državljana.** Zahtev podnosi roditelj koji je srpski državljanin, a uz zahtev se prilaže saglasnost deteta starijeg od 14 godina. Ako naš državljanin propusti da na ovaj način svome detetu pribavi srpsko državljanstvo, potomak ima naknadni rok

od 5 godina da to sam zatraži, sve do navršene 23. godine života. Ovo se odnosi i na potpuno usvojenu decu (adoptio plena) – sticalac državljanstva smatra se državljaninom Srbije od rođenja.

Sticanje državljanstva rođenjem na teritoriji Srbije (ius soli). Dete rođeno ili nađeno na teritoriji Srbije ako su mu roditelji nepoznati ili apatridi, ostaje bez državljanstva. Da bi se predupredila pojava apatrida od rođenja, ZOD uvodi korektivni princip ius soli (član 13): u opisanoj situaciji dete će steći državljanstvo Srbije. Detetu koje je na ovaj način steklo državljanstvo ono prestaje, na zahtev roditelja, do navršene 18. godine života, ukoliko se utvrdi da su oba roditelja stranci, ako je dete starije od 14 godina, za ovakav zahtev potrebna je i njegova saglasnost. Državljanstvo u tom slučaju prestaje danom dostavljanja rešenja.

b) Dopunski načini sticanja

Dopunski načini sticanja državljanstva Srbije su **prijem** (naturalizacija) i **sticanje na bazi međunarodnih ugovora**.

Prijem (naturalizacija) - ima po ZOD tri oblika:

- “Običnu” naturalizaciju dostupnu svim strancima
- Naturalizaciju u specijalnim okolnostima, dostupnu srpskim emigrantima i članovima njihovih porodica kao i naturalizaciju po etničkom principu
- Izuzetnu naturalizaciju, dostupnu samo licima čija je naturalizacija od interesa za zemlju.

Osim u slučajevima izuzetne naturalizacije, od svih lica koja se primaju u državljanstvo Srbije zahteva se da podnesu pismenu izjavu da Srbiju smatraju svojom državom.

1. **Obična naturalizacija.** - Obična naturalizacija omogućava sticanje državljanstva svim strancima koji to žele i podnesu odgovarajući zahtev. Prijem može podneti punoletni, poslovno sposobni stranac (ili apatrid), koji je do podnošenja zahteva imao najmanje 3 godine neprekidno prijavljeno prebivalište u Srbiji, i koji je dobio dozvolu za stalno nastanjenje. Boraviti 3 godine u Srbiji mogu sva lica na osnovu dozvole privremenog boravka. Dobiti odobrenje za stalno nastanjenje mogu samo određene kategorije stranaca: najpre je to neko kome je član uže porodice naš državljanin, ili stranac koji je kod nas već stekao dozvolu stalnog nastanjenja. Stalni boravak može tražiti i neko ko je našeg porekla, kao i stranac koji je uložio sredstva u našu privredu. Za aplikanta će često obeshrabrujuće delovati i uslov da se mora odreći svog prethodnog državljanstva. U običnoj naturalizaciji od ovoga se odustaje samo u izuzetnim situacijama, kada odricanje “nije moguće ili se ne može razumno očekivati”.

Olakšana naturalizacija ZOD (čl. 17) predviđena je za bračne drugove naših državljanina. Potrebno je da imaju odobren stalni boravak, što za ovu kategoriju aplikanta i nije tako težak uslov. Nije potrebno da se odrekne postojećeg državljanstva, niti se zahteva prethodni duži boravak na našoj teritoriji.

2. **Naturalizacija u specijalnim okolnostima.** – ZOD identifikuje i neke grupe čiji prijem u srpsko državljanstvo smatra poželjnim, toliko poželjnim da ne zahteva odricanje ili otpust iz stranog

državljanstva. I dozvoljava bipatridiju, i polipatridiju.

- **Iseljenici** - Sve što punoletni i poslovno sposobni iseljenici, njihovi potomci ili bračni drugovi treba da urade kako bi dobili srpski državljanstvo jeste da podnesu izjavu da Srbiju smatraju svojom zemljom.
- **Etnički kriterijum** – ZOD predviđa još jednu mogućnost lakog sticanja državljanstva, pod uslovima indentičnim onima koji važe za iseljenike (punoletstvo, poslovna sposobnost, izjava). Ovo je rezervisano za pripadnike srpskog ili nekog drugog naroda, ili etničke zajednice sa teritorije RS, koji nemaju prebivalište na teritoriji RS. Zakonodavac je želeo da pripadnicima srpskog naroda, ma gde god bili pruži mogućnost da steknu srpsko državljanstvo.
- 3. **Izuzetna naturalizacija (čl.19)** - Interes zbog koga Srbija, a često i druge zemlje dozvoljava ovaj vid naturalizacije mogu biti ekonomski, naučni, kulturni. ...Jedini uslov je da lice bude punoletno i poslovno sposobno, a nije potrebna izjava da Srbiju smatra svojom državom. Dakle, kao i specijalna naturalizacija, i ova može voditi polipatridiji. O prijemu u naše državljanstvo odlučuje Vlada, a na predlog nadležnog ministarstva.

bbc) Tranzitorne odredbe ZOD

Ove odredbe regulišu dva pitanja: 1. ko je danas državljanin Srbije i 2. šta se događa sa licima koja su imala državljanstvo SFRJ i državljanstvo neke druge republike, a ne Srbije. Državljaninom RS smatra se lice koje je steklo državljanstvo republike Srbije u skladu sa propisima koji su važili do stupanja na snagu ZOD.

Lica koja su imala državljanstvo SFRJ, a koja su na dan 27. februara 2005. godine imala državljanstvo neke druge bivše članice SFRJ, mogle su u roku od **5 godina** nakon stupanja na snagu ZOD (kraj 2009) steći srpsko državljanstvo. Uslov je bio da imaju **devet godina** neprekidnog prebivališta na našoj teritoriji, kao da podnesu izjavu i zahtev.

Sticanje državljanstva po međunarodnim ugovorima

Sticanje dvojnog državljanstva može biti predmet međunarodnih ugovora. Njima se nastoje rešiti problemi nastali raspadom država, promenama granica. Od novijih sporazuma pažnju zarađuje Ugovor o dvojnog državljanstvu koji je naša zemlja zaključila sa BiH (2003).

Građani BiH se, dakle, po “principu povoljnijeg prava” mogu koristiti kako odredbama ZOD za prijem u srpsko državljanstvo, tako i odredbama ovog dvostranog ugovora. Potrebna je punoletnost i trogodišnje prebivalište na teritoriji Srbije, ali ne i poslovna sposobnost. Pošto konvencija uređuje dvojno državljanstvo, nije potrebno dobiti otpust iz državljanstva BiH da bi se dobilo srpsko, kao ni zahtev da Srbiju smatra svojom zemljom. Međutim, potrebno je da aplikant nije osuđivan u BiH za krivična dela za koje je propisana kazna zatvora preko 3 godine, kao i da u Srbiji nije proterivan sa teritorije Srbije u određenom periodu koji prethodi podnošenju zahteva za državljanstvo.

21 c) Državljanstvo kao tačka vezivanja

U vezi sa korišćenjem državljanstva kao tačke vezivanja posebne teškoće predstavljaju lica koja su apatridi ili bipatridi. Do pojave apatrida dolazi zbog činjenice da pojedine zemlje poznaju različite osnovne načine sticanja državljanstva.

PR: Ukoliko zemlja X usvaja sistem sticanja državljanstva isključivo po ius sanguinis, a zemlja Y isključivo po ius soli, dete rođeno na teritoriji zemlje X, od roditelja koji imaju državljanstvo države Y, postaće apatrid od rođenja. Ovo zato što mu nijedna od zemalja neće dati svoje državljanstvo. Zemlja X jer smatra da mu taj status ima dati zemlja Y, i obrnuto. Isti je razlog pojave bipatridije: ukoliko se dete državljanina zemlje X rodi na teritoriji zemlje Y- ono je bipatrid od rođenja. Obe involvirane zemlje će mu dati svoje državljanstvo - zemlja X jer su mu roditelji njeni državljani, zemlja Y jer se rodio na njenoj teritoriji.

Ako je reč o *bipatridima* i jedno od državljanstva tog lica je domaće, domaći organi će ga po pravilu tretirati kao da ima samo domaće državljanstvo. Ako je državljanin više stranih država, potrebno je utvrditi efektivno državljanstvo, a to je državljanstvo kojim se dotično lice ustvari služi. Prilikom efektivnog državljanstva ispituje se gde ima prebivalište, gde je zaposleno itd. Ako je reč o *apatridima*, državljanstvo kao tačka vezivanja mora se zameniti nekom supsidijarnom tačkom vezivanja, a to je po pravilu domicil, a ako ne bi imao prebivalište onda je to boravište.

Postavlja se pitanje po kome se pravu određuje državljanstvo jednog lica u slučaju da o merilima raznih država to lice ima različita državljanstva. Ovde je reč o problemu kvalifikacije, koja se rešava prema pojmovima i normama zemlje verovatnog državljanstva.

ZMPP postavlja eksplicitna pravila za rešavanje problema bipatrida- apatrida.

Član 11.- da ce se bipatrid smatrati nasim državljaninom ako mu je jedno od državljanstva naše. Ako ima više stranih državljanstava smatraće se da je državljanin one od tih država u kojoj ima prebivalište. Dato je rešenje i za slučaj da to lice nema prebivalište ni u jednoj od država čiji je državljanin: tada će se smatrati državljaninom one države sa kojom je u najbližoj vezi.

Član 12.- upućuje na lex nationalis, a reč je o licu koje nema nijedno državljanstvo, lex nationalis se automatski zamenjuje drugom tačkom vezivanja - lex domicilii. Ako lice u pitanju ne bi imalo nigde ni prebivalište, ili se čak njegovo prebivalište ne može utvrditi, dolazi druga susidijarna tačka, a to je zakon mesta boravišta. Predviđena je još jedna mogućnost za slučaj da se ne može utvrditi da bi igde imalo boravište u takvom slučaju primenio bi se lex fori

22 d) Domicil kao pravna ustanova i tačka vezivanja

U našem pravu prebivalište je definisano kao mesto u kome se građanin nastanio sa namerom da u njemu stalno živi, odnosno mesto u kome se nalazi centar njegovih životnih aktivnosti, profesionalnih, ekonomskih, socijalnih i drugih veza koje dokazuju njegovu trajnu povezanost s mestom u kome se nastanio. Po našim shvatanjima domicil ima dva osnovna konstitutivna elementa: faktički i voljni. Faktički elemenat se sastoji u prisustvu na jednom mestu, a voljni u nameri lica da trajno ostane u tom mestu (animus semper vivendi). Jezdić dodaje i treći elemenat – poslovnu sposobnost. Smatra se, da lica koja nemaju poslovnu sposobnost imaju tzv. zakonski domicil u mestu prebivališta svojih roditelja ili staratelja. Pak smatra, da faktički (objektivni) ima tri komponente: *mesto stanovanja, protok vremena i odnos lica prema društvenoj sredini*. U pogledu subjektivnog, kod nas je izraženo mišljenje da se manifestuje putem konkludentnih radnji (kupovina kuće, dovođenje porodice u mesto stanovanja...).

Kod nas ne postoji saglasnost o tome kada prestaje domicil. Naše mišljenje je da domicil ne prestaje gubitkom jednog elementa, naročito ne ako je voljni element koji prvi nestaje. Relativno često je da neko izgubi nameru da u jednom mestu trajno ostane, a da se ne odseli odmah nego tek nakon određenog vremenskog perioda.

Dodatni problemi javljaju se sa domicilom naših državljana koji duži vremenski period rade i borave u inostranstvu i koji su tamo jasno uspostavili faktički element domicile, ali istovremeno oni nemaju nameru da trajno ostanu tamo, već nameravaju da se po penzionisanju vrate u zemlju. Izgleda da je naša pravna politika išla ka njihovom vezivanju za domovinu, a preko "fikcije" da su oni stekli samo boravište u inostranstvu, a da su zadržali svoj domicil. Praksa je bila uporna u njihovom vezivanju za otadžbinu, a preko domicila čime ih je vezivala za sudove ove zemlje.

Domicil stranaca u Srbiji

Stranci moraju da ispune određene dodatne uslove da bi stekli prebivalište izvan države čije državljanstvo imaju (u Srbiji je ovo pitanje uređeno Zakonom o kretanju i boravku stranaca iz 1980.) Stranac kome je odobreno stalno nastanjenje u Srbiji ima prebivalište u mestu u kome je nastanjen sa namerom da u njemu stalno živi. Ovo znači da u Srbiji može imati prebivalište samo stranac kome je odobreno stalno nastanjenje, a čije odobrenje je u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova Srbije koje nije formulisano kao obaveza već kao mogućnost. Stalno nastanjenje se može odobriti strancu, na osnovu odredba Zakona o strancima čl. 37. stav 1.:

1. koji je do dana podnošenja zahteva za stalno nastanjenje u RS boravio neprekidno duže od pet godina na osnovu odobrenja za privremeni boravak,
2. koji je najmanje tri godine u braku sa državljaninom RS, ili strancem koji ima stalno nastanjenje,
3. Maloletniku na privremenom boravku u RS, ako je jedan od roditelja državljanin RS ili stranac kome je odobreno stalno nastanjenje, uz saglasnost drugog roditelja,
4. koji je poreklom sa teritorije RS.

Zakon predviđa da se stalno nastanjenje može odobriti izuzetno i drugom strancu koji ima odobreni privremeni boravak ako to nalaži interesi humanosti ili interesi RS. Stranci koji podnose zahtev za odobrenje stalnog nastanjenja moraju podneti i dokaze o tome da imaju obezbeđena sredstva za izdržavanje. Nadležni organ o zahtevu odlučuje rešenjem. Ako se zahtev odbije u rešenju se ne moraju navesti razlozi, ali stranac ima pravo žalbe koju izjavljuje vladi RS.

Domicil kao tačka vezivanja u ZMMP Srbije - Domicil se koristi kao supsidijarna tačka vezivanja. Ukoliko se po primarnoj tački vezivanja ne može odrediti merodavno pravo za dati odnos sa elementom inostranosti. Domicil ima ulogu pri određivanju merodavnog prava za formu testamenta kao alternativne tačke vezivanja. Da li neko lice ima domicil u Srbiji utvrđuje se prema našem pravu LEX FORI.

23 e) Uobičajeno (redovno) boravište i boravište

I domicil, i uobičajno boravište imaju jedan zajednički konstitutivni element - boravak na određenoj teritoriji. On mora biti konstantan, ali ne i neprekidan.

Ovi koncepti se razlikuju po drugom konstitutivnom elementu. Kod domicila mora postojati *animus semper vivendi*, za uobičajeno boravište ona ne postoji, ali zato postoji navika – *animus residendi*. Razlika postoji i u trećem (Jezdićevom) elementu pojma - poslovnoj sposobnosti. Budući da je uobičajeno boravište činjenični koncept, nije potrebna poslovna sposobnost za njegovo sticanje, mogu ga imati i maloletnici. Boravište se javlja kao tačka vezivanja u statusnim odnosima, kao supsidijarna tačka. Kod boravišta nedostaje voljni elemenat, tj. namera da lice trajno ostane.

Boravište, odnosno uobičajeno boravište stranaca u Srbiji

Pod uobičajnim boravištem stranca u RS, u smislu Zakona o strancima - stranac kome je odobren boravak u RS ima prebivalište u mestu u kome ima nameru da boravi duže od 24 časa. Sam zakon o strancima ne razlikuje boravište od uobičajnog boravišta, ali razlikuje boravak do 90 dana i privremeni boravak.

Strancima koji podnesu zahtev za odobrenje privremenog boravka odobrenje se može izdati sa rokom važenja do jedne godine.

U zahtevu se moraju navesti razlozi iz kojih se traži odobrenje, a na zahtev nadležnog organa – Ministarstva unutrašnjih poslova - moraju se podneti dokazi o opravdanosti tih razloga, kao i o tome da podnosioci zahteva raspolazu sredstvima za izdržavanje. Privremeni boravak se strancu može produžiti ako za to postoje opravdani razlozi i to svaki put na dodatnih godinu dana. Na osnovu ovoga može se zaključiti da stranac u Srbiji može imati ne samo boravište već i uobičajeno boravište.

f) Dilema između državljanstva i domicila kao tačke vezivanja

Pristalice državljanstva ističu da je to jača veza, da je manje podložna promenama, da se znatno lakše utvrđuje nego što je to slučaj sa domicilom. Međutim, pristalice domicila ističu da je prebivalište mnogo realnija veza sa jednom teritorijom, da je logičnije da se nečija sposobnost ravna prema pravu sredine u kojoj živi.

Značajni su interesi dveju grupa država: *imigracionih i emigracionih*. **Imigracione** su one države u koje tradicionalno dolaze doseljenici i radnici drugih zemalja; **emigracione** su one zemlje iz kojih ljudi odlaze da bi postali ekonomski emigranti. Imigracionim državama više odgovara domicil kao tačka vezivanja, jer im omogućava kontrolu nad statusom doseljenika koji su zadržali svoje ranije državljanstvo. Emigracionim državama, pak više odgovara princip državljanstva.

g) Kolizione norme za pravnu i poslovnu sposobnost fizičkih lica u našem pozitivnom pravu

Naše pravo (**ZMPP Član 14** - *Za pravnu i poslovnu sposobnost fizičkog lica merodavno je pravo države čiji je ono državljanin. Fizičko lice koje bi prema pravu države čiji je ono državljanin bilo poslovno nesposobno, poslovno je sposobno ako ima poslovnu sposobnost po pravu mesta gde je nastala obaveza. Za lišenje ili ograničenje poslovne sposobnosti fizičkog lica merodavno je pravo iz stava 1. ovog člana. Odredba stava 2. ovog člana ne primenjuje se na porodične i nasledne odnose*) prihvata *lex nationalis* kao osnovnu tačku vezivanja u pogledu pravne i poslovne sposobnosti fizičkih lica.

- a) Kada je u pitanju pravna sposobnost, napominjemo da je državljanstvo jedina tačka vezivanja, što znači da se pravna sposobnost testira samo po pravu državljanstva lica o čijoj sposobnosti je reč. U situaciji kada ne postoji specijalna kolizijska norma za pitanje komorijenata u domaćem pravu, smatramo da bi ovo pitanje trebalo rešavati po *lex nationalis*. Međutim, ukoliko su oni državljanin različitih država, čija prava, svojim rešenjem dovode u ćorsokak primenjivaća u (najćeće) pitanjima naslednog prava, trebalo bi kao jedini izlaz primeniti rešenje domaćeg prava.
- b) Drugo pitanje je opšte poslovne sposobnosti. To znači da je merodavno *lex nationalis*, ali dopunjuje se sa *lex loci actus* (pravo zemlje gde je preduzet pravni posao-akt). Rezultat je sledeći: poslovna sposobnost jednog lica ceniće se po normama prava zemlje čiji je državljanin; a ako po tim pravima to lice ne bi bilo poslovno sposobno, smatraće se ipak poslovno sposobnim, ako bi bilo sposobno po pravu zemlje gde je nastala sporna obaveza, a lice će se smatrati poslovno nesposobnim samo ako bi bio poslovno nesposoban prema normama oba ta prava. Treba reći da druga šansa ne pruža u porodičnim i naslednim odnosima gde važi samo *lex nationalis*.

U vezi sa primenom lex loci actus postavlja se sledeće pitanje kad je reč o apatridima (u smislu člana 12 ZMPP) umesto lex nationalis primenjivaće se kao prvo supsidijarno rešenje lex domicilii, a ako nema ni domicil primeniće se lex fori. Lex domicilii ili drugo supsidijarno rešenje stupaju umesto lex nationalis i dobijaju onaj položaj koji je imao lex nationalis u datoj kolizionoj normi. **Lex loci actus kao dopunsko rešenje dolazio u obzir samo ako je reč o utvrđivanju nečije poslovne sposobnosti u ugovornim odnosima, a ako ne reč je o porodičnim ili naslednim obavezama.** Takođe se ostaje na lex nationalis kada je reč o određivanju merodavnog prava u pogledu lišenja i ograničenja poslovne sposobnosti.

Posebno pitanje je pitanje određenja merodavnog prava za proglašenje nestalog umrlim, za koje je ZMPP postavio posebno koliziono pravilo, merodavno je pravo države čiji je držaljanin bilo to lice u vreme nestanka.

24 Sposobnost pravnih lica

a) Neki problem koji daju povoda sukobima zakona

Pripadnost pravnog lica predstavlja pravnu vezu između jednog pravnog lica i određene države, preko koje to lice postaje titular određenih prava i potpada pod jurisdikciju odnosno države. Fizička lica pravnu sposobnost stiču rođenjem, a razni oblici udruživanja i kada faktički postoje, pravno postoje samo ukoliko im norma neke zemlje dodeli svojstvo pravnih lica. Ovu ulaznicu za pravni svet svaka država daje na osnovu sopstvene procedure i svojih kriteriuma, pa tako postoje: sistem slobodnog udruživanja, sistem koncesije i normativni sistem.

Danas postoje dva oblika povezivanja države sa udruženjem:

- **Sistem inkorporacije (osnivanja)**
- **Sistem stvarnog sedišta**

Po prvom od njih – ukoliko je društvo osnovano po domaćim propisima, ono crpi subjektivitet iz domaćeg prava. Po drugom se subjektivitet izvlači iz domaćeg prava samo ukoliko lice ima stvarno sedište na domaćoj teritoriji.

b) Teškoće pri određivanju pripadništva pravnih lica

Teškoće su potencirane time što je danas veoma česta pojava da se jedna privredna organizacija vezuje za više država. To su pravi giganti, čiji potencijali otvaraju mogućnost da se te kompanije pojave i kao značajan politički činilac, a ne samo ekonomski. Preko 28% svetskog bruto društvenog proizvoda ostvaruje 200 najuspešnijih globalnih firmi.

Određivanje pripadnosti jednog pravnog lica postaje izuzetno složeno pitanje. Teorija i praksa nude različita merila:

1. Predlaže se da se pripadnost pravnog lica utvrdi **prema državljanstvu članova glavnog organa.** Ovaj kriterijum je danas nepodoban, jer su članovi glavnog organa veoma često članovi raznih država.
2. **Registracija pravnog lica.** Pravno lice pripada onoj državi u kojoj je registrovano, tj. po čijem pravu je osnovano, bez obzira na to da li je stvarno sedište pravnog lica u toj državi ili u nekoj drugoj. Nedostatak ovog merila je u tome što veoma lako može postati instrument izigravanja, odnosno može se izvršiti fiktivna registracija pravnog lica u državi za koju ono nije stvarno vezano.

3. **Sedište pravnog lica**. Pod stvarnim sedištem smatra se sedište glavnog organa uprave. Da bi se po ovom kriterijumu dao pravni subjektivitet nekom udruženju, najčešće je neophodno da ima i stvarno sedište u državi po čijem pravu je osnovano.

4. **Centar eksploatacije** - odnosno centar privrednih aktivnosti jednog pravnog lica.

5. Posebno merilo je predviđeno za vanredne prilike, a to je **merilo kontrole**. Moguće je da merila kao što su državljanstvo članova ograna glavne uprave, sedište itd. pokazuju da je jedno pravno lice domaće ili da pripada prijateljskoj stranoj državi, a da to pravno lice stvarno kontroliše neprijatelj. Da bi se mogle preduzeti odgovarajuće mere da bi se mogla sprovesti efikasna zabrana trgovanja sa neprijateljem u vanrednim (ratnim) prilikama, kao merilo postavlja se princip kontrole.

c) Stanovište našeg prava

Naše pravo prihvata državljanstvo (pripadništvo) pravnih lica kao tačku vezivanja za određivanje merodavnog prava u pogledu sposobnosti pravnih lica (član 17. ZMPP).

U nekim našim bilateralnim konvencijama (sa Češkom, Rumunijom) postavlja se kao kriterijum da pravno lice pripada državi po čijem pravu je osnovano.

Relevantna su dva pokazatelja pripadnosti pravnog lica:

Pravo po kome je pravno lice osnovano i stvarno sedište pravnog lica.

Pripadnost pravnog lica određuje se po pravu države po kome je ono osnovano.

Ako pravno lice ima stvarno sedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovano i po pravu te druge države ima njenu pripadnost, smatraće se pravnim licem te države.

Naše pravo prihvata teoriju inkorporacije; ako pravno lice ima to svojstvo po pravu države po kome je osnovano, naši organi će smatrati da ono ima pripadnost te države.

Dakle, ako je inkorporacija izvršena u jednoj državi, a sedište se nalazi u drugoj državi, pripadnost lica će odrediti pravo države u kojoj se nalazi stvarno sedište.

Nadležni organ u našoj državi mora primenom supstancijalnog prava države u kojoj je stvarno sedište da utvrdi da li po pravu te države ima njemu pripadnost. Ako je odgovor **pozitivan** za naše pravne organe takvo pravno lice ima pripadnost države u kojoj je stvarno sedište pravnog lica. Ako je odgovor **negativan** naši organi neće smatrati da to pravno lice ima pripadnost države u kojoj ima stvarno sedište, već pripadnost treba da utvrde po pravu države po kome je ono osnovano.

Izvori međunarodnog porodičnog prava u Srbiji

Za MPP od posebnog značaja bile su odredbe Osnovnog zakona o braku, koji je donešen 1946. godine, Osnovni zakon o starateljstvu iz 1947.

Donošenje ZMPP predstavlja značajnu prekretnicu. ZMPP (u čl. 32-45) sadrži prilično detaljnija koliziona rešenja za pitanja zaključenja braka, nevažnosti braka, razvoda braka, lične i imovinske odnose bračnih partnera, imovinski odnosi u vanbračnoj zajednici kao i za pitanje odnosa roditelja i dece, priznanja, utvrđivanja ili osporavanja očinstva ili materinstva, pozakonjenja, obaveze izdržavanja među srođnicima i uvojenja.

Pored ZMPP, značajan izvor kolizionih normi su i **bilateralne konvencije** (sa Francuskom 1971. zaključena je Konvencija o nadležnosti i o zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava)

Iako se ne odnose na materiju merodavnog prava, izvore međunarodnog porodičnog prava u Srbiji čine dve specijalne bilateralne konvencije koje regulišu priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka o zakonskom izdržavanju. **Sporazum između SFRJ i Republike Austrije o uzajamnom priznavanju I izvršenju odluka o izdržavanju iz 1961. I Sporazum između SFRJ i Kraljevine Blegije o priznavanju I izvršavanju stranih sudskih odluka o izdržavanju iz 1973.**

Postoje tri multilateralne konvencije koje se tiču međunarodnog porodičnog prava, a koje je ratifikovala naša zemlja.

1. **Njujorška konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu iz 1956.** - Koja ustanovljava mehanizam međunarodne pravne pomoći radi olakšavanja i ubrzanja ostvarivanja izdržavanja između poverilaca i dužnika koji se nalaze na teritoriji različitih država ugovornica.
2. **Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980.** – koja ustanovljava jednu vrstu međunarodne pravne pomoći u cilju obezbeđivanja hitnog povratka dece koja su nezakonito odvedena ili zadržana u bilo kojoj zemlji ugovornici
3. **Evropska konvencija o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci i o ponovnom uspostavljanju odnosa staranja 2001.** - Ova konvencija ustanovljava specijalna prava za priznanje I izvršenje odluka o staranju i sadrži odredbe o ponovnom uspostavljanju odnosa staranja za slučaj da je dete odvedeno od lica koje ima pravo na staranje.

25 Određivanje merodavnog prava za bračne odnose

a) Materijalni uslovi za zaključenje braka

U brakovima sa elementom inostranosti neminovne su razlike u nacionalnim pravima, različite koncepcije braka, različito državljanstvo ili domicil verenika ili verenice – okolnosti su koje daju povoda sukobu zakona. Tako, na primer, u većini država brak se shvata kao zajednica jednog muškarca i jedne žene, te se postojanje ranijeg braka tretira kao bračna smetnja. Međutim, jedan broj zakonodavstava poznaje i priznaje i brak koji je zajednica jednog muškarca i više žena, po pravilu najviše 4. Danas se npr. u nekim državama postavlja pitanje različitosti polova kao nepohodan uslov za zaključenje braka.

U pogledu materijalnih uslova MPP poznaje dva osnovna pitanja pri postavljanju kolizionih normi.

Prvi pristup određuje kao merodavno pravo - pravo zemlje u kojoj se brak zaključuje, a **drugi** personalno pravo budućih bračnih partnera. Prednosti prvog pristupa su u tome što nadležni organ primenjuje domaće pravo koje najbolje poznaje. Osim toga eliminiše problem kvalifikacije između materijalnih i formalnih uslova za zaključenje braka. Glavna zamerka jeste što ono širom otvara vrata izigravanju zakona i tako omogućuje zaključivanje brakova protivno

uslovima koje propisuju personalna prava budućih partnera. Drugi pristup je znatno prihvaćen i više odgovara načelu da se poštuje pravo država koje vode brigu o ličnim i porodičnim odnosima ljudi koji imaju pripadnost te države.

Prema rešenju Osnovnog zakona o braku koje je preuzeo I ZMPP- pred domaćim matičarem će moći da se zaključi brak sa elementom inostranosti samo ako je udovoljeno uslovima prava onih država čiji su državljani budući bračni partneri, kao i osnovnim uslovima domaćeg prava. Elementi rešenja koje sadrži ZMPP: kumulativna primena lex nationalis budućih bračnih partnera, i primena dela lex fori.

aa) Kumulativna primena lex nationalis budućih bračnih partnera

Ovakvim rešenjem se želi izbeći slapanje brakova koji ne bi bili valjani u sredini jednog od bračnih partnera. Zbog toga je prvo pravilo da treba poštovati materijalne ulove propisane pravom one države čiji su državljani lica koja žele da zaključe brak. Ako su budući bračni partneri državljani različitih država, kumulativno će se primeniti propisi tih država o materijalnim uslovima za zaključenje braka.

U teoriji se razlikuju OBIČNA I DISTRIBUTIVNA kumulacija.

Verenik srpskog državljanstva i verenica američkog državljanstva sa domicilom u državi Misisipi žele da zaključe brak. Ona ima 40 godina i veoma uvredljivo ispunjava uslov koji u pogledu uzrasta postavlja kako pravo Srbije tako i pravo Misisipija (21 godina a ukoliko je budući bračni drug mlađi, potrebna je saglasnost roditelja). Mladoženja ima 18 godina i taman ispunjava uslov koji u pogledu uzrasta postavlja pravo Srbije, ali bi u pogledu njega bilo smetnji prema pravu Misisipija.

Po jednom poimanju, kumulacija znači da verenik i verenica moraju ispuniti uslov propisan u pogledu oba merodavna prava. U tom slučaju (a to je slučaj **obične kumulacije**) brak se ne bi mogao zaključiti.

Prema drugom konceptu, kumulacija znači da svako od budućih partnera treba da ispuni samo uslove koji su propisani u pravu sopstvenog državljanstva, a ne i one koje propisuje pravo državljanstva drugog. To bi bila **distributivna kumulacija**, prema kojoj matičar treba da primeni i srpsko pravo, i pravo Misisipija, ali uzrast verenice treba da se ceni samo prema pravu SAD, a uzrast državljanina Srbije samo prema normama bračnog prava Srbije. Ova druga koncepcija ima posledicu da u našem primeru nema smetnji za zaključenje braka.

Kao nedostatak distributivne kumulacije da ovaj način primene merodavnog prava ne može da važi u pogledu svih bračnih smetnji, već da postoje “apsolutne” ili “dvostrane” smetnje koje iziskuju običnu kumulaciju. Katičić je baveći se ovim problemom sproveo razlikovanje između jednostranih dvostranih, i lažno dvostranih smetnji. Prema njegovoj definiciji – **jednostrane smetnje** su okolnosti koje nisu prepreka braku, ako se ne nalaze na strani nupturijenata (mladoženja), po čijem zakonu bi one bile smetnja (uzrast mladoženje – državljanina Srbije koji po američkom zakonu ne ispunjava uslov bračne zrelosti sa svojih 18 godina).

Dvostrane smetnje sprečavaju punovažno zaključenje braka, “ma na kojoj strani se nalazile, makar su smetnja po zakonu jedne strane” u koju ubraja epilepsiju ili polne bolesti.

Lažno dvostrane su smetnje koje su jednostrane, ali se po svojoj prirodi nalaze na obe strane (i na strani verenika, i na strani verenice) ako uopšte postoje. PR: Srpska sinovica (bratanica) je sa danskim stricem u trećem stepenu pobočnog srodstva, te oni neće moći da zaključe brak pred srpskim organom, jer sinovica ne ispunjava materijalni uslov dozvoljenog stepena srodstva (četvrti) po pravu Srbije, iako stric ispunjava materijalni uslov propisan danskim pravom, koje isključuje samo drugi stepen pobočnog srodstva.

Teorija o jednostranim i dvostranim smetnjama omogućava da se izbegnu i neželjeni rezultati koje distributivna kumulacija može da izazove, zapravo težak zadatak je onaj u kome treba odstupiti od distributivne kumulacije, i primeniti običnu.

NPR: student prava Saudijske Arabije je završio prvu godinu studija u Beogradu i u tom gradu se oženio sa studentkinjom matematike iz Nemačke. Svoju studijsko-bračnu karijeru nastavlja u Novom Sadu. Upisuje drugu godinu studija i želi da se oženi studentkinjom Pravnog fakulteta koja je državljanka Grčke. Naš matičar treba da primeni *lex nationalis* verenika i *lex nationalis* verenice. Prema pravu Saudijske Arabije prethodni brak nije smetnja za zaključenje braka, ali po pravu Grčke jeste.

Ukoliko primenimo distributivnu kumulaciju kao način primene merodavnog prava, materijalni uslovi Saudijaca će se ceniti prema pravu njegovog državljanstva (koje dozvoljava brak), a materijalni uslovi za studentkinju iz Grčke ceniće se po pravu njenog državljanstva (koje takođe dozvoljava brak pod pretpostavkom da nije već udata). Ovde je distributivna kumulacija moguća, samo se javlja pitanje da li je ona opravdana, pošto bi dovela do zaključenja braka u kome bi Grkinja bila pored Nemice druga žena Saudijca. Odgovor na ovo pitanje potiče od stava koji je usmeren na izbegavanje onih situacija koje omogućavaju nastanak šepajućih brakova. Zbog toga ostaje centralno pitanje određivanja kriterijuma za razgraničenje jednostranih i dvostranih smetnji. Činjeni su pokušaji definisanja bračnih smetnji ali nisu urodili plodom, pa ostaje zaključak da takav kriterijum ne stoji na raspolaganju onima koji primenjuju to pravo. Polson (švedski autor) je izneo stav da se prilikom odlučivanja o jednostranoj ili dvostranoj prirodi pojedinih smetnji mora poći od toga da je ona konstrukcija onog materijalnog prava koje ih propisuje, pa se dvostranim smatraju one smetnje koje s obzirom na svoj duh i cilj zadovoljavaju primenu u pogledu oba buduća bračna partnera. Podela bračnih smetnji na jednostrane ili dvostrane je relativna, i zavisi od značaja i cilja svake pojedine smetnje. Tako da prilikom određivanja merodavnog prava ne možemo unapred formirati stav o tome da li će jedna smetnja biti jednostrana ili dvostrana, na to pitanje daje odgovor konkretno merodavno -supstancijalno- (materijalno) pravo.

Takav problem se u MPP-u rešava ***drugostepenom kvalifikacijom*** (radili smo kod lekcije kvalifikacija: na prvom stepeniku polazi se od prava države suda (*lex fori*), dok se na drugom ukoliko se primenjuje strano pravo koje je merodavno, ono tumači po pojmovima tog merodavnog prava (*lex causae*), misli se na materijalne norme *lex causae*, ali i na kolizione norme u slučaju primene ustanove *ranvoi*)

Drugo pitanje se tiče prihvatljivosti obične kumulacije kao načina primene merodavnog prava, a da se ne vredi princip suverene jednakosti država i njihovih zakonodavstava. Sama činjenica da jedna država Y postavlja bračnu smetnju sa pretenzijama da spreči brak čak i ako smetnja stoji na strani državljanina druge države X, ne bi mogla da opravda odstupanje od distributivne kumulacije. U situaciji u kojoj bi verenica A-državljanica države A i državljanin države B želeli da zaključe brak u Srbiji, a svako od njih udovoljava materijalnim uslovima koje postavlja *lex nationalis*, domaći matičar ne bi imao razloga da odbije zaključenje drugog braka, osim ako bi takav brak bio očigledno protivan našim nadozorima. Prema ovom shvatanju postoji dakle razlog da se ne dozvoli zaključenje drugog braka Saudijskog studenta, **ali taj razlog nije u tome što bi norma Grčke kao dvostrana smetnja dobila primat nad saudijskom normom, već u tome što bi zaključenje poligamnog braka bilo u suprotnosti sa osnovnim načelima u zemlji u kojoj se brak zaključuje.**

U pogledu uslova za zaključenje braka, merodavno je za lice pravo države čiji je ono državljanin u vreme stupanja u brak. (ZMPP član 32.) ovo je i dopunjeno normom koja predviđa da se neće moći zaključiti brak pred našim organom, čak i ako su ispunjeni uslovi prema *lex nationalis* verenika, ukoliko postoje neke posebno navedene smetnje po pravu Srbije.

U našem pravu nema osnova da se odstupi od principa distributivne kumulacije prilikom primene dva *lex nationalis*-a. Treba naglasiti da ZMPP upućuje na primenu dela *lex fori*, pored primene dva *lex nationalis*-a, koje će matičar primeniti u skladu sa načelom distributivne kumulacije.

ab) Primena dela lex fori

U pogledu materijalnih uslova za zaključenje braka, pored personalnog prava verenice i verenika, predviđa i merodavnost lex fori ili dela lex fori. Ovakve norme se u literaturi često tumače kao formulacija javnog poretka u jednom užem domenu. U nekim pravima javni poredak odnosno primena lex fori, javlja se u permisivnom vidu (dozvoljava se zaključenje braka s pozivom na javni poredak, iako se prema merodavnom pravu taj brak ne bi mogao zaključiti), a u drugim pravima u prohibitivnom obliku (ne dozvoljava se zaključenje braka s pozivom na javni poredak, iako se prema merodavnom pravu mogao zaključiti taj brak).

ZMPP predviđa čak i ako prema lex nationalis određenog lica postoje uslovi da to lice zaključi brak , nadležni organ u Srbiji neće dozvoliti zaključenje tog braka, ako u pogledu tog lica postoji jedna od 3 smetnje predviđene prema pravu Srbije. To su smetnje koje se odnose na:

1. postojanje ranijeg braka
2. srodstvo
3. nesposobnost za rasuđivanje.

Ne može se smatrati da naš organ ne može drugim povodom da se pozove na naš javni poredak. Maloletstvo se, na primer, ne pominje među smetnjama koje se uvek cene i po našem pravu, što znači da bi pred domaćim matičarem moglo da se sklopi brak dvoje stranih državljana, od kojih ona ili on (ili nijedno od njih) nije dostiglo uzrast koji traže nasi propisi. Ipak ako bi neko od verenika bio drastično daleko od uzrasta koji traže naše norme (ako ne bi imao više od, recimo, 7-8 godina), tada bi matičar, mogao da otkloni sklapanje braka pozivom na naš javni poredak.

Rezime: U pogledu materijalnih uslova za zaključenje braka sa elementom inostranosti primeniće se kumulativno nacionalni zakoni verenice i verenika, s tim da je kumulacija distributivna. Bez obzira na to da li je samo jedan od verenika strani državljanin ili su to oboje, pored uslova iz njihove nacionalnih zakona, treba poštovati i tri uslova koja postavlja naše pravo.

b) Forma braka

Forma braka spada u najznačajnije elemente putem kojih se nastoji braku obezbediti odgovarajuće dostojanstvo, ali i pravna sigurnost.

U jednom broju država se smatra da dostojanstvo i pravnu sigurnost najviše obezbeđuje crkvena forma, druge države se zalažu za građansku formu. Naravno i ovde imamo prisutan problem kvalifikacije. Neka pitanja se u određenim pravima kvalifikuju kao problem forme braka, dok se ista pitanja prema drugim pravima kvalifikuju kao materijalni uslovi za zaključenje braka. Klasičan primer je dilema koja se javlja usled razlike engleskog i francuskog shvatanja u pogledu poimanja saglasnosti roditelja za stupanje u brak maloletnika. U Engleskoj se to smatra pitanjem forme braka, dok u Francuskoj je jedan od materijalnih uslova za zaključenje braka.

U brakovima sa elementom inostranosti forma daje povoda za razlikovanje dve situacije. **Prva** se tiče zaključivanja brakova pred domaćim organom, na domaćoj teritoriji kada se javlja element inostranosti u subjektu. **Druga** situacija se odnosi na priznanje brakova koji su zaključeni u inostranstvu, kada se element inostranosti javlja u pravima i obavezama. U prvoj je to određivanje merodavnog prava za formu, a u drugoj određivanje merodavnog prava za priznanje brakova koji su zaključeni u inostranstvu.

ba) Merodavno pravo za formu braka koji se zaključuje na teritoriji domaće države

Osnovno koliziono rešenje u pogledu forme braka sa elementom inostranosti je mesto zaključenja braka izraženo kao **lex loci celebrationis** (pravo mesta svečanosti). Rešenje je opredeljeno funkcijom koju forma braka treba da ispuni, a

ona se sastoji u pravnoj sigurnosti koja je obezbeđena učešćem državnog organa. Nadležni organ pri zaključivanju brakova postupi po pravu svoje države i na isti način bez obzira na to da li se pred njim nalaze verenici koji su domaći ili strani državljani. ZMPP - član 33. postavlja pravilo za *lex loci celebrationis*:

Za formu braka merodavno je pravo mesta gde se brak zaključuje.

Ovo pravilo je bezrezervno i važi za sve slučajeve zaključivanja brakova na teritoriji Srbije, i pred njenim organima. Pravilo važi kako za slučajeve u kojima lice domaćeg državljanstva zaključuje brak sa licem stranog državljanstva, tako i za slučajeve u kojima se zaključuje brak između dvoje koji imaju isto ili različito strano državljanstvo. U Srbiji važi da je i za strane državljane obavezan građanski brak, i jedini on može da bude punovažno zaključen. Verski brak nema pravna dejstva ni u Srbiji, a po pravilu ni u inostranstvu.

bb) Merodavno pravo za priznanje brakova koji su zaključeni u inostranstvu

NPR: Država X u kojoj je pravno obavezujuća verska forma braka, njihov brak će biti zaključen prema odgovarajućem verskom ritualu. Ako bi to bila država Y, u kojoj je pravno obavezujuća građanska forma, njihov brak će biti zaključen u toj formi. Ako se oni odluče za državu Z, u kojoj je punovažan kako verski tako i građanski brak oni mogu izabrati jednu od tih formi. U svakoj od ovih situacija brak će biti punovažan u državi gde je i zaključen, međutim postavlja se pitanje da li će brakovi zaključeni u inostranstvu biti punovažni i izvan tih država, i to prvenstveno u onim zemljama čiji su državljani braćni partneri. Ovo pitanje se u MPP-u zove – problem priznavanja stranih brakova, a ovde je reč o priznanju formalne punovažnosti brakova.

Merodavno pravo za napred navedene brakove određuje se na osnovu maksime “brak punovažan u mestu zaključenja, punovažan je svuda”. *Lex loci celebrationis* važi kao osnovno pravilo i za priznanje brakova zaključenih u inostranstvu. Države kao pravo mesta zaključenja braka propisuju kao osnovno i jedino pravilo za određivanje merodavnog prava za formu braka sa elementom inostranosti primenjuju ovo rešenje i u slučajevima priznanja inostranih brakova. Za obe situacije važi ista koliziona norma, a razilka je u ulozi domaćeg organa.

Iz ralog *favor matrimonii* i *favor validatis*, neke države imaju i dopunska, alternativna pravila u pogledu priznanja inostranih pravila, koja se odnose na brakove stranih državljana koji su zaključeni u inostranoj formi, a treba ih priznati u domaćoj državi, i na brakove domaćih državljana koji su zaključeni u inostranstvu. Alternativno pravilo je ustanovljeno u korist prava drugih državljanstva braćnih partnera. Suština rešenja je u tome da se omogućava priznanje inostranog braka ukoliko je on punovažan u pogledu forme bilo po pravu mesta zaključenja, bilo po pravu državljanstva jednog ili oba braćna partnera. Važnost maksime- brak punovažan u mestu zaključenja, punovažan je svuda.

Posledica ovako shvaćenog *lex loci celebrationis* jeste da će dvoje državljana Srbije sa prebivalištem u Srbiji moći da zaključe brak u verskoj formi u inostranstvu koji će biti priznat u Srbiji kao punovažan, ukoliko je punovažan po pravu mesta u kome je zaključen. Koliziona norma *lex loci celebrationis* prilikom priznavanja brakova koje domaći državljani zaključuju u inostranstvu nameće još dva pitanja mpp-a, prvo se tiče zabrane *fraus legis*, a drugo prigovora javnog poretka.

ZMPP ne sadrži nikakvo drugo pravilo o formi braka sa elementom inostranosti osim pravila *lex loci celebrationis*. Brak dvoje državljanina Srbije sa prebivalištem u Srbiji zaključen u Grčkoj, pred pravoslavnim sveštenikom bio bi priznat u Srbiji, čak iako postoji sumnja da su oni taj brak zaključili u Grčkoj da bi izbegli obaveznu građansku formu po domaćim propisima. Pri ovome moramo imati u vidu eventualne primene ustanove *fraus legis*, koje mogu da sankcionišu domaći organi samo ukoliko se putem veštački stvorene tačke vezivanja nametnu primenu stranog prava pred istim tim organima, što očigledno nije slučaj, jer se taj brak zaključuje pred pravoslavnim sveštenikom u Grčkoj. Nadležni organ dolazi u dodir sa takvim brakom u postupku njegovog priznanja radi registracije u domaćim matičnim knjigama. Priznanje se obavlja na osnovu izvoda iz strane matične knjige venčanih, a sastoji se u priznanju dokazne

snage stranih javnih isprava. Prema Konvenciji o izdavanju nekih izvoda iz matičnih knjiga namenjenih inostranstvu (1956) i Konvenciji o izdavanju izvoda iz matičnih knjiga na više jezika (1976), izvodi kojima se konstantuje venčanje, ako su izdati shodno Konvenciji imaju istu dokaznu snagu kao i izvodi iz matičnih knjiga domaće zemlje te se primaju na teritoriji svake države potpisnice bez overavanja. Ukoliko nema mesta primeni Konvencije, priznanje zavisi od priznanja dokazne snage stranih javnih isprava u međunarodnom prometu i o dokaznoj snazi javnih isprava.

Priznanje inostranog braka državljanina Srbije moglo bi da se odbije samo ukoliko bi pravo, koje je bilo primenjeno prilikom zaključenja tog braka u konkretnoj formi, bilo u suprotnosti sa javnim poretком Srbije.

c) Diplomatsko-konzularni brakovi

Takvi brakovi u MPP-u smatraju se domaćim brakovima pošto se zaključuju pred ovlašćenim organom domaće države i na eksteritorijalnom delu domaće države. **Zapravo to su brakovi koji se u stvarnosti zaključuju u prostorijama diplomatskog ili konzularnog predstavništva domaće države koje na osnovu diplomatskog, odnosno konzularnog prava uživaju eksteritorijalnost i u kojima predstavnici države imenovanja primenjuju pravo države imenovanja uključujući i kolizione norme.**

Ako bi verenici želeli da zaključe brak u inostranstvu oni bi mogli to da učine i u domaćoj formi, po domaćem pravu, pred diplomatskim ili konzularnim predstavništvom svoje države, ali samo ako bi bili ispunjeni određeni uslovi. Prva grupa uslova tiče se ovlašćenja predstavništva za zaključenje brakova, a druga - samih lica koja žele da zaključuju brakove. Uslovi su sledeći:

1. Mora ga za to ovlastiti funkcioner koji rukovodi organom uprave nadležnim za inostrane poslove, što propisuje član 102. ZMPP-a. Ukoliko postoji ovakvo ovlašćenje, a ispunjeni su uslovi koji se tiču svojstva verenika, takav brak bi bio punovažan u Srbiji.
2. Da bi brakovi bili punovažni u državi u kojoj se nalazi dotično predstavništvo potrebno je da se ta država ne protivi tome da strana predstavništva na njenoj teritoriji obavljaju aktivnost koja ne spada u redovnu nadležnost tih organa. Pristanak strane države se eksplicitno izražava putem međunarodnog ugovora, najčešće bilateralnog.
3. Poseban uslov se odnosi na diplomatsko-konzularne brakove tiče se svojstva subjekata-verenika-koji žele da zaključe brak. Prema stavu 1. Člana 102. ZMPP-a verinik i verenica treba da budu srpski državljani.
4. Pozitivno pravo Srbije daje mogućnost da lica koja imaju državljanstvo Srbije mogu pred domaćim predstavništvima zaključiti brak sa licima koji imaju strano državljanstvo neke druge države, a ne države prijema, ukoliko je to pitanje regulisano međunarodnim sporazumom. U ex-Jugoslaviji su važila dva takva sporazuma. Prvi je između Jugoslavije i Norveške o recipročnom priznavanju diplomatske-konzularne forme braka 1957. godine, a drugi Razmena nota između SFRJ i Šri Lanke o recipročnom ovlašćenju konzula da zaključe brakove iz 1982. Prema ovom stanju, pred ovlašćenim predstavnicima ex-Jugoslavije u Norveškoj i Šri Lanki, brak mogu da zaključe verenici koji su oboje državljani Jugoslavije, ali u Norveškoj i Šri Lanki jugoslovenski državljani mogu da pristupe ceremoniji zaključenja braka i ako je to lice sa kojim žele da zaključe brak državljanin strane države.

d) Nevažnost braka

Brak će se poništiti upravo iz razloga što u vreme njegovog zaključenja nije bio ispunjen neki od razloga za punovažnost.

Merodavno pravo za poništaj brakova sa elementom inostranosti je ono koje je u vreme zaključenja braka bilo merodavno za formu i materijalne uslove. Formalna punovažnost braka ceni se prema lex celebrationis, a materijalna po lex nationalis, lex domicil ili lex fori u zavisnosti od toga po kom pravu je brak zaključen. Bitno je da je uzrok poništaja postojao u vreme zaključenja braka, i po pravu koje je bilo merodavno za njegovo zaključenje.

Osim uzroka za nevažnost braka, po ovom merodavnom pravu određuju se i sledeća pitanja: da li uzrok čini brak nepostojećim, ništavim ili rušljivim; da li se se brak, u zavisnosti od uzroka, može konvalidirati ili ne. Krug lica koja su ovlašćena da pokrenu postupak poništaja braka, prema preovladajućem stavu, određuje pravo koje je merodavno za uzroke nevažnosti. Dejstva nevažećih brakova potpadaju pod lex cause, tj. pod pravo koje je merodavno za uzroke nevažnosti zbog tesne veze između uzroka i pravih posledica koje nevažnost izaziva. Međutim treba dodati da anglosaksonska pravna tradicija dejstva nevažnosti podvodi pod proceduralna pitanja i na njih primenjuje lex fori.

ZMPP - član 34 : Za nevažnost braka (nepostojanje ili ništavost) merodavno je bilo koje pravo po kome je brak zaključen.

Ovo znači da će domaći nadležni organ primeniti ono pravo prema kome je brak i zaključen, a pri tome će obratiti pažnju na sledeće: za zaključenje braka ne mora biti merodavno jedno pravo, već to mogu biti i više prava.

Trebalo bi uzeti da će se svaki razlog ceniti upravo po onom pravu prema kome je cenjen i prilikom zaključenja braka. NPR: ako se poništaj traži usled nedostatka forme, merodavno će biti pravo prema kojem se prilikom zaključenja ceni forma braka. Ako se poništaj traži iz razloga što je brak zaključen uprkos postojanju neke jednostrane smetnje merodavno će biti pravo državljanstva onog lica na čijoj strani postoji ta jednostrana smetnja. Nedostatak volje bi trebalo ceniti prema pravu onog bračnog partnera kod koga se javlja taj nedostatak volje na osnovu kojeg se traži poništaj. Ukoliko se oglašenje braka nevažećim traži iz razloga forme, **uzroci nevažnosti će se ceniti prema lex loci celebrationis.**

Treba obratiti pažnju na još dva pitanja : prvo se postavlja povodom formulacije člana 34. ZMPP-a koji određuje merodavno pravo za nevažnost braka, a drugo povodom vremenskog sukoba zakona s obzirom na promene koje mogu nastati u sadržaju merodavnog prava u razdoblju između zaključenja braka i zahteva za oglašenje njegove nevažnosti.

- (1) Pretpostavimo da je brak zaključen u SAD između državljanina Srbije i državljanke Venecuele. Oboje imaju prebivalište u SAD. Prema kolizionim normama zemlje gde je brak zaključen trebalo je primeniti pravo domicila. Da je isti brak bio zaključen u Srbiji merodavna bi bila dva lex nationalis-a, a ne lex domicilii, odnosno matičar u Srbiji bi primenio pravo Venecuele i pravo Srbije u pogledu materijalnih uslova za zaključenje braka. Pitanje je po kome će se pravo ceniti razlozi za nevažnost. Da li prema pravu koje je bilo merodavno prema kolizionim normama države gde je brak zaključen ili prema pravu koja bi bila merodavna prema našim kolizionim normama koje vaze za zaključenje braka.

Formulacija člana 34 pruža više oslonca na drugu interpretaciju za shvatanje da se razlozi za poništaj cene prema pravu koje je bilo merodavno po domaćoj normi: Za nevažnost braka merodavno je bilo pravo po kome je brak zaključen. Ovakva interpretacija je u skladu sa principom da se nevažnost pravnih akata ceni prema pravu po kome je dotični akt nastao – što bi u gornjem slučaju bilo pravo SAD-a kao pravo domicila bračnih partnera. Izraz “bilo koje pravo po

kome je brak zaključen “ odnosi se na brakove koji su zaključeni pred nadležnim domaćim organima koji primenjuju ZMPP Srbije, zato što je njihovo domaće koliziono pravo određuje pravo za nevažnost brakova ukoliko o tome treba da odluči nadležni organ Srbije. Ukoliko bi to bili brakovi koji nisu zaključeni u smislu člana 32 ZMPP, to znači da su zaključeni pred inostranim organom koji je odredio merodavno pravo po kolizionom pravu države kojoj pripada, iz čega sledi da domaće pravosuđe nema eksplicitnu normu za nevažnost brakova koji su zaključeni pred organima Srbije. Može se zaključiti da merodavno pravo za nevažnost brakova koji su zaključeni pred inostranim organima biti ono pravo koje je kao takvo određeno kolizionom normom države kojoj pripada dotični organ. S tim da treba imati u vidu zaštitu javnog poretka Srbije u oblasti materijalnih uslova za zaključenje braka.

- (2) Drugo pitanje se tiče vremenskog sukoba zakona. Ovaj problem se može javiti na dva načina: A) do promene merodavnog prava može doći na taj način što bi bračni partneri promenili svoje državljanstvo, ili domicil. B) do promene dolazi kada se menjaju norme istog merodavnog prava.

U prvom slučaju smatramo da može da bude merodavno samo ono pravo koje je personalno pravo bračnih partnera u vreme zaključenja braka. Suština poništaja ima osnove u razlozima koji su postojali još u vreme zaključenja braka. Prema tome, ukoliko jedan od bračnih partnera promenio državljanstvo, relevantno pravo za ocenu uzroka za poništaj ostaje lex nationalis u vreme zaključenja braka.

Argumenti koji polaze od prirode ustanove poništaja navode nas da damo primat ranijim propisima i u drugom slučaju, ako lex nationalis ostaje isto pravo, ali se norme tog prava menjaju u intervalu između zaključenja braka i podnošenja zahteva za poništaj. Drugačije rešenje bi eventualno bilo moguće samo s oslonom na princip favor matrimonii, kada norme donešene nakon zaključenja braka uklanjaju razlog za poništaj koji je kao takav postojao u vreme zaključenja braka. Primera radi, sve donedavno je u Nemačkoj postojala bračna smetnja koja je relativno retka u uporednom bračnom pravu. Brak nisu mogli da zaključe preljubnici. Pretpostavimo da je takav brak ipak zaključen u vreme kada je još smetnja postojala, a da se poništaj traži danas, u vreme kada nemačko pravo tu smetnju više ne poznaje. U tom slučaju, u skladu sa principom favor matrimonii, moglo bi se izuzetno braniti stanovište da treba primeniti norme merodavnog prava u vreme spora, a ne u vreme zaključenja braka.

e) Razvod braka

Uporedno koliziono pravo poznaje **tri rešenja**.

1. **Države common law sistema** primenjuju lex fori (pravo države gde se sudi) bez obzira na to da li su oba bračna partnera strani državljani ili je jedan domaći, lex fori opredeljuje da li je razvod uopšte dozvoljen i da li je osnov na kome je zasnovan zahtev dovoljan da bi se razvod izrekao. Nevolja počinje posle izricanja zahteva u postupku priznanja u domovini tek razvedenih, kada se može ispostaviti da dotična lica u nekim državama jesu, a u drugim nisu bivši partneri.
2. **Lex domicilii** je drugo osnovno rešenje za razvod braka sa elementom inostranosti i ono je u skladu sa shvatanjem da je poželjno da se statusna pitanja uređuju po pravu koje je merodavno za status uopšte, po personalnom pravu partnera. Prebivalište je i moderno rešenje, ali loša strana ovakvog kolizionog rešenja pokazuje se ukoliko bračni partneri imaju prebivalište u različitim državama.
3. **Lex nationalis** kao koliziona norma za razvod braka u odnosu na lex domicilii uživa prednost zbog veće stalnosti i pravne sigurnosti koja iz toga sledi. Otežava i izigravanje zakona, međutim glavna mana je ista kao i kod prebivališta. U slučaju da bračni partneri imaju različito državljanstvo supsidijarna rešenja mogu biti različita: poslednje zajedničko državljanstvo, državljanstvo muža, državljanstvo tužioca, pravo državljanstva onog bračnog partnera koje je povoljnije za razvod, lex fori ukoliko je jedan od bračnih partnera državljanin države suda ili bez obzira na to zajednički domicil, zajedničko uobičajeno boravište, pravo države sa kojom su bračni partneri u najbiližoj vezi.

Rešenja ZMPP-a u prvi plan ističe načelo slobode ličnosti, i sledstveno tome načelo razrešivosti braka, uz ispunjenje određenih uslova dozvoljava primena samo prava Srbije, ako se na takav način olakšava razvod. Određuje merodavno pravo oslonom na državljanstvo, kao osnovnu tačku vezivanja, s tim što propisuje supsidijarna rešenja za slučaj da se brak ne može razvesti po merodavnom nacionalnom zakonu jednog ili oba bračna partnera. Član 35 - *za razvod braka merodavno je pravo države čiji su državljani oba bračna druga u vreme podnošenja tužbe*.

Na statusna i porodična pitanja u domaćem pravu primenjuju se pravo državljanstva, ovo se odnosi na slučaj kada oba bračna partnera imaju zajedničko, tj. isto državljanstvo neke strane države. Ako bračni partneri nemaju zajedničko državljanstvo dopuštenost razvoda njihovog braka i konkretne uzroke za razvod treba ceniti po pravu koje je propisano kao merodavno. *Ako su bračni drugovi državljani različitih država u vreme podnošenja tužbe za razvod braka merodavna su kumulativno prava obe države čiji su oni državljani (odredba stava 2 član 35) NPR:* Ako je žena državljanka države A i po bračnom pravu te države uzrok za razvod braka predstavlja nesaglasnost naravi zbog koje je nemoguća zajednica života, muž državljanin države B po čijem pravu se smatra da je razvod moguć zbog nesaglasnosti naravi tek posle odvojenog života u trajanju od najmanje 6 godina, sud Srbije bi mogao da izrekne razvod ukoliko su u trenutku podnošenja tužbe ovo dvoje živeli odvojeno 6 godina i jedan dan. U protivnom prema pravilima obične kumulacije, ne bi bili ispunjeni uslovi za razvod braka prema merodavnim nacionalnim pravima, uprkos tome što bi pravo države A omogućilo razvod ovakvog braka. Na sličan, domaći sud ne bi mogao da izrekne razvod braka između državljanke Malte, po čijem zakonu brak ne može da se okonča razvodom, i državljanina Srbije, iako je po propisima Srbije razrešivost braka načelo bračnog prava.

Ako bi, međutim u prvom primeru državljanka države A imala prebivalište u Srbiji, ako se brak ne bi mogao razvesti po pravu određenom u stavu 2 člana 35 onda -- *za razvod braka merodavno je pravo Srbije ako je jedan od bračnih drugova imao u vreme podnošenja tužbe prebivalište u Srbiji* (odredba stava 3 član 35). U drugom primeru bi se, s obzirom na to da je muž državljanin Srbije, čak i da ima prebivalište na Malti ili u Tunisu, možemo razmotriti i odredbu stava 4 člana 35 --*ako je jedan od bračnih drugova (srpski) državljanin koji nema prebivalište u Srbiji, a brak se ne bi mogao razvesti po pravu određenom u stavu 2 člana 35 za razvod je merodavno pravo Srbije*.

Postoje dileme oko neodređenosti izraza “ako se brak ne bi mogao razvesti”, ovaj izraz može da ima i uže, i šire značenje.

Uže značenje obuhvata samo slučajeve u kojima se brak ne bi mogao razvesti zbog principa nerazrešivosti braka, kao u primeru Maltezanke i državljanina Srbije, pošto pravo Malte ne dozvoljava razvod braka.

Šire značenje uključuje i slučajeve u kojima se brak sa elementom inostranosti, iako u načelu razrešiv u konkretnim okolnostima ne može razvesti zbog toga što nije moguće po pravima koja su merodavna i primenjuju se kumulativno kao u slučaju prava države A i države B.

Šire shvatanje izraza bi omogućilo razvod brakova između državljana različitih država samo primenom prava Srbije, ukoliko jedan od bračnih partnera ima prebivalište u Srbiji bez obzira na državljanstvo ili ukoliko je jedan od bračnih partnera državljanin Srbije bez obzira na prebivalište.

U vezi sa merodavnim pravom za razvod braka, na ovom mestu treba obratiti pažnju i na to da se odredbe stava 3 i 4 odnose samo na slučajeve iz stava 2, ali ne i stav 1, koji predviđa merodavnost prava zajedničkog državljanstva bračnih partnera u vreme podnošenja tužbe. Posledica ovakve formulacije je ta da bi takvi brakovi mogli da budu razvedeni samo pod uslovima i po uzrocima iz dotičnog nacionalnog prava.

Prema odredbi člana 35. ZMPP-a **relevantan vremenski momenat** prema kojem se određuje konkretno merodavno pravo je **vreme podnošenja tužbe za razvod braka**. Ovo je važno istaći zbog toga što su državljanstvo i

prebivalište promenljive tačke vezivanja. Prethodno državljanstvo bračnih partnera, kao i ono koje bi stekli posle podnošenja tužbe za razvod braka ne utiče na merodavno pravo.

f) Dejstva braka

Brak se definiše kao trajna zajednica života žene i muškarca. Na koji način se ispoljavaju dejstva braka u ličnim i imovinskim odnosima dosta zavise i od običaja, tradicije, vere u svakom pojedinom društvu. Postoje prilično velike razlike u samom određivanju pojma ličnih i imovinskih dejstava braka. Imovinska dejstva braka obuhvataju pitanja režima imovine bračnih partnera (kako one koje su posedovali pre zaključenja braka, tako i one koja je stečena za vreme trajanja braka) i pitanja raspodele ovlašćenja između bračnih partnera u upravljanju imovinom. Lična ili opšta dejstva braka daju povoda različitim shvatanjima pa se pri njihovom određivanju može poći od negativne definicije i reći da su lična dejstva braka sva ona prava i dužnosti koji imaju osnov u braku, a ne spadaju u bračno-imovinske odnose, u razvod, odnose roditelja i dece ni u opšta pitanja statusa. Ili se može sastaviti lista prava i dužnosti: poslovna sposobnost žene, izdržavanje, porodično ime, određivanje mesta stanovanja, zakonska hipoteka, pravo odvojenog života, bračne dužnosti, bračna vernost, uzajamna pomoć i podrška....

U domenu imovinskih dejstava braka izvor sukoba su različiti koncepti bračno-imovinskih režima. S jedne strane je zakonski, a sa druge ugovorni režim imovinskih odnosa u braku. Zakonski režim ima različite varijante koje se kreću od zajednice dobara, s jedne strane i odvojene imovine s druge strane. Sistem zajednice dobara uključuje modifikovane verzije koje nastaju kombinacijom detalja i zavise od toga koja imovina ulazi u zajednicu dobara, i da li bračni partneri imaju i odvojenu imovinu- univerzalna zajednica dobara, sistem zajedničke tekovine, upravljanja pojedinom vrstom imovine, raspolaganja imovinom, odgovornost za dugove, razlučivanje imovine u određenim situacijama i to kako za vreme trajanja, tako i po prestanku. Iako je pretežan stav u uporednom pravu u korist određivanja jednog prava kao merodavnog, bilo je primera i za drugačije rešenje. Ipak, osnovno opredeljenje je da se za dejstva braka sa elementom inostranosti odredi jedno pravo za koje se vezuju oba bračna partnera i koje će se podjednako odnositi i na muža i na ženu. U nastojanju da se pronađe ovakvo rešenje, zakonodavci se pretežno opredeljuju za kompleksne tačke vezivanja koje se supsidijarno primenjuju u zavisnosti od konkretne situacije.

U pogledu ličnih dejstava braka, obično se polazi od zajedničkog državljanstva, a ukoliko su bračni partneri državljani različitih država, dalja vezivanja se kreću od poslednjeg zajedničkog državljanstva, zajedničkog prebivališta, poslednjeg zajedničkog prebivališta, redovnog ili poslednjeg redovnog boravišta, lex fori, do novijih tendencija koje su izražene u principu najtešnje veze.

U pogledu mobilnog sukoba zakona smatra se da merodavno pravo u domenu ličnih dejstava braka treba da bude promenljivo. Prava koja su stečena za vreme važenja jednog merodavnog prava se ne menjaju, a novo merodavno pravo se primenjuje samo na nove situacije koje nastaju posle promena relevantnih činjenica. U okviru zakonskih imovinskih dejstava javlja se dilema da li merodavno pravo treba da bude jedinstveno bez obzira na vrstu imovine, ili nepokretnu imovinu treba izdvojiti u posebnu kategoriju. Za kategoriju ugovornog bračno-imovinskog režima obično se postavljaju posebne kolizione norme sa tačkama vezivanja koje su tipičnije za ugovorne odnose.

Jedinstven pravni tretman je pretežno rešenje i u tom smislu da se isto koliziono rešenje primenjuje kako na imovinska dejstva braka, bez obzira da li je reč o zakonskom ili ugovornom režimu, tako i na lična dejstva braka, osim što se u pogledu ugovornog bračno-imovinskog režima mogu predvideti i posebne tačke vezivanja.

ZMPP je predvideo da je polazno rešenje pravo zemlje čiji su državljani oba bračna partnera (zajednički lex nationalis) međutim teškoće se javljaju kada bračni partneri nemaju zajedničko državljanstvo. ZMPP to reguliše supsidijarnim tačkama vezivanja, ali imajući u vidu i to da se zbog prirode dejstava braka ne može predvideti kumulativna primena dva merodavna prava. Kumulativna primena dva merodavna prava mogla bi da dovede do toga da jedno merodavno pravo predviđa zajedničku tekovinu, a drugo režim odvojenih dobara.

Ako bračni partneri nemaju zajedničko državljanstvo, tačka vezivanja bi mogla da bude zajednički domicil, ako ne bi imali ni domicil u istoj državi, možda su ga imali u toku trajanja braka, te bi moglo da dođe u obzir eventualno poslednji zajednički domicil, ili zajedničko boravište. ZMPP dejstvima braka posvećuje 3 člana:

Član 36 određuje merodavno pravo za lične i zakonske imovinske odnose

Za lične i zakonske imovinske odnose bračnih drugova merodavno je pravo **države čiji su oni državljani. (Prema Jovanovićevim prezentacijama, ovo tačka vezivanja nije fiksirana) bilo je na testovima**

Ako su bračni drugovi državljani različitih država, **merodavno je pravo države u kojoj imaju prebivalište.**

Ako bračni drugovi nemaju ni zajedničko državljanstvo ni prebivalište u istoj državi, merodavno je pravo države u kojoj su **imali poslednje zajedničko prebivalište.**

Ako se merodavno pravo ne može odrediti prema st. 1. do 3. ovog člana, **merodavno je pravo Savezne Republike Jugoslavije.**

Član 37 za ugovorne imovinske odnose bračnih partnera;

Za ugovorne imovinske odnose bračnih drugova **merodavno je pravo koje je u vreme zaključenja ugovora bilo merodavno za lične i zakonske imovinske odnose.**

Ako pravo određeno u stavu 1. ovog člana predviđa da **bračni drugovi mogu izabrati pravo koje je merodavno za bračno-imovinski ugovor, merodavno je pravo koje su oni izabrali.**

Član 38 za lične i imovinske odnose bračnih partnera po prestanku braka.

Ako je brak nevažeći ili je prestao za lične i zakonske imovinske odnose merodavno je pravo **određeno u članu 36. ovog zakona.**

U slučajevima navedenim u članu 36. **ovog zakona za ugovorne imovinske odnose bračnih drugova merodavno je pravo određeno u članu 37. ovog zakona.**

Prva karakteristika je u pogledu dejstva braka ne propisuju posebne kolizione norme za lična i za imovinska dejstva braka čime se eliminiše problem kvalifikacije.

Ukupno dejstvo braka određeno je u ZMPP-u na sledeći način, prvo koliziono rešenje:

1. Zajednički lex nationalis bračnih partnera;
2. Ako su državljani različitih država merodavno je pravo države u kojoj oboje imaju prebivalište;
3. Ukoliko nemaju ni zajednički domicil, primeniće se pravo države u kojoj su bračni partneri imali poslednje zajedničko prebivalište.
4. Ako u datom slučaju ni ovo merilo ne donosi rešenje kao poslednja mogućnost primenjuje se lex fori.

Posebnu pažnju zaslužuje odredba člana 37. ZMPP-a koja se odnosi na ugovorna imovinska dejstva braka. Stav 1 člana 37- ugovorne imovinske odnose bračnih partnera podvrgava istom onom pravu koje je u članu 36 određeno kao merodavno za lična i zakonska imovinska dejstva. Iz odredbe stava 2 člana 37 proizilazi da će za bračno-imovinske ugovore biti merodavno pravo koje su bračni partneri izabrali, samo ukoliko takav izbor dozvoljava pravo merodavno prema odredbama ZMPP-a za lična i zakonska imovinska dejstva. Ovakva autonomija volje naziva se izvedenom autonomijom volje, jer se njena dopuštenost i njene granice ne cene prema pravu države suda, već prema pravu koje koliziono pravo države suda propisuje kao merodavno za lična i zakonska imovinska dejstva braka prema lex cause.

ZMPP zauzima stav i u pogledu mobilnih sukoba zakona. Kada je reč o ugovornim imovinskim odnosima u članu 37 predviđa se merodavnost onog prava koje je po navedenim merilima bilo merodavno u vreme zaključenja bračno-imovinskog ugovora. To znači da docnije promene državljanstva ili domicila neće imati uticaja na određivanje merodavnog prava za ugovorne imovinske odnose bračnih partnera. U pogledu ličnih i zakonskih imovinskih odnosa

formulacija sugerije suprotno rešenje. ZMPP smatra relevantnim ono državljanstvo ili domicil koji bračni partneri imaju u vreme kada se problem postavlja, a ne državljanstvo ili domicil koji su imali u vreme zaključenja braka, ili u nekom drugom ranijem momentu.

30 Imovinski odnosi u vanbračnoj zajednici

Vanbračne zajednice su slobodne zajednice (neformalni brakovi, divlji brakovi, insitucije u senci) ima mnogo izraza koji se upotrebljavaju za označenje parova koji žive zajedno, a da nisu prošli ceremoniju zaključenja braka.

Ako vanbračni partneri imaju zajedničko državljanstvo, ali žive u nekoj drugoj državi, ili ako su partneri državljani različitih država, mpp treba da odredi merodavno pravo za njihove međusobne odnose za vreme trajanja te zajednice, kao i po njenom okončanju, a trebalo bi da odredi i merodavno pravo za odnose između partnera i trećih lica.

Postoje dva pristupa kolizionom regulisanju vanbračne zajednice sa elementom inostranosti. Prema **teoriji analogije** koliziona norma treba da bude postavljena na istim principima kao i za brak- za konstituisanje zajednice merodavno bi bilo pravo državljanstva kumulativno, za lična i imovinska dejstva supsidijarno postavljene tačke vezivanja od zajedničkog državljanstva, preko zajedničkog prebivališta do mesta suda. Ugovorni imovinski odnosi potpadali bi pod *lex loci contractus* ili pod pravo koje partneri izaberu, ako je izbor dopušten po pravu mesta zaključenja ugovora. **Konstruktivna teorija** naglašava činjeničnu prirodu zajednice koja se ogleda u maksimalnoj slobodi od zakonskih ograničenja, a zasniva se na saglasnosti partnera. Predlaže se direktna primena prava države u kojoj partneri žive, dakle, lokalnog prava, a ne personalnog. Posledica konstruktivne teorije bi bila da vanbračna zajednica proizvodi dejstva samo u okviru pravnog sistema koji su partneri odlučili da prihvate, a to je mesto njihove zajednice života.

Odredbe ZMPP.- Prema članu 39, za imovinske odnose partnera merodavno je, pre svega, zajednički *lex nationalis* lica koja žive u vanbračnoj zajednici. (NIJE VREMENSKI FIKSIRANO) obrati pažnju!!!!

Ako nisu državljani iste države, merodavno je pravo države u kojoj imaju zajedničko prebivalište. Kada je reč o ugovornim imovinskim odnosima, merodavo je isto pravo (zajednički *lex nationalis* ili pravo zemlje zajedničkog prebivališta), s tim što ZMPP precizira da je reč o državljanstvu, odnosno prebivalištu u vreme zaključenja ugovora.

Član 39, koji je posvećen imovinskim odnosima u vanbračnoj zajednici, predviđa samo jednu supsidijarnu tačku vezivanja – a to je zajedničko prebivalište lica koja žive u vanbračnoj zajednici.

Vanbračne zajednice zaista nema bez zajedničkog prebivališta, ali imovinski zahtevi na osnovu vanbračne zajednice života, mogu se postaviti i nakon prestanka vanbračne zajednice. Takvu mogućnost predviđa i pravo Srbije. Sasvim je moguće da partneri nemaju zajedničko prebivalište u vreme kada jedan od njih postavlja prema drugom imovinsko-pravni zahtev. Ovo tim pre što ZMPP govori o zajedničkom prebivalištu (a ne o prebivalištu u istoj državi).

5. 31 Merodavno pravo u pogledu statusa dece

Kolizionopravna pitanja ove oblasti porodičnog odnosa sa elementom inostranosti obuhvataju određivanje merodavnog prava u pogledu bračnog porekla deteta, u pogledu vanbračnog porekla deteta (utvrđivanje i osporavanje očinstva i/ili materinstva, priznanje očinstva i/ili materinstva) i u pogledu pozakonjenja.

a) Merodavno pravo u pogledu bračnog porekla deteta

Bračno dete je ono koje je rođeno u braku (tj. za vreme trajanja bračne zajednice njegovih roditelja). Ako je brak punovažan, bračnost deteta se javlja kao lično dejstvo braka i važi pretpostavka da je muž majke otac deteta.

Pozitivno pravo Srbije u ovom domenu su ZMPP i bilateralne konvencije, s tim što posebno treba razmotriti pitanje ustanovljenja bračnog porekla i pitanje osporavanja istog.

Ustanovljenje bračnog porekla - ZMPP ne sadrži posebnu kolizionu normu za ustanovljenje bračnog porekla. U skladu sa odredbom člana 2, ZMPP, moguća su tri rešenja:

1. Merodavno pravo za bračno poreklo deteta bilo bi ono koje određuje **lična dejstva braka - dakle, odredba člana 36 ZMPP**, koja sadrži supsidijarne tačke vezivanja, od zajedničkog državljanstva bračnih partnera, njihovog zajedničkog prebivališta, poslednjeg zajedničkog prebivališta do prava mesta suda. (nisu vremenski fiksirane tačke Jovanović)
2. Pitanje bračnog porekla se javlja kao posebno pitanje u odnosu na opšte pitanje odnosa roditelja i dece, koje je regulisano u članu 40 ZMPP. Ovo rešenje smatramo neprihvatljivim iz konceptijskih razloga. Pitanje bračnog porekla, kao i porekla deteta, izvodi se iz odnosa majke i oca koji su roditelji deteta, i prethodi uspostavljanju pravnog odnosa između roditelja i deteta. Poreklo je krvna veza, čijim ustanovljenjem ono postaje pravni osnov za međusobna prava i obaveze koji čine odnos roditelja i deteta. Konceptijski, dakle, odredba člana 40. ne odgovara kao merodavno pravo za bračno poreklo.
3. Treće moguće rešenje bi bilo ono koje ZMPP u članu 41 propisuje za priznanje utvrđivanje ili osporavanje očinstva. Pravo određeno kao merodavno za osporavanje bračnog očinstva treba da odredi merodavno pravo i za njegovo ustanovljavanje. ZMPP propisuje merodavnost prava državljanstva lica čije se očinstvo osporava, ono nije prihvatljivo ni iz spomenutih konceptijskih, ni iz razloga zaštite najboljeg interesa deteta.

Ostaje, dakle, prihvatljivo prvo rešenje. Jedina bilateralna konvencija koja reguliše ovo pitanje je zaključena sa Francuskom koja u članu 10 propisuje merodavnost upravo prava merodavnog za dejstva braka (konkretno, zajedničkog nacionalnog prava bračnih partnera, prava zajedničkog domicile ili poslednjeg zajedničkog domicile).

Osporavanje bračnog očinstva. Član 41, ZMPP odnosi se na priznanje utvrđivanje ili osporavanje očinstva, odnosno materinstva. Ni priznanje, ni osporavanje očinstva ne mogu se osporavati pre nego što se putem priznanja ili odlukom nadređenog organa utvrdi očinstvo. Osporavati se može međutim, bračno očinstvo ustanovljeno na osnovu zakonske pretpostavke, ali i priznato vanbračno očinstvo kao i utvđeno. Iz ovoga proizilazi da je za uobičajena pitanja koja se vezuju za osporavanje bračnog porekla merodavno pravo države čiji je državljanin u vreme rođenja deteta bilo lice čije se očinstvo osporava.

b) Merodavno pravo za vanbračno poreklo

Ustanovljenje vanbračnog materinstva se dešava, obično, samom činjenicom rođenja deteta, te se vanbračnim smatra dete koje rodi žena koja nije u braku, dete koje rodi žena u pogledu koje se ne može primeniti zakonska pretpostavka o bračnosti deteta, ili dete koje rodi udata žena, ali očinstvo muža majke uspešno osporeno.

Savremeno uporedno koliziono pravo pokazuje veliku raznolikost. Ipak, mogu se identifikovati dve glavne tendencije: s jedne strane su rešenja koja za krajnji cilj imaju favorizovanje interesa deteta, a s druge strane ona koja pravo vezuju za lice čije se očinstvo ustanovljava bilo priznanjem, bilo odlukom nadležnog organa. Prvu tendenciju izražava npr. Zakon o reformi italijanskog sistema mppa.

ZMPP SRBIJE određuje merodavno pravo za vanbračno poreklo u članu 41. ***Za priznanje, utvrđivanje ili osporavanje očinstva, odnosno materinstva, merodavno je pravo države čiji je državljanin u vreme rođenja deteta bilo lice čije se očinstvo, odnosno materinstvo priznaje, utvrđuje, osporava.***

Priznanje se odnosi isključivo na vanbračno poreklo, pošto u pogledu bračnog porekla važi zakonska pretpostavka. Isti je slučaj i sa utvrđivanjem očinstva, materinstva. Priznato očinstvo (materinstvo), utvrđeno očinstvo (materinstvo), kao i bračno očinstvo u pogledu kojeg važi zakonska presumpcija, mogu se napadati putem tužbe za osporavanje. Tačka vezivanja je određena s obzirom na lice čije se očinstvo/materinstvo priznaje, utvrđuje, osporava, što nije u skladu sa načelom o zaštiti deteta. Zakonodavac u pitanjima porekla deteta kao centralni subjekat uzima roditelja, a ne dete. Kao merodavno vreme određeno je državljanstvo pretpostavljenog oca /majke u momentu rođenja deteta, što znači da je pojava mobilnog sukoba zakona isključena, a poreklo deteta ustanovljeno je prema vremenu njegovog rođenja ostaje nepromenjeno bez obzira na kasnije promene državljanstva dotičnog roditelja.

6. Merodavno pravo za odnose između roditelja i dece

Konvencija o pravima deteta Ujedinjenih nacija koja je usvojena 1989. godine i stupila na snagu 2. septembra 1990. potvrđuje princip nediskriminacije, princip najboljeg interesa deteta, a predviđa i pravo deteta da iznosi svoje mišljenje po pitanjima koja se tiču njega samog. Ovi odnosi podrazumevaju skup dužnosti i prava koje roditelji imaju prema svojoj deci, po prirodi stvari, samim činom stvaranja deteta. Taj skup dužnosti i prava čini *roditeljsko pravo*. Ono obuhvata prava i dužnosti roditelja u odnosu na ličnost deteta i u odnosu na imovinu deteta. Prava koja se tiču ličnosti su određivanje ličnog imena, čuvanje i podizanje deteta, omogućavanje fizičkog i psihičkog razvoja, izdržavanje deteta, zastupanje deteta. . . Prava koja se tiču imovine deteta odnose se na ovlašćenje roditelja da upravljaju imovinom deteta, da koriste imovinu i njene prihode u određene svrhe, da raspolažu imovinom deteta u određene svrhe. Roditeljsko pravo po pravilu pripada i jednom, i drugom roditelju, bez obzira na poreklo deteta. Roditeljsko pravo mogu da vrše zajednički oba roditelja ili samostalno jedan od roditelja (kada je drugi nepoznat, kada je drugi roditelj umro i slično).

Ostvarivanje roditeljskog prava trebalo bi da bude zajedničko, bez obzira na to da li su roditelji deteta u braku ili nisu. Ako nema uslova za to, obavljaće ga samo jedan roditelj na osnovu međusobnog sporazuma ili odluke nadležnog organa o poveri deteta na čuvanje i vaspitanje, a drugi će imati pravo da održava lične odnose sa detetom.

ZMPP Srbije- u pogledu odnosa između roditelja i dece usvaja koliziono rešenje koje polazi od toga da su subjekti tog odnosa kako roditelji, tako i dete, i uz svest da odnos treba regulisati na koherentan način, što se obezbeđuje vezivanjem merodavnog prava za jednu činjenicu koja je zajednička za sva lica iz ovog odnosa. Odredba člana 40 kao jedina koja određuje merodavno pravo za odnose između roditelja i dece obuhvata sva pitanja koja se mogu svrstati u roditeljsko pravo tj. u odnose roditelja i dece: kako prava i dužnosti koji se tiču ličnosti, tako i ona koja se tiču imovine deteta, ostvarivanje roditeljskog prava u pogledu poveravanja deteta na čuvanje i vaspitanje, u pogledu ograničavanja, lišavanja i prestanka roditeljskog prava.

Red supsidijarnih tačaka vezivanja počinje zajedničkim državljanstvom roditelja i dece, bez obzira na njihovo prebivalište (**stav 1**). Ukoliko su oni državljani različitih država, tačka vezivanja za merodavno pravo koje će urediti njihove međusobne odnose je zajedničko prebivalište (**stav 2**). Ukoliko roditelji i deca nemaju zajedničko državljanstvo, niti prebivalište u istoj državi, primeniće se domaće pravo tj. pravo Srbije (**stav 3**), ako je dete ili jedan od roditelja državljanin Srbije. Ukoliko roditelji i dete nemaju zajedničko državljanstvo, a nemaju ni prebivalište u istoj državi, niti je dete ili koji od roditelja državljanin Srbije, merodavno će biti pravo državljanstva deteta (**stav 4**). Činjenice koje predstavljaju tačke vezivanja su promenljive, merodavno pravo se određuje prema stanju u trenutku kada se postavlja sporno pitanje.

a) Merodavno pravo za poveravanje dece na čuvanje i vaspitanje

Ova problematika je deo roditeljskog prava, zapravo odnosa između roditelja i dece, a u pogledu nje važi pravo koje je merodavno za skup prava i dužnosti koje ga čine.

Pravo Srbije nema posebnu kolizionu normu za poveravanje dece na čuvanje i vaspitanje, on primenjuje kolizinu normu iz člana 40 ZMPP. Imajući u vidu Konvenciju o pravima deteta, koja se može smatрати osnovnim i univerzalnim međunarodnim dokumentom, načelo zaštite deteta i načelo najboljeg interesa deteta trebalo bi da odrede i pravac kolizionog uređenja ovog pitanja. Opravdano bi bilo da se kao tačka vezivanja koristi princip najbliže veze, pri čijem opredeljivanju bi se moralo voditi računa o zaštiti i najboljem interesu deteta.

b) Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece

Haška konferencija o međunarodnom privatnom pravu je 1980. godine ponudila tekst Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece na potpisivanje i ratifikaciju. Jugoslavija je ratifikovala konvenciju 1991. godine.

Konvencija je ponudila mehanizam međunarodne pravne pomoći državama članicama, koji treba da obezbede sledeće:

1. Hitan povratak dece koja su protivpravno odvedena ili zadržana u bilo kojoj državi ugovornici
2. Poštovanje u drugim državama ugovornicama prava na staranje i prava na viđanje koja su ustanovljena u dotičnoj državi ugovornici.

U ovom cilju svaka država ugovornica Konvencije je obavezna da odredi centralni izvršni organ čijim posredstvom se ostvaruju obaveze naložene Konvencijom.

Domen primene Konvencije čine slučajevi u kojima je dete neposredno pre bilo kakve povrede prava na staranje ili na viđanje imalo redovno boravište u državi ugovornici i ako je odvedeno ili zadržano u nekoj državi ugovornici. Konvencija će prestati da se primenjuje kada dete napuni 16 godina života.

Ukoliko je odvođenje ili zadržavanje deteta protivpravno nadležni organ države u koju je dete odvedeno ili u kojoj je zadržano naložice u roku od 6 nedelja od dana pokretanja postupka hitan povratak deteta u državu njegovog uobičajnog boravišta. Odvođenje ili zadržavanje je protivpravno, ako je tim aktom povređeno pravo na staranje, tj. ako je taj akt protivpravan prema pravu države u kojoj je neposredno pre odvođenja ili zadržavanja dete imalo uobičajno boravište. Da bi pravo na staranje bilo povređeno dovoljno je da pravo na čuvanje i vaspitanje deteta neposredno proizilazi iz prava te države. Ukoliko je npr, pravo na stranje zasnovano na odredbi zakona prema kojoj roditeljsko pravo pripada roditeljima zajednički ukoliko sud ne odluči drugacije. Sa aspekta MPP-a važno je naglasiti da organi koji su nadležni za donošenje odluke o vraćanju deteta mogu direktno primeniti pravo, kao i sudske ili upravne odluke, bez obzira da li se zvanično priznaju ili ne u državi u kojoj se nalazi stalno mesto boravka deteta, bez sprovođenja

posebnih postupaka za dokazivanje tog prava ili za priznavanje stranih odluka koji bi inače bili sprovedeni. Organi države u kojoj se nalazi dete posle otmice narediće vraćanje deteta bez odlaganja ako je od momenta podnošenja molbe za vraćanje deteta istim organima države u kojoj se dete nalazi proteklo manje od godinu dana od otmice ili zadržavanja. Posle isteka ovog perioda, povratak će se naložiti samo u slučajevima u kojima se utvrdi da se dete nije integrisalo u novu sredinu. Vraćanje deteta se može odbiti samo u slučajevima navedenim u Konvenciji, a oni se tiču neostvarivanja prava na staranje u državi iz koje je dete odvedeno, fizičke ili psihičke traume koje bi povratak izazvao kod deteta ili ako se dete koje je dovoljno zrelo da izrazi svoj stav suprotstavlja povratku. Nalaganje povratka deteta može se odbiti i ukoliko bi to “predstavljalo kršenje osnovnih principa zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda države kojoj je upućen zahtev”, što predstavlja rezervu javnog poretka.

Organi države u koju je dete preseljeno, ili u kojoj je zadržano neće moći da rešavaju u meritumu prava na staranje posle prijema obaveštenja o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju deteta (čak i ako bi dete bilo državljanin te države), sve dok se ne utvrdi da su ispunjeni uslovi za vraćanje deteta po Konvenciji ili sve dok ne protekne razuman period posle prijema obaveštenja da nije podneta molba za primenu konvencije. Lice koje je odvelo ili zadržalo dete, i izdejstvovalo odluku o pravu na staranje koja je donešena ili koja je podobna da bude priznata u državi čiji organi treba da nalože povratak deteta, neće predstavljati osnovu za odbijanje povratka deteta na osnovu ove Konvencije.

Pravo na viđenje je predmet člana 21. Konvencije, koji propisuje da će radi unapređenja neometanog uživanja prava na viđenje i ispunjenja svih uslova od kojih može da zavisi ostvarenje ovih prava, centralni izvršni organ država ugovornica preduzeti korake za otklanjanje prepreka u ostvarivanju tih prava kao što će i inicirati ili pomoći pokretanje postupka radi organizovanja ili zaštite ovih prava.

7. Merodavno pravo u pogledu obaveze izdržavanja

Ostvarivanje zakonskog izdržavanja sa elementom inostranosti je veoma složeno, i u svakodnevnoj praksi veoma značajno pitanje. To je problem koji nije moguće rešiti bez efikasne međunarodne saradnje i koordinacije.

Materiju zakonskog izdržavanja Uređuje čitav niz multilateralnih konvencija kao što su:

- Haška konvencija o pravu koje se primenjuje na obaveze izdržavanja prema deci iz 1956.
- Haška konvencija o pravu koje se primenjuje na obaveze izdržavanja iz 1973.
- Haška konvencija o priznanju i izvršenju odluka u materiji alimentacionih obaveza prema deci iz 1958.
- Haška konvencija o priznanju i izvršenju odluka o izdržavanju iz 1973.
- Briselska konvencija o sudskoj nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji iz 1968. i njoj odgovarajuća konvencija Lugana iz 1988.
- Njujorška konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu iz 1956. Ova poslednja je jedina koju je ratifikovala Jugoslavija, međutim ona ne sadrži kolizione norme, već postavlja višestrani mehanizam međunarodne pravne pomoći koji putem ustanovljavanja odgovarajućih organa na nacionalnom nivou treba da olakša i ubrza ostvarivanje izdržavanja između poverilaca i dužnika koji se nalaze na teritoriji različitih država ugovornica.

Obaveza zakonskog izdržavanja proističe iz porodičnog odnosa - braka, roditeljstva, srodstva i cilj joj je davanje jednog lica drugom licu radi podmirivanja potreba za život ovog drugog. Bitno je da naglasimo da ni u jednom pravu nije sporno da obaveza izdržavanja ima svoj osnov u braku i roditeljstvu, kako bračnom, tako i vanbračnom.

a) Pravne kategorije u domenu obaveze izdržavanja koje iziskuju posebno koliziono rešenje

Pet je pravnih kategorija koje uključuju određene vidove obaveze izdržavanja i koje imaju zaseban kolizioni tretman. To su:

- Izdržavanje među bračnim partnerima
- Izdržavanje u vanbračnoj zajednici
- Izdržavanje između roditelja i dece
- Izdržavanje između usvojioca i usvojenika
- Izdržavanje između ostalih srodnika

b) Izdržavanje između roditelja i dece

Favorizovanje deteta na kolizionom planu može da se javi u dva vida. Koliziona norma daje prednost detetu na taj način što ukazuje na pravo koje je najbliže detetu, kao što bi bili *lex nationalis* deteta ili *lex domicilii* deteta (bez obzira na to da li je to pravo u konkretnom slučaju povoljno za dete). Interesi deteta se mogu štititi i na efikasniji način tako što bi koliziono pravilo ukazalo na pravo koje je povoljnije za dete. Takva koliziona rešenja ne bi bilo logično primeniti u situacijama u kojima izdržavanje traži roditelj od deteta. Ne bi bilo opravdano primeniti pravo koje je najpovoljnije za dete kada ostareli roditelj traži alimentaciju od punoletnog deteta.

ZMPP usvaja koliziono rešenje koje u izvesnoj meri favorizuje dete. ZMPP će primeniti pravo koje je bliže detetu i u onim slučajevima kada je dete dužnik, a ne poverilac obaveze izdržavanja, bez obzira na to da li je to pravo stvarno i povoljnije za dete.

Koliziono rešenje člana 40 ZMPP, koji govori o odnosima roditelja i dece, a obuhvata i pitanja izdržavanja je sledeće:

Prva tačka vezivanja je zajednički *lex nationalis* roditelja i deteta. Ako oni ne bi bili državljani iste države, slede tri supsidijarne tačke vezivanja.

1. Zajednički domicil roditelja i dece (nije vremenski fiksirana), a ukoliko ga nemaju onda,

2. Pravo Srbije - ali pod pretpostavkom da bi bilo dete, bilo neki od roditelja ima državljanstvo Srbije, i ako nijedna od ovih tačaka vezivanja se ne bi mogla primeniti merodavan je

3. Lex nationalis deteta.

Do favorizacije deteta dolazi samo u slučaju da roditelji i deca nisu državljani iste države, da nemaju domicil u istoj državi, niti je bilo ko od njih državljanin Srbije. Na taj način zaštita koja se pruža detetu, čak, i kada se ono javlja kao dužnik obaveze izdržavanja, ostaje bez svakog iole ozbiljnijeg praktičnog značaja.

c) Obaveza izdržavanja među ostalim srođnicima

U našoj teoriji veoma je mali broj eksplicitnih stavova. Ajzner i Štempihar predlažu da merodavno pravo bude pravo državljanstva dužnika. Ovo rešenje prihvata i ZMPP koji u članu 42. postavlja kao tačku vezivanja *lex nationalis* dužnika izdržavanja.

d) Obaveza izdržavanja između usvojlaca i usvojenika

Izvori prava Srbije po ovom pitanju su ZMPP, a od bilateralnih konvencija samo ona zaključena sa Francuskom. Prema članu 14 ove Konvencije za dejstva usvojenja, pod koju kategoriju se podvodi pitanje izdržavanja između usvojioca i usvojenika, merodavan je lex nationalis usvojioca.

ZMPP čini pokušaj da se odredi pravo koje ima jednake kontakte sa obe strane i postavlja sledeće koliziono rešenje: primarna tačka vezivanja je lex nationalis usvojioca i usvojenika. Ako nisu državljani iste države, prva supsidijarna tačka vezivanja je zajednički lex domicilii. Ako nemaju ni zajednički domicil, merodavno je pravo Srbije - pod pretpostavkom da je bilo usvojlac, bilo usvojenik državljanin Srbije. Konačno, ako se nijedna od ovih tačaka vezivanja ne bi mogla primeniti, **merodavan je lex nationalis usvojenika.**

8. 34 Merodavno pravo za usvojenje sa elementom inostranosti

Poseban značaj imaju dejstva usvojenja, povodom kojih se postavljaju pitanja odnosa usvojenika sa svojom prirodnom porodicom (da li se taj odnos okončava) i odnosa usvojenika sa usvojiocem ili usvojenicima (da li usvojenik dobija položaj bračnog deteta usvojioca).

a) Merodavno pravo u pogledu zasnivanja i prestanka usvojenja

Ovde su primetne dve tendencije: **Lex fori i personalno** pravo, najčešće u formi prava državljanstva.

Lex fori je tradicionalno rešenje država common law sistema.

Personalno pravo kao merodavno za koliziona pitanja usvojenja opravdano je statusnom prirodom usvojenja, dejstvima koja nastupaju za usvojioca i usvojenika. Konkretna rešenja se mogu svesti na ona koja predviđaju merodavnost prava državljanstva usvojioca ili usvojlaca uz primenu prava državljanstva usvojenika u pogledu saglasnosti za usvojenje, i na ona koja propisuju kumulativnu primenu prava državljanstva usvojioca i usvojenika. Kumulacija može biti bilo obična, bilo distributivna.

Međunarodno privatno pravo Srbije u pogledu zasnivanja i prestanka usvojenja predviđa merodavnost prava državljanstva usvojioca i usvojenika u vreme zasnivanja, odnosno prestanka usvojenja. Ako je državljanstvo usvojenika i usvojioca ili usvojlaca, različito zakonodavac obezbeđuje međunarodnu punovažnost usvojenja propisujući kumulativnu primenu prava državljanstva svakog učesnika u odnosu. Odredba člana 44. ZMPP daje koliziona rešenja za sledeće situacije :

1) ako su usvojlac i usvojenik državljani iste države merodavno je pravo njihovog zajedničkog državljanstva

2) ako su usvojlac i usvojenik državljani različitih država, merodavna su kumulativno prava obeju država **OBRATI PAŽNJU U PITANJU JE OBIČNA KUMULACIJA!!!**

3) ako bračni partneri zajednički usvajaju, merodavna su kumulativno prava država čiji je državljanin usvojenik i prava država čiji su državljani i jedan i drugi bračni partner. Kumulativna primena prava u ovim slučajevima označava običnu kumulaciju, što otežava usvojenje, pošto će ono biti moguće samo ako su ispunjeni strožiji uslovi koje propisuje bilo koje od merodavnih prava,

Odredbe ZMPP važe i za prestanak usvojenja. Poništaj može da usledi iz razloga koji postoji u vreme zasnivanja usvojenja, ukoliko nije udovoljeno nekom od uslova koji je propisan merodavnim pravom. Raskid usvojenja je izazvan obično, razlogom koji nastane u toku trajanja odnosa između usvojioca i usvojenika, te se i u pogledu dozvoljenosti raskida i njegovih konkretnih razloga može smatrati opravdanim primena prava koje je merodavno za dejstva usvojenja.

Pravo Srbije na osnovu člana 44. ZMPP daje osnova za primenu istog prava koje je merodavno i za zasnivanje usvojenja, s tim što pri raskidu usvojenja merodavno pravo određuje državljanstvo u vreme kada raskid se zahteva. Formu usvojenja treba ceniti prema pravu mesta gde se usvojenje zasniva.

b) Merodavno pravo za dejstvo usvojenja

Da bi se razumeo značaj odredaba koje određuju merodavno pravo za dejstva usvojenja sa elementom inostranosti treba odrediti njegov domašaj:

(a) Posle punovažnog zasnivanja usvojenja između usvojioca i usvojenika nastaje trajan odnos. Kakav će taj odnos biti i kakave posledice će proizvoditi to zavisi od dejstva usvojenja i ona su nepromenljiva sve vreme trajanja usvojenja. Dakle, ukoliko je pravo zajedničkog prebivališta u vreme zasnivanja usvojenja kao merodavno za dejstva usvojenja definisalo taj odnos kao potpuno usvojenje, usvojenik stiče status bračnog deteta usvojioca. Tačka vezivanja za dejstva usvojenja je stalna, ne izaziva mobilni sukob zakona.

(b) za realizaciju prava i dužnosti između usvojioca i usvojenika, čiji je osnov u usvojenju, merodavno pravo u pogledu odnosa između roditelja i dece u pogledu nasleđivanja, u pogledu ličnog imena, državljanstva itd.

ZMPP merodavno pravo za dejstva usvojenja određuje u članu 45. Tačka vezivanja je činjenica koja je zajednička za usvojioca i usvojenika. Supsidijarna rešenja su sledeća:

1. Pravo zajedničkog državljanstva usvojioca i usvojenika i vreme zasnivanja usvojenja
2. Pravo države zajedničkog prebivališta usvojioca i usvojenika, ukoliko su državljani različitih država u vreme zasnivanja usvojenja
3. Pravo Srbije, ako u vreme zasnivanja usvojenja usvojenik i usvojilac nisu državljani iste države, niti imaju prebivalište istoj državi, a jedan od njih je državljanin Srbije
4. Pravo države čiji je državljanin usvojenik, ako u vreme zasnivanja usvojenja usvojilac i usvojenik nemaju zajedničko državljanstvo, ni prebivalište u istoj državi, niti je iko od njih državljanin Srbije.

Glava III 35 MERODAVNO PRAVO ZA NASLEDNOPRAVNE ODNOS

Izvori međunarodnog naslednog prava u Srbiji

Zakon o nasleđivanju iz 1955. godine bio je prvi izvor međunarodnog naslednog prava. Taj zakon je uređivao ovu oblast propisujući kolizione norme. Nakon donošenja ustavnih amandmana iz 1971. godine formalno je prestala važnost kolizionih normi Zakona o nasleđivanju, ali one su se i dalje primenjivale kao pravna pravila, sve do donošenja ZMPP.

Izvor prava čine i pravila nekih međunarodnih sporazuma. U znatnom broju bilateralnih konvencija koje je zaključila bivša Jugoslavija sadržana su i pravila o određivanju merodavnog prava za naslednopravne odnose. Takva pravila sadrže i **dvostrani ugovori sa Bugarskom, Mađarskom, Mongolijom.**

Bivša Jugoslavija je ratifikovala i dve multilateralne konvencije. To su **Haška konvencija o sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba iz 1961. godine** i **Konvencija o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta-1973. godine.**

Haška konvencija se primenjuje bez obzira na reciprocitet. Ona je ratifikacijom postala deo našeg međunarodnog naslednog prava, te se primenjuje bez obzira na to da li ostavilac, naslednici ili zaostavština pripadaju, ili ne pripadaju, nekoj drugoj državi potpisnici Konvencije.

Dve osnovne koncepcije o određivanju merodavnog naslednog prava

Postoje dva osnovna koncepta. Prema jednom konceptu, najvažnije je da se na raspravljanje zaostavštine primenjuje jedno pravo, bez obzira na to da li se razni delovi zaostavštine nalaze u raznim državama i bez obzira na to da li zaostavštinu čine pokretne ili nepokretne stvari. **To je princip jedinstvene** zaostavštine. Kod ovog pristupa vlada mišljenje da to jedno pravo treba da bude **personalno pravo ostavioca**, jer je ostavilac centralna ličnost pri nasleđivanju. Usvajanje principa jedinstvene zaostavštine znači, po pravilu, primenu *prava državljanstva ostavioca*.

Pristalice **podeljenje zaostavštine** ne teže tome da se različiti delovi zaostavštine podvrgavaju različitim pravima, ali *prihvataju* takvu podelu da bi se mogao uvažiti princip da se na nekretnine primenjuje *uvek* pravo one zemlje gde se nekretnine nalaze. Pravo Srbije stoji, u principu na pozicijama jedinstvene zaostavštine.

Izvesno odstupanje od principa jedinstvene zaostavštine sadrže još neke bilateralne konvencije, ali samo u pogledu **zaostavštine bez naslednika**. U konvencijama sa bivšom Mongolijom, Rumunijom, u slučaju zaostavštine bez naslednika nekretnine pripadaju državi čiji je državljanin ostavilac. U ugovorima sa Bugarskom i Mađarskom je predviđeno da će se u odsustvu naslednika nasleđivanje pokretne imovine vršiti prema *lex nationalis* ostavioca, a nasleđivanje nepokretne prema zakonu zemlje gde se nekretnine nalaze.

Na kraju ovog opšteg pogleda na osnovne dileme koje se javljaju pri određivanju merodavnog prava za naslednopravne odnose, navešćemo i pojavu autonomije volje, odnosno izbora merodavnog prava za zakonsko i testamentarno nasleđivanje sa elementom inostranosti. S jedne strane da kao merodavno odrede pravo koje je u tesnoj vezi sa dotičnim pravnim odnosom uvode *moгуćnost izbora merodavnog prava od strane ostavioca*, taj izbor je ograničen. S druge strane, avgusta 1989. godine usvojena je Haška konvencija o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica.

U ovim kolizionim rešenjima značajno je to da se mogućnost izbora prava propisuje i za zakononsko nasleđivanje, pod uslovom da je ostavilac i u vreme smrti zadržao vezu sa državom za čije se pravo bio opredelio. Izbor se ograničava i na taj način što se dejstvo izabranog naslednog prava ne prostire na (određene) imperativne norme prava koje bi bilo merodavno u nedostatku izbora.

Šesnaesto zasedanje Haške konferencije završilo se usvajanjem Konvencije u čijem je 5. članu propisano da budući ostavilac može, putem izričite izjave date u formi koja važi za formu raspologanja imovinom za slučaj smrti, odrediti pravo koje će biti merodavno za nasleđivanje njegove imovine. Ovakva izjava će imati dejstvo samo ukoliko je dotično lice u vreme davanja izjave ili u vreme smrti bilo državljanin ili je imalo uobičajeno boravište (*residence habituelle*) u državi čije je pravo odredio kao merodavno.

Kolizione norme za zakonsko nasleđivanje (po pravu Srbije)

Član 30. ZMPP sadrži dve kolizione norme:

Za nasleđivanje je merodavno pravo države čiji je državljanin bio ostavilac u vreme smrti. (Odnosi se na zakonsko nasleđivanje i na raspologanje imovinom za slučaj smrti putem testamenta).

Za sposobnost pravljenja testamenta merodavno je pravo države čiji je državljanstvo zaveštalac imao u momentu sastavljanja testamenta.

a) Merodavno pravo za zakonsko nasleđivanje

Koliziona norma za zakonsko nasleđivanje u RS je *lex nationalis* ostavioca u vreme smrti. Ako je ostavilac u toku svog života imao više državljanstava relevantno je ono koje je **imao u trenutku smrti**. U slučaju da je ostavilac u momentu smrti imao više državljanstava, srpskim državljaninom će se smatrati onaj bipatrid koji ima, pored nekog stranog državljanstva, i državljanstvo Srbije. Bipatrid koji ima dva ili više stranih državljanstava smatraće se da je državljanin one države u kojoj ima prebivalište, a ako ne bi imao prebivalište ni u jednoj od zemalja čije državljanstvo ima, smatraće se da je državljanin one države sa kojom je u najbližoj vezi.

U pogledu lica koja nemaju državljanstvo *lex nationalis* kao tačka vezivanja zamenjuje se sa *lex domicilii*, a ako to lice nema ni domicil, merodavno je pravo njegovog boravišta. U slučaju da dotično lice nema ni boravište merodavno će biti pravo Srbije.

Do uzvraćanja i upućivanja će uvek doći, kada propisi strane zemlje čiji je državljanin ostavilac predviđaju da se ima primeniti zakon zemlje u kojoj je ostavilac imao domicil, a ostavilac je imao u vreme smrti domicil u Srbiji, ili u nekoj trećoj zemlji. Treba istaći da putem ranova domaći sud može da dođe u situaciju da na različite delove zaostavštine primenjuje različita prava iako je u Srbiji prihvaćena koncepcija o jedinstvenoj zaostavštini. Situacija može biti naročito otežana u slučajevima kada ostavilac ima nekretnine u više zemalja, a prava tih zemalja imaju različita stanovišta po bitnim pitanjima nasleđivanjima, npr. pitanje naslednih redova.

b) Domašaj merodavnog prava za naslednopravne odnose sa elementom inostranosti

Pravo državljanstva ostavioca u vreme smrti je *lex causae* za naslednopravna pitanja. Postoje određena pitanja koja se pojavljuju kao pretpostavke za nasleđivanje, a koja po svojoj prirodi ne spadaju pod *lex causae*, ili u pogledu kojih je sporno da li spadaju pod *lex causae* za nasleđivanje.

Smrt fizičkog lica i postojanje njegove imovine su činjenice, pretpostavke da bi se postavilo pitanje nasleđivanja. Smrt fizičkog lica, kao prestanak pravne sposobnosti u ovim okvirima, ima poseban značaj u slučaju nestalog lica i njegovog proglašenja umrlim ili nestalim. Da li će posledica proglašenja umrlim ili nestalim dovesti do otvaranja nasleđa, o tome ne odlučuju pravo merodavno za nasleđivanje, već pravo merodavno za pravnu sposobnost tog lica. Druga situacija koja može da izazove dileme u vezi sa nastupanje smrti su komorijenti. Za utvrđivanje vremena smrti, tj. za vreme prestanka pravne sposobnosti kao bitne činjenice za nasledno pravo, merodavno je pravo koje uređuje lični status dotičnog lica.

Bitno pitanje za nasleđivanje jeste i postojanje imovine ostavioca. Odgovor na pitanje šta spada u ostavinsku masu daje pravo koje je merodavno za dotično imovinsko pravo.

Lex causae za nasleđivanje određuje osnov pozivanja na nasleđe: da li po osnovu zakona, testamenta ili drugih oblika raspologanja imovinom za slučaj smrti, kao što je, npr. ugovor o nasleđivanju. U slučaju zakonskog nasleđivanja, kada se svojstvo naslednika stiče na osnovu određene veze sa ostaviocem, merodavno pravo za nasleđivanje određuje da li je ta veza podobna za to da, na primer, bračni partner, usvojenik, vanbračni partner, budu naslednici, ali o postojanju te veze sa ostaviocem odlučuje pravo koje je merodavno za punovažnost braka, usvojenja.

Lex causae za nasleđivanje određuje sledeća pitanja: krug lica koja mogu biti pozvana za nasleđivanje, zakonski nasledni red, veličina delova, trenutak sticanja nasledstva, isključenje od nasleđivanja, odricanja od nasleđa, odnosi sanaslednika.

c) Merodavno pravo u pogledu testamentarnog nasleđivanja

ca) Merodavno pravo u pogledu testamentarne sposobnosti

U pogledu ovog pitanja merodavno je pravo države čije je *državljanin bio zaveštalcu u momentu sastavljanja testamenta*. Pitanja koja su obuhvaćena ovom kolizionom normom odnose se na minimalnu starosnu granicu za raspolaganje imovinom za slučaj smrti, i na sposobnost za rasuđivanje zaveštaoca.

Sudbina raspolaganja imovine za slučaj smrti, kao trenutnog akta testatora, zavisiće od vremena u kome je raspolaganje učinjeno. Ukoliko je u momentu sastavljanja testamenta testator po pravu svog državljanstva bio ograničeno sposoban zbog svojih godina, ili je prema tom pravu imao potrebnu sposobnost za rasuđivanje, njegovo stanje kasnije neće uticati na punovažnost testamenta po osnovu sposobnosti. Isto tako, ni promena državljanstva posle izvršenog raspolaganja nema uticaja na punovažnost testamenta. Testamentarna sposobnost se postavlja kao kolizioni problem ne samo u trenutku sastavljanja već i u momentu modifikacije ili opoziva testamenta.

cb) Merodavno pravo u pogledu sadržaja testamenta

U pogledu testamenta primenjuje se isto pravo kao i u pogledu zakonskog nasleđivanja. Sadržinska pitanja i punovažnost testamenta procenjuju se prema pravu državljanstva testatora u vreme njegove smrti.

Lex nationalis ostavioca u momentu smrti određuje sledeća bitna pitanja testamentarnog nasleđivanja: slobodu raspolaganja i oblike raspolaganja imovinom za slučaj smrti, ograničenja kruga lica koja mogu biti univerzalni ili singularni sukcesori, određivanje kruga lica koja su nužni naslednici i veličina nužnog dela.

cc) Merodavno pravo u pogledu forme testamenta

Pravo Srbije u pogledu forme testamenta preuzelo je pravila Haške konvencije o sukobima zakona u pogledu testamentarnih odredaba iz 1961. godine. Karakteristika Konvencije jeste da se ona primenjuje *bez obzira na reciprocitet* to znači da se na osnovu odredaba Konvencije primenjuje kao merodavno pravo i pravo onih država koje nisu članice Konvencije. Odredbe domaćeg prava koje su donesene pre (ili posle) stupanja na snagu Konvencije ostaće na snazi samo u slučaju ako predviđaju da će testament važiti ako je sačinjen u obliku koji je propisan u nekom pravu koji se ne nalazi među pravima koje alternativno navodi Konvencija. Pojedina zakonodavstva mogu da prošire listu prava po kojima će se alternativno ceniti oblik testamenta.

Time što Haška konvencija sadrži veoma široku listu alternativa snažno je istaknuto načelo *favor testamenti*. Konvencija je dala korisna preciziranja – koje će državljanstvo biti relevantno u slučaju da je ostavilac imao više državljanstava (merodavno je, kako pravo zemlje čiji je državljanin bio ostavilac u vreme sastavljanja testamenta, tako i pravo države čiji je državljanin bio ostavilac u vreme smrti). Konvencija se odnosi i na opoziv testamenta.

Testament će u pogledu forme biti punovažan ukoliko ispunjava uslove propisane po jednom od sledećih prava:

- 1) pravo mesta gde je testament sastavljen,
- 2) pravo države čiji je državljanin bio ostavilac u momentu sastavljanja testamenta,
- 3) pravo države čiji je državljanin bio ostavilac u momentu smrti,
- 4) pravo države u kojoj je ostavilac imao domicil u vreme sastavljanja testamenta,

5) pravo države u kojoj je ostavilac imao domicil u vreme smrti,

6) pravo države u kojoj je ostavilac imao boravište u vreme sastavljanja testamenta,

7) pravo države u kojoj je ostavilac imao boravište u vreme smrti.

Predviđena je i osma alternativa, kada su u pitanju nekretnine – a to je **mesto nalaženja nekretnina**. Zamislivo je da testament bude punovažan samo prema pravu zemlje u kojoj se nalazi nekretnina. U tom slučaju, testament bi važio u odnosu na nekretnine a ne bi važio u odnosu na ostalu imovinu. Ovim je samo donekle prihvaćen princip podeljene zaostavštine, jer taj princip, inače, pretpostavlja da se testament u odnosu na nepokretnu zaostavštinu ceni isključivo prema zakonu mesta nalaženja nekretnina, dok prema Haškoj konvenciji, testament može biti punovažan i u odnosu na nekretnine, ako je punovažan po jednom od sedam navedenih prava, ili ako je punovažan prema osmom pravu, tj. prema pravu mesta nalaženja nekretnina.

Član 31. ZMPP dodaje preuzetim pravilima Haške konvencije još jednu, **devetu alternativu** – a to je **lex fori, odnosno pravo Srbije**.

Određen je širok krug alternativa, i testament će biti punovažan ako je punovažan po bilo kojem od ovih prava.

Prilikom tumačenja člana 31. ZMPP treba da vodimo računa o pravilima Haške konvencije koja je ratifikovana, te je njena primena međunarodno pravna obaveza Srbije. To znači da se ne može primenjivati uzvratanje ili upućivanje na dalje pravo prilikom određivanja merodavnog prava za oblik testamenta.

Glava IV KOLIZIONE NORME ZA STVARNOPRAVNE ODNOSI

Određivanje merodavnog prava za stvarna prava na nekretninama

a) Merodavno pravo – pravo države u kojoj se nekretnina nalazi

Kada je reč o stvarnim pravima na nekretninama, opšte je prihvaćena tačka vezivanja *lex rei sitae*.

Nekretnine su deo suverene države, pa se ne može dozvoliti da se njihov status procenjuje prema nekom drugom pravu, a ne prema pravu suvereniteta čiji su deo.

Sticanje, gubljenje i menjanje stvarnih prava na nekretninama vezuje se, gotovo u svim državama, za neke službene radnje organa države gde se nalaze nekretnine. Ako bi se primenilo pravo koje ne predviđa te službene radnje, ili predviđa drugačije službene radnje, odgovarajući organi ne bi mogli da sprovedu potrebne formačnosti, što znači da ne bi došlo do konstituisanja stvarnog prava sa punim dejstvom.

Stvarna prava na nekretninama cene se prema pravu zemlje gde se nepokretnost nalazi. Načelno, taj zakon odlučuje, pre svega, o tome koja se stvarna prava mogu konstituisati na predmetnoj nekretnini, koji uslovi moraju biti ispunjeni za sticanje prava, prenos, i njegov prestanak. Npr. to znači da će se na sticanje nekretnine koja se nalazi u Francuskoj primeniti francusko pravo (bez obzira na to što je sticalac srpsko pravno lice, a prenosilac, recimo, Švajcarac) – te će svojina preći na našeg sticaoca, shodno francuskom pravu, samim zaključenjem ugovora, bez ikakvog upisa u javne knjige.

b) Određivanje merodavnog prava kada je reč o relacijama više nekretnina

Teškoće nastaju kada je reč o stvarnim pravima koja se vezuju za više nekretnina, među kojima se na taj način uspostavljaju neke relacije. (Sam pravni odnos, naravno, postoji među ljudima, vlasnicima nekretnina, a ne među samim nekretninama.) U stvarnim službenostima tangirane su dve nekretnine – povlasno i poslužno dobro. Slično je i u susedskim pravima. Problem se javlja kada su nekretnine – koji su u okvirima određenog stvarnog prava dovedene u vezu – nalaze u različitim zemljama. Tada pravilo *lex rei sitae* istovremeno ukazuje na dve države, dva prava. Ako su u pitanju stvarne službenosti pod „zakonom mesta nalaženja stvari“ može se podrazumevati i zakon države gde se nalazi poslužno dobro, ali i zakoni države gde leži povlasno dobro.

U našem pravu, susedsko pravo, po kojem je vlasnik radiodifuznog prijemnika mogao pod određenim uslovima da na krovu susedne stambene zgrade postavi antenu.

Smatramo da bi bilo logično da se dâ primat pravu države gde se nalazi ona nekretnina koja (odnosno čiji vlasnik) trpi izvesna ograničenja. To bi u stvarnim službenostima bilo pravo države u kojoj se nalazi poslužno dobro. Službenosti su izvedene iz svojine i predstavljaju njeno ograničenje. Iz **principa restrikcije službenosti takođe bi se mogao izvesti argument u prilog shvatanju da se pod *lex rei sitae* u pitanju stvarne službenosti podrazumeva mesto nalaženja poslužnog dobra.**

Isto rešenje se može predložiti u pogledu onih susedskih prava koja su „jednosmerna“, u kojima se može razlikovati jedna nekretnina čiji vlasnik trpi ograničenja i druga nekretnina čiji vlasnik koristi ovlašćenja. U takvim slučajevima za *lex rei sitae* valja smatrati propise zemlje u kojoj se nalazi nekretnina na kojoj se ograničava svojina. U pogledu uslova vršenja susedskog prava, međutim, i u potonjem slučaju bi se primenjivalo pravo zemlje u kojoj se nalazi nekretnina čiji vlasnik trpi izvesna ograničenja.

Ako je reč o susedskim pravima koja se izražavaju kroz uzajamana ograničenja svojine, ona bi mogla nastati samo ako ih poznaju obe (odnosno sve) *leges rei sitae*.

Određivanje merodavnog prava za stvarna prava na pokretnim stvarima

a) *Lex rei sitae* i alternativna rešenja

U pogledu stvarnih prava na pokretnim stvarima *lex rei sitae* je vladajuće, ali ne i jedino koliziono rešenje. Kao alternativa javlja se princip *mobilia personam sequuntur* (doslovno: pokretnosti prate ličnost) koji dovodi do primene personalnog prava (prava državljanstva ili prava domicila) vlasnika pokretne stvari. U nekim pravima *lex rei sitae* je zamenjen – u potpunosti ili delimično – sa *lex loci actus*, pravom zemlje u kojoj se preuzima pravni posao koji se odnosi na pokretnost. U novijem anglo – američkom pravu javlja se i ideja o primeni *principa najtešnje povezanosti* i u pogledu stvarnih prava na pokretnostima.

Princip *mobilia personam sequuntur* javlja se već u srednjem veku, u početku se primenjuje na veće imovinske celine, kao što su zaostavštine ili miraz - a zatim na pojedinačne pokretne stvari.

U anglo – američkom pravu izvesnu podršku dobija i *lex loci actus* kao tačka vezivanja za stvarna prava na pokretnostima.

Jedno novo koliziono rešenje koje se predlaže je „princip najtešnje povezanosti“, za ovu soluciju zalaže se engleski autor Češajr. Izraženo je mišljenje da bi korišćenje autonomije volje u ograničenim okvirima moglo da doprinese efikasnijim rešavanju nekih problema kao što su teškoće u vezi sa *res in transitu* ili „mobilni sukob zakona“. Autonomija volje je dobila izvestan prostor u novelama Španskog građanskog zakonika iz 1974. Prema članu 10. glave IV kada je reč o stvarima u tranzitu, stranke mogu svojom voljom da odrede merodavno pravo –

ali one mogu da biraju samo između dve alternative: mogu da biraju ili pravo mesto odakle je stvar poslata, ili pak pravo mesta kuda je stvar upućena.

Posebne kolizione probleme nalaže promena mesta nalaženja stvari, zatim tzv. „stvari u tranzitu“, kao i stvarnopravni položaj osnovnih sredstava prevoza.

b) Promene mesta nalaženja pokretne stvari

ba) Nekoliko primera

Lex rei sitae spada među tzv. promenljive tačke vezivanja što daje povoda problemu koji je poznat pod nazivom mobilni sukob (*conflit mobile*). Postavlja se pitanje koji je momenat nalaženja stvari merodavan, odnosno, koji će se zakon primeniti kao zakon mesta nalaženja stvari, originalan (raniji), ili aktuelan (kasniji), ako se stvar menja svoj položaj, te se u jednom momentu nalazi u jednoj državi, a u drugom trenutku u drugoj zemlji. Problem se može jasnije sagledati na nekoliko primera:

1) Uvoznik iz Srbije kupuje vagon farmerica u Mađarskoj (recimo u Budimpešti) dogovoreno je da isporuka bude u Novom Pazaru. Prava i obaveze su jasno postavljeni, ali nas sada posebno interesuje prelaz svojine na farmerice. Ovo pitanje postaje veoma značajno, jer roba ne stiže do našeg uvoznika. Ona nestaje dok voz kojim se dovozi stoji u Segedinu. Postavlja se pitanje čija je šteta? Šteta pogađa vlasnika. Ali treba utvrditi koje bio vlasnik kada se šteta dogodila, kada su farmerice ukradene. Pretpostavimo, da po Mađarskom stvarnom pravu svojina prelazi na kupca izdavanjem robe koja je namenjena kupcu – to se dogodilo još u Budimpešti. Znači po Mađarskom pravu šteta ide na teret našeg uvoznika. Prema našim pravilima, svojina prelazi na kupca predajom stvari – to je trebalo da usledi tek kad roba stigne u Novi Pazar. Prema tome, po našem pravu Mađar je postao vlasnik i njega pogađa šteta.

Pitanje se rešava pred našim sudom. Naš sud polazi od srpskih kolizionih normi. Pošto naša tačka vezivanja upućuje na mesto nalaženja stvari – a to je bilo u Mađarskoj kako za vreme zaključenja ugovora, tako i za vreme izdavanja robe u skladištu prodavca, pa je u vreme nastanka štete – primeniće se mađarsko pravo. To znači da će se smatrati da je naš uvoznik već postao vlasnik – šteta će pogoditi njega. Pretpostavimo da roba nestane, ili recimo izgori, u svakom slučaju da do štete dođe kada se roba nalazi već u Srbiji (ali pre nego što je došlo do predaje), recimo u Subotici. Problem će biti isti, naš sud će opet primeniti našu kolizionu normu koja upućuje na zakon države u kojoj se nalazi stvar koja je predmet spornog sticanja svojine. Rešenje je znatno manje jednostavno. Traži se mesto nalaženja stvari – ali u kom momentu? Stvar se neko vreme nalazila u Mađarskoj, pa se posle našla u Srbiji. Postavlja se pitanje kojem mestu nalaženja stvari treba dati primat?

2) U literaturi se često navodi kao primer slučaj kada građani države koja je ne postavlja posebno teške uslove za sticanje od nevlasnika stekne stvar od nevlasnika u državi u kojoj su ti uslovi otežani, ili gde čak uopšte nema sticanje od nevlasnika, a zatim donese stvar u svoju državu. (Englez recimo kupi ukradeni sat u Švajcarskoj i donese sat u Englesku.) Prema prvom *lex rei sitae* ne postoje uslovi za sticanje svojine, prema drugom postoje. Postavlja se pitanje koji je *lex rei sitae* merodavan.

Sličan problem nastaje kada se stvar kupuje u Nemačkoj, a predaja predviđena u Francuskoj. Prema prvom *lex rei sitae* (nemačkom pravu) za prenos svojine je potrebna predaja stvari, te se postavlja pitanje da li stvar prelazi u svojinu sticaoca čim pređe francusku granicu i stigne na pravno područje gde svojina prelazi samim zaključenjem ugovora, ili pak svojina prelazi na sticaoca tek kada stigne na odredišno mesto u Francuskoj gde se vrši predaja.

3) Često se javlja i mnogo je diskutovan „mobilni sukob zakona“ u vezi sa *održajem*, naročito ako stvar koja je predmet održaja prelazi iz države gde je predviđen duži rok za *usucapio* (održaj) u državu gde je taj rok kraći ili obratno.

4) Značajno je pitanje ostaje li punovažno založno pravo, ili drugo stvarno pravo na tuđoj stvari, kada stvar dospe u zemlju koja takvu *iura in re aliena* (stvarna prava na tuđoj stvari) ne poznaje.

bb) Različita rešenja mobilnog sukoba zakona u stvarnom pravu

Problemom „mobilnog sukoba zakona“ u oblasti stvarnih prava bavio se Institut za međunarodno pravo 1911. Godine i u svojoj Rezoluciji predlaže kompleksno teorijsko rešenje, polazeći od teorije stečenih prava. Prema tekstu Rezolucije „prava koja su valjana stečena na stvari dok se ona nalazila na jednoj određenoj teritoriji koja treba da se poštuju kada se stvar naknadno nađe na drugoj teritoriji“.

Rezolucija Instituta ima u vidu jednu od dveju osnovnih situacija u kojima se javlja *conflit mobile* u pogledu stvarnih prava. To je *situacija kada se stvar premešta sa područja na kojem postoje uslovi za oformljenje određenog stvarnog prava, ili stvarnog pravnog dejstva, na područje na kojem ti uslovi ne postoje*. U drugoj od osnovnih situacija stvar se premešta iz zemlje u kojoj ne postoje svi uslovi za oformljenje stvarnog prava, ili stvarno pravnog dejstva u zemlju po čijem pravu ti uslovi postoje.

1) U pogledu prve situacije postoji prilično široka saglasnost da ako je reč o stvarnom pravu koja je punovažno stečeno prema pravu jedne zemlje dok se stvar tamo nalazila ostane – tako se stvarno pravo ne gubi ako se stvar premesti u zemlju čije pravo traži više uslova, ili drugačije uslove, za njegovo sticanje. Isto tako, ako je stvarno pravo punovažno izgubljeno u jednoj zemlji, neće automatski „oživeti“ ako se stvar prenese u drugu zemlju čije pravo ne poznaje gubitak tog stvarnog prava pod datim uslovima.

2) U pogledu druge situacije, mišljenja smo da bi opredeljenje bilo olakšano ako se razlikuju dve „pod vrste“ unutar situacije u kojoj nisu ispunjeni uslovi za oformljenje stvarnog pravnog dejstva prema ranijem *lex rei sitae* a ispunjeni su prema pravu kasnijeg mesta nalaženja stvari.

U prvom primeru, raniji *lex rei sitae* negira sporno pravo – prema švajcarskom pravu nema sticanja od nevlasnika pod datim uslovima. U drugom primeru, pod ranijim *lex rei sitae* stvoreno je jedno pravno stanje kojem treba da se pridruži još neka činjenica da bi se oformilo stvarno pravo – potrebna je još predaja stvari.

Ako je reč o situaciji iz prvog primera, u ovom slučaju radnje koje su izvršene u državi ranijeg *lex rei sitae* nisu dovele ni do kakvog efekta, nisu stvorile ni neko pravno stanje koje bi moglo prerasti u subjektivno pravo. Zbog toga, sat kupljen u Švajcarskoj gde nisu ispunjeni uslovi za sticanje svojine – neće postati svojina kupca, samim prenošenjem u Englesku.

Kod situacije iz drugog primera, postoje mnogo više razloga da se stvarno pravo smatra oformljenim samim dolaskom na područje važenja novog *lex rei sitae*. U Nemačkoj je već stvoreno jedno pravno stanje, kome treba da se pridruži još jedna činjenica – predaja stvari. Nema potrebe da se na području novog *lex rei sitae* ponove radnje koje su već stvorile izvesno dejstvo i pod ranijim *lex rei sitae*. Dolaskom stvari pod novi *lex rei sitae*, ovo dejstvo se upotpunjuje.

Ni kod održaja ne bi bilo opravdanja za primenu (povoljnijeg) novog *lex rei sitae*, ako na ranijem mestu nalaženja stvari nije stvoreno ni pravno stanje koje vodi održaju. Teškoće nastupaju kada je takvo stanje stvoreno, čeka se protek roka, a stvar dospe na područje novog *lex rei sitae*, po kome je taj rok već protekao ili će ubrzo proteći (a postoje i drugi uslovi za *usucapio*).

bc) Rešenje koje bi moglo da usvoji naše pravo

ZMPP, nažalost, ne sadrži pravila koja bi postavila koliziono rešenje za slučaj da dođe do promene mesta nalaženja stvari. Predlažemo sledeće stavove u vezi sa mobilnim sukobima zakona u stvarnom pravu.

1) Različite teškoće i različiti obziri koji se vezuje za pojedine vidove javljanja mobilnog sukoba zakona u stvarnom pravu ukazuje pre svega na to da nije preporučljivo tražiti jedinstveno rešenje svih kolizionih problema koji nastaju usled promene mesta nalaženja stvari.

2) U slučajevima kada se stvar premešta iz države u kojoj postoje uslovi za oformljenje (ili gubljenje) stvarnog prava u zemlju po čijem pravu se traže dodatni uslovi, treba uzeti da je merodavno pravo ranijeg mesta nalaženja stvari. Tj. merodavno je pravo po čijim su se normama prvo stekli uslovi za oformljenje (ili gubitak) stvarnog prava, dok se stvar u toj nalazila. U primeru sa vagonom farmerki koje su se izgubile u Subotici, to znači sledeće: pošto su se uslovi za sticanje svojine kupca već ispunili dok se stvar nalazila u Mađarskoj kasnije premeštanje stvari u Srbiju ostaje bez uticaja – bez obzira na to što se prema kasnijem *lex rei sitae* još nisu stekli svi uslovi za sticanje svojine.

3) U slučajevima kada se stvar premešta iz države po čijem pravu se nisu stekli svi uslovi za sticanje stvarnog prava u državu po čijim je normama (a na osnovu istih činjenica) stvarno pravo već stečeno, doći će do formiranja stvarnopravnog efekta samim premeštanjem stvari u državu čije pravo predviđa blaže uslove – ali pod pretpostavkom da je prema pravu ranijeg mesta nalaženja stvari *već stvoreno jedno pravno stanje odnosno „pravna nada“*.

Dakle, u slučaju da je stvar valjano kupljena u Nemačkoj, te stvoreno jedno pravno stanje kojem treba samo da se pridruži jedna činjenica (predaja stvari) da bi se formiralo stvarno pravo – može se smatrati da je stvarno pravo formirano premeštanjem stvari na drugo pravno područje čije norme tu dopusku činjenicu ne traže. I dalje važi, prema tome princip da je *merodavno pravo države po čijim su se normama prvo stekli svi uslovi za oformljenje (ili gubitak) spornog stvarnog prava, dok se stvar nalazi u toj zemlji*.

4) Ako se stvar premešta iz zemlje u kojoj su uslovi za formiranje stvarnog prava strožiji u zemlji u kojoj su ti uslovi blaži, a u prvoj zemlji nije stvoreno nikakvo pravno stanje, tj. „pravna nada“, stvarnopravni efekat ne može nastati prostim premeštanjem stvari.

Prema tome ako kupovina ukradenog sata u Švajcarskoj u toj zemlji ne proizvodi nikakvo dejstvo, ako se time nije prešlo pola puta do sticanja svojine već se krenulo pogrešnim putem – premeštanje stvari u Englesku ne može po sebi da izazove stvarnopravne efekte.

5) Sva ova pravila koja smo izneli pod 1 – 4 mogu da važe i u pogledu održaja s tim što će se rezultati ponekad morati korigovati sa ustanovom zabrane *fraus legis* u slučajevima kada se održaj dovršava pod povoljnijim *lex rei sitae*.

c) Određivanje merodavnog prava za stvarna prava na stvarima u tranzitu

ca) Problem stvari u tranzitu

Pod stvarima u prevozu, tranzitu (*res in transitu*), treba podrazumevati **robu koja je u prevozu i nalazi se na teritoriji države koja nije ni zemlja odašiljanja (izvozna), ni zemlja opredeljenja (uvozna), ili se nalazi u ničijem prostoru tj. na otvorenom moru ili u vazdušnom prostoru iznad njega**. Neophodno je da prevoznici lanac obuhvata najmanje tri zemlje (izvoznju, tranzitnu i uvoznju) da bi se roba na putu smatrala kao stvar u prevozu. Ne smatra se kao stvar u prevozu stvar koja putuje zajedno sa vlasnikom, recimo prtljag.

Problem stvari u prevozu nastaje u onom periodu u kome se stvar nalazi između zemlje odašiljanja i zemlje opredeljenja, i to samo ukoliko se, u tom vremenu, zaključi određeni pravni posao čiji je cilj konstituisanje nekog stvarnog prava na toj stvari (prodaja, zaloga). Stvarnopravna dejstva jednog ugovora procenjuju se po *lex rei sitae*, s jedne strane i da je kontakt *res in transitu* sa teritorijom države kroz koju prolazi sasvim privremen i površan, s druge strane. *Ratio legis* koji stoji iza *lex rei sitae* uključuje predstavu o vezi sa suverenitetom mesta nalaženja stvari, a ta je veza – ako nije konačna – ipak trajnija, sadržajnija. Što kod *res in transitu* nije slučaj. Isto tako, u periodu dok se stvari u prevozu nalaze u prevoznom sredstvu na otvorenom moru ili u vazdušnom prostoru iznad njega – primena *lex rei sitae* vodi nemogućoj situaciji, jer se roba ne nalazi ni u jednoj državi.

cb) Tačke vezivanja za stvari u tranzitu

U teoriji najviše pristalica ima opredeljenje za *lex loci destinationis*. Ovakav stav vlada i u našoj zemlji. Ova tačka vezivanja je posebno opravdana kada je reč o stvarnopravnim efektima na bazi pravnih poslova koji se zaključuju dok se stvar nalazi u tranzitu. Nešto je drugačija situacija kada je pravni posao zaključen pre nego što stvar postane *res in transitu*, tj. pre nego što se nađe na teritoriji zemlje koja nije ni država odakle je poslata, niti država opredeljenja. U takvom slučaju i dalje postoje snažni razlozi da se ne primeni pravo tranzitne zemlje kao *lex rei sitae*, nego smatramo da bi umesto primene zakona zemlje opredeljenja, rešenje valjalo tražiti u principima pomoću kojih se rešava „mobilni sukob“. (s tim, ponavljamo, da se ne uzmu u obzir propisi zemalja u kojima se stvar nalazi samo u tranzitu).

Isto rešenje bi bilo pogodno i za održaj u vezi sa *res in transitu*.

Nestaje opravdanje za primenu *lex loci destinationis* u slučajevima kada se tranzit prekida (dolazi, na primer, do zaplene robe u tranzitnoj zemlji), ako je reč o nekom drugom izvršnom aktu, ako je reč o zakonskoj zalozi na stvari u korist, na primer, železnice tranzitne države. Tada valja ostati na primeni opšteg kolizionog pravila za stvarna prava, *lex rei sitae* (makar to bilo pravo tranzitne države).

U teoriji se takođe smatra da nestaje osnova za primenu *lex loci destinationis* u slučaju da stvari putuju zajedno sa vlasnikom ili držaocem. (ako je reč o putnikovom satu, na primer, koji on usput proda ili založi.) Za takve slučajeve predlaže se kao tačka vezivanja *lex rei sitae*, ili *lex nationalis* vlasnika, odnosno držaoca. Ako je reč o održaju – ako stvar putuje sa držaocem koji čeka uzukapiju. Smatramo da u tom slučaju nema opravdanja za primenu *lex rei sitae* tranzitne zemlje i da bi to dovelo do zloupotrebe.

d) Određivanje merodavnog prava za stvarna prava za osnovna sredstva prevoza

da) Osnovna sredstva prevoza i razlozi za njihov posebni tretman

U kolizionopravnu kategoriju osnovnih sredstava prevoza spadaju van svake sumnje, brodovi i vazduhoplovi, a blizu toj kategoriji su i železnice. ZMPP govori o sredstvima prevoza koja imaju državnu pripadnost.

Brodovi i vazduhoplovi imaju državnu pripadnost koja se formira upisom u upisnik brodova, odnosno registar vazduhoplova. Ovi upisi imaju konstitutivno stvarnopravno dejstvo. Naročito vezanost broda i vazduhoplova za državu registracije, nalažu odstupanje od pravila *lex rei sitae*.

Državu pripadnost mogu steći i brodovi i vazduhoplovi koji još ne saobraćaju, ne vrše svoju ekonomsku funkciju, koji su još u izgradnji. Prema Konvenciji o upisu prava na brodovima u gradnji iz 1967. godine, uslovi za upis i konstituisanje državne pripadnosti za brove u gradnji, vršiće se u okvirima Konvencije, a prema

zakonodavstvu države gde se brod gradi ili će se graditi. Železnice ne spadaju u istu specijalnu kolizionu kategoriju pokretnih stvari sa brodovima i vazduhoplovima za koje bi važila posebna tačka vezivanja.

db) Tačke vezivanja za osnovna sredstva prevoza

Merodavno je pravo za stvarna prava na brodovima i vazduhoplovima *pravo države čiju pripadnost brod, odnosno vazduhoplov ima* – tzv. zakon zastave (lex banderae). Postoje takođe široka saglasnost o tome da se pripadnost (nacionalnost) broda, odnosno vazduhoplova određuje prema *registraciji*. Prema tome, brod ili vazduhoplov imaju „nacionalnost“ one države u kojoj su registrovani. Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi predviđa isto rešenje i za brodove u gradnji. Norma iz člana 1035. je jednostrana kolizionna norma odnosi se samo na brodove koji se grade u Srbiji. Na njih će se, dakle, primeniti domaće norme stvarnog prava ako se odgovarajućim upisom stekli državnu pripadnost Srbije.

Zakon predviđa da se sva svojinska pitanja vezana za osnovna sredstva prevoza rešavaju po zakonu zastave. Međutim, **kada je u pitanju zaplena broda radi osiguranja potraživanja, zakon zastave se ne bi mogao primeniti, već bi se pretpostavke za taj zahtev cenile po pravu mesta zaplene, dakle, zemlje u čijoj je luci došlo do zaplene.**

Određivanje merodavnog prava za stvarna prava na hartijama od vrednosti i stvarna prava iz hartija od vrednosti

Problemi prilikom utvrđivanja merodavnog stvarnog prava u pogledu hartija od vrednosti nastaju, pre svega, usled mogućeg razdvajanja i divergentnog kretanja same stvari i hartije u kojoj je inkorporisano stvarno pravo na dotičnoj stvari. Potrebno je podvući da su razmatranja ograničena na one hartije od vrednosti u kojima je inkorporisano stvarno pravo (konosman, skladišnica). Pravila u pogledu prava na hartiji važe, uglavnom podjednako za najveći broj hartija od vrednosti – ali to nije slučaj u pogledu prava iz hartije.

a) Stvarna prava na hartiji

Postoji široka saglasnost da je merodavno pravo u pogledu stvarnih prava na hartiji mesto nalaženja hartije – *lex cartae sitae*. Svojina na samoj hartiji npr. ceniće se prema mestu nalaženja hartije. ***Lex cartae sitae* je samo poseban izraz za *lex rei sitae* u pogledu hartija od vrednosti.**

Pravilo *lex cartae sitae* valja dopuniti posebnim normama koje važe za slučaj „mobilnog sukoba“, kao i *res in transitu*, da bi se dobila adekvatno rešenje za situacije u kojima se menja mesto nalaženja hartije od vrednosti u toku procesa sticanja ili gubljenja stvarnog prava na hartiji.

b) Stvarna prava iz hartije

ba) Formiranje stvarnog **prava iz hartije** prilikom izdavanja hartija od vrednosti

Prema američkom pravu merodavno pravo je pravo **mesto nalaženja stvari u vreme izdavanja hartije.**

bb) Sticanje stvarnih prava iz hartija od vrednosti prilikom prenosa hartija od vrednosti

Prilikom određivanja merodavnog prava za prenos stvarnih prava iz hartija – među kojima poseban značaj imaju konosman i skladišnica – teške dileme nameće razdvajanje **mesta nalaženja stvari i mesta nalaženja hartija**. Postavlja se pitanja kojem mestu nalaženja valja dati primat: *lex rei sitae*, ili *lex cartae sitae*?

U našoj teoriji je istaknuto mišljenje da bi trebalo primeniti ***lex rei sitae* kao tačku vezivanja i da bi ga valjalo dopuniti posebnim pravilima za mobilni sukob zakona i za *res in transitu*, naročito ako je reč o**

konosmanu. Stvari na koje se odnosi konosman po prirodi stvari su u prevozu i često se nalaze na otvorenom moru. Brojna shvatanja daju primat mestu nalaženja hartije od vrednosti.

Leflar smatra da nakon što je došlo do inkorporacije stvarnog prava u hartiju od vrednosti, ona postaje dominantna stvar, te je za sve dalje promene koje se tiču nosioca stvarnog prava iz hartije merodavno pravo mesta nalaženja same hartije - *lex cartae sitae*.

Šnicer, Niderer, švajcarska teorija, Haška konvencija o merodavnom pravu za prenos svojine u međunarodnoj kupoprodaji telesnih pokretnih stvari, predviđaju zakon mesta nalaženja hartije, kao jedno od više alternativnih prava prema kojima sticanje može biti punovažno.

Glava V ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVORE

Izvori kolizionih normi za ugovore u pravu Srbije

Bečka konvencija (Konvencija UN) o međunarodnoj prodaji robe iz 1980, koju je doneo UNCITRAL, do oktobra 2011. godine ratifikovalo 77 zemalja. Među prvima je ratifikovala i bivša Jugoslavija. Na unfikaciji kolizionog prava dosta se radi i u okviru Evropske unije, u tim zemljama je na snazi Konvencija o merodavnom pravu za ugovorne odnose iz 1980. godine (**RIM I regulativa je zamenila odredbe Konvencije iz 1980**).

Do donošenja ZMPP imali smo razrađene kolizione norme za ugovore u dva zakona: Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, i Zakonu o obligacionim i osnovnim materijalnopравnim odnosima u vazdušnoj plovidbi. Posle donošenja ZMPP navedeni zakoni su ostali na snazi, ovi zakoni su prestali da važe 1998. godine, a njihovo mesto su zauzeli Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (ZPUP) i Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju (ZOSOVS).

ZMPP postavlja posebne tačke vezivanja za 19 ugovora. Predviđena je mogućnost da stranke same biraju merodavno pravo (opšta klauzula, član 22 ZMPP-a)

ZMPP posvećuje posebna koliziona pravila nekim pitanjima obligacionog prava koja obično izmiču pažnji zakonodavca, kao što su: 1. akcesorni poslovi, 2. sticanje bez osnova, 3. *negotiorum gestio* (posloводство bez naloga), ili 4. jednostrani pravni posao.

Kolizione norme koje se tiču ugovora nalaze se samo u našim ugovorima sa Mađarskom i Poljskom. Obe ove konvencije sadrže kolizionu normu za formu pravnih poslova. Ugovor sa Poljskom sadrži i normu o pravima i obavezama iz ugovora. Prema ovoj normi, merodavno je pravo strane ugovornice na čijoj je teritoriji zaključen ugovor, ako strane nisu izričito izabrale drugo pravo i ako nije reč o nekretninama.

Bivša Jugoslavija nije ratifikovala nijednu višestranu konvenciju posvećenu određivanju merodavnog prava za ugovore. Postoje, međutim, neke kolizione norme u višestranim konvencijama iz oblasti međunarodnog transporta koje smo ratifikovali. **Konvencija o prevozu robe želenicom iz 1952., i Varšavska konvencija o izjednačavanju izvesnih pravila koja se odnose na međunarodni vazdušni prevoz iz 1929.**

Autonomija volje (pojam, značaj, pravna osnova, granice primene)

a) Pojam i značaj autonomije volje

Autonomija volje je tačka vezivanja koja ovlašćuje stranke da učine izbor merodavnog prava koji će se primeniti na regulisanje njihovog ugovornog odnosa. Sa gledišta pozitivnog pravnog sistema, autonomija volje je tačka vezivanja, a sa gledišta stranaka – ona je subjektivno pravo koje se sastoji iz (napred) opisanog ovlašćenja.

Princip da ljudi mogu sami da određuju svoje obaveze i da su vezani onim što su sami odredili jedna je od veoma starih pravnih i etičkih ideja. Kant smatra da je izvršenje preuzetih obaveza najviša moralna dužnost.

Zanimljivo je primetiti da – dok se unutrašnjem planu neprestano sužava – na međunarodnom planu autonomija volje dobija sve širu primenu.

Najvažniji praktični razlog za prihvatanje autonomije volje u međunarodnom privatnom pravu leži u posebnim teškoćama pri utvrđivanju merodavnog prava za ugovore. Na terenu međunarodnog privatnog prava ostaje mogućnost da se koriguje rezultat koji se postiže voljom stranaka, i to putem ustanova javnog poretka, zabrane izigravanja zakona i norme neposredne primene.

Autonomija volje (izbor merodavnog prava koji vrše same stranke) od ključnog je značaja pri određivanju merodavnog prava za ugovore. Iz toga proizilazi da je veoma važno da se precizira autonomija volje kao kolizioni instrument i da se odrede granice njenog domašaja.

b) Granice autonomije volje

ba) Oblast u kojoj se može koristiti autonomija volje

Autonomija volje se može koristiti u svim građanskopravnim i privrednopravnim ugovorima. Mogu se stavljati i stavljaju se određena ograničenja, i ona postoje u oblasti međunarodnog transporta. Najstriktnija ograničenja postavlja Konvencija o ugovorima o međunarodnog prevozu robe drumom, sklopljena u Ženevi 1955. godine, po kojoj stranke ne mogu da ugovore primenu pravila drugačijih od normi koje postavlja Konvencija.

Stranke kod cesije (cesionar i cedent), kod zastupništva (zastupnik i vlastodavac), posredništva (posrednik i nalogodavac) ne mogu da izaberu merodavno pravo koje bi se odnosilo na efekte ovih pravnih poslova prema trećim licima.

Autonomija volje isključena je u onim ugovorima koje se odnose na nekretnine, za njih je predviđeno samo jedno koliziono rešenje – primena *lex rei sitae*.

bb) Odnosi li se autonomija volje na imperativne norme?

Prema kolizionopravnom stanovištu (Nusbaum ga naziva subjektivna teorija), autonomija volje je svojevrsna tačka vezivanja (*lex voluntatis*) i ona: određuje merodavno pravo čije će se relevantne norme primeniti *in toto*, kako dispozitivne, tako i imperativne norme toga prava. Neće se primeniti samo one norme izabranog merodavnog prava koje su suprotne javnom poretku države foruma (suda ili drugog organa primene).

Prema materijalnopravnom shvatanju (objektivna teorija – po Nusbaumu teorija inkorporacije). Dispozitivne su one norme koje stranke mogu svojom voljom da zamene, koje važe, zapravo, samo u slučaju da ugovorne strane nisu nešto drugo ugovorile. Pravilo da se roba isporučuje, recimo, u roku od 8 dana, važi samo ako stranke nisu ugovorile neki drugi rok.

Po ovoj drugoj koncepciji, izborom merodavnog prava stranke na posredan način menjaju ili dopunjuju dispozitivne norme onog prava koje je inače (bez korišćenja autonomije) merodavno. Ne mogu menajti imperativne norme prava koje je merodavno na osnovu kolizione norme foruma.

U našem pozitivnom pravu prevagu ima kolizionopravna koncepcija.

U inostranoj teoriji i praksi kolizionopravno stanovište takođe ima prevagu. Posebno je bila zapažena studija Nojmajera koji se zalaže za slobodu stranaka da svojim izborom obuhvate i imperativne norme, izuzev norme javnog poretka. Nojmajer nastoji da odredi koje imperativne norme spadaju, a koje ne spadaju u javni poredak. Švajcarski autor Niderer smatra da je stvar tumačenja sporazuma stranaka da li su one izbor proširile i na imperativne norme.

bc) Opređenje autora

Naše mišljenje je da nema razloga da se stranačka autonomija ograniči na dispozitivne norme. Tačka vezivanja može postati i volja stranaka.

Ako se autonomija odnosi samo na dispozitivne norme tada stranke svojim izborom ne mogu u potpunosti da reše pitanja merodavnih pravila.

Drugačiji zaključak se nameće samo u slučajevima kada stranke ne izaberu jedno pravo, pravo jedne države, nego neku drugu zbirku pravila. Aktivnošću raznih, veoma uglednih međunarodnih organizacija, kao što su UNCITRAL (Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo), Ekonomska komisija UN za Evropu, Evropska unija stvaraju se razni kodeksi opštih uslova, običaja, modela pravila (tzv. *soft law*), kojima se na savremen način i prilično celovito rešava određeni krug problema. Izbor takvog skupa normi je praktično je veoma blizak određivanju prava jedne države kao merodavnog prava. Razni opšti uslovi, jednoobrazna pravila, neratifikovane konvencije, ne mogu se izjednačiti sa pravom jednog suvereniteta. Izborom takvih pravila ne rešava se određivanje merodavnog prava, te nije u pitanju pravi kolizioni izbor. Na taj način se mogu zameniti samo dispozitivne norme prava koje je inače merodavno.

Razlike između izbora prava (kolizionopravna autonomija) i inkorporacije (materijalnopravna autonomija) pokazuju se i u drugim domenima.

- 1) Samo u slučaju da je autonomija volje koliziona, izbor prava bi se mogao ograničavati, tj. mogao bi se postaviti uslov da izabrano pravo bude u nekoj vezi sa ugovorom.
- 2) Ukoliko je strano pravo inkorporisano, izmena njegove sadržine, na osnovu intervencije zakonodavca po zaključenju ugovora, ne utiče na prava i obaveze ugovorača; oni ostaju određeni sadržinom dela stranog zakona koji je, inkorporacijom u momentu zaključenju ugovora, postao njegov sastavni deo. Autonomijom volje se bira živo pravo. Ono se primenjuje po svojoj sadržini u momentu ocene (primene), bez obzira na eventualna, prethodna stanja i izmene.
- 3) Primena ranvoa je u načelu moguća samo u slučaju usvajanja kolizione koncepcije, jer se samo tada ona smatra tačkom vezivanja. Kako je ranvoa imanentan kolizionom načinu regulisanja, prihvatanje autonomije u vidu inkorporacije ga isključuje. (Ranvoa je, dakle, načelno moguć samo pri kolizionopravnoj koncepciji autonomije volje).
- 4) Ograničavanje prava starankama, istaknuto u pojedinim zakonima, da biraju merodavno pravo samo za ugovore sa stranim elementom odražava kolizionopravno shvatanje autonomije.

bd) Pitanje koneksiteta

Drugo pitanje koje je izazvalo, i izaziva i dalje, kontroverze jeste pitanje koneksiteta, odnosno veze između izabranog prava i ugovornog odnosa. Pitanje je, da li su saugovarači, prilikom izbora merodavnog prava, potpuno slobodni, ili im je polje izbora suženo na određeni krug zakona koji su sa ugovornim odnosom u nekoj vezi.

1. Po jednom shvatanju, mogućnosti za izbor su ograničene, strane ugovornice mogu da biraju samo jedno između prava sa koji je ugovorni odnos povezan. Neophodna je, veza, koneksitet, izabranog prava sa ugovornim odnosom. Koneksitet se može tražiti u dva oblika. Prema jednom, zakonodavac nabraja veze koje dolaze u obzir i time tačno određuje između kojih prava stranke mogu da biraju (sistem enumeracije). Drugi način postavljanja koneksiteta je elastičniji, ovde se zakonodavac zadovoljava opštom formulacijom da izabrano pravo treba da bude sa ugovorom.

2. Prema drugom shvatanju takva veza nije potrebna; može se birati kao merodavno pravo i pravo sa kojim ne postoji koneksitet, izbor je neograničen.

Pristalice ograničene autonomije volje to argumentuju na sledeći način (naši kontraargumenti slede propratno):

- Princip koji vlada u odnosima bez stranog elementa, naime da svako zna pravo, mora se proširiti i na međunarodnu arenu, zbog čega ugovarači mogu birati samo ono pravo koje poznaju i razumeju. Izbor se mora ograničiti na prava koja su u nekoj vezi sa ugovorom. Kontraargument je: nema razloga zbog kojeg bi neko mogao i morao znati pravo koje je sa njegovim ugovorom u vezi, a ne bi imao isto znanje i o nekom trećem pravu.

- Drugi argument je argument pravne sigurnosti. Pošto postoje zemlje koje poznaju samo ograničenu autonomiju, može se dogoditi, ukoliko se spor pokrene pred njihovim sudom, da ovaj ne prihvati učinjeni izbor zbog nedostatka koneksiteta. Da bi se strah od ovoga isključio, poželjno je birati samo koneksna prava. Kontraargument je: i ugovaračima koji su izabrali neko pravo koje je u vezi sa ugovorom može se dogoditi da sud zemlje koja prihvata sistem ograničene autonomije ipak odbije da primeni *lex voluntatis* kao *lex contractus*, s obrazloženjem da veza nije dovoljna da opravda njegovu primenu.

- Izborom prava određene zemlje ugovarači mogu, u nameri da svoj ugovor održe na snazi, izbeći primenu prava po kome bi ugovor bio ništav, ili obrnuto.

Dodajmo ovome još neke argumente u prilog neograničenoj autonomiji: ograničavanjem kruga zemalja čije se pravo može prorogirati uskraćuje se ugovaračima mogućnost da učine *bona fide* izbor nekog prava koje je izvan unapred određenog kruga. Istovremeno se ugovarači sprečavaju u izboru prava neutralne zemlje, ili se primoravaju na manipulacije, kako bi željeno pravo doveli u neku vezu sa pravnim odnosom, i tada ga izabrali. Mogućnost izigravanja u sistemu ograničene autonomije volje, nije potpuno isključena, ona je samo otežana.

Mišljenja smo da ne postoje dovoljno jaki razlozi koji bi opravdali uslov koneksiteta. Činjenica da postoji neka povezanost između pravnog odnosa i određene države još ne garantuje da će pravo te države biti adekvatnije za rešavanje ugovornog odnosa.

be) Vremenski momenat do kojeg se može koristiti autonomija volja

Nema sumnje da je najbolje učiniti izbor pri samom zaključenju ugovora. U našoj arbitražnoj praksi prihvata se izbor koji je učinjen i nakon zaključenja ugovora. Treba dakle prihvatiti i naknadni izbor, ali preporučljivo je birati merodavno pravo u vreme zaključenja ugovora.

c) Pravna osnova autonomije volje

Autonomija volje nije nikakav naddržavni princip, već je to ustanova pozitivnih međunarodnih privatnih prava. To znači da se samo postojanje i granice autonomije volje utvrđuju pravom države čije se međunarodno privatno pravo primenjuje – a to je država suda (*lex fori*).

Mi se pridružujemo svim onim autorima koji smatraju da pravo ne deluje na ljudske radnje u momentu kada se one preduzimaju, već u momentu kada se neki sud o njima izjašnjava. Prema tome, osnov autonomije je u pravu zemlje

čiji će sud biti nadležan za budući spor. Ukoliko to pravo ne poznaje autonomiju volje kao tačku vezivanja, on neće primeniti od stranaka izabrano pravo, i to je sve. Prema tome, prirodu i domašaj autonomije volje određuje *lex fori*.

c) Izričita i prećutna autonomija volje

Autonomija volje koju smo do sada pominjali predstavlja izričitu autonomiju volje. Prećutna autonomija volje bi bila kada stranke nisu izričito odredile koje će pravo biti merodavno, ali se iz ugovora ili okolnosti slučaja vidi da su imale u vidu **jedno određeno pravo kao merodavno, i da su htele da se primeni to pravo.**

Dokazi te volje:

1. Izbor (prorogiranje) suda (arbitraža) određene zemlje (po maksimi ko bira sud bira i pravo).
2. Okolnost da se stranke u svom ugovoru pozivaju na zakonske odredbe iz određenog prava ili koriste neke karakteristične termine koju su osobenost nekog određenog prava.
3. Korišćenje tipskih ugovora ili opštih uslova poslovanja zasnovanih na pravu određene zemlje.
4. Izbor jezika ugovora.
5. Izbor valute ugovora.
6. Zajedničko ugovaranje mesta (zajedničkog) ispunjenje ili isključenje ugovora.
7. Zajednička nacionalnost ili sedište ugovarača.

Kao indicije mogu poslužiti druge okolnosti, odnosno splet okolnosti. Važno je da indicije budu **snažne, nedvosmislene, da ne pružaju lako osnova različitim interpretacijama.**

Hipotetična autonomija volje je pravo za koje bi bilo logično da su ga stranke htele, odnosno čiju su primenu stranke „želele“, kao razumni privrednici, trgovci.

Prema tome autonomija volje može biti izražena na dva načina samo izričito i prećutno.

d) Voljna multiplikacija merodavnih prava (statuta)

Ovde se postavlja pitanje smeju li se saugovarači, prilikom izbora merodavnog prava, dogovoriti da se na njihov ugovor istovremeno primeni više nacionalnih prava, od kojih svako pravo na određeno pitanje, ili krug pitanja (voljna multiplikacija merodavnih prava).

Razlozi koji idu u prilog multiplikaciji leže, prvo u činjenici da je to pravo imanentno samoj autonomiji, ili se opravdava argumentom *a maiore ad minus*, ili se pragmatično argumentuje da stranke mogu izabrati više prava, od kojih svako najbolje odgovra postavljenom problemu. Rezonovanje od većeg ka manjem je sledeće: Ugovarači, pošto mogu isključiti *in toto* zakon koji je supsidijarnom poveznicom odredio zakonodavac (veće), mogu isključiti i samo neke odredbe prava koje su sami izabrali, i na njihovo mesto ugraditi drugo pravo (manje).

Kontraargumenti su:

1. priznanjem ovog prava uvećava se mogućnost fraudoloznog postupanja stranaka;
2. ne vodi se računa o tome da svaki pravni sistem ima svoju unutrašnju ravnotežu, a da nju mora imati i svaki ugovor;
3. multiplikacija vodi tzv. cepanju statuta;
4. stvaranje mozaika merodavnih prava može dovesti do apstrahovanja čitavog ugovora.

ZMPP ništa ne govori o ovom pitanju. U skladu sa savremenim tendencijama, koje se protive ograničavanju autonomije volje, **treba dozvoliti i mogućnost izbora više prava**. Takav izbor će biti racionalan, ukoliko se prava raznih zemalja biraju za posebne, samostalne celine ugovora, koje se mogu odvojiti od drugih pitanja.

e) Pravo merodavno za ocenu punovažnosti ugovora o izboru prava

Svaki sporazum o izboru merodavnog prava je i sam ugovor, koji ne deli sudbinu glavnog ugovora. Kao takav on mora biti rezultat slobodne volje ugovarača.

U novije vreme najveći broj pristalica ima tendencija, po kojoj se sporazum o izboru merodavnog prava ima ceniti po pravu, koje je u ugovoru izabrano kao merodavno i koje će to biti ukoliko je učinjeni izbor valjan.

Primena ovog putativnog *lex causae*, nosi u sebi jednu logičku nedoslednost, zbog čega se često napada. Kaže se da je ugovor o izboru merodavnog prava nelogično ocenjivati po pravu koje će biti merodavno, tek ukoliko je izbor valjan.

Međutim, odgovara se, da je putativni *lex causae* jedan pozitivnopravni sistem, čije postojanje ne zavisi od perfektnosti sporazuma stranaka. On objektivno postoji i ukoliko izbor nije punovažan.

Prednost ovog rešenja je što omogućava da se sva pitanja punovažnosti ugovora, podvedu pod jedno te isto pravo – ono koje je poznato još u momentu nastanka ugovora. Ovakvo rešenje prati jedna napomena – pitanje sposobnosti ostaje van domašaja izabranog *lex contractus*. Prema tome, svaka od ugovornih strana, da bi dokazala da je imala pravo da zaključi pogodbu o izboru merodavnog prava, može se pozvati na svoje pravo (pravo svog državljanstva, prebivališta ili sedišta, zavisi od sistema i od toga da li je u pitanju fizičko ili pravno lice).

Kolizione norme za ugovore u odsustvu autonomije volje

Autonomija volje (naročito izričita) veoma je celishodan, ali nedovoljno korišćen instrument za određivanje merodavnog prava. Svedoci smo tendencije češćeg oslanjanja na stranačku autonomiju, posebno u spoljnotrgovinskim ugovorima.

U nedostatku izbora, sudovi određuju merodavno pravo pomoću supsidijarnih tačaka vezivanja koje su predviđene u kolizionim normama zemlje suda. U konkurenciji su dva pogleda na rešavanje problema (metoda) sukoba zakona, uopšte i posebno, u ugovornim odnosima.

a) Koliziona norma je fomulisana u fiksnoj formi ukoliko u sebi sadrži neposredno vezujuću tačku vezivanja. Takve tačke vezivanja su prebivalište, državljanstvo, mesto nalaženja stvari, mesto zaključenja ugovora, i slično. Ukoliko je fiksna, iz nje direktno sledi koje je pravo merodavno – na primer, pravo mesta zaključenja ugovora.

b) Nasuprot tome, koliziona norma je rukovodni princip u koliko u sebi sadrži okvirnu tačku vezivanja (primer – zakon najbliže veze). Konačna odluka o izboru prava prepuštena je primenjivaču, a samo kao okvir, u kome se on ima kretati, date su koordinate za određivanje merodavnog prava. Ovakva koliziona norma naziva se okvirnom ili impresionističkom.

a) Lex loci contractus

Lex loci contractus, odnosno pravo mesta zaključenja ugovora najstarija je tačka vezivanja. Smatralo se da je ugovor „rođen“ na osnovu suverenosti teritorije na kojoj su stranke postigle saglasnost o njemu. Tokom vremena javlja se sve više teškoća u vezi sa *lex loci contractus*. Brzi razvoj saobraćaja i komunikacije preko prepiske telefona, dovodi do ozbiljnih teškoća pri utvrđivanju koje mesto se ima smatrati mestom zaključenja ugovora. Imajući u vidu ove okolnosti, *lex loci contractus* sve više gubi značaj.

Lex loci contractus se javlja i u našem novom pravu, kao pomoćna tačka vezivanja i to na ograničenom domenu. Zakon mesta zaključenja ugovora je prihvaćen kao tačka vezivanja i u našim bilateralnim konvencijama sa Poljskom.

b) Lex loci solutionis

Lex loci solutionis, zakon mesta ispunjenja, odnosno izvršenja ugovora. Mesto izvršenja ugovora ne može biti slučajno, jer je to mesto gde ugovor treba ostvariti. Veza sa mestom ispunjenja je – kako kaže Katičić – „uvek organska“. Mesto izvršenja je lako utvrditi ako je to mesto određeno u ugovoru, ili ako je do ispunjenja već došlo. Spor, veoma često nastaje zbog neispunjenja, a strane ugovornice ne označe uvek mesto ispunjenja ugovora. Ozbiljne teškoće mogu nastati zbog toga što u jednom ugovoru ima dva ispunjenja (ispunjenje kupca i prodavca, na primer – predaja robe i isplata cene) i ona se često vezuju za najmanje dva mesta. U takvim slučajevima *lex loci solutionis* ukazuje na više prava. U našem pravu *lex loci solutionis* se prihvata kao pomoćna tačka vezivanja.

c) Domicil (ili sedište) dužnika karakteristične obaveze (prestacije)

Tokom poslednjih decenija, među tačkama vezivanja za ugovore u prvi plan naglo izbija domicil (ili sedište) dužnika karakteristične obaveze (prestacije). Suština, biće svakog ugovora, određena je karakterističnom obavezom, prestacijom ugovora kao tipa, dok ovu određuju ekonomski i sociološki bitna funkcija za zadovoljenje potreba.

Karakteristična je ona obaveza koja diferencira razne tipove ugovora i koja je prisutna u svakom individualnom ugovoru određenog tipa. Novčana obaveza je tipična protivčinidba, pa se kriterijum mora tražiti na drugoj strani, tj. tačka u nenovčanoj obavezi. Karakteristična je, prema tome, obaveza prodavca, špeditera, građevinara, i zbog toga na ugovorni odnos treba primeniti pravo domicila (sedišta) prodavca itd. Za označavanje prava domicila (sedišta) nosioca karakteristične obaveze u kupoprodaji – a reč je o obavezi prodavca – koristi se latinska sintagma *lex loci venditoris* (zakon mesta prodavca). Ovu tačku vezivanja prihvata Haška konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovore o međunarodnoj prodaji robe iz 1986. godine.

d) Princip najtešnje povezanosti, odnosno najbliže veze

Princip najtešnje povezanosti, odnosno najbliže veze je takođe koliziono rešenje koje se javlja u drugoj polovini XX veka i takođe spada među uspešna rešenja. Princip najtešnje povezanosti spada među one tačke vezivanja koje smo nazvali okvirnim, u kojima vrednovanje veza pravnog odnosa se prepušta sudiji, a zakonodavac daje samo okvirna uputstva. Sudiji se nalaže da ispita sve veze i da, imajući u vidu kako kvantitet, tako i kvalitet veza, utvrdi sa kojim je pravom dati ugovorni odnos najtešnje povezan. Sudu je ostavljena mogućnost da primeni ono pravo čija bi primena u datom konkretnom slučaju bila najlogičnija. Lakše je sagledati i ceniti kvalitet veza ako vodimo računa o tome kakav je *konkretni tužbeni zahtev* predmet spora, odnosno za koje se pravne probleme traži merodavno pravo. Princip najtešnje povezanosti danas je prihvaćen u anglosaksonskim pravima (pre svega u SAD) Ovaj princip prihvata i ZMPP, uz domicil (sedište) nosioca karakteristične obaveze.

e) Kombinacije principa najtešnje povezanosti i neke neposredno vezujuće tačke vezivanja (vimedia – otvorena koliziona norma)

Osnovna teškoća u vezi sa primenom principa najtešnje povezanosti jeste u tome što ova tačka vezivanja omogućava različite interpretacije i time stvara pravnu neisgurnost. Da bi se ovi nedostaci otklonili, u zakonodavstvu su stvorene kombinacije ovog principa sa drugim, neposredno vezujućim kolizionim merilima, čime bi se došlo do posebne vrste kolizione norme, koju mi nazivamo otvorenim kolizionim normama. Osnovna svrha ovih kombinacija jeste da se istakne u prvi plan jedno vezivanje kao pretpostavljeno koje će sud najčešće primeniti – i što je najvažnije – koje će biti opredeljujuće u slučaju sumnje. Istovremeno se ostavlja mogućnost da sud odstupi od ovog

pretpostavljenog rešenja kada je u konkretnom slučaju jasno da ova veza nije dovoljno reprezentativna, karakteristična, i kada se vidi da je neko drugo pravo ono sa kojim je ugovor najviše, najčvršće povezan.

Kombinaciju najtešnje povezanost (najbliže veze) i neposredno vezujućih tačaka vezivanja prihvata i ZOSOVS (član 186): ako iz bitnih okolnosti ne proizilazi ništa drugo, na glavna prava i obaveze primenjuje se, kao *najbliže*, pravo države u kojoj je u vreme zaključenja ugovora prevoznik imao prebivalište, odnosno sedište a na sporedna prava i obaveze pravo mesta gde su te radnje izvršene, odnosno gde je trebalo da budu izvršene.

ZMPP je takođe zauzeo stanovište da u odsustvu autonomije volje rešenje treba tražiti u kombinaciji principa najbliže veze i jedne neposredne vezujuće tačke vezivanja (domicila ili sedišta nosioca karakteristične obaveze). U članu 186 ZOSOVS postavljeno je pravilo o tome da se na ugovor ili na ugovorni odnos primenjuje pravo koje je s njim u najbližoj vezi, pa smatraće se da najbliža veza postoji upravo sa državom na koju ukazuje neposredno vezujuća tačka vezivanja, ako iz bitnih okolnosti ne proizilazi nešto drugo.

ZMPP ne koristi izraz „najtešnja povezanost“, niti njegov sinonim „najbliža veza“, kada govori o određivanju merodavnog prava za ugovore. Jasno je da ovo koliziono rešenje, ipak, prihvata (i bez neposredne upotrebe njegovog naziva), ali je jasno i to da se uloga najbliže veze takođe svodi na eventualno korekciju pretpostavljanog rešenja koje daje neposredno vezujuća tačka vezivanja. Prema članu 20. ZMPP, primenjuje se pravo domicila (sedišta) nosioca karakteristične obaveze „ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo“.

Obe navedene okvirne instrukcije našeg pozitivnog prava omogućuju da sud traži najbližu vezu mimo prava na koje ukazuje neposredno vezujuća tačka vezivanja.

Određivanje merodavnog prava u pogledu forme ugovora

a) Osnovna tačka vezivanja – locus regit actum

Osnovna tačka vezivanja kojom se određuje merodavno pravo u pogledu forme ugovora je *locus regit actum* (*lex loci actus*). U doslovnom prevodu *locus regit actum* znači: mesto vlada činom (aktom). To pravilo određuje da se forma ima ceniti prema pravu mesta gde je ugovor nastao, odnosno gde je zaključen. Treba napomenuti da se ovaj princip *locus regit actum* ne odnosi samo na ugovore već i na jednostrane pravne akte.

Postavlja se pitanje gde je mesto zaključenja distancionih ugovora tj. ugovora zaključenih *inter absentes*? ZMPP ne sadrži odgovor na postavljeno pitanje, i ovo pitanje se rešava primenom teorije prijema: ako je prihvatanje ponude primljen u Srbiji, tu je i mesto nastanka ugovora.

U RIM I Regulatorna forma distancionih ugovora će biti valjana ako je takvim smatra pravo koje je merodavno za ugovor po odredbama Konvencije ili pravo bilo koje od zemalja na čijoj se teritoriji nalaze ugovarači.

b) Izuzeci od pravila locus regit actum

Opšte je prihvaćeno pravilo da se u pogledu ugovora čiji su predmet nekretnine princip *locus regit actum* zamenjuje drugom tačkom vezivanja – *lex rei sitae* (pravo mesta gde se nalazi nepokretnost). Prema tome ugovori o nekretninama biće, u pogledu forme, punovažni ako odgovaraju uslovima koje postavlja pravo države gde se nekretnine nalaze. U našoj praksi se postavilo pitanje da li treba konstruisati izuzetak od pravila *locus regit actum* u slučajevima kada domaće pravo predviđa obaveznu pismenu formu, i kada se domaći partner obavezuje da ugovor prezentira nadležnom organu. Vrhovni Privredni sud smatra usmeni ugovor o zastupništvu nije punovažan jer je našim prinudnim propisima predviđena pismena forma, i traži se odobrenje uprave za spoljnu trgovinu. Mišljenja smo, da se ne bi mogao braniti načelno stanovište po kome ne mogu biti formalno punovažni ugovori koji nisu zaključeni u

pismenoj formi, ili nisu prezentirani našim nadležnim organima – ako takav ugovor inače važi prema *locus regit actum*.

Drugačiji zaključak bi bio kada bi norma o pribavljanu odobrenja predstavljala normu neposredne primene. (Zakon o javnom privatnom partnerstvu i koncesijama 2011. godine).

c) Fakultativnost pravila *locus regit actum*

U našem pravu vlada shvatanje da je pravilo *locus regit actum* fakultativne prirode.

Fakultativnost pravila *locus regit actum* znači da se forma ne mora ceniti prema pravu mesta zaključenja ugovora, već se može ceniti i prema nekom drugom pravu. To drugo pravo dolazi „u pomoć“ kada ugovor ne bi bio punovažan, što se forme tiče prema pravu države gde je sklopljen, pa se pruža „još jedna šansa“ – forma će se ceniti prema jednom drugom pravu. Ugovor će biti punovažan u pogledu forme ako ispuni uslove bilo prava mesta zaključenja ugovora, bilo drugog prava po kojem se ceni. Fakultativnost ne važi za izuzetke *locus regit actum*.

Pored prava mesta zaključenja ugovora, prema Zakonu o menici i Zakonu o čeku to je pravo zajedničkog državljanstva dužnika i poverioca. Reč je o jednoj jednostranoj kolizionoj normi koja se odnosi samo na slučaj da je to zajedničko državljanstvo domaće državljanstvo, državljanstvo Srbije. Prema ZPUP i ZOSOVS, to je pravo *lex causae* – ono pravo koje se primenjuje na ugovor u celini, tj. pravo koje je merodavno za sadržinu, za pravo i obaveze iz ugovora.

Isto rešenje je prihvaćeno kao opšte pravilo u ZMPP. Prema tome, ugovor će biti punovažan u pogledu forme, ako je punovažan bilo prema pravu mesta zaključenja ugovora, bilo prema pravu koje je merodavno za sadržinu ugovora.

d) Autonomija volje u pogledu forme ugovora

Da bismo jasnije sagledali ovo pitanje, treba da razlikujemo dve situacije: do primene prava autonomije na formu ugovora može se doći na posredan i na neposredan način.

1) Ako stranke odaberu jedno pravo kao merodavno za ugovor u celini, ono dolazi u obzir, posrednim putem, da bude primenjeno i na formu, kao *lex causae*, dopuna principa *locus regit actum*.

2) Postavlja se pitanje mogu li stranke i neposredno da biraju merodavno pravo, baš u pogledu forme ugovora? U našoj teoriji, Ajzner smatra da je takav izbor moguć. Ako je pravilo *locus regit actum* fakultativne prirode – kao što jeste – ne postoje načelne smetnje da se zameni voljom stranaka. Ovo tim pre što stranke inače mogu da postignu da se forma ceni prema pravu čiju primenu žele – ako to pravo izaberu kao merodavno u celini.

Izbor određenog prava kao merodavnog u pogledu forme ugovora često ima cilj da se učine strožijim uslovi sklapanja i menjanja sporazuma.

Smatramo da stranke mogu da izaberu merodavno pravo za formu ugovora, i pri tome je potrebno učiniti dve napomene:

a) Prvo, takav izbor nije moguć u pogledu ugovora za koje ne važi *locus regit actum*, već neki izuzetak od tog pravila koji je imperativne prirode (kao što je *lex rei sitae* za nekretnine).

b) Drugo, pravo koje bi izabrale stranke da bude merodavno za formu ugovora ne javlja se kao dopuna, alternativa principa *locus regit actum* već zamenjuje to pravilo. Merodavno će biti samo pravo koje su stranke izabrale.

Određivanje merodavnog prava u pogledu zastarelosti

Pod zastarelošću se podrazumeva gubitak ovlašćenja usled protoka vremena.

Za razliku od samog gubitka prava u zastarelosti je reč o gubitku ovlašćenja da se zahteva ispunjenje. Samo obaveza se ne gasi. U uporednom pravu ne postoji jedinstveno shvatanje o pravnoj prirodi zastarelosti, a ni opšteprihvaćena tačka vezivanja. Mogu se razlikovati dva glavna, oprečna mišljenja o njoj. Na jednoj strani je anglosaksonsko poimanje zastarelosti kao instituta procesnog prava, a na drugoj mišljenje da je zastarelost institut materijalnog prava. **Po prvom shvatanju**, ne zasterava građanskopravni zahtev, već procesno ovlašćenje na podizanje tužbe. Stoga se na ovo pitanje ima primeniti *lex fori*. **Po drugom shvatanju**, zastarelost je ustanova materijalnog prava na koje se primenjuje pravo koje je merodavno za sadržinu pravnog posla (ugovora).

Što se tiče našeg ZMPP, zauzet je stav da je neophodno na zastarelost primeniti pravo koje je merodavno za sadržinu pravnog odnosa ili prave radnje povodom koje se pitanje zastarelosti postavlja. Ovako određeno merodavno pravo davaće odgovor na sva pitanja vezana za zastarelost: početak, trajanje, prekid dejstva zastarelosti biće regulisana, dakle, istim pravom koje je merodavno za sadržinu pravnog posla.

Naša zemlja je jedna od 47 zemalja članica Konvencija o zastarelosti potraživanja u oblasti međunarodne kupoprodaje robe. U situacijama kada se sedište prodavca i kupca nalazi u različitim zemljama ugovornicama, ili kolizione norme foruma vode primeni prava zemlje ugovornice, sudovi će umesto nacionalnih prava o roku zastarelosti primeniti konvencijski rok od 4 godine.

Pitanje „cepanja“ ugovora

Jedno načelno pitanje u vezi sa određivanjem merodavnog prava za ugovore je dilema – može li se na isti ugovor primeniti više prava?

Do primene više prava na isti ugovor u osnovi može doći na dva načina:

a) može sam zakon da postavi različite tačke vezivanja u pogledu različitih pitanja. (na primer, jednu tačku vezivanja u odnosu na formu ugovora, a drugu tačku vezivanja u pogledu prava i obaveze.)

b) na primenu više prava mogu da utiču i stranke. Bilo na taj način što bi izabrale različita prava u pogledu različitih delova ugovora, bilo tako što bi izabrale jedno pravo koje ne pokriva sva pitanja, čime se otvara mogućnost da se u pogledu ostalih pitanja primeni neko drugo pravo na koje ukazuju kolizione norme foruma.

Cepanje se javlja u dva vida: **1. Kao veliko cepanje**, (coupure generale), kada se razna prava primenjuju na pojedine faze ugovora, od njegovog rođenja do smrti (mi ga nazivamo vertikalno cepanje) i **2. Kao malo cepanje**, kada se jedno pravo vezuje za prava i obaveze jednog saugovarača, a drugo za pravo i obaveze drugog (mi ga nazivamo horizontalno cepanje). Moguće je govoriti i o problemskom cepanju, kada se različita prava primenjuju na pojedina ugovorna pitanja. Ima nekoliko mišljenja u teoriji povodom cepanja. Prema jednom, na taj način se razbija jedna celina i stvara se nesigurnost i nepredvidljivost čak i za verzirane trgovce i pravnike. Ukazuje se i na to da može da se iskrivi smisao oba prava, ako se delovi dva različita prava primenjuju na razna pitanja u vezi sa istim pravnim odnosom. S druge strane, odnosi koji imaju značajne kontakte sa više pravnih sistema ne mogu se adekvatno regulisati sa normama samo jednog prava.

U našem pozitivnom pravu jedno „cepanje“ proizilazi iz samog ZMPP, koje predviđa različite tačke vezivanja za formu, odnosno za sadržinu ugovora. ZPUP i ZOSOVS, predviđaju i mogućnost da stranke doprinose primeni više prava na isti ugovor. Najbliža veza i druge zakonske tačke vezivanja će se primeniti ako nije izvršen valjan izbor merodavnog prava „na ceo ugovor, ili na neki od odnosa koji proističu iz ugovora“.

ZMPP ne postavlja nikakvo pravilo koje bi onemogućavalo ili ograničavalo „cepanje ugovora“.

Treba zaključiti da u našem u međunarodnom privatnom pravu postoji mogućnost da se na razne delove ugovora primene različita prava i da na to mogu da utiču i stranke.

Određivanje merodavnog prava za posebne ugovore (o kupoprodaji, o pomorskom prevozu stvari prevoza i prtljaga, o vazdušnom prevozu, o železničkom transportu i drumskom prevozu, o prenosu tehnologije)

To su:

- ugovor o kupoprodaji,
- ugovor o pomorskom prevozu,
- ugovor o vazdušnom prenosu,
- ugovor o železničkom prevozu,
- ugovor o drumskom prevozu,
- ugovor o prenosu tehnologije,
- ugovor o cesiji.

a) Kolizione norme za ugovor o kupoprodaji

U pogledu prava i obaveza kupca i prodavca primenjuje se, pre svega pravo koje su stranke izabrale kao merodavno – podrazumevajući da je izbor učinjen izričito ili prećutno, i u granicama koji smo nastojali da opišemo. U slučaju da nema ni izričito ni prećutnog izbora, primeniće se pravo koje je najtešnje povezano sa ugovorom odnosno sa tužbenim zahtevom koji se postavlja iz ugovora. Tražeći pravo sa kojim postoji najtešnja veza, sud ili arbitražna će se osloniti pre svega na *lex loci venditoris* (zakon mesta prodavca) kao pomoćnu tačku vezivanja. Primeniće zakon domicila, odnosno sedišta prodavca, ukoliko nema jasnih indikacija da je neko drugo pravo najtešnje povezano sa ugovorom.

ZMPP još dodaje da se uzima u obzir domicil, odnosno sedište prodavca u vreme kada je primljena ponuda. Treba napomenuti sledeće: zakonodavac je očito hteo da domicil (sedište) prodavca, koji je promenljiva tačka vezivanja pretvori u stalnu tačku vezivanja fiksiranjem vremenskih koordinata. Mišljenja smo da relevantna može biti samo ona ponuda koja je konačno dovela do zaključenja ugovora – prema tome, merodavno pravo će se odrediti prema domicilu koji je prodavac imao u vreme kada je takva ponuda data. Što se tiče ugovora o prodaji nekretnina za takve ugovore merodavno će biti pravo mesta nalaženja nekretnine.

U pogledu forme ugovora, polazno koliziono pravilo je *locus regit actum* (mesto zaključenja ugovora). Ugovor će biti punovažan u pogledu forme i ako forma odgovara i pravu koji se primenjuje na prava i obaveze. Ako stranke izaberu merodavno pravo u pogledu forme, primeniće se to pravo. U pogledu kupoprodaje nekretnina, merodavno je *lex rei sitae* umesto *locus regit actum*.

b) Kolizione norme za ugovore o prevozu

ba) Ugovori o pomorskom prevozu stvari, putnika, i prtljaga

Ugovor o pomorskom transportu je, predstavljao oblast koja je bila relativno celovito regulisana domaćim kolizionim normama. To su bile norme Zakona o ugovorima o iskorišćavanju pomorskih brodova iz 1959. godine. Danas naše pozitivno pravo predstavlja ZPUP (Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi) iz 1998. godine. Na ovom mestu moramo da stavimo jednu napomenu. Onog trenutku kada je prestala da postoji Državna zajednica Srbija i Crna Gora, i kada je Srbija postala suverena i samostalna država, ona je ostala bez izlaza na more, kao i takva deli sudbinu 37 drugih kontinentalnih država koje takođe nemaju morsku obalu (Češka, Slovačka, Mađarska, Luksemburg). U savremenom međunarodnom pravu položaj i pravo ovih država na pristup moru regulisan je i Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine, koja je stupila na snagu 1994. godine. Na osnovu ove Konvencije kontinentalne države imaju pravo pristupa moru i sa mora radi korišćenja prava koja su priznata Konvencijom, uključujući ona koja se odnose na slobodu otvorenog mora i opšteg dobra čovečanstva. Radi ostvarenje ovog cilja, kontinentalne države „uživaju slobodu tranzita preko područja tranzitnih država svim prevoznim sredstvima.“

I U pogledu prava i obaveza, ZPUP predviđa primenu prava koje su stranke izričito ili prećutno izabrale. Izričito se predviđa da se neće primeniti *lex voluntatis* u slučaju da je merodavnost tog prava ugovorena izigravanjem zakona, kao ni u slučaju kada ugovoreno pravo vređa naš pravni poredak. Pored ovih opštih ograda Zakon predviđa još neke specifične situacije u kojima se ne može ugovoriti strano pravo:

- kada je reč o odgovornosti brodarka za gubitak, manjak ili oštećenje tereta, posredi odgovornost koja se zasniva na imperativnim odredbama našeg Zakona, a luka ukrcaja, ili luka odredišta je u našoj zemlji (ova odredba će svakako morati biti modifikovana s obzirom na to da Srbija nema morsku obalu).

- kada je posredi prevoz putnika, a primenom drugog prava putnik bi bio stavljen u nepovoljniji položaj nego po odredbama našeg Zakona.

II U nedostatku izričite ili prećutne autonomije volje kojom bi bilo izabrano pravo za sva pitanja iz ugovora, na ugovor ili na ugovorni odnos primeniće se sledeće pomoćne tačke vezivanja:

- za glavna prava i obaveze ugovornih strana – *lex loci contractus* (pravo mesta zaključenja ugovora);
- za sporedna prava i obaveze (a to su: predaja tereta, način plaćanja vozarine) – *lex loci solutionis* (mesto ispunjenja ugovora);
- za ugovor o prevozu putnika ili stvari zaključen na osnovu unapred utvrđenih opštih uslova brodarka – pravo države čiji je državljanin ili čiju državnu pripadnost ima brodar;
- za ugovor o tegljenju – *lex fori* (pravo suda);

Što se forma ugovora tiče, primenjuje se *locus regit actum* (gde je preuzet pravni posao) kao osnovno pravilo. Ono je fakultativne prirode, forma će biti punovažna, i ako ispunjava uslove *lex causae*, prava koje je merodavno za prava i obaveze.

Koliziona pravila koja smo izneli u vezi sa pomorskim prevozom stvari ili putnika odnose se i na prevoz u unutrašnjoj plovidbi.

bb) Ugovori o vazdušnom prevozu putnika i stvari

U oblasti vazdušnog transporta veoma su značajne međunarodne konvencije koje sadrže, pre svega, unifikovana materijalna pravila, ali i neke kolizionne norme. Najznačajniji međunarodni sporazumi u ovoj oblasti su Varšavska konvencija o izjednačenju izvesnih pravila koja se odnose na međunarodni vazdušni prevoz iz 1929. godine, i Čikaška konvencija o međunarodnoj civilnoj avijaciji iz 1944. godine. Bivša Jugoslavija je ratifikovala obe te konvencije. Varšavska konvencija sadrži kolizionnu normu u pogledu procenjivanja greške usled koje je nastupila šteta – kao i rešenja predviđa *lex fori*.

Ako ne postoje uslovi da se primene konvencijska rešenja, merodavno pravo će se primeniti prema kolizionim normama Zakona o obligacionim odnosima i osnovama svojinskopravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju iz 1998. godine. (ZOSOVS)

I U pogledu prava i obaveza iz ugovora o prevozu merodavno je, pre svega, pravo koje su stranke same izabrale. Autonomija volje, trpi određena ograničenja u toliko što se ne mogu ugovoriti, primena odredaba koje su u sprotnosti sa odredbama Montrealske konvencije i ECAA sporazuma. Ako stranke nisu ugovorile merodavno pravo biće primenjene odredbe ZOSOVS u pogledu forme ugovora, rešenje je isto kao i ono koje prihvata ZMPP. Ugovor će u pogledu forme biti punovažan ako je oblik ugovora punovažan bilo prema pravu mesta zaključenja ugovora, bilo prema *lex causae* za glavne obaveze iz ugovora. Isto važi i za oblik radnji preduzetih u ispunjenju ugovora.

(Ovog nema u knjizi izdanje 2020)

Zakon poznaje tri ograničenja:

1. prvo ograničenje je ustanovljeno radi zaštite interesa putnika. Neće se primeniti izabrano pravo, već odredbe ZOSOVS.
2. drugim ograničenjem se isključuje autonomija volje za slučajeve u kojima je ugovorni odnos posebno čvrsto povezan sa Srbijom. Smatraće se da postoji čvrsta veza kad su obe ugovorne strane – fizička ili pravna lica sa prebivalištem, odnosno sa sedištem u Srbiji, a mesto polaska ili mesto opredeljenja se nalazi u Srbiji.
3. treće ograničenje ne isključuje autonomiju volje, već samo umanjuje njen domašaj. Ako postoji značajna povezanost između ugovornog odnosa i domaćeg prava (ali veza ipak nije tako intezivna kao u prethodnom slučaju), dozvoljava se materijalnopravna, ali ne i kolizionopravna autonomija volje. Pretpostavka za ovo (blaže) ograničenje je, jedan manji stepen povezanosti ugovora sa Srbijom. Smatraće se da postoji takav stepen povezanosti kada se mesto polaska i mesto opredeljenja nalazi u Srbiji. U takvom slučaju, norme izabranog prava ne mogu da derogiraju i zamene imperativne norme ZOSOVS.

II U odsustvu autonomije volje, primeniće se pravo koje je najtešnje povezano (koje je u najbližoj vezi) sa ugovorom.

1. Kada je reč o glavnim pravima i obavezama, smatraće se, *prima facie*, da je najtešnje povezano sa ugovorom pravo one države u kojoj prevoznik ima prebivalište (odnosno sedište) u vreme zaključenja ugovora. To znači da će se primeniti pravo prebivališta (sedišta) vozača. 2. U pogledu sporednih prava i obaveza – kao što su način prijema i predaje stvari, ili način plaćanja vozarine – primeniće se *lex loci solutionis*, tj. pravo mesto gde su te radnje izvršene, odnosno (ako još nisu izvršene) gde trebalo da budu izvršene.

bc) Ugovor o železničkom transportu

Za ovaj ugovor nemamo posebne domaće kolizijske norme. U oblasti železničkog transporta postignuta je prilično široka unifikacija materijalnih prava, posebno u Konvenciji o prevozu robe železnicom (CIM) i u Konvenciji o prevozu putnika i prtljaga železnicom (CIV).

Godine 1980. ove dve konvencije se zamenjuju novom Konvencijom međunarodnim prevozom železnicom, zaključenom u Bernu i poznatom pod skraćenicom COTIF. Bivša Jugoslavija je ratifikovala COTIF, zajedno sa jednoobraznim pravilima CIV i CIM. Kolizijske norme sadrže član 8. CIV-a i član 10. CIM-a koji upućuju na pravo države „u kojoj imalac ostvaruje svoja prava“. CIV ima i jedno posebno kolizijsko pravilo o odgovornosti železnica o slučaju smrti ili povrede putnika – to pravilo upućuje na pravo mesta udesa.

U slučaju da se ne mogu primeniti ni unifikovana materijalna, ni unifikovana kolizijska pravila, merodavno će biti u pogledu prava i obaveza pravo koje su stranke izabrale, a u nedostatku takvog izbora primeniće se pravo zemlje gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedište prevoza, ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao pravo sa kojim postoji najbliža veza. U pogledu forme, merodavni su, opet, *locus regit actum* i *lex causae*.

bd) Ugovor o drumskom prevozu

U međunarodnoj Konvenciji o drumskom prevozu robe, zaključeno je u Ženevi 1956. godine (koju je bivša Jugoslavija ratifikovala) isključuje se autonomija volje. To znači da stranke ne mogu da ugovore ni materijalne klauzule, niti primenu merodavnog prava, ako se na taj način odstupa od pravila Konvencije. Izuzetak za autonomiju volje predstavljaju član 37 i 38 koji se odnose uglavnom na povraćaj naknada koje je isplatio prevoznik i od kojih se može odstupiti. Ako Konvencija ne sadrži rešenje ili nema uslova za primenu Konvencije, primeniće se kolizijske norme koje se primenjuju i u **železničkom i u vazdušnom prevozu to su rešenja koja prihvataju član 20. tačka 12., odnosno (za formu) član 7. ZMPP.**

c) Ugovor o transferu tehnologije

Međunarodni transfer tehnologije postao je izuzetno značajan faktor privrednog razvoja. Ugovori o transferu tehnologije kriju u sebi široke mogućnosti za nametanje jednostranih rešenja na štetu primaoca tehnologije.

U normama i praksi industrijskih razvijenih zemalja vladajuće je stanovište da je odgovarajuća praksa vezivanja sedište prenosioca tehnologije. Švajcarski Savezni sud (Bundesgericht) smatra, na primer, da je za ugovore o licenci merodavno pravo sedište davaoca licence, kao pravo sedište nosioca karakteristične obaveze.

Naš zakonodavac je takođe stao na stanovište da u ugovoru o transferu tehnologije treba odstupiti od principa veze sa nosiocem karakteristične obaveze, te ZMPP postavlja kao tačku vezivanja sedište primaoca tehnologije u vreme zaključenja ugovora. Ovo rešenje važi ako stranke ne izaberu neko drugo pravo, ili ako posebne okolnosti slučaja ne ukazuju na to da postoji najbliža veza sa drugim pravom.

d) Ugovor o cesiji

Ustup potraživanja (cesija) predstavlja pojavu novog lica na strani poverioca u jednom, već postojećem ugovornom odnosu. Do promene poverioca dolazi na osnovu sporazuma starog poverioca (cedent) sa novim (cesionar). Na strani dužnika (cesus) promena nema, isto lice se pojavljuje u ovoj ulozi.

Povodom cesije treba razlikovati dve vrste odnosa: 1. Odnos između cedenta i cesionara, i 2. Odnos između cesionara i cesusa. Za odnos ovde označene brojem 1. (za pitanja koja se isključivo tiču relacije cedent – cesionar) merodavno je pravo do koga se po odredbama ZMPP, dođe za ugovor koji je osnov odstupanja (npr. za ugovor o prodaji potraživanja).

Sporni su odnosi označeni brojem 2. ZMPP određuje merodavno pravo za ove odnose akcesorno – na ove odnose se ima primeniti pravo merodavno samo za ustupljeno potraživanje, a to je ono pravo koje je merodavno za ugovor iz koga potraživanje proizilazi. Primer: A je zaključio sa B ugovor o prodaji računara. Posle izvesnog vremena on (cedent) odluči da svom sinu C (cesionar) cedira svoje potraživanje prema licu B (cesus) ugovorom o poklonu. Odnos između lica B i C (dejstva cesije) potpada pod pravo koje je merodavno za ustupljeno potraživanje, a ono se određuje preko zakona ugovora o prodaji računara, jer iz njega potraživanje proizilazi, a ne preko zakona ugovora o cesiji (koji je osnov same cesije).

Neki nadnacionalni izvori međunarodnog ugovornog prava

a) Zemlje EU i RIM I REGULATIVA

Redovi koji slede posvećeni su tehnici utvrđivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima u zemljama članicama EU. U zemljama članicama Evropske unije na snazi je RIM I Regulativa o merodavnom pravu za ugovorne odnose (u daljem tekstu: RIM I), koja se neposredno primenjuje u svim državama članicama EU i time unifikuje koliziona pravila država članica EU u ovoj materiji. (mala napomena na testu može da se desi da dobijete pitanje da li se primenjuje RIM I regulativa kod nas, odgovor je NE, nismo članica EU)

U prednjem delu skripte u kome se govori o izvorima mpp, prvi akt kojim su unifikovane kolizionne norme za ugovore u Evropskoj ekonomskoj zajednici bila je Rimska konvencija o pravu merodavnom za ugovorne odnose.

aa) Kratak istorijski osvrt i osnovna sadržina Rimske konvencije (RIM I)

Na predlog predstavnika Belgije u komisiji EZ, dat na sednici održanoj 9. septembra 1967. godine, da se razmotri mogućnost unifikacije međunarodnog privatnog (kolizionog) prava u okviru Zajednice, ova komisija je započela sa radom. Poseban podstrek ovom predlogu dalo je donošenje Briselske konvencije koje je usledilo u toku sledeće godine. Na sastanku održanom u oktobru 1969. godine određeni su ciljevi i domen unifikacije. Po mišljenju članova komisije, urgentna unifikacija je bila neophodna u četiri oblasti prava – to su bile oblasti stvarnog i obligacionog (ugovornog i vanugovornog) prava, zatim pitanje forme pravnih poslova, te pitanje merodavnog prava za izvođenje dokaznog postupka. U Rimu su 19. Juna 1980. godine, Konvenciju potpisali Belgija, Nemačka, Francuska, Irska, Italija, Luksemburg, i Holandija. Konvencija je stupila na snagu tek 1. Aprila 1991. godine, pošto je Irska kao sedma država izvršila njenu ratifikaciju. RIM I Regulativa je danas na snazi u svim država članicama.

RIM I Regulativa se primenjuje *bez uslova reciprociteta*, što znači da se kolizionne norme koje Regulativa sadrži primenjuju uvek, bez obzira na to da li primena kolizionne norme vodi do prava zemlje članice EU ili neke treće zemlje. Naime, RIM I Regulativa nastavlja ulogu Rimske konvencije - *unifikuje* kolizionopravnu materiju zemalja članice EU u oblasti ugovornih odnosa.

Preduslov primene odredaba RIM I Regulative jeste *postojanje elementa inostranosti*. Članom 1. Predviđeno je da se Regulativa primenjuje samo na ugovorne obaveze u građanskim i trgovačkim stvarima koje izazivaju sukob zakona. Iz ovoga proizilaze dva zaključka. Prvo, RIM I Regulativa se ima primeniti na svaku ugovornu obavezu koja je zasnovana na činjeničnom stanju vezanom za najmanje dve države. Intezitet vezivanja nije bitan – i veoma slaba veza sa nekom stranom zemljom (npr. boravište ugovarača) dovodi do sukoba zakona. Drugo, RIM I Regulativa se neće primenjivati u čistim internim odnosima, dakle, ukoliko u odnosu uopšte nema stranog elementa.

Ratione materiae, neka pitanja, vezana za ugovorne odnose su izričito isključena iz polja primene konvencije. Konvencija se ne primenjuje na: 1. pitanje statusa, poslovne i pravne sposobnosti fizičkih lica; 2. ugovorne obaveze vezane za testamente i nasleđivanje, svojinska prava koja proizilaze iz bračnih odnosa, prava i obaveza nastale iz porodičnih odnosa, uključujući i obaveze izdržavanja vanbračne dece; 3. obaveze proizašle iz menica, čekova, i drugih

hartija od vrednosti; 4. arbitražne i prorogacione sporazume; 5. pitanja regulisana pravom trgovačkih društava; 6. pitanja da li zastupnik može da obaveže principala i da li organ kompanije može ovu da obaveže u odnosu na treće lice; 7. pitanja vezana za konstituisanje trasta (*trust*) i odnose u njemu; 8. dokazni postupak i proceduru (osim odredaba člana 14.) i 9. ugovore o osiguranju, 10. obaveze nastale pre zaključenja ugovora.

Drugi deo je centralni i obuhvata odredbe o određivanju merodavnog prava.

ab) Određivanje merodavnog prava

1. Autonomija volje. – RIM I Regulatorica postavlja autonomiju stranaka kao primarnu poveznicu za ugovorne obaveze. Stranke imaju mogućnost da odrede pravo koje će se primenjivati na njihov ugovorni odnos, iz čega proizilazi da je usvojena tzv. kolizionopravno teorija autonomije volje stranaka – izabranu pravo se primenjuje *in toto*, eliminišući imperativne odredbe svih drugih prava.

a) Sam izbor prava može biti izričit i(li) prećutni. RIM I Regulatorica predviđa da prećutni izbor mora, sa razumnom sigurnošću proizilaziti iz ugovora ili okolnosti slučaja.

b) Depesaž – RIM I Regulatorica izričito predviđa da stranke mogu izabrati pravo za ceo ugovor, ili samo za njegov deo što znači da sud može doći u situaciju da na jedan te isti odnos (ugovor) primenjuje više prava. Izbor više prava mora biti opravdan i da ne vodi kontradiktornosti.

c) Promena izbora merodavnog prava – RIM I Regulatorica predviđa da ugovarači naknadno, u bilo koje doba, mogu da postignu saglasnost da će ugovor ili deo ugovora podvrgnuti nekom drugom pravu, a ne onom koje ga je do tada regulisalo. U teoriji se smatra da naknadni izbor prava deluje *ex tunc* (od početka). Valja naglasiti da tako učinjen naknadni izbor ne može ići na štetu u međuvremenu stečenih prava trećih lica, niti na štetu formalne punovažnosti ugovora.

d) Prinudni propisi – u koliko su ugovarači izabrali jedno merodavno pravo, a svi drugi elementi odnosa su bili, u momentu izbora, vezani za neku drugu zemlju, imperativne norme te zemlje se ne mogu derogirati (član 3. stav 3).

e) RIM I Regulatoricom je određeno i pravo merodavno za ocenu postojanja i punovažnosti sporazuma o izboru merodavnog prava. Naime, sporazum o izboru merodavnog prava je i sam ugovor, koji ne deli sudbinu glavnog ugovora. Prema članu 10 stav 1 Regulatorice – za materijalnu punovažnost merodavno je putativno *lex causae*, tj. merodavno je pravo koje je u ugovoru označeno kao merodavno, i koje će to i biti ukoliko je učinjeni izbor valjan.

2. Pravo merodavno u odsustvu autonomije volje. – Član 4. RIM I Regulatorice odgovara na pitanje kako sud određuje merodavno pravo ukoliko se stranke uopšte nisu služile autonomijom volje, ili su odabrale merodavno pravo samo za deo ugovora. U osnovi odgovara na ovo pitanje nalazi se *princip najbliže veze*, ali ne u svom čistom obliku, već kroz kombinaciju neposrednih tačaka vezivanja koje treba da predvide pravo najbliže veze za određene tipove ugovora i generalni zadatak suda da dođe do prava najbliže veze, makar i po cenu odstupanja od propisanih fiksnih tačaka vezivanja.

Konvencija najpre propisuje fiksne tačke vezivanja za neke tipične situacije.

- za ugovore o prodaji robe merodavno je pravo zemlje redovnog boravišta prodavca;
- za ugovore o pružanju usluga merodavno je redovno boravište pružaoca usluge;
- za ugovore čiji su predmet stvarna prava na nepokretnostima ili zakup nepokretnosti biće merodavno pravo zemlje u kojoj se nepokretnost nalazi, osim u slučaju kratkoročnog zakupa u kome i zakupodavac i zakupac imaju redovno boravište u istoj zemlji – u kom slučaju će se primeniti pravo te zemlje;
- ugovor o franšizingu merodavno je pravo zemlje sedišta davaoca franšize;

- ugovor o distribuciji merodavno je pravo zemlje sedišta distributera;
- ugovor o prodaji putem aukcije biće podvrgnut pravu zemlje gde je aukcija održana,
- za ugovore koji se zaključuju na organizovanom finansijskom tržištu (npr. berza), merodavno je pravo po čijim pravilima je dotično tržište organizovano.

Međutim, sud nije konačno vezan ovako propisanim fiksiranim tačkama vezivanja. Prvo, ako ugovor za koji treba odrediti merodavno pravo nije među gore pobrajanim, ili je mešovitog karaktera i sadrži elemente više pobrajanih ugovora primeniće se pravo redovnog boravišta karakteristične obaveze. Dodatno, uvek može da odstupa od napred navedenih tačaka vezivanja i supsidijarnog principa sedišta nocioa karakteristične prestacije u korist prava zemlje sa kojom je odnos očigledno bliže povezan. Takođe, ako su fiksirane tačke vezivanja i princip sedišta nosioca karakteristične prestacije ne mogu da se primene, primeniće se pravo najbliže veze.

Za razliku od rešenja sadržanih u Rimskoj konvenciji, RIM I Regulatorica ne implicira da i u odsustvu odabira merodavnog prava moguće da dođe do cepanja ugovornog statuta. Primena više zakona na jedan te isti ugovorni odnos, moguće je samo kada to izričito ugovore stranke, ili odaberu merodavno pravo samo za deo ugovora (a sud naknadno za ostale aspekte ugovora odredi pravo druge zemlje kao merodavno).

3. *Zaštita slabije strane*

A. Potrošački ugovori – Prema Konvenciji, potrošački ugovori su svi oni u kojima neko sebi pribavlja robu ili usluge u svrhu koja nema veze sa delatnošću ili profesionalnim aktivnostima koje (kupac) obavlja. U očima sastavljača Konvencije, zaštitu treba da uživaju samo oni potrošači koji su bili relativno pasivni i koji su sklopili ugovor nakon značajnog prodavčevog napora da ih zainteresuje za transakciju. Član 5. (2) identifikuje tri takve situacije:

a) – ako je ugovor sklopljen u zemlji gde potrošač ima uobičajeno boravište, a sklapanju ugovora je prethodila izričita ponuda ili reklamiranje u toj državi, a potrošač je u toj državi preduzeo i sve radnje koje vode zaključenju ugovora. Ovaj slučaj bi postojao u gore navedenom primeru u kome italijanski prodavac šalje u Nemačku katalog iz koga kupac bira željeno odelo i naručuje ga iz Nemačke;

b) – ako je prodavac (ili njegov zastupnik) primio narudžbu potrošača u zemlji gde potrošač ima uobičajeno boravište. Ovo bi, na primer, obuhvatalo situaciju u kojoj potrošač naruči robu na sajamskom štandu prodavca, a sajam se održava u zemlji gde kupac ima uobičajeno boravište;

c) – ako su posredi situacije u kojima je potrošač naručio robu u drugoj državi, a put u tu drugu državu je organizovao prodavac kako bi potrošača podstakao na kupovinu. Tu spadaju šoping – ture koje bi nemački šoping – centar organizovao za Austrijance.

Ugovorne strane su slobodne da izaberu merodavno pravo po svom nahođenju. Međutim, ovakva autonomija volje trpi ograničenje, ali ne sa stanovišta mogućnosti izbora, već sa stanovišta ishoda. Član 5 (2), predviđa da takav izbor *ne može potrošača lišiti zaštite koju mu pruža imperativni propisi zemlje njegovog uobičajenog boravišta*. Dakle, pravo zemlje potrošača određuje donju granicu zaštite. Može se dogoditi da izabrano pravo pruža viši nivo zaštite – u tom slučaju ne bi bilo potrebe da se primenjuju imperativne norme zemlje potrošača. Ako ugovorne strane nisu izabrale merodavno pravo, merodavno pravo će u tom slučaju biti pravo zemlje uobičajenog boravišta zemlje potrošača. Po Konvenciji paket – aranžmani uživaju zaštitu, dok ugovori o pružanju usluga gde se usluge pružaju potrošaču isključivo van zemlje njegovog uobičajenog boravišta, ne spadaju u domašaj člana 5.

B. Ugovori o radu – Zaposleni koji zaključuju pojedinačne ugovore o radu predstavljaju drugi deo korpusa kome Rimski konvencija obezbeđuje zaštitu.

Ako u ugovoru nije izabrano merodavno pravo, primeniće se pravo zemlje u kojoj zaposleni obavlja svoj rad. Ako rad obavlja u više država, ali ni u jednoj od njih redovno, primeniće se pravo zemlje sa kojom je ugovor u najbližoj vezi, a pretpostavlja se da je to zemlja u kojoj se nalazi poslovno mesto preko koga je poslodavac zaključio ugovor.

Ako je, pak, u ugovor učinjen izbor merodavnog prava, takav izbor ne može zaposlenog lišiti zaštite prinudnih propisa onog prava koje bi se primenilo u odsustvu autonomije volje – dakle, prava do koga bi vodila primena gore navedenih tačaka vezivanja.

4. Pravo merodavno za formu ugovora

1) Ako je ugovor zaključen između *ugovornih strana koje se nalaze u istoj državi*, ugovor je formalno punovažan ako ispunjava uslove koje propisuje *lex causae* i *lex loci contractus*. Ako je prema inicijalno izabranom pravu ugovor ništav, naknadno konvalidiranje putem promene izabranog prava treba dopustiti. No, ako su stranke iskoristile mogućnost cepanja ugovornog statuta i ugovor podvrgle dejstvu više prava, redaktori Konvencije preporučuju da se u tom slučaju formilana punovažnost ceni sa osloncem na pravo koje je merodavno za aspekt ugovora koji je u najbližoj vezi sa spornim pitanjem forme.

2) Ako su se, pak, *ugovarači za vreme zaključenja ugovora nalazili u različitim državama*, merodavno je alternativno bilo *lex causae* (pravo za prava i obaveze ugovora) bilo *pravo zemalja u kojima se ugovarači nalaze*.

Ipak, Konvencija odstupa od principa *in favorem contractus* u dva slučaja:

a) jedan se tiče *potrošačkih* ugovora, za koje nema alternativa – njihova se punovažnost ceni samo prema pravu uobičajenog boravišta potrošača,

b) takođe, forma ugovora kojima su predmet stvarna prava na nepokretnostima ili uređenje njihovog korišćenja ceniće se prema imperativnim propisima *lex rei sitae*, ali samo kada sam *lex rei sitae* smatra da ti formalni uslovi treba da važe bez obzira na to gde je ugovor zaključen i koje je supstancijalno pravo merodavno.

5. Materijalna punovažnost ugovora – Postojanje ugovora i bilo koja njegova odredba (uključujući i onu o izboru merodavnog prava), ceniće se po pravu koje bi bilo merodavno ako bi ugovor (ili odredba) bili punovažni. Dakle, materijalna punovažnost ceni se prema *putativno lex causae*, odnosno zamišljenom (pretpostavljenom) merodavnom pravu.

ac) Norme neposredne primene

Jedan od najkontraverzniji Rimske konvencije bio je član 7. Njime je bila regulisana norma neposredne primene, kako onih zemlje foruma, tako i normi trećih zemalja.

Donošenjem RIM I regulative uređenje ove materije je pretrpelo značajne izmene. Prvo da bi se jasno podcitalo razlikovanje normi neposredne primene od ostalih propisa imperativne prirode, za njih se sada koristi termin *overriding mandatory provisions*. Drugo, dok je primena normi foruma i dalje nesporna i ima primat nad kolizionom tehnikom *lex causae* za ugovor, što i nije neka novina ali je značajno sužen krug normi neposredne primene trećih zemalja koje se smatraju relevantnim.

Normama neposredne primene trećih zemalja dejstvo je ograničeno na više načina Član 9 RIM I:

a) prvo, sud „može dati dejstvo“ normama neposredne primene trećih zemalja. Dakle, primena tih normi zavisi od diskrecione odluke suda.

b) drugo, norme neposredne primene se ne mogu „pozajmiti“ iz bilo kog prava, već samo iz onog koje je u *bliskoj* vezi sa slučajem. Napominjemo da valja razlikovati blisku od najbliže veze s obzirom na to da je kriterijum „najbliže veze“ dovoljno inteziteta da odredi i samo merodavno pravo.

c) Regulacija daje „upustvo za upotrebu“, tj. test koji sudovi treba da sprovedu kako bi ustanovili da li norme neposredne primene treće zemlje treba da budu primenjene. Najpre, sud mora da obrati pažnju na „prirodu i cilj“ normi. Ovo bi moglo da obuhvata npr. teritorijalni domašaj tih normi, prirodu njihovog zaštitnog objekta, konflikte sa imperativnim normama neke druge države, kao i opštu poslovnu i moralnu opravdanost takvih normi.

Pored napred iznetog ostavlja sudu u diskreciju da proceni „posledice primene ili neprimene“ normi koje prođu (ili ne prođu) gore navedene kriterijume ocene. Ovakva formulacija teško da može voditi pravnoj sigurnosti i ujednačavanju meritornih rešenja u praksi, pošto je ostavljen veliki prostor sudovima za arbitrarnost. – pročitati...

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe (dalje: BK) je stupila na snagu 1. Novembra 1998. godine. Jugoslavija je Konvenciju ratifikovala već 1984. godine. Njom se unifikuje zanačajan deo normi, u oblasti međunarodne prodaje robe. Čak 77 zemalja ratifikovalo je BK. BK kao ratifikovani međunarodni ugovor ima prednost nad odredbama domaćeg zakonodavstva.

A) Pojam „prodaja robe“

1. Prva grupa ugovora na koju se BK ne **primenjuje su potrošački ugovori, potrošačkim se smatraju oni ugovori po kojima je roba kupljena za lične potrebe, ili potrebe domaćinstva**. Dakle, ako student prava naruči novi Vebsterov rečnik, takva kupovina ne bi spadala u domašaj BK. Međutim, ako taj isti rečnik naruči profesionalni prevodilac, nije reč o potrošakom ugovoru. **Kupovina za soptvene potrebe neće biti izuzeta iz domašaja BK ako prodavac u momentu prodaje nije mogao, niti morao, da pretpostavi takvu svrhu njihovog daljeg korišćenja. Utisak prodavca je bitniji od motivacije kupca i BK će ipak biti primenjena.**

2. Druga grupa ugovora je isključena iz primene BK zbog **prirode predmeta prodaje**. Tako je od primene Konvencije izuzeta **prodaja vredosnih papira i novca, brodova, hoverkrafta (glisera na vazdušni jastuk), vazduhoplova i električne energije**.

3. Treća vrsta isključenja vrši se u pogledu **načina na koji je predmet prodat**. Tako u režim BK ne spada prodaja učinjene na **javnoj aukciji, ili u okviru prinudne prodaje**.

4. Neki ugovori koji bi, spadali u „prodaju robe“ ne potpadaju pod primenu BK. To su oni ugovori u kojima se, pored robe, **prodaju i usluge, i to tako da prodaja usluga predstavlja značajni deo obaveza prodavca. Izuzimaju se i oni ugovori u kojima prodavac proizvodi i prodaje naručenu robu, a kupac se obavezuje da isporuči značajniji deo materijala potrebnog za izradu te robe.**

B) „Međunarodni“ karakter prodaje – To što neka transakcija predstavlja „prodaju robe“ nije dovoljno da bi se na nju primenila BK. Neopohodan uslov za to je i da prodaja robe ima specifičan međunarodni karakter. Ovo pitanje reguliše član 1 (1) BK koji glasi:

Ova Konvencija primenjuje se na ugovore o prodaji robe zaključene između strana koje imaju svoje sedište na teritorijama različitih država:

a) kad su te države – države ugovornice, ili

b) kad pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primenu prava države ugovornice.

Iz ove odredbe sledi da će se BK primeniti u dve situacije:

1. Ako prodavac i kupac imaju sedište u zemljama članicama BK, na njihov ugovor će biti primenjena BK po osnovu odredbe člana 1 (1) (a). Postupajući sud ne mora da konsultuje kolizione norme. Dakle, ako srpska firma prodaje robu holandskoj ili francuskoj firmi, Konvencija se primenjuje na osnovu člana 1 (1) (a), tj. kao posledica činjenice da prodavac i kupac imaju sedište u različitim članicama BK.

2. Međutim, čak i ako uslov sedišta u državama ugovornicama nije ispunjen, BK će se primeniti kada, prema odredbi člana 1 (1) (b), *pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primenu prava države ugovornice*. Ovaj uslov primene BK biće ispunjen u sledećim slučajevima:

* Postupajući sud – sud države članice BK – našavši da se stranke nisu sporazumele oko merodavnog prava, primeniće svoje kolizione norme i na osnovu njih kao merodavno pravo odredi pravo države članice konvencije. I autonomija volje koja ukazuje na pravo zemlje članice Konvencije vodi zapravo najpre primeni BK, pa tek onda supsidijarno primeni nacionalnog zakonodavstva.

* Smatra se da bi ovako trebalo da postupi i sud zemlje koja nije članica BK. Na primer, ako bi se spor vodio pred makedonskim sudom, za pretpostaviti je da primena makedonskih kolizionih normi (koje su indentične srpskim) vodila određivanju srpskog prava kao merodavnog. Makedonski sud bi trebalo da primeni BK ne zato što ga obavezuju međunarodne obaveze koje je preuzela država Makedonija, nego kao *deo unutrašnjeg srpskog prava*.

Stranke uvek mogu u svom ugovoru isključiti primenu Konvencije. Ovakav *opting – out* se može koristiti ne samo u slučajevima kada stranke nisu birale merodavno pravo, već i onda kada su takav izbor, kako bi osigurale da sud primeni nacionalne zakonske, a ne konvencijske odredbe. Iako nije nužno da ovo isključenje bude izričito, svakako je bolje izbeći kasnije nedoumice pri interpretaciji.

Valja uzeti da je ovakav *opting – in* dozvoljen, doduše samo ako ga dozvoljava merodavno pravo. U tom slučaju, reč je o materijalnopravnoj autonomiji volje stranaka.

Prilikom deponovanja svojih instrumenata ratifikacije, prihvatanja, odobravanja ili pristupanja, svaka država može izjaviti da neće biti vezana odredbama tačke b) stava 1. člana 1. ove Konvencije. (član 95. Konvencije)

Mogućnost stavljanja ovakve rezerve rezultata je zajedničkih napora jedne čudne *ad hoc* „koalicije“ koju su po ovom pitanju stvorile SAD i bivše socijalističke zemlje. Rezerva danas važi još samo za Kinu, SAD, Singapur, Sveti Vinsent, i Grenadin, Češku, i Slovačku.

Primena BK javlja se i pred međunarodnim trgovinskim arbitražama. Tu se primena Konvencije, ako skupa širokog prihvaćenih pravila međunarodne prodaje robe, javlja ne samo kada stranke imaju sedišta u državama članicama BK već i kada to nije slučaj. Neretko se takva primena opravdava time da je BK od „univerzalnog“ značaja.

C) Bečka konvencija u praksi naših sudova – Iako je jasno da Bečka konvencija, kao multilateralni međunarodni ugovor koji je naša zemlja ratifikovala ima primat nad odredbama ZOO, naši sudovi se ponekad ne snalaze baš najbolje u njenoj primeni, čak ni u relativno jednostavnim situacijama koji spadaju pod primenu člana 1 (1) (a). Najčešći tip propusta jeste to da sud jednostavno previdi (ili ne vidi) da se Konvencija ima primeniti. Sud zatim iznalazi merodavno pravo putem člana 20. ZMPP, primenjujući najčešće naš Zakon o obligacionim odnosima.

U žalbenom postupku takve presude imaju različitu sudbinu. U jednom slučaju je Viši trgovinski sud ukinuo ovakvu presudu i vratio je prvostepenom na ponovno odlučivanje. Rezon je bio sledeći: ako nije pravilno utvrđeno da se ima primeniti BK, prvostepeni sud ne samo što nije pravilno primenio materijalno pravo već je zbog pogrešnog odabira

ZOO umesto BK možda propustio da utvrdi i sve bitne pravno relevantne činjenice koje mogu biti od značaja za primenu merodavnog prava.

Nakon godinu dana, isti sud je po žalbi u jednom drugom slučaju postupio drugačije. Iako je utvrdio da je prvostepeni sud propustio da primeni BK, sud konstatuje kako „činjenica da je u konkretnom slučaju primenjen pogrešan materijalnopravni propis, ne utiče na valjenost pobijane odluke i nije dovoljan razlog koji bi doveo do ukidanja iste. Naime, prema člana 53. Konvencije osnovna kupčeva obaveza je da isplati cenu i da preuzme isporuku robe onako kako je predviđeno ugovorom i Konvencijom. Prema tome, Konvencija ne predviđa ništa drugo nego što u takvim slučajevima propisuje domaće zakonodavstvo, u kom smislu primena Konvencije ne menja suštinu donete odluke.“

Glava VI Određivanje merodavnog prava za menicu i ček

1. Postavljanje problema

Menica i ček spadaju među najvažnije i najšire korišćenje instrumente platnog prometa i kredita, a ovo su i dva veoma osetljiva instrumenta. Načela formalnosti i strogosti posebno su karakteristična za ove hartije od vrednosti.

Po pitanju menčine pravne i poslovne (aktivne i pasivne) sposobnosti u principu nema većih razlika od onih koje se postavljaju po pitanju opšte pravne i poslovne sposobnosti pojedinca. Jedine značajne razlike su uočljive po pitanju ko može biti trasat po čeku, i tu se razlikuju tri sistema:

1. Trasat može biti svako lice.

2. Trasat može biti banka.

3. Trasat može biti banka ili lice koje ima svojstvo trgovca.

Značajne razlike postoje po pitanju forme menice i čeka, bez koje nema proizvođenja meničnih i čekovnih dejstava, a ponekad to vodi i ništavosti čeka (menice). Pojam forme se shvata veoma široko i njome se obuhvataju bitni elementi menice i čeka. Posmatrano iz ugla našeg prava postoje osam zahtevanih elemenata, da bi se jedno pismeno nazvalo menicom. Osim Srbije, isti elementi su predviđeni u drugim zemljama potpisnicama Ženevske konvencije o Jednoobraznom zakonu o trasiranoj i spostvenoj menici.

1. označenje da je to menica, napisano u slogu isprave, na jeziku na kome je isprava sastavljena
2. bezuslovan uput da se plati određena suma novca
3. ime platiše (trasata)
4. ime lica kome se, ili se po čijem nalogu, ima platiti remittent,
5. potpis izdavaoca (trasant)
6. označenje dospelosti
7. mesto isplate
8. označenje dana i mesta menice.

Na kraju najveća razlika između sistema koja postoji u sferi meničnih i čekovnih obaveza – dok zemlje ženevskog sistema poznaju menično jemstvo, aval, dotle su ove ustanove nepoznate engleskom pravu, dok ono poznaje anomalni ili iregularni indosament. Kod avala se stiču menična prava, dok anomalnog ne.

Sve ove velike razlike izazivaju potrebu za primenom kolizionih normi kojima će se sukobi zakona kod menice i čeka regulisati. Opšta koliziona pravila koja važe za obligaciono pravo i za stvarno pravo, mogu se primenivati u materiji kolizije statuta kod menice i čeka samo u meri u kojoj oni nisu u suprotnosti sa specijalnim kolizionim pravilima meničnog i čekovnog prava.

Za nas su od posebnog interesa kolizione norme koje se nalaze u posebnim konvencijama posvećenim sukobima zakona kod menice odnosno čeka. Ove norme je preuzeo naš Zakon o menici iz 1946. godine. Zakon o čeku usvaja ista koliziona rešenja, ali ne ponavlja odredbe zakona o menici, već samo upućuje na njih. Menica i ček spadaju među one oblasti za koje imamo posebne razrađene kolizione norme u našem pozitivnom pravu. Te norme grupišu oko tri pitanja:

1. menična (čekovna) sposobnost,

2. forma meničnih (čekovnih) obaveza,

2. Menična (čekovna) sposobnost (menični obveznici)

U pogledu sposobnosti jednog lica da se menično obaveže, tačka vezivanja je *lex nationalis*. Sposobnost glavnih meničnih dužnika, kao i sposobnost indosanta, i ostalih lica koja primaju menične obaveze ceniće se prema onom pravu čiji je državljanin lice u pitanju.

Ovo osnovno pravilo ima dve dopune : **ranvoa** (druga rečenica stava 1. člana 94) i **teoriju najveće vrednosti menične obaveze**. (stav 2 član 94)

Primenjujući zakon državljanstva meničnog obveznika, naš sud treba da konsultuje i kolizione norme tog prava. Ako one prihvataju neku drugu tacku vezivanja (a ne *lex nationalis*) i ako su relevantne činjenice tako raspoređene da ta drugačija tačka vezivanja u datom slučaju ukazuje na drugo pravo, treba prihvatiti takvo uzvratanje ili upućivanje na dalje pravo. Zakon o menici ne postavlja posebna pravila za slučaj da je reč o meničnoj sposobnosti apatrida i bipatrida, u takvom slučaju važiće opšta pravila ZMPP-a.

Teorija najveće vrednosti menične obaveze znači – ako menični dužnik ne bi bio sposoban prema svom *lex nationalis*, odnosno prema pravu na koje *lex nationalis* upućuje, treba konsultovati pravo države u kojoj **je menična obaveza preuzeta**, čime joj se pruža dopunska mogućnost da menična obaveza ostane na snazi (***lex loci actus***).

PRIMER: odluka francuskog Kasacionog suda iz 1861. u slučaju Lizardi. Lizardi je bio Meksikanac koji je živeo u Parizu i stekao široke simpatije u tom gradu - posebno među draguljarima - kupujući nakit. Simpatije su postojale sve dok se nije ustanovilo da Lizardi neće da isplati menice koje je davao za nakit. Bio je na stanovištu da je on poslovno nesposoban za izdavanje menice, jer ima tek 23 godine, a po meksičkom pravu sposobnost se stiče sa 25 godina. Ipak, njegova mladost nije se pokazala kao dovoljan argument, s obzirom da se francuski sud, baš u njegovom slučaju, odlučio da, podredno, upotrebi i drugi tačku vezivanja *lex loci actus*. Prema *lex nationalis*, Lizardi zaista nije bio sposoban, ali bio je sposoban prema pravu države gde je izdao menice, tj. prema francuskom pravu, koje traži 21 godinu za sposobnost meničnog obvezivanja.

Da rezimiramo osnovno pravilo i dopune: menični obveznik će se smatrati menično sposobnim ako je sposoban bilo prema svom *lex nationalis* (odnosno pravu na koje upućuju kolizione norme *lex nationalis*-a), bilo prema pravu zemlje u kojoj je menična obaveza preuzeta.

Forma meničnih (čekovnih) obaveza i radnji za održavanje meničnih (čekovnih) prava

Osnovno koliziono pravilo u pogledu forme meničnih obaveza i radnji za održavanje meničnih prava je *locus regit actum*, pravilo koje je najšire prihvaćeno za formu pravnih radnji uopšte. To znači da će se oblici meničnih radnji ceniti prema pravu države gde su preuzete (stav 1 člana 95 Zakona o menici). Ukoliko je....domaći pravni subjekt preuzeo određenu obavezu na taj način što je istu dao u pismenoj formi u izjavi koja se zove *promissory note*, te ukoliko navedena isprava pema anglosaksonskom pravu, odnosno propisima zemlje u kojoj je ova data, po svojoj pravnoj prirodi, predstavlja primanje meničnih obaveza, to bi dalje značilo da se navedeni subjekat na opisani način obavezao kao i da je dao meničnu izjavu prema našem Zakonu o menici, bez obzira što se u navedenoj ispravi ne sadrži navođenje da je navedena isprava menica.

Ako je reč o obliku protesta, notifikacije i drugih radnji za vršenje ili određivanje meničnih prava, ovo koliziono pravilo ostaje bez dopuna, dakle, ono je jedino. (član 96. Zakona o menici)

Ako je, pak u pitanju oblik **primanja meničnih obaveza**, naše pravo predviđa dve dopune locus regit actum.

Kada je **obaveza primljena u inostranstvu između nasih državljana**, dakle, ako su dužnik i poverilac menične obaveze srpski državljani, i nije zadovoljena forma prema pravu zemlje gde je obaveza primljena, ali su zadovoljeni uslovi koje u pogledu forme postavlja naše pravo, primeniće se naše pravo i smatraće se da je obaveza preuzeta u punovažnoj formi. Prema tome, uz locus regit actum kao dopunska tačka vezivanja javlja se zakon **zajedničkog (srpskog) državljanstva. Zajedničko državljanstvo treba prihvatiti kao dopunsku tačku vezivanja uz locus regit actum ako je reč o zajedničkom srpskom državljanstvu.**

Druga dopuna se predviđa u pogledu **sukcesivno preuzetih meničnih obaveza**. U lancu meničnih obaveza, sve obaveze se zasnivaju na inicijalno izdatoj menici, iz nje izvlače pravnu snagu i obaveznost. S druge strane, za naknadno preuzete obaveze važi načelo njihove samostalnosti, što znači da ove docnije obaveze ne izvlače svoju važnost jedna iz druge. Ali, **ako sama menica nije punovažno izdata, po opštem pravilu locus regit actum, ništa ne može da spase docnije obaveze.** Druga dopuna primenjuje se, onda kada se **neregularnost forme odnosi na izdavanje menice.** Drugim rečima, **izdavanje menice koje nije punovažno prema locus regit actum ipak neće onemogućiti punovažnost docnije obaveze, ako prema pravu države gde je preuzeta docnija obaveza važe i docnija, i ranija.**

Prava i obaveze kod menice (čeka)

U pogledu prava i obaveza kod menice javljaju se dve tačke vezivanja:

- **Zakon mesta preuzimanja menične obaveze i**
- **Zakon mesta gde je menica plativa.**

Pravo države u kojoj je menica plativa merodavno je za sva prava, i obaveze glavnih meničnih dužnika-dakle, akceptanta kod trasirane menice i izadavaoca spostvene menice. Po tom pravu (lex loci solutionis) ceni se i pitanje može li se akcept ograničiti na deo svote, zatim da li je imalac menice dužan da primi delimičnu isplatu ili pak može to da odbije. **Po lex loci solutionis se određuju i mere koje se imaju preuzeti u slučaju gubitka ili krađe menice.**

Pravo države u kojoj je preuzeta menična obaveza merodavno je za prava, i obaveze svih ostalih meničnih dužnika. **Mestom preuzimanja obaveze podrazumeva se mesto gde je dat potpis meničnog dužnika.** Pravo mesta gde je dat potpis važi, dakle, za trasata kod trasirane menice, za indosante i intervenijente.

Prema zakonu mesta u kome je menica izdata određuju se još neka pitanja, kao što su rokovi za ostvarenje regresnih zahteva (član 98).

Glava VII MERODAVNO PRAVO ZA VANUGOVORNU ODGOVORNOST

Delikti i drugi oblici vanugovorne odgovornosti

U ovoj oblasti centralni značaj svakako imaju građanskopravni delikti. Zapravo taj značaj se ogleda u kolizionom regulisanju. Obrada kolizione problematike sticanja bez osnova, posloводства bez naloga i nekih drugih izvora vanugovorne odgovornosti, dobija, sve više na značaju. MPP Srbije takođe sadrži posebne kolizione norme za ove vidove vanugovorne odgovornosti.

Ex-jugoslovenski zakonodavac je posebnim članovima ZMPP (član 19-26) regulisao obligacije koje nastaju na osnovu pravnog posla (voljne obligacije – ugovori i jednostrani pravni poslovi). S druge strane, obligacije mogu nastati i iz odnosa susedstva, srodstva i sl. (obligacije ex lege u užem smislu).

U cilju regulisanja celokupne materije obligacionog prava ostalo je da se koliziono reguliše deo vanugovornih obaveza koje nastaju u vezi sa nedopuštenim radnjama i neosnovanim obogaćenjem.

Iz uporednog MPP proizilazi da se ova sfera vanugovornih obaveza, uobičajeno, pokriva dvema osnovnim kategorijama odnosa – deliktima i tkz. kvazideliktima.

Zakonodavac u bivšoj Jugoslaviji, nije koristio ovaj pristup, već je potražio izlaz u pojmu – „odgovornost za štetu“. Ona naravno može, proizlaziti iz ugovora ali i ne mora. U prvom slučaju (ukoliko ona proizilazi iz ugovora) reč je o ugovornoj odgovornosti koja potpada pod ugovorni statut. U drugom slučaju reč je o vanugovornoj odgovornosti za štetu koja može biti posledica delikta, ali I kvazikontrakta ili kvazidelikta. Stoga je odlučeno da se sve štete, koje ne proističu iz nekog posebno regulisanog pravnog odnosa, podvedu pod pojam „vanugovorna odgovornost za štetu“. Norma pokriva sve slučajeve odgovornosti za štetu koja je nastala, a da među učesnicima odnosa nije ni postojala prethodna obaveza izvršenja dogovorenog, dakle, neki prethodni pravni odnos. Kada se vanugovorna odgovornost za štetu izdvoji iz sfere vanugovornih odnosa, ostaje u njoj materija koju, uslovno, nazivamo kvazikontrakti, ali bez odgovornosti za štetu izazvanu njima. Sam član 27 ZMPP ne koristi termin kvazikontrakti već nabroja četiri kategorije odnosa na koje se odnosi:

1. sticanje bez osnova (kondikcijski zahtevi)
2. posloводство za naloga (negotiorum gestio)
3. upotreba stvari bez posloводства (verzioni zahtevi – action de in rem verso)
4. (negativno) sve druge vanugovorne obaveze koje ne proizilaze iz odgovornosti za štetu

Određivanje merodavnog prava za kvazikontrakte (kvazidelikte)

- a) Postavljanje problema-uporednopravne razlike
- b) Sticanje bez osnova i upotreba stvari bez posloводства (kontradikcijski i verzioni zahtevi)

U pogledu kolizionog regulisanja sticanja bez osnova, teorija i praksa se suočavaju sa nekim ozbiljnim alternativama.

Jedna mogućnost je da se merodavno pravo traži sa oslonom na neku vrstu “osnove” za neosnovano obogaćenje. Osnove u pravom smislu reči nema, ali postoji neka putativna osnova, neki razlog za sticanje. Taj razlog može biti osnova koja pravno nije punovažna (ako jedna strana izvrši ništav ugovor); može biti osnova koja je očekivana (dat

je venčani dar, a nije došlo do venčanja); može biti osnova koja je prestala (neko isplati dug koji je već platio); može biti osnova koja je u zabludi pretpostavljena. U svim slučajevima, nema pravno valjane osnove, ali je razlog sticanja u nekom poslu preko kojeg se može doći do merodavnog prava. Na primer, ako je razlog za sticanje kupoprodajni ugovor koji je ništav, merodavno pravo će biti pravo koje je bilo merodavno za taj ugovor.

Druga osnovna alternativa je da se rešenje traži s oslonom na mesto gde se ostvarilo obogaćenje.

RIM II Regulativa reguliše na sledeći način: *pravo koje je merodavno za odnos koji postoji između stranaka i koji je blisko povezan sa neosnovanim obogaćenjem, ako takvog odnosa nema primeniće se pravo zemlje zajedničkog uobučajnog boravišta u vreme obogaćenja, ako nema ni boravišta primeniće se pravo zemlje u kojoj je do obogaćenja došlo*. U bilo koja tri napred navedena slučaja sud može odstupiti u korist zemlje sa kojom obogaćenje ima očigledno bližu vezu.

U našoj starijoj teoriji ovim pitanjem se bavio Ajzner, koji smatra da treba primeniti “ugovorni status pravnog posla koji je dao podlogu neporavdanom obogaćenju”. Pozitivnopravno rešenje koje prihvata naš ZMPP kreće se u istom pravcu.

Član 27

Na **sticanje bez osnova** primenjuje se pravo merodavno za pravni odnos koji je nastao, bio očekivan ili pretpostavljen, a povodom kog je nastalo sticanje.

Za **posloводство bez naloga** merodavno je pravo mesta gde je radnja poslovođe izvršena.

Za obaveze iz **upotrebe stvari bez posloводства** i za **druge vanugovorne obaveze** koje ne izviru iz odgovornosti za štetu merodavno je pravo mesta gde su se dogodile činjenice koje su prouzrokovale obavezu.

Kondikijski zahtevi - do **neosnovanog obogaćenja** će doći ukoliko se plati nepostojeći dug. Treba smatrati da je za restituciju merodavno pravo koje je merodavno za odnos iz koga je dug nastao ili se pogrešno držalo da je nastao. Budući da će to, biti neki pravni posao, najčešće ugovor, to se pravila o neosnovanom obogaćenju za procenu kondikijskog zahteva imaju potražiti u obligacionom pravu zemlje do koje se dođe primenom poveznica koje važe za ugovorne odnose. Ukoliko je reč o postojećem ugovoru, po kome je došlo do dvostruke isplate, moguća je primena *lex voluntatis*-a, ukoliko su stranke, koristeći autonomiju volje, izabrale merodavno pravo za svoj ugovor. Ukoliko pak dug nije postojao, do merodavnog prava se dolazi na bazi supsidijarnih tačaka vezivanja koje važe za ugovore.

Verzioni zahtevi - Pod “**upotrebom stvari bez posloводства**” treba podrazumevati slučajeve u kojima se iskorišćena stvar pretvara u nešto drugo, ili prestaje da postoji, ili joj se smanjuje vrednost. U našoj sudskoj praksi najčešći slučajevi verzije vezani su za upotrebu tuđeg građevinskog materijala, građena na tuđem zemljištu i neosnovanog korišćenja tuđeg stana. Za rešavanje sukoba zakona zakonodavac se opredelio za primenu prava zemlje na čijoj su se teritoriji dogodile činjenice koje su dovele do nastanka obaveze. Pošto su te činjenice vezane za upotrebu stvari, proizilazi primena zakona mesta nalaženja stvari (*lex rei sitae*) u momentu njene upotrebe.

c) Posloводство bez naloga

U ovom odnosu merodavno pravo se traži preko dva lica – poverilac i dužnik. Prema jednom shvatanju, merodavno treba da je pravo *dominus negotii* (lica u čiju korist, odnosno za koje je radnja izvršena) ili pak *negotiorum gestor*-a (lica koje vrši radnje bez naloga). Ajzner ističe da su moguća rešenja *domicil dominus negotii*, odnosno *domicil negotiorum gestor*a, te se opredeljuje za drugo pomenuto rešenje.

Naše pozitivno pravo je takođe na stanovištu da je u negotiorum gestio merodavno obligaciono pravo zemlje u kojoj je radnja poslovođe izvršena - *lex loci actus*.

d) Ostale osnove za vanugovorne obaveze

ZMPP sadrži i jedno opšte pravilo kojim se određuje merodavno pravo za vanugovorne obaveze za koje u istom zakonu nije postavljeno posebno pravilo. Ovde spada, na primer, upotreba stvari u tuđu korist, ili upotreba stvari u svoju korist. Prema tom opštem pravilu, merodavno je pravo zemlje u kojoj su se dogodile činjenice koje su prouzrokovale obavezu. (stav 3 člana 27 ZMPP).

Određivanje merodavnog prava za građanskopravne delikte

Za razliku od materijalnih prava, koja pokazuju veoma širok dijapazon rešenja u pogledu građanskopravnih delikata, koliziono regulisanje ove problematike bilo je sve donedavno, veoma ujednačeno. Prvo specifično koliziono rešenje za delikte koje beleži istorija MPP-a zadržalo se veoma dugo i bilo je gotovo jednodušno prihvaćeno kako u teoriji, tako i u praksi. To je bio princip *lex loci delicti commissi*, načelo da se primenjuje pravo države u kojoj je izvršen delikt.

a) Princip *lex loci delicti commissi*

Mesto izvršenja delikta, kao tačka vezivanja javlja se još za vreme Bartolusa. U XVII veku, kada se centar kolizionopravne misli nalazi u Holandiji, princip *lex loci delicti commissi* dobija širu teorijsku razradu.

Kao što smo već istakli, sve do pre nekoliko decenija ovo rešenje nema ozbiljniju alternativu. To, međutim, ne znači da se nisu javljali izvesni dopunski principi, i da se nisu javljale određene teškoće u primeni *lex loci delicti commissi* kao tačke vezivanja.

aa) Lex fori kao dopunski princip za protivpravnost

Uz *lex loci delicti commissi* treba postaviti kao dopunski princip LEX FORI - pravo suda. Međutim i kada je ovaj dopunski princip prihvaćen, ne odnosi se na čitavu problematiku delikata, već samo na pitanje protivpravnosti radnje. Radnja će se smatrati protivpravnom samo ako je takvom smatraju kako zakon mesta izvršenja delikta tako i zakon suda. U pogledu ostalih pitanja primenjuje se samo zakon mesta izvršenja delikta.

Ovakva kumulacija zakona mesta izvršenja delikta i zakona suda bilo je rešenje veoma dugo prihvaćeno u engleskom pravu. Pravilo je formulisano u odluci Filips protiv Ajera iz 1869. Taj slučaj može služiti i kao primer krajnjih posledica dosledno izvedene koncepcije “duple protivpravnosti”. Primer - Ajer je bio guverner Jamajke. Tokom pobune na ostrvu on i njegovi vojnici su napali Filipa, uhapsili ga i protivpravno lišili slobode. Takve radnje su bile protivpravne po pravu Jamajke u momentu kada su učinjene, a i po pravu Engleske u kojoj se spor vodio. Parlamet Jamajke doneo je akt o amnestiji, kojim su učinjena dela prestala da budu protivpravna po pravu Jamajke. Stoga je tužbeni zahtev odbijen. U našoj teoriji ovakvu kumulaciju podržavaju Blagojević i Jezdić.

ab) Teškoće u primeni načela *lex loci delicti commissi*

Osnovna teškoća u primeni *lex loci delicti commissi*, javlja se kada posledica delikta ne nastupa u istoj državi u kojoj je izvršena radnja. Često kao primer ovakve dislokacije navodi se slučaj kada se puca iz vatrenog oružja sa teritorije jedne države, a metak pričinjava štetu na području drugog suvereniteta (usmrti, recimo, kravu koja pase na livadama tog drugog suvereniteta).

U ovakvim slučajevima javlja se složeni problem kvalifikacije pojma mesta izvršenja delikta. U nekim zemljama, tim mestom se smatra mesto deliktne radnje, u drugim zemljama mesto posledice.

Posebne teškoće u primeni *lex loci delicti commissi* javljaju se u onim, istina retkim, slučajevima kada se delikt dogodi na “ničijoj zemlji” – na brodu na otvorenom moru ili u vazdohoplovu.

b) Kritika principa *lex loci delicti commissi* i njegove alternative

ba) Stanovišta koja se javljaju u američkoj teoriji i praksi

Teškoće povodom ove tačke vezivanja izazivaju kritike. Posebno su snažne ove kritike u pogledu saobraćajnih delikata. Velike brzine koje razvijaju pojedina vozila dovode, pre svega, do povećane opasnosti i povećanog broja udesa, ali znače opasnost i za princip *lex loci delicti commissi*. Može dovesti u pitanje opravdanost primene prava mesta udesa, naročito ako su žrtva i štetnik iz neke druge države.

Javljaju se nove ideje o tome koje bi pravo trebalo primeniti i logično je da su one posebno snažne u SAD, jer tamo se iste norme primenjuju i na interfederalne, kao i na međunarodne sukobe zakona.

Pozicije dugo neprikosnovenog principa *lex loci delicti commissi* postaju osetno uzdrmane nakon sporova za naknadu štete protiv avionske kompanije NEA (North East Airlines). Posebno je u tom pogledu značajna odluka u sporu *Kliberg vs NEA* iz 1961. NEA je njujorška kompanija, a nastradali Kliberg bio je takođe stanovnik Njujorka. Avion je poleteo iz Njujorka, a do nesreće je došlo nad ostvom Nentaket koje pripada federalnoj državi Masačusets. Princip *lex loci delicti commissi* bi ukazao na Masačusets, a prema pravu te federalne jedinice zakonski naslednici Kliberga ne mogli da traže naknadu preko 15.000 dolara. U državi Njujork, takvo ograničenje ne postoji. Sud je došao do zaključka da ne bi bilo logično, ni pravdano primeniti pravo Masačusetsa u sporu između tužioca i tuženika iz Njujorka jer:

“Vazdušni putnik iz Njujorka može za samo nekoliko časova leta da prođe nekoliko zemalja. Njegov avion može da pogodi nesreća nad državom preko koje nije hteo da proleće i preko koje leti samo zbog lošeg vremena ili drugih neočekivanih događaja, a katastrofalan silazak aviona može da započne nad jednom državom, a da se završi u drugoj. Mesto nezgode postaje potpuno slučajno”.

I pored ovakve izrečene kritike primene ove tačke vezivanja u savremenim uslovima, u slučaju *Kilberg* sud još nije smogao snage da okrene leđa ovom principu sa vekovnim autoritetom, već je pronašao solomonsko rešenje :konstantovao da je pravo Masačusetsa i pravo Njujorka nisu u sukobu povodom osnova, već samo u pogledu visine naknade, a to je pitanje kvalifikovano kao proceduralno da bi primenio pravo Njujorka kao *lex fori*.

U slučaju *Bebkok* protiv *Džeksona*, nije bilo mogućnosti za ovakvo diplomatsko rešenje. *Bebkok* je bila gost na putovanju u kolima *Džeksonovih*. Pošli su na vikend u Kanadu. Tamo je došlo do nesreće gde je povređena gospodica *Bebok* i ona je u Njujorku podnela tužbu za naknadu štete protiv *Vilijama Džeksona*. I tužiteljica i tuženi bili su iz Njujorka. U Njujorku je i put započet, tamo je trebalo da se vrate. Pravo Njujorka je dopuštalo da se u datom slučaju dosudi naknada štete, ali u Kanadi (tačnije u provinciji *Ontario* gde se dogodila nesreća) postoji propis prema kome se ne može tražiti naknada štete od vlasnika ili vozača za telesnu povredu koju je pretrpeo putnik, ako je besplatno prevožen. *Lex loci delicti commissi* je ukazivao na *Ontario* i nije bilo mogućnosti da se primeni pravo Njujorka na drugi način, jer je sporna sama osnova za naknadu štete, a ne visina štete. Apelacioni sud je primenio pravo Njujorka, ističući da je to neuporedivo više povezano sa spornim odnosom. Napušten je, princip *lex loci delicti commissi* - zbog toga je ta odluka od izuzetnog značaja.

Prevagu ima mišljenje da je novo rešenje princip najtešnje povezanosti, što znači da je postavljena okvirna tačka vezivanja, ostavljeno je sudu da proceni sa kojim je pravom deliktني odnos najtešnje povezan.

Ristejment II koji predstavlja neobaveznu, ali autortativnu formilaciju važećeg američkog prava predviđa sledeće rešenje:

1. merodavno pravo za delikte je ono pravo koje je u najznačajnijoj vezi sa štetnim događajem i sa strankama;
2. prilikom utvrđivanja najtešnje veze, sud će posebno voditi računa o mestu gde je nastupila šteta, mestu deliktne radnje, domicilu, državljanstvu, mestu registracije, odnosno poslovnom sedištu stranaka, mestu gde je sedište odnosa među strankama (ako postoji povezanost među njima), kao i o nekim drugim obzirima načelne prirode.

Kejvers je uveo malu revoluciju u teoriju MPPa sa idejom da se prilikom izbora merodavnog prava vodi računa ne samo o teritorijalnim kontaktima spornog odnosa već i o sadržini propisa koji se nalaze u skubu, kao i o interesima za primenu jednog ili drugog prava.

Kejvers predlaže određena “načela preferencije” za pojedine tipove sporova za naknadu štete iz delikata. Suština njegovog prvog “načela preferencije” za delikte je u sledecem: Ako pravila države gde je nastupila šteta postavljaju viši (strožiji) standard ponašanja i predviđaju višu naknadu nego što to čine propisi zemlje u kojoj je izvršena deliktna radnja ili propisi zemlje čiji je pripadnik izvršilac delikta - primeniće se zakon zemlje u kojoj je nastupila šteta. Prilikom određivanja merodavnog prava, vodi se, dakle, računa i o sadržini pravila o sukobu.

bb) Odjeci američkih stanovišta

Najviše se približilo američkim koncepcijama englesko pravo, naročito u odluci *Čaplin protiv Bojs*.

Dom lordova je rešavao o sporu dva britanska vojnika, privremeno stacionirana na Malti. Tužilac se vozio na zadnjem sedištu motocikla i pretrpeo je teže povrede kada su se sudarili s automobilom tuženika. Spor je vođen u Engleskoj i nije bilo sporno da je tuženi odgovoran za nesreću. Prema malteškom pravu, tužilac može da traži samo naknadu svojih stvarnih izdataka i izgubljene zarade- što je u konkretnom slučaju iznosilo svega 53 funte. Prema engleskom pravu, međutim, došla bi u obzir i naknada za pretrpljeni bol i strah, za šta bi se prema oceni suda moglo dosuditi 2250 funti. Lex loci delicti commissi je ukazivao na malteško pravo. Sud je bio uveren, međutim, da bi se na taj način nanela nepravda, te je našao mogućnost da se ipak primeni englesko pravo. Sud je svakako imao u vidu da su i tužilac i tuženi Englezi, da se spor vodi u Engleskoj i da Malta u datom slučaju nema nikakvog interesa da se primeni njeno pravo, te bi bilo logično da se naknada dosudi prema standardima sredine gde žve oba parničara. Primenjeno je dakle englesko pravo, ali uz jedno veoma izbalansirano obrazloženje u kome je izbegnuto da se jasno derogira princip lex loci delicti commissi.

Dom lordova, istina, odstupio je od načela lex loci delicti commissi u konkretnom slučaju, ali nije bio spreman da i formalno deklariše napuštanje tradicionalnog pravila. Engleski sud je u slučaju Čaplin protiv Bojs došao do zaključka da je sporno pitanje proceduralne prirode, te da zbog toga ne treba primeniti pravo koje je merodavno za delikte, već pravo koje je merodavno za procedure, a čiju primenu u datom slučaju opravdavaju i drugi razlozi. A to je bilo nesumnjivo englesko pravo, pošto je postupak vođen u Engleskoj.

Mnogo jasnije i eksplicitnije prihvatanje principa centra gravitacije (najtešnje veze) za delikte nalazimo u jednoj odluci koja je doneta u bivšoj Jugoslaviji.

Jugoslovenski državljanin je naneo štetu drugom jugoslovenskom državljaninu u saobraćajnoj nesreći koja se dogodila u inostranstvu.

U pravnom mišljenju, zauzetom na Savetovanju sudija Vrhovnog suda Jugoslavije konstantovano je : „treba polaziti od načela da važi lex loci delicti commissi te da pri tome treba imati u vidu ne samo mesto gde je radnja izvršena već i mesto gde je posledica nastupila“. Dodaje se sledeće : „od navedenog načela, međutim, može se odstupiti

ako je to povoljnije za žrtvu te primeniti ono pravo koje je u najtešnjoj vezi sa slučajem“. Može se, dakle, odstupiti od načela *lex loci delicti commissi* u korist principa natešnje povezanosti - uz dopunski uslov da to bude povoljnije za oštećenog.

Evropska prava do sada nisu napustila *lex loci delicti* kao osnovno koliziono rešenje za građanskopravne delikte, da bi to rešenje zamenilo principom najbliže veze. U nekim situacijama mesto izvršenja delikta nije mesto ka kojem gravitira pravni odnos, da je veza sa *lex loci delicti* slučajna, da postoji znatno bliža i jača veza sa nekim drugim pravom. Razlika između nekoliko evropskih zakonodavstva (Austrije, Mađarske i Portugala) i prava SAD je u tome što u pomenutim evropskim pravima nije prepušteno sudu da ceni kada postoje uslovi da se odstupi od *lex loci delicti*, već sam zakonodavac precizira pretpostavke za takve izuzetke i ujedno precizira i to koje će se pravo primeniti u takvim slučajevima umesto *lex loci delicti*. Prema tome *lex loci delicti* nije zamenjen jednom okvirnom tačkom vezivanja, ali su konstituisani izuzeci za neke tipične slučajeve koji gravitiraju ka drugom rešenju.

Prava Austrije i Mađarske konstituišu izuzetak od primene *lex loci delicti* takođe na osnovu zajedničke veze i oštećenog i štetnika sa nekom drugom državom. Ipak, merila za utvrđivanje te zajedničke veze nisu ista. Prema Mađarskoj normi samo je zajednički domicil povod za odstupanje od pravila *lex loci delicti* (a ne i zajedničko državljanstvo). Austrijsko pravo sadrži, opet, jednu sasvim fleksibilnu formulaciju, te predviđa odstupanje od principa *lex loci delicti* u slučajevima ako su obe strane u blizoj veži sa istim drugim pravom.

To praktično znači da ako bi dva naša građanina (ili lica sa prebivalištem u Srbiji) vodila parnicu radi naknade štete na osnovu delikta u tim državama, merodavno bi bilo obligaciono pravo Srbije.

c) Kolizione norme za građanskopravne delikte u našem pozitivnom međunarodnom privatnom pravu

U našem pozitivnom pravu osnovna koliziona rešenja sadrži ZMPP. Pored pravila ZMPP, od značaja su i neke druge norme, norme **Haške konvencije o zakonu koji se primenjuje na saobraćajne nezgode** iz 1971. godine, kao i kolizione norme **Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi iz 1998. koje se odnose na naknadu štete zbog sudara brodova.**

Osnovno rešenje koje prihvata ZMPP prema tome je ***lex loci delicti commissi***.

Mesto izvršenja radnje treba određivati in *concreto*. Ako je radnja **pozitivna** (*commissio*), onda je to mesto u kome se nalazio štetnik u momentu njenog preuzimanja; ukoliko je **negativna** (*ommissio*), to je mesto u kome je štetnik imao da dela. Povodom **odgovornosti za opasnu stvar** to je mesto u kome se nalazila stvar u momentu kad se otrgla kontroli. Za delikte izvršene u **medijima** (tv, štampa) vezivanje se vrši preko sedišta studija, ili izdavaca.

Pod mestom na kome je **posledica nastupila** podrazumeva se mesto u kome je došlo do povrede zaštićenog dobra, ali i pravo mesta nastanka štete, ukoliko to nisu ista mesta. Zahtev za **naknadu izmakle dobiti**, u ovom slučaju smatra se, posledica nastupa u prebivalištu tužioca, jer je to centar njegovih ekonomskih interesa.

Želeći da zaštiti žrtvu delikta, zakonodavac se, za slučaj **dislokacije delikta** (radnja se desila u jednoj zemlji, a posledica nastupila u drugoj, ili u drugim zemljama), opredelio za primenu tkz. *teorije žrtve*: **primeniće se ono, od dva ili više prava u konkurenciji , koje je povoljnije za oštećenog (žrtvu).**

Zakonodavac je, u ZMPP, posebno izdvojio problem nedozvoljenosti (protivpravnosti) radnje, opredelivši se za rešenje da je zadovoljen uslov protivpravnosti ukoliko radnja takva po pravu bilo kog mesta:

- mesta radnje
- mesta nastupanja posledice

Ukoliko su radnja i posledica vezane za više zemalja, dovoljno je da pravo samo jedne od njih predviđa protivpravnost učinjene radnje.

Pravo do kojeg se dođe na opisan način odgovara na sva pitanja vanugovorne odgovornosti: koji je osnov odgovornosti štetnika, postoji li uzročna veza između radnje i posledice, ima li deliktne sposobnosti, odgovaraju li štetnici, koja se vrsta štete može nadoknaditi itd.

ZMPP dozvoljava odstupanje od lex loci delicti samo u dobro poznatim slučajevima u kojima je primena zakona mesta delikta praktično nemoguća. To su slučajevi kada se događaj iz kojeg proizilazi štetna posledica odigrao na brodu koji se nalazi na otvorenom moru, ili pak u vazduhoplovu koji leti iznad otvorenog mora, ali i iznad neke zemlje. Jer do delikta dolazi na mestu koje ne pripada nijednoj državi, nijednom pravu, te će merodavno biti pravo države kojoj pripada brod ili vazduhoplov (**lex banderae** član 29 ZMPP). **Ukoliko se, delikt dogodio u tuđim teritorijalnim vodama ili luci, ili u stranom vazdušnom pristaništu, povezivanje je normalno po lex loci delicti.**

U pogledu naknade štete zbog sudara brodova ZPUP, predviđa sledeća koliziona rešenje :

a) ako se sudar dogodio u obalnom moru ili unutrašnjim vodama neke države, **primenjuje se pravo mesta delikta**, tj. pravo države u čijem je obalnom moru, odnosno u čijim se unutrašnjim vodama dogodio sudar. Postoje dva izuzetka u korist “zajedničkog” prava dve strane. **Odstupiće se od lex loci delicti ako brodovi imaju istu državnu pripadnost, ili ako brodovi ne pripadaju istoj državi, ali prava država kojima pripadaju su ista. U takvim slučajevima primeniće se pravo države kojoj oba broda pripadaju.**

b) ako se sudar dogodio na otvorenom moru merodavan je ZPUP, kao pravo mesta suda. I ovde važe napred navedeni izuzeci za slučajeve da brodovi pripadaju istoj državi.

c) ZPUP predviđa slučajeve za naknadu štete od sudara brodova – uvek primeniti domaće pravo. Na primer : kada su sva zainteresovana lica državljani Srbije ili pravna lica Srbije, ili kada jedan od brodova među kojima je došlo do sudara ratni brod ili javni brod koji pripada Srbiji.

d) Haška konvencija o zakonu koji se primenjuje na saobraćajne nezgode, koja će dalje u tekstu biti objašnjena.

d) Pravila Haške konvencije o merodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode

Tekst Haške konvencije sačinjen je oktobra 1968 godine, koji je stupio na snagu 4. maja 1971. godine, a koju je bivša Jugoslavija ratifikovala juna 1976.

Haška konvencija nastoji da pomiri različite pristupe i tendencije. Kompromis je tražen i pronađen pre svega između pristalica pravila lex loci delicti commissi i onih koji se zalažu za odstupanje od lex loci delicti commissi u prilog najbliže veze, odnosno “centra gravitacije”

Rešenje Haške konvencije nalazi se u osnovi u sledećem : lex loci delicti commissi je zadržano kao osnovno rešenje ali je predviđen veliki broj izuzetaka. Lista izuzetaka je toliko široka da će se verovatno, ponekad primenjivati i lex loci delicti commissi. Pravilo koje kroz izuzetke zamenjuje lex loci delicti commissi nije fleksibilan (i pomalo nesiguran) princip najbliže veze, već jedna tačka vezivanja koja se relativno lako utvrđuje - a to je **mesto registracije vozila.**

O najznačajnijim pojmovima i terminima koje koristi Haška konvencija

Konvecija se primenjuje za “građansku vanugovornu odgovornost koja proistekne iz saobraćajne nezgode”. Ova formulacija obuhvata sve oblike i vidove odgovornosti, sem krivične i ugovorne. Konvencija precizira i domašaj termina “saobraćajna nezgoda”. Konvecija se jednako odnosi i na motorna, i na nemotorna vozila, dakle i na nezgode u kojima učestvuju bicikl, zaprežna vozila, konji i slično. Da bi bila reč o saobraćajnoj nezgodi u okvirima Konvencije, potrebno je da se ona dogodi na javnim putevima ili drugim površinama otvorenim za javnost, ili pak na “privatnim” površinama na koje određena lica imaju pristup.

Ključni pojam koji koristi Konvencija je registracija vozila, odnosno, mesto registracije vozila. Međutim problem nastaje kada vozilo nije registrovano ili je registrovano u više država. U slučaju odsustva registracije, kao i u slučaju da je vozilo registrovano u više država, merodavno će biti pravo zemlje redovnog smeštaja (stacioniranja) vozila. Mesto redovnog (uobičajenog) stacioniranja vozila zamenjuje mesto registracije vozila. To će biti slučaj kada se mesto registracije vozila ne poklapa sa redovnim boravištem ni vozača, niti vlasnika ili držaoca vozila.

Konvencija pruža jedno preciziranje pojma *lex loci delicti commissi*, te pod mestom delikta podrazumeva mesto radnje (odnosno nezgode), a ne mesto posledice.

db) Odnosi koje rešava Konvecija

a) Konvencija se primenjuje bez obzira na reciprocitet (bez uslova reciprociteta), bez obzira da li je merodavno pravo države ugovornice ili neugovornice.

b) Ne postoji, međutim, obaveza da se Konvencija primeni i na unutrašnje sukobe zakona.

c) Haška konvencija u izvesnoj meri ograničava svoju primenu i u samom domenu saobraćajnih delikata. Iz polja dejstva Konvencije isključena su neka pitanja za koja se smatralo da iziskuju poseban tretman, ili kojima se nije mogao postići konsenzus.

Reč je o sledećim pitanjima:

ca) Konvencija se ne primenjuje na odgovornost proizvođača, prodavca i servisera vozila.

cb) Konvencija se ne primenjuje na odgovornost vlasnika puta ili lica čiji je zadatak održavanje puteva.

cc) Konvencija se ne primenjuje ni na odgovornost za postupke drugih lica, izuzev ako se radi o odgovornosti vlasnika vozila ili nalogodavca.

cd) Konvencija se ne primenjuje na regresne zahteve između lica odgovornih za štetu.

ce) Konvencija se ne primenjuje na regresne zahteve i na subrogaciju u pogledu osiguravajućih društava. Važno je istaći, da ostaje u sferi Konvencije pitanje da li oštećeni ima pravo da pokrene postupak direktno protiv osiguravaoca lica odgovornog za štetu.

ct) Konvencija se ne primenjuje na zahteve ili regresne zahteve koje postavljaju ustanove socijalnog osiguranja ili javni fondovi koji daju garantije u pogledu automobilskih šteta, niti na zahteve i regresne zahteve uperene protiv ustanova socijalnog osiguranja ili pomenutih fondova. Konvencija se ne primenjuje u pogledu isključenja odgovornosti utvrđene zakonom koja se odnosi na ustanove socijalnog osiguranja i pomenute javne fondove.

dc) Pravila Haške konvencije kojima se određuje merodavno pravo

Konvencija prihvata jednu kombinaciju *lex loci delicti commissi* i mesta registracije vozila, s tim da ulogu osnovnog pravila zadržava *lex loci delicti commissi*. To znači da će se primeniti zakon zemlje u kojoj se dogodila nezgoda, ako se okolnosti slučaja ne bi mogle podvesti pod jedan od izuzetaka koji upućuju na pravo zemlje registracije vozila.

Da bi došlo do primene prava mesta registracije vozila, treba da se dođe do sticaja okolnosti:

a) okolnosti koje se tiču vozila i aktera nezgode;

b) okolnosti koje se tiču podnosioca zahteva, tj. lica prema kojem se javlja odgovornost.

Prva grupa okolnosti tiče se, same nezgode, dok se druga grupa vezuje za procesnu situaciju koja nastaje povodom nezgode. Da bi došlo do odstupanja *lex loci*, treba da postoji jasna veza između aktera i države čije bi pravo bilo merodavno umesto *lex loci delicti commissi*; a istovremeno, zahtev treba da bude usmeren na jedan od tri alternativno predviđena načina.

Uslov koji se tiče vozila i aktera nezgode, formulisan je na taj način što se postavlja zahtev da vozilo, odnosno vozila koja učestvuju u saobraćajnoj nezgodi, budu registrovana u istoj zemlji. Ako u nezgodi učestvuje i lice koje se nalazilo van vozila, ovaj uslov se širi time što se traži da to lice (ili ta lica) imaju redovno boravište u istoj zemlji u kojoj je registrovano vozilo (ili su registrovana vozila) koja su učestvovala u nezgodi.

Pored uslova koji se tiču vozila i aktera, treba da se ispuni još jedan od alternativnih uslova koji se tiču podnosioca zahteva, tj. lica prema kojem se javlja odgovornost, da bi se stekle sve pretpostavke za primenu prava mesta registracije vozila. Ti alternativni uslovi su sledeći:

1. da zahtev postavlja vozač, držalac, sopstvenik ili drugo lice koje polaže neko pravo na vozilo;
2. da zahtev postavlja žrtva koja je bila putnik - pod dopunskom pretpostavkom da to lice ima redovno boravište van države u kojoj se dogodila nezgoda;
3. da zahtev postavlja žrtva koja nije bila putnik, već se nalazila van vozila;

Pored postavljanja jednog opšteg uslova i 3 alternativna dopunska uslova, Konvencija precizira da se u slučaju da u nezgodi ima više žrtava, merodavno pravo se određuje posebno prema svakoj od njih. Moguće je, da jedna od žrtva (pešak) ima redovno boravište u zemlji registracije vozila, a druga nema. To znači da su u odnosu na prvu žrtvu ispunjene pretpostavke za primenu prava mesta registracije vozila, dok prema drugoj žrtvi nisu, i zato će se u pogledu odgovornosti prema drugoj žrtvi primeniti opšte pravilo, prava mesta nezgode. Na štetu nanetu stvarima primenjuje se takodje ili pravo mesta nezgode, ili pravo mesta registracije vozila.

a) u pogledu štete na stvarima koje su se nalazile u vozilu, a koje pripadaju putniku ili su mu bile poverene, primenjuje se pravo koje je merodavno za odgovornost prema putniku.

b) u pogledu štete na stvarima u vozilu koje ne pripadaju putniku, primeniće se pravo koje je merodavno za odgovornost prema vlasniku vozila.

c) u pogledu štete na stvarima van vozila (ograda, objekti), merodavno je pravo mesta nezgode, izuzev ako je reč o ličnim stvarima žrtve koja se našla van vozila. U pogledu ovih stvari merodavno je pravo koje se primenjuje na odgovornost prema žrtvi.

Na 455. strani ima primer da se procita, naravno koga ne mrzi. ☺

dcb) Druge značajnije norme Haške konvencije o merodavnom pravu

Pored osnovnog koncepta koji je formulisan u članovima 3,4 i 5, pažnju zaslužuje i koliziono pravilo iz člana 9 Konvencije, koje određuje merodavno pravo po kojem će se ceniti mogućnost postavljanja direktnog zahteva prema osiguravaocu odgovornog lica. Ovaj član alternativno upućuje na više prava. To su : pravo mesta nezgode, pravo koje je merodavno za ugovor o osiguranju, a kao treća alternativa javlja se pravo mesta registracije vozila. Postojeće mogućnost postavljanja direktnog zahteva prema osiguravaocu odgovornog lica, ako takvu mogućnost poznaje bilo koje od navedena dva, ili eventualno čak tri prava.

Značajno je i pravilo koje govori o saobraćajnim i bezbednosnim pravilima, čija sadržina može biti od uticaja na utvrđivanje odgovornosti. Što se ove vrste pravila tiče dolaze u obzir samo primena pravila koja su na snazi na mestu nezgode, i u vreme nezgode.

Najzad, treba da pomenemo i pravilo o javnom poretku, kojim se zapravo samo potvrđuje opšteprihvaćeno načelo da će domaći sud moći da odbije primenu strane norme, iako koliziono pravilo upućuje na njenu primenu, ako bi ta norma bila suprotna domaćem javnom poretku.

V Odeljak

Glava I Prava stranaca da stupaju u privatnopravne odnose u Srbiji

Prava stranaca

Pitanje da li stranac, obzirom na to svoje svojstvo, može na domaćoj teritoriji uživati sva privatna prava, ili može samo pojedina, i ako može, da li bezuslovno ili mu se postavljaju pojedini dodatni uslovi koji se ne postavljaju državljanima Srbije, reguliše se normama o privatnim pravima stranaca koje se tradicionalno kvalifikuju među norme MPP-a.

Svaka država je, načelno, slobodna pri koncipiranju svojih normi o pravima stranaca. Međutim, zakonodavci su vezani međunarodnim civilizacijskim minimumom standarda uspostavljenim izvorima Međunarodnog javnog prava kao što su Opšta deklaracija o pravima čoveka, Evropska konvencija o ljudskim pravima...

Pojam stranca može biti određen pozitivno i negativno. Pozitivno – stranac je svako fizičko lice koje ima državljanstvo neke strane države ili je apatrid. Negativno – stranac je svako fizičko lice koje nema srpsko državljanstvo.

*Bipatridi, čije je jedno od državljanstva srpsko, tretiraju se na srpskoj teritoriji kao domaći državljani.

Kada su u pitanju pravna lica, pripadnost pravnog lica određuje se po pravu države u kojoj je osnovano.

Klasifikacija pravnog položaja stranaca – Postoji više klasifikacija, i podela prava zavisi upravo od kriterijuma klasifikacije.

Ukoliko se klasifikuje po prirodi prava onda se prava stranaca dele na PRIVATNA (brak, starateljstvo, nasleđivanje) i JAVNA (glasačko pravo, pravo nastanjenja, državljanstvo).

Ukoliko se klasifikuju u odnosu na činjenicu da li u konstituisanju nekog prava učestvuje ili ne državni organ, onda se dobija podela na prava koja nastaju UZ UČEŠĆE DRŽAVNIH ORGANA (brak, državljanstvo, dozvola stalnog nastanjenja) i ona koja nastaju BEZ UČEŠĆA DRŽAVNIH ORGANA (sticanje svojine na većini pokretnih stvari).

Ukoliko se klasifikuju prema dostupnosti prava, onda govorimo o podeli na

- OPSTA (pravo na zaključenje braka),
- RELATIVNO REZERVISANA (sticanje svojine na nepokretnostima)
- APSOLUTNO REZERVISANA PRAVA (pravo na obavljanje javnih funkcija).

Glava II Prava stranaca da stupaju u porodičnopravne odnose u Srbiji

Pravo stranaca na brak

Pravo na brak je opšte ljudsko pravo koje u okvirima međunarodnog bračnog prava znači da je ono jednako dostupno domaćim i stranim državljanima, kao i apatridima.

Veliki broj međunarodnih dokumenata reguliše ovo pitanje, pa tako **Opšta deklaracija o pravima čoveka iz 1948.** propisuje da : “Punoletni muškarci i žene, bez ikakvih ograničenja u pogledu rase, državljanstva ili veroispovesti, imaju pravo da sklope brak i da osnuju porodicu”.

Važan dokument predstavlja i **Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda**, usvojena **1950.** :“Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak, i zasnivaju porodicu, u skladu sa unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava“.

Pravo stranaca na brak je danas u ogromnoj većini država postavljeno kao OPŠTE PRAVO tj. pravo koje je dostupno strancu pod jednakim uslovima kao i domaćim državljanima. Lex fori (materijalno, supstancijalno) pravo države pred čijim organom stranac želi da stupi u brak, ne postavlja nikakve posebne uslove s obzirom na svojstvo stranca.

Izvesna odstupanja od principa, da je pravo stranaca na brak opšte pravo, postojala su u nekim zakonodavstvima za slučajeve braka stranca (strankinje) sa domaćom državljanicom odnosno državljaninom, a to u slučajevima kada je zaključenje braka jedan od načina olakšanog sticanja državljanstva.

U Jugoslaviji su posle Drugog svetskog rata takođe postojala izvesna ograničenja. Međutim, danas je pravo stranaca na zaključenje braka u Srbiji opšte pravo i proizilazi iz Ustava 2006. (član 62) : „Svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka“.

Pravo stranca da bude usvojitelj ili usvojenik

Pravo stranaca da budu usvojitelji u Srbiji regulisano je Porodičnim zakonom (2005). Osim zakona, Konvencija o pravima deteta iz 1989 (Jugoslavija ratifikovala 1990.) takođe predstavlja posredan izvor njene odredbe kazuju da stranci u Srbiji imaju pravo da budu usvojenici, a naročito usvojitelji, odnosno da im to pravo neće biti uskraćeno samo zato što nisu domaći državljani.

Države članice koje priznaju i/ili dozvoljavaju sistem usvojenja obezbeđuju da najbolji interes deteta bude odlučujuć i:

a) priznaju da se međudržavno usvojenje može smatrati alternativnom mogućnošću brige o detetu, ako se dete ne može smestiti u drugu porodicu ili biti usvojeno, ili ako se o njemu ne može voditi briga na pogodan način u zemlji njegovog porekla!

b) obezbeđuju da dete na koje se odnosi međudržavno usvojenje uživa zaštitu i standard jednake onima koji postoje u slučaju usvojenja u okviru jedne zemlje!

Kao posredan izvor prava služi i Zakon o državljanstvu RS (2004) u pogledu pitanja da li strani državljanin može biti u ulozi usvojenika u Srbiji. Odredbe ovog zakona predviđaju da usvojenik – stranac stiče srpsko državljanstvo u slučaju *potpunog usvojenja* na osnovu odredaba koje se odnose na sticanje državljanstva poreklom.

Teorijski, moguće su 3 situacije u kojima se može postaviti pitanje prava stranaca da budu usvojioci ili usvojenici:

1. Kada stranac (strani državljanin, ili lice bez državljanstva) želi da usvoji pred srpskim organom dete koje ima strano državljanstvo, Srbija nema izražen interes za zaštitu domaćih državljana te se to pravo može priznati kao OPŠTE.
2. Kada usvojitelj – domaći državljanin želi da usvoji stranca pred organom Srbije postavlja se pitanje da li dete – potencijalni usvojenik, kao stranac, može da bude usvojeno u Srbiji. Ukoliko srpski organi imaju osnova da prihvate nadležnost, nema razloga da se strancu-detetu uskrati pravo da bude usvojenik, dakle i ovo je OPŠTE pravo.
3. Treća situacija je kada stranac želi da usvoji dete-domaćeg državljanina. Obzirom na posledice usvojenja na usvojenika koji se verovatno izmešta iz svoje okoline, ali i na usvojitelja koji se i sam može suočiti sa problemima prilagođavanjaj prihvatanja usvojenika, ovo je vrlo osetljivo pitanje. U svetlu ostvarivanja najboljeg interesa deteta zbrinjavanje u državi porekla smatra se prioriternim naspram usvojenja koje bi imalo za posledicu smeštaj deteta u inostranstvu. Porodični zakon Srbije kazuje da je pravo stranog državljanina (usvojitelja) RELATIVNO REZERVISANO, te on mora ispuniti neke dodatne uslove. Da bi strani državljanin mogao da usvoji dete moraju biti kumulativno ispunjena 2 uslova:
 - 1). Da se ne mogu naći usvojitelji među domaćim državljanima;
 - 2). Da se ministar nadležan za usvojenje saglasi.

Pravo stranca da bude staralac ili štićenik

Kada je reč o tome da lice stranog državljanstva bude staralac (ili štićenik) drugom licu stranog državljanstva ne javljaju se teškoće. Određene teškoće postoje kada se postavlja pitanje može li strani državljanin da bude štićenik domaćeg državljanina, a najsloženije pitanje je može li strani državljanin da bude staralac domaćem državljaninu.

Pravo stranaca da budu staraoci ili štićenici drugog stranog lica, kao i pravo stranaca da budu ŠTIĆENICI domaćeg državljanina priznaje se kao opšte pravo. Takvo rešenje je prihvatljivo i za naše pravo.

Što se tiče prava stranaca da budu STARAOICI domaćem državljaninu u teoriji se smatra da bi ovo pravo trebalo usloviti dopunskim uslovima. Jezdić je smatrao da se to pravo moglo priznati stranim državljanima samo izuzetno, u slučaju da je stranac imao domicil u domaćoj državi. Slično rešenje prihvaćeno je u bilateralnom **Ugovoru o uzajamnom pravnom saobraćaju 1968.**, između bivše SFRJ i Mađarske, gde je predviđeno : „Državljanin jedne strane ugovornice može se postaviti za staraoca državljaninu druge strane ugovornice, ako **ima boravište na teritoriji** one strane ugovornice gde treba obavljati starateljsku dužnost, i **ako njegovo postavljanje za staraoca najviše odgovara interesima lica pod starateljstvom**“.

Prava stranaca da nasleđuju u Srbiji

Prema **Zakonu o nasleđivanju iz 1995.** (član 7), strani državljani imaju u Srbiji, pod uslovom reciprociteta, ista nasledna prava kao i domaći državljani, osim ako je drugačije propisano međunarodnim ugovorom.

Ova vezanost prava za reciprocitet potvrđuje se i u pogledu nasleđivanja nekretnina. **Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa** predviđa da stranac može, pod uslovom uzajamnosti, nasleđivanjem sticati nepokretnosti na teritoriji naše zemlje.

Iz ovog proizilazi da stranci nasleđuju u Srbiji pod uslovom da domaći državljani mogu da nasleđuju u strančevoj zemlji (formalni reciprocitet) – po pravnoj sadržini.

Reciprocitet između Srbije i neke strane zemlje u pogledu nasleđivanja može da postoji na osnovu međunarodnog ugovora (diplomatski reciprocitet) ili na bazi faktičkog priznavanja prava na nasleđivanje (faktički reciprocitet).

Bilateralnim konvencijama se reciprocitet u ovoj oblasti uspostavlja najčešće izričito ili putem klauzule najvećeg povlašćenja.

U odsustvu ugovornog (diplomatskog) reciprociteta, reciprocitet se pretpostavlja dok se ne dokaže suprotno.

Poseban problem u vezi sa reciprocitetom pri nasleđivanju predstavljaju apatridi lica bez državljanstva). U odnosu na ta lica zamislive su 2 solucije:

- da se isključi mogućnost da ta li lica nasleđuju, ili
- da se omogući da nasleđuju bez postavljanja uslova reciprociteta.

Može se zaključiti da je pravo stranaca da nasleđuju u Srbiji RELATIVNO REZERVISANO pravo, koje je dostupno pod uslovom formalnog reciprociteta. Ako je reč o apatridima, pravo da nasleđuju u Srbiji je OPŠTE pravo.

Prava stranaca da stupaju u stvarnopravne odnose

1. Stvarna prava na pokretnim stvarima – ova prava se javljaju kao OPŠTA prava. U pozitivnom pravu (Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa) potvrđen je ovaj princip. Nije sporno da stranac može da stiče i druga stvarna prava na pokretnim stvarima (npr. sektorska prava-pravo zaloge) pod istim uslovima kao i domaći državljani, naravno ako to nije zakonom isključeno ili ograničeno. Takvo jedno ograničenje postoji u pogledu sticanja oružja (potrebna je posebna dozvola za sticanje svojine na oružju, ali se to ograničenje predviđa i za domaće državljane).

Kvalifikacija stvari kao pokretne ili nepokretne, vrši se po *lex rei sitae*.

2. Stvarna prava na nekretninama – nasuprot stvarnim pravima na pokretnim stvarima, stvarna prava na nekretninama po pravilu se tretiraju kao RELATIVNO REZERVISANA, a negde i kao APSOLUTNO REZERVISANA prava.

U našem pozitivnom pravu propisi o pravima stranaca da stiču stvarna prava na nekretninama nalaze se u **Ustavu Srbije (2006.)**, i u **Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa (1996.)**. Ustavom je predviđeno da stranci mogu sticati nepokretnosti pod uslovima predviđenim zakonom ili međunarodnim ugovorom.

Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa predviđa da stranci mogu steći svojinu na nepokretnostima pod **uslovom reciprociteta**. Stranci (fizička i pravna lica) koji obavljaju delatnost u našoj zemlji mogu da stiču svojinu na nekretninama poslovima *inter vivos*, samo u namenske svrhe tj. ako su im te nekretnine neophodne radi obavljanja delatnosti. Osim toga, svako strano fizičko lice može, pod uslovom reciprociteta, sticati svojinu na stanu i na stambenoj zgradi. Strana fizička lica mogu putem nasleđivanja sticati svojinu na nepokretnosti.

Najzad, strana diplomatska i konzularna predstavništva, kao i specijalizovane agencije UN, mogu da stiču nekretnine u svojinu za službene potrebe ako zato dobiju odobrenje od Ministarstva pravde.

Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa posebno uređuje uslove za sticanje jednog drugog stvarnog prava, a to je dugoročni zakup turističkih i drugih pratećih objekata. Strano fizičko ili pravno lice može da stiče pravo dugoročnog zakupa na turističkom i drugom pratećem objektu s tim što:

- Zakupodavci mogu biti samo preduzeća koja obavljaju turističku ili ugostiteljsku delatnost;
- Dugoročni zakup se zaključuje najkraće na 5, a najduže na 30 god, s tim što se po isteku ugovorenog roka zakup može produžiti.
-

Prava stranaca da stiču obligaciona prava

Pravo stranca da bude nosilac obligacionih prava se, uz manje izuzetke, uglavnom svuda priznaje kao OPŠTE pravo. To znači da stranac može da zasnuje ugovorni odnos i može da stiče tražbena prava kao kupac, prodavac, prevoznik... a može steći i prava na osnovu prouzrokovanja štete.

Mogu se javiti i neki izuzeci, koji se posebno utvrđuju zakonom. Najznačajniji izuzetak odnosi se na sklapanje ugovora čiji su predmet nekretnine. Takođe na praktičnom planu se ograničenja sticanja obligacionih prava često javljaju i kao ograničenja u prekograničnom pružanju usluga.

Ustav Srbije (2006) – „Strana lica izjednačena su na tržištu sa domaćim“ i ovaj jednak tretman važi za one strance kojima je već da se bave određenom delatnošću.

U Srbiji inženjerske usluge mogu pružiti samo registrovana domaća preduzeća, a licencu za rad mogu dobiti samo osobe koje imaju srpsko državljanstvo ili prebivalište u Srbiji. Oštra su ograničenja i u pogledu kabotaže (transport unutar države) u rečnom, drumskom, i vazdušom saobraćaju.

Prava stranaca da zasnivaju radni odnos

Stranci mogu, u načelu, da zasnuju radni odnos u Srbiji. To pravo je bliže regulisano **Zakonom o uslovima za zasnivanje radnog odnosa sa stranim državljanima (1978.)**. Reč je o RELATIVNO REZERVISANOM pravu, tj. stranci koji žele da zasnuju radni odnos u Srbiji, pored uslova koji se traže i od naših državljana, treba da ispune i dodatne uslove.

1. da strani državljanin ima odobrenje za stalno nastanjenje, ili odobrenje za privremeni boravak u Srbiji.
2. da stranac dobije odobrenje za zasnivanje radnog odnosa. Ovo odobrenje izdaje republička, odnosno pokrajinska organizacija nadležna za poslove zapošljavanja.

Odobrenje za zasnivanje radnog odnosa ne traži se ako se radni odnos zasniva radi obavljanja stručnih poslova utvrđenih ugovorom o ulaganju sredstava stranih lica, ugovorom o poslovno-tehničkoj saradnji ili pak ugovorom o prenosu tehnologije.

3. da je reč o radnom mestu za koje je, opštim aktom organizacije u kojoj se stranac zapošljava, predviđeno da ga mogu obavljati i stranci, dakle da je reč o poslovima koji nisu rezervisani samo za domaće državljane.

Protiv rešenja kojim se odbija zahtev za zasnivanje radnog odnosa moguće je uložiti žalbu (15 dana od dostavljanja rešenja).

U momentu zasnivanja radnog odnosa stranac mora dati pismenu izjavu o prihvatanju nadležnosti naših sudova, u slučaju spora sa preduzećem, odnosno poslodavcem.

Privremene i povremene poslove, u trajanju od najviše 3 meseca u jednoj kalendarskoj godini, stranac može obavljati bez posebnih odobrenja, kao srpski državljanin.

Prava stranih ulagača

U malim i relativno siromašnim ekonomijama strane investicije se vide kao najbolji mogući pokretač razvoja, zamajac koji će podići konkurentnost domaće privrede i obezbediti nova radna mesta. Iako ovakve boljke mogu pospešiti i domaća ulaganja, ekonomisti sugerišu da je najbolja strategija privlačenje stranih investitora.

Naše pravo poznaje 4 osnovna oblika stranih ulaganja:

1. **Osnivanje novog preduzeća** (samostalno, ili sa drugim domaćim ili stranim ulagačima)
2. **Kupovina udela ili akcije već postojećeg srpskog preduzeća**
3. **Sticanje svakog drugog imovinskog prava kojim strani ulagač ostvaruje svoje interese**
4. **Ugovor o koncesiji sa BOT aranžmanom.**

Treba naglasiti da nijedan od ova 4 načina na koji se mogu sprovesti strana ulaganja nije ekskluzivno rezervisan za strana ulaganja. Naime, i srpski ulagači mogu kupiti neko srpsko preduzeće, akcije ili postati koncesionari. Ono što jeste *differentia specifica* u odnosu na ulaganja domaćih subjekata jesu određene garancije i povlastice koje uživaju strani ulagači.

Osnovni zakon kojim se reguliše pitanje stranih ulaganja jeste **Zakon o stranim ulaganjima (2002)**. Pored toga, od važnosti je i **Zakon o koncesijama**.

Ulaganja su moguća u gotovo svim privrednim delatnostima, osim u oblastima koje su identifikovane kao važne za bezbednost države > strano lice ne može samo, ili sa drugim stranim licem osnovati sopstveno preduzeće za proizvodnju i promet oružja. Ovakvo preduzeće ono može osnovati sa domaćim licem, a može i ulagati u već postojeća preduzeća oružja, s tim da strani ulagač sme steći većinski udeo u upravljanju (kontrolni paket akcija).

Na strana ulaganja na teritoriji Srbije primenjuje se srpsko pravo. U slučaju da između naše zemlje i zemlje iz koje dolazi ulaganje postoji međunarodni sporazum, primenjuju se odredbe koje su povoljnije za stranog ulagača.

Ko se smatra stranim ulagačem? – U pogledu fizičkih lica, kaže se da će se stranim ulagačem smatrati strano fizičko lice. Ovaj izraz nema jasno polje značenja ako se ne precizira da li je kriterijum državljanstvo, domicil ili nesto treće. Može se zaključiti da je zakonodavac imao u vidu državljanstvo kao merilo, pa prema tome stranim ulagačem smatra ona fizička lica koja su strani državljani.

Dalje, stranim ulagačem smatra se i državljanin Srbije koji ima prebivalište odnosno boravište u inostranstvu u trajanju od najmanje godinu dana.

U pogledu pravnih lica, stranim ulagačem će se smatrati strano pravno lice koje ima sedište u inostranstvu. To što pravno lice kod nas eventualno ima predstavništvo ili ogranak, ne menja stvari.

Obaveze i prava stranog ulagača - Osnovna obaveza stranog ulagača je unos određenog uloga, a to je istovremeno i osnovni cilj domaćeg zakonodavca > privući strani kapital.

Ulog stranog investitora može biti u stranoj konvertibilnoj valuti, dinarima, stvarima, pravima intelektualne svojine, hartijama od vrednosti i drugim imovinskim stvarima.

Prava koja Zakon o stranim ulaganjima garantuje stranim ulagačima :

** Preduzeće koje posluje sa stranim kapitalom uživa jednak položaj kao i preduzeća koja su osnovala domaća lica. Ono što stekne, strani ulagac slobodno može konvertovati u stranu konvertibilnu valutu i profit prebaciti tamo gde smatra da je potrebno.

** Stranom ulagaču se nude određene garancije u pogledu eksproprijacije. Jasno je da država uvek ima pravo da nacionalizuje strano ulaganje, ali se smatra i da kompenzacija koja se daje stranom ulagaču za to mora biti adekvatna, brza i pravedna. “Adekvatna” znači da se mora platiti u valuti koja je konvertibilna. “Brza” kompenzacija znači da se sa njom ne sme otezati. “Pravedna”- mora biti u dovoljnoj meri da nadoknađuje vrednost oduzete imovine.

Naš zakon predviđa da se strana ulaganja mogu ekspropirisati samo kada je na osnovu zakona utvrđen JAVNI INTERES, i uz plaćanje naknade koja odgovara tržišnoj vrednosti predmeta eksproprijacije.

Zakon o stranim ulaganjima predviđa još neke podsticaje za strane ulagače. To su određena carinska oslobođenja. Tako se bez plaćanja carine i drugih uvoznih dažbina može uvesti oprema po osnovu uloga stranog ulagača.

Evidencija o stranim ulaganjima vodi se pri Ministarstvu za ekonomske odnose sa inostranstvom.

Koncesije i BOT – Krupne investicije (ulaganja u saobraćajnu, energetska, vodoprivrednu i drugu infrastrukturu) od velikog su značaja za ekonomski razvoj. Države u razvoju su svesne da dobra infrastruktura čini tržište privlačnijim. Jedini način da se to postigne jeste da se država pojavi kao investitor, i u sopstvenoj režiji pristupi realizaciji takvih projekata. Međutim, ovakav pristup pokazao se kao loš jer su države, po pravilu, loši investitori i često se ulaže više iz političkih nego iz ekonomskih razloga.

Zato je kraj prošlog veka i početak ovog, obeležio povratak drugačijem konceptu – krupne investicije poveravaju se privatnim (mahom stranim) investitorima, i to putem koncesije.

Koncesija je ugovor kojim se na **koncesionara** (strano ili domaće lice) prenosi pravo korišćenja prirodnog bogatstva (npr. minerali), ili dobra u opšoj upotrebi, ili mu se daje dozvola za obavljanje delatnosti koja je od opšteg interesa (npr. vođenje zatvora), od strane **koncedenta**, pod posebno propisanim uslovima i uz naknadu. Poseban oblik koncesije je koncesija po BOT sistemu (Build Operate Transfer – izgradi, koristi, predaj) kada investitor ima obavezu da izgradi određeni objekat (npr. autoput) a zatim taj objekat može da eksploatiše određeni period (koji ne može biti duži od 30 godina, i po isteku izgrađeni objekat prelazi u svojinu RS).

Predlog za davanje koncesije podnosi se Vladi Srbije, koja donosi koncesioni akt, koji se objavljuje u “Službenom glasniku Srbije”. Vlada, po sprovedenom javnom tenderu, donosi odluku o izboru koncesionara. Davalac koncesije (koncedent) najčešće je Vlada, mada to može biti i jedinica lokalne samouprave ako se koncesija daje za komunalne delatnosti.

Za obavljanje koncesione delatnosti koncesionar u roku od 60 dana od zaključenja koncesionog ugovora mora osnovati posebno preduzeće u Srbiji.

Rešavanje sporova iz stranih ulaganja i koncesija – Sporovi iz stranih ulaganja, i sporovi iz koncesija mogu se rešavati pred domaćim sudovima i pred arbitražama (kako stranim tako i domaćim). Nadležnost stranih sudova se ne može ugovorati. Ako je predmet koncesionog spora nepokretnost, ostaje isključiva nadležnost našeg pravosuđa

Pravo stranih firmi na osnivanje predstavništva i organaka u Srbiji

Strana lica mogu osnovati predstavništva i organke u Srbiji. Ovo pravo je RELATIVNO REZERVISANO i uređeno **Zakonom o privrednim društvima, Zakonom o spoljnotrgovinskom poslovanju i Uredbom o registraciji predstavništava stranih pravnih lica u registar privrednih subjekata koji vodi Agencija za privredne registre.**

Predstavništvo stranog lica nema svojstvo pravnog lica i ne može zaključivati ugovore u spoljnotrgovinskom prometu, već samo obavljati druge poslove po nalogu osnivača (istraživanje tržišta, vršenje prethodnih i pripremnih radnji za zaključenje ugovora, uspostavljanje poslovne saradnje...).

Ogranak predstavlja jači stepen komercijalnog prisustva – neku vrstu ekstenzije(širenje, proširenje) stranog pravnog lica na našoj teritoriji, i može, u skladu sa srpskim propisima, obavljati samo one delatnosti za koje je registrovan njegov osnivač.

Registracija ogrankova i predstavništava stranih lica obavlja se pri **Agenciji za privredne registre**.

Pravo stranca na industrijsku svojinu (interni i međunarodni režim zaštite)

Pravo industrijske svojine obuhvata pravo na patent, pravo na model-uzorak, na robni i uslužni žig, pravo na oznaku porekla robe i pravo na tehničko unapređenje. Predmet zaštite je nematerijalno dobro, odnosno apsolutno pravo koje svom titularu treba da obezbedi ekskluzivnost u ekonomskom iskorišćavanju.

*Interni režim zaštite – Stranci imaju pravo na sticanje i zaštitu industrijske svojine u Srbiji pod uslovom uzajamnosti. U našoj zemlji ono je dostupno pod uslovom formalne uzajamnosti, što znači da će strano lice moći da ostvaruje pravo na priznanje ili zaštitu nekog oblika industrijske svojine pod istim uslovima kao i domaći državljanin, ako se u njegovoj zemlji naši državljani izjednačavaju sa domaćim državljanima u pogledu istog prava na industrijsku svojinu. Prema načinu nastanka, pravo na industrijsku svojinu je dostupno stranim licima pod uslovom faktičke uzajamnosti.

Strana lica ostvaruju pravo na zaštitu industrijske svojine pod materijalnim i formalnim uslovima domaćeg prava. Naime, neophodno je da strano lice podnese prijavu za zaštitu prava industrijske svojine, od kada počinje da teče period zaštite.

Stranci imaju mogućnost da prenesu stečeno pravo industrijske svojine po osnovu ugovora, saglasno pravu koje je merodavno za ugovor.

*Međunarodni režim zaštite – Međunarodni izvori prava na intelektualnu svojinu ne sadrže materijalna pravila kojima se ono reguliše. **Pariskom konvencijom o zaštiti industrijske svojine (1883.)** uspostavljen je sistem zaštite na temelju nacionalnog postupka za državljane zemalja članica konvencije i za lica koja u tim zemljama imaju prebivalište, ili industrijsko i trgovačko preduzeće.

Lice koje želi da ostvari zaštitu prava industrijske svojine mora najpre da podnese prijavu nadležnom državnom organu. Posle podnošenja prijave, svaka država primenjuje nacionalni postupak zaštite koji je predviđen i za domaća lica.

Princip prava prvenstva prihvata većina nacionalnih prava na industrijsku svojinu, kao i konvencijska regulativa. Konvencijsko pravo prvenstva stiče lice koje prvo podnese prijavu za priznanje i zaštitu industrijske svojine u skladu sa nacionalnim propisima o industrijskoj svojini.

Uz Parisku konvenciju usvojen je i **Madridski aranžman o zaštiti žiga (1891.)** kao dopunski ugovor čija je svrha stvaranje povoljnijih uslova za priznanje i zaštitu prava industrijske svojine u zemljama članicama konvencije.

U procesu unifikacije pravila patentne zaštite na nivou Evrope usvojena je **Konvencija o evropskom patentu**. Ovim dokumentom ustanovljena je Evropska organizacija za patente i evropsko pravo za izdavanje patenta.

AUTORSKA PRAVA STRANACA

Autorsko delo je originalna duhovna tvorevina kao rezultat intelektualnog rada autora izražena u određenoj formi, bez obzira na umetničku, naučnu ili drugu vrednost, namenu, sadržaj i način ispoljavanja.

Prema **Zakonu o autorskim i srodnim pravima**, autorskim delom se naročito smatraju pisana dela, dramska, govorna dela, muzička i likovna dela, dela arhitekture, primenjene umetnosti...

Nacionalni režim zaštite – Autorskopravnu i srodnopravnu zaštitu autorskih prava i srodnih prava uživaju strana lica kao i domaća, pod određenim uslovima. Prema Zakonu o autorskim i srodnim pravima autorsko delo stranog autora zaštićeno je u našoj zemlji ukoliko je autor lice koje ima autorska prava na osnovu međunarodnog sporazuma ratifikovanog u našoj zemlji i ukoliko postoji uzajamnost između naše i zemlje kojoj autor pripada.

Strano lice, nosilac koautorskog dela, sa ostalim autorima uživa nacionalni tretman ako je delo nedeljivo, a ukoliko se doprinos svakog autora u stvaranju autorskog dela može odvojiti tj. ukoliko je ono deljivo, svaki autor podleže posebnom režimu zaštite. Režimom zaštite autorskih prava obuhvaćena su i pravna lica u kontekstu kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava.

Autorska prava stranaca po osnovu međunarodnih izvora normi - Sporazumevanje država na širem nivou u materiji autorskih prava vezuje se za 19. vek i za usvajanje **Bernske konvencije o zaštiti književnih i umetničkih dela (1886.)**. Konvenciju je prihvatio veliki broj zemalja, te se ona smatra svetskom konvencijom čiji režim zaštite uživaju autori:

1. državljani drugih država Unije za njihova dela objavljena ili neobjavljena;
2. autori koji nisu državljani država Unije za dela koja su prvi put objavili u nekoj od tih država, ili istovremeno u nekoj od njih i državi koja nije članica Unije;
3. autori koji nisu državljani država Unije, ako imaju redovno boravište u jednoj od država Bernske Unije.

Rok zaštite autora utvrđen konvencijom odnosi se na vreme trajanja života i 50 godina posle smrti.

Svetska konvencija o autorskom pravu – Pod okriljem UNESCO-a u materiji autorskog prava donešena je **Univerzalna konvencija o autorskom pravu (1952.)**, potvrđena i u našoj zemlji.

Srbija se nalazi u procesu prilagođavanja međunarodni standardima, postavljenim posebno TRIPS Sporazumom (Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine) što je uslov pristupa Svetskoj trgovinskoj organizaciji i porodici zemalja EU.

VI Odeljak

Glava I Međunarodna nadležnost (pojam i značaj)

Pod nadležnošću se podrazumeva krug poslova jednog suda, koja se prema strankama ispoljava kao dužnost suda da postupi u određenoj stvari (da raspravlja po tužbi). Nadležnost može biti :

- STVARNA** (sastoji se u raspodeli sporova na razne prvostepene sudove iste vrste), zatim
- MESNA** (koja određuje koji će od stvarno nadležnih sudova suditi po određenom pitanju)
- FUNKCIONALNA** (njome se određuje krug poslova sudova raznih stepena o istom, dakle po tužbi, žalbi i reviziji), dodaje se i
- **MEĐUNARODNA** (kao posebna vrsta nadležnosti)

Sukob nadležnosti - Postoji pozitivan i negativan sukob nadležnosti. Pozitivan sukob postoji ukoliko 2 ili više sudova smatraju da su nadležni da raspravljaju. Negativan sukob bi postojao ukoliko nijedan od sudova ne bi smatrao da je on nadležan da sudi po određenom zahtevu. Do pozitivnog sukoba ne dolazi unutar jednog pravosuđa, zbog pravila o litispendenciji (isključuje se mogućnost vođenja dve parnice o istom i između istih stranaka). Za negativan sukob nadležnosti svako pravosuđe propisuje procedure njegovog rešavanja npr. kod nas o njemu odlučuje neposredno Viši sud ili Vrhovni kasacioni sud.

***Pojam međunarodne nadležnosti**— kada želimo da ostvarimo ili zaštitimo pravo iz odnosa sa elementom inostranosti prvo pitanje koje se postavlja je kojim ćemo se organima (tačnije, organima koje države) obratiti.

Pitanje međunarodne sudske nadležnosti je najvažnije pitanje u problematici međunarodne nadležnosti. Pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova postavljaju granice jednog pravosuđa, određuje onaj krug situacija u kojima jedno pravosuđe ima pravo i dužnost da postupa. Svaka država ima svoja pravila o međunarodnoj nadležnosti, i zakonodavac vodi računa pre svega o interesima svoje države i nastoji da pravilima o međunarodnoj nadležnosti obuhvati one sporove za čije je rešavanje domaća država zainteresovana, ali vodi računa i o obzirima međunarodne saradnje pravnih sistema, i o legitimnim interesima stranih država.

U jednom sporu sa elementom inostranosti možemo se obratiti samo pravosuđu one države čije norme o međunarodnoj sudskoj nadležnosti predviđaju nadležnost svojih sudova za taj slučaj!

Moguća je situacija da zakonodavstva više država dozvoljavaju nadležnost svog pravosuđa u istom slučaju (tada se pojavljuje pozitivan sukob nadležnosti ili konkurencija nadležnosti). U ovakvom slučaju tužilac ima mogućnost izbora da se opredeli za sud jedne od zemalja kome će se obratiti i tada kažemo da postoji pojava **KONKURENTNE NADLEŽNOSTI**.

Prilikom ocene svoje međunarodne, stvarne i mesne nadležnosti svaki sud polazi, uvek, od propisa svoje zemlje, primenjuje sopstveno pravo (lex fori).

Značaj - Zbog različitog značaja međunarodne u odnosu na druge, pre svega na mesnu nadležnost, različita su i pravila koja regulišu dužnost suda da pazi na svoju nadležnost. Sud na svoju međunarodnu nadležnost pazi po službenoj dužnosti (ex officio) u toku celog postupka. A o mesnoj nadležnosti vodi računa samo po prigovoru stranke, i samo do određene faze u toku trajanja postupka. Ne može se oglasiti nenadležnim posle zaključenja pripremnog ročišta, mesno nadležan sud, kao i stvarno nenadležan Viši sud koji je „prisvojio“ predmet koji spada u stvarnu nadležnost osnovnog suda.

Razlike između međunarodne nadležnosti i mesne:

1. Međunarodna nadležnost razgraničenje kompetencija pravosuđa država
2. Mesna nadležnost određuje koji će sud biti teritorijalno nadležan unutar iste države.
3. Od međunarodne nadležnosti zavisi ishod spora, dok od mesne ne.
4. Kod međunarodne sud pazi ex officio, dok kod mesne ne, već po prigovoru stranke i do određene faze postupka (osim ukoliko je isključiva mesna nadležnost u pitanju).

Kriterijumi zasnivanja međunarodne nadležnosti – Za razliku od kolizionih normi koje mogu biti jednostrane ili višestranne, norme o međunarodnoj nadležnosti uvek su jednostrane. Naše norme o nadležnosti odgovaraju samo na pitanje da li je nadležan domaći (srpski) sud. Ukoliko je odgovor negativan, one ne ukazuju na to čiji je sud nadležan već staju na konstataciji nenadležnosti domaćeg pravosuđa.

Načelno, države su potpuno suverene pri određivanju granica međunarodne nadležnosti svojih organa.

Najčešće korišćeni kriterijumi zasnivanja nadležnosti su prebivalište, odnosno sedište pravnih lica (forum domicili) i redovno boravište. Državljanstvo se smatra relativno neadekvatnim osnovom nadležnosti te se stoga i ne koristi za njeno zasnivanje, sem izuzetno (npr. ZMPP dozvoljava zasnivanje nadležnosti domaćeg suda po zajedničkom srpskom državljanstvu tužioca i tuženog).

Takođe, kao osnov nadležnosti javljaju se mesto nalaženja stvari, kako pokretne, tako i nepokretne (forum rei sitae), mesto zaključenja pravnog posla (forum loci contactus), mesto izvršenja pravnog posla (forum loci solutionis) i mesto delikta (forum delicti commissi).

Pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova

Direktna i indirektna međunarodna nadležnost

Kriterijum podele: trenutak ocene i svrha zasnivanja

Prema trenutku ocene: direktna nadležnost se ceni u trenutku (meritornog) odlučivanja, a indirektna u trenutku odlučivanja o zahtevu za priznanje strane sudske odluke

Primenom pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti rešava se da li je jedno pravosuđe uopšte nadležno, ima li pravo i dužnost da postupi u jednoj stvari. Direktna nadležnost utvrđuje se prilikom pokretanja postupka.

Primena pravila o indirektnoj nadležnosti dolazi u obzir kasnije, nakon donošenja pravosnažne odluke, kada se postavlja pitanje dejstva te odluke u nekoj drugoj državi. Tada će se primeniti norme o indirektnoj nadležnosti TE DRUGE DRŽAVE u kojoj se traži priznanje sudske odluke da bi se utvrdilo da li je pravosuđe koje je donelo odluku, bilo nadležno za donošenje odluke.

Srpska pravila o direktnoj nadležnosti određuju **mogu li srpski sudovi da postupaju u jednoj stvari**, a pravila o indirektnoj nadležnosti **određuju možemo li prihvatiti nadležnost stranog suda koji je već doneo odluku, a koju treba priznati kod nas**.

Primer 1:

A (državljanin Francuske sa prebivalištem u Parizu) je podneo tužbu protiv B (državljanina Srbije sa prebivalištem u Beogradu) pred Prvim osnovnim sudom u Beogradu kojim traži da se B obaveže da vrati knjigu Droit international

privé autora Pjera Majera, koju mu je A pozajmio prilikom boravka u Beogradu na Erasmus razmeni. Da bi znao da li može da postupa u ovoj stvari, Prvi osnovni sud mora da utvrdi da li ima direktnu međunarodnu nadležnost.

Primer 2:

Sud u Parizu doneo je odluku kojom B (državljanina Srbije sa prebivalištem u Beogradu) obavezuje da vrati A (državljaninu Francuske sa prebivalištem u Parizu) knjigu Droit international privé autora Pjera Majera, koju mu je A pozajmio prilikom boravka u Beogradu na Erasmus razmeni. A traži priznanje te odluke u Srbiji. Da bi sud u Srbiji odlučio da li može da prizna ovu odluku, mora (između ostalog) da utvrdi da li je francuski sud bio nadležan da je donese. Srpski sud utvrđuje da li je francuski sud bio nadležan da odlučuje pomoću pravila o indirektnoj nadležnosti.

Pravila o direktnoj nadležnosti obuhvataju pravila o opštoj, posebnoj i ugovorenoj nadležnosti.

U primeru 1, sud Republike Srbije će biti **direktno međunarodno nadležan ukoliko B ima prebivalište u Srbiji** (opšta nadležnost, čl. 46 ZMPP), **ukoliko se u Srbiji nalazi sporna knjiga** (posebna nadležnost, čl. 54 ZMPP) ili **ukoliko su A i B zaključili punovažan sporazum o nadležnosti suda Republike Srbije**.

U formulisanju pravila o indirektnoj nadležnosti načelno su moguća tri pristupa:

1. **Sud koji je doneo odluku će se smatrati nadležnim onda kada je valjano zasnovao svoju nadležnost prema sopstvenim pravilima (o direktnoj nadležnosti).** U primeru 2, francuski sud bi se, primenom ovog načina formulisanja pravila o indirektnoj nadležnosti, smatrao nadležnim ako je ispravno primenio pravila o nadležnosti sadržana u Građanskom zakoniku ili Zakoniku o građanskom postupku.
2. **Sud koji je doneo odluku će se smatrati nadležnim onda kada bi, u simetričnoj situaciji, za meritorno odlučivanje bio nadležan sud države u kojoj se traži priznanje.** U primeru 2, francuski sud bi se, primenom ovog načina formulisanja pravila o indirektnoj nadležnosti, smatrao nadležnim ako bi sud Republike Srbije mogao da postupa u stvari gde je tužilac domaći državljanin sa prebivalištem u Srbiji a tuženi stranac sa prebivalištem u inostranstvu i gde se predmet koji se tužbom traži nalazi u inostranstvu. (sistem ogledala)
3. **Pravo države priznanja propisuje posebno pravila o indirektnoj nadležnosti (ne utvrđuje se ni da li su pravila o direktnoj nadležnosti prava države suda koji je doneo odluku ispravno primenjena ni da li bi u simetričnoj situaciji bio direktno nadležan sud države u kojoj se traži priznanje).**

Opredeljenje srpskog prava: pristup 3

Suština rešenja ZMPP: smatraće se da je strani sud bio nadležan za donošenje odluke koja je predmet priznanja UVEK, OSIM KADA BI ZA ODLUČIVANJE U TOJ STVARI BIO ISKLJUČIVO NADLEŽAN SUD REPUBLIKE SRBIJE (vid. čl. 89 ZMPP)

Ocena ovog pravila: podstiče priznanje, a efikasno brani interese domaćeg pravnog sistema

Izuzetak od pravila da jedino isključiva nadležnost srpskog suda onemogućava zaključak da je strani sud bio nadležan: u bračnim sporovima, kada tuženi traži priznanje, ili kada tužilac traži priznanje a tužilac se ne protivi! Obrati pažnju može biti na testu!

Ratio izuzetka: isključiva nadležnost u bračnom sporu štiti tuženog – domaćeg državljanina sa prebivalištem u RS. Ako on ne želi da koristi privilegiju isključive nadležnosti suda RS (tako što traži priznanje strane odluke ili mu se ne protivi), dozvolice se priznanje.

Isključiva i konkurentna međunarodna nadležnost

Isključiva nadležnost pravosuđa jedne zemlje isključuje nadležnost sudova drugih država. U slučajevima kada je, po našim propisima, isključivo nadležno srpsko pravosuđe, ne dozvoljavamo da strano pravosuđe postupa, a ako bi i postupalo i donelo odluku, takva odluka se u Srbiji ne može priznati. Drugo, u stvarima koje su isključivo rezervisane za domaće pravosuđe ne bi mogle ni stranke da ugovore nadležnost sudova neke strane države. Treće, u stvarima u kojima postoji isključiva nadležnost srpskog suda odbiće se i prigovor međunarodne litispendencije. Četvrto, u postupcima u kojima je naš sud isključivo nadležan vrlo često je merodavno srpsko pravo.

Na osnovu člana 26 ZPP-a, iz pravila o isključivoj mesnoj nadležnosti ne možemo izvlačiti zaključak o postojanju isključive međunarodne nadležnosti. – Poznićev stav

Isključiva nadležnost se predviđa *izuzetno*, u slučajevima kada jedan pravni odnos ima veoma snažne kontakte sa domaćim pravosuđem i postoji interes da se raspravljanje tih odnosa rezerviše za domaće sudove. U ZMPP predviđena je isključiva nadležnost srpskog pravosuđa u sledećim slučajevima:

1. ako je reč o stvarnopravnim sporovima na nekretninama (da se nekretnina nalazi u RS);
2. u bračnim sporovima (tuženik lex nationalis RS i da ima domicil u RS);
3. u sporovima radi utvrđivanja i osporavanja očinstva i materinstva (dete da ima državljanstvo RS i da ima prebivalište/boravište u RS);
4. u postupcima za raspravljanje nepokretne zaostavštine koja se nalazi u Srbiji;
5. u sporovima o čuvanju, vaspitanju i podizanju deteta (tuženi i dete imaju lex nationalis RS i imaju domicil u RS);
6. u postupku radi davanja dozvole maloletniku da stupi u brak (oba verenika maloletnika lex nationalis RS, a ako se sam brak zaključuje u RS, onda je dovoljno da maloletnik ima lex nationalis RS);
7. u postupku proglašenja nestalog srpskog državljanina za umrlog.

Pored ovih normi o isključivoj nadležnosti naših sudova, ZMPP sadrži i dva pravila o isključivoj nadležnosti drugih srpskih organa i to:

1. U postupku u kojem se odlučuje u usvojenju ili o prestanku usvojenja lica koje je državljanin RS i u njoj ima prebivalište (član 74 ZMPP).
2. U postupku u vezi sa starateljstvom nad državljaninom RS (član 75.)

U ostalim slučajevima za koje se predviđa direktna nadležnost domaćeg pravosuđa reč je o KONKURENTNOJ (elektivnoj, alternativnoj) nadležnosti. To znači da postoji osnov za nadležnost domaćeg pravosuđa, ali time ne isključujemo nadležnost drugog pravosuđa – sto znači da nećemo odbiti priznanje odluke stranog suda, da je moguća prorogacija nadležnosti i da će se usvojiti prigovor međunarodne litispendencije. Konkurentna nadležnost vodi pojavi forum shopping-a odnosno stvara podsticaj za tužioca da, među konkurentnim forumima, izabere onaj čija mu procesna i koliziona pravila najviše odgovaraju.

RELATIVNA ISKLJUČIVA NADLEŽNOST-

Član 17. Zakon o stranim ulaganjima: Sporovi koji proističu iz stranih ulaganja može da rešava samo domaći sud – ali se stranke mogu dogovoriti da spor povere nekoj domaćoj ili stranoj arbitraži. Relativna isključiva međunarodna nadležnost predstavlja norme koje su bliske pravilima o isključivoj međunarodnoj sudskoj nadležnosti po tome što postavljaju pravila prema kojem može da odlučuje samo domaći, a nikako strani sud – **ali pri tome ne idu do kraja, jer dozvoljavaju da spor reše drugi ne – sudski organi, odnosno arbitraže.** Napred navedena pravila predstavljaju sui generis pravila.

Opšta i posebna međunarodna nadležnost

Opšta međunarodna nadležnost je nadležnost jednog pravosuđa za sve vrste sporova i drugih postupaka. Najčešći osnov za zasnivanje opšte nadležnosti jeste **prebivalište (odnosno uobičajeno boravište ili sedište) tuženog na određenoj teritoriji.**

Oslonac za opštu međunarodnu sudsku nadležnost je veza sa tuženim, ostvarena preko njegovog prebivališta (za pravna lica –sedišta), a u nekim slučajevima i boravišta. Ako u parnici ima više tuženih koji imaju svojstvo materijalnih suparničara, dovoljno je da samo jedno od njih ima prebivalište (odnosno sedište) u Srbiji, da bi srpski sud zasnovao nadležnost za sve njih. Kada je reč o pravnim licima, umesto domicila koji ona nemaju, relevantno je njihovo sedište.

Kada je reč o fizičkim licima, pored prebivališta, često se kao baza za opštu nadležnost javlja i boravište tuženog. Međutim, boravište ne predstavlja osnovu za međunarodnu nadležnost bez nekih dodatnih uslova. U našem pravu razlikuju se 2 situacije u kojima se boravište može javiti kao osnova za opštu međunarodnu sudsku nadležnost:

1. ako tuženi nema prebivalište ni kod nas ni u nekoj drugoj državi, pa se nameće potreba za nekim alternativnim rešenjem u povezivanju sa pravosuđem;
2. ako tuženi negde ima prebivalište, ali je tada potrebno da postoji i neka druga veza između spora i domaće teritorije. ZMPP traži da u tom slučaju obe parnične stranke budu državljani Srbije.

Član 48. ZMPP - Retorziona nadležnost – Norme domaćeg ZMPP utvrđuju osnove zasnivanja opšte nadležnosti naših sudova. Izuzetno, domaće pravosuđe može da zasniva nadležnost prema kriterijumima stranog prava i da na taj način proširi domašaj opšte nadležnosti u predmetima sa elementom inostranosti. U tom slučaju, domaći sud zasniva retorzionu nadležnost koju naš zakonodavac posebno reguliše kao oblik ispoljavanja opšte nadležnosti za sve sporove u parničnom i vanparničnom postupku. Razlog pozivanja sudova na kriterijume stranog prava tj. osnova retorzione nadležnosti, istorijski se vezuje za primenu retorzije kao odgovor na član 14. Francuskog Code Civil-a prema kome je za zasnivanje nadležnosti dovoljno da je tužilac domaći državljanin.

Posebna međunarodna sudska nadležnost - Za tačno određene vrste sporova zakonom je predviđena posebna sudska nadležnost. Pravila posebne sudske nadležnosti, kao osnove za njeno zasnivanje utvrđuju povezanost spora, odnosno predmeta, sa teritorijom suda, za razliku od opšte nadležnosti koja se bazira na vezi sa subjektom tj. sa tuženim licem.

Zakonodavac je posebnu nadležnost srpskog pravosuđa predvideo za pojedine vrste sporova iz oblasti statusnog, porodičnog, naslednog i imovinskog prava.

Naš ZMPP je u **bračnim sporovima između supružnika domaćih državljana** predvideo da je za nadležnost srpskog suda dovoljno:

- da su oba bračna druga domaći državljani;

- da je tužilac domaći državljanin, ali ima i prebivalište u RS;
- bez obzira na državljanstvo bračnih drugova, da su supružnici imali svoje poslednje zajedničko prebivalište u našoj zemlji, i ako u vreme podnošenja tužbe tužilac ima prebivalište ili bakar boravište na teritoriji RS.

Dovoljana osnova za nadležnost našeg pravosuđa je poslednje zajedničko prebivalište bračnih drugova (koji su strani državljanin i u vreme podizanja tužbe nemaju prebivalište u RS) ili je dovoljna baza samo prebivalište tužioca, ali samo ako tuženi pristaje da sudi srpski sud, a nadležnost našeg suda je dopuštena prema propisima zemlje o čijim je državljanima reč.

U sporovima za razvod braka, za nadležnost našeg pravosuđa, dovoljno je da samo tužilac bude domaći državljanin i to bez obzira na to da li neko strano pravo dozvoljava nadležnost našeg suda. Međutim, ovo je dozvoljeno samo ako pravo države, čiji bi sud inače bio nadležan, ne poznaje ustanovu razvoda. U tom slučaju princip slobode ličnosti i razrešivosti braka dobija primat ispred obzira saradnje pravnih poredaka.

Pravila o posebnoj međunarodnoj nadležnosti predviđena su i normom koja kaže da će naši sudovi biti nadležni u sporovima o **vanugovornoj odgovornosti za štetu, ako je šteta nastala na teritoriji RS.**

Prema ZMPP, naši sudovi će biti nadležni u sporovima o imovinskopравnim zahtevima, ako se na domaćoj teritoriji nalazi imovina tuženika, ili pak predmet koji se tužbom traži (*egzorbitantna nadležnost*). Imovinskopравni zahtev ne mora se odnositi na imovinu tuženika u Srbiji, niti mora postojati ikakva srazmera između vrednosti te imovine i visine tužbenog zahteva.

Zakonski i sporazumno određena međunarodna nadležnost

U našem pravu postoje odredbe kako o sporazumu kojim stranke utvrđuju nadležnost stranog suda (prorogacija strane nadležnosti), tako i o sporazumu o nadležnosti srpskog suda (prorogacija domaće nadležnosti).

Prorogacija nadležnosti je sporazum stranaka kojim one određuju sud neke zemlje koji će odlučivati o nekoj njihovoj pravnoj stvari.

Ugovaranje nadležnosti suda u sporovima sa elementom inostranosti može biti *izričito* ili *prećutno*. Sporazum o međunarodnoj nadležnosti može biti zaključen **posle nastanka spora u vidu posebnog pismena (prorogacionog ugovora)**, ili **pre nastanka spora još u momentu zaključenja ugovora o osnovnom poslu** u vidu **klauzule u ugovoru**, kojom se svi sporovi koji mogu nastati iz tog ugovora poveravaju sudu određene zemlje.

Naš ZMPP prihvata da nadležnost stranog suda može biti ugovorena samo ako se radi o mešovitom sporu, odnosno ukoliko je jedna od stranaka strani državljanin ili strano pravno lice. Mogućnost prorogacije nadležnosti zakonodavac temelji na prisustvu elementa inostranosti u subjektu (strani državljanin, apatridi i izbeglice). **Na ovu kategoriju lica primenjuje se opšte pravilo da državljanstvo zamenjuje domicil.** Kada su stranke pravna lica, sedište jedne od stranaka u inostranstvu predstavlja bitnu okolnost za punovažnost sporazuma o sudskoj nadležnosti.

Iz okvira prorogiranja nadležnosti izuzimaju se sporovi za koje je domaće pravosuđe isključivo nadležno. Ne postoji mogućnost ugovaranja nadležnosti u sporovima iz bračnih, porodičnih ili statusnih odnosa. Takođe, isključeno je derogiranje nadležnosti domaćeg suda u naslednim, stvarnopravnim i bračnoimovinskim sporovima povodom nepokretnosti u našoj zemlji. Dakle, predmet prorogacije mogu biti obligacionopravna dejstva ugovora i sporovi povodom njih.

REKAPITULACIJA: Uslovi za valjanost prorogacionog sporazuma

1. Jedna od stranaka mora da bude srpski državljanin ili pravno lice sa sedištem u Srbiji
2. Predmet spora **ne sme da se tiče bračnih, porodičnih i statusnih odnosa**

Uslovi za valjano derogiranje nadležnosti suda Republike Srbije

1. Jedna od stranaka mora da bude strani državljanin ili pravno lice sa sedištem u inostranstvu
2. Predmet spora ne sme da se tiče bračnih, porodičnih i statusnih odnosa
3. Sporazum o nadležnosti stranog suda ne sme da se odnosi na spor za koji postoji isključiva nadležnost suda Republike Srbije

Primer 1

A (državljanin Srbije sa prebivalištem u Beogradu) i B (državljanin Francuske sa prebivalištem u Parizu) zaključili su ugovor o prodaji 100 srpsko-francuskih rečnika. Ugovor sadrži klauzulu koja glasi: "Svi sporovi iz ovog ugovora ili u vezi sa njim rešavaće se pred stvarno nadležnim sudom u Beogradu". Među stranama izbije spor iz ugovora i A tuži B pred Prvim osnovnim sudom u Beogradu. B ističe prigovor međunarodne nenadležnosti. **Da bi odlučio o prigovoru, sud mora da utvrdi da li je sporazum o prorogaciji nadležnosti valjan.**

Primer 2

A (državljanin Srbije sa prebivalištem u Beogradu) i B (državljanin Francuske sa prebivalištem u Parizu) zaključili su ugovor o prodaji 100 srpsko-francuskih rečnika. Ugovor sadrži klauzulu koja glasi: "Svi sporovi iz ovog ugovora ili u vezi sa njim rešavaće se pred stvarno nadležnim sudom u Parizu". Među stranama izbije spor iz ugovora i, u želji da izbegne poteškoće u pogledu izvršenja odluke, B tuži A pred Prvim osnovnim sudom u Beogradu. A ističe prigovor međunarodne nenadležnosti zbog postojanja prorogacionog sporazuma u ugovoru o prodaji rečnika. **Da bi odlučio o prigovoru, sud mora da utvrdi da li je nadležnost suda Republike Srbije valjano derogirana.**

Prorogacioni sporazum je posao sui generis što znači da on ne deli sudbinu glavnog ugovora. O postojanju prorogacionog sporazuma sud vodi računa samo po prigovoru stranaka.

Prećutno određivanje nadležnosti ugovornog foruma pretpostavlja određene radnje tuženog iz kojih se može izvesti zaključak da prihvata nadležnost suda, npr. ukoliko je tuženi dao odgovor na tužbu ili se upustio u raspravljanje na ročištu.

VAŽNA NAPOMENA: kao jedan od uslova za valjano derogiranje nadležnosti suda Republike Srbije ZMPP ne traži da je prorogacioni sporazum zaključen u korist stranog suda merodavan po pravu države kojoj taj sud pripada. Ali, ima smisla uzeti u obzir i taj uslov da bi se izbegao negativan sukob nadležnosti (situacija u kojoj bi nadležnost suda RS bila valjano derogirana (usled čega sud RS ne bi mogao da postupa) a nadležnost stranog suda ne bi bila valjano prorogirana (usled čega ugovoreni sud ne bi mogao da postupa))

Forma prorogacionog sporazuma: pisana

Razlikovanje prorogacionog sporazuma i prorogacione klauzule

O postojanju prorogacionog sporazuma se vodi računa samo po prigovoru stranke

Forum non conveniens – Forum shopping predstavlja racionalni podsticaj za tužioca. Logično je da tužilac bira onu jurisdikciju, odnosno ono pravo čija mu procesna i koliziona pravila pružaju najviše izgleda za uspeh. Sudovi kontinentalnih zemalja nemoćni su pred Forum shopping-om.

Kontinentalno pravo:

Ako je pokrenut postupak pred sudom kontinentalnog prava i postoji odgovarajući osnov za zasnivanje nadležnosti, sud mora da vodi postupak.

Anglosaksonsko pravo:

U anglosaksonskim zemljama, a naročito u SAD, od ovoga se može odstupiti pozivanjem na Forum non conveniens, odnosno konstatovanjem da, iako postoji nadležnost postupajućeg suda, neka druga jurisdikcija predstavlja mnogo prikladnije i prirodnije mesto da se spor reši.

Poznat je slučaj Union Carbide američke multinacionalne kompanije koja proizvodi pesticide, koja je sagradila fabriku u Indiji kod grada Bopal. Došlo je do havarije i nastala je velika šteta po zdravlje ljudi i okolinu, hiljade ljudi je umrlo. Američki advokati su pohrlili u Indiju kako bi od oštećenih uzeli što više punomoćja, kako bi tužili kompaniju u opštem forumu - SAD, te od kompanije naplatili ogromnu odštetu. Parnice su konsolidovane pred sudom u Njujorku. Nakon što je utvrđen pozamašan iznos naknade za štetu koje nastala, dolazi do obrta, sud opšteg foruma se oglasio nenadležnim na osnovu pravila Forum non conveniens, spasivši kompaniju od bankrotstva i prepustio je slučaj indijskim sudovima. Američki sud je procenio da je Indija pogodnije mesto za raspravljanje spora, obzirom da se tamo dogodila nesreća, tamo nalaze svedoci, oštećeni, dokazi kao i da bi sledstveno tome postupak u SAD bio poprilično neekonomičan.

Forum non conveniens počeo je da trpi oštre kritike i etiketiranje da predstavlja puko sredstvo za spašavanje američkih multinacionalnih kompanija. Osim u Engleskoj, evropski sudovi ne poznaju doktrinu Forum non conveniens. Ako je zakonodavac izvršio vrednovanje pogodnih osnova za zasnivanje nadležnosti, nije na sudovima da preispituju adekvatnost i ekonomičnost takvog rešenja, naročito ako se u obzir uzmu primedbe da bi odbijanje nadležnosti bilo u suprotnosti sa pravom na pravično suđenje, a samim tim i na efikasan pristup sudu, koji garantuje Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Sa druge strane naši tužioci moraju biti spremni in a mogućnost da im tužba bude odbačena bez obzira na to što su zadovoljili američke ili engleske norme o nadležnosti.

Nekoliko primera normi o međunarodnoj nadležnosti srpskog prava

Stvarnopravni odnosi - Za revindikaciju i druge svojinske tužbe, kao i za tužbe povodom smetanja poseda na neprektnostima koje se nalaze u RS – **Nadležnost suda RS je ISKLJUČIVA.**

U sporovima zbog smetanja poseda na pokretnostima – Nadležnost suda RS je konkurentna:

- može biti nadležan po opštem forumu (ako tuženi ima domicil u RS), na osnovu prećutne prorogacije,
- a i u slučaju kada je na teritoriji RS nastalo smetanje. Sudbina rešenja kojim se postupak okončava izjednačena je sa sudbinom svih drugih meritornih odluka.

Bračno imovinski odnosi – ako se sporna imovina nalazi u RS i sastoji se od nepokretnosti – nadležnost domaćeg suda je isključiva. A ako se sastoji od pokretnosti lociranih u RS, nadležnost je konkurentna i postoji:

- ili ako je opšti forum vezan za RS,
- ili ako je u RS prebivalište ili boravište tužioca u vreme podnošenja tužbe.

A ako se imovina nalazi u više zemalja, a delom u RS domaći sud će biti nadležan u pogledu imovine koja se nalazi u inostranstvu samo ako odlučuje i o imovini koja se nalazi u RS. Traži se još jedan uslov a to je da tuženi pristane na ovo proširenje nadležnosti suda RS. Tuženi ovaj pristanak može dati i tako što se upusti u spor, bez isticanja prigovora nenadležnosti.

Sporovi o zakonskom izdržavanju – u sporovima u pogledu zakonskog izdržavanja dece nadležnost srpskog suda je konkurentna i postoji po opštem forumu, ali još u nekoliko situacija:

- kada tužbu podnosi dete koje ima prebivalište u RS (ako je maloletno mora imati državljanstvo)
- kao i u slučaju kada tuženi i tužilac imaju srpsko državljanstvo.

Ako se nadležnost ne može zasnivati na ovih nekoliko načina, ona će ipak postojati ako je tužilac naš državljanin ili ma prebivalište u RS, kao i u slučaju posebnog foruma imovine - ako tuženi ima imovinu u RS iz koje se može naplatiti izdržavanje.

Rasprava zaostavštine: Vanparnični postupak je postupak u kome se raspravlja zaostavština vodiče se isključivo u RS. Ukoliko je ostavilac državljanin RS koji je umro ostavivši nepokretnu imovinu u inostranstvu, naš sud može raspravljati o istoj, ukoliko se strani sud oglasi nenadležnim.

Za pokretne stvari nadležnost suda je konkurentna. Ako je ostavilac bio stranac nadležnost srpskog suda za pokretnu imovinu postoji, ali će se naš sud oglasiti nenadležnim ukoliko u državi čije državljanstvo ima ostavilac njen sud nije nadležan da raspravlja tamo locirane pokretnosti preminulog državljanina RS. (forum reciprocum).

Delikti: nadležnost je konkurentna i može se bazirati na domicile tuženog ili je *prorogation tacita* ili se bazira na mestu nastanka štete.

Ugovorni odnosi: elektivni sporovi i nadležnost se može zasnovati po više osnova (forum domicilii, forum imovine, mesta nalaženja stvari koje se tužbom traži, forum contractus i za spoljnotrgovinske odnose forum solutionis).

Za **spoljnotrgovinske odnose** važi i *forum zastupništva* ili *predstavništva*.

Rešavanje pozitivnog sukoba međunarodne nadležnosti - Međunarodna litispendencija

LITISPENDENCIJA - postojanje parničnog postupka koji se **između istih stranaka i po istom tužbenom zahtevu** (na osnovu istog činjeničnog stanja) već vodi pred parničnim sudom.

Najčešći oblik međunarodne sudske nadležnosti je konkurentna (elektivna) nadležnost. To znači da mogućnost obraćanja sudovima Srbije, ne isključuje mogućnost da se stanke u istom sporu obrate i sudu u nekoj stranoj državi. U situacijama u kojima postoji stvarna mogućnost da se povede parnica u više država, moguće je da strane u sporu preferiraju različite forume. Rezultat toga i forum shopping-a, jeste da se često dešava da se postupak efektivno vodi u više država.

Na području istog pravosuđa, dve pravosnažne odluke donete u istoj stvari automatski se isključuju.

Čim je jedan sud doneo pravosnažnu odluku, ona je res iudicata na području celog pravosuđa.

Na međunarodnom planu stvari stoje nešto drukčije. Pokrenuta parnica u inostranstvu, nije bezuslovno punovažna sudska odluka in statu nascendi, na domaćoj teritoriji. Imajući u vidu da će se strana odluka izjednačiti sa domaćom odlukom, tek ako bude priznata, u teoriji se javlja mišljenje da bi **domaći sud trebalo da obustavi postupak, tek ako utvrdi da bi se mogla priznati odluka, koja će se doneti u postupku koji je u toku u inostranstvu.** (Posledica

usvajanja prigovora međunarodne litispendencije: prekid postupka pred sudom RS (čl. 222 st. 1 t. 7 ZPP u vezi sa čl. 80 ZMPP) – ovo je bilo pitanje na testovima!

Ovakva solucija se nameće kao kompromis, koji miri različite zahteve. Međutim sprovođenje ovog pravila može biti izuzetno teško u praksi.

ZMPP je stao na stanovište da ranije pokrenuta parnica u inostranstvu ima određene procesne efekte. Domaći sud neće odbaciti tužbu, kao u unutrašnjoj litispendenciji, već će prekinuti postupak. ZMPP ne precizira kada i pod kojim uslovima će se postupak nastaviti, no smisao prekida je u tome da se sačeka donošenje strane odluke i otklanjanje neizvesnosti o tome hoće li se ta strana odluka, priznanjem, izjednačiti sa domaćom odlukom. Ako strani sud okonča postupak meritornom odlukom i ona bude priznata u Srbiji, tužbu bi, nakon nastavljanja postupka, trebalo odbaciti, zato što je strana odluka kod nas postala *res iudicata*. Ukoliko se strani postupak ne okonča meritorno ili se meritorna odluka ne prizna u Srbiji, prekinuti postupak bi se nastavio. Ovakav prekid postupka ne sledi, međutim, *ex offio* i bezuslovno. Sud će to učiniti samo na predlog stranke i to bilo koje od stranaka, mada je logično očekivati da će prigovor staviti tuženi.

Da bi sud uvažio prigovor međunarodne litispendencije, potrebno je da su ispunjena tri **dodatna uslova**, koja ne postoje kod unutrašnje litispendencije što ukupno iznosi pet uslova koji MORAJU BITI KUMULATIVNO ispunjeni:

1. da je prvo, ranije, pred stranim sudom pokrenut postupak (dakle ne i parnica);
2. da je u pitanju spor za koji ne postoji isključiva nadležnost srpskih sudova;
3. da između Srbije i zemlje u kojoj je ranije pokrenut postupak postoji uzajamnost. (1,2,3 su Posebni)
4. **da između istih stranaka već teče spor**
5. **da se radi o sporu o istom tužbenom zahetvu (jasnosti radi: 4 i 5 su iz parnice i oni su zajednički)**

1. da je prvo, ranije, pred stranim sudom pokrenut postupak (dakle ne i parnica). ZMPP ne vezuje litispendenciju za momenat početka toka parnice, kako je to za unutrašnju litispendenciju po ZPP, već za momenat pokretanja postupka, koji se po ZPP vezuje za dostavljanje tužbe sudu. Pomenuta dva zakona za različite momente vezuju unutrašnju, odnosno međunarodnu litispendenciju:

prva se po ZPP vezuje za momenat dostavljanja tužbe tuženom,

druga se po ZMPP vezuje za momenat dostavljanja tužbe sudu.

Postavlja se pitanje da li je reč o svesnoj intenciji srpskog zakonodavstva i mišljenja su po tom pitanju različita. (napomena: *Profesor Jovanović u prezentacijama 19.03.2020. godine, pogledati*)

A. Po jednom stavu reč je o redakcijskoj nespretnosti ZMPP, te da se momenat međunarodne litispendencije, kao i unutrašnje ima ceniti po momentu početka toka parnice, a ne postupka.

B. Po drugom stavu, izostanak reference „početak parnice“, predstavlja želju zakonodavca da se efekat zakona proširi i na one postupke koji nisu parnični i u kojima momenat početka parnice ne postoji.

Drugo pitanje koje se postavlja jeste, po čijem se pravu momenat pokretanja postupka utvrđuje, da li samo po domaćem, ili dolazi u obzir i primena stranog procesnog prava. Nesporo je da se izraz pokretanje postupka, kada je reč o tužbi podnetoj srpskom sudu, utvrđuje po *lex fori*, iz čega sledi da je to momenat dostavljanja tužbe sudu. Međutim, kada je reč o stranoj tužbi, isti momenat bi se prosuđivao po standardima tog prava.

To proizilazi iz člana 9 ZMPP (kvalifikacija) - pojmovi stranog prava, imaju se shvatati po smislu, koje im daje to strano pravo. Ovo je jedna od retkih situacija u kojoj na procesna pitanja ne bi trebalo primeniti lex fori.

2. da je u pitanju spor za koji ne postoji isključiva nadležnost srpskih sudova. Isključiva međunarodna nadležnost je smetnja za priznanje i izvršenje stranih odluka, pa je stoga i smetnja za usvajanje prigovora međunarodne litispendencije.

3. da između Srbije i zemlje u kojoj je ranije pokrenut postupak postoji uzajamnost. Uslov uzajamnosti treba smatrati ispunjenim, ukoliko se i u zemlji u kojoj je postupak već u toku, prekida postupak, ako bi u istoj stvari postojala ranije započeta parnica u Srbiji. Uslov uzajamnosti treba shvatiti i kao uzajamnost na terenu priznanja stranih odluka.

Odgovor na pitanje postoji li identitet spora, trebalo bi tražiti u srpskom pravu kao lex fori, a teret dokazivanja da se i pred stranim sudom vodi parnica i da postoji uzajamnost je na licu koje podnosi prigovor, tj. traži prekid postupka. Ovaj prigovor bi se mogao uložiti najkasnije na pripremnom ročištu, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu, pre upuštanja u meritum, a ako se tako ne učini, ima se smatrati da se stranka odrekla prava da traži prekid. U slučaju da se o postojanju međunarodne litispendencije sazna kasnije, u toku postupka, možda bi se moglo razmišljati o mogućnosti da se stranci pruži dopunska mogućnost da traži prekid, čim je saznala za litispendenciju.

Donošenjem rešenja o prekidu (a ne pravosnažnošću tog rešenja) nastupa prekid postupka. Srpski sud bi mogao prekinuti postupak i u slučaju, kada je pred stranim sudom u toku parnica, koja je od prejudicijelnog značaja za srpski postupak.

Brisel I Regulativa

Postupak unifikacije građanskog procesnog prava EU otpočeo je donošenjem Briselske konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima još 1968. godine. Za razliku od, do tada tradicionalnih jednostrukih (single) konvencija, čiji je cilj samo da olakšaju međusobno priznanje odluka, Briselska konvencija je predstavljala tzv. dvostruku (double) konvenciju. Dvostruka znači da se konvencija bavila, ne samo liberalizacijom režima priznanja odluka, već je vršila distribuciju nadležnosti među sudovima država potpisnica. Danas je ta konvencija pretočena u Brisel I Regulativu, nakon što je EU stekla kompetenciju da pitanja građanskog procesnog prava sa elementom inostranosti, reguliše direktno.

Osnovne ideje Brisel I Regulative

Osnovne ideje Brisel I Regulative, ostale su iste u odnosu na Briselsku konvenciju.

- Prva ideja jeste olakšanje, liberalizacija, prometa odluka sudova zemalja članica EU na teritoriji EU u građanskoj i trgovačkoj materiji.
- Glavna prepreka ozbiljnoj liberalizaciji priznanja stranih odluka jeste nemogućnost kontrole načina na koji strana pravosuđa zasnivaju svoju međunarodnu nadležnost. Taj problem se rešava uvođenjem dvostruke konvencije. Ako se taksativno propišu kriterijumi na osnovu kojih sudovi zemalja članica smeju da zasnivaju nadležnost, nestaje potreba za kontrolom tako zasnovane nadležnosti u postupku priznanja. Stoga se režimom Briselske konvencije, a sada i Brisel regulative, direktno raspodeljuje nadležnost sudovima zemalja članica EU.
- Treća ideja jeste jačanje pravne zaštite lica domiciliranih u EU. Protiv svih ostalih tuženika mogu se koristiti i egzorbitantni osnovi nadležnosti. Iz perspektive onih koji žive u EU, ovo je jačanje pravne zaštite, a iz perspektive onih koji ne žive u EU to je diskriminacija.

Pravila o nadležnosti

Crna i bela lista – Dupli standard Brisel Regulative ogleda se najpre u načinu na koji se tretira nadležnost. Prema licima koja imaju domicil u EU, bez obzira čiji su državljani, nadležnost se može zasnovati samo po odredbama Brisel Regulative. Jedino se kriterijumi za zasnivanje nadležnosti iz BR mogu koristiti kada se tuži lice koje ima domicil u EU, **bela lista**. **Aneks I Brisel Regulative** navodi i **crnu listu kriterijuma nadležnosti** sadržanih u nacionalnim zakonodavstvima, koji se eksplicitno zabranjuju protiv tuženika koji imaju domicil u EU. Međutim, ti kriterijumi se mogu koristiti protiv tuženika, koji nemaju domicil u EU.

Opšti forum i posebna nadležnost – **osnovno i glavno pravilo jeste da tuženi koji ima domicil u EU, treba da bude tužen u zemlji u kojoj ima domicil**. On može biti tužen i van zemlje svog domicila, ali samo na osnovu taksativno nabrojanih osnova posebne nadležnosti, koje sadrži Brisel Regulativa. Za utvrđivanje da li fizičko lice ima prebivalište u nekoj od država EU, primenjivaće se pravo te države. **Domicil kompanije određuje se prema statutarnom sedištu, mestu centralne administracije ili glavom mestu poslovanja**.

Brisel Regulativa predviđa i kriterijume posebne nadležnosti, forume u kojima neko može biti tužen i van zemlje svog domicila.

U sporovima iz ugovorih obaveza, može se tužiti u *forum loci solutionis* (mesto izvršenja) sporne obaveze:

- prilikom prodaje robe, to će biti mesto gde je roba isporučena, ili je trebalo da bude isporučena,
- prilikom pružanja usluge, mesto gde je usluga pružena ili je trebalo da bude pružena.

U sporovima iz izdržavanja nadležan će biti sud prebivališta ili uobičajenog boravišta poverioca izdržavanja. Alternativno, zahtevi za izdržavanje moći će da se raspravljaju i pred sudom, koji o izdržavanju odlučuje pored odlučivanja o nekom statusnom pitanju. Za delikte i kvazidelikte biće nadležan forum delicti commissi, što obuhvata i mesto radnje i mesto posledice. Do proširenja opsega nadležnosti može doći i atrakcijom za suparničare, intervenijente i protivtužbu.

Zaštita slabije strane - Brisel I Regulativa poklanja posebnu pažnju zaštiti strane, koja se percipira kao slabija. Kao slabija strana identifikovani su potrošači, zaposleni, osiguranici, korisnici ili držaoci polise osiguranja. Zaštita je dvojaka:

- slabija strana može jaču stranu tužiti i u zemlji sopstvenog domicila
- jača strana protiv slabije ne može koristiti posebne osnove nadležnosti, već je mora tužiti u njenom opštem forumu (zemlji domicila).

Isključiva međunarodna nadležnost - Brisel Regulativa sadrži i norme o isključivoj međunarodnoj nadležnosti sudova zemalja EU. Bez obzira na domicil tuženog, isključivu nadležnost imaće sledeći sudovi:

1. u postupku povodom stvarnih prava na nepokretnosti, isključivo je nadležan forum rei sitae. Da li je neka stvar pokretna ili nepokretna, kvalifikovaće se po lex rei sitae. Međutim ako je zakupac fizičko lice domicilirano u istoj zemlji kao i zakupodavac, a zakup je zaključen za period kraći od 6 meseci, alternativno može biti nadležan sud zemlje domicila tuženog;

2. u postupcima koji se odnose na punovažnost konstituisanja, ništavost, ili prestanak postojanja pravnih lica – forum sedišta pravnog lica. U ovom slučaju se pojam sedišta ceni se prema lex fori; 3. u postupku povodom upisa u javne knjige – forum zemlje u kojoj se knjiga vodi. Pod ovim knjigama se podrazumevaju zemljišne knjige i trgovački registri, ne i knjige fizičkih lica, jer su statusna pitanja fizičkih lica isključena iz domena Brisel Regulative;

4. u postupku koji se tiče registracije punovažnosti raznih oblika industrijske svojine – sud zemlje registracije;

5. u postupcima koji se tiču izvršenja presude – sud zemlje izvršenja.

Prorogacija nadležnosti – Stranačka autonomija ima prvenstvo, te se dozvoljava prorogacija nadležnosti.

- Brisel Regulativa predviđa da se prorogacioni sporazum mora odnositi na sporove iz određenog odnosa. Generalna prorogaciona klauzula je zabranjena.

- Forma može biti: pismena, usmena, ali pismeno potvrđena, u skladu sa praksom ranije uspostavljenom među strankama ili u skladu sa formom uobičajenom u međunarodnom trgovačkom saobraćaju. Zahtev pismene forme je zadovoljen i ako je sporazum nastao razmenom elektronskih dokumenata, uz uslov da je to sačuvano u trajnom mediju, koji omogućava kasniju reprodukciju.

- Ako je barem jedna strana u prorogacionom sporazumu domicilirana u EU, efekat sporazuma je da prorogirani sud automatski postaje nadležan. Svi ostali sudovi moraju se oglasiti nenadležnim, osim ako se stranke drukčije ne dogovore. Ako su obe strane ugovornice domicilirane van EU, a ugovore nadležnost nekog suda u EU, punovažnost takvog sporazuma neće se ceniti po normama Brisel Regulative, već po lex prorogati. Ostali sudovi EU odbiće da raspravljaju taj spor, sve dok prorogirani sud eventualno ne otkloni svoju nadležnost.

- Prorogacija može biti i prećutna. Ako se tuženi upusti u spor bez isticanja prigovora nenadležnosti, smatra se da su stranke prećutno prorogirale nadležnost suda. Prećutnom prorogacijom ne može se derogirati nadležnost suda, koji je po Brisel Regulativi isključivo nadležan.

Litispendencija i povezani zahtevi po Brisel Regulativi

Pravila o litispendenciji Brisel regulative se primenjuju na sve slučajeve litispendencije između sudova različitih članova EU. Cilj je sprečavanje paralelnih postupaka, pred sudovima različitih država članica, bez obzir na koji način su sudovi zasnovali nadležnost. Dakle nije bitan domicil stranaka u sporu, kao ni osnov nadležnosti. Reč je o paralelnim postupcima, koji teku o istoj stvari između istih stranaka. Prednost ima sud pred kojim je postupak ranije otpočeo. Ako je taj sud već utvrdio da je nadležan, svi ostali sudovi odbaciće tužbu i oglasiti se nenadležnim. Ukoliko prvi sud još nije odlučio o nadležnosti, ostali sudovi će prekinuti postupak i sačekati odluku o nadležnosti prvopostupajućeg suda. Ako odluči da je nadležan, ostali sudovi će se oglasiti nenadležnim.

Brisel Regulativa razlikuje litispendenciju, od situacije u kojoj se pred sudovima različitih članica EU vode postupci o povezanim, ali ne i istim pitanjima. Ovde nema identiteta tužbenog zahteva ili stranaka, ali su pitanja u tako bliskoj vezi, da je bolje da o njima odluči jedan sud, nego da se rizikuje nastanak kontradiktornih odluka. U takvim slučajevima, sud pred kojim je postupak prvo počeo da teče nastavlja sa postupkom, a ostali mogu da ih prekinu. Ako je postupak u prvom stepenu, sud pred kojim je postupak kasnije počeo da teče može na predlog jedne od stranaka i da se oglasi nenadležnim, ali samo ako je prvopostupajući sud nadležan za oba pitanja i ako je po pravu prvopostupajućeg suda moguće spajanje postupka.

Glava II Vođenje građanskog postupka u prisustvu elementa inostranosti

Ustanovljavanje nadležnosti

Suštinsko pitanje: da li okolnost da je jedan građanskopravni spor obeležen elementom inostranosti čini postupak njegovog rešavanja drugačijim u odnosu na "čisto" unutrašnji?

Odgovor: samo delimično. Postupak je u osnovi uređen procesnim pravilima prava države suda (lex fori), a specifičnosti postoje samo u pojedinim aspektima i situacijama.

Glavne specifičnosti građanskopravnog postupka sa elementom inostranosti u odnosu na čisto unutrašnji su:

1. Potreba utvrđivanja međunarodne nadležnosti suda
2. Potreba utvrđivanja stranačke, parnične i postulacione sposobnosti stranca
3. Polaganje obezbeđenja za naknadu troškova postupka (aktorska kaucija)
4. Priznavanje tzv. "siromaškog prava" strancu
5. Međunarodna pravna pomoć (biće obrađena na narednom predavanju jer predstavlja zasebnu celinu)

Članom 15 ZPP-a **sud ocenjuje sopstvenu nadležnost prema okolnostima koje su postojale u momentu dostavljanja tužbe sudu**, te predviđa da naknadna promena činjeničnog sklopa neće dovesti do gubitka nadležnosti ukoliko bi, prema izmenjenim činjenicama, bio nadležan drugi redovni sud iste vrste. **To znači da se nadležnost ocenjuje po navodima tužbe i stanju poznatom sudu u momentu kada mu je tužba dostavljena.**

Član 81. ZMPP-a predviđa da je za ocenu nadležnosti domaćeg pravosuđa merodavan momenat kada je parnica počela da teče, **dakle momenat dostavljanja tužbe tuženome**. Iz ovakve zakonske odredbe proizilaze tri zaključka:

1. Zakon eksplicitno reguliše samo pitanje momenta merodavnog za ocenu nadležnosti naših sudova;
2. ZMPP predviđa kao relevantan momenat koji je različit od onoga za koji ZPP vezuje ocenu interne nadležnosti-početak toka postupka, a ne momenat pokretanja parnice;
3. Zakon ništa ne kaže eksplicitno o ustaljivanju međunarodne nadležnosti.

Primer:

A, državljanin Srbije sa prebivalištem u Beču, podnosi tužbu Prvom osnovnom sudu u Beogradu za naknadu štete protiv B, državljanina Austrije koji u trenutku prijema tužbe ima prebivalište u Beogradu (prebivalište tuženog u Srbiji - sud Republike Srbije ima opštu međunarodnu nadležnost). Ubrzo nakon prvog ročišta, B gubi prebivalište u Beogradu jer se odselio u Beč. Na drugom ročištu B ističe prigovor međunarodne nenadležnosti suda u Beogradu. Odluka suda: **pošto je tuženi u trenutku dostavljanja tužbe na odgovor imao prebivalište u Republici Srbiji, Prvi osnovni sud ima opštu međunarodnu nadležnost i prigovor se odbija.**

Logička posledica izloženog dejstva čl. 81: "okamenjivanje" (perpetuacija) međunarodne nadležnosti = ako je međunarodna nadležnost (bilo opšta bilo posebna) postojala u trenutku koji je kritičan za njenu ocenu (kod nas: početak toka parnice), ona opstaje bez obzira na eventualne promene relevantnih činjenica tokom trajanja parnice

Perpetuatio fori služi da bi se sprečile manipulacije u vezi sa nadležnošću, do kojih dolazi usled činjenice da su osnovne nadležnosti, često varijabilne tačke vezivanja.

Dakle, relevantan momenat za ocenu postojanja međunarodne nadležnosti je momenat dostavljanja tužbe tuženome, kako piše i u ZMPP. Sud ex offo ocenjuje da je nadležan međunarodno, a prema činjeničnom stanju koje je postojalo u momentu dostavljanja tužbe tuženome.

Samo ako se uzme član 81. ZMPP u sebi sadrži i pravilo o ustanovljivanju međunarodne nadležnosti, a ne samo pravilo o momentu relevantnom za procenu postojanja nadležnosti, on ima pun smisao. Zbog toga treba smatrati da ga on i sadrži – ukoliko u momentu dostavljanja tužbe tuženome bude uspostavljena nadležnost srpskog suda, naknadna izmena činjenica neće uticati na njen gubitak. Dakle, nadležnost se okamenjuje.

Međutim, sud RS bi mogao da nastavi postupak čak i u slučaju da je inicijalno pogrešno procenio da je nadležan, ali kasnija izmena činjenica zaista dovede do njegove nadležnosti.

Parnična i stranačka sposobnost stranaca

Pod stranačkom sposobnošću podrazumeva se sposobnost nekog subjekta da može biti stranka u postupku, odnosno nosilac procesnih prava i dužnosti. Parnična sposobnost je sposobnost stranke da preduzima punovažne procesne radnje u parnici, kao i da prema njemu budu preduzete punovažne parnične radnje sa procesnopравnim dejstvom.

Merodavno pravo za stranačku i parničnu sposobnost fizičkih i pravih lica određeno je u članu 79 ZMPP-a. Stranačka i parnična sposobnost **fizičkog lica** određuje se prema pravu zemlje čije je to lice državljanin (*lex nationalis*).

Stranačka sposobnost **pravnih lica** se, takođe, određuje prema pravu njegove državne pripadnosti. Pravno lice ima državnu pripadnost zemlje u kojoj je osnovano, sem ako mu je stvarno sedište u nekoj drugoj zemlji.

Postoji mogućnost da zbog različitih zakonodavnih rešenja u pogledu starosne granice na kojoj fizičko lice stiče poslovnu, a time i parničnu sposobnost, pred domaćim sudom bude parnično sposobno lice koje prema pravilima svog nacionalnog prava ne ispunjava neophodne uslove, ili obrnuto. Kada strano pravo postavlja višu granicu u odnosu na pravila našeg prava za sticanje parnične sposobnosti, strano lice može biti nosilac prava i obaveza, i punovažno preduzimati parnične radnje, ukoliko mu domaće pravo to dopušta.

Specifično pitanje: šta ako je stranac parnično nesposobno prema svom personalnom pravu (pravu državljanstva), ali bi se smatrao parnično sposobnim prema kriterijumima *lex fori* (prava Srbije)?

Odgovor: stranac ima mogućnost da izabere da li će se smatrati parnično sposobnim (tj. da li će samostalno preduzimati radnje u postupku) ili ne (tj. da li će za njega radnje preduzimati njegov zakonski zastupnik) – vid. čl. 79 st. 2 i 3 ZMPP.

Postulaciona sposobnost = sposobnost parnično sposobne stranke da lično i neposredno preduzima parnične radnje

Drugim rečima, parnično sposobna stranka može da bira da li će sama preduzimati parnične radnje ili će angažovati zastupnika (advokata) da to čini u njeno ime i za njen račun.

Suština pitanja: može li stranka angažovati stranog advokata da je zastupa u parnici pred sudom Republike Srbije?

Merodavno pravo: lex fori!

Za konkretne uslove vid čl. 5-14 Zakona o advokaturi (suština: advokaturom u Republici Srbiji može da se bavi samo lice koje je upisano u domaći imenik advokata (čl. 5), a uslovi za upis advokata-stranih državljana su strogi (čl. 14 sa upućivanjem na uslove iz čl. 6)

Položaj stranaca u građanskom postupku u prisustvu elementa inostranosti

Položaj stranaca pred našim sudovima je u načelu izjednačen sa položajem domaćih državljana. Ovaj stav je sasvim logičan, jer ako dozvoljavamo strancima da budu nosioci određenih subjektivnih prava, prirodno je da im omogućimo i da traže zaštitu tih prava.

Ipak, u gotovo svim državama, pa i kod nas, postoje manje razlike između položaja stranaca i položaja domaćih državljana u građanskom postupku. U našem pozitivnom pravu, razlike donosi jedna specifična ustanova koja se odnosi samo na strance : tzv. aktorska tuzilačka kaucija (*cautio iudicatum solvi*); kao i pravo na besplatnu sudsku pomoc.

Obaveza polaganja *Cautio iudicatum solvi*

Obaveza polaganja *Cautio iudicatum solvi* je obaveza stranca koji se u sporu javlja kao tužilac da položi određeni iznos kao kauciju za obezbeđenje parničnih troškova druge strane, tuženika. Razlog za postavljanje ovog pravila (koje stranca u izvesnoj meri stavlja u nejednak položaj) jeste u nastojanjima da se spreči zloupotreba. Npr. zamislimo da stranac pokrene spor iz obesti, a kako po pravilima parničnog postupka svaka stranka snosi troškove radnji koje je prouzrokovala, da bi se na kraju postupka oni prevalili na lice koje je spor izgubilo, moguće je da tužilac izloži tuženika troškovima, koji se ne mogu uvek nadoknaditi, bez obzira na to što tuženik dobije spor.

Da bi došlo do polaganja kaucije za obezbeđenje parničnih troškova, treba da se ispune 2 uslova:

1. da je tužilac stranac, ili lice bez državljanstva koje nema prebivalište u Srbiji. U slučajevima aktivnog običnog suparničarstva (kada se svaki tužilac tretira kao samostalna stranka) i aktivnog jedinstvenog suparničarstva (kada se suparničati tretiraju kao jedinstvena stranka), treba smatrati da se kaucija može tražiti samo od onih tužilaca od kojih bi se mogla tražiti da su se samostalno pojavili u toj ulozi.

2. da tuženi istakne zahtev za polaganje obezbeđenja. Sud ne može *ex offio*. Osiguranje parničnih troškova može tražiti svaki tuženi, bez obzira na državljanstvo ili prebivalište.

Svaki od običnih pasivnih umešača mogao bi tražiti kauciju za sebe i za stranku kojoj se pridružio, a umešač sa položajem jedinstvenog pasivnog suparničara mogao bi zahtevati kauciju za sve.

Tužbeni zahtev za polaganje kaucije može se i usmeno postaviti na zapisnik. Kako bi se ograničila mogućnost manipulisanja i zloupotreba, zahtev se može postaviti samo na pripremnom ročištu, ili ako se pripremno ročište ne održava, na prvom ročištu za glavnu raspravu, pre nego što se tuženi upusti u raspravljanje o glavnoj stvari. Postoji jedna izuzetna mogućnost da se zahtev za polaganje kaucije postavi kasnije, a to je slučaj kada je tuženi tek naknadno

saznao da postoje pretpostavke za traženje kaucije. U takvom slučaju, zahtev se mora podneti odmah, čim se za pretpostavke sazna, a najkasnije do okončanja prvostepenog postupka.

Od momenta zaključenja glavne rasprave, pa do momenta ulaganja eventualne žalbe od stane tužioca, zahtev se ne bi mogao postaviti, a ako se postavi, trebalo bi ga odbaciti zbog nedostatka pravnog interesa. Rokovi su prekluzivni, a teret dokazivanja je na tuženom. Kaucija se daje u depozit suda, u novcu ili drugim vrednostima i njome mogu biti obuhvaćeni samo troškovi postupka do pravosnažnosti, ne i po vanrednim pravnim sredstvima. O zahtevu za kauciju sud odlučuje rešenjem, slobodan je prilikom određivanja visine obezbeđenja, a jedino je limitiran visinom postavljenog zahteva – ne može dosuditi više, nego što je tuženi tražio. Do donošenja sudskog rešenja, tuženi ne mora nastaviti postupak, može se uzdržavati od bilo koje parnične radnje. U slučaju pozitivnog rešenja, ovo uzdržavanje se proteže na vreme do isteka roka, koji je sud ostavio tužiocu za polaganje kaucije. Ovaj rok je sudski rok i njegovim se protekom, ako kaucija nije položena, smatra da je tužilac povukao tužbu, tj. da je odustao od pravnog leka. Najzad, odluka o akterskoj kauciji, jednom doneta, može se u toku postupka izmeniti, ako se izmene okolnosti, uz analognu primenu odredaba o jemstvu i o ukidanju privremenih mera, kao sredstava osiguranja u izvršnom postupku. Postoji veoma širok krug izuzetak od obaveze polaganja kaucije. Izuzeci se čine po dva osnova: prema vrsti spora o kome je reč i prema državama odakle je stranac. Neće postojati obaveza polaganja kaucije ako je reč:

- o bračnom sporu, o utvrđivanju ili osporavanju očinstva ili materinstva;
- o sporu koji se odnosi na zakonsko izdržavanja; (tužilac je lice koje nema sopstvena sredstva za izdržavanje)
- o tužbenom zahtevu koji se odnosi na potraživanje tužioca iz radnog odnosa u Srbiji; (npr. tužilac je radnik koji zahteva neisplaćenu platu)
- o protivtužbi;
- o tužbi za izdavanje platnog naloga
- o meničnoj ili čekovnoj tužbi. (postoji najverovatnije verodostojna izvršna ispava)

Takođe neće postojati obaveza polaganja kaucije kada je strani tužilac iz zemlje, u kojoj ni naši državljani ne polažu kauciju kao tužioci, dakle u slučaju reciprociteta. Dovoljan je *faktički reciprocitet*. Ne moraju kauciju polagati ni stranci, koji u našoj zemlji uživaju pravo azila i taj motiv je politički motivisan.

Značaj ove ustanove umanjen je činjenicom da postoje brojni bilateralni i multilateralni sporazumi u kojima se predviđa uzajamno oslobođenje od *cautio iudicatum solvi* tj. uvođenje reciprociteta. Najznačajniji multilateralni sporazumi, a kojima je i naša država pristupila su:

Haške konvencije o građansko-sudskom postupku (1905. i 1954.)

Haška konvencija o olakšanju pristupa sudovima (1980) koju smo ratifikovali 1988.

COTIF

Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu (1956.).

Uslovljavanje besplatne sudske pomoći (siromaško pravo) – Pravo na besplatnu sudsku pomoć u građanskom postupku sa elementom inostranosti imaju kako domaći tako i strani državljani. Stranac ima mogućnost da od domaćeg suda zahteva oslobođenje od plaćanja sudskih troškova, nezavisno od toga da li se u procesu javlja kao tužilac ili tuženi. Institut besplatne sudske pomoći (siromaško pravo) uređen je ZMPP-om.

Pravo na oslobođenje od plaćanja sudskih troškova imaju samo fizička lica u lošem imovnom stanju, odnosno stranke koje ne bi mogle da snose parnične troškove bez posledica po svoju egzistenciju i nužno izdržavanje svoje porodice. Oslobođenje može biti DELIMIČNO (oslobođenje od sudskih taksi) i POTPUNO (oslobođenje od svih troškova).

Ovo tzv. siromaško pravo priznaje se strancima koji imaju prebivalište u Srbiji pod istim uslovima kao i domaćim državljanima. Sto se tiče stranaca koji nemaju prebivalište u Srbiji neophodno je da se ispuni dodatni uslov, uslov **uzajamnosti**. Besplatna sudska pomoć rezervisana je za fizička lica.

Uslovi:

1. Tužilac je strano fizičko lice (siromaško pravo ne mogu da uživaju pravna lica).
2. Uzajamnost (ne traži se za stranca koji ima prebivalište u Srbiji)

Da bi stranac bio oslobođen od troškova, mora podneti domaćem sudu uverenje svog nadležnog organa o imovnom stanju, isto kao što to moraju učiniti domaći državljani. Pod tim uverenjem ima se smatrati poreska prijava i uverenje o drugim izvorima prihoda. Izdaje je organ zemlje u kojoj stranac ima prebivalište, a ne organ zemlje njegovog državljanstva.

Svi bilateralni i multilateralni sporazumi koji se odnose na *cautio iudicatum solvi* odnose se i na besplatnu sudsku pomoć.

Međunarodna pravna pomoć

Prisustvo stranog elementa u pravnom odnosu o kojem se raspravlja pred međunarodno nadležnim sudom znači da se odnos vezuje za više suvereniteta što često dovodi do toga da određene parnične radnje treba preduzeti na području raznih suvereniteta. Pošto sud ne može da deluje na području druge države, parnične radnje na teritoriji strane države mogu se preduzeti samo u saradnji sa stranim organima. Ovakva saradnja je u interesu svih država. I naši sudovi se često obraćaju za pravnu pomoć inostranim sudovima, takođe i obavljaju parnične radnje kod nas po molbi stranog suda. Zakon o parničnom postupku (materija međunarodne pravne pomoći NIJE uređena ZMPP-om)

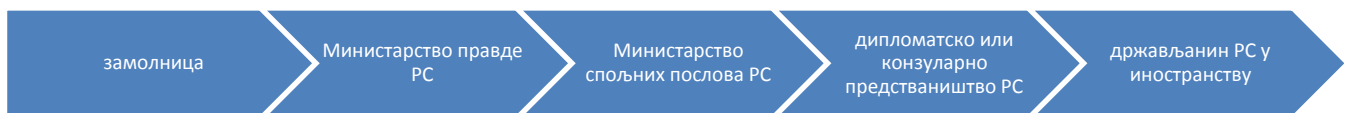
Radnja koja se najčešće obavlja ovim putem je **DOSTAVLJANJE**. U sporovima sa elementom inostranosti ono dobija poseban značaj i za njega se vezuju posebne poteškoće. Nepravilno izvršeno dostavljanje predstavlja jedan od razloga iz kojih se po našem pravu može odbiti priznanje strane odluke a zbog tzv. povrede prava odbrane.

U našem pravu dostavljanje sa elementom inostranosti regulisano je u ZPP-u. Najznačajnije multilateralne konvencije u kojima se govori o dostavljanju su tri Haške konvencije o građanskom sudskom postupku iz 1905., 1954. i 1965. godine. ZPP razlikuje nekoliko načina dostavljanja licima u inostranstvu:

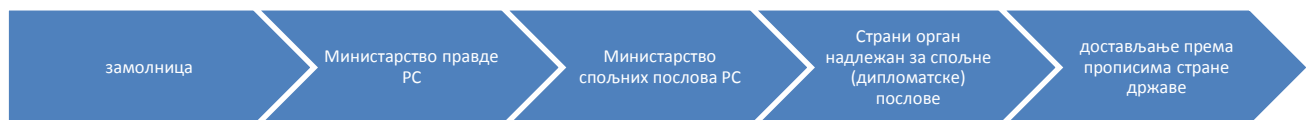
1. ako je reč o stranim državljanima ili pravnim licima, kao i licima koja uživaju imunitet, dostavljanje se vrši diplomatskim putem, ako međunarodnim ugovorom nije nešto drugo predviđeno. Izuzetno, pravnim licima sa sedištem u inostranstvu, može se i dostavljati preko njihovog predstavništva u Srbiji, ako ga imaju;
2. ako je reč o našim državljanima, dostavljanje se može vršiti preko našeg konzularnog predstavnika ili preko pravnog lica registrovanog za poslove dostavljanja (npr. DHL, FedEx), ali samo ako lice kome je pismeno upućeno pristane na takav način dostavljanja;

3. dostavljanje se može vršiti i posebnom punomoćniku za prijem pismena, koga postavlja inostrana stranka ili naš sud. Stranka koja se nalazi u inostranstvu, dužna je da postavi punomoćnika za prijem pismena, a ako to ne učini u primerenom roku, na poziv suda, sud će to sam učiniti. Strani tužilac je dužan da to uradi u tužbi i po pravilu neće to da propusti, pošto je sankcija odbacivanje tužbe. Naša sudska praksa stoji na stanovištu da će dostavljanje postavljenom punomoćniku, biti punovažno samo ako je stranka na odgovarajući način obaveštena o postavljanju punomoćnika.

Komunikacija sa stranim sudom teče, u načelu, diplomatskim posredstvom. To praktično znači da će se naš sud obratiti našem Ministarstvu pravde, koje će predmet proslediti Ministarstvu spoljnih poslova, da bi ono dalje sprovelo predmet nadležnom stranom organu za diplomatske poslove, a ovaj ga ustupio stranom sudu. Međunarodnim sporazumima su predviđeni i neki drugi, manje komplikovani načini. Tako npr. Haške konvencije predviđaju komunikaciju konzularnim putem. Prema Haškoj konvenciji o olakšavanju međunarodnog pristupa sudovima, svaka država ugovornica imenovaće centralni organ koji će biti zadužen za prijem molbe za sudsku pomoć. Nadalje, svaka država ugovornica imenuje jedan ili više otpremnih organa. Haške konvencije predviđaju komunikaciju konzularnim putem.



Конзуларно достављање



Дипломатско достављање

Važno je pitanje i jezika.

Zajednički problem diplomatskog i konzularnog puta: neefikasnost (izvršenje dostavljanja jako dugo traje. Prema nekim istraživanjima, za dostavljanje u Evropi može da bude potrebno i do 6 meseci, a van Evrope i do godinu dana)

Rešenja:

Zakonsko – punomoćnik za prijem pismena

Međunarodno-ugovorno – zaključene međunarodnih sporazuma kojima se olakšava dostavljanje u inostranstvo

Zamolnica:

- Po haškoj konvenciji iz 1954. godine, zamolnica za dostavljanje treba da bude sastavljena na jeziku zamoljene države.
- U jednom značajnom boju bilateralnih konvencija, koje su na snazi između Srbije i pojedinih zemalja, predviđeno je da se zamolnica može sastaviti i na jeziku države moljilje i to bez priloženog overenog prevoda.

Dostavljanje pismena:

- Što se tiče jezika na kome se sastavlja pismeno koje se dostavlja, Haška konvencija iz 1954. godine, predviđa da se pismena mogu dostaviti i na jeziku zemlje iz koje potiču, bez overenog prevoda, ako se ne traži da se dostava izvrši na poseban način. Zamoljena država može da uslovi dostavu i dobrovoljnim primanjem od strane adresata. Ako se traži da se dostava izvrši na poseban način, pismena treba da budu sastavljena na jeziku zamoljene države, ili praćena overenim prevodom.
- Po ZPP, u odsustvu posebnog sporazuma sa određenom državom i zamolnica i pismena treba da budu sastavljeni na jeziku zamoljene države, ili praćena overenim prevodom.

Stranka koja se nalazi u inostranstvu (bilo tužilac, bilo tuženi) a nema zastupnika u Srbiji mora da imenuje punomoćnika za prijem pismena (čl. 146 ZPP). Svrha ovog instituta: ubrzavanje dostavljanja

Različita pravila važe za tužioca i tuženog

Tužilac:

1. Dužan je da u tužbi označi punomoćnika za prijem pismena
2. Ako propusti da to učini, sud odbacuje tužbu (čl. 192 st. 2 ZPP)

Tuženi:

1. Dužan je da imenuje punomoćnika u roku od 30 dana od dana kada mu je dostavljen poziv da to učini (poziv se dostavlja uz tužbu)
2. Ako propusti da to učini, sud će mu postaviti zastupnika za prijem pismena iz reda advokata u RS (čl. 146 ZPP).

Ostali vidovi pravne pomoći

Pored dostavljanja, međunarodna pravna pomoć može obuhvatiti i brojne druge procesne radnje, kao što su izvođenje dokaza, informativno saslušanje stranaka, pribavljanje obaveštenja o adresama i drugim činjenicama. Što se tiče načina i jezika opštenja, važe pravila o dostavljanju. Procesne radnje sud izvodi na način koji je predviđen u domaćim procesnim normama, osim ako je posebno zamoljen da postupi na neki drugi način. Troškove pružanja pravne pomoći, po pravilu, snosi zamoljena strana, polazeći od pretpostavke da će se ti troškovi međusobno kompenzovati. Međutim, ako je reč o veštačenju koje iziskuje veće troškove, zamoljena strana može da traži naknadu troškova.

Principi na kojima se zasniva međunarodna pravna pomoć

Načela od posebnog značaja, na kojima se zasniva funkcionisanje međunarodne pravne pomoći su:

- *princip suverenosti,*
- *princip ravnopravnosti*
- *načelo efikasnosti.*

Princip suverenosti - Suverenost je po svojoj prirodi teritorijalno ograničena, te organi jedne države ne mogu da vode postupak na teritoriji druge države. Princip suverenosti, karakteriše to, da je osnovni način vođenja postupka na teritoriji strane države, vođenje s oslonom na pravnu pomoć. Ukazujući pravnu pomoć pravosudnim organima strane države, domaći organi mogu da izvedu brojne radnje. Mogu da postupe i na način na koji inače ne postupaju u domaćim odnosima, ali u granicama domaćeg javnog poretka. To je ona granica do koje nema nesklada između principa suverenosti i međunarodne saradnje, putem pružanja pravne pomoći.

Princip ravnopravnosti - u međunarodnoj pravnoj pomoći ostvaruje se prvenstveno pomoću uslova reciprociteta. Uslov reciprociteta treba fleksibilno tumačiti, da ne bi postao kočnica međunarodne saradnje. U našem pravu, u odsustvu diplomatskog, dovoljan je i faktički reciprocitet. Uslov se ne bi smeo postaviti da se onemogući prvi korak, da se onemogući uspostavljanje saradnje sa zemljama sa kojima do sada nismo imali značajniji pravni saobraćaj. Izlaz se može naći ako se pođe od principa pretpostavljenog reciprociteta, što znači da će se zamolnice prihvatiti, sem ako se utvrdi da se u državi porekla zamolnice, ne udovoljava našim zamolnicama.

Načelo efikasnosti - Snažni razvoj međunarodne razmene roba i usluga i intezitet cirkulisanja ljudi preko državnih granica, traži delotvornu i efikasnu saradnju u rešavanju pravnih odnosa, koji se vezuju za više poredaka. Jednostavniji i celishodniji oblici organizovanja međunarodne pravne pomoći, traže se kako na međunarodnom, tako i na unutrašnjem planu. U međunarodnim konvencijama često se smanjuje broj posrednika, koji prosleđuju zahtev za pravnu pomoć. Pravna pomoć se širi i na one oblasti, ona pitanja, koja u načelu može rešiti i domaći sud, ali će rešenje biti znatno jednostavnije u saradnji sa stranim pravosudnim organima.

Глава III Појам признања и извршења страних одлука

Признати и извршити страну судску одлуку (пресуду) у нас, значи прихватити је као правноснажну одлуку и као извршни наслов; другим речима изједначити је у дејствима са домаћим одлукама. Најважнија дејства одлуке могу бити **правоснажност, извршност, конститутивност, и чињенично и интервенцијско дејство**. Има пресуда које се могу само признати, које дакле немају дејство извршности - то су одлуке у статусним стварима или одлуке којима се одбија тужбени захтев. Али, треба рећи да су и делови тих пресуда подобни за извршење, и то они у којима се одлучује о трошковима поступка.

-ДА ЛИ МОЖЕ ФРАНЦУСКА ИМПЕРИЈА ДА ПОСТАВИ ПРАВИЛО КОЈЕ ЋЕ ВЕЗАТИ ЦЕО СВЕТ?

Реч је о пресуди због изостанка коју је донео француски суд, по тужби данског држављанина настањеног у Француској, против другог данског држављанина настањеног у Енглеској). Из начина формулисања питања може се назрети и одговор. Француска наравно, не може својевољно да обавезује свет. Одбијено је признање француске одлуке, углавном из разлога што се стало да становиште на надлежност француског суда није ваљано засновано. Јасно је да Француска, па ни Србија, ни било која држава, не могу да постављају правила која ће аутоматски обавезати цео свет, јер се ниједан локални суверенитет не може наметнути као светски ауторитет.

Како примећује амерички аутор Бранд, за добар број учесника међународне размене слободна циркулација судских одлука је од виталног значаја, баш као што је то и слободан промет робе, услуга, капитала и права интелектуалне својине. Ако нека држава не признаје стране одлуке, ризик и трошкови пословања с лицима у тој држави се повећавају. С друге стране, аутоматско признање сваке стране одлуке могло би да угрози сувереност домаће државе и могло би да наметне солуције које су неспојиве са принципима на којима се темељи домаћи правни поредак. Тежи се компромису који би водио рачуна како о међународној сарадњи и ефикасном вођењу поступка, тако и о заштити суверености домаће државе.

Системи признања и извршења страних судских одлука

Разликујемо 5 система признања и извршења страних судских одлука кроз које се, у различитој мери, пружа подршка међународној сарадњи, на уштрб заштите домаћег поретка, или обрнуто - штити се домаћи поредак на уштрб међународне сарадње.

1. СИСТЕМ ОГРАНИЧЕНЕ КОНТРОЛЕ (controlelimite) - Овај систем је данас најшире прихваћен у свету и прихвата га и наше право. Суштина система ограничено контроле је у томе што се омогућује извесна контрола стране одлуке, не прихвата се акт органа страног суверенитета безусловно, али је та контрола ограничена и сумарна; преиспитивање се може вршити само у погледу таксативно наведених питања која су, углавном, процесног значаја. Она се тичу формалне стране иностране одлуке, као и њене компатибилности са домаћим јавним поретком. Битно је истаћи да се одлука не може преиначавати, нити се може укинути и вратити страном суду на поновно одлучивање. Могућа су само два решења: да се призна страна одлука онаква каква јесте, или да јој се ускрати признање.

2. СИСТЕМ НЕОГРАНИЧЕНЕ КОНТРОЛЕ - важи све оно што је речено у претходном систему, само што је реч о неограниченој контроли, преиспитивање стране одлуке се неће задржати на формалној страни стране одлуке, већ ће се преиспитати и квалитет утврђеног чињеничног стања и примењено материјално право. И тај систем је стекао одређене позиције у нашем позитивном праву, али само када је реч о признању статусних одлука (одлука које се односе на лично стање, статус појединца.)

3. СИСТЕМ РЕВИЗИЈЕ ИЗ ОСНОВА, ПО МЕРИТУМУ (термин је превод француског израза revision au fond). Овај систем дозвољава да се врши преиспитивање иностране пресуде у истој ширини као и у систему неограничене контроле, али томе се додаје и могућност да се страна одлука преиначи. Нпр. одлука која обавезује туженика да плати 100000 дин., могла би се само признати или не признати већ и мењати, тако да нпр. гласи на 700000 дин., што значи да се суд признања у односу према суду одлуке, ставља у положај више судске инстанце. У модерним правима овај систем се напушта.

4. СИСТЕМ PRIMA FACIE EVIDENS - пред судом који одлучује о признању води се заправо, у начелу, нов поступак, који започиње тужбом action rei iudicati. То значи да је у том поступку искључен приговор пресуђене ствари (exceptio rei iudicati), али у том поступку се страна одлука сматра као „доказ на први поглед“ (prima facie evidens).

5. СИСТЕМ НЕПРИЗНАВАЊА (ИЛИ НЕИЗВРШАВАЊА) СТРАНИХ ОДЛУКА - Овде се могу сврстати и она права по којима се у начелу не могу признати или извршити стране пресуде, сем ако је то међународним уговором другачије предвиђено (скадинавске земље, Холандија, Русија, Украјина, Молдавија).

У Србији је начелно прихваћен систем ограничено контроле, али за признање страних одлука о статусним стварима држављана Србије примењује се систем неограничене контроле.

*Под „егзекватуром стране судске одлуке“ најчешће се подразумева извршење стране судске одлуке, али неретко, израз „егзекватура“ се користи и у смислу признања стране судске одлуке. Надаље, под егзекватуром се подразумева, пре свега, поступак испитивања претпоставки за давање дозволе извршења (или за признање) стране одлуке.

* „Извршење“ - не подразумевају се мере извршења (као што би била пленидба, продаја ствари, забрана или пренос потраживања и сл.), већ проглашење једне стране одлуке извршном тј. њено уподобљавање са

домаћим извршним насловом. Тек онда се приступа њеном конкретном извршавању (у смислу пленидбе итд.)

Признање и извршење страних судских одлука према српском праву

а) Извори

Након доношења ЗМПП-А, чл. 86- 96, и чл. 101. наши су основни извори норми о признању и извршењу страних судских одлука. ЗМПП наводи претпоставке (сметње) за признање стране судске одлуке, односно за изједначавање стране правоснажне судске одлуке са домаћом правоснажном судском одлуком. Услови за добијање дозволе извршења на основу стране судске одлуке нису посебно наведени у ЗМПП-у, али члан 96. поставља правило према којем се извршење стране судске одлуке везује за исте претпоставке које се траже за признање стране судске одлуке, плус претпоставке својства извршности. Значи, извршење се ткђ. Условљава претпоставкама наведеним у чл. 86-92, уз додатни услов да је одлука извршна. Приликом утврђивања да ли су испуњени услови у претходном чл., релевантне могу бити и друге норме ЗМПП-а, као и закона, пре свега норме које одређују искључиву надлежност српског правосуђа, а затим и Закон о ванпарничном поступку и Закон о извршењу и обезбеђењу. Поред тога изворе релевантних прописа претстављају и бројне билатералне и неке мултилатералне конвенције. Србија није потписница мултилатералне конвенције која би била посебно посвећена проблему признања и извршења страних судских одлука. Ратификовали смо, међутим неке мултилатералне споразуме који се баве, пре свега, материјалноправним питањима у одређеној области, али садрже и неке одредбе о признању и извршењу судских одлука донетих у материји конвенција. Такви су мултилатерални међународни уговори:

-Женевска конвенција о уговору за међународни превоз робе друмом из 1954;

-Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарне штете из 1963;

-Бриселска конвенција о интервенцији на отвореном мору за случај несреће која проузрокује, или би могла да проузрокује, загађивање нафтом из 1969;

- Бирсел I регулатива 44/2001.

б) Појам стране судске пресуде (одлуке)

Под појмом „одлуке“ која је подобна за признање у Србији подразумевамо одлуку страног суда и одлуке других, несудских страних органа (нпр. управних) које су по свом статусу и дејствима изједначене са судским, и то по праву државе у чије име су донете. Право земље порекла одлуке меродавно је за квалификације једне одлуке као судске, односно са њом изједначене. Под земљом порекла одлуке подразумевамо земљу у чије је име одлука донета, а не земљу на чијој је територији одлука донета, мада ће то, најчешће, бити иста земља. Конзуларни орган доноси одлуку на домаћој територији, а у име суверенитета чији је – одлука је страна, иако је донета на домаћој територији. Најзад, да би била подобна за признање, одлука мора бити мериторна, подобна да стекне дејство правноснажности и мора регулисати приватноправне односе појединца и правних лица, и то оне који су дефинисани чланом 1. ЗМПП-а. Приватноправни карактер одлуке ће се, дакле, квалификовати по схватањима српског права.

Својство „иностраности“ цени се према тренутку када је одлука постала правноснажна. Нпр. ако је македонска одлука постала правноснажна пре него што се македонија издвојила из СФРЈ, таква одлука има карактер домаће.

Конкретно:

1. Правноснажне одлуке у парничним поступцима
2. Правноснажне одлуке у ванпарничним поступцима
3. Судска поравнања (вид. чл. 86 ст. 2 ЗМПП)

Међупресуда (одлука којом се решава само о основаности тужбеног захтева, а не и о квантуму) – спорно је да ли стиче својство материјалне правноснажности. **Водеће савремено схватање каже да међупресуда јесте подобна за признање, али не и за извршење.**

Одлуке о привременим мерама – нису подобне за признање јер нису коначне одлуке.

Са судском одлуком сам закон изједначава судско поравнање (чл.86 ст.2). Страно судско поравнање подобно је за признање само уколико је у земљи порекла, изједначено са судском одлуком. Сматра се да је и поравнање закључено пред страним несудским органима (нпр. матичар) подобно за признање, уколико би се у земљи закључења изједначавало са судским поравнањем. За признање су подобне и конститутивне, и деклараторне, и кондемпнаторне пресуде. Делимичне пресуде, допунске пресуде, пресуде на основу признања, пресуде због изостанка, ткђ. су подобне признање.

ц) Положај страних одлука у Србији

ца) Принцип билатерализације и одступања од тог принципа

Према речима немачког аутора Гајмера - „Признање иностраних одлука је у начелу замислииво само на основу фикције о једнакој вредности судова целог света.

Према америчком аутору Касаду, „одговор на питање да ли ће једна држава признати дејство пресудама друге државе зависи пре свега од тога да ли то служи или не служи интересима те прве државе. Касад открива чињеницу да се гестови међународне сарадње не чине из пуког алтруизма, већ из правилног схватања сопствених интереса. Ако одлуке судова једне земље не би имале дејства ван граница те земље, то би угрозило интересе свих који учествују у меународној размени добара, као и свих ових који закључују или разводе бракове, добијају алиментацију... Интереси који се везују за учешће у међународној у доброј мери опредељују границе уступака које поједине државе чине улазећи у ту сарадњу.

Гајмер, указујући на фикцију према којој су сви судови света поштени и компетентни олакшава концептуализацију признања страних судских одлука. Идеја једнаковредности води до примене једнаких мерила на одлуке пореклом из различитих крајева света, без обзира на географске, економске или идеолошке карактерне црте држава њиховог порекла.

Примену једнаких мерила на симетричне ситуације у земљи, односно у иностранству називамо **билатерализацијом.**

Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1956. год. чија су правила о признању и извршењу страних судских одлука важила све до ступања на снагу ЗМПП, користио је у великој мери, технику билатерализације. Сматрало се да је страни суд који је донео одлуку био надлежан онда када је своју надлежност засновао на начин на који се може засновати и надлежност нашег правосуђа. Стране одлуке које се односе на лично стање наших држављана треба да буду у складу са нашим правом, али истовремено, одлуке које се односе на статус страног држављанина треба да буду подобне за признање у његовој држави да би се могле признати код нас. Доследна примена истог концепта је довела до тога да је један од кључних услова за признање стране одлуке био реципроцитет- и тај услов није трпео изузетке. Примена једнаких мерила импонује, али није једини исал којим се тежи у међународној сарадњи. Поставља се питање нпр. – ИМА ЛИ СМИСЛА ОДБИТИ ПРИЗНАЊЕ СТРАНЕ ОДЛУКЕ ЧИЈЕ ПРИЗНАЊЕ У СРБИЈИ ТРАЖИ ДОМАЋИ ДРЖАВЉАНИН ИЗ

РАЗЛОГА ОДСУСТВА УЗАЈАМНОСТИ, ТЈ. ИЗ РАЗЛОГА ШТО СЕ У ЗЕМЉИ ПОРЕКЛА ОДЛУКЕ НЕ ПРИЗНАЈУ СРПСКЕ ОДЛУКЕ. Оваквим одбијањем признања ми бисмо показали осветничку чврстину страној држави - кажњавајући домаћег држављанина. Веома је озбиљно оспорен принцип билатерализације. Треба рећи да су одступања од принципа билатерализације посебно оправдана ако иду у правцу олакшања признања, и то је управо карактеристика решења ЗМПП. Билатерализација се напушта у погледу међународне надлежности, у погледу статусних одлука и, донекле, у погледу реципроцитета, а да би се проширио круг случајева у којима се може признати страна одлука. Искључива надлежност домаћег правосудја је једина препрека за признање стране одлуке.

цб) О ефектима страних одлука које су признате у Србији

По ком се праву просуђују дејства страних одлука на домаћој територији?

Имамо 3 схватања.

- 1. По првом**, призната страна одлука се по дејствима изједначава са одлуком суда земље признања (наш систем и енглески систем - **СИСТЕМ УПОДОБЉАВАЊА ТЈ. УСАГЛАШАВАЊА.**)
- 2. По другом схватању се** „позајмљују“ дејства из правног система државе одлуке, те призната страна одлука има иста дејства која има и у земљи чији ју је суд донео (**СИСТЕМ ЕВЕНТУАЛНОГ ПРОШИРИВАЊА** она дејства која је одлука добила у земљи доношења. Ако би у једној држави дејством правоснажности било обухваћено и образложење, исто би дејство та одлука имала у држави признања.
- 3. По трећем схватању се** признања стране одлуке процењују применом права земље одлуке и земље признања, а по принципу обичне кумулације. То значи да се страној признатој одлуци на домаћој територији дозвољавају само она дејства која су прихваћена и по праву земље одлуке и по праву земље признања.

Пример: У држави порекла одлука која је предмет признања има *estoppel* дејство, дејство формалне и материјалне правоснажности, чињенично и преображајно дејство. Ако буде призната, ова одлука ће у Србији имати дејство формалне и материјалне правоснажности, чињенично и преображајно дејство. Дакле, неће јој бити признато *estoppel* дејство (јер га право Србије не познаје), а неће јој бити „придодато“ ни интервенцијско дејство (јер га по праву државе порекла нема).

Пре доношења ЗМПП, схватања у југословенској теорији била су подељена. Ка теорији проширења дејства су нагињали Ајзнер, Цигој и Познић, док су Јездић, Грбин, Трива и Јухарт заступали теорију уподобљавања. ЗМПП по том питању заузима прилично јасан став - и то у прилог теорији уподобљавања. Према члану 86 ЗМПП:

Страна судска одлука изједначаје се са судском одлуком (Србије) и производи правно дејство у (Србији) само ако то призна суд (Србије).

д) Услови (сметње) за признавање страних одлука у Србији

То су претпоставке (сметње) које се тичу **надлежности страног суда, правоснажности, односно извршности одлуке, права одбране, одсуства правоснажне домаће одлуке или раније започетог поступка у истој ствари јавног поретка и реципроцитета**. Када је реч о статусним одлукама, општи услови се модификују са неким посебним. Скоро сви услови признања како истиче Дика, формулисани су у форми сметњи признања, тј. формулисани су негативно. **Оваквом формулацијом је терет доказивања пребачен са лица које покреће поступак (дакле са повериоца из судске одлуке) на лице против кога је одлука донета, на дужника, јер њему иде у прилог да докаже постојање ових сметњи, са свим консеквенцама неуспеха: ако их не докаже, суд ће узети да оне не постоје и усвојиће захтев за признање стране одлуке.** Ово не ослобађа суд да по службеној дужности утврђује постојање сметњи, чак супротно, он то мора

учинити, али само за оне сметње о којима он води рачуна ex offio. Ако суд не утврди да ли оне постоје или не, има се сматрати да сметње не постоје и усвојиће се захтев за признање.

Услови:

1. Надлежност суда који је донео одлуку која је била предмет признања (утврђује се помоћу правила о индиректној надлежности, вид. чл. 89 ЗМПП)
2. Правноснажност одлуке која је предмет признања (вид. чл. 87 ЗМПП)
3. Поштовање права одбране (пази се по приговору странке, вид. чл. 88 ЗМПП)
4. Одсуство домаће или раније признате стране правноснажне одлуке у истој ствари међу истим странама (заштита принципа *res iudicata*, вид. чл. 90 ст. 1 ЗМПП)
5. Одсуство раније започетог поступка у истој ствари међу истим странама пред домаћим судом (заштита принципа решавања проблема вишеструке међународне литиспенденције, вид. чл. 90 ст. 2 ЗМПП)
6. Реципроцитет (дељив, материјални, довољан и фактички, претпоставља се његово постојање (терет доказивања непостојања реципроцитета је на противнику признања), не испитује се када признање тражи домаћи држављанин, када се ради о признању статусне одлуке која се тиче страног држављанина и када се ради о одлуци у брачном спору или спору о утврђивању или оспоравању очинства или материнства – вид. чл. 92 ЗМПП)
7. Поштовање јавног поретка (вид. чл. 91 ЗМПП)

да) Међународна надлежност суда који је донео одлуку

Прва претпоставка тиче се међународне надлежности суда који је одлуку донео. Питање на који начин ваља проценити да ли је суд који је донео одлуку имао довољну везу са спорним односом, односно да ли је имао довољно разлога да поступа. Опште је прихваћен само став да се ова процена има вршити према стандардима земље у којој се тражи признање, дакле, земља признања. Ти стандарди су, заправо, норме о индиректној надлежности те државе. Постоји неколико типова решења:

1. Према једној, најстрожој варијанти, страни суд не може да буде надлежан ако у датом спору може да суди и домаћи суд. То би практично значило да је свако правило које омогућује надлежност домаћег правосуђа истовремено и правило о искључивој међународној надлежности. Овај тип решења готово нигде није у потпуности прихваћен.
2. По другој варијанти, правила о директној надлежности су изједначена са правилима о индиректној надлежности. То је концепт билатерализације, и то значи да ће се признати надлежност страног суда у свим оним случајевима у којима је та надлежност базирана на околностима које би оправдале и надлежност домаћег суда. Ако је нпр. пребивалиште туженог довољна претпоставка за надлежност домаћег правосуђа, признаће се и надлежност страног суда ако је базирана на пребивалишту туженог.
3. Најзад, према трећем основном типу решења, који је најблажи, тј. који највише олакшава признања- признаће се надлежност страног суда у сваком случају, сем ако је страни суд поступио у спору за који је искључиво надлежно домаће правосуђе. Ово решење прихватају мађарско и турско право. На том станоовишту је и ЗМПП. Ово практично значи да је ирелевантно на којим се околностима заснива надлежност страног суда – битно је само да није по среди случај у којем постоји наша искључива надлежност. У споровима о облигационоправним захтевима ради накнаде штете заправо се никада неће моћи одбити признање стране одлуке с позивом на непостојање надлежности, јер у овој области ЗМПП нема норми о искључивој надлежности.

Постоји и један изузетак који конституише ЗМПП у погледу брачних спорова. Према члану 89, став 2. ЗМПП, наиме, **искључива надлежност нашег правосуђа није сметња за признање стране судске одлуке донете у брачном спору, ако сам тужени тражи признање одлуке, или ако то тражи тужилац, а тужени**

се томе не противи. Ако је у иностранству разведен брак, и ако тужени има наше држављанство и домицил у Србији, тужени ће моћи да тражи да се одбије признање те одлуке са позивом на повреду искључиве надлежности нашег правосуђа. Међутим, ако сам тужени тражи да се призна тај развод (рецимо зато што жели да ступи у нови брак), нестају разлози да суд одбије признање. Радници на привременом раду у иностранству, који су задржали наше држављанство, задржавају и домицил код нас - чак и ако фактички живе и раде на територији друге државе - с обзиром на непостојање намере да тамо трајно остану. Догађа се, да у иностранству затраже развод брачни другови који тамо живе већ десетак година, а такви разводи су код нас, строго узевши у супротности са правилима о искључивој међународној надлежности наших судова, ако се сматра да ти људи и даље задржавају не само српско држављанство, већ и домицил у Србији. Развод изречен у иностранству може се признати код нас (ако то обе стране желе), без обзира на то да ли ћемо сматрати да тужени још има домицил у Србији и да ли су се тиме стекли услови за искључиву надлежност нашег правосуђа.

Да резимирамо правила ЗМПП: **признање стране судске одлуке се може одбити са позивом на ненадлежност страног суда само у случајевима у којима постоји искључива надлежност домаћег правосуђа. У брачним споровима, искључива надлежност српског правосуђа неће бити разлог за одбијање признања, ако признање тражи сам тужени, или ако се он не противи признању.**

дб) Правоснажност, односно извршност стране судске одлуке

Да ли је једна инострана одлука правоснажна и извршна, цени се према нормама земље у којој је одлука донета. Правоснажност и извршност се доказују потврдом надлежног страног суда, коју је дужно да поднесе лице које тражи признање, односно извршење (проглашење извршном) стране одлуке.

дц) Поштовање права одбране

Провера поштовања права одбране не значи проверу да ли је лице против кога је одлука донета имало на располагању управо оне могућности које би то лице имало према праву земље признања – већ значи проверу да ли је то лице уопште добило шансу да активно учествује у поступку. Наиме, према члану 88. ЗМПП, непоштовање права одбране може да доведе до одбијања признања само по приговору лица против којег је одлука донета; насупрот томе, норме које спадају у домен јавног поретка узимају се у обзир по службеној дужности *ex officio*.

Да ли је поштовано право одбране, цени се пре свега, кроз оцену исправности достављања. Ако позив, тужба, или решење којим је започет поступак нису лично достављени, неће се признати страна одлука, изузев ако би лице према коме није уредно извршена достава ипак учествовало у поступку. Ако је рецимо, то лице приватно сазнало да се одржава рочиште, те се појавило и учествовало у поступку, анулиран је недостатак достављања. Да ли је поштовано право одбране, цени се, рекли смо, пре свега, кроз достављање, али не и искључиво тако. Лице против кога је донета одлука уредно и благовремено обавештено и позвано, али му је на неки други начин онемогућено да учествује у поступку, да изложи своје противљење захтевима и наводима друге стране. Признање стране одлуке с позивом на повреду права одбране може се одбити. До такве ситуације долази, нпр., уколико се туженоме не остави довољно времена за припрему одбране. Због тога су два основна елемента права на одбрану: **исправно достављање и остављање довољно дугог рока за припрему одбране.** Дужина тог рока је фактичко питање, тако да се *ad hoc* процењује. Поставља се питање, које је лице, заправо, заштићено кроз приговор о непоштовању права одбране. Према ЗМПП, то је лице против кога је одлука донесена, а не рецимо тужени, као што је то према праву Немачке или Перуа. Предност нашег решења у односу на Немачко и Перуанско је у томе што пружа могућност и лицу које је тужилац у поступку пред страним судом да позове на повреду права одбране. Такво решење показало се

оправданим у ситуацији када је реч о признању одлуке којом је одбијен тужбени захтев - а првостепена одлука је донета након рочишта на које тужилац није био уредно позван.

дд) Одсуство правоснажне домаће одлуке у истој ствари

Не може се признати страна одлука ако у истој ствари постоји домаћа правоснажна одлука- без обзира на то који је поступак раније започет. Раније покренут поступак у иностранству може- под одређеним условима- да доведе до прекида поступка у истој ствари код нас. Али ако је код нас у једној ствари већ донета правоснажна одлука, тиме се искључује могућност да се у истој ствари призна страна одлука, на основу приговора пресуђене ствари, што иде и без речи, тј. по принципу *ne bis in idem*, што се такође, треба подразумевати. Признање стране одлуке не спречава само постојање домаће правоснажне одлуке у истој ствари, него и постојање већ признате стране одлуке у истој ствари. Додајмо на крају да се на дејства правоснажности води рачуна *ex offio*.

де) Одсуство раније започетог поступка пред српским органом у истој ствари

Члан 90. ЗМПП предвиђа да ће српски суд застати са поступком признања, све до окончања поступка по тужби о истом између истих странака, који је раније покренут пред српским, него пред страним судом. Дакле, реч је о литиспенденцији у којој је поступак раније започео код нас, али се страни суд показао експедитивнијим и брже донео одлуку. Израз „застати са поступком“, треба схватити као „прекинути поступак“, јер ЗМПП не познаје установу застоја. Судбина прекинутог поступка признања зависи од судбине српске одлуке по тужбеном захтеву. Ако се српски поступак оконча мериторном одлуком, та одлука сместа постаје *res iudicata*, те се активира први став члана 90- страна одлука неће бити призната. Ако се српски поступак не оконча доношењем мериторне одлуке, поступак признања би се наставио.

дф) Узајамност

Да би се страна одлука признала треба да постоји узајамност између државе у којој је одлука донета и Србије. Наши судови ће признати и извршити само одлуке које су пореклом из земаља са којима у том погледу постоји реципроцитет.

Реципроцитет који се тражи треба да је **материјални према својој правној садржини**. Јер би формални реципроцитет значио да се стране одлуке изједначавају са домаћим одлукама - а тиме би отпала могућност да се подвргну било каквој контроли, што је, засада, за српског законодавца сигурно неприхватљиво. **Материјални реципроцитет значи да ће се према страним одлукама поступати на начин на који се у земљи порекла поступа са нашим судским одлукама.** Битно је да се у страној држави уопште могу признати, односно да се уопште врши признавање наших одлука. Ипак, ако би услови за признавање које поставља страна држава били битно строжи од услова које поставља наша земља, могло би се закључити да не постоји материјални реципроцитет између дотичне стране земље и Србије у погледу признања и извршења страних судских одлука. Условљавање признања материјалним реципроцитетом значи да ће се у Србији признавати стране судске одлуке које припадају земљи у којој се признају српске одлуке под условима који нису битно строжи од услова садржаних у српском праву, а ако су битно блажи, под додатних услова да у тој страној земљи реципроцитет није један од услова признања. Јер, уколико је услов реципроцитета један од услова тог страног права, онда чињеница да су у Србији услови битно строжи од њихових изазива реакцију система - са становништва стране државе реципроцитета неће бити пошто су, из њиховог угла, услови признања у Србији много строжи.

Што се начина настанка тиче, довољан је фактички реципроцитет.

дфа) Претпостављени реципроцитет

Члан 92. став 3. ЗМПП-а постојање узајамности у погледу признања стране судске одлуке претпоставља се док се супротно не докаже, а у случају сумње у постојање те узајамности, објашњење даје орган управе надлежан за послове правосуђа.

Питање како треба схватити однос између претпоставке узајамности, са једне стране, и објашњења Министарства правде, са друге стране. Према схватању Познића, не поставља законску претпоставку. Дужност суда да утврђује постојање реципроцитета зависи од држања противника предлагача - ако он не оспорава реципроцитет, суд узима да узајамност постоји и када му стварно стање није познато. Али, ако суд зна да се у земљи одлуке не признају наше одлуке, предлог за признање треба одбити без обзира на то да ли је постојање реципроцитета оспорено. Ако је питање отворено, спорно, суд ће се обратити Министарству. Ако ствар није довољно разјашњена ни након овог објашњења, сматраће се да реципроцитет постоји.

Новија пракса Врховног суда Србије изводи две констатације које су иначе блиске Познићевим ставовима.

1. У нашем позитивном праву претпостављени реципроцитет не значи да се суд ослања само на доказе које презентира противник предлагача или странке. Ако постоји сумња, суд може да узме у обзир и друге информације, а посебно објашњење надлежног министарства.
2. Суд слободно цени поднете и прибављене доказе и информације (укључујући и објашњење које даје Министарство). Признање се неће ускратити ако се из расположивих доказа и информација не може са сигурношћу утврдити да ли се у земљи порекла стране одлуке признају одговарајуће српске одлуке. Признавање се може ускратити само ако је доказано да се у тој страни земљи одбија признање оне врсте српских одлука која је предмет поступка за признавање пред нашим судом.

дфб) Питање дељивости реципроцитета

Ако реципроцитет тражимо на релацијама судских одлука уопште, говоримо о **недељивом реципроцитету**. **Дељиви реципроцитет** значи да је реципроцитет дељив у смислу да у релацијама са истом државом може да постоји у погледу једне категорије одлука, а да не постоји за одлуке у другој материји - да постоји, на пример, у погледу одлука о издржавању, а не постоји у погледу одлука о накнади вануговорне штете.

У правима у којима се усваја концепт претпостављеног реципроцитета, концепт дељивости узајамности олакшава признање. Ако ће се страна одлука признати, осим ако противник предлагача докаже да се у земљи порекла одбија признање српских судских одлука, позиција противника предлагача ће бити отежана ако се признање може осујетити само доказом да се у земљи порекла стране одлуке одбија признање управо оне врсте српских одлука која је предмет поступка признања. Ако се реципроцитет претпоставља, концепт дељивости реципроцитета је ближи интересима тражиоца признања.

Дфц) Изузеци од услова реципроцитета

Постоје 3 значајна изузетка који се налазе у члану 92 и 94 ЗМПП-а:

1. Непостојање реципроцитета није сметња за признање стране одлуке ако је реч о одлуци донетој у брачном спору, или у спору ради утврђивања или оспоравања очинства или материнства.
2. Непостојање узајамности не представља препреку ако признање стране одлуке тражи српски држављанин.
3. Узајамност се не поставља као услов ако се страна одлука односи на лично стање држављанина државе порекла одлуке.

Концепти претпостављеног и дељивог реципроцитета, те конституисани изузеци, битно сужавају круг случајева у којима се може одбити признање и извршење стране одлуке с позивом на непостојање узајамности.

Дг) Поштовање јавног поретка

Признаћемо страну одлуку и ако је њено мериторно решење другачије од оног које нуди наше материјално право- али ако је страна одлука супротна нашем јавном поретку, толеранције више не може бити, те ћемо одбити признање и извршење стране судске одлуке.

Да ли је испитивање сагласности стране одлуке са нашим јавним поретком ограничено на питање сагласности мериторног резултата са јавним поретком, или се кроз ту установу омогућује и извесно преиспитивање процедуре?

Члан 91. ЗМПП, међутим, не говори о мериторном дејству стране судске одлуке, већ само о супротности саме стране одлуке са Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.

ЗМПП је битно сузио могућност да се изврши преиспитивање међународне надлежности страног суда, а за велики број случајева одустали смо и од реципроцитета. Мишљења смо да под овим условима постоји реална опасност да се пред нашим судом затражи признање одлуке чији је начин доношења у очитој супротности са принципима нашег права, па и са општеприхваћеним међународним начелима, а да ипак будемо без одговарајућег инструмента за отклањање признања такве одлуке.

Ипак, не сме се заборавити да јавни поредак има и свој чисто процесноправни аспект. У процесни аспект јавног поретка, чини нам се, неспорно садају следећа процесна начела: начело саслушања странака, начело независности и непристрасности суда, начело забране доношења одлука на преваран начин, начело права на жалбу и другостепену заштиту, начело упоребе сопственог језика. На повреду јавног поретка, суд пази по службеној дужности, а према садржају *ordre public*, у моменту доношења одлуке о признању.

е) Посебна правила о признању одлука која се тичу статуса

Провера страних судских одлука које се тичу статуса (личног стања) држављана Србије је по правилу строжа и не задржава се само на питањима процедуре. Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1956. год. је захтевао да стране одлуке донете у статусним питањима наших држављана буду сагласне са нашим материјалним правом. У ЗМПП је задржана идеја о увођењу посебног услова када су у питању статусне одлуке, али је тај услов постављен знатно еластичније. Треба рећи и то, да чл. 93, 94 и 95. ЗМПП постављају одређене посебне услове у погледу статусних одлука, **и то не само кад је реч о личном стању српских држављана већ и за статусне одлуке које се тичу држављана земље порекла одлуке или држављана трећих земаља. Овим посебним нормама у неким случајевима се отежава, а у другима олакшава признање.**

еа) Посебни услови у погледу статусних одлука које се тичу личног стања српских држављана

Када је реч о личном стању српског држављанина, према чл. 93 ЗМПП остаје контрола коју су увели ранији прописи у погледу сагласности стране одлуке са српским материјалним правом, али уз два битна ограничења. **Прво**, овакав појачани вид контроле не долази у обзир у свим случајевима у којима је реч, о статусу нашег држављанина, већ само у оним случајевима у којима би, према колизионим нормама ЗМПП, меродавно било српско материјално право. **Друго**, наш законодавац се приклонио такозваном „принципу еквиваленције“. Суштина тог принципа у овом контексту је у томе да се страна одлука може признати и ако при њеном доношењу није примењено српско право, већ страно право, „ако та одлука битно не одступа од права Србије

које се примењује на такав однос“. Другим речима, страна одлука је подобна да буде призната, ако материјалноправно решење битно не одступа од решења до којег би се дошло на основу српског материјалног права. Али се притом не тражи потпуна сагласност са домаћим материјалним правом - разлике које су мање битне могу се толерисати.

Важна напомена: у поступку признања стране судске одлуке, суд РС не може да контролише да ли је српско (или битно слично страно) право исправно примењено, јер суд признања није виша инстанца у односу на поступајући суд.

Могућа решења у случају да је пред страним судом погрешно примењено српско или битно слично страно право:

- Одбијање признања стране судске одлуке због повреде јавног поретка (ако су за то испуњени услови)
- Доказивање да пред страним судом суштински није примењено српско или битно слично страно право, те да услов из чл. 93 ЗМПП није испуњен

еб) Посебни услови у погледу одлука које се тичу статуса држављана државе порекла одлуке

Ако је реч о статусним одлукама које се тичу држављана државе порекла стране одлуке, услови за признање су битно упрошћени тј. олакшани. У таквим случајевима не инсистира се више на условима надлежности, јавног поретка и узајамности. То значи да српски суд пред којим се тражи признање само проверава да ли су испуњени услови који се **тичу правоснажности, права одбране и одсуства српске одлуке или раније започетог поступка у Србији у истој ствари**. Сматра се да је земља којој припадају страни држављани и најпозванија да реши питања њиховог статуса. Овакав посебан третман не добијају, међутим, стране одлуке које се - поред личног стања држављана државе која је донела одлуку - тичу и личног стања српског држављанина.

ец) Посебни услови у погледу одлука које се тичу статуса држављанина трећих држава

ЗМПП поставља посебну норму и за случајеве у којима је реч о статусу лица која нису ни држављани земље порекла одлуке, нити су држављани земље признања (Србије), већ имају држављанство неке треће земље. У таквим случајевима, **страна одлука ће се моћи признати само ако испуњава услове за признање који се постављају у праву државе о чијим држављанима се ради**. При том се поставља питање треба ли узети у обзир само услове које поставља трећа држава, или се пак ти услови кумулирају са условима за признање које поставља трећа држава, или се пак ти услови кумулирају са условима за признање које поставља српско право (као право државе у којој се тражи признање). **Превагу има мишљење да ЗМПП овде тражи кумулацију, дакле, примену услова које поставља трећа држава уз услове ккоје поставља ЗМПП.**

Примена услова које поставља право треће државе (поред услова које поставља ЗМПП) оправдава једино у случајевима у којима се страна одлука тиче статуса лица која су (сва) држављани треће државе.

Поступак признања и извршења страних судских одлука по српском праву

О признању страних судских одлука код нас може одлучивати само суд. О признању одлука суд може расправљати на два основна начина: **као о главној ствари и прејудичијално и као о претходном питању у другим судским поступцима.**

а) Признање као предмет поступка

О признању страних одлука као о главној ствари расправља се у ванпарничном поступку. Постоји и став у коме би признање требало обављати у парничном поступку - поступак је двостраначки и странке имају супротстављене интересе, а решење којим се он окончава је декларативно.

За расправљање питања признања страних судских одлука, у првом степену, надлежни **су виши или привредни судови**. ЗМПП регулише питање месне надлежности, али то чини на начин на који оправдава закључак о месној надлежности сваког стварно надлежног суда у Србији коме се предлагач обрати с тврдњом да би на територији тог суда могао користити страну судску одлуку. Ово пре свега важи за деклараторне и конститутивне одлуке. С обзиром на то да ЗМПП не регулише ово питање састава судског већа, по стандардима ванпарничног поступка о захтеву одлучује судија појединац.

Поступак се покреће захтевом за признање, а не захтевом за признање и извршење (код Јовановића у презентацијама пише: ПРЕДЛОГОМ ЗА ПРИЗНАЊЕ). Поступак се окончава решењем о признању, а не решењем о признању и извршењу. Признањем се страна одлука изједначава са српском судском одлуком. Поступак се покреће по начелу диспозитивности, а за његово покретање овлашћене су странке из поступка пред страним судом. Овом списку треба придружити правне следбенике повериоца (што није спорно), али, вероватно, и друга лица за која одлука може имати непосредан или посредан правни значај. Пошто је одлука о признању деклараторне природе, јасно је да **предлагач мора имати правни интерес. Предлагач мора уз захтев поднети уговор, судску одлуку у оригиналу или овереном препису, са одговарајућим преводом, уколико она није на језику који је у службеној употреби у суду. У захтеву се наводе подаци о странкама и одлуци, те се прилаже и доказ о правоснажности по праву земље порекла одлуке.** Уколико се овај последњи доказ не приложи, суд неће одбити захтев већ ће наложити предлагачу да потврду правоснажности достави у примереном року.

Уколико се противник предлагача не одазове позиву, поступак се наставља. У поступку долази до изражаја **систем ограничене контроле судске одлуке**. Одлука на основу признања и одлука због изостанка, не могу се донети.

Правни лекови против решења о признању:

- **Редовни** – жалба, подноси се у року од **15 дана** од дана достављања решења о признању подносиоцу жалбе, подноси се непосредно вишем суду (апелационом ако је решење донео виши суд, односно Привредном апелационом суду ако је решење донео привредни суд). Неблаговремена жалба се не може узимати ни у демонстративном ни у деволутивно разматрање.
- **Ванредни** – ЗМПП о овоме **ништа не говори**, али према правном схватању (некадашњег) Врховног суда Србије из 1991. године **НИЈЕ могуће изјавити ревизију**, док би, према општим правилима ГПП, требало узети да је могуће поднети предлог за понављање поступка. Када се страна одлука правоснажно призна, евентуални поступак извршења, води се по Закону о извршењу и обезбеђењу као да је у питању домаћа одлука.

б) Признање као претходно питање

Ако је о признању стране судске одлуке решавано као о главној ствари, одлука суда обавезује све друге органе. Ако то није случај, сваки суд може о признању решавати као о претходном питању, са дејством само за тај поступак. Ова солуција не искључује могућност накнадног подношења захтева за признавање стране судске одлуке, као главне ствари о ванпарничном поступку. **Одлука о претходном питању не улази у изреку решења о главној ствари и није обухваћена правном снагом.** Као и о претходном питању, о признању се, зависно од главне ствари, може расправљати у парничном или ванпарничном поступку, по правилима тих поступака, с тим што је сваки суд везан претпоставкама за признање садржаним у ЗМПП. О

признању као о претходном питању може се расправљати и у управним поступцима, али најчешће ће то бити у извршном поступку, у поводу предлога за извршење у коме је страна судска одлука (која није претходно прошла поступак признања код нас) извршна исправа.

Ако је о признању стране судске одлуке у Србији одлучено као о главном питању и о томе донето посебно решење, страна кондемпнаторна одлука се у потпуности извршава као да је домаћа - по правилима Закона о извршењу и обезбеђењу, без могућности поновног испитивања претпоставки за признање.

Члан 21. став 2. ЗИО: *Страна извршна исправа извршава се на исти начин и у истом поступку као и домаћа извршна исправа, ако гласи на приватноправно потраживање и ако је претходно призната пред домаћим судом.*

Поверилац из стране кондемпнаторне правоснажне одлуке може се, без покретања посебног поступка признања, директно обратити извршном суду са предлогом за извршење на бази стране извршне исправе. Том приликом је дужан, осим напред наведених прилога, да приложи суду и доказ о извршности судске одлуке по праву државе њеног доношења. Овај предлог је за извршење главна ствар у извршном поступку, али ће поступајући суд морати да одлучи о признању стране извршне исправе као о претходном питању.

Стварно је надлежан суд који је надлежан за спровођење извршног поступка, а месна надлежност одређује се по ЗИО. О предлогу одлучује судија појединац. Иако се предлог базира на страни извршној исправу, поступак се у целисти спроводи по ЗИО. До доношења решења о извршењу, извршни суд не саслушава ни повериоца ни дужника, већ искључиво на основу поднесака и других писмена. Постоје две разлике у односу на извршни поступак на бази домаће одлуке. Прва је та што при извршењу на бази стране непризнате исправе суд мора, сем претпоставки за доношење решења о извршењу на бази домаће одлуке, да контролише и да ли су испуњене претпоставке за признање стране судске одлуке о којима се води рачуна *ex offio*, а које су задржане у ЗМПП. Одлука о томе не улази у изреку решења. Друга разлика је у томе што за доношење решења о извршењу суд има 30, уместо 5 радних дана.

Извршни дужник може решење о извршењу нападати приговором. Рок за изјављивање приговора је пет радних дана, од дана достављања решења, и он правилу не одлаже извршење. У приговору, сем уобичајних разлога које ЗИО предвиђа, дужник може, по први пут у овом поступку, истицати и сметње признању стране одлуке на које не пази по службеној дужности. О приговору одлучује веће састављено од троје судија истог суда који је одлучивао у првом степену.

С обзиром на то, да у свему осталом страно порекло извршне исправе не утиче на спровођење поступка по ЗИО, остаје само још питање да ли је суд РС међународно надлежан за извршни спор који би могао настати из поступка извршења, уколико суд упуту заинтересовано лице на парницу? Одговор на ово питање је позитиван. Непотупна атракција која води искључивој месној надлежности стварно надлежног суда на чијем се подручју налази суд који испроводи извршење, не води истовремено искључивој међународној надлежности српског правосуђа, али води његовој конкурентној надлежности.

Правила Брисел I Регулативе (44/2001 о признању и извршењу страних судских одлука)

- Уједначавање прописа о надлежности основ је “слободе кретања судских одлука”.

а) Слобода кретања свих одлука

БР ствара јединствени “европски судски простор” на коме постоји слободан промет одлука донетих у грађанској и трговачкој материји. Олакшаним режимом признања и извршења БР може се користити свака

одлука донета у једној од земаља ЕУ, без обзира на то да ли је надлежност суда у спору била у оквирима прописаним Регулативом или на неком од критеријума који су се нашли на “црној листи” Анекса. Да би једна одлука потпала под режим признања БР, битна је, дакле, њена национална припадност, а не чињеница да је донета на основу правила о надлежности предвиђених Регулативом.

б) Забрана преиспитивања надлежности

Суд земље признања нема уопште право да преиспитује међународну надлежност суда који је донео одлуку. Ипак, ово правило има три изузетка, два постављена *ratione materiae* и један *ratione iurisdictionis*. Спорови у области **осигурања** и спорови настали из **потрошачких уговора** потпадају под контролу надлежности суда признања. Друго, под исту контролу потпадају и **спорови који су у режиму искључиве надлежности** (члан 35). Чак и тада ће суд земље признања своју надлежност ценити на основу утврђеног чињеничног стања према коме је суд који је одлуку донео ценио сопствену надлежност. Оцењено је да важност оваквих спорова оправдава изузетак којим би се допустила ревизија јурисдикције.

ц) Признање и извршење

Члан 33. БР гласи: *Одлука донета у некој од држава потписница признаје се у другим државама уговорницама и за то се не тражи било какав посебни поступак.*

Како коначност (правоснажност) није неопходан услов за признање, режимом БР могу се користити и привремене мере, додуше, не и оне најефикасније, донете без учешћа друге стране у поступку (*ex parte*). Интересантно је питање да ли се одлуком подобном за признање по БР сматра одлука коју је неки суд земље БР већ донео о признању одлуке суда треће земље.

Сметње признању (а тиме и извршењу) предвиђене су чл. 34. и 35. БР. Оне се свODE на:

1. Повреду јавног поретка земље признања (при чему се појам јавног поретка тумачи веома уско)
2. Ефекат *res judicata*
3. Непоштовање права на одбрану
4. Повреду одредаба БР о искључивој надлежности, или о надлежности у потрошачким споровима који се тичу осигурања.

Глава IV ГРАЂАНСКИ ПОСТУПАК У ПРИСУСТВУ ЕЛЕМЕНТА ИНОСТРАНОСТИ - ПИТАЊЕ ИМУНИТЕТА

Одређене категорије страних лица имају привилегије у поступку пред домаћим органима у смислу да остају ван домаћаја домаће надлежности и поступка пред домаћим правосудјем. На одређеном простору обзира међународног јавног права добијају примат, те неки субјекти који имају специјални положај уживају имунитет. Сврха тог имунитета је обезбеђивање обављања функција и маневарског простора које признаје међународно јавно право, а његова последица на терену међународног приватног права је изузеће од судске надлежности и од извршења.

Круг лица која уживају имунитет и границе тог имунитета одређује међународно јавно право. У погледу надлежности домаћих судова за суђење странцима који уживају имунитет у (Србији) за суђење страним државама и међународним организацијама важе правила међународног права. У случају сумње о постојању и обиму имунитета, може да затражи обавештење од министарства надлежног за послове правосудја (одредба члана 25. ЗПП-а).

Овакав устаљени ред ствари је током последњих деценија поремећен када је у питању имунитет државе. Основни разлог за преиспитивање постојећих и формирање нових принципа јесте у све чешћем појављивању

државе као привредног субјекта, као странке у трговачким трансакцијама. С тога се развило мишљење да није праведно допустити да држава ужива све благодети међународне трговине, а да истовремено, кроз јурисдикциони и извршни имунитет, ужива заштиту од санкција које погађају лица која се не придржавају норми међународне трговине.

На подлози овакве критике формира се концепција рестриктивног (или функционалног) имунитета , према којем држава ужива имунитет само када наступа као носилац суверене власти, када обавља акте *ex iure imperii*, а не и када су у питању приватноправни односи, када наступа *ex iure gestionis*. Раније је имунитет признаван не спроводећи ову дистинкцију (концепција апсолутног имунитета). За време важења апсолутног имунитета било је довољно да норми међународног јавног права идентификују овлашћеног субјекта и принципи су даље функционисали и без посебне разраде (пошто апсолутни имунитет практично значи да држава увек ужива имунитет). Савет Европе је 1972. год. усвојио Европску конвенцију о имунитету државе, која је ступила на снагу 1976., али је ратификована од само 8 држава. Генерална скупштина УН је крајем 2004. Усвојила Конвенцију о јурисдикционом имунитету држава и њихове имовине без великих изгледа да ступи на снагу.

У овом уводном делу треба још рећи да се разликују имунитет од судске надлежности и имунитет од извршења. Први појам означава изузеће од надлежности домаћег правосуђа иностраних овлашћених субјеката, док извршни имунитет штити од мера извршења, као што су пленидба, продаја имовине и сл. Када је реч о поступку за извршење стране судске одлуке у смислу дозволе извршења, тј. поступку ради изједначења стране судске одлуке са домаћим извршним насловом, долази у питање заправо само имунитет од судске надлежности, јер овде још није реч о мерама извршења *strict sensu*, већ о поступку ради формирања извршне одлуке.

ИМУНИТЕТ ДИПЛОМАТСКИХ И КОНЗУЛАРНИХ ПРЕДСТАВНИКА И МЕЃУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Правила о имунитету дипломатских и конзуларних представника, као и међународних организација, постављена су правилима међународног обичајног права и правилима мултилатералних међународних конвенција. Ови субјекти уживају, у интересу несметаног обављања својих функција, веома широк јурисдикциони имунитет, како од кривичног, тако и од грађанског судства. Осврнућемо се на имунитет од грађанског поступка.

У погледу имунитета дипломатских и конзуларних представника, основни извор норми су две бечке конвенције: Бечка конвенција о дипломатским односима из 1961. год. и Бечка конвенција о конзуларним односима из 1963. Дипломатски и конзуларни представници уживају имунитет у оним државама у којима су акредитовани, тј. у држави пријема мисије, што подразумева да они нису изузети од судства у својој држави. У држави у којој су акредитовани имају скоро апсолутни имунитет, који значи да не могу да буду тужени пред судовима државе у коју су акредитовани, ни по основу аката које предузимају у личном својству, без обзира на предмет спора (спорови из уговорних или вануговорних односа, породичног права итд.) Овај њихов имунитет се простире и на изузеће од мера извршења. Једино одрицање од имунитета омогућује вођење поступка и предузимање мера извршења против ових лица, што је у надлежности државе у чијој мисији обављају своју функцију. Међутим, одрицање од јурисдикционог имунитета не обухвата и одрицање од мера извршења, већ су то два посебна акта. Када је реч о изузећу од грађанског правосуђа дипломатских представника разликује се имунитет дипломатског агента (шеф мисије или члан дипломатског особља мисије), те административног, техничког , односно послужног особља.

Дипломатски агенти уживају имунитет од грађанског судства како у погледу службених, тако и у погледу приватних аката, изузев у три случаја:

- а) Ако је реч о стварноправној тужби која се односи на приватне непокретности које се налазе на територији државе пријема, осим ако дипломатски агент поседује ту некретнину за рачун државе коју представља, а за потребе мисије;
- б) у поступку који се односи на наслеђе и у којем се дипломатски агент појављује као извршилац тестамена, управитељ заоставштине, наследник, легатар - и то по приватној основи, а не у име државе која га именује;
- ц) у поступку који се односи на професионалну трговачку делатност коју дипломатски агент обавља у држави у коју је акредитован, а ван својих службених функција.

Имунитет уживају и чланови породице дипломатског агента, ако нису држављани државе у коју је дипломатски агент акредитован.

Чланови административног, техничког и послужног особља уживају имунитет само у вези с радњама и пословима предузетим у оквиру својих службених функција, и под условом да нису држављани државе у коју је мисија акредитована, нити имају домицил у тој држави. Када је реч о административном и техничком особљу (технички стручњаци, шифранти, дактилографи), имунитет се простире и на чланове њихове породице са којима живе у заједничком домаћинству. Такав положај немају чланови породице помоћног особља (шофери, кувари)...

Имунитет конзуларних функционера и службеника је нешто уже постављен. Пре свега, они имају имунитет само у вези са обављањем конзуларних функција. Надаље, неће уживати имунитет ако је реч о :

- а) поступку покренутом на основу уговора који је конзуларни функционер или службеник закључио; ако није поступио изричито, ни прећутно као пуномоћник државе која га је именовала;
- б) поступку који је покренуло треће лице за штету насталу из незгоде коју је у држави пријема проузроковао брод, ваздухоплов или возило,
- ц) поступку у вези са приватним занимањем лукративног карактера које обавља конзуларни слжбеник или помоћно особље.

Што се међународних организација и њихових представника тиче, правила о имунитету су слична. Најважнији извори тих правила, међу онима које је ратификовала Југославија, јесу Конвенција о привилегијама и имунитетима Уједињених нација из 1946. Год., Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих установа из 1947., Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера из 1977. Год.

ИМУНИТЕТ ДРЖАВЕ

Принцип *PAR IN PAREM NON HABET IMPERIUM* (*iurisdictioem*) – (МЕЂУ РАВНОПРАВНИМА СЕ НЕ КОРИСТИ СИЛА, ВЛАСТ), све је до средине 20.в. био скоро неоспорен, и обезбеђивао је неприкосновен положај државама у њиховим односима са другим државама, а нарочито са физичким и правним лицима која су држављани тј. припадници других, дакле страних држава.

Апсолутни имунитет је чувао државу и њене органе од судског поступка и од мера извршења у страниој држави. Повећано ангажовање државе и њених органа у делатностима трговачког карактера и на међународном тржишту довело је до развоја појма рестриктивног или функционалног имунитета који ускраћује имунитет за акте *ex jure gestionis*. Као последица јавља се могућност да државу могу да туже пред

судовима друге државе субјекти који нису држављани тужене државе за акте комерцијалног карактера. Поставило се питање како одредити комецијални карактер активности. Да ли с обзиром на својство државе, а нарочито њених органа који наступају у њено име и за њен рачун, или с обзиром на карактеристику одређеног акта? У првом случају одлучујуће треба да буде да ли субјект који наступа у име државе има својство правног лица које га дели од државе, или нема. Уколико има одвојену правну личност, не ужива имунитет од јурисдикције, ако нема својство правног лица, следује му имунитет.

Према другом критеријуму, о имунитету треба да одлучи природа делатности или правног односа у којој држава учествује, не узимајући у обзир ни мотив ни циљ конкретног акта државе. Ако би се одлучујућим сматра мотив или циљ, сви акти би се могли довести у везу са сувереним актима државе. Типичне школске примере граничних случајева представљају: посредовање у случају куповине оружја, поправка грејног система у згради дипломатског представништва, куповина земљишта за потребе представништва. У сваком случају, држава се може одрећи имунитета, што ће имати последицу да се она може појавити као тужени у спору пред судовима друге државе, с тим што одрицање треба да буде изричито. Прећутно одрицање је исто тако могуће: нпр. у случају када сама држава тужи пред судом друге државе, не може се позвати на имунитет у погледу противтужбе, или ако се држава упусти у спор пред страним судом, а не позове се на имунитет. Европска конвенција о државном имунитету из 1972. Год. јавља се као покушај регионалне кодификације. У Србији не постоје посебни извори у односу на имунитет страних држава.

Када је реч о јурисдикционом имунитету, теорија стоји на позицијама рестриктивног имунитета. То значи да ће држава уживати имунитет само у вези са актима *ex jure imperii* од аката *ex jure gestionis* препуштено је принципима међународног јавног права. Члан ЗПП 25. нуди још један ослонац - објашњење органа надлежног за послове правде.

Што се извршног имунитета тиче, у праву и у правној науци није дошло до јасног напуштања концепције апсолутног имунитета. Јездић је наглашавао да наша земља признаје извршни имунитет стране државе без разликовања између *acta ex jure imperii* и *acta ex jure gestionis*. Наше релевантне позитивноправне норме налазе се у члану 22. Закона о извршењу и обезбеђењу (ЗИО). Ова одредба поставља принцип да се на имовини стране државе не може одредити извршење или обезбеђење, уз два изузетка. Први изузетак представља случај када сама страна држава да пристанак да се одреди извршење или обезбеђење, с тим што тај пристанак мора да буде изричит. Други изузетак је када сагласност да надлежни орган, што значи Министарство правде. ЗИО не поставља мерила на основу којих би Министарство дало или ускратило сагласност. (Према једном ранијем правилу, само је одсуство реципроцитета могло да представља повод за тавање такве сагласности).

Међународне трговачке арбитраже

ПОЈАМ И ОДЛИКЕ МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ АРБИТРАЖА

Арбитраже су не-државне институције за решавање спорова које су им повериле саме странке. И пре него што настаје државна организација и државно правосуђе, парничари су поверавали своје спорове неком трећем лицу (или лицима) у које обе стране имају поверења. Арбитража није нестала ни након појаве државног правосуђа, већ постоји паралелно са судовима. Поступак пред арбитражом је много мање формалан, има услова да буде и брз и пружа знатно шире могућности за тражење компромисног решења. Општи интереси, интереси друштва, нису истина одсутни, али су мањег значаја у арбитражи него у редовним судовима. Арбитраже могу да одлучују само у споровима у којима би воља самих странака могла да замени пресуду ако би се странке поравнале. Не могу да одлучују арбитраже у оним стварима за које је непосредно и интезивније заинтересовано друштво као целина, у којима се морају применити императивне норме без обзира на то шта желе странке. Из тога произилази да спољнотрговинске арбитраже никако не би могле да одлучују, нпр., о увозним или извозним дозволама, царинама или другим питањима државне регулативе спољне трговине, али могу да одлучују о међусобним правима и обавезама.

Традиционално се сматра да су предности арбитража у поређењу са судским решавањем спорова следеће:

1. Еластични процесни оквири који умногоме могу да обликују саме странке,
2. Брзина
3. Нижи трошкови
4. Неутралност (уместо да суди суд државе једног или другог парничара, одлучује институција која не припада ни једној ни другој држави, а арбитри - или макар председник већа, по правилу, су из треће земље)
5. Због великог успеха и широке прихваћености Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. год., веће су шансе да су ван земље доношења призна и изврши арбитражна него судска одлука.

Арбитражно одлучивање има наравно и својих негативних страна. Пошто саме странке стварају машинерију одлучивања и пошто од њих самих зависи и начин одлучивања, повећане су могућности злоупотреба, наметања неправичних решења економски слабијој или неопрезној страни. Ово се потенцира тиме што је арбитражно одлучивање једностепено, првостепена одлука је уједно и коначна, евентуалне грешке се не могу исправити поводом жабе.

ВРСТЕ МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ АРБИТРАЖА

Постоје две основне врсте спољнотрговинских арбитража:

1. Арбитраже **ad hoc** и

2. Сталне (институционалне) арбитраже.

Наше право познаје и дозвољава обе врсте.

1) **AD HOC АРБИТРАЖЕ** – стварају странке за решење једног случаја, **именујући обично једног или тројицу арбитра**. То могу бити познати правници, стручњаци за спољну трговину, па и експерти за нека техничка питања (квалитет робе). Именовани арбитраи ће се састати на месту које су одредиле странке (или на месту које они саме одреде, ако се странке нису договориле), водиће поступак на начин како су то одредиле странке (или како се они сами договоре, ако странке то нису одредиле). То значи да ће од договора странака или договора изабраних арбитра зависити процедурална правила, па и технички детаљи, као што је нпр. вођење записника. Након доношења одлуке арбитража престаје да постоји и правно и организационо.

2) **ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ (СТАЛНЕ)** су оне арбитраже које имају сталну организациону структуру, техничке услове (просторије, администрације) и правила поступка. Надлежност ових арбитража се такође успоставља вољом странака - без споразума странака ни стална арбитража нема никакве правне надлежности. Ипак, организационо оне постоје и пре и након доношења одлуке за шта су их овластиле странке. Најчешће их организују привредне коморе.

Велико је преимућство институционалних арбитража у томе што ослобађају странке и арбитрае бројних правно-организационих и техничких послова. О кореспонденцији и достављању писмена води бригу администрација арбитраже, а арбитраи поступају према правилнику арбитражне установе. На тај начин се смањује могућност злоупотреба које више прете ако је читава организација и одређивање начина поступања непосредна брига самих странака.

Посебни су значајна модел правила УНИЦИТРАЛ-а из 1976, ревидирана 2010. године, која су постала широко прихваћена и која данас представљају типичан процесни оквир **AD HOC арбитража**.

ВАЖНО: институционална арбитража НЕ РЕШАВА спор, она само пружа административно-техничку подршку у решавању спора), Јовановић презентације.

ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ (СТАЛНЕ) АРБИТРАЖЕ можемо поделити у две групе:

1. ЗАТВОРЕНЕ

2. ОТВОРЕНЕ

1. **ЗАТВОРЕНЕ** су оне арбитраже које решавају само спорове у којима се као једна страна јавља чланица организације, удружења које је основало институционалну арбитражу. Сталне арбитраже најчешће оснивају трговачка удружења, банке, берзе, привредне коморе. Ако су те арбитраже затворене, то значи да једна од странака у спору мора да буде чланица дотичног трговачког удружења, банке, берзе, привредне коморе.

2. **ОТВОРЕНЕ** су, насупрот затвореним, оне институционалне арбитраже које такав услов не постављају, којима се могу обратити две странке, од којих ниједна није чланица организације или удружења при којем постоји арбитража. Огромна већина познатих арбитражних институција је отвореног типа.

Навешћемо, примера ради, имена неколико арбитражних институција:

- Арбитража Међународне трговинске коморе у Паризу.
- Лондонски међународни арбитражни суд.
- Америчка арбитражна асоцијација.
- Арбитражни институт Штокхолмске трговинске коморе (који се посебно бави споровима „Исток-Запад“)

Установе сличне арбитражама – ове установе, тела, уместо одлуке, **доносе мишљења, ставове, предлоге за решење спора**. Ти ставови и мишљења могу бити веома ауторитативни, али нису по правилу подобни да се претворе у извршни наслов. Постоје и: „праве“ арбитражне установе које доносе одлуке подобне за принудно извршење али које своју делатност ограничавају искључиво на разматрању неког техничког питања. Пример: арбитражни суд за памук у Авру, Француска.

Нема никаквог контакта између странака и арбитра – странке чак и не знају за име арбитра, нити арбитра за име странака. Од значаја су и разне установе, за концилијацију и медијацију. То могу бити посебне установе, али врло често и редовне арбитраже нуде своје услуге на плану медијације или концилијације. Улога концилијатора (медијатора) понекад се своди само на тумачење и објашњење ставова, а понекад се уз то предлаже и компромис. **Основна (веома крупна) разлика између коцилијације и медијације са једне стране, и арбитраже са друге стране, јесте у томе да се концилијација и медијација завршава сугестијама или предлозима, судбина спора остаје у рукама странака. Арбитража ипак доноси одлуке које обавезују странке.** Неретко, концилијација (медијација) претходи арбитражи. Странке покушају да се нагоде уз помоћ треће стране (коцилијатора/медијатора); ако то не би донело резултата, следи арбитража.

ИЗВОРИ НОРМИ

Арбитражно решавање спорова тежи томе да, са једне стране, створи један флексибилан механизам који би се у доброј мери ослободио строгости (понекад крутости) националних процесних права, а да се истовремено задржи могућност и право на судску интервенцију ако механизам који су креирале странке не би донео резултат. (Ако, нпр. једна странка не именује арбитра, или не изврши арбитражну одлуку).

Арбитражни поступак уређују следеће норме:

А) АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА

Странацка аутономија је свакако *differentia specifica* арбитражног решавања спорова. Странке су слободне да одреде ко ће, где ће и како ће да им реши спор. Слобода странака да одреде механизам одлучивања је изузетно широка, но ипак има неке границе у националним процесним нормама и међународним споразумима.

Могући начини одређивања меродавног материјалног права у одсуству аутономије воље (Јовановић):

- Примена колизионих норми права места седишта арбитраже (колизионе норме *lex fori*)
- Примена прикладних колизионих норми (то могу да буду колизионе норме неког другог права или неке не-националне колизионе норме – нпр. норме садржане у неком широко прихваћеном или карактеристичном међународном споразуму)
- Примена тзв. кумулативног метода (примењују се колизионе норме за исту правну категорију (нпр. уговор о пружању услуга) из више права (нпр. из права места седишта арбитраже, права седишта пружаоца услуге и права седишта примаоца услуге) како би се избор меродавног материјалног права ”оснажио”. Али, да би овај метод могао да функционише, све колизионе норме које се примењују, поред исте правне категорије, морају да имају и исту тачку везивања,

јер ће у противном довести до примене различитих оправа, чиме проблем одређивања меродавног права неће бити решен)

- Директно одређивање меродавног материјалног права без посредства колизионих норми
- Примена ненационалних материјалноправних правила (lex mercatoria)

Б) ИНСТИТУЦИОНАЛНА ПРАВИЛА НЕ - ДРЖАВНОГ ПОРЕКЛА

Странке неће готово никада саме да формулишу читав процедурални оквир одлучивања. Због тога се оне ослањају на постојеће, већ изграђене моделе.

„Постојећи изграђени модел“ ће се најчешће наћи у правилнику неке институционалне арбитраже. То су мали процесни кодекси прилагођени флексибилном начину арбитражног одлучивања.

Ако се странке одреде за *ad hoc* арбитражу, институционална правила не могу пружити ослонац, али су од помоћи модел - правила. Од посебног су значаја Арбитражна правила UNCITRAL-а из 1976 год. и 2010. године, која представљају отворени модел и која ће се применити ако их странке прихвате. Ова правила нису много детаљна, остављају доста широк маневарски простор арбитрама. Модел – правила UNCITRAL –а представљају изразит успех и данас се убедљива већина *ad hoc* арбитража води по тим правилима.

Правилници и модел - правила често остављају и одређен маневарски простор странкама, остављајући им да се саме договоре о начину избора арбитра, о језику поступка, о месту арбитраже, као и о другим детаљима. Странке у поступку могу не само да допуњавају, већ и да мењају институционална и модел- правила, али то није препоручљиво (доводи до озбиљних процесних тешкоћа).

„Арбитража може искључити надлежност и када је она уговорена, ако арбитражни уговор садржи одредбе које нису у складу са надлежностима Арбитраже и начелима Арбитраже, односно ако су захтеви и поступање обе странке у току поступка такви да онемогућавају нормално одвијање арбитражног поступка“. Напред наведено решење из члана 17. (Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије) штити дигнитет установе, спречава доношење одлуке која би могла бити поништена, али се тиме одустаје од арбитражног решавања спора.

Ц) ДРЖАВНЕ ПРОЦЕСНЕ НОРМЕ

Државне процесне норме остају релевантне. Оне постављају одређене границе страначкој и институционалној саморегулативи. Нагодбе странака или институционална правила која не би поштовала принцип једнакости странака или принцип права одбране не би могла довести до ваљане арбитражне одлуке. Државне процесне норме су незаобилазне и када је реч о признању и извршењу страних одлука, о поништају домаћих одлука, или, на пример, при именовању арбитра (у случајевима када механизам створен, или изабран од странака, не би дао резултат).

Државне процесне норме су најчешће садржане у посебним законима о арбитражи (нпр. САД, Енглеска, Велс, Шпанија, Индија, Мађарска, Русија..), законима о парничном поступку или пак у законима о међународном приватном праву (нпр. Швајцарска). У СРЈ, релевантне процесне норме су биле садржане пре свега у ЗМПП-у и у Закону о парничном поступку. Србија је 2006. године донела **Закон о арбитражи**. Србија данас спада међу земље које имају посебан Закон о арбитражи. Под окриљем UNCITRAL-а израђен је и један Модел - закон о међународној трговинској арбитражи 1985. године, модел је ревидиран 2006. године. Пошто је ово модел, а не конвенција, може се преузети у целини или у деловима, са изменама или без њих, те није сасвим неспорно који се закони данас могу сматрати, као закони који представљају рецепцију модел закона. Данас постоје 53 земље и шест федералних јединица у САД које се могу квалификовати као земље које су прихватиле МОДЕЛ- ЗАКОН. Поставља се питање која државна процесна правила (правила које земље) су меродавна. Ово питање није без контроверзи, али су доминантна следећа решења:

За признање и извршење страних арбитражних одлука неспорно се примењују норме земље у којој се тражи признање - у погледу самог арбитражног поступка, меродавно је по правилу право места седишта арбитраже.

Д) МЕЂУНАРОДНИ СПОРАЗУМИ

Међународне трговинске арбитраже не би могле да буду успешне без међународних споразума који обезбеђују да се арбитражни поступак и његов резултат (одлука) признају и ван граница одређене земље. Ако би се издвојио један најважнији међународни споразум, то је свакако **Њујоршка конвенција и признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958.** године. Та конвенција је данас прихваћена у 146 земаља. И, веома је значајно што је та конвенција прихваћена на свим континентима. Србија је земља чланица Конвенције и то од 27. Априла 1992. тј. од дана проглашења СРЈ. Важна је и **Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965.** године (157 држава чланица укључивши Србију) којом се регулише арбитража за ову специфичну врсту спорова.

Од значаја је и **Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961.** год. (31 земаља, укључујући и Србију).

У важности су још и **Женевски протокол о арбитражним клаузулама из 1923.** год, те **Женевска конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1927.** год, али су оне изгубиле готово сваки практичан значај након доношења и широког прихватања Њујоршке конвенције.

Е) ПИТАЊЕ ХИЈЕРАХИЈЕ РАЗНИХ НОРМИ

Нагодбе самих странака и институционална правила (која такође важе са ослоном на нагодбу странака, одн. аутономију воље) не могу бити у супротности са императивним нормама националних права и међународних споразума. Са друге стране, у складу са принципом да је арбитражно решавање спора избор и креација странака, неће остати ваљана одлука која се доноси на начин који се коси са договором странака.

Шта чинити ако се странке договоре о томе да су арбитри дужни да саслушају сваког предложеног сведока без могућности да цене да ли је то сведочење релевантно и корисно) или ако се договоре да арбитри треба да саслушају све сведоке које предложи једна странка (али се тако не третирају предлози друге стране).

Овакав договор - нарочито онај који вређа принцип једнакости странака - биће супротан императивним нормама практично сваке државе. Неће се признати (или ће се поништити) одлука донета на основу такве процедуре. Са друге стране, одлука може остати без ефекта и ако би арбитри одлучили да се не обазире на погодбу странака, јер се на тај начин вређа један други принцип, начело да арбитража постоји само ако и како то странке желе. У таквој ситуацији, арбитражу не преостаје ништа друго него да упозори странке на могуће последице и предложи им да одустану од нагодбе која је у супротности са императивним нормама.

Поступак који не би био у сагласности са споразумом странака неће представљати разлог за поништај, ако је у датом случају споразум странака у супротности са императивним нормама Србије (члан 58. став 4, ЗОА). Ако би арбитри пренебрегли споразум странака који је супротан императивним нормама Србије, одлука се неће поништити, иако је поступак био супротан споразуму странака. Пошто је реч о нормама за поништај, на тај начин могу остати пуноважне домаће одлуке у Србији - али се то правило не протеже ни на судбину наших одлука у иностранству, ни на судбину страних одлука у Србији. Остаје општи принцип да арбитражни

поступак треба да задовољи како договор странака, тако и императивне норме меродавног државног права (lex arbitri).

Надлежност међународних трговинских арбитража

а) Појам и врсте арбитражних споразума

Међународне трговинске арбитраже могу да буду надлежне за решавање само једног спора само на основу споразума странака. Њујоршке конвенције који предвиђа следећу кључну обавезу судова свих потписница Конвенције - Ако би се једна странка обратила суду иако постоји арбитражни споразум, суд ће по захтеву једне од странака упутити странке на арбитражу - изузев ако би суд утврдио да је арбитражни споразум ништав или неподобан за примену. Разликујемо две врсте арбитражног споразума.

То су **компромис** и **компромисорна клаузула**.

Компромис је споразум странака да подвргну арбитражи један спор који је већ настао. То је посебан писмени споразум, независан од основног правног посла међу странкама из којег се рађа спор. Варијанту компромиса представља арбитража споразуман базиран на конклюдентним радњама, ако оне удовољавају минималним захтевима писмене сагласности. Према ставу 4. члана 12 ЗОА : *сматра се да постоји споразум о арбитражи и ако тужилац писменим путем покрене арбитражни спор, а тужени изричито прихвати арбитражу и с тим се сагласи у писменој форми, или у изјаву на записнику на рочишту, као и ако узме учешће у арбитражном поступку и да упуштања у расправљање о предмету спора не истакне приговор да не постоји споразум о арбитражи, односно не оспори надлежност арбитражног суда.*

Компромисорна клаузула је део главног уговора који се закључује међу странкама. Странке се споразумевају да све будуће спорове из датог уговора подвргну арбитражи.

б) Аутономија арбитражног споразума и принцип „Компетенз- Компетенз“

У савременој теорији се сматра да арбитражна клаузула представља једну посебну правну целину чија је правна судбину независна од судбине главног уговора. Арбитража може да одлучује на бази компромисорне клаузуле и о пуноважности главног уговора. Аутономија арбитражног одлучује и у случају када је главни уговор непуноважан. Ако прихватимо принцип да главни уговор и његова арбитражна клаузула могу да имају различите судбине, постаје могуће и то да главни уговор буде пуноважан, а да арбитражна клаузула буде неважећа.

Са принципом аутономије арбитражног споразума повезан је и принцип „Компетенз- Компетенз“, чија је суштина у томе да су арбитражи компетентни да сами одлуче о својој компетентности (надлежности). Без тог принципа лако би се осујетила ефикасности арбитражног поступка. Арбитражна надлежност се може оспорити како из разлога што је пуноважност арбитражног споразума заиста спорна, тако и због тактике одуговлачења спора.

ц) Услови за пуноважност арбитражних споразума

Да би арбитражни споразум био пуноважан, неопходно је да се испуне одређени услови. Те услове цени, пре свега, сама арбитража, а евентуално и суд, најчешће у поступку за поништај или за признање и извршење арбитражне одлуке. Прво питање које се поставља јесте према ком праву ваља ценити арбитражни споразум?

Одговор на ово питање зависи, пре свега, од тога да ли се у датом случају примењује нека међународна конвенција или не. Ако се не примењује специјалан конвенцијски режим, треба применити мерила нашег права, а ко би странке уговориле међународно право, онда је за пуноважност арбитражног споразума неопходно да буду испуњени услови и по нађем праву и према изабраном праву.

Услове за пуноважно подвргавање спољнотрговинској арбитражи.

1. Пре свега, **треба да је реч о међународној арбитражи**. Реч је о односима у којима странке у време закључења арбитражног споразума имају седишта у разним државама.

2. **Следећи услов је услов *арбитрабилитета***. Суштина је у следећем. Арбитража је данас у претежној мери самосталан не- државни начин решавања спорова. Ипак остају неке категорије спорова чије решавање државни органи задржавају за себе који су „не-арбитрабилни“. Осетљиве и спорне области су домен патената, те захтева који се темељи на антимонополистичким нормама. Према ЗОА, арбитражи се могу подврћи спорови о правима са којима странке слободно располажу. Арбитражи се не може подврћи спор о томе да ли ће се издати извозна дозвола - може бити, међутим, „арбитрабилан“ спор о томе ко треба да надокнади штету због тога што извозна дозвола није била издата.

3. **Не може се закључити пуноважан арбитражни споразум ако је реч о спору за који је предвиђена *искључива надлежност нашег правосуђа***.

Према ЗМПП, искључива надлежност постоји само у неким породичноправним и наследноправним споровима, као и у стварноправним споровима на некретнинама.

4. **Одређивање *броја арбитра* није услов пуноважности арбитражног споразума. Ако би странке то пропустиле, арбитраи ће се одредити према правилнику сталне арбитраже или према прописима *меродавног права***. Међутим, ако странке саме одређују број арбитра, тај број треба да је непаран. Одређивање парног броја арбитра повлачи за собом неважност арбитражног споразума.

5. **Претпоставка за пуноважност арбитражног споразума је и *писмена форма***. Овај последњи услов треба еластичније схватити, па би се под писменим компрописом или компромисорном клаузом подразумевало не само једно писмено са потписима обеју странака већ и писмени споразум који је постигнут разменом писама, телеграма, или путем телепринтера.

Писменој форми је удовољено и када се арбитражна клаузула налази у општим условима пословања, ако они чине саставни део уговора међу странкама.

Сматра се ако се арбитражни споразум закључује посредством заступника, такав заступник не би могао да закључује компромис или компромисну клаузулу на основу усменог овлашћења, већ је неопходно да има писмену помоћ.

6. **У вези са пуноважношћу арбитражног споразума јавља се и питање његовог *домаћаја***. Принцип је јасан, арбитража је надлежна за расправљање оних спорова које су странке подвргле арбитражи- не мање и не више. СТА садржи формулацију којом се арбитражи подвргавају спорови настали из овог уговора и поводом њега.

ПОСТУПАК ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ АРБИТРАЖАМА

а) ОСНОВНИ ПРОБЛЕМИ ПОСТУПКА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ АРБИТРАЖАМА

Правила поступања одређују или саме странке, или пак арбитри. Треба рећи, међутим, да постојећа модел-правила, а посебно Модел – правила UNCITRAL-а, пружају значајну помоћ при организовању поступка пред арбитражама ad hoc. Сведоци смо једне снажне тенденције уједначавања правила арбитражног поступка.

б) МЕРОДАВНА ПРАВИЛА

Институционалне арбитраже воде поступак пре свега, на основу својих правилника. Тек ако правилници не би имали решење за једно конкретно питање, долази у обзир примена неких других норми. Правилници институционалних арбитража предвиђају углавном три начина допуне својих норми:

1. Супсидијарне процесне норме могу да одреде саме странке,
2. Може се препустити арбитрама да одреде правила поступка,
3. Могу се применити и правила парничног поступка једне државе- обично државе у којој се води арбитражни поступак.

Правилник СТА се не позива на ЗПП, већ арбитрама препуштају да одреде процесна правила, која сматрају целисходним, у границама одредаба ЗОА РС.

Процесне норме државе места арбитраже су релевантне по питањима помоћи арбитражном поступку (нпр. именовање арбитра у случајевима када странке нису за то предвиђале одговарајући механизам, или пак тај механизам затаји); те по питањима контроле арбитражног поступка (нпр. кроз норме о минималним процесним гаранцијама или кроз норме о судском поништају арбитражне одлуке.) Према правилима арбитраже Међународне трговинске коморе (ИЦЦ) у Паризу, ако сам Правилник не садржи потребне процесне одредбе, примењује се, пре свега, правила која одређују странке, а ако оне то не би учиниле, правила поступка ће одредити арбитри. Правилник о међународној арбитражи при Циришкој трговинској комори је био предвидео нешто другачије решење. Према члану 3. овог Правилника, меродавна су процедурална правила главе XII Швајцарског Закона о МПП из 1987., затим норме самог Правилника, па споразум странака (уколико тај споразум није у супротности са Законом и Правилником), те закључци арбитра и председника већа.

Швајцарска правила су 2004. године донета, и остављају арбитрама да воде поступак на начин који сматрају прикладним у складу са правилима и водећи рачуна о праву странака на једнак третман, коа и о њиховом праву да износе ставове члан 15.

ц) КОНСТИТУЦИЈЕ АРБИТРАЖЕ

Један од веома сложених и специфичних процедуралних проблема који се јавља у арбитражном одлучивању је проблем избора арбитра у случају да то не учине странке. Странке, наиме, релативно ретко одређују име арбитра (или арбитра) већ у самом арбитражном споразуму. Ако је реч о три арбитра-што је најчешће-странке се обично договоре да ће свака страна именовати по једног арбитра, а да ће тако изабрани арбитра постићи споразум о трећем арбитру, који најчешће постаје председник већа. До озбиљних тешкоћа може доћи и у следећој фази конституисања арбитражног већа-ако се два арбитра одређена од странака не могу сложити око личности трећег арбитра. У оваквим (и сличним) ситуацијама институционалне арбитраже могу да надоместе пасивност странака и могу да одреде и трећег арбитра. Правилници институционалних арбитража предвиђају механизме за решавање овог проблема.

Ситуација је тежа ако је у питању арбитража *ad hoc*, јер у таквим случајевима не постоји никаква компетентна институција која би могла сама да одреди арбитра. Решење се тражи конституисањем тзв. „органа именовања“ (*appointing authority*) који би у горе описаним ситуацијама застоја могао да именује арбитра и на тај начин да омогући да ваљани арбитражни споразум ипак дејствује.

Према Модел-правилима UNCITRAL-а, орган именовања ће одредити саме странке, а ако оне то не би учиниле, на сцену ступа генерални секретар Сталног арбитражног суда у Хагу. Генерални секретар неће сам да именује арбитра, али ће одредити орган именовања, тј. орган који ће уместо странака одредити арбитра. Под условом да се странке споразумеју о примени Правила UNCITRAL-а.

Друго могуће решење: предвиђање тзв. органа именовања = лица или ентитета које ће одредити арбитра (нпр. према УНЦИТРАЛ-овим арбитражним правилима, у арбитражама где је овај правилник меродаван генерални секретар Сталног арбитражног суда одређује орган именовања – **ОБРАТИТИ ПАЖЊУ: арбитра не именује генерални секретар, већ орган именовања кога генерални секретар одреди!**)

Могуће помоћно решење представља и именовање арбитра од стране суда. Такву могућност предвиђа и наш ЗОА. (ЗОА се, иначе, примењује ако је седиште арбитраже у Србији). Судско именовање ће се извршити ако арбитар не буде на време постављен. Именовање ће се извршити на захтев странке.

д) ТОК ПОСТУПКА ПРЕД СПОЉНОТРГОВИНСКИМ АРБИТРАЖАМА

Након што је конституисана, арбитража води поступак превасходно према правилнику који су изабрале странке. Правилници који су данас типични не улазе у многе детаље, фиксирају само основне тачке тока поступка и арбитрама остављају доста широко дискрецију.

Пре неколико година сачињен је још један текст под окриљем UNCITRAL-а са циљем да се арбитражни поступак учини ефикаснијим. То су „Белешке“ о организовању арбитражног поступка из 1996. Циљ ових „Белешки“ је да служе као нека врста подсетника како странкама, тако и арбитрама у питањима рационалне организације арбитражног поступка.

е) ПОСТУПАК ПРЕД СТА

Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије (СТА) је институционална арбитража. СТА има свој правилник. Данас је на снази Правилник који је настао изменама и допунама Правилника из 2007. год.

Ток поступка је прописан меродавним арбитражним правилником

Што се тиче поступка пред Спољнотрговинском арбитражом, **ОБРАТИТИ ПАЖЊУ НА СЛЕДЕЋЕ:**

- СТА више не постоји, институционална арбитража при Привредној комори Србије сада се зове Стална арбитража
- Уместо члана 17 који се наводи у удбенику, видети чл. 39 Правилника Сталне арбитраже и уочити измену у начину одређивања правила поступка
- И даље постоји могућност да се поступак води према УНЦИТРАЛ-овом правилнику (вид. чл. 40 Правилника СА)
- Укинута је захтев да се арбитри бирају са листе. Препоручена листа лица која поседују квалификације за обављање дужности арбитра сада има искључиво карактер препоруке
- У случају да Правилник не садржи одговарајуће одредбе за решење неког процедуралног питања, примениће се правила која саме странке поставе, а ако то странке нису учиниле, арбитри ће применити правила која сматрају целисходним у границама које поставља ЗОА.

Допуњавајуће одредбе Правилника, странке нису сасвим слободне: оне не би могле да поставе таква правила која не би била спојива са принципима на којима функционише СТА. Навешћемо, примера ради, један случај из 1957. године у којем је СТА тако поступила. Била је реч о томе да су се странке сагласиле да се мора саслушати одређени вештак и да је његово саслушање услов за пуноважност одлуке. СТА је закључила да би тиме било ограничено њено правилно функционисање. Истакнуто је да странке могу да поднесу мишљење било ког вештака, могу и да предложе саслушање одређеног вештака, али не могу да одреде у компромисорној клаузули за све могуће спорове из датог уговора саслушање одређеног вештака као услов за пуноважност одлуке.

Занимљиво је истаћи да Правилник СТА изричито предвиђа могућност да се поступак пред СТА води према Модел-правилу UNCITRAL-а, што је доказ високе оцене коју су ова Модел-правила добила код нас. Као даље карактеристике поступка пред СТА могле би се истаћи флексибилност и тежња да се ствари упросте ради ефикасности. СТА може донети одлуку и без заказивања усмене расправе ако се питање може јасно сагледати из писмених поднесака и ако ниједна странка не инсистира да се одржи усмена расправа-рокови нису строги, на оправдани захтев странке, могу се продужити. Арбитри се бирају са листе коју утврђује Скупштина Привредне коморе Србије. У листу су укључени и страни држављани. Председник већа може бити само арбитар који се налази на листи.

ПРИМЕНА МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА ОД СТРАНЕ МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ АРБИТРАЖА

а) Општи поглед

Одређивање меродавних правила на основу којих међународне трговинске арбитраже решавају спорове спада међу веома сложене проблеме. Ипак, за решење проблема полази од једне чврсте полазне тачке, а то су колизионе норме *lex fori*, закона земље суда.

Пошто арбитраже нису државни органи и пошто (нарочито *ad hoc* арбитраже) могу да имају везе приближног интезитета са две или више држава, отвара се дилема које право, право које државе би требало сматрати за полазну тачку, тј. од којих колизионих норми треба поћи при одређивању меродавних правила.

Настојаћемо да издвојимо неколико најзначајнијих типова решења проблема одређивања меродавних правила.

1) Први начин се не разликује од поступка одређивања меродавног права пред судовима. Полази од колизионих норми једног националног права (обично колзионих норми државе у којој арбитража заседа) те се примењује материјално право оне државе на коју те колзионе норме указују.

2) Карактеристика другог типа решења су не-националне колзионе норме као полазна тачка, колзионе норме које нису узете из међународног приватног права одређене државе. Близу је том решењу и члан VII Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, коју смо и ми ратификовали. У том члану се истиче да у недостатку избора меродавног права од стране странака „арбитри ће применити закон који одређује правило о сукобу закона чију примену арбитражи сматрају прикладном у том спору“.

Једну даљу подваријанту у категорији не-националних колзионих норми представља решење Правилника Међународне трговинске коморе из 1998. год, према којем арбитражи у одсуству аутономије воље) примењују правна правила која сматрају прикладним. То значи да се меродавно право може бирати без икаквог колзионог образложења. Такво решење прихвата и члан 50. ЗОА.

3) Трећи тип решења карактерише још потпунији раскид са нормама појединих држава - С ослоном на не-државни карактер арбитраже јавља с и одлучивање без ослона на неко материјално право (материјално право неке државе), при чему су, наравно, сувишне и колзионе норме које би одвеле до меродавног материјалног права одређене државе. Јавља се решење спора на бази општих принципа правичности, *ex aequo et bono*, јавља се одлучивање за које је наприхваћенији француски назив *amiable composition*. Правилник СТА такође предвиђа овакву могућност. Према члану 46, став 4:

-ОДЛУКА СЕ МОЖЕ ДОНЕТИ ИСКЉУЧИВО ПО НАЧЕЛУ ПРАВИЧНОСТИ САМО АКО СУ СТРАНKE ДАЛЕ ТАКВО ОВЛАШЋЕЊЕ.

4) Одлучивање путем ослона на аутономно право међународне трговине или нови *lex mercatoria* такође тежи ка еманципацији од националних права, али се при том ствара једна алтернатива националним облигационим и привредним правима. Међународне конвенције, једнообразни закони. Међународни обичаји, општи услови, саморегулативни уговори, садрже неупоредиво разрађенија правила од општих принципа и правичности.

Као могуће „анационално“ меродавно право јављају се Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре из 1994. (ревидиране 2004. год.), на које се повремено ослањају арбитраже.

5) У значајном броју одлука арбитражи користе истовремено више метода у образлагању мериторног решења. Често се поред позивања на једно национално супстанцијално право позивају и на норме *lex mercatoria* или принципе UNIDROIT, евентуално и на норме другог права које је долазило у обзир да буде меродавно.

б) Примена материјалног права од стране СТА

На основу одредаба Правилника СТА, те ставова заузетих у нашој арбитражној пракси, може се извући неколико закључака о примени материјалног права од стране СТА:

1) Правилник познаје два начина одлучивања: **по правним нормама и по правичности. Претпостављени начин је одлучивање према правним нормама.**

2) За одлучивање по правичности потребно је изричито овлашћење странака. У пракси наше СТА такво овлашћење је давано у занемарљиво малом броју случајева.

3) Ако арбитри немају овлашћење да одлучују према правичности, примениће правне норме. Тако се одлучује у највећем броју случајева. Правилник предвиђа три извора правила за доношење одлуке по правним нормама:

- сам уговор ,
- трговински обичаји(под којима ваља подразумевати пре свега елементе новог *lex mercatoria*),
- норме националног права (до којих се првенствено долази аутономијом воље, а у њеном одсуству, применом ненационалних колизионих принципа).

Правилник не поставља хијерархијски однос између наведена три извора. Чини се да по природи ствари на прво место долази сам **уговор** (ако није у супротности са императивним нормама меродавног националног права), на друго место би дошле **обичајне норме признате у међународној трговини**, или пак у одређеној специфичној области међународних пословних односа (опет под претпоставком да нису у супротности са императивним нормама меродавног права), а на трећем месту би биле **норме меродавног националног права**. Тај редослед се мења у прилог националном праву, ако је реч о императивном нормама, односно о нормама непосредне примене.

ПРАВНА СРЕДСТВА ПРОТИВ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА

а) Општи поглед

Арбитражно решавање спорова је начин одлучивања који је стекао изванредно висок степен самосталности. Арбитри могу сами да одлучују о својој надлежности, често сами одлучују и о меродавним процесним и материјалним правилима. Државно правосуђе задржава извесне могућности макар накнадне контроле арбитражног поступка. О мери и обиму те контроле постоје веома различита гледишта у упоредном праву. У појединим позитивноправним решењима изражава се различит степен поверења (односно неповерења) према арбитражи. Треба, међутим , истаћи да се последњих деценија осећа веома снажна тенденција ширења аутономије арбитражног одлучивања и сужавања државне контроле. Снажан утицај у правцу уједначавања врши и Модел-закон UNCITRALA из 1985. Правна средства која се могу користити против арбитражних одлука у појединим законодавствима веома су бројна и разнолика. Можемо ипак истаћи три основна типа ових правних средстава:

1. ЖАЛБА- вишој арбитражној инстанци, или суду,
2. ТУЖБА за поништај и нека слична правна средства против домаће арбитражне одлуке,
3. КОНТРОЛА стране арбитражне одлуке у поступку њеног признања и извршења.

У праву Србије постоје два средства за контролу арбитражних одлука

Тужба за поништај (само за ДОМАЋЕ арбитражне одлуке) – контрола се остварује у ПАРНИЧНОМ поступку.

Предлог за признање (само за СТРАНЕ арбитражне одлуке) – контрола се остварује у ВАНПАРНИЧНОМ поступку.

Одлука је домаћа када је донета на територији Србије, а страна када је донета у иностранству.

б) Утврђивање порекла арбитражне одлуке

Кичма система међународне трговинске арбитраже је данас Њујоршка конвенција. Након нешто колебања, Конвенција је названа Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Окосница Конвенције (и окосница савременог система међународне трговинске арбитраже) постала је дистинкција између домаћих и страних одлука. Традиционално су се разликовала два основна типа повезаности између арбитража и једног правног поретка, тј. два основна критеријума за одређивање порекла арбитражне одлуке. Као мерила истицани су персонални и територијални критеријуми.

1) Схватања о одлучујућем значењу персоналне везе су мање заступљена у теорији и без већег су одјека у пракси. Данас је та битка практично одбачена у корист територијалне везе. Један од главних заступника субјективног (персоналног) критеријума био је Деманжа, који сматра да су одлучујући критеријуми везивања држављанство и домицил арбитра, односно председника већа, ако би арбитра били различите националности. Према једном другом, такође персоналистичком схватању, кључна веза-односно кључни критеријум за одређивање порекла арбитражне одлуке- јесте држављанство, или пак домицил странака.

2) Покушаји локализације арбитраже помоћу елемената територијалне повезаности увек су имали више присталица у теорији и од знатно су већег утицаја на развој праксе. Давно формиран, један од најизграђенијих критеријума територијалне локализације арбитраже, јесте принцип везивања арбитраже за седиште арбитраже. По једном другом (тј. територијалном) схватању, које су међу првима артикулисали Нибоаје, Шницер, Лунц и други, порекло арбитражне одлуке одређује се према месту доношења одлуке. Два основна територијална критеријума (седиште арбитраже, односно место доношења одлука) по правилу у једном случају указују на исту државу. Одлука се најчешће доноси управо тамо где је и седиште арбитраже- мада то ипак није увек случај. Модел- закон UNCITRALA настоји да преброди тај проблем на тај начин што поставља презумпцију да је арбитражна одлука донета на месту које је назначено у самој одлуци.

3) Поред ова два основна приступа, познати су још неки начини локализације арбитражне одлуке. Поменућемо схватање о локализацији арбитражне одлуке помоћу закона арбитраже, тј. закона којем су странке подвргле арбитражни процес. Јавља се затим и схватање да је одлучујућа околност примењено процесно право (без обзира на то да ли су то право бирале странке). Према ЗОА, страним се сматрају две категорије арбитражних одлука:

- Одлуке које су донешене ван територије Србије и
- Одлуке које су, истина, донете на територији Србије, али при чијем је доношењу примењено право стране државе.
- У погледу друге категорије, треба да нагласимо да је реч о процесном праву стране државе. Значи, примена правила UNCITRALA, или неког другог модел правилника, још не претвара одлуку у страну одлуку. Правила UNCITRAL-A нису српски прописи, али нису ни правила неке стране државе.

ц) Признање и извршење страних арбитражних одлука

ца) Значај признања и извршења страних арбитражних одлука

Ефикасност арбитражног решавања спорова (као и сваког другог начина решавања спорова) у крајњој линији зависи од тога да ли се одлуке спроводе, да ли се извршавају. Проблем извршења арбитражних одлука је потенциран тиме што арбитраже нису (као што су судови) непосредно везане за државни апарат, који се јавља као апарат за принудно извршење оних одлука које се не извршавају добровољно. На спонтано извршење одлука у одређеној мери утичу и тзв. корпоративне санкције, мере иза којих не стоји државна принуда, већ различита удружења у појединим гранама привреде. Оне не могу да обезбеде принудно

извршење у правом смислу те речи, али представљају веома ефикасно организован притисак на дужника. Међу овим санкцијама налазе се: стављање на „црну листу“, брисање из чланства удружења, забрана поновног прибегавања истој институционалној арбитражи и сл. Ове санкције могу нанети озбиљну штету пословном угледу, што се најчешће претвара у осетну материјалну штету, и у томе је објашњење ефикасности тих санкција иза којих не стоји државна принуда.

цб) Признање и извршење страних арбитражних одлука према прописима Србије

У нашем праву норме о признању и извршењу страних арбитражних одлука постављене су у чл. 64-68 ЗОА. Ове норме говоре пре свега о условима за признање и извршење страних арбитражних одлука, а постављена су и нека правила у погледу процедуре. Процедурална правила су претежно она иста која се односе и на поступак признања и извршења страних судских одлука. Услови за признање и извршење страних арбитражних одлука нису, међутим, исти као и услови за признање и извршење страних судских одлука. Без давања егзекватуре (тј. без одлуке о признању и извршењу), страна арбитражна одлука не производи дејство у Србији.

цба) Услови за признање и извршење страних арбитражних одлука

Као и Њујоршка конвенција, ЗОА познаје две категорије разлога из којих се може одбити признање стране арбитражне одлуке :

1. Разлози који се могу узети у обзир само ако их странка (која се противи признању) истакне и докаже и
2. Разлози које суд узима у обзир и цени по службеној дужности.

1. РАЗЛОЗИ КОЈИ СЕ ЦЕНЕ ПО ЗАХТЕВУ СТРАНКЕ

- Потребно је да је арбитража која је донела одлуку била **надлежна**. Надлежност арбитраже цени се на тај начин што ће се испитати да ли постоји пуноважан арбитражни споразум (компромис или компромисорна клаузула). Ако странке нису изабрале меродавно право, пуноважност арбитражног споразума ће се ценити према праву земље у којој је одлука донета.
- **Поштовање права одбране** је услов који се јавља како у егзекватури судских, тако и у егзекватури арбитражних одлука. Не може се признати арбитражна одлука ако је донета против лица којем није пружена могућност да се брани. ЗОА и у погледу овог услова преузима правило Њујоршке конвенције, те могућу повреду права одбране види пре свега у томе да странка не буде уредно обавештена о именовању арбитра или о арбитражном поступку. Сматраће се, међутим, повредом права одбране и ако је странци на други начин онемогућено да се служи својим правима у поступку.
- Следећи разлог за одбијање егзекватуре тиче се ситуације када **арбитри прекораче своја овлашћења**, тј. када донесу одлуку о питањима која им странке нису повериле. У овом случају замисливе су две солуције: одбијање егзекватуре, или пак признање и извршење дела одлуке. Наш законодавац је усвојио флексибилније решење. Ако је дошло до прекорачења овлашћења, признаће се одлука у оном делу у којем нема прекорачења овлашћења, признаће се одлука у оном делу у којем нема прекорачења, под условом да тај део одвојив.
- Признање се може ускратити и ако је у погледу арбитражног поступка или састава арбитраже **повређена одредба арбитражног споразума**. У погледу питања која нису

регулисана арбитражним споразумом , повреда одредаба ЗОА у погледу састава арбитраже или у погледу поступка може такође да представља разлог за поништај.

- **Двостепеност није немогућа у арбитражном одлучивању** (мада је ретка и непрактична), но у датом случају остало је сасвим нејасно какве би компетенције имао другостепени орган и која би конкретна институција одговарала назначи „надлежни међународни суд“.
- Следећи услов је да је арбитражна одлука **коначна**. Специфичност арбитража је у томе што је – сем ретких изузетака- арбитражна одлука коначна чим је донета , јер по правилу не постоји могућност обраћања вишем органу. При том се поставља питање да ли су коначне , односно подобне за признање и извршење оне одлуке које су поништене одлуком суда неке друге земље. ЗОА је у том погледу преузео становиште Њујоршке конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958.(у даљем тексту : Њујоршка конвенција), те је поставио правило да ће представљати разлог за одбијање егзекутуре, само онај поништај који је извршен или у земљи у којој је одлука донета, или пак у земљи по чијем је (процесном) праву одлука донета. Према томе, релевантан је само поништај извршен у земљи којој- према мерилима ЗОА – припада арбитражна одлука.
- У вези са питањем коначности арбитражне одлуке треба навести још једну норму ЗОА(чл. 67). Поставља се , наиме, питање како ће поступити наш суд пред којим се тражи егзекутура стране арбитражне одлуке, али та страна одлука, истина, није поништена, али је покренут поступак за њен поништај у другој земљи. Опет је од значаја у којој се другој земљи покрене поступак за поништај. Одређеног ефекта може имати само поступак који је покренут пред судом земље чију припадност има арбитражна одлука. У том случају суд може, и то на захтев једне од странака, да одложи решавање о захтеву за егзекутуру. Овакво одлагање одлуке наш суд може да услови полагањем обезбеђења од стране дужника.

2. РАЗЛОЗИ КОЈИ СЕ ЦЕНЕ ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ

- Одбиће се признање и извршење ако предмет спора није арбитрабилан (није подобан да се реши путем арбитраже).
- Неће се признати страна арбитражна одлука која би била противна јавном поретку.

Треба рећи и то да је практични значај услова реципроцитета битно умањен услед успеха Њујоршке конвенције коју је прихватило 146 земаља. Путем те Конвенције дошло је практично до глобалног уједначавања услова признања и извршења страних арбитражних одлука, те нема више потребе (сем у односу на веома мали број држава) да се истоврсно поступање покушава подстаћи кроз услов реципроцитета. Сама конвенција је довела до примене истих стандарда. Вероватно су то разлози што ЗОА више не поставља реципроцитет као један од услова за признање и извршење страних арбитражних одлука.

цбб) Поступак признања и извршења страних арбитражних одлука

О признању и извршењу страних арбитражних одлука судови у Србији могу да одлучују у посебном поступку који се завршава решењем којим се признање и извршење одобрава, или се пак одбија. Поред тога, о признању се може донети одлука као о претходном питању у извршном поступку. Када је реч о арбитражним одлукама, ретко ће се тражити само признање, а не и извршење и с обзиром на то да су одлуке готово увек кондемпнаторне. (Само признање има, међутим, смисла у одлуци којом се одбија тужбени захтев, ако тражилац признања жели да та одлука постане *res iudicata* у одређеној земљи.)

Месно је надлежан за давање егзекватуре суд на чијем подручју треба спровести поступак признања, односно извршења. Правила о стварној надлежности постављају републички прописи.

ЗОА прецизира и то која документа треба да поднесе странка која тражи признање и извршење стране арбитражне одлуке. То су:

- Изворна одлука или њен оверен препис и
- Изворни уговор о арбитражи (односно документ о прихватању арбитраже) или његов оверен препис.

Ако ови документи нису састављени на једном од језика који су у службеној употреби пред судом егзекватуре, странка која тражи признање и извршење треба да поднесе оверен превод. ЗОА не прецизира ко је овлашћен да овери превод али у тај круг улазе судски тумач, као и службена лица дипломатских или конзуларних представништава.

цц) Признање и извршење страних арбитражних одлука према међународним споразумима

Међународна активност на плану формулисања јединствених услова за признање и извршење страних арбитражних одлука веома је интезивна и донела је до данас вредне резултате.

Закључена су и прилично широко прихваћена два мултилатерална споразума посебно посвећена признању и извршењу страних арбитражних одлука (**Женевска конвенција о извршењу арбитражних одлука из 1927. године и Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958, као и још два споразума која су релевантна за ову материју (Женевски протокол о арбитражним клаузулама из 1923. године и Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи, закључена у Женеви 1961 године).**

Најзначајнији од њих је Њујоршка конвенција, коју је до октобра 2011. Год .ратификовало 146 земаља. Успехом Њујоршке конвенције, Женевска конвенција из 1927. Год. и Женевски протокол из 1923. Год. изгубили су готово сваки практични значај. Европска конвенција из 1961. Год. остаје релевантна и поред Њујоршке конвенције, јер покрива другу материју (конституисање арбитраже, меродавно материјално право, поништај арбитражне одлуке). Поред ових мултилатералних конвенција, услови за признање и извршење страних арбитражних одлука постављени су и у бројним билатералним конвенцијама у којима је једна од страна уговорница Србија. По свему судећи, конвенције које се тичу арбитраже ће се – експлицитно или имплицитно – одржати на снази (уз евентуално осавремењавање), јер нису спорне међу странама уговорницама. Због тога ћемо поменути ове уговоре. Од њих, само један је посебно посвећен признању арбитражних одлука, а то је Споразум о узајамном признању и извршењу одлука, изабраних судова и поравнања закључених пред изабраним судовима у трговачким стварима са Аустријом из 1960. Члан VII

Њујоршке конвенције садржи изричиту одредбу којом се оставља странци која тражи признање да то чини или с ослоном на Њујоршку конвенцију, или пак с ослоном на важећу билатералну конвенцију, или национално право земље признања.

Основна идеја Њујоршке конвенције је у томе да ограничи разлоге из којих се може одбити признање стране арбитражне одлуке. У земљама чланицама конвенције то се може учинити само из разлога наведених у чл. 5 Конвенције. Треба рећи и то да се Конвенција у начелу примењује и у односима одлуке које су пореклом из земље која није ратификовала Конвенцију. Могуће је, међутим, ставити резерву којом се примена Конвенције ограничава на одлуке које су пореклом из земље чланице Конвенције. Југославија је једна од земаља која је ставила такву резерву и ту резерву је наследила и Србија. Та резерва је изгубила значај. Другим речима, пошто је ЗОА практично преузео конвенцијска решења, наши судови ће поступати на исти начин како с арбитражним длукама пореклом из једне од 146 земаља које су ратификовале Конвенцију (примењујући Њујоршку конвенцију), тако и с арбитражним одлукама из других земаља(примењујући ЗОА). Члан 5. став 1. садржи разлоге које суд може да узме у обзир само по иницијативи странке која се противи извршењу. Терет доказивања је на странци која се противи признању. Члан 5 став 2. садржи два разлога која суд може да узме у обзир и *ex officio*. Признање и извршење се могу одбити ако суд утврди да се спор не може подврћи арбитражи или да одлука вређа јавни поредак. Њујоршка конвенција није поставила међународне стандарде арбитрабилности и јавног поретка. Уместо тога, упућује на националне стандарде земље у којој се тражи признање и извршење одлуке.

д) Поништај домаће арбитражне одлуке

Поред противљења признању и извршењу, тужба за поништај (*setting aside, annulment*), друго је могуће правно средство против арбитражних одлука. У погледу поништаја не постоји међународни споразум који би уједначио национална права. Одређена хармонизација се постиже, међутим, путем Модел- закона. У МЗ, разлози из којих се може изрећи поништај су они исти из којих се, према Њујоршкој конвенцији може одбити признање.

У Србији дејство домаће арбитражне одлуке није условљено никаквом судском провером *ex officio*. Према члану 64 ЗОА, домаћа арбитражна одлука има снагу домаће правоснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак. Дејство домаће арбитражне одлуке није, према томе, условљено никаквом контролом, али постоји могућност да се домаћа арбитражна одлука напада тужбом за поништај. Таква тужба се може поднети суду у року од 3 месеца од дана пријема арбитражне одлуке. Разлози за поништај су сасвим блиски разлозима за одбијање егзекватуре. Као и у погледу признања и извршења, разликују се разлози које ће суд узети у обзир само по иницијативи стране која тражи поништај (и која носи и терет доказивања) и разлози које суд може да утврђује по службеној дужности. Разлози који ће се узети у обзир, по иницијативи странке су следећи:

1. Поништиће се арбитражна одлука ако арбитражни споразум није пуноважан према праву које су одредиле странке (односно, у одсуству изабраног права, ако није пуноважан према праву Србије).
2. Арбитражна одлука се може поништити и ако је странка која тражи поништај била онемогућена да изнесе своје ставове (због одсуства уредног обавештења о именовању арбитра, односно о арбитражном поступку),
3. Прекорачење овлашћења датих арбитрама у арбитражном споразуму је такође разлог за поништај.

4. Одлука се може поништити и ако је у погледу арбитражног поступка или састава арбираже повређена одредба арбитражног споразума, односно одредба арбитражног споразума, односно одредба правила арбитражне институције. Повреда одредаба ЗОА у погледу састава арбитраже или у погледу поступку може такође да представља разлог за поништај. Неће представљати разлог за поништај ако је реч о одредби која би била у супротности са неком императивном одредбом ЗОА.
5. Одлука ће се такође поништити ако се заснива на лажном исказу сведока или вештака, или се заснива на фалсификованој исправи, односно ако је до одлуке дошло услед кривичног дела арбитра или странке. Ови разлози се морају доказати правоснажном пресудом.
6. Чл. 58 . ЗОА (по узору на Њујоршку конвенцију) наводи и два разлога која суд цени *ex officio*. То су:
7. Арбитрабилност (тј. подобност спора да по праву Србије буде решен Путем арбитраже),
8. Повреда јавног поретка Србије.

ЗОА садржи и једну одредбу којом се решава једно спорно питање које до сада није било експлицитно решено у нашем праву. Поставило се, наиме, питање да ли арбитражни споразум остаје на снази након што би одлука била поништена. Другим речима , поставило се питање да ли дејство арбитражног споразума престаје након што се донесе било каква одлука, или након што се донесе пуноважна (непоништена) арбитражна одлука. ЗОА се у члану 63. Определио за решење по којем арбитражни споразум и даље важи након поништене одлуке, тј. странке могу поново да се обрате арбитражи. Од овог правила постоји један изузетак, а то је случај када странке у свом арбитражном споразуму одреде и имена арбитра-што је веома ретко.

Nevena Antonijević