

Међународно приватно право

- Уводне напомене -

Скрипта је написана на основу текста коауторског уџбеника: "Међународно приватно право " Тибор Варади, Гашо Кнежевић, Бернадет Бордаш, Владимир Павић; Београд 2017.

Матични текст скрипте је преписан или преформулисан текст самог уџбеника. Од матичног текста постоје одступања у погледу додатног појашњења или допуне области које нису адекватно појашњене, као и делова који нису ажурирани у складу са позитивним правом . Свако одступање је назначено са (**напомена!!!** -...). Скрипта је намењена за полагање истоименог испита на Правном факултету у Београду.

Упозорење: У тексту има грешака у куцању/правопису. Нажалост, и поред великог труда који је уложен на сортирање, проверу, сређивање текста и материје постоји могућност да се омакла и нека друга грешка.

При обради целокупне материје коришћени су делови текстова (скрипти) које су обрадиле друге колеге ранијих година, те су модификовани, допуњени и исправљени:

- Део текста колеге Уроша Топић-а
 - <http://sandzakpress.net/117779>
- Део текста колеге/колегинице под корисничким именом Vekka88
 - <https://www.scribd.com/user/100031108/vekka88>
- Одрђене допуне материје су вршене на основу предавања и примера асс. Уроша Живковић-а,
 - <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/licna.asp?sifra=XIVURO>

Испитна питања и материјали за спремање испита из предмета - Међународно приватно право

(почев од јунског испитног рока 2012.)

1. Појам, предмет и назив МПП
2. Елемент иностраности у приватноправним односима и релевантност елемента иностраности
3. Начин (метод) регулисања МПП
4. Извори МПП-а и њихова хијерархија
5. Колизионе норме
6. Сазнање и примена страног права
7. Квалификација
8. Претходно питање
9. Renvoi
10. Јавни поредак
11. Норме непосредне примене
12. Изигравање закона (fraus legis)
13. Временски фактор у МПП
14. Мобилни сукоб закона
15. Нејединствени правни поредак у МПП
16. Реципроцитет и реторзија
17. Италијанска школа статута
18. Савињи
19. Англо-америчке концепције у МПП и америчка револуција у области сукоба закона
20. Право меродавно за правну и пословну способност
21. Држављанство као правна установа и тачка везивања
22. Домицил као правна установа и тачка везивања
23. Уобичајено (редовно) боравиште и боравиште
24. Способност правних лица
25. Право меродавно за материјалне услове закључења брака и форму брака
26. Дипломатско-конзуларни бракови
27. Право меродавно за неважност брака
28. Право меродавно за развод брака
29. Дејства брака
30. Имовински односи у ванбрачној заједници
31. Право меродавно за статус деце
32. Меродавно право за односе између родитеља и деце
33. Право меродавно за обавезе изржавања
34. Усвојење – меродавно право
35. Наслеђивање – меродавно право
36. Колизионе норме за стварноправне односе на некретнинама и покретним стварима
37. Ствари у превозу (res in transitu)
38. Основна средства превоза
39. Хартије од вредности – меродавно право
40. Право меродавно за уговоре
41. Аутономија воље и право меродавно за уговоре
42. Колизионе норме за уговоре у одсуству аутономије воље
43. Право меродавно за форму уговора
44. Цепане уговора
45. Колизионе норме за уговоре о превозу
46. Рим I Регулација

47. Бечка конвенција
 48. Право меродавно за меницу и чек
 49. Право меродавно за квазиконтракте
 50. Меродавно право за грађанскоправне деликте
 51. Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде
 52. Права странаца да ступају у породичноправне односе у Србији
 53. Права странаца – наслеђивање, стварна права, облигациона права и радни однос
 54. Права страних улагача
 55. Појам и значај правила о међународној надлежности
 56. Класификација правила о међународној надлежности
 57. Општи форум, реторзиона надлежност и *forum non conveniens*
 58. Искључива и конкурентна надлежност
 59. Пророгација надлежности
 60. Посебна директна међународна надлежност наших судова (брачни, брачноимовински спорови, издржавање, оставински поступак, уговорни односи)
 61. Међународна литиспенденција
 62. Брисел I Регулација
 63. Устаљивање надлежности
 64. Странци и грађански поступак са елементом иностраности (страначка, парнична способност, акторска кауција и сиромашко право)
 65. Међународна правна помоћ
 66. Појам стране судске одлуке
 67. Признање и извршење страних судских одлука
 68. Системи признања и извршења страних одлука
 69. Сметње признању и извршењу страних судских одлука
 70. Признање одлука које се тичу статуса
 71. Поступак признања и извршења страних одлука
 72. Имунитет
 73. Појам, одлике и врсте међународних трговинских арбитража
 74. Извори процесних норми пред арбитражама
 75. Надлежност арбитража
 76. Аутономија арбитражног споразума и *Kompetenz-Kompetenz*
 77. Арбитражни поступак
 78. Примена материјалног права од стране арбитража
 79. Поништај арбитражне одлуке
 80. Признање и извршење арбитражних одлука
- Литература:
 - а. Варади – Бордаш – Кнежевић – Павић: „Међународно приватно право“, 14.издање Београд 2012.
 - Додатна литература:
 - а. Дика, Кнежевић, Стојановић: „Коментар закона о међународном приватном и процесном праву“, Београд 1991.
 - б. Јакшић, Међународно приватно право, Београд-Досије, 2008.
 - с. Станивуковиц - Живковић: „Међународно приватно право (општи део)“, Београд, 2008.
 - д. Станивуковиц - Ђундић,: „Међународно приватно право (посебни део)“, Нови Сад, 2008.
 - е. Јакшић: „Практикум из међународног приватног права“, Београд 2004.
 - ф. Кнежевић - Павић: „Арбитража и АДР“, Београд 2010.
 - г. Јакшић: „Међународна трговинска арбитража“, Београд 2004.

Предмет МПП-а

Одређивање предмета МПП-а, је доста спорно у теорији. Једина област која начелно није спорна да улази у област МПП-а, је домен сукоба закона који обухвата колизионе норме. Предметом се често сматра и норме о сукобу јурисдикција, док друга права под предмет подводе и друге области. Резимирајући све наведено за Предмет МПП-а се сматрају норме о одређивању меродавног права, грађанскопроцесним односима са елементом иностраности и правима странаца да у Србији ступају у приватноправне односе, неки аутори укључују овде и правила о држављанству, док се према мишљењу коаутора Међународно унификована правила која непоредно регулишу приватноправне односе са елементом иностраности спадају у посебну дисциплину - међународног привредног/трговинског права.

Појам МПП-а

- МПП је грана унутрашњег права. Његова правила нису међународна, међународно обележје имају само односи које регулише, јер се везују за више суверенитета. Правила МПП-а на директан или индиректан начин регулишу она правна питања која се постављају услед појаве елемената иностраности у приватноправним односима.

Назив МПП-а

Проблем назива међународно приватно право.

- није међународно - оно је грана унутрашњег права, односи које оно регулише имају међународна обележја
- није приватно - води порекло из доба либералног капитализма у оквиру *laissez faire* филозофије која је стриктно одвајала јавну и приватну сферу, данас је овако строга подела превазиђена.
- алтернативни називи : колизионо право, међуприватно право, спољно приватно право, међудомаће право ... (ниједан од алтернативних назива није шире прихваћен)
- у англосаксонском праву је прихваћен термин сукоб закона (Conflict of Laws)

Приватноправни односи са елементом иностраности

- Основини проблем којим се бави међународно приватно право је примена меродавног права и регулисање приватноправни односе са елементом иностраности, тај појам се састоји из два саставна елемента:

а) приватноправни однос

- односи у које ступају правни субјекти на основу овлашћења која су им оумугућена правним системом релевантне државе, могу бити:

- грађанскоправни
- породичноправни
- привредноправни
- радноправни

(до проблема примене страног права може доћи и у области вануговорне одговорности - квазиконтракти и деликти)

- појам "приватноправни" води порекло из доба либералног капитализма у оквиру *laissez faire* филозофије која је стриктно одвајала јавну и приватну сферу

- данас је овако строга подела превазиђена, али је остао назив "приватноправи" као најадекватнији

- Међународна трговина се претежно базира на приватноправним односима. Принцип који је данас претежно заступљен, је принцип суверене једнакости држава, тј. да су све државе суверене и једнаке, а облик њихове сарадње ради развоја националних економија требао би да се базира на међусобним уступцима и могућности примене туђег (страног) права.

б) елемент иностраности

- елементи приватноправних односа преко којих се ти односи везују за више држава тј. права; **страни елемент**

- називају се још међународни елемент, међународно обележје...

Појавни облици страног елемента:

- а) **Страни елемент у субјекту** - јавља се на бази **држављанства, пребивалишта** (domicila) и **боравишта** лица које ступа и одређени приватноправни однос
- б) **Страни елемент у објекту** - јавља се на бази **места налажења ствари** која је предмет трансакције, помоћу мерила на основу којих се утврђује **припадност** основних **средстава** **превоза** (место регистрације најчешће)
- в) **Страни елемент у правима и обавезама** - ако су страно обележени **настанак** или **испуњење** права и обавеза

Пример Млад пар, Алексеј и Ана, након неколико година забављања одлуче да **скlope брак (приватноправни однос)**. **Алексеј је држављанин Русије** и Србије а **Ана је држављанка Србије са пребивалиштем у Москви (елементи иностраности)**. Они одлучују да се узму у општини Стари град у Београду и организују венчање у ресторану Мадера

Проблем релевантног страног елемента

– страни елементи се могу одредити као **релевантни** и **ирелевантни**

- законодавац прописује који ће елементи бити релевантни, те ће се на основу њих вршити везивање са страним правом

- ирелевантни елементи могу садржати елемент иностраности, али он неће бити од значаја при решавању проблема и примени меродавног права

Пример Марко, српским држављанин са пребивалиштем у Паризу одлучује да на сајму аутомобила у Женеви купи најновији модел Мерцедес кабриолета. На штанду Мерцедеса, са **представником компаније господином Герхардом (који је аустријски држављанин)** (његово држављанство није релевантно у датом случају за закључење и извршење уговора, јер је само представник) закључује уговор о купопродаји аутомобила. Мерцедес је компанија регистрована у Немачкој, а у испорука аутомобила ће бити извршена из фабрике у Синдефилгену (Немачка).

Начини регулисања приватноправних односа са елементом иностраности

постоје два начина регулисања приватноправних односа са елементом иностраности:

1) директни

- вид непосредног регулисања приватноправног односа са елементом иностраности

l) на међународном нивоу:

- а) на **универзалном нивоу**
 - утопијско гледиште - споразумом свих држава света, међународном конвенцијом, била би створена јединствена правила која би регулисала приватноправне односе и са њима повезане односе

- позитивноправно стање - постигнути су међународни споразуми за одређене области (радног, породичног права...), а међу најразвијеним областима је област трговинског/привредног права

(нпр) -Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе, Беч 1980.;

-UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), комисије УН за међународно трговинско право

- б) на регионалном нивоу - правне норме донете у оквиру Еврпоске заједнице

II) унутрашњим прописима

- неки приватноправни односи са елементом иностраности су директно регулисани нормама домаћег права (нпр. права странаца; међународни поступак)

- правило у оквиру директног начина регулисања односа мора у себи садржати:

- **опис чињеница на које се има применити (диспозицију)**
- **коначну инструкцију о будућем обавезном понашању (санкцију)**

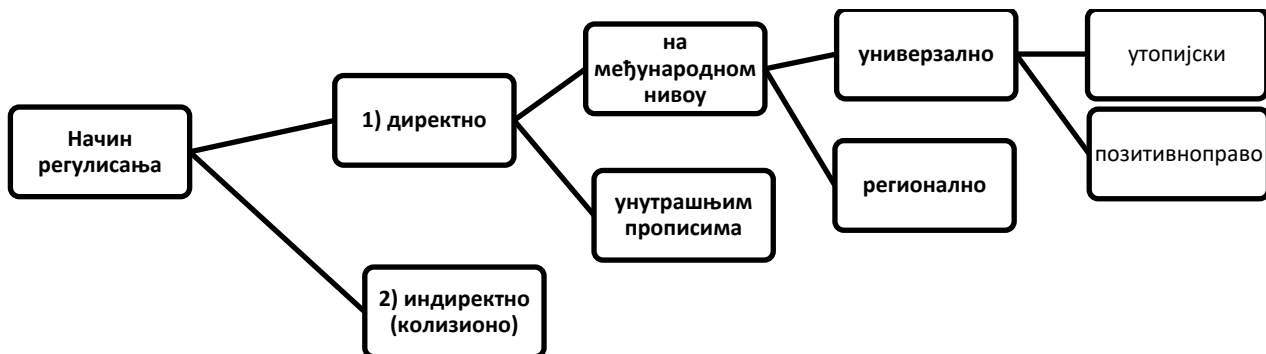
2) индиректни (колизиони)

- суштина индиректног регулисања је у одабиру меродавних правила за решавање спорног односа

- основни инструмент овог начина регулисања је **колизиона норма**

- ова правила само "упућују" на меродавно право по којем ће се та питања расправити, али не решавају до краја поједине приватноправне проблем

*За начин регулисања (било колизионог или директног) није од значаја форма акта којим се врши регулисање, тако да закони као и конвенције могу истовремено садржати индиректне и директне норме



Извори МПП-а и њихова хијерархија

Постоје различити извори међународног приватног права у појединим земљама. Негде су основни законски прописи, негде судски прецеденти. Судска пракса има одређени утицај и у земљама у којима није призната као формални извор права, употпуњујући празнине, које оставља, мање-више потпуна кодификација ове гране права. Допунским извором МПП у појединим земљама сматрају се и обичаји (међународни и унутрашњи), иако је Међународни суд правде стао на становиште да у домену међународног приватног права нема правних обичаја, који би могли бити извор права. Изворе међународног приватног права представљају и ратификовани међународни уговори, билатерални и мултилатерални.

Основни извори МПП у свим земљама, са изузетком оних у којима важи прецедентно право, су закони. Постоји неколико приступа систематизовању материје МПП. У основи се разликују два приступа. У неким земљама постоје посебни закони(ци) у којима су, ако не у потпуности, оно бар највећим делом, садржана правила међународног приватног права. У другој групи земаља прописи из области међународног приватног права налазе се у разним законима, углавном уз одговарајуће материјалноправне (супстанцијалне) прописе. Тако се, нпр. норме које решавају проблеме, који се јављају услед појаве елемента иностраности у наследноправним односима, налазе у закону о наслеђивању.

Мултилатералне конвенције као извори и као начин унификације МПП

Пошто међународно приватно право није међународно, већ грана унутрашњег права, чије норме уређују односе са елементом иностраности, претежно на индиректан начин тј. одређивањем које ће право бити меродавно, различита решења, различитих правних поредака могу довести до различитог мериторног решења у погледу истог проблема. Једини начин да се ова ситуација превазиђе, јесте унификација супстанцијалног права, а пошто то није могуће напори су усмерени на израду вишестраних конвенција, путем којих би се постигло уједначавање колизионих норми. Један од првих заговорника ове идеје био је **Пасквале Станислао Манђини**, који је позвао иностране владе да закључују мултилатералне конвенције, а иницијативу је поновио холандски правник **Асер**, па је влада Холандије упутила позив државама за учешће на Конференцији посвећеној регулацији различитих питања МПП. Та конференција је одржана у Хагу између 12. и 27. септембра 1893. године и тај датум се сматра даном оснивања Хашке конференције за МПП. До 1951. године одржане су четири међудржавне конференције и усвојено је шест конвенција. Хашка конференција има свој статут и то наглашава њен стални карактер и њен главни задатак је прогресивна унификација правила МПП. Статут је ступио на снагу 1955. године. Конференција је 2006. године имала 65 земаља чланица. Делатност конференције састоји се у припреми текстова мултилатералних конвенција, које су намењене постписивању и ратификацији.

- Прва фаза - почетком XX века у раду Конференције био је обележен израдом конвенција из области породичног права.
- На другу фазу у раду утицале су битно земље common law система, под чијим утицајем су питања процедуре добила на значају.
- Трећу фазу карактерише велики број конвенција, које садрже оригинална решења. Као пример се истиче Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године.

Не рачунајући конвенције с почетка XX века, које су на снази међу веома малим бројем земаља, те су тако изгубиле на практичном значају, до данас је усвоје 39 конвенција.

(напомена!!! у уџбенику је наведено свих 39 конвенција, навешћу само конвенције које се касније обрађују кроз материју)

- Конвенција о меродавно праву које се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971. године
- Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године
- Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба
- Конвенција о грађанско судском поступку
- Конвенција о олакшању међународног приступа судовима

Регионалне мултилатералне конвенције као начин унификације МПП

Хашка конференција за МПП, није једина организација која се бави унификацијом правила ове гране права, али је свакако најпознатија и показује аспирације ка универзалности. Остали напори, усмерени на постизање истог циља, јасно су обележени регионалном припадношћу држава, које су потписнице одговарајућих вишестраних конвенција. Ту спадају регионални споразуми везани за:

- Америчке државе - **Организација америчких држава (OAS)**
- Нордијске државе
- Међународна комисија за грађанско стање (CIEC)
- Савет европе
- Европска Унија

(напомена!!! у уџбенику су испцрно наведене конвенције за сваку област, навешћу само конвенције ЕУ које се касније обрађују кроз материју)

У оквиру ЕЕЗ донете су две значајне конвенције, које су накнадно преточене у регулативе Европске уније:

- Бриселска конвенција о судској надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима 1968. године - која је 2002. године постала **Брисел I регулатива**, поред ње је усвојена и **Брисел II регулатива** у погледу признања и извршења одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу
- Римска конвенција о праву које се примењује на уговоре из 1980. године - која је 2008. године преточена у **Рим I регулативу**, а до унификације козилионих норми за вануговорну одговорност долази у **Рим II регулативи**

Извори међународног приватног права у Србији

Хијерархија извора права

1. Устав РС
2. Ратификоване билатералне конвенције
3. Ратификоване мултилатералне конвенције
4. Закони (као посебни)
5. ЗМПП (као општи закон)
6. Подзаконски акти

Наведена хијерархија указује на редослед примене меродавних извора у позитивном праву РС.

ЗМПП

До доношења Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима из 1982. године, чији је назив промењен у **Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља** (ЗМПП) 1996. године, приликом његовог усклађивања са Уставом СРЈ из 1992. године југословенске норме биле су расуте у разним законима, а неке значајне области чак нису биле ни регулисане. Тешкоће су се знатно појачале након доношења уставних амандмана 1971. године, када су престали да важе Основни закон о браку, Закон о наслеђивању и неки други закони. Ови закони сајали су значајан број колизионих норми, чија је важност престала. Судска пракса није била довољно богата, нити сређена и доступна, да би могла омогућити кристалисање значајнијег броја ставова, који су фактички (ако не и формално) могли да послуже као извори МПП. Доношење ЗМПП је значило прекретницу. Од дана ступања на снагу, 1. јануар 1983. године, Југославија је ушла у ужи круг земаља у којима је МПП релативно потпуно кодификовано. ЗМПП покрива пре свега област сукоба закона (одређивање меродавног права) и сукоба јурисдикција. Не садржи, међутим, норме о приватним правима странаца, већ су поједина питања ове целине регулисана посебним прописима.

УСТАВ

Устав је начелно посматрано, основни извор сваке гране права, па и међународног приватног права. Устав може регулисати питања међународног приватног права на **непосредан** или **посредан** начин.

- Одређене уставне одредбе на **непосредан начин** уређују питања међународног приватног права. Таква су правила малобројна, пошто устав сваке државе поставља само основна начела и норме државног, друштвеног и економског уређења и положаја појединца.
 - Као прво Устав Србије из 2006. године установљава надлежност Републике Србије у области система преласка границе и контроле робе, услуга и путничког саобраћаја преко границе, положај странаца и страних правних лица.
 - Даље, странци у складу са међународним уговорима, у Србији уживају сва права зајемчена Уставом и законима, осим права, која су искључиво резервисана за држављане Србије.
 - Затим се предвиђа да страна лица могу стећи својину на непокретностима, право наконцесију, или друга права у складу са законом или међународним уговором.
 - Страним лицима се, уставом, на нашем тржишту гарантује третман једнак ономе који имају домаћа лица. Уставна начела и норме могу посредно да одреде ставове који се заузимају и који ће се заузимати у позитивним прописима.
- Устав је **посредни** извор међународног приватног права и тиме што је садржина појединих института међународног приватног права одређена садржајем уставних норми. Нпр. ЗМПП предвиђа да се страно право неће применити, ако је у супротности са основама друштвеног уређења садржаним у уставним нормама (јавним поретком).

ЗАКОНИ (изузев ЗМПП-а)

Међународноприватноправне норме, осим ЗМПП, које се налазе у различитим позитивним прописима, нису разврстане према логици и систематици МПП, већ само допуњују материјалне норме из одговарајуће области. Из овог разлога није могуће извршити сасвим доследну класификацију наших позитивних закона и подзаконских аката према међународно-приватноправним мерилима.

Најважнији позитивни прописи који су **извор норми о одређивању меродавног права** су:

- Закон о меници,
- Закон о чеку,
- Закон о поморској и унутрашњој пловидби,
- Закон о поморској пловидби
- Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају.

Најважнији прописи, који су **извор норми о правима странаца да ступају у приватноправне односе у Србији**:

- Закон о условима за заснивање радног односа са страним држављанима,
- Закон о ауторским и сродним правима,
- Закон о основама својинскоправних односа,
- Закон о странцима,
- Закон о држављанству Републике Србије,
- Закон о Жиговима,
- Закон о географским ознакама порекла,
- Закон о правној заштити индустријског дизајна,
- Закон о патентима,
- ~~Закон о страним улагањима~~ - Закон о улагањима,

- Закон о концесијама,
- Закон о приватизацији,
- Закон о спољнотрговинском пословању,
- Закон о привредним друштвима.

Најважнији прописи који су **извор норми о грађанскопроцесним односима са елементима иностраности:**

- Закон о парничном поступку,
- Закон о извршењу и обезбеђењу,
- Закон о стечају,
- Закон о арбитражи,
- *Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије.

Најважнији прописи који су **извор норми о правима домаћих држављана да ступају у приватноправне односе са елементом иностраности:**

- Закон о заштити грађана СРЈ на раду у иностранству,
- Закон о привредним друштвима
- Закон о спољнотрговинском пословању.

Билатералне и мултилатералне конвенције представљају значајан извор МПП и код нас. Ово потврђује и Устав Србије из 2006. године, који каже да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са уставом.

МУЛТИЛАТЕРАЛНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

УН су позвале СРЈ да се изјасни да ли жели да наследи СФРЈ у међународним уговорима, чији су УН депозитар. **СРЈ је дала изјаву о сукцесији** 12. марта 2001. године. На основу тога, уместо раније ознаке Југославија, која је дала повода различитим интерпретацијама, у документима УН било је наведено да је СРЈ чланица међународних конвенција. На тај начин разрешено је питање чланства СРЈ, а касније Државне заједнице Србија и Црна Гора, те коначно Србије у међународним уговорима, које је закључила СФРЈ (ФНРЈ). Србија је ратификовала и амандмане на Статут Хашке конференције за међународно приватно право и пречишћени текст Статута хашке конференције за међународно приватно право, који су усвојени 2005. године.

(напомена!!! у уџбенику су испцрно наведене конвенције које је наша земља ратификовала, навешћу само конвенције које се касније обрађују кроз материју)

Југославија (Србија) је ратификовала десет Хашких конвенција, међу којима:

- Конвенција о меродавно праву које се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971. године
- Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године
- Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба
- Конвенција о грађанско судском поступку
- Конвенција о олакшању међународног приступа судовима

Изворе права у Србији чине мултилатералне конвенције, које имају значаја **у области статуса физичких и правних лица**, а које непосредно или посредно утичу на решавање питања међународноприватног карактера:

- Конвенција и правном полажу лица без држављанства.
- Конвенција о држављанству удатих жена
- Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена
- Конвенција о правима детета
- Конвенција о издавању неких извода из матичних књига намењених иностранству
- Конвенција о издавању извода из матичних књига на више језика.
- Њујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству
- Бечка конвенција о дипломатским односима
- Бечка конвенција о конзуларним односима
- Конвенција о привилегијама и имунитетима УН.
- Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих установа.
- Европска конвенција о обавештавањима о страном праву

Међународне конвенције које се односе на међународну трговинску арбитражу:

- Женевски протокол о арбитражним клаузулама
- Женевску конвенцију о извршењу (ино)страних арбитражних одлука
- Европска конвенција о међународној трговинског арбитражи
- Њујоршка конвенција о признању и извршењу (ино)страних арбитражних одлука
- Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава

Међународне конвенције које се односе на ауторско право, индустријску својину, међународни ваздушни, железнички, поморски, друмски саобраћај:

- Конвенција о европском патенту
- Светска конвенција о ауторском праву
- CIV
- CIM
- COTIF
- Варшавска конвенција о изједначавању неких правила о међународном ваздушном превозу
- Монреалска конвенција о обређивању извесних правила за међународни превоз ваздушним путем

БИЛАТЕРАЛНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Закључивање билатералних конвенција, којима се уређују питања од интереса за односе између две државе, представљају распрострањену праксу у међународним односима. Питања која су уређивана оваквим уговорима односе се на узајамно признање и извршење судских и арбитражних одлука, правну помоћ, одређивање меродавног права у статусним и породичним односима, јавне исправе, cautio iudicatum solvi, бесплатну судску помоћ и још нека питања. Имајући у виду међународноправни статус СРЈ (односно СЦГ и Србије), као и чињеницу да је **Бечка конвенција о сукцесији држава у односу на уговоре**, закључена 1978. године, ступила на снагу 1996. године, на ситуацију треба применити следеће одредбе:

1. двострани уговор, који је **на дан сукцесије био на снази у погледу територије**, на коју се односи сукцесија државе, сматра се да је на снази између државе која је стекла независност и друге државе чланице:

- а) ако су се оне о томе споразумеле;
- б) ако се на основу њиховог понашања сматра да су се оне о томе споразумеле.

2. Уговор за који се **сматра да је на снази примењује се између државе која је стекла независност и друге државе чланице почев од дана сукцесије државе**, осим ако из њиховог споразума не проистекне друга намера или ако та намера не буде другачије установљена.

Из ових одредаба следе два закључка. Најпре да у погледу билатералних уговора важи принцип дисконтинуитета, који значи непрелазност права и обавеза у случају сукцесије. Затим, да стране не морају закључити изричито споразум о прелазу права и обавеза, већ да се постојање и примена одређеног уговора може продужити и конклюдентним радњама. У складу са тим, закључено је више споразума о сукцесији билатералних споразума.

Хијерархија извора МПП

Хијерархија извора права

1. Устав РС
2. Ратификоване билатералне конвенције
3. Ратификоване мултилатералне конвенције
4. Закони (као посебни)
5. ЗМПП (као општи закон)
6. Подзаконски акти

Појава међународних уговора међу изворима МПП, као и постојање више различитих извора у оквиру истог правног поретка, поставља проблем одређивања редоследа, тј хијерархије извора приликом примене права на дату ситуацију са елементом иностраности. С друге стране, у вези са изворима се поставља и питање правних празнина. Могућност појављивања сукоба различитих извора МПП, везује се за две основне ситуације: сукоб између међународних уговора и унутрашњих извора и сукоб између различитих унутрашњих извора МПП, који регулишу исто питање.

Сукоб између међународних уговора и унутрашњих извора – прва норма која служи као основ примени међународних уговора у оквиру правног поретка Србије, је члан 194. Устава Србије из 2006. године. Он гласи: Правни поредак Републике Србије је јединствен. Устав је највиши правни акт Републике Србије. Сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити у сагласности са уставом.

Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права, део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са уставом. Закони и други општи акти донети у Републици Србији, не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. Са аспекта међународног приватног права у првом реду су од значаја међународни уговори, који постају део унутрашњег правног поретка након ратификације и имају примат над нормама унутрашњег права. Судови су дужни да међународне уговоре и општеприхваћена правила међународног права примењују непосредно. Ово, наравно, важи за уговоре, који садрже тзв. самоизвршиве норме, норме подобне за непосредну примену. Ако уговор само ствара обавезу за државу, да на неки начин измени своје унутрашње законодавство, таква одредба се не може непосредно применити. Евентуалну контролу усклађености потврђених међународних уговора са Уставом и усклађеност извора унутрашњег права са међународним уговором врши **Уставни суд**. Уставну одредбу о хијерархији изворе МПП допуњује и ЗМПП који каже да се одредбе закона неће примењивати на неке односе, уколико су они регулисани другим савезним законом или међународним уговором.

Уколико исто питање регулишу два међународна уговора, одговор зависи од тога да ли су двострани или вишестрани. У случају **сукоба двостраног и вишестраног уговора, превагу добија двострани**, пошто се у односу на вишестрани појављује као специјални закон, а **ако су у сукобу два уговора истог ранга, примењује се правило lex posterior derogat lex priori**. У вези са одређивањем хијерархије између самих међународних уговора, доктрина предлаже, осим наведених класичних

правила и **принцип максималне ефикасности** или **принцип најповољнијег права**. Оба подразумевају примену одредаба оног уговора, који обезбеђује најповољније решење, као што је нпр. фаворизовање интереса повериоца издржавања или малолетника.

Сукоб различитих унутрашњих извора МПП - Питање сукоба се поставља и када унутар истог правног поретка, више различитих извора регулише исто питање МПП. Решење се заснива на принципу **lex specialis derogat legi generali**.

При тражењу решења, дакле, прво треба погледати има ли солуције у билатералној конвенцији. Ако нема, онда треба испитати да ли постоји одговарајућа мултилатерална конвенција. Ако се ни на овај начин не може доћи до решења, онда се примењују норме унутрашњег закона и то најпре специјалног, па тек потом норме ЗМПП.

Правне празнине у МПП-у

У колико ниједан извор у хијерархиској лествици не прописује решење за међународно-приватноправни проблем, ради се о **правној празнини**.

Општи принципи за попуњавање правних празнина:

- екстензивно тумачење
- аналогија

Попуњавање празнина према ЗМПП-у:

Члан 2 ЗМПП Ако у овом закону нема одредбе о праву меродавном за неки однос из члана 1. став 1. овог закона, сходно се примењују **одредбе и начела овог закона, начела правног поретка** Савезне Републике Југославије и **начела међународног приватног права**.

1. **одредбе и начела овог закона**
2. **начела правног поретка Србије**
3. **начела међународног приватног права**

Поставља се питање редоследа примене ових " извора":

- а) Уже схватање (Боснић)- везано за редослед набрајања у закону, те се примењују супсидијерно
- б) Шире схватање (Катичић)- није везано за редослед, јер садржи везник "и", а не "ондносно"
- в) Кнежевић/Стојановић- износе став, да је битно само пронаћи решење, те да се извори могу примењивати у циљу попуњавања правних празнина, алтернативно, па чак и кумулативно

Колизционе норме

- Регулисање **приватноправних односа** са **елементом иностраности на индиректан начин** – одређивање релевантне везе са страним правним поретком од стране законодавца
- Законодавац издваја једну чињеницу из приватноправног односа којој даје посебан значај (ранг одлучујуће чињенице) и уграђује је у колизциону норму (КН)

• Елементи колиззионих норми: правна категорија и тачка везивања

- а) **правна категорија**: правни однос, правни институт, правно питање
- б) **тачка везивања**: издавајање елемента који ће у конкретном случају довести до примене меродавног права

тачке везивања могу бити:

(право према...)

- lex nationalis - према држављанству
- lex domicilii - према пребивалишту
- lex rei sitae - месту налажењу непокретности
- lex loci contractus - место закључења уговора
- lex loci solutionis - место извршења
- lex loci venditoris - месту налажења/седишта продавца
- lex voluntaris - аутономија воље
- lex loci delicti commissi - место извршења деликта
- locus regit actum - место где је предузет правни посао
- lex fori - закон суда који поступа
- ...

Пример Члан 23. ЗМПП Право места где се ствар мора предати(тачка везивања) меродавно је, ако уговорне стране нису другачије уговориле(тачка везивања), за начин предаје ствари и за мере које треба преузети ако се одбије предузимање ствари(правна категорија)

Подела тачка везивања:

• 1.Према ширини овлашћења форума: непосредно везујуће и оквирне тачке везивања

- а) **Непосредно везујуће** - сам законодавац одредио везу која ће повезати са меродавним правом
- б) **Оквирне** - вредновање добрим делом препуштено судији, судија ће сам оцењивати које чињенице везују за меродавно право путем **принципа најтесније повезаности**

!!! Пример Француска авио-компанија организује чартер лет авионом регистрованим у Француској за летовање у Грчкој, сви путници су француски држављани. Авион се сруши и падне на територију Републике Албаније, сви путници погину. Породице погинулих поднесу захтев за накнаду штете.

(у датом примеру није целисходно применити право Републике Албаније ради решања захтева за накнаду штете, те да би се избегла примена права које није у блиској вези са случајем, примењују је се **Клаузуле изузетака**)

Клаузула изузетка - њоме се уводи примена принципа најтесније повезаности

- **I) Генерална клаузула изузетка** - законодавац омогућава примену ове клаузуле да би се избегла ситуација примене колизионог правила које упућује на право које није у најближој вези
- **II) Посебна клаузула изузетка** - коригује жељено дејство појединачне фиксне тачке везивања
 - **IIa) Отворена посебна клаузула изузетка** - даје широка овлашћења суду када може да одступи
 - **IIб) Затворена посебна клаузула изузетка** - налаже суду када и у ком смеру да одступи

Пример (Нацрт Закон о Међународном приватном праву РС из 2014)

Општа клаузула одступања, Члан 39

1. Право меродавно на основу одредаба овог Закона изузетно се не примењује ако је на основу свих околности случаја очигледно да однос има слабу везу са државом чије је право меродавно, а има битно ближу везу са неком другом државом.
2. Ако су испуњени услови из става 1 овог члана, примењује се право државе са којом је однос у битно ближој вези.
3. Одредбе ст. 1 и 2 овог члана се не примењују уколико је извршен избор меродавног права или ако се одређивањем меродавног права настоји да оствари одговарајући материјалноправни резултат.

• 2.Према саставу: просте и комплексне (кумулативне, алтернативне и супсидијарне) тачке везивања

- а) **Просте** - воде до једног меродавног права

Пример Члан 26 ЗМПП За једнострану правни посао меродавно је право државе дужниковог пребивалишта, односно седишта.

- б) **Комплексне** - иста норма води до више меродавних права, могу бити:

I) Кумулативне

Пример Члан 32. ЗМПП У погледу услова за закључење брака меродавно је, за свако лице, право државе чији је оно држављанин у време ступања у брак.

II) Алтернативне (једна или друга)

Пример Члан 31 ЗМПП

Тестамент је пуноважан у погледу облика ако је пуноважан по једном од следећих права:

- 1) по праву места где је тестамент састављен;
- 2) по праву државе чији је држављанин био завешталац било у време располагања тестаментом било у време смрти;
- 3) по праву завештаоачевог пребивалишта било у време располагања тестаментом било у време смрти;
- 4) по праву завештаоачевог бораишта било у време располагања тестаментом било у време смрти;
- 5) по праву Савезне Републике Југославије;
- 6) за непокретност - и по праву места где се непокретност налази.

Опозивање тестаamenta је пуноважно у погледу облика ако је тај облик пуноважан по било ком праву према коме је, у складу са одредбама става 1. овог члана, тестамент могао бити пуноважно састављен.

III) Супсидијарне (једна па друга)

Пример 3 Члан 36. ЗМПП За личне и законске имовинске односе брачних другова меродавно је право државе чији су они држављани. Ако су брачни другови држављани различитих држава, меродавно је право државе у којој имају пребивалиште. Ако брачни другови немају ни заједничко држављанство ни пребивалиште у истој држави, меродавно је право државе у којој су имали последње заједничко пребивалиште. Ако се меродавно право не може одредити према ст. 1. до 3. овог члана, меродавно је право Савезне Републике Југославије.

• 3.Према сталности: сталне и променљиве тачке везивања

а) **Сталне** - временски и просторно фиксиране (нпр. место налажења непокретности)

б) **Променљиве** - нису коначно фиксиране ни временски нити просторно (нпр. место налажења покретне ствари)

- може доћи до **фиксирања променљиве** тачке везивања, нпр. држављанство оставиоца у тренутку смрти (држављанство је променљива тачка везивања, а тренутак смрти је временско фиксирање тачке везивања)



Правна природа колизионних норми

- Колизионе норме према својој природи могу бити

- а) **Императивне** - законодавац стриктно прописује ову норму и њихова примена би требала да буде *ex officio*, до њихове примене би требало доћи чак и када странке не захтевају
- б) **Диспозитивне** - остављају могућност за флексибилу примену, те њихова приме може зависити од воље и акта странака

ЗМПП- садржи **ИМПЕРАТИВНЕ** норме

- закон императивно нормом прописује аутономију воље странака при уређивању уговорних односа

- на питања која нису регулисана аутономијом воље странака примениће се императивне норме

Подела колизионних норми:

I)

- а) **Једностране** - у сваком случају доводе до примене једног истог права и то домаћег

Пример Члан 6. ЗМПП Ако би по одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права.

Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Савезне Републике Југославије, примениће се право Савезне Републике Југославије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.

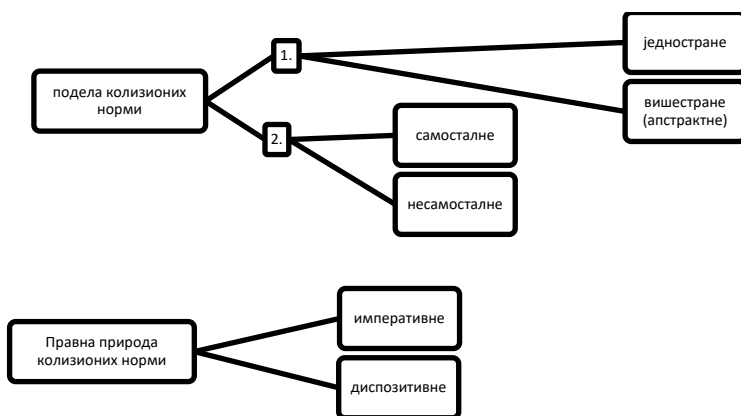
- б) **вишестране** - Апстрактне; у зависности од случаја указују на разна права (већина колизионних норми су вишестране)

Пример Члан. 21 ЗМПП За уговоре који се односе на непокретности искључиво је меродавно право државе на чијој се територији налази непокретност

II)

- а) **Самосталне** - њихове норме указују на меродавно право (претежно садржане у глави 2. ЗМПП-а)
- б) **несамосталне** - њихова формулације није довољна да укаже на меродавно право; помажу примени самосталних (претежно садржане у глави 1. ЗМПП-а)

Пример Члан 11. став 1 ЗМПП: Ако лице које је југословенски држављанин има и држављанство неке друге државе, за примењивање овог закона сматра се да има само југословенско држављанство (**несамостална је, јер указује само на српско држављанство, али не решава проблем ако неко нема српско држављанство**)



Примена страног права

-Императивна колизиона норма домаћег права може да упути на меродавно страно право, те ће суд бити дужан да га примени.

-Суд ће применити **страно материјално право**, али **не страно процесно право**, страно процесно право се примењује само по **изузетку (извођење доказа и арбитражни поступак по страним процесним правилима)**.

-Разлог за не примењивање страног процесног права је везан за саму структуру ограна који спроводе поступак и примену правних гаранција станог правног система (јер такве услове није могуће/или је изразито тешко успоставити у домаћем систему)

-Сама примена страног права ће зависти од начина схватања страног права приликом примене у домаћем правном систему:

а) Страно право као **Право**

- Суд познаје право (**Jura novit curia**), те зато мора сам да сазна страно право и да га примени ex officio

- ако суд не примени или погрешно примени страно право, странке могу користити правне лекове

б) Страно право као **Чињеница** (англосаксонски системи)

- странке саме доказују страно право, као да је било која друга чињеница

- ако странке не успеју да докажу, немају ни могућност правног лека, те ће суд применити домаће право

Теорије које дефинишу страно право као чињеницу :

*** *Теорија стечених права(vested rights)*- Америчка револуција у области сукоба закона и њени одједи

*** *Теорија локалног права(local law theory)*

*** *Теорија инкорпорације*

- најновија позитивно правна решења прихватају страно право, као право

Разлике између начелног и стварног положаја права пред домаћим органима

- Домаће законодавство полази од домаћих колизионих норми (Lege fori) ради одређивања које ће право бити меродавно за решавање предметног случаја.

- у пракси иако домаћа колизиона норма упути на страно право као меродавно, судови се ретко опредељују за примену страног права

Разлози:

-неспремност судова да страно право третирају као императивне норме и да их примењују ex officio

- концепт у којем странке требају саме да докажу страно право губи на значају, тако да терет извођења пада на сам суд, који је невољан да преузме пуну иницијативу, већ се радије опредељује за **алтернативне начине решавања** -> (проблем сазнавања страног права)

Сазнатљивост и начин сазнавања страног права

- услед "прекомерне тешкоће" (великих трошкова, проблема интерпретације, превише времена...) услед сазнавања, суд може да одустане од утврђивања садржине страног права, те да онда примени *lex fori* (закон суда који поступа)

- има мишљења по којим би у таквим ситуацијама уместо "несазнатљивог" права треба применити "сродно право"

Начини сазнавања страног права

а) Страно право као чињеница

- проблем извођења и доказивања се пребацује на странке

- (Енг.) постоји оборива претпоставка да је садржина страног права иста као садржина домаћег

- странке при доказивању (разликовања садржине страног од домаћег права по претходно наведеној претпоставци) позивају експерта - вештака (*expert witness*), који своје сведочење износи усмено

- ако странка не успе да докаже садржину норме (тј. да се садржина страног разликује од домаћег), претпоставка остаје на снази и суд ће применити домаће право

б) Страно право као право

- Суд познаје право (***Jura novit curia***), те зато мора сам да сазна страно право и да га примени *ex officio*

- суд се може обратити странкама, државним органима као и научним установама за помоћ

- велики број мултилатералних и билатералних конвенција ствара обавезу обавештавања о страном праву тј. (код билатералних) обавезу међусобног обавештавања о правним прописима

нпр. (регионалне) Европска конвенција о информисању о страном праву

Примена страног права према међународном приватном праву Србије

- у нашој теорији страно право се третира као **право**

- суд је дужан да сазна и примени страно право по службеној дужности (*ex officio*)

- ЗМПП је проширио домаћај норме о сазнању по службеној дужности на све огране примене права, па и на несудске (нпр. матичара), што може довести до проблема сазнања и примене страног права

- надлежни орган може затражити обавештење о стању права од Министарства правде; које није обавезујуће

- странке могу поднети суду исправу о садржини страног права, која има третман као и друге јавне исправе, три обориве претпоставке:

- аутентичност
- истинитост садржаја
- основаност става о садржини страног права који би се градио на њој

- Србија је чланица Европска конвенција о информисању о страном праву, али наша земља још није регистровала централни органа који ће примати и отправљати захтеве за обавештавање

- ЗМПП прописује да орган увек мора да сазна садржину страног права, ако то није могуће, одлуку треба донети применом **lex fori**, последице тога су:

- на суду је терет доказивања страног права, а не на странкама
- суд не може закључити да права нема уколико се странке нису увериле у то у потпуности
- могућа су следећа правна средства против одлуке суда:
 1. жалба
 2. ревизија
 3. захтев за преиспитивање правоснажне судске одлуке

Проблем квалификације у МПП-у

При колизионном начину решавања приватноправних односа са елементом иностраности, у ситуацији када конкурише више различитих права ради решавања датог проблема, неопходно је одредити метод путем којег ће се установити право које ће бити меродавно за дати случај. Тај метод се одређује путем квалификације.

Правна квалификација- подвођење чињеница (датог случаја) под одређену правну категорију.

Квалификацијом се изналази меродавно право, док се тумачење врши у оквиру једног правног поретка и њиме се тражи смисао коју норма треба да добије у оквиру тог поретка.

Приликом квалификације, могу се јавити одређене потешкоће (проблем и сукоб квалификације).

Нидерер даје појашњења за ове потешкоће:

- **Квалификација у ширем смислу**- објашњење, тумачење колизионих норми (**Проблем квалификације**), који постоји у случају када чињенице датог случаја није могуће подвести ни под једну познату правну категорију
- **Квалификација у ужем смислу**- одређивање правног смисла колизионих норми у случају када су појмови коришћени у тим нормама различито схваћени у правима различитих држава (**Сукоб квалификације**)

Сукоб квалификације се може јавити у два основна вида:

- **а) Квалификација правне категорије** - утврђивање о којем правном односу се ради, јер различита права не познају исте правне односе или их уређују на други начин

нпр. (Енг.) "Trust" које наше праве не познаје

Траст постоји када једно лице – сетлор (settlor), пренесе својину другом лицу – трастију (trustee), с тим да је трасти не ужива, већ има обавезу да њоме управља у интересу корисника траста међу којима се може наћи и сам сетлор. Према томе, траст чине: лице које преноси својину на имовини сетлор (settlor), лице на које се својина преноси трасти (trustee) и које има обавезу да управља пренетом имовином у интересу корисника траста, корисник траста или бенефицијар (beneficiary)

- **б) Квалификација тачке везивања**- утврђивање чињенице које ће у датом правном односу бити основ за примену одређеног права

нпр. место закључења уговора

Решавање проблема квалификације:

- а) квалификација по Lex Fori
- б) квалификација по Lex Causae
- в) степенаста (другостепена) квалификација
- г) квалификација помоћу аутономних појмова (Рабел)
- д) функционална квалификација

а) квалификација по Lex Fori - према праву државе чији је суд надлежан за решавање спорног приватноправног односа са елементом иностраности, а на основу колизионих норми тог права од којих се полази при утврђивању меродавног права. Појмови садржани у тим колизионим нормама требају се схватити по праву државе у чијем колизионим нормама се оне садрже.

аргументи против квалификације по Lex Fori:

- (Јездич) оваква квалификација омогућава неоправдано проширење домена примене домаћег права
- lex fori не пружа решење када треба квалификовати правну установу коју домаће право не познаје

б) квалификација по Lex Causae - према праву које је меродавно за однос који се расправља. Проблем настаје, када није унапред познато меродавно право. У таквој ситуацији могуће је једино претпоставити које је меродавно право на основу датих чињеница, па се тек на основу тако претпостављеног права вршити даљу квалификација. Присталице ове методе имају у виду само квалификацију правне категорије, али не и квалификацију тачки везивања.

в) степенаста (другостепена) квалификација - увек при избору и тумачењу колизионе норме полази од схватања права државе суда (**lex fori**) те затим уколико се се има применити страно право као меродавно оно се тумачи по појмовима и смислу који садржи то право (**lex causae**)

1. lex fori —→ 2. lex causae

(примењује се у нашем праву)

Пример: Иван, студент генерације Правног факултета у Новом Саду након завршених основних студија добија стипендију за мастер студије на Буџеријус школи за право у Хамбургу (Немачка). Већ у току првог семестра Иван упознаје Хајди, немачку држављанку која ради у факултетској библиотеци и након заједнички проведених празника млади пар одлучује да се вери на прослави новогодишње ноћи у Берлину. Међутим, након завршетка мастер студија и повратка у Србију да прослави успехе из Немачке следећег лета, Ивана на аеродрому сачекује дугогодишња бивша девојка Марина. Схватајући да је направио грешку и да жели да се врати Марини, након свечане доделе диплома у септембру, Иван саопштава Хајди да отказује веридбу. Већ у децембру исте године, Иван прима тужбу поднету основном суду у Новом Саду од Стране Хајди Штраус, са захтевом за накнаду штете настале услед припрема за венчање које је отказано.

- **полазимо од домаћег права:**

веридба у нашем праву нема уговорни карактер, те ће у овом случају се радити о вануговорној одговорности

Члан 28 ЗМПП: За вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није друкчије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеника.

- **домаћа норма нас упућује на немачко право**

члан 9 ЗМПП: Право стране државе примењује се према свом смислу и појмовима које садржи

- у немачком праву веридба је именовани уговор, те на основу тога ће постојати уговорна одговорност

- **према томе долази до преквалификације правне категорије**

г) квалификација помоћу аутономних појмова (Рабел) - квалификацију не би требало вршити са ослоном на једно национално право, већ би се требало служити аутономним појмовима, независним од националног права. Ти аутономни појмови би се стварали у међународним споразумима или би их суд проналазио путем компаративних истраживања.

Међународним конвенцијама се дефинишу одређене правне категорије које те конвенције регулишу. При примени права из конвенције пред националним судом, суд ће применити "квалификацију путем аутономних појмова" дефинисаних у самој конвенцији.

(делимично се примењује се у нашем праву)

д) функционална квалификација (оригинерна квалификација) - је вид *lex fori* квалификације. Користи се када се појави правна категорија коју не познаје домаће право, те се на основу ове квалификације утврђује која је функција те правне категорије у страном праву, па се на основу тога у домаћем праву тражи правна категорија која врши исту или приближну функцију као институт који није познат.

Решење проблема квалификације у домаћем праву:

у теорији и пракси:

- преовлађује схватање да квалификацију треба вршити **lege fori**, међутим таква примена треба бити еластична

законско решење:

- проблем квалификације је једино садржан у

Члан 9 ЗММП: Право стране државе примењује се према свом смислу и појмовима које садржи.

- из чега следи да је наше право прихватило **степенасту (другостепену) квалификацију**.

- овај члан отвара питање да ли се ради о отвореном или каналсаном упућивању на страном право.

а) отворено - значи да наша колизиона норма бира страном право, а да се коначни одабир материјалноправних норми у оквиру страног права у потпуности препушта схватањима *lex causae*

б) каналсано - значи да *lex fori* регулише обим и границе упућивања на меродавно право

- поред ових решења долази још једино и до могућности **делимичне квалификације помоћу аутономних појмова**, али само за "аутономне" норме садржане у ратификованим међународним конвенцијама и уговорима

Претходно питање

Постављање проблема

Претходно питање се јавља уколико је за решавање по тужбеном захтеву у једној правној ствари (главно питање) потребно претходно решити да ли постоји неко друго право или правни однос (претходно питање) од чијег решења зависи одговор на главно питање постављено суду, а при томе да претходно питање представља самосталну правну целину. У области међународног приватног права, при решавању спора везаних за приватноправне односе са елементом иностраности, задатак је суда да одреди меродавно право за оба питања (и главно и претходно), након што констатује постојање страног елемента. Настаје дилема на који ће начин суд одредити меродавно право, те да ли ће за претходно питање поћи од сопствених норми *lex fori* као што је учинио за главно питање или ће га одредити полазећи од колизионих норми *lex causae*?

Услови постављања претходног питања

1. **За главно питање, на основу домаћих колизионих норми мора бити меродавно страно материјално право.** (Иначе би у таквој ситуацији где је меродавно домаће право, *lex causae* = *lex fori*, тако да би **једино могуће повезивање** за претходно питање било само *lex fori*.)
2. **Претходно питање мора у свом чињеничном стању да садржи:**
 - а) страни елемент
 - б) мора бити самостална правна целина
 - в) за то питање мора постојати посебна колизиона норма.
3. **Материјалноправни резултат до кога води повезивање путем *lex fori* мора бити другачији од резултата до којег би се дошло повезивањем путем *lex causae*. У супротном би дошло до лажног сукоба закона. (*Кејверс)**

Решавање претходног питања у теорији и пракси

а) **Зависно повезивање** меродавно право за претходно питање одређује се применом колизионе норме права које се има применити и на главно питање, повезивање *lex causae*.

Основни аргумент је међународна хармонизација решења. „Судићу о претходном питању онако како би о њему, као о главном питању, судио суд земље чије је право меродавно за главно питање.“

б) **независно повезивање** је: „судићу о претходном питању на исти начин као да ми је оно главно“. То значи примену колизионих норми *lex fori*, јер се овде пак сматра да треба претпоставити интерну хармонизацију. (Разлог за то је да не би се избегле парадоксалне ситуације, где би нпр. главно питање, брак-а било решавано путем повезивања домаћом нормом, те би био пуноважан, док би нпр. решавање повезивањем по страниј норми за претходног питања исти брак могао био ништав; или обрнуто.)

в) по трећема схватању не треба се унапред одлучити за једно решење као начелно, већ треба у сваком конкретном случају вагати интересе, па се онда одредити за међународну или унутрашњу хармонизацију.

Решење према мишљењу коаутроа

Ако претходно питање улази у диспозитив судске одлуке, тј обухваћено је правном снагом, треба га решавати по *lex causae* - зависно; а ако не улази у диспозитив, тј претходно питање није обухваћено правном снагом, већ га суд разматра по сопственој иницијативи онда га треба решавати по *lex fori* - независно.

а) улази у диспозити (обухваћен правном снагом) —————→ *lex causae*

б) не улази у диспозити (није обухваћен правном снагом) —————→ *lex fori*

- ГПП (и одређени материјални закони) нам даје одговор која све претходна питања улазе у диспозитив

Узвраћање и упућивање на даље право (преупућивање) - Renvoi

(напомена: Случај Форго је само илустрација проблема, али није непходан на испиту)

Случај Форго — Форго је био Баварски држављанин који је имао од детињства домицил у Француској. У Француској је проживео цео живот и њој је и умро. За живота није стекао држављанство Француске нити законски домицил. Форго је имао наследнике само по мајчиној линији који су имали право на наслеђе по баварском наследном праву, али не и по француском, по коме би наследник лица без крвних сродника била француска држава. Француска колизиона норма указивала је на баварско право, јер је био баварски држављанин, а није имао француски законски домицил. У таквој ситуацији је требало доћи до примене баварског права, међутим француски суд је застао и поставио питање да ли колизиона норма упућује на баварско наследно (супстанцијално ((материјално)) право или на баварско право у целини!?

Случај је решен по концепцији да француско право упућује на целокупно баварско право (колизионо упућивање), јер је био баварски држављанин, док је баварска колизиона норма одређивала меродавно право на основу фактичког домицила, те да је меродавно француско право (дакле дошло је до тзв. узвраћања)

Задатак колизионих норми је да упуте орган једне државе на право које се треба применити. Међутим поставља се питање **да ли колизиона норма упућује на материјално (супстанцијално) право неке земље (супстанцијално упућивање) или пак на право у целини (целокупно право неке земље), дакле и на колизионе норме те друге земље (колизионо упућивање) .**

а) Супстанцијално упућивање

- колизиона норма земље суда ће упутити на супстанцијално право (материјално) право одређене земље и то ће право бити меродавно за решавање датог случаја

б) Колизионо упућивање

- колизиона норма земље суда ће упутити на цело право, тј. колизиону норму одређене државе, у зависности од садржине те (стране) колизионе норме може доћи до различитих исхода

- право државе суда (lex fori)**-од којег се полази при узвраћању и упућивању (**A**)
 - првоупућено право**- право на које упутити колизиона норма права државе суда (**B**)
 - другоупућено право**-право на које упутити колизиона норма првоупућено права (**B**)

Могуће су три ситуације:

- **1. (Упућивање)** Колизионе норме земље суда упућују на целокупно право друге земље, а колизионе норме те друге земље одређују да је меродавно њено супстанцијално (материјално) право. Тако да ланац упућивања изгледа **A-B-B**.
- **2. (Узвраћање)** Колизионе норме земље суда упућују на целокупно право друге земље, а колизионе норме те друге земље сматрају да је меродавно полазно право, право земље суда. Тако долази до узвраћања, па је ланац упућивања **A-B-A**.
- **3. (Преупућивање)** Колизионе норме земље суда упућују на целокупно право друге земље, а колизионо право те друге земље преупутити на право неке треће земље као меродавно. Тада би ланац изгледао као **A-B-B**.

Скупни термин за узвраћање и преупућивање, има француско порекло и прихваћен је у читавом свету, а то је Renvoi (Панвоа).

Претпоставке за узвраћање и преупућивање:

1. Основна претпоставка је да **колизионе норме упућују на једно право у целини, не само на материјално право** одређене земље, него и на њене колизионе норме.

2. Да **колизионе норме земље суда и колизионе норме земље на које упућују полазне колизионе норме имају различите тачке везивања**. Ако би имале исте тачке везивања, не би дошло до ранвоа, јер би се све завршило ланцем А-Б.

3. **Одговарајући склоп чињеница** који омогућује да се различита мерила прихваћена у колизионим нормама везују за више држава. (нпр Форго је имао баварско држављанство а фактички домицил у Француској)

Разлози за и против Renvoi:

Аргументи у прилог:

- Присталице ранвоа сматрају да није потребно само применити страно материјално право, већ је потребно да се домаћи судија у потпуности стави у положај судије земље на коју је указала домаћа колизиона норма.

- Путем узвраћања долази до примене домаћег материјалног права које има више везе са случајем, које суд боље познаје (to stay at home - принцип), а то утиче на квалитет суђења

Аргументи против:

- Колизионе норме земље суда су те које треба да одреде да ли ће се у неком случају применити домаће или страно право, те и које страно право. Домаћи законодавац и домаћи суд нису дужни да се базирају на то да ли је решење страног колизионог права исто као и домаће решење за исти случај. Судија би требало да прихвата решење сопственог законодавца, које је уједно у најближој вези са случајем.

- Ранвоа често може довести до „**зачараног круга**“, јер се може догодити да колизиона норма једног права узврати на право неке државе које јој је претходило у ланцу колизионог упућивања, те би се колизионе норме тог (претходног) права изнова примениле и поново довеле до права које је узвратило на њих, па би ланац преупућивања био бескрајан (А-Б-А-Б...или А-Б-В-А...). До прекидања зачараног круга једино може доћи, ако неко од права утврди да треба применити домаће материјално право или материјално право на које би упутила домаћа колизиона норма као меродавно.

- (**аутономија воље**) Било би контрадикторно да законодавац допусти да странке саме изаберу меродавна правила, а да истовремено препусти стваран избор колизионим нормама споразумно одређеног права

- постоје становишта по којем Ранвоа **није иманентан уговорним и деликтним односима**

- тешкоће би постојале и при закључивању брака са иностраним елементом, када би задатак примене колизионих норми био пребачен на административну службу - матичара

- посебну практичну тешкоћу представља примена страног колизионог права, које је неретко некодификовано, расуто по многим законима...

Начини примене установе ранвоа

У случајевима колизионог упућивања поставља се питање где у ланцу треба стати, јер би у супротног могло доћи до зачараног круга.

1. **Ранвоа у „једном кораку“** – долази до прекидања ланца тамо где упуту колизиона норма првоупућеног (Б) права, та норма ће увек супстанцијално упућивати на меродавно материјално право (своје или друге државе) и тиме ће окончати ланац

(напомена!!!: у књизи су изједначени двоструки (дупли) ранвоа и foreign court theory (теорија страног суда) и подведени су под двоструки(дупли) ранвоа, али у теорији постоје разлике између њих)

2.а) **Двоструки (дупли) ранвоа** - колизиона норма првоупућеног права упућује супстанцијално или колизионо у зависности од тога да ли првоупућено право прихвата ранвоа и на који начин

- ако прихвата ранвоа - упућује колизионо, те ће се ланац завршити тамо где упуту колизиона норма другоупућеног права
- ако не прихвата ранвоа - упућује супстанцијално, ланац ће се завршити, јер је упућено материјално право меродавно

2.б) **Foreign court theory (теорија страног суда), „пинг-понг доктрина“** –

(„судим као што би судио суд земље на коју упућују моје колизионе норме“). Домаћи суд примењује право онако како би применио суд на који су упутиле домаће колизионе норме. У ситуацији ако би то право (првоупућене државе) колизионо упућивало на право треће државе, онда би суд (почетне државе) морао да узме у обзир на исти начин и норме то трећег права, које би онда изнова могле да упуте на следеће право. Не би било прописаног краја ланца, већ би упућивање трајало, док једно правно не упуту коначно на супстанцијално право

Узвраћање и преупућивање у домаћем праву:

члан 6 ЗМПП:

Ако би по одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права.

Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Републике Србије, примениће се право Републике Србије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.

- данас у Србији је прихваћен (чл. 6 став 1) **Foreign court theory (теорија страног суда)**, осим (чл. 6 став 2) **у ситуацији када страном право** (првоупућено или неко касније) **узврати на наше право**, тада ће се применити **наше супстанцијално (материјално) право** као меродавно.

Јавни поредак

Код колизионог начина регулације односа са елементом иностраности подразумева се примена страних правних норми од стране домаћих органа. Тиме настаје ризик да домаћи органи некада примене и неке норме које су дубоко противне основним начелима на којима се заснива домаће право. До које границе се може ићи у прихватању последица колизионих норми и примени страних правила које су супротне нашем праву?

Постоје **вредности које се не могу жртвовати**. Те вредности су **начела јавног поретка**.

Појам јавног поретка

прави се термилошко разликовање између "јавног поретка" и "установе јавног поретка".

Јавни поредак чине основне норме домаћег права које се у сваком случају морају заштити. (јавни поредак) - термин јавни поредак из аспекта домаћег права се користи да би се назначиле основне вредности једног правног система, које треба заштити.

У смислу међународног приватног права јавни поредак је институт, који омогућава да домаћи орган не поступи по колизионој норми или не призна страну одлуку која испуњава остале услове за

признање, а у циљу да би заштитио домаћи јавни поредак. (установа јавног поредка) - када се јавни поредак посматра као установа, он представља механизма заштите основних вредности у једном правном систему.

Јавни поредак Србије чине, она **правила правног и друштвеног поретка државе од којих се не може одступити и која домаћи органи морају поштовати чак и када домаће норме МПП-а прихватају компетентност страног права.**

- **Границе и садржај јавног поретка** се могу утврдити на два начина:

- а) **апстрактним дефиницијама** (генерална клаузула) (општим клаузулама којих има изразито много)
- б) **енумерацијом норми** (набрајањем норми или набрајањем области у којима императивне норме представљају део јавног поретка).

Јавни поредак и императивне норме

- У **поређењу са императивним нормама, јавни поредак је још ужа категорија, јер обухвата само оне домаће норме које штите основне вредности нашег поретка.**

(!!!) Страна норма се **не отклања аутоматски ако је битно различита од домаће, већ само** ако њена конкретна примена доводи до таквог **мериторног резултата које је неспојив са основним принципима домаћег поретка.**

(!!!)**Члан 4 ЗМПП:** Не примењује се право стране државе ако би његово **дејство било супротно** Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.

Пример:

а) потребно применити установу јавног поретка

Држављанин Србије, православац по вероисповести, намерава да се у Београду ожени држављанком државе Б. Члан 32 став 1 српског ЗМПП предвиђа да је, у погледу услова за закључење брака, меродавно за свако лице право државе чији је оно држављанин у време ступања у брак. Право државе Б, међутим, вереници забрањује закључење брака са лицем хришћанске вере.

Имајте у виду да члан 22 Устава Републике Србије, између осталог, забрањује дискриминацију по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.

- у овом случају је потребно применити установу јавни поретак, јер забрана која постоји у страном праву се односи на једно од лица која покушавају да закључе брак, те би примена такве норме била дискриминаторска

б) није потребно применити установу јавног поретка

Држављанин Србије, будиста по вероисповести, намерава да се у Београду ожени држављанком државе Б.

Члан 32 став 1 српског ЗМПП предвиђа да је, у погледу услова за закључење брака, меродавно за свако лице право државе чији је оно држављанин у време ступања у брак. Право државе Б, међутим, вереници забрањује закључење брака са лицем хришћанске вере.

- у овом случају није потребно применити установу јавног поредака, јер забрана која постоји у страном праву се не односи на лица која покушавају да закључе брак, тако да иако је она објективно дискриминаторска, ипак нема потребе применити установу јавног поретка, јер не спречава лица да закључе брак.

Релевантност степена заинтересованости домаће државе

- За примену установе јавног поредка је још од значаја **"степен заинтересованости државе"** да регулише односно интервенише у одређени приватноправни однос

- **Кан** је истицао да је приликом коришћења установе јавног поретка значајна "унутрашња веза", односно интензитет везе између конкретног правног односа и домаћег поретка

Промена норми које имају карактер јавног поретка

- садржина јавног поретка је **динамична**, са променом схватања и идеологија у државама мења се и схватање јавног поретка (нпр. промена идеолошких схватања при прелазу са система самоуправног социјализма на демократски систем)

- релевантан је само јавни поредак који се **испитује у тренутку доношења одлуке**

Предности и мане установе јавног поретка

- мане:

Основни недостатак установе јавног поретка је тај што се **нису оформили јасни показатељи, нити постоје јасне претпоставке за примену ове установе**. Органима су на располагању само уопштена упутства, што генерише правну несигурност.

- предности:

Установа јавног поретка ипак представља „нуžno зло“ за МПП, без кога не би могао постојати. **Државе би се тешко одлучиле за међународну сарадњу на бази колизионог регулисања када би морале безусловно да прихватају сваки резултат до кога колизионе норме могу да доведу**, те због тога постоје норме јавног поретка које штите основне вредности једне државе.

Примена установе јавног поретка

Последице примене установе јавног поретка су:

1) неће се применити странo право (тј. норма) која је супротна јавном поретку, већ **домаћа правна норма (lex fori)** (*има мишљења да треба применити у оваквој ситуацији другу норму истог страног права уместо lex fori, али ово мишљење није широко прихваћено*)

2) неће бити призната или нити ће се извршити страна одлука која је у супротности са домаћим јавним поретком.

Јавни поредак и уставона јавног поретка у МПП-у Србије

- ЗМПП посвећује јавном поретку два члана:

- Члан 4 ЗМПП: Не примењује се право стране државе ако би његово дејство било супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.

- Члан 91 ЗМПП: Страна судска одлука се неће признати ако је у супротности са Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.

- Закон о арбитражи додаје још један:

- Члан 66 став 2 ЗА: Надлежни суд ће одбити признање и извршење арбитражне одлуке ако утврди да:

(По службеној дужности)

- по праву Републике предмет спора није подобан за арбитражу, или
- су дејства арбитражне одлуке у супротности са јавним поретком Републике.

Поред ова два услова, постоје и услови који се разматрају по приговору странака.

Норме непосредне примене

Норме непосредне примене су у контексту МПП-а норме чија је примена независна од колизионе технике. То су норме које се примењују у односима са елементом иностраности, али мимо основног инструмента за одређивање меродавног права у тим односима (колизионих норми), без њихове консултације.

Тим нормама се регулише привредно-економски поредак једне земље; норме о увозу и извозу, девизни прописи, антимонополско законодавство, закони о бојкоту и забрани извоза у одређене земље, царине....

Сличност са установом јавног поретка је та што у оба случаја постоји јак разлог за одступање од колизионе технике, разлика се састоји у томе што до интервенције норми јавног поретка долази након, док до примене норми непосредне примене долази мимо колизионих норми...

Које су норме непосредне примене?

Норме непосредне примене су принудна материјална правила која одређују област своје сопствене обавезне примене, односно намећу сопствену меродавност без посредовања колизионих норми.

Када треба применити норме непосредне примене?

Потребно је разликовати три ситуације:

1. Када је норма непосредне примене део lex fori (део правног система домаће државе). Ту ће суд (или други орган) нормално поступити по налогу свог законодавца и применити норму непосредне примене, без обзира које је право меродавно по колизионој норми.
2. Ако је норма непосредне примене део lex causae (дакле део правног система земље на које је колизиона норма указала) такође је логично да се она примени, јер је део правног система земље чија је меродавност утврђује.
3. У трећој ситуацији норма непосредне примене је део неког трећег права. У теорији има превагу став да је се могу применити и норме непосредне примене неког трећег права. (нпр. место извршења је на територији треће земље, чији нпр. царински прописи (норме непосредне примене) онемогућавају извршење уговорне обавезе засноване према другом меродавном праву).

Услови су да сама норма треће земље јасно претендује на примену и да постоји значајна веза спорног односа са правним поретком коме норма непосредне примене припада.

Примена, односно узимање у обзир стране норме непосредне примене

- Код примене стране норме непосредне примене захтева се да се уместо једног меродавног права примени принудна норма другог права. Суд у таквој ситуацији примењује страно право као право, које мора да сазна по службеној дужности.

- Када се страна норма непосредне примене узима у обзир она се третира као чињеница, те је терет сазнања и доказивања претежно пренет на странке.

Наш ЗММП тренутно не садржи норме којима директно регулише као општи институт норме непосредне примене, те услед тога се поставља питање начина примене тих норми. Ако би се радило о случају у којем је наше право меродавно, суд би био требао да примени домаће норме непосредне примене, док би у ситуацији у којој би било меродано страно право, суд би засигурно могао да узме у обзир стране норме непосредне примене, али остаје дискутабилно да ли би могао и да их непосредно примени.

пример: Американац и Канађанин закључе у Србији уговор о купопродају покретне ствари, као меродвано право изабери америчко и одреде да ће се исплата извршити у доларима.

Они неће моћи да изврше исплату у доларима, јер ЗОО прописује да се извршење новчане мора учинити у домаћој валути за све резиденте РС (осим за промет непокретности).

Изиравање закона

Појам

Колизоне норме у једном правно систему, сваки законодавац поставља на основу креитеријума који из његовог аспекта изражавају најближу везу са једним правни односом .

Пошто су **тачке везивања** у колизоним нормама такве **чињенице на које субјекти правног односа могу да учину**, постоји могућност за феномен **fraus legis**– **изигравање закона**.

Изиравање закона у мпп постоји **када субјекти стварају такво чињенично стање на вештачки начин које проузрокује примену друге колизоне норме од оне која би требала да се примени у датом случају**. Субјекти могу мењати место налажења ствари, могу мењати боравиште, домицил, држављанство ..., а са циљем да би исходиле примену одређеног права које је повољније по субјекте.

Елементи fraus legis:

- Основни елемент је **(симуловање)вештачко стварање тачке везивања**. Међутим тај начин промене тачке везивања треба да **буде сама по себи дозвољена радња** (премештај ствари, промена боравишта, држављанства...). Те радње се предузимају ради постизања посредног циља; примене другог права које по редовним околностима не би било меродавно.
- **Намера изигравања** одређене норме је такође елемент, тзв. **франдулозна намера**.
- Изигравање закона се чини управо да би се постигло **избегавање примене одређених императивних материјалних норми**. Према владајућем становишту то су домаће **императивне материјалне норме**.

Становишта о санкционисању fraus legis

Изиравање закона има извесне сличности са повредом установе јавног поретка, али идеја о санкционисању fraus legis није тако широко прихваћена, јер код изигравања закона не морају бити угрожене толикој мери основне вредности јавног поретка.

Противници санкционисања изигравања закона сматрају да оно уноси **повећану правну несигурност**.

Fraus legis је често одраз неких неадекватних или застарелих материјалних норми ,па би пре свега учестало изигравање неког прописа требало да буде опомена законодавцу да преиспита конкретну норму.

У немачком и англо-америчком праву аргументи против санкционисања су однели превагу, док у **француском и нашем праву је оправдано санкционисање** fraus legis. Треба истаћи да учесталост изигравања закона у нашем МПП-у није велика, чему доприноси чињеница да у областима од значаја за fraus legis наши материјални прописи не подстичу франдулозно понашање.

Облици изигравања закона у МПП-у

- Изигравањем закона **пред домаћим органом намеће се примена страног права уместо домаћег**, тиме што се скреће нормалан правац дејства домаће колизоне норме, стварњем вештачка тачка везивања. **Санкционисање** – се састоји у томе што се **не узима у обзир**

вештачки створена тачка везивања, већ се примењује оно право које би било меродавно, да није настала вештачка тачка везивања (али се при томе не дира у стечена права настала променом тачке везивања, нпр. не дира у стечено држављанство)

- **Избегавање домаћих императивних прописа пред страним органом.** Фраудулозно створеном тачком везивања се утиче на доношење одређене стране одлуке. **Санкционисање** – се састоји у непризнавању дејства једне стране одлуке.

Ипак, то санкционисање другог типа *fraus legis* повећава правну несигурност јер је реч о страниј одлуци која је већ створена и има правно дејство. Ту се не ради о избегавању домаћих колизионих прописа, јер страни суд примењује само своје колизионе норме, већ се ради о избегавању домаћих материјалноправних прописа.

Fraus legis у нашем МПП

ЗМПП чл 5: „ Не примењује се право стране државе које би било меродавно по одредбама овог или другог закона ако би његово примањивање имало за циљ избегавање примењивања права СРЈ (Србије)“ (*изигравање се само односи на изигравање домаће норме, али не и на изигравање стране норме*)

Услов је да је избегнута примена **домаћег материјалног права**, да је то циљ изгравања закона.

ЗМПП има у виду само први облик *fraus legis*, па се не може *fraus legis* као питање поставити у поступку признања и извршења стране судске или арбитражне одлуке.

По ЗМПП последица изигравања закона је накнадна примена оног права које би било меродавно.

Временски фактор у МПП

Домашај правних норми има своје границе .Оне могу бити **просторне, временске и персоналне.**

Просторни сукоб закона произилази из чињенице да се један догађај (тачка везивања) може везати за **више суверенита** и њихову конкуренцију да се на тај догађај примене њихова законодавстава.

Временски сукоб закона (интертемпорални) настаје из сукцесије закона на једној територији, између старог и новог закона. Персонални сукоб је везан за раздавајање поједних категорија лица на основу њихових персоналних карактеристика, услед којих долази до примени норми које другачије третирају ту категорију лица, то је најчешће **везано за припаднике мањина, националих и племенских заједница, као и **припаднике одређених вероисповести.****

Најчешће **просторно и временско важење правних норми нису одвојена питања, већ се налазе у одређеном међусобном односу.**

МПП се претежно бави проблемом одређивања територијалног важења правних норми, али се при томе често јавља и сукоб закона у времену. Последица тога је да су временским променама **подложни разни елементи који служе за одређивање меродавног права у датом случају.**

А) Видови (интертемпоралног) сукоба закона

1.) када се мењају колизионе норме решење **треба тражити у општим правилима о временском важењу правних норми** и у посебни **прелазним нормама** закона у сукобу. (нпр. *lex posterior derogat legi priori*)

Члан 107. ЗМПП

Одредбе овог закона **неће се примењивати на односе који су настали пре ступања на снагу овог закона.**

Овакво решење ЗМПП-а није најбоље, јер према својој формулацији би се односило на све норме ЗМПП-а како материјалне тако и процесне. Према општем правилу грађанског процесног права, процесни закони примењују се на све процесне односе који су у току у моменту њиховог доношења (effet immediat), што је у очигледном неслагању са одредбом ЗМПП-а.

- Једно решење је да се примени опште правило ГПП-а

- Друго решење је да одредбе ЗМПП-а дерогирају општи принцип

Упоредно правна решења предвиђају важење старих норми на „завршене ситуације“ (стечена својина, закључен брак...), а ако је ситуација „трајна“ и њени учинци трају и након промене колизионих норми (нпр имов. дејства раније закљученог брака) стари закон ће одредити меродавно право за раније учинке такве ситуације а нове колизионе норми ће одредити меродавно право за учинке након ступања на снагу нових колизионих норми.

2.) промена норми на које је колизионо правилу указало – страно право треба применити онако како се примењује у датој страниој држави. Треба препустити правилма о интертемпоралном сукобу те земље (lex causae) да разреши сукоб закона својих норми (нових и старих норми).

- у ситуацији када би странке на основу аутономије воље одбрани меродавно право, у случају да се појави интертемпорални сукоб, такође би се примењивала правила меродавног права (lex causae).

3.) промена јавног поретка – је промена домаћих материјалних норми. Норме јавног поретка представљају границе дејству правила о сукобима закона. Неће се применити правила страног права на које је указала домаћа колиза. норма ако би се тиме повредио домаћи јавни поредак. Логично би било да се увек примењују правила новог јавног поретка, без обзира да ли су тиме повређена општа правила о неретроактивности

4.) промена суверенитета - до интертемпоралног сукоба може доћи услед промене суверенитета на истој територији, на следећи начин:

- У држави претходници донет је закон који важи за целокупну територију (стари закон), један део територије се одцепи и прокламује независну државу. Та новонастала држава донесе нови закон којим регулише исту материју. Поставља се питање, које право треба применити на односе који су везани за стари закон, а истовремено су везани и за територију новонастале државе, јер је сада са аспекта те нове државе тај стари закон представља страно право.

За решавање оног проблема нема јединственог одговора. При проналажењу решења треба узети у обзир две ситуације:

а) **однос који је настао и престао на територији на којој је у међувремену дошло до промене суверенитета** - у таковој ситуацији неминовно долази до интертемпоралног сукоба закона, јер на исту ситуацију претендују стари (сада страни) и нови закон

б) **однос настао на територији по промени суверенитета** - у таквој ситуације, не би се требало сматрати да је настао интертемпорални сукоб, већ би дошло до примене новог закона

Битан фактор у одређивању меродавног права чини **политички фактор**. Наиме у ситуацијама када је **оспорена основаност суверенитета** на одређеној територији (нпр. Крим, Косово, Каталонија...) поставља се питање које ће право суд применити, ако га колизиона норма упуту на територију са оспореним суверенитетом, да ли ће применити право нове државе или право државе од које се одцепила (нпр. колизиона норма упуту на Крим и онда се поставља питање да ли ће се применити укр. или рус. право). Решење тог проблема би било везано за став државне власти према територији на којој је оспорен суверенитет, тако да ако државна власт признаје новонасталу државу примениће њено

право, док у ситуацији када оспорава њен суверенитет применило би се право државе од које се одцепила тј. државе претходнице.

Што се тиче новонасталих држава којима **није оспорен суверенитет** (нпр. већина република бивше СФРЈ), за решење интертемпоралног сукоба, се примењују два схватања: једни аутори сматрају да је потребно применити увек право државе претходнице, док већина аутора сматра да је потребно применити материјално **право земље које са датим случајем има највише везе**.

У коауторском уџбенику је наведен веома лош пример - случај Југославије у коме се наводи ситуација у којој поклавоњем независности, бивше савезне републике су се одвојиле од правног система СФРЈ, те је онда за њих ЗМПП постао страни право у свим ситуацијама на које се он односи пре ступања на снагу њихових националних закона. Проблем са овим примером је у томе што је већина бивших република само прекопирала текст ЗМПП-а и преименовала закон, што значи да су начини регулисања остали исти како су и гласили у "старом закону".

Б) Вид комбинованог просторног и временског сукоба

***.) Мобилни сукоб закона**

Мобилни сукоб закона

Појам *conflict mobile*

Представља комбинацију временских и просторних сукоба закона до које долази када се протеком времена мењају чињенице на којима се заснива тачка везивања, на тај начин што се услед те промене тачке везивања исти случај се везује за више правних поредака и самим тим за више потенцијално меродавних права. Проблем је везан за променљиве тачке везивања.

Мобилни сукоб закона се учестало јавља код брачно-имовинских односа. У већини земаља тачка везивања је најчешће заједнички *lex personalis* брачних партнера (који могу бити *lex nationalis* или *lex domicilii*). Ово решење се сусреће често са тешкоћама, јер брачни другови могу да мењају своје држављанство или домицил. Проблем настаје у одређивању меродавних норми које треба применити на њихове односе.

Разлика од *fraus legis*

Основна сличност је што постоји проблем са променом тачака везивања и одређивањем која је од њих релевантна. Код изигравања закона долази до вештачке промене тачке везивања, са намером да се избегне примена одређених норми, док код мобилног сукоба закона не постоји намера изигравања. Постоји исто дилема око примене права, али код мобилног сукоба закона нема никаквог санкционисања, већ је једино потреба за изналагање решавања.

Начини решавања мобилног сукоба закона:

Два основна приступа:

- По **теорији стечених права** . „Права правилно стечена у једној држави имају се поштовати у другим државама. “ Овом теоријом је могуће решити проблем статусних права, али не даје јасне одговоре за остале проблеме које поставља *conflict mobile*, те због тога није постала општеприхваћена. Ипак ова теорија је имала јак утицај на аглосаксноса законодавства.

Пример: Бразилац који након навршених 19 година стекне аргентинско држављанство и добије отпуст из бразилског, пунолетство које је стекао у Бразилу остаје да важи иако се у Аргентини по закону пунолетство стиче тек са 21 годином живота

- **Постављањем посебних правила за поједине области у којима се јављају проблеми.** Законодавац тада сам временски прецизира поједине тачке везивања, претвара их у трајне и на тај начин решава проблем. У нашем праву долази до **фиксираних променљивих тачки везивања**

Пример: Члан 30 ЗМПП

За наслеђивање меродавно је право државе чији је држављанин био оставилац у време смрти.

За способност за прављење тестамент меродавно је право државе чије је држављанство завешталац имао у моменту састављања тестамент.

Нејединствени правни поредак

Проблем одређивања меродавног права не јавља се искључино само у релацијама између држава, већ и у ситуацији када на територије једне државе постоји више правних поредака који потенцијално претендују да својим правим нормама регулишу исти правни однос, то је најчешће случај у ситуацији када **сопствену легислативну имају и друге територијалне јединице, те су могући и сукоби закона између њих (федералне јединице, метрополе и колоније, територије под протекторатом...)**. Битно је напоменути да нејединственост правног поретка независно од врсте државе, тако да се може догодити да постоји унитарна држава са нејединственим правним поретком, као и федерална са јединственим

Одређени типови **правнотехичког уобличења унутрашњих колизионих норми:**

- У једној групи држава (англосаксонске земље, Шпанија) норме међународног приватног права служе истовремено и за одређивање меродавног права унутар државе.
- У другим земљама правила о унутрашњим сукобима била су одвојена од колизионих норми (бивши СССР, Југославија).

Колизоне норме пред нејединственим правним поретком

Међународна и унутрашња колизиона сфера не могу бити потпуно одвојене. Исти правни однос може да покрене и међународни и унутрашњи колициони механизам истовремено, па се поставља питање њиховог разграничења и садејства. Ако колизоне норме указују на право државе која има више правних подручја у себи (нпр САД, која се састоји из 50 држава), јавља се дилема како утврдити правно подручје чије ће се норме применити?

Решења у теорији:

- 1) По једном решењу **правила међународног приватног права могу непосредно да бирају меродавна правила у оквиру саме државе на коју упути норма**, па самим тим могу бити меродавна правила неке уже територијалне јединице, **(једноступеност)**
- 2) По другом се **коначан избор препушта унутрашњим колизионим нормама сложене државе**, да одреде меродавна правила.

Категорија суверености је мерило које раздваја међународне и унутрашње сукобе закона, те су само међународни релевантни са аспекта МПП-а, а решење унутрашњих треба препустити законодавству те државе.

Већина упоредних националних законодавстава има наклоност према другом решењу,

Међутим, постоје веома **јаки практични разлози који намећу једностепеност** као решење, обзиром да највећи број сложених држава нема унутрашње колизионе норме којима би регулисала унутрашњи сукоб закона, па би се услед тога најчешће остало без решења. Непосредно упућивање на меродавно права је целисходно, нарочито ако се ради о тачкама везивања које се могу везати за ужу територију, као што су *lex loci contractus*, *lex loci solutionis*, *lex rei sitae* осим у случају када се као тачке везивања јавља нпр. *lex nationalis* која није погодна за локализацију на уже подручје. Да би се решио проблем локализације са петходно наведеним категоријама тачки везивања, установљено је комбиновано решење, на основу Хашке конвенције, које начело користи и наш ЗМПП.

Норме ЗМПП пред нејединственим правним поретком

Члан 10. ЗМПП-а

Ако је меродавно право државе чији правни поредак није јединствен, а правила овог закона не упућују на одређено правно подручје у тој држави, меродавно право одређује се по правилима тог правног поретка.

Ако се меродавно право државе чији правни поредак није јединствен не може утврдити на начин предвиђен у ставу 1. овог члана, меродавно је право подручја у тој држави са којим постоји најближа веза.

ЗМПП даје примат једностепености ако је колизоно правило подобно да бира правно подручје. Ако тачка везивања није подобна за локализацију или се ради о непосредном упућивању које није подобно за локализацију (*lex nationalis*) решење ће се прво тражити у унутрашњим колизионим нормама сложене земље, а ако држава нема те норме, примени ће се принцип најближе везе.

Реципроцитет и Реторзија

Појам

Начело реципроцитета (узајамности) је једна од општих идеја које чине темељ сарадње држава у оквирима међународног приватног права. Она представља тежњу да се осигура равноправност суверенитета различитих држава, омогућавајући сарадњу на равноправним основама и осигурава достојанство које је суверенитету неопходно, тиме што штити слабије актер међународног права у односу са јачим. Смисао те равноправности се постиже уступцима које државе чине на рачун свог суверенитета, али на тај начин да буду уравнотежене са поступањем других држава, то је њен генерални циљ.

Претња реторзијом (одмаздом), услед изостанка уравнотежености или непоштовања уступака, тежи да сачува равноправну сарадњу, међутим сама непосредна примена реторзионе мере доводи до напуштање такве сарадње.

Треба правити разлику између начела реципроцитета и реципроцитета у правнотехничком смислу.

У **правнотехничком смислу реципроцитет** представља конкретно условљавање примене страног права, признања стране одлуке или неког права странаца истим или сличним поступањем тангиране државе према нашим грађанима, нашем праву и одлукама.

Реципроцитет и реторзија у одређивању меродавног права

-Реципроцитет у одређивању меродавног права значи следеће: Страно право на које указује домаћа колизиона норма примениће се само у случају ако би се у тој страни држави у исотврсном случају примењивало право Србије.

-**Реторзија** је ретка појава у пракси, а нема ни изразиту подршку ни у теорији. Реторзији има места једино у случајевима када уступак у оквиру једног права не буде праћен претежно равномерним уступком од стране другог у циљу међународне сарадње, те услед тога долази до повлачења уступак пред првим (одмазда).

Међутим, **не захтева се да постоји симетрија уступака**, јер би то значило да све земље морају да имају исте колизионе норме. Државе треба да чине уступке у циљу међународне сарадње, али мерила према којима се то чину у различитим законодавствима неминовно нису у свему иста. Инсистирањем на симетрији дошло би до нарушавања међународне сарадње.

ЗМПП не познаје услове реципроцитета и реторизије у одређивању меродавног права.

Реципроцитет и реторзија у области сукоба јурисдикција

У домену сукоба јурисдикција **услов реципроцитета и реторзија јављају се у вези са признањем и извршењем страних одлука**. Овај облик реципроцитета често се назива **реципроцитет надлежности**. Већина правих система поставља услов постојања реципроцитета у погледу признања и извршења страних одлука, што **чини и наш законодавац** експлицитном нормом о реципроцитету надлежности. (**домаћи органи признају стране одлуке само у случају** ако се у земљи порекла одлуке **признају одлуке** наших органа)

Реципроцитет и реторзија у погледу права странаца

Реципроцитет и реторзија имају своје оправдање и у домену признања права странаца. Треба ли условити сва права странаца или само нека?

У већини упоредноправних законодавстава **се по правилу не условљавају сва права странаца реципроцитетом**. Начелно у области приватних права странаца не би требало да постоји услов реципроцитета као опште правило, јер треба водити рачуна о томе да поједина права спадају у домен општих права човека гарантована Повељом ОУН, Општом декларацијом о правима човека, Европском Конвенцијом о заштити људски права и основних слобода која се морају поштовати. Према томе реципроцитетом нису условљена сва права странаца ,већ би **законодавац** требао да искључиво **одреди круг случајева** које би требало условити реципроцитетом.

Реципроцитет и реторзија у односу на сложене правне системе

Ако се питање реципроцитет поставља између држава од којих је макар једна сложена (са више правних подручја), можемо се запитати између којих јединица треба да постоји реципроцитет? На релацији:

- држава - држава, или
- држава - фед. јединица или
- фед. јединица - фед. јединица ?

Реципроцитет је недељив, јер је држава (и сложена) једини међународни субјект, што за последицу има да се релација искључино успоставља/ захтева на нивоу држава.

Доказивање реципроцитета

У нашем праву реципроцитет **није општи услов**, већ се доказивати само уколико се изричито захтева законом. Реципроцитет се поставља у погледу остваривања права странца у односу на државу чији је он држављанин, или везано за орган стране државе који је донео одлуку (када се одлучује о признању и извршењу). За апатриде који имају пребивалиште на територији Србије услов се не поставља, али ако се ради о апатридима који имају пребивалиште у станој држави, може се поставити услов реципроцитета.

Терет доказивање зависи од законске формулације, у неким ситуацијама је потребно да суд доказује *ex offo*. Ако поступајући орган не може да утврди постојање реципроцитета, а ни на основу доказа странака не може да се сазна да ли постоји, сматраће се да реципроцитет ипак постоји због законске претпоставке. Странка може доказивати да се реципроцитет у страној државу у пракси не примењује, иако је законски прописан.

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 савезни орган управе надлежан за послове правосуђа.

Постоји **претпоставка о постојању узајамности у погледу признања стране судске одлуке**, док се супротно не докаже.

Облици реципроцитета

Према настанку:

- **Дипломатски** реципроцитет - настаје **непосредним споразумом држава било билатерално или мултилатерално**. Државе договором регулишу узајамни третману својих грађана и судских и арбитражних одлука. Уговорена права могу бити **набројана** или **гарантована клаузулама**
 - **клаузула националног третмана**-изједначавање положаја држављана са домаћим,
 - **клаузула материјалне узајамности**
 - **клаузула непосредне узајамности** –таксативно се наводе права која се гарантују међусобно
 - **клаузула најповлашћеније нације**- држављанима саговорнице се даје третман као држављанима неке треће државе која има статус најповлашћеније државе
- **Законски** реципроцитет - када се у одређеној држави доступност права странцима гарантује домаћим законом. (нпр Закон о наслеђивању 1995. - страни држављани имају исти наследни положај у Републици Србији, под условом реципроцитета, као и домаћи држављани, ако међународним уговором није другачије одређено)
- **Фактички** реципроцитет- када стицање права странаца није гарантовано нити међународним уговором ни законским пут, али се у пракси фактички остварује.

Која је врста реципроцитета задовољавајућа када се стицање одређених права условљава узајамношћу? У нашој пракси и теорији сматра се да је довољан фактички реципроцитет.

Непоштовање реципроцитета

Постоји сложена ситуација **када постоји загарантована узајамност међународним уговором**, али страна држава је не спроводи у пракси. У таквим случајевима реторзија се не предузима све док се међународни уговор не откаже, због поштовања принципа *pacta sunt servanda* (уговор обавезује).

Када је узајамност загарантована **законом**, а страна држава ускраћује неко право држављанима Србије упркос прописаним гаранцијама, реторзија је оправдана, може се ускратити исто право држављанима те стране државе у Србији.

Према садржини:

- **Формални** реципроцитет – постоји када су странци у нашој земљи изједначени са домаћим држављанима, а наши држављани су у тој држави изједначени са њеним држављанима. Формални реципроцитет гарантује **равноправност у третману (националном третману), а не у специфичним давањима**, он искључује дискриминацију по основу држављанства, али не гарантује пуну међународну равнотежу у погледу уживања појединих права.
- **Материјални** реципроцитет - странацу се пружају само она права која има наш држављанин у тој страни држави.

У нашем праву **формални** реципроцитет се захтева код права **странаца да ступају у приватноправне односе и да буду носиоци приватних права**, док је **материјални** се захтева у случајевима **признања и извршења страних одлука**.

Италијанска школа статута

Друштвени услови који су утицали на настанак и развој италијанске школе статута

У средњовековној Италији између 12. и 15. века јављају се идеје од изузетног значаја за развој МПП-а. То је период у којем глосатори и постглосатори интерпретирају решења римског права и настоје да их приближе свом добу. Потреба за оваквим развојем права се може објаснити наглим успоном привреде и повећања размене добара, при чему долази до настанка буржоазије која је била носилац прогреса.

Уговором у Костанци 1183. Италијански градови добијају самосталност која је по својим карактеристика била веома блиска статусу самостале државе. Градови су били овлашћени да самостало доносите своје **статуте (законе)**.

Повећана размена добара између градова је створила одређене правне проблеме услед којих **више није било могуће одржати строги територијални принцип** у примени статута, те је било **неопходно да се правна дејства признају у више правних подручја**, да би се омогућило животним (и правним) односима који се односе на та подручја, да функционишу и опстану. Напушта се принцип по којем се на једној територији искључиво примењује само право те територије. Уместо тога се тражило логично решење за правни однос који се везује за више подручја, а које би било прихватљиво за све.

Развоју права доприноси и развој правничког образовања у оквирима универзитетског центра у Болоњи.

Рад италијанских статутиста

Тражећи ослонац за своје учење требало **напустити апсолутно важење територијалног принципа и феудалне затворености**, статутисти су се окренули идејама римског права. Ослонац је пронађен у Јустинијановом кодексу, „**Они народни над којима царство наше милости влада...**“ **Акурзије** из те реченице изводи закључак **да постоје народи над којима се власт цара не простире**. То је значило да се у царству могу наћи припадници народа на које се не односе царски закони, већ њихови.

Акурзије долази до закључка да нпр. Болоњцу коме се суди у Модени не треба судити по статутима (законима) Модене него по статутима (законима) Болоње. **Потребно је наћи критеријуме који би требало да одреде када је оправдано применити право заједнице коме лице припада**

(персонални принцип) , а када је оправдано примени право заједнице где се налази (територијални принцип).

Акурзијево схватање је било широко прихваћено, али је остао **проблем одређивања мерила** за примену персоналног односно територијалног принципа. Италијанска школа статута је доста учинила у проналажењу и одређивању мерила, при чему је најзначајнији допринос имао **Бартолус**. Он је **до мерила долазио анализом случајева**, али ипак није дао свеобухватни систем, већ само индивидуална решења. Међу његовим идејама је поменута подела **статута** на **реалне и персоналне**. **Реални** су се примењивали на свакога на територији где су донети, али нису важили изван те територије, док су се **Персонални** примењивали искључиво на поданике те државе без обзира где су се налазили. Природа статута је служила према томе као критеријум примене. Проблем је био у томе да се одреди који је статут реалан, а који персоналан. При проналажењу решења за тај проблем Бартолус се користио различитим методама, међу којима су неке биле крајње бизарне, *нпр. у оквиру случаја "Енглско питање" сматрао да о томе може одлучити ред речи у статуту, ако би норма гласила тако да прво означава неко лице (нпр. прворођени наслеђује сва добра..) онда је статут персоналан, а ако би гласила тако да означава прво ствар (нпр. сва добра наслеђује прворођени..) реч је о реалном.*

Ипак, кроз праксу су се развила одређена схватања о мерилима за разграничење врсте статута:

Персонални статuti - сматрали су се сви статuti којима се поставља граница слободи уговарања и нпр. одговорност родитеља за дугове детета

Реални статuti - прописују застарелост, одржај...,

Поред ових развили су се критерију за раздвајање који били предмет теориских полемика и дискусија,

статuti повољни за личност и статuti неповољни за личност.

проблем са овим критеријумом је у томе, што у исто време норме статута повољне за једану личност, али неповољне за другу.

Поред свега наведеног, **Бартолус** је дошао и до значајног броја идеја које допринеле даљем развоју МПП-а, међу којима су:

- правило да се за деликте примењује **место извршења деликта**
- у погледу уговора, примена **места закључења уговора**

Немачка правна наука

Савињи

Фридрих Карл фон Савињи је један од утемељивача **историјскоправне школе**. Његова активност је знатно шири од бављења облашћу међународног приватног права.

Савињи потврђује **Вехтерову** поставку да је МПП **грана унутрашњег права**. Разлика се јавља у њиховим гледиштима у погледу питања како треба поступити када право земље суда (lex fori) нема норме које би служиле као мерило за одређивање меродавног права. **Вехтер** заступа **остајање у границама домаћег** права, док **Савињи** предлаже да се пође од позиција **универзализма**, да се **истраже и формулишу принципи који би служили напретку цивилизованих народа**.

Савињи сматра да све већи обим кретања људи и размене добара намеће потребу за **удаљавањем од принципа да свака држава примењује искључиво своје право**.

Залагао се за **равноправан третман странаца** са домаћим држављанима у погледу изједначавања у **правима**, али је при томе назначио да се до праве равноправности може доћи једино ако **случају сукоба закона дође до пресуђивања на исте начин**, без обзира у којој држави од те две се изриче

пресуда. Према његовом мишљењу сукоби закона у свим државама требају да се решавају на оснив **истих наднационалних правила** (проналажење права које би одговарало заједници народа). Истражујући правила које би служила интересима међународног општења и заједници народа, наглашава да при тражењу решења треба поћи од правних односа који се везују за више правних система, а не закона (статута) земље за коју се везу тај правни однос. Савињи **напушта идеју да треба истраживати природу статута(закона),** коју су заступали сатутисти, већ сматра да треба **истраживати тежиште правних односа, са којим местом (којом државом) имају највише везе,** односно где је седиште правних односа.

Многа решења до који је дошао Савињији су широко прихваћена у данашњим правним системима:

- Сматрао да **седиште стварноправних односа увек место налажења ствари**(било непокретни, било покретних)
- Савињиева идеја о **јединственој заоставштини** - да за расправљање једне заоставштине треба применити једно исто право, то право треба бити персонално право оставиоца. Под *lex personalis* је сматрао право домицила (а не држављанства како се данас схвата у Немачкој)

Англо-америчке концепције у МПП

Сукоби присутни у енглеском праву су се иницијално базира на сукобима судова разних јединица права, да би се тек у 18. и почетком 19 века развила доктрина међународног приватног права, налик континенталном систему. Једна од најзначајнијих одлука која је значајно проширила свест о колизионој проблематици у оквиру енглеског права, је одлука **лорда Мансфилда** у спору Робинсон vs Блант из 1760. У предметном спору се поставило **питање може ли се нека обавеза која је правноваљана у земљи где је настала признати према енглеском праву, које ту обавезу сматра неморалном и не признаје јој правна дејства.** Лорд Мансфилд се у својој одлуци при решавању наведеног случаја више пута позивао на **Хубера**, те проблем решава на следећи начин:

"Опште је правило, да се при тумачењу и извршењу уговора узима у обзир место где је уговор закључен, а не место где је тужба подигнута (правило да се на уговор пимењује право земље где је закључен). Ово правило дозвољава један изузетак, када су странке за време састављања уговора имале у виду другу краљевину. (аутономија воље странака)"

Мансфилдово ослањање на Хубера није случајно, Холандско–Фламманска школа остваривала велик утицај на енглеско право, посредством великог броја правника који су се образовали у Холандији.

У америчком праву дошло је раније до развијања теорија МПП него у енглеском праву, претежно захваљујући **Сторију** (судије Врховног суда и проф. на Харварду). Стори је **под утицајем Хуберових учења**, у свом делу **Коментари о сукобима страних и домаћих закона**, дао значајан допринос даљем развоју Хуберових идеја и поставио темеље англо-америчкој доктрини МПП-а. Он је прихватио три полазна Хуберова принципа- аксиома, али примећује да су они уопштени и тешко одговарају изазовима праксе.

Хуберови аксиоми:

- 1) Закон једне државе важе унутар њених граница и обавезују све оне који су властима те државе подвргнути, али их не обавезују изван државних граница*
- 2) Сматрају се подвргнутим властима једне државе сви они који тамо стално или привремено бораве*
- 3) Владе држава из куртоазије омогућују да право једне државе које унутар својих граница произвело правно дејство задржи то правно дејство свуда; ако то не иде на уштрб друге власти или грађана те друге власти*

Стори је био веран **идеји суверености и територијалности**, те на основу тога истиче да ће снага једног закона у другој држави зависити искључиво од домаћих прописа те друге државе, при чему наглашава да правила МПП требају да се развијају на **принципу реципроцитета**.

Једна од најистакнутијих идеја англо-америчке теорије МПП је **идеја стечених права (vested rights)** чији су најзначајнији представници **Дајси** и **Бил** (треба признати права која су ваљано стечена по праву неке друге стране земље, тј треба применити право стране државе чијим је правом креирано неко субјективно право. Субјективно право настаје у одређеном моменту, те настаје где је створена последња неопходна правна чињеница за настанак.

Савремено енглеско и америчко право развијају се развили управо на критици теорије стечених права.

Америчка револуција у области сукоба закона и њени одједи

Почетком 20. века је у Америци владала теорија стечених права, коју је најдоследније развио професор са Харварда, **Бил**. Он је био познат као главни редактор тзв. **Ристејтмента (Restatement) I** из 1934 (*сет споразума о правним питањима који је имао за циљ да поучи/обавести судије и правнике (адвокате) о основним принципима common law-a*). Ристејтмент и америчко колизионо право тога доба били су веома доследан систем права заснован на неколико основних принципа. Сукоб закона се решава помоћу **вишестраних колизионих норми** меродавно право се тражи кроз територијалне контакте спорног правног односа и важио је принцип да треба **применити оно законодавство где је то право стечено**.

Међутим, једна генерација америчких стручњака је ову Билову грађевину напала у самим њеним темељима. Кроз оспоравање и битку са ауторитетом Ристејтмента, настају **оригинална схватања суштине и метода МПП-а**. Један од најоригиналних мислилаца нове америчке теорије био је **Давид Кејверс**, који је (1933.) објавио „Критику избора меродавног права“ у којој критикује методологију избора меродавног права. Према **традиционалној методи**, врши се **избор правосуђа** уместо да се врши избор између конкретних правила појединих законодавстава која претендују да буду примењена и која воде до одређених решења, при чему је **Кејверс** предлагао да се решење нађе **путем анализе конкретних правила у сукобу**. Овакав вид анализе би отварио могућности да се покаже да ли је реч о **лажном сукобу закона** у неком случају, односно да не постоји права потреба да се врши избор меродавног права.

*Према традиционалној теорији, решење спора се тражи на тај начин што ће суд применити један колизионни принцип (тачку везивања) који је постављен унапред и без обзира на то каква материјалноправна решења садрже права у сукобу, да би се потом спор решио према изабраном праву. Уместо тога Кејверс предлаже да се **садржина норми узме у обзир пре избора меродавног права**. **Анализом садржине** правила у сукобу може се, пре свега **утврдити да су та правила идентична (лажни сукоб закона)**, те да питање избора нема практични значај. Надаље се може **доћи до закључка да правила нису иста** нити да воде до истог резултата, али да **немају обе државе интерес да се примени њихово право** (и у том случају би се говорило о **лажном сукобу закона**, јер је једна држава заинтересована, па ће се према томе само и применити њена правила).*

За случај да **сукоб није лажан**, тј да државе у конкретном случају имају интерес за примену свог права, **Кејверс** предлаже примену **начела преференције**, која се заснивају на **комбинацији територијалне везе са врстом материјалноправних решења** (нпр. у области деликата значај места настанка последице као територијалне везе, варира у зависности од тога да ли прописи места настанка последице предвиђају блажа или строжа правила о одговорности и накнади штете), те се тако долази до колизионих решења.

Поред Кејверса, снажан утицај је оставио још један радикални реформатор, **Кари**, који је одбацивао традиционална учења и уместо њих предлагао да се меродавно право тражи **кроз анализу државних интереса и законодавне политике**. Ова анализа би требала да **покаже да ли стварно постоји заинтересованост конкретних држава** за примену њиховог права. Ако би **заинтересованост била обострана** Кари предлаже **нову анализу**, којом би се тумачили државни интереси и законодавна политика држава у сукобу, (док ако би **постојала заинтересованост само једне државе**, радило би се о **лажном сукобу закона**). Ако би се и новом аланизом показала заинтересованост више држава, применило би се **право форума**.

Међу бројним именима јавља се и Артур фон Мерена, који се залагао за функционалну анализу. Прво се идентификују заинтересована правосуђа, да би се затим кроз сложену анализу степена заинтересованости и законодавних политика појединих правосуђа, створиле претпоставке за избор.

Један број аутора покушава да створи типологију методолошких принципа који утичу на избор меродавног права, као што су:

- Елиот Читем и Вилис Риз који су створили листу од девет могућих разлога којима се суд може руководити прилоком избора меродавног права
- Роберт Лефлар, који је дефинисао пет принципа којима би се ваљо руководити приликом избора меродавног права:

- а) *предвидљивост резултата*
- б) *чување међународног поретка*
- в) *поједностављење задатка судије*
- д) *заштита државних интереса форума*
- ђ) *примена бољег материјалног права*

Америчка револуција у области сукоба закона изазвала је велики интерес, али је имала мало утицаја ван САД. То су "високоинтелектуалне" идеје које се не могу лако претворити у употребљиве инструменте и правила. Међутим прошириле су видике и допринеле бољем виђењу и разумевању феномена сукоба закона.

Правна и пословна способност физичких лица

Проблеми сукоба закона при утврђивању правне и пословне способности физичких лица

- Под правном способношћу подразумева се својство једног лица на основу којег може бити **носилац права и обавеза**. Појаве као што су *civilis nationalis* смрт, ступање у монашке редове и други спорадичне одблике престанка правног субјективитета се могу отклонити применом установе јавног поретка. Према томе у већи држава правни субјективитете **настаје рођењем**, али се у одређеном броју држава постављају и додатни захтеви, најчешће способност за живот (да је дете рођено живо (фра.), или 24ч живота (шпа.)...) Питање рођења отвара проблем **nasciturus-a** (нерођено дете ће се сматрати рођеним ако је то у његовом интересу), чији се положај и услови за примену института различито схватају. Начело је неспорно да је **смрт**, престанак правог субјективитета, једино се појавио проблем у дефинисању тренутка за који је сматра да је смрт наступила. Међу спорним проблемима везаним за престанак правног субјективитета спадају **проглашење несталога лица за умрло и коморијенти** (умрли истовремено (нем.) или једни наживели друге (фра.))

- Под пословом способношћу подразумева се способност једног лица **својим радњама стиче права и обавезе права и обавеза**. Поводом утврђивања настанка пословне способности и њеног престанка, јављају су бројна неуједначена схватања. Начело је шире прихваћено у упоредном законодавству постојање апсолутне пословне способности и неспособности, као два крајња аскепта посматрања проблема постојања пословне способности. Утврђивање **узраста за настанак пунолетства** варира, 18 година (европа и поједине државе САД) 19 година (Канда) 20 година (Јап.) 21 година (Арг.) Повод за сукоб закона дају још и институт **еманципације** и разлике у погледу схватања **ограничене пословне способности** (услови за њен настанак).

- У погледу одеђивања меродавног права за способност физичких лица у упоредном праву јавља се три основна колизиона решења:

- примена права држављанства (*lex nationalis*)
- примена права домицила (*lex domicilii*)
- примена права настанка обавезе

Држављанство као правна установа и тачка везивања

Држављанство је веза на основу које се одређује припадност једног лица једној држави. То је јавноправни однос између државе и лица у којем лице, држављанин, има најшири статус, у којем су му доступна сва права која правни систем те државе обезбеђује својим грађанима. Једна од битних карактеристика норми о држављанству је да и свака држава **суврено доноси и примењује**, што значи да **само домаћа држава може**, на бази својих норми, **дати своје држављанство појединцу или му га одузети**. У неким сложени државама поред савезног постоји и држављанство република, кантона, других јединца...Постоје два основна метода стицања држављанства:

- **ius sanguinis** - држављанство се стиче преко држављанства родитеља
- **ius soli** - држављанство се стиче рођењем на територији.

Стицање држављанства по закону о држављанству Републике Србије (ЗОД)

Стицање држављанства у моменту рођења називамо **основним** начином стицања, постоје још **допунски** начини за стицање држављанства у току живота појединца.

Закону о држављанству Републике Србије (ЗОД):

Основни начини

а) **По пореклу (*ius sanguinis*)**, примарни начин стицања по нашем закону. Дете стиче држављанство Србије по сили закона:

- када су му **оба родитеља држављани Србије**, без обзира на место рођења
- када је **један родитељ држављанин Србије**, а дете је рођено у Србији
- када је **један родитељ држављанин Србије**, а други је непознати или је апатрид, чак и када је дете рођено у иностранству.

(чл. 9 став 1) Дете **рођено у иностранству**, чији је један родитељ држављанин Србије, може стећи држављанство ако буде **пријављено у дипломатско-конзуларном представништву и родитељ поднесе захтев за упис у матичну књигу држављана до навршене 18. године** детета, а ако је **дете старије од 14 година**, родитељ уз захтев прилаже и **сагласност детета**. (*Дете рођено у иностранству, чији је један од родитеља у тренутку његовог рођења држављанин Републике Србије, стиче пореклом држављанство Републике Србије ако би остало без држављанства чак и ако нису испуњени услови из става 1. овог члана.*) Ако наш држављанин пропусти то да уради његовотом потомак има **додатни рок до навршене 23. године** да сам затражи држављанство.

- све претходно наведено важи и за **усвојену децу** (*adoptio plena*) (у тој ситуацији се може појавити *битратрија*, јер се за потпуно усвојење не тражи отпуст из ранијег држављанства према прописима РС). У свим случајевима стицања држављанства пореклом, **стицалац се сматра држављанином РС од рођења**.

б) **Рођењем на територији Србије (*ius soli*)**. Супсидијарни, корективни начин стицања држављанства, у ситуацији у којој је дете рођено или нађено на територији Србије, ако су му родитељи непознати, или апатриди или остали без држављанства, довело би до ситуације да дете остане без

држављанства. Да би се предупредила појава апатрида од рођења уведен је овај начин стицања држављанства.

- Детету које је на овај начин стекло држављанство, оно **престаје на захтев родитеља до навршене 18 године** детета, **уколико се утврди да су оба родитеља странци**, а за дете **старије од 14 година**, неопходна је **његова сагласност**. Држављанство у том случају престаје даном достављања решења.

Допунски начини

1. Натурализација:

а) **Обична натурализација**, омогућава стицање држављанства свим странцима који то желе и поднесу захтев. **Пунолетни, пословно способни странац**, који има **три године непрекидно пријављено пребивалиште** у Србији и који има **дозволу за стално настањење**. Мора се **одрећи свог претходног држављанства** (што није доследно спроведено код других типова натурализације)

Дозволу за настањење могу добити:

- Неко коме је члан уже породице наш држављанин или странац који већ има дозволу за стално настањење,
- особа која је нашег порекла,
- странац који је уложио средства у нашу привреду
- изузетно и други странци

За брачне другове наших држављана постоји **„олакшана натурализација“**, потребно је да имају **одобрен стали боравак, није потребно одрицање** од постојећег држављанства, **нити се захтева претходни дужи временски боравак** на нашој територији.

б) **Натурализација у специјалним околностима**, ЗОД одређује и неке групе за које сматра да је нарочито пожељно да поседују српско држављанство. Тим категоријама лица се **не захтева одрицање или одпуст из страног држављанства**, чиме им се **дозвољава бипатридија или полипатридија**. Реч је о **исељеницима**, и **лицима по етничком критеријуму** (припаднику српског народа или другог народа или етничке заједнице са територије Србије који немају пребивалиште у Србији).

- **Исељеници** - су лица која су се иселила из РС са намером да стално живе у иностранству (овако *широку дефиницију треба рестриктивно тумачити у пракси*)

Пунолетни, пословно способни исељеници, њихови потомци или брачни другови требају једино што требају да ураде да би добили држављанство је да **поднесу изјаву да сматрају РС својом земљом**

- **Етички критеријум** - припаднику српског народа или другог народа или етничке заједнице са територије Републике Србије који немају пребивалиште на територије Републике Србије.

Да би добили држављанство је неопходно је су **пунолетни, пословно способни** и да **поднесу изјаву да сматрају РС својом земљом**

в) **Изузетна натурализација**. Овај вид натурализације доступан је странцима чији би **пријем у држављанство представљао интерес за Републику Србију**. Интерес је економски, спортски, научни итд. Странац мора бити **пунолетан и пословно способан**, није потреба изјава. Покреће се на основу предлога надлежног министра, а одлуку доноси Влада РС.

2. Стицање држављанства на бази међународног уговора

Питање двојног држављанства може бити регулисано међународним уговором. **Уговор о двојном држављанству** је наша држава закључила **са БиХ**. У пракси се одредбе уговора користе, ако се лице које аплицира за држављанство не може служити етичким критеријумом.

Натурализација по двостраном споразуму - као услови непоходно је пунолетство и трогодишње пребивање на територији РС, али не и пословна способност, нити је потребно поднети изјаву о томе да РС сматра својом земљом. Захтева се такође да апликант **није осуђиван у БиХ за кривична дела за које је прописана казна од преко 3 године**, као и да **није протериван са територије РС** у одређеном временско периоду пре подношења захтева за држављанство.

Транзиторне одредбе ЗОД

Прелазне одредбе регулишу два питања:

а) ко је данас држављанин РС

- Држављанином РС се сматра лице које је стекло држављанство РС у складу са прописима који су важили до ступања на снагу ЗОД
- Нашим држављанима се сматрају и држављани ЦГ који је на дан 3.6.2006. имао пријављено пребивалиште на територији Србије, услов је да поднесе одговарајућу изјаву и захтев

б) шта се догађа са лицима која су имала држављанство бивше СФРЈ и држављанство неке друге Републике, а не Србије

- Лица која су имала држављанство бивше СФРЈ, а која су на дан 27.2.2005. имали држављанство друге чланице бивше СФРЈ, могли су у периоду од 5 година након ступања на снагу ЗОД стећи држављанство РС, услов је био да имају девет година непрекидног пребивалишта на нашој територији и да поднесу одговарајућу изјаву и захтев

Држављанство као тачка везивања

Ех-Југословенско законодавство се определило за **држављанство као тачку везивања** за статусна, породична и наследноправна питања. Ово је нормално опредељење једне емигрантске земље, јер жели да задржи контролу над својим држављанима када нису у земљи, све док нестекну држављанство земље у коју су имигрирали.

Посебни проблеми се јављају у погледу лица која су **Апатриди** (аполиди) и лица која су **Бипатриди** (биполиди) (или полипатриди) поводом одређивања тачке везивања.

У случају **бипатрида**, домаћи орган (поступајући орган) ће обично третирати битаредиа као држављанина ако му је једно од држављанства домаће, а у случају да има више страних држављанстава од којих ниједно није домаће, потребно је утврди његово ефективно држављанство сматра ће се да је држављанин оне државе у којој има пребивалиште. Док у случају **апатрида**, тачко везивања ће се сматрати пребивалиште (домицил), а ако не би имало пребивалиште онда боравиште.

Решење према ЗМПП-у

У случају **бипатрида** - бипатрид ће се сматрати нашим држављанином **ако му је једно од држављанства држављанство РС**, а ако има **више страних** држављанстава сматра ће се да је држављанин оне државе у којој има **пребивалиште**. Ако нема пребивалиште нити у једној онда ће се сматрати држављанином (од оних држављанства које има) оне државе са којом је **у најближој вези**.

У случају **апатрида** - Ако нека одредба ЗМПП-а упућује на *lex nationalis*, а то лице нема држављанство, аутоматски ће се тражити друга тачка везивања, а то је **lex domicilii**, ако нема домицил, тражи ће се тачка везивања закон места **боравишта**, а ако се не може утврдити ни боравиште, примени ће се право **lex fori**.

Домицил као правна установа и тачка везивања

Под домицилом се најпростије речено подразумева „*стални дом*“. У нашем праву **пребивалиште** је дефинисано као место у коме се грађанин настанио са намером да у њему стало живи, односно место у коме се налази центар његових животних активности, професионалних, економских, социјалних и друг веза која доказују његову трајну повезаност с местом у коме се настанио.

По схватању нашег права појам домицила обухвата два основна конститутивна елемента:

- **фактички елемент** који се састоји у присуству на једном месту,
- **вољни елемент** садржан у је у намери лица да трајно остане у том месту.
- **Јездих** додаје и трећи елемент, а то је **пословна способност**, (јер лица без пословне способности имају законски домицил у месту пребивалишта својих родитеља/старатеља).

Спорно је када престаје домицил; према мишљењу коаутора домицил не престаје одмах губитком једног од елемената, нарочито ако је то вољни елемент, јер би долазило до правне несигурности, услед чињенице да је тешко утврдити вољни елемент. Поред тога извор несигурност би настао и тиме што би један домицил престао (самим губитком једног од елемента) пре него што је могао да настане други.

У погледу наших држављана који су дуже боравили и радили у иностранству, наша правна (*бивше Југославије*) политика је сматрала, путем фикције, да су они и даље везани за ех-југословенски домицил, јер немају намеру да трајно остану у иностранству, а да у тој страни земљи имају само боравиште. Таква пракса је довела до настанка **мултидомицијалност**, јер је земља њиховог боравка истовремено сматрала да они имају домицил у њој. Одређене дилеме се могу појавити у погледу питања, могу ли постојати лица које уопштне немају домицил, **бездомицијалност**.

Домицил странаца у Србији

За домаће држављане се не предвиђа превише формалности, док странци морају да испуне додатне услове да би стекли домицил (пребивалиште). Ово питање регулише **Закон о странцима (ЗОС)**.

ЗОС чл 74. - пребивалиште место у коме странац коме је **одобрено стално настањење** у Србији има намеру да живи на одређеној адреси. Проблем са овим чланом је везан за полемику да ли странац мора да има одобрено стално настањење да би имао пребивалиште. Давање одобрења за стално настањење је у надлежности Министарства унутрашњих послова Србије, али оно није формулисано као обавеза, већ као могућност. **Стално настањење може се одобрити странцу:**

- 1) који је до дана подношења захтева за стално настањење у Републици Србији **боравио непрекидно дуже од пет година на основу одобрења за привремени боравак**;
- 2) који је **најмање три године у браку са држављанином Републике Србије, или странцем који има стално настањење**;
- 3) **малолетнику на привременом боравку у Републици Србији ако је један од родитеља држављанин Републике Србије или странац који има одобрено стално настањење, уз сагласност другог родитеља**;
- 4) који је **пореком са територије Републике Србије**.

- 5) Изузетно стално настањење се може одобрити и другом странцу који има одобрен привремени боравак, ако то налажу **разлози хуманости или ако то представља интерес** за Републику Србију.

Странци који подносе захтев морају поднети доказе да имају обезбеђена средства за издржавање, здравствено осигурање и да имају место становања. Надлежни орган о захтеву одлучује решењем, а ако захтев буде одбијен, странац може да изави **жалбу влади РС**.

Домицил као тачка везивања у ЗМПП

У колизионим нормама нашег ЗМПП-а домицил се корисит као **супсидијарна тачка везивања**. Уколико се по примарној тачки не може пронаћи меродавно право, користи се супсидијарна тачка. То је у случају неких питања породичног права (брачног) као и код уговорних односа када се меродавно право одређује по носиоцу карактеристичне престације (НКП). Да ли неко лице има домицил у Србији или иностранству надлежни орган утврђује према нашем праву (lex fori), с обзиром на то да тумачи тачку везивања домаће колизионе норме.

Уобичајено (редовно) боравиште и боравиште

Израз **уобичајено (редовно) боравиште** је настао у Немачкој и прети да замени концепт домицила. То су веома слични термини, јер у себи садрже елемент- боравак на одређеној територији. Разлика је у намери да се трајно живи која код уобичајеног боравишта не постоји, али зато постоји правилност тј навика боравка (animus residendi). Сматра се да је уобичајено боравиште пригодније за међународну употребу, јер је без субјективног елемента, чист чињенични концепт. Није потребна пословна способност, јер се не захтева поменути субјективни елемент. Боравиште је такође тачка везивања у статусним односима, по правилу **супсидијарна тачка** у одсуству претходних. Боравиште се налази у месту где лице фактички борава.

Боравиште односно уобичајено боравиште странаца у Србији

ЗОС - странац коме је одобрен боравак у Србији има боравиште у месту у коме има намеру да борава дуже од 24ч. ЗОС не прави разлику између боравишта и уобичајеног боравишта, али разликује:

- **боравак до 90 дана**
- **привремени боравак (дужи од 90 дана)**
 - за који је неопходно прибавити сагласност уз подношење доказа о средствима за издржавање и здравственом осигурању
 - дозвола привременог боравка се издаје на максимум 1 год., али се може обнављати
 - дозвола се издаје ако постоје оправдани разлози који укључују (али нису ограничени на) рад, запошљавање, студирање, практичну обуку, као и спајање породице

На основу свега наведеног може се закључити да странац у Србији може имати не само боравиште, већ и уобичајено боравиште.

Дилема између држављанства и домицила као тачака везивања

Јавља се дилема између држављанства и домицила као могућих тачки везивања у статусни односима. Присталице држављанства истичу да је оно јача веза од домицила, да је мање подложна променама, те се и самим тим лакше утврђује.

Присталице домицила истичу да је пребивалиште много реалнија веза са територијом и да је логичније да се меродавно право одређује према средини где лице живи и указују да постоје тешкоће код утврђивања држављанства као тачке везивања у случају апатрида.

Између опредељења за један од ова два начина везивања стоје интереси две групе држава: **имиграционих и емиграционих**.

Имиграционе су државе у које се странци досељавају и њихов је интерес да имају контролу над досељеницима на њиховој територији, те им зато одговара домицил као тачка везивања.

Емиграционе су оне државе из којих се становништво исељава, њихов интерес треба тражити у жељи да задрже меродавност над својим држављане у иностранству путем држављанства као тачке везивања.

Међутим ово нису апсолутна правила, већ свака држава, може одређивати своје интересе при одређивању тачки везивања

Колизионе норме за правну и пословну способност физичких лица

Наше право (ЗМПП) прихвата *lex nationalis* као основну тачку везивања за правну и пословну способност физичких лица.

- **За правну способност** – ***lex nationalis*** је једина тачка везивања.
 - У случају **коморијената** проблем треба решавати по *lex nationalis* ако непостоји посебна колизиона норма. Међутим ако коморијенати били држављани различитих држава, чија права воде у "ћорсокак" примењивача за правну способност требало би применити решење домаћег права.
- **За општу пословну способност**- Меродавно је ***lex nationalis***, али допуњено са ***lex loci actus*** (место настанка обавезе) . То значи: Пословна способност неког лица цениће се по праву земље чији је држављанин, а ако по тим нормама не би био пословно способан, сматраће се да је ипак пословно способно ако би то био по праву земље где је настала та обавеза.
 - ***lex loci actus*** као допунско решење долази у обзир само када је реч о утврђивању нечије пословне способности у уговорним односима, а не ако је реч о породичним или наследним односима
 - када је реч о апатрдима у пољу уговорних односа долази у обзир комбиновање супсидијарних решења са допуно *lex loci actus*
- **Проглашење несталог лица за умрло** - ЗМПП чл. 16 меродавно је право државе чији је држављанин било то лице у време нестанка.

Способност правних лица

Припадност правног лица предстаља правну везу између једног правног лица и одређене државе, преко које то лице постаје титулар одређених права и потпада под јурисдикцију односне државе.

Разни облици удружења и имовинске масе могу добити статус правног лица тек када им држава призна то својство. Свака држава то омогућује на основу својих критеријума и процедуре, па тако постоје:

- систем слободног удруживања
- систем концесије
- нормативни систем

Да би добило својство правног лица то удружење мора имати значајне везе са конкретном државом. Данас постоје два основна облика повезивања:

- **Систем инкорпорације** (оснивања) – ако је правно лице основано по праву неке земље оно црпи субјективитет из права те (за правно лице домаће) земље
- **Систем стварног седишта** – субјективитет се извлачи из права неке земље, ако се у њој налази стварно седиште тог правног лица.

Спорно је да ли то правно лице има субјективитет и у другим државама?

Државе данас одређују критеријуме на основу којих одређују чије припадништво има неки облик организовања и која држава је имала интерес да неком колективитету да својство правног лица. На основу тога се долази до **персоналног закона правног лица** који даље одговара на питања да ли удружење има правну способност, у ком обиму, каква му је структура, ко има овлаштење да заступа то лице, какву грађанскоправну одговорност има, које су претпоставке за његов престанак...

Тешкоће при одређивању припадности су велике, поготово мултинационалних компанија, јер се по дефиницији везују за више држава. Теорија и пракса нуде разна мерила:

- 1) Мерило утврђивања припадности правног лица **према држављанству чланова главног органа** (овај критеријум је неадекватан, јер су чланови данас држављани разних држава)
- 2) Шире прихваћено мерило је **систем инкорпорације правног лица** (недостатак је у могућности лаког изигравања закона, јер се правно лице лако може регистровати у држави за коју није стварно везано)
- 3) **Систем стварног седишта**, тј. седишта главног органа управе
- 4) **Центар експлоатације**, односно **центар привредне активности** (овај појам није довољно одређен, индикативан и склон је променама)
- 5) Посебно мерило постоји за ванредне прилике, а то је **мерило контроле**, у ванредним ратним приликама сматра се да правно лице припада оној држави чији држављани то правно лице ефективно контролишу. (Енглеска, Француска, САД., користиле у прошлости овај критеријум да би избегле трговину са Немачком са којом су били у рату, на тај начин што су утврђивали ко стварно контролише правна лица која су привредно активна на њиховој територији, па ако би то лице које контролише било немачки држављанин; односно везано за Немачку, обустављали би трговину)

Становиште нашег права

ЗМПП Члан 17

- Припадност правног лица одређује се по **праву државе по коме је оно основано**. (теорија инкорпорације)
- Ако правно лице има **стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано и по праву те друге државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе**.

Надлежни орган у нашој држави мора применом супстанцијалног права државе у којој је стварно седиште да утврди да ли по праву те државе то правно лице има њену припадност, ако је одговор негативан наш орган неће сматрати да то правно лице има припадност државе у којој има стварно седиште, већ припадност треба да утврде по праву државе по коме је то основано.

Извори међународног породичног права и Србији

- Норме из области породичног права су међу првима донете после II светског рата

- значај за међународно приватно право имали су Основни закон о браку 1946. (ОЗБ) и Основни закон о старатељству 1947. (ОЗС)

- по доношењу уставног амандмана 1971. пропуштено је да се задрже на снази колизионе одредбе ОЗБ-а и ОЗС-а, јер савезне републике нису имале овлашћење да уређују област међународно-приватних односа, тако да је ова област остала формално не регулисана до доношења ЗМПП-а, мада су у пракси судови примењивали одредбе тих закона.

Извори колизионих норми у позитивном праву РС:

- ЗМПП
- велики број билатералних конвенција:

а) у области узајамне правне помоћи, узјамне правне односе у грађанским, породичним и кривичним стварима (са Бугарском, ех- Чехословачком, Грчком, Мађарском, Моноглијом, Пољском, Румунијом, СССР...), са Француском конвенција о надлежности и о закону који се примењује у области личног и породичног права

б) у области дипломатско конзуларних-бракова

- Размена нота са Шри Ланком
- Споразум са Норвешком
- две специјалне билатералне конвенције:
 - Споразум са Реп. Аустријом о узајамном признању и извршавању одлука о издржавању
 - Споразум са Краљевином Белгијом о признању и извршавању страних судских одлука о издржавању
- три мултилатералне конвенције:
 - Њујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству
 - Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце
 - Европска конвенција о признању и извршењу одлука и старању о деци и о поновном успостављању односа старања

Право меродавно за материјалне услове за закључење брака и форму брака

Меродавно право за материјалне услове за закључење брака

Свака држава прописује материјалне и формалне услове за закључење брака чији је циљ онемогућавање настанка оних бракова који неодговарају назорима конкретне заједнице. Уставом РС прописано је да је **брак заједница живота једног мушкарца и једне жене**. Таква формулација елиминише могућноста заснивања полигамије и истополних бракова. Поред ових потребно је одредити и друге услове тј. препреке за заснивање брака, као што су постојање душевних болести, узраста, степена сродства...

У погледу материјалних услова за закључење брака упоредно међународно приватно право познаје два основна решења:

- **Меродавно је право земље у којој се брак закључује** - Први приступ, право земље места закључења брака, је једноставан јер омогућава примену домаћег права које орган најбоље познаје, међутим отвара могућност за изигравање закона.
- **Меродавно је персонално право будућих партнера** - Други приступ, персонално право партнера, је шире прихваћено и поштује право држава да оне воде бригу о личним и породичним односима људи који су њени држављани. Међутим јављају се дилеме око тога да ли треба применити *lex nationalis* или *lex domicilii*, а затим које право применити у случају различитих држављанстава или домицила?

На основу решења ЗМПП-а (које је преузето из ОЗБ-а) потребна је (а) кумулятивна примена *lex nationalis* будућих брачних партнера (нупуријента) и (б) примена дела *lex fori*. Тиме се избегавају „шепајући бракови“ (*matrimonia caludicans*), тј они бракови који би важили у средини једног партнера, али не и у средини другог, јер је могуће да персонална права партнера прописују различите услове за закључење брака.

(а) Поставља се питање која је кумулација потребна? У теорији се разликују обична или дистрибутивна.

- Код **обичне** је потребно да сваки партнер испуни услове из оба персонална права; из сопственог и из партнеровог
- Код **дистрибутивне** потребно да испуне услове само из права земље сопственог држављанства.

У пракси и теорији више присталица има дистрибутивна кумулација. На то становишту стоји и ЗМПП.

Проблем код дистрибутивне кумулације постоји у погледу одређених сметњи које онемогућавају настанак брака. Сметње се деле на: једностране и двостране (апсолутне)

- **Једностране** - су сметње које ће онемогућавати закључење, ако погађају партнера (нупуријента) чије персонално право их прописује
- **Двостране (апсолутне)** - су сметње које погађају оба партнера (нупуријента) и онемогућавају закључење брака, независно од стране (партнера) на којој се налазе (у ове сметње су раније убрајане епилепсија, полне болести и друге болести или поремећаји који би могли да утичу на потомство брачних партнера. Данас је овај став застарео, претежно из разлога јер је већи број болести које су се јављале раније као сметња постао излечив, а са друге стране матичари начелно нису овашћени да задиру у здравствено стање будућих партнера.) У нашем позитивном праву, ове би сметње потпадале под област у односу на коју долази могућност примене дела *lex fori* (б)

Постојање проблема се огледа у сукобу принципа дистрибутивне кумулације, које захтева да сваки партнер испуни само услове прописане његовим персоналним правом и концепта двостраних сметњи, које упркос претходном принципу, онемогућава настанак брака. Резимирање решења овог проблема у нашем праву се своди, на чињеницу да ће увек бити примењена дистрибутивна кумулаца, али да брак неће моћи да буде закључен, ако је у супротности са условима које прописује део *lex fori* на који ЗМПП упућује.

(б) Предвиђена је и **меродавност домаћег права lex fori**, као вид корективонг дејства које ће омогући закључивање брака у складу са настојањима нашег права. Примена lex fori може се јавити у два облика:

а) **Премисивном** виду - дозвољава закључење брака позивањем на јавни поредак (нпр. право земље једног од партнера забрањује закључење брака са хрићанином, а друг брачни партнер је хрићанин)

б) **Прохибитивном** виду - забрањује закључење брака позивањем на јавни поредак (нпр. један од партнера се већ налази у браку)

На основу ЗМПП-а надлежни орган РС неће дозволити закључење брака, чак и ако према lex nationalis партнера постоје услови за закључење, ако постоји нека од сметњи прописаних према праву Србије:

- **постојање ранијег брака**
- **сродство** (забрањено у правој линији крвог сродства, четврти степен побочног, први степен праве линије тазбинског (у погледу тазбинског, суд може дозволити))
- **неспособност за расуђивање**
- поред ових сметњи, поступајући орган се може **позвати и у другим ситуацијама на наш јавни поредак**, ако постоје разлози који нису у складу са њим

Особена ситуација, да ли би се сматрало да постоји услов брачности у случају да је један од брачних партнера закључио пуноважни истополни брака у држави у којој је то дозвољено (и да је на снази такав брак), јер се према наше праву, брак сматра заједницом живота једног мушкарца и једне жене? Постојање таквог брак би се доказивало изводом из матичне књиге венчаних државе где је брак закључен, тако да неvezано за врсту тог брака, представљао би сметњу брачности, јер је сврха тог начела да се очува моногамија. Поред тога, евентуално би могло доћи и до примене института јавног поретка.

Форма брака

Формом брака се тежи обезбедити достојанство, правна сигурност и јавност брака. У једном броју држава тај ефекат се постиже **црквеном** формом брака пред свештеним лицем (односно обликом релевантне религије или веровања у дотичној држави), док се у другима захтева **грађанска** форма пред надлежним државним органом. Према томе, постоје државе које ће брак сматрати пуноважним ако је закључен према верским обичајима, те не захтевају да се такав брак закључи и пред државним органом. Такав црквени брак који је пуноважан у земљи порекла, сматра ће се пуноважним и у државама које захтевају искључиво грађанску форму (осим ако би евентуално били супротни јавном поретку друге државе). Република Србија захтева да брак који се закључује на територији РС буде закључен у грађанској форми да би се сматрао пуноважним, али не спречава могућност накнадног (или претходног) закључења и црквеног брака (тј. брака у верској форми релевантне конфесије), али такав црквени брака самостало неће произвести правно дејство.

Посматрајући **бракове са елементом иностраности**, могу се разликовати две ситуације:

- а) **закључење брака пред домаћим органом**, на домаћој територији, када се елемент иностраности јавља у субјекту

- б) **признање бракова** који су закључени у иностранству, када се елемент иностраности јавља у правима и обавезама

а) Меродавно право за форму брака, који се закључује на територији домаће државе

Основно колизионо решење за закључење брака са елементом иностраности **lex loci celebrationis**, право места свечаности (у одређеним правима се као алтернативно решење јавља lex nationalis). Циљ којем тежи ово правило је да се успостави правна сигурност, која се огледа у присуству надлежног државног органа пред којим се закључује брак. ЗМПП такође прихвата овај принцип.

ЗМПП чл. 33 - За форму брака меродавно је право места у коме се брак закључује.

б) Меродавно право за признање бракова који су закључени у иностранству

Уколико брачни партнери који су **домаћи држављани одлуче да закључе брака у иностранству**, они ће по правили морати да закључе у форми која је прописана у тој држави, као месту закључења брака. По њихов повратку у државу чије држављанство поседују може се појавити проблем признања иностраних бракова, али је **реч само о признању формалне пуноважности** брака. Меродавно право за бракове закључене у иностранству одређује се на основу правила да је **„брак пуноважан у месту закључења пуноважан је свуда“** (теорија стечених права). У упоредно праву је широко прихваћен **lex loci celebrationis**, те ће се на основу њега утврђивати да ли је брака формално пуноважан у земљи закључења. Нека законодавства из разлога favor matrimonii и favor validatis имају и допунска, алтернативна правила у погледу признања иностраних бракова.

Признање се обавља на основу **извод из стране матичне књиге венчаних**, а састоји се у признању доказне снаге страних јавних исправа.

У овој области је склопљено некико међународних конвенција у циљу олакшања признања страних извода:

- Конвенција о издавању неких извода из матичних књига намењених иностранству
- Конвенција о издавању извода из матичних књига на више језика

Изводи који су издати у складу са конвенцијом, имају исту доказну снагу као изводи домаће земље, те се примењује на територије државе потписнице без оверавања. Уколико нема места примени конвенције, признање страног брака завис од признања доказне снаге страних јавних исправа.

Признање иностраног брака држављана Србије могло би да се одбије само уколико би право које је било примењено приликом закључења тога брака у конкретној форми било у супротности са јавним портеком Србије.

Дипломатско-конзуларни бракови

Дипломатско-конзуларни бракови у МПП, сматрају се домаћим браковима, пошто се закључују пред овлашћеним органом домаће државе и на екстериторијалном делу домаће државе. Они се у стварности закључују у иностранству, у просторијама дипломатских или конзуларних представништава домаће државе, које на основу дипломатског, односно конзуларног права уживају екстериторијалност и у којима представници државе именовања, примењују право државе именовања, укључујући и колизионе норме. Из тога произилази да МПП, дипломатско-конзуларним браковима прилази као **питању форме брака**.

У екстериторијалне бракове још спадају и бракови закључени пред:

- капетаном брода
- овлашћеним лицем при војној јединици која обавља службу у страниј држави

Закључење брака не спада у редовне функције конзуларних преставништва, као ни дипломатских, те је потребно **посебно овлашћење на основу којег се ова активност може обављати**. Поред тога ради признања тако закључених бракова у држави на чијој територији се налази представништво, **услове поставља и та држава**.

Ако би домаћи вереници желели да закључе брак уиностранству, они би то могли да учине у домаћој форми, по домаћем праву, пред дипломатским или конзуларним представништвом своје државе, али уз испуњење одређених услова:

- а) Прва група услова тиче се **овлашћења представништва за закључење брака**,
- б) Друга група услова се **тиче самих лица која брак закључују**.

На основу теорије, судске праксе и позитивног права ехЈугославије, укључујући и ЗМПП, ти услови су следећи:

а)

1. Да би дипломатско, односно конзуларно представништво могло уопште приступити чину закључења брака, мора га за то **овластити функционер који руководи органом управе надлежним за иностране послове**.
2. Да би бракови закључени пред овлашћеним дипломатско-конзуларним представништвима били пуноважни и **у држави пријема**, потребно је да се **та држава не противи томе да страна представништва на њеној територији, обављају активност која неспада у надлежност тих органа**. Пристанак стране државе изражава се **експлицитно, путем уговора**, најчешће билатералног.

б)

1. Посебан услов тиче се вереника који желе да закључе брак. Наиме по ЗМПП и **вереники вереница, морају бити српски држављани**. Никакав други услов у погледу њихј није потребан, тј то могу бити лица која имају пребивалиште у Србији. Ово је потребно нагласити, јер некадашњи Основни закон о браку, није тражио да оба брачна партнера буду држављани Југославије, те се могао извући закључак да је један од њих могао да има страно држављанство, с тим што оно није могло бити држављанство државе пријема
2. Позитивно право Србије даје могућност да **лица, која имају држављанство Србије, могу пред домаћим представништвима закључити брак са лицима која имају страно држављанство, али не држављанство државе пријема**, ако је то питање **регулисано међународним споразумом**. Ех-Југославија закључила је два таква споразума:
 - Споразум између Норвешке и Југославије
 - Размена нота између Шри ланке и СФРЈ.

Право меродавно за неважност брака

Брак ће се поништити из разлога, што **у време његовог закључења, није био испуњен неки од разлога за пуноважност**. С обзиром на то, да је за пуноважност брака, потребно испунити формалне и

материјалне услове, **меродавно право за поништај бракова са елементом иностраности је оно, које је у време закључења брака, било меродавно за форму и за материјалне услове.**

Формална пуноважност цени се по lex loci celebrationis (или по *lex nationalis*, ако се претходно схвата као алтернативно), а **материјална** пуноважност по lex nationalis, lex domicilii или lex fori, у зависности од тога по ком је праву брак био закључен.

Битно је да је узрок поништаја постојао у време закључења брака и по праву меродавном за његово закључење. Осим узрока за неважност брака, по овом меродавном праву, одређују се и следећа питања:

- да ли узрок чини брак непостојећим, ништавим или рушљивим;
- да ли узрок неважности делује ipso iure, или ће се брак сматрати пуноважним, док га надлежни орган не огласи неважећим;
- да ли се брак, у зависности од узрока, може конвалидирати или не;
- круг лица која су овлашћена да покрену поступак поништаја брака;
- рокови за подношење тужбе запоништај;
- дејства неважећег брака, тј питање да ли ће неважећи брак производити дејство ex tunc или ex nunc;
- да ли се неважећем браку може приписати својство путативног брака.

По ЗМПП чл. 34, за **неважност брака (непостојање и ништавост)**, меродавно је **било које право, по коме је брак закључен** (у смислу чл. 32).

Са овом формулацијом ЗМПП-а постоји више проблема, чл. 34 упућује на чл. 32 у којим су прописани искључиво материјални услови за закључење брака, али не и формални услови који су прописани чл 33., према мишљењу коаутора ради се о омашци, те да ће се ипак узроци неважности у погледу форме ценити то lex loci celebrationis

За закључење брака **не мора бити меродавно једно право, већ може бити у питању и више** права. Поставља се питање да ли ће се брак поништити, ако су за закључење брака била меродавна два или три права, од којих нека познају, а нека не познају узрок по коме се тражи поништај. Уколико се доследно примењује принцип, да се разлози цене према оном праву, које је било меродавно за процену услова за закључење брака, требало би узети, да ће се **сваки разлог ценити по оном праву, по коме је цењен и приликом закључења брака.**

Ако се поништај тражи услед постојања неке **једностране сметње**, меродавно ће бити право држављанства лица, на чијој страни постоји сметња. Ако се пак, поништај тражи услед постојања **двостране сметње**, поништај ће бити изречен ако та сметња повлачи поништај, по било којем од два меродавна персонална права.

Поставља се **питање временског сукоба закона**, тј промене меродавног права од тренутка закључења брака, до тренутка процене његове пуноважности. Овај проблем може да се јави на два начина:

- а) до промене меродавног права може доћи, тако што су брачни партнери променили држављанство или домицил;

- б) до промене долази када се мењају норме истог меродавног права.

У првом случају меродавно је само право, које је персонално право брачних партнера у време закључења брака. Уколико је један од брачних партнера променио држављанство, меродавно право за поништај брака, остаје lex nationalis у време закључења брака.

Аргументи који полазе од природе установе поништаја, наводе да се **да примат ранијим прописима и у случају, када lex nationalis остаје исти, али се норме тог права мењају у интервалу од закључења брака и подношења захтева за поништај**. Друкчије решење би евентуално било могуће, само с ослоном на favor matrimonii, када норме, донете **након закључења брака уклањају разлог за поништај**, који је као такав постојао у време закључења брака.

Право меродавно за развод брака

Упоредно колизионо право познаје три основна решења, с тим што је основна дилема, да ли ићи у корак са тенденцијама олакшања развода или тражити кумулативну примену персоналних права, што може да отежа развод.

а) Државе **common law система** примењују lex fori, без обзира на то да ли су оба брачна партнера страни држављани или је један домаћи. Lex fori опредељује да ли је развод уопште дозвољен и да ли је основ на коме је заснован захтев, довољан да би се развод изрекао. Ово решење је усвојено нпр. и у Русији, Кини и Финској. У прилог меродавности права места суда говори његова једноставна примена за поступајући суд, као и економичност поступка. С друге стране, тиме се омогућава изигравање закона и у комбинацији са супстанцијалним правом, које би фаворизовало лаке услове за развод брака, подстиче стварање тзв. раја за разводе.

б) Lex domicilii је друго основно решење за развод брака са елементом иностраности. Пребивалиште је и модерно решење, које афирмише примену права друштвеног центра живота брачних партнера. Лоша страна овог решења показује се уколико брачни партнери имају пребивалиште у различитим државама. Кумулативна примена lex domicilii једног и другог брачног партнера, може ставити оне који се разводе пред озбиљне тешкоће, уколико меродавна супстанцијална права имају различите или неспојиве узроке за развод.

в) Lex nationalis, као колизиона норма за развод брака, у односу на lex domicilii ужива предност због веће сталности и правне сигурности, која из тога следи. Отежава изигравање закона. Главна мана постоји у случају различитих држављанства брачних другова. У том случају следи кумулативна примена права две државе, или алтернативна решења, која не би отежала развод и не би ишла на уштрб могућег развода брака. У случају да брачни партнери имају различито држављанство, супсидијарна решења могу бити веома различита:

- последње заједничко држављанство,
- држављанство мужа, држављанство тужиоца,
- право држављанства оног брачног партнера, које је повољније за развод,
- lex fori, уколико је један од брачних партнера држављанин земље суда,
- заједнички домицил,
- заједничко уобичајено боравиште
- право државе са којом су партнери у најближој вези.

Колизионо право Србије у погледу развода брака са елементом иностраности чине **ЗМПП и билатералне конвенције**. ЗМПП одражава тежњу да се у први план истакне начело слободе личности и начело разрешивост брака (за разлику од Основног закона о браку, који је наметао кумулативну примену *lex nationalis* и *lex fori* отежавао развод). Ово начело се остварује на тај начин што се, уз испуњење одређених услова, дозвољава примена само права Србије, ако се на тај начин олакшава развод.

ЗМПП одређује меродавно право, са ослоном на држављанство као основну тачку везивања, с тим што прописује **супсидијарна решења** ако се брак не може развести по меродавном националном праву једног или оба брачна партнера.

1. За развод брака меродавно је **право државе, чији су држављани оба брачна друга у време подношења тужбе**.
2. Ако брачни партнери немају заједничко држављанство, онда су за развод брака меродавна, **кумулативно, права обе државе** чији су они држављани.
3. Уколико се ни на тај начин не би могао развести брак, **меродавно је право Србије, ако је један од брачних партнера у време подношења тужбе имао пребивалиште у Србији**.
4. Ако је **један** од брачних партнера **српски држављанин који нема пребивалиште у Србији**, меродавно је право Србије, уколико се брак не би могао развести.

Израз „ако се брак не би могао развести“има уже и шире значење.

- **Уже значење** обухвата само случајеве у којима се брак не би могао развести због принципа неразрешивости брака.
- **Шире значење** укључује исључајеве у којима се брак са елементом иностраности, иако разрешив у начелу, у конкретним околностима не може развести, због тога што то није могуће по правима која су меродавна и примењују се кумулативно.

Уже схватање није у складу са начелом слободе личности и опредељењем олакшавања развода, али је у складу са установом јавног поретка.

Шире схватање би омогућило развод бракова између држављана различитих држава само применом права Србије, уколико један од брачних партнера има пребивалиште у Србији без обзира на држављанство, или уколико је један од њих држављанин Србије, без обзира на пребивалиште.

Према ЗМПП, релевантан **временски моменат**, према коме се одређује конкретно меродавно право је време подношења тужбе за развод брака. Одређивањем релевантног момента на овакав начин, претходно држављанство брачних партнера, као и оно стечено након подношења тужбе за развод, не утиче на меродавно право.

Дејства брака

Брак се дефинише као трајна заједница мушкарца и жене. На који начин се испољавају дејства брака у личним и имовинским односима, у многоме зависи од обичаја, традиције, морала, вере у сваком поједином друштву, али се све то углавном мења под утицајем нових схватања. У упоредном праву постоје приличне разлике у самом одређивању појма личних и имовинских дејстава брака. Није спорно да имовинска дејства брака обухватају питање режима имовине брачних партнера и питање расподеле овлашћења у управљању имовином.

Лична или општа дејства брака су та која дају повода различитим схватањима и крупним разликама. При њиховом одређивању може се поћи од **негативне дефиниције** да су лична дејства брака, сва она права и дужности, која имају основ у браку, а не спадају у имовинско-брачне односе, у развод, у однос родитеља и деце ни у општа питања статуса.

Може се саставити листа права и дужности на основу упоредноправних истраживања, која проистичи из брака и одређују положај брачних партнера, нпр пословна способност жене, издржавање, предујам трошкова судских поступака, искључење међусобне одговорности за противправне радње, законска хипотека, брачна верност, узајамна помоћ и подршка, дејство брака на трансакције између брачних партнера.

У домену имовинских дејстава брака извор сукоба закона су различити концепти брачно-имовинских режима. У упоредно праву постоје, с једне стране **законски**, а са друге **уговорни** режим имовинских односа у браку.

а) **Законски режим** има различите варијанте, које се крећу од **заједнице добара** с једне стране, до **одвојене имовине** са друге.

Поставља се питање да ли треба применити исте или различите колизионе норме за личноправна, односно имовинскоправна дејства брака. Одговара ли исто колизионо решење како за дејства за време трајања брака, тако и за дејства након престанка брака.

Дилема не постоји у земљама common law система, пошто се у њима не користи појам дејства брака, већ се питања која прате брак као заједницу живота, регулишу појединачно, у оквиру правних грана чији део чине.

У државама које прихватају концепт дејства брака, нека законодавства имају посебне колизионе норме за лична и посебне за имовинска дејства. **Заједнички проблем** при одређивању меродавног права за дејства брака са елементом иностраности уопште, јесте у томе што се у случају различитог држављанства (или домицила) брачних партнера, тешко може замислити кумулативна примена меродавних права. То би могло имати за последицу да мешовити брак има мања дејства од оних која би постојала, да се примењује право једног од брачних партнера. Претежан став у упоредном праву јесте **одређивање једног права** као меродавног. Тежи се одређивању једног права за које се везују оба брачна партнера и које ће се односити на обоје. Законодавци се претежно опредељују за комплексне тачке везивања, које се супсидијарно примењују, у зависности од конкретне ситуације. У погледу личних дејстава брака, обично се полази од заједничког држављанства, а уколико су брачни партнери држављани различитих држава, даља везивања се крећу од последњег заједничког држављанства, заједничког пребивалишта, последњег заједничког пребивалишта, редовног или последњег заједничког редовног боравишта, lex fori, до новијих тенденција, које су изражене у принципу најтешње везе.

У погледу мобилног сукоба закона сматра се да меродавно право у домену личних дејстава брака треба да буде **променљиво**. Променљивост меродавног права **не значи да** промена чињеница **делује ретроактивно**. Ново меродавно право се примењује само на нове ситуације, које настану после промена релевантних чињеница. У оквиру законских имовинских дејстава брака, јавља се дилема о томе да ли меродавно право треба да буде јединствено без обзира на врсту имовине, или непокретну имовину треба издвојити у посебну категорију и подврћи је традиционалној тачки везивања, по месту налажења.

б) За **категорију уговорног** брачно-имовинског режима, обично се постављају посебне колизионе норме са тачкама везивања које су типичне за уговорне односе са елементом иностраности. У већини правних система колизиона норма за имовинска дејства брака је јединствена.

Позитивно право РС у области дејства брака

Позитивно право Србије у овом домену чине **ЗМПП** и **билатералне конвенције**.

1) **Карактеристике регулисања дејства брака путем ЗМПП-а:**

- не порписује засебне колизионе норме за личне и за имовинске односе брачних партнера
- условно се ограничава избор права брачних партнера у њиховим међусобни односима (само ако такав однос дозволи право на које је меродавно по одредбана ЗМПП-а)
- не спроводи се разлика између дејства брака за време трајања и дејства која наступају по престанку брака

а) (чл 36) За **личне и законске имовинске односе**:

- За личне и законске имовинске односе брачних другова **меродавно је право државе чији су они држављани (заједнички *lex nationalis*).**
- Ако су брачни другови држављани различитих држава, меродавно је **право државе у којој имају пребивалиште.**
- Ако брачни другови немају ни заједничко држављанство ни пребивалиште у истој држави, меродавно је **право државе у којој су имали последње заједничко пребивалиште.**
- Ако се меродавно право не може одредити према претходним ставовима овог члана, **меродавно је право Републике Србије.**

б) (чл 37) За **уговорне имовинске односе**:

- За уговорне имовинске односе брачних другова меродавно је **право које је у време закључења уговора било меродавно за личне и законске имовинске односе.**
- Ако право које је меродавног у време закључења предвиђа да брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачно-имовински уговор, **меродавно је право које су они изабрали.** (овај облик аутономије воље се назива, *изведена аутономија воље*, јер се њене границе не цене према правну државе суда, већ на основу колизионог права које упућује на меродавно)

в) (чл 38) Ако је **брак неважећи или је престао**:

- За личне и законске имовинске односе меродавно је право одређено под **а)** (чл 36), а за уговорно имовинске одређено право под **б)** (чл 37)

2) Карактеристике регулисања дејства брака путем билатералних конвенција:

- порписује јединствена колизиона решења за личне и за имовинске односе брачних партнера
- на првом месту прописује заједнички ***lex nationalis***, док се супсидијарна правила разликују

Имовински односи у ванбрачној заједници

Ванбрачну заједницу (слободну заједницу,неформални брак) чини пар који живи заједно, а није прошао церемонију закључења брака. То је друштвена појава која може имати последице, како на **личне**, тако и на **имовинске односе** партнера међу собом, али и у односу на трећа лица. Ако ванбрачни партнери имају заједничко држављанство, али живе у некој другој држави, или ако су држављани различитих држава, МПП треба да одреди меродавно право, за њихове међусобне односе за време трајања те заједнице, као и по њеном окончању, а и да одреди меродавно право за односе партнера и трећих лица.

Теорија МПП разликује и предлаже два приступа колизионом регулисању ванбрачне заједнице са елементом иностраности:

а) **Теорији аналогije**, колизиона норма би требала да буде постављена на истим принципима као и за брак:

- за конституисање заједнице меродавно би било право држављанства кумулативно;

- за лична и имовинска дејства супсидијарно постављене тачке везивања од заједничког држављанства, преко заједничког пребивалишта, до места суда.
- Уговорни имовински односи би потпадали под *lex loci contractus* или под право које партнери изабере, ако је избор допуштен по праву места закључења уговора.

б) **Конструктивна теорија** наглашава чињеничну природу заједнице, која се огледа у максималној слободи од законских ограничења, а заснива на сагласности партнера. У складу са тим предлаже се **директна примена права државе у којој партнери живе**, дакле локалног, а не персоналног права. Последица конструктивне теорије би била да ванбрачна заједница производи дејства само у оквиру правног система, који су партнери одлучили да прихвате, а то је место заједнице живота.

Упоредно право није далеко одмакло на плану регулисања ове проблематике.

(чл 39 ЗМПП)

а) За **имовинске односе** ванбрачних партнера:

- Меродавно је **право државе чији су они држављани**.
- Ако ванбрачни партнери немају исто држављанство, меродавно је право државе у којој имају **заједничко пребивалиште**.

Предвиђена је само једна супсидијарну тачку везивања, а то је заједничко пребивалиште лица која живе у ванбрачној заједници. Такав став је мотивисан чињеницом да ванбрачне заједнице практично нема, уколико нема заједничког пребивалишта, те је законодавац одустао од тражења даљих супсидијарних решења за случај да партнери немају заједничко пребивалиште. Чини се да је ипак учињен пропуст. Ванбрачне заједнице заиста нема без заједничког пребивалишта, али имовински захтеви на основу ванбрачне заједнице живота, могу се поставити и након престанка заједнице. Такву могућност експлицитно предвиђа и право Србије. Могуће је да бивши партнери немају заједничко пребивалиште у време, када један од њих поставља имовинско-правне захтеве према другом. Проблем настао на овакав начин био би елиминисан да је ЗМПП поставио још једну супсидијарну тачку везивања – последње заједничко пребивалиште лица која су живела у ванбрачној заједници. *(Проблем настао на овакав начин био би елиминисан да је ЗМПП поставио још једну супсидијарну тачку везивања – последње заједничко пребивалиште лица која су живела у ванбрачној заједници)*

б) За **уговорне имовинске односе** ванбрачних партнера

- Меродавно је **право које је у време закључења уговора било меродавно за њихове имовинске односе**.

Право меродавно за статус деце

У савременом друштву и праву централни концепт представља **заштита детета** и **афирмација начела најбољег интереса детета**, што подразумева природну равноправност брачне и ванбрачне деце. Колизionoправна питања ове области породичних односа са елементом иностраности, обухватају одређивање меродавног права у погледу:

- брачног порекла детета
- ванбрачног порекла детета
- утврђивање, оспоравање и признање очинства, односно материнства
- позакоњење

Меродавно право у погледу брачног порекла детета

Брачно дете је оно рођено у браку, тј за време трајања брачне заједнице његових родитеља. Ако је **брак пуноважан**, брачност детета се јавља као лично дејство брака и важи претпоставка да је муж мајке отац детета. Да ли је брак из кога дете потиче пуноважан, питање је које се у МПП одређује по колизионој норми, која се односи на пуноважност брака и оно се јавља као претходно питање у односу на главно питање брачности детета. Због обезбеђивања јединственог третмана, свеукупних породичноправних односа може се предвидети меродавност права:

- заједничког држављанства
- заједничког домицила
- примена оног права са којим постоји најближа веза (ради фаворизовања материјалноправног решења, које обезбеђује статус брачности, може да буде прописана примена права које је повољније за дете)

У право које је меродавно за брачно порекло детета спада и питање оспоравања брачности, тј обарање претпоставке брачности. У теорији се међутим јавља спор о томе да ли је активна легитимација, рокови за подизање тужбе ради оспоравања брачног порекла, терет доказивања, допуштеност појединих доказних средстава, представљају питања супстанцијалног или процесног права. Англосаксонска теорија и пракса ова питања третира као процедурална, те на њих примењује *lex fori*, док се у државама континенталне Европе већином сматра да су ова питања супстанцијалне природе и у погледу њих се примењује *lex causae*. *Неспорно је да извођење доказа спада под lex fori*.

Позитивно право Србије у овој области су **ЗМПП** и **билатералне конвенције**.

I) Установљавање брачног порекла детета:

ЗМПП не садржи посебну колизиону норму за установљење брачног порекла детета.

1) По **ЗМПП** могућа су три решења:

1. прво решењ, уколико би се пошло од дефиниције брачности детета из које следи да је она **дејство пуноважног брака, меродавно право за брачно порекло детета било би оно које одређује и лична дејства брака** – од заједничког држављанства брачних партнера, њиховог заједничког пребивалишта, последњег заједничког пребивалишта до права места суда;
2. друго могуће решење јесте да се питање брачности детета, **јавља као посебно питање у односу на опште питање односа родитеља и деце**. Ово решење сматра се неприхватљивим из концепцијских разлога. Питање брачног порекла изводи се из односа мајке и оца, који су родитељи односног детета и претходи успостављању правног односа између родитеља и деце. Порекло је крвна веза и оно постаје правни основ за међусобна права и обавезе, који чине однос родитеља и детета.
3. треће могуће решење било би оно које ЗМПП прописује за **признање, утврђивање или оспоравање очинства**. Полазећи од тога да су установљење брачног порекла, на основу пресумпције брачности и оспоравање брачног очинства, две стране истог проблема, могло би се закључити да право одређено као меродавно за оспоравање брачног очинства треба да одреди меродавно право и за његово установљење. Имајући у виду, међутим, да ЗМПП одређује као меродавно право држављанства лица, чије се очинство оспорава, ово решење није прихватљиво, ни из концепцијских разлога, ни из разлога заштите најбољег интереса детета.

Остаје као **прихватљиво прво решење**, пошто је то у складу са општеприхваћеним појмом брачности.

2) Једина **билатерална конвенција** која регулише ово питање је закључена **са Француском** и она прописује **меродавност права меродавног за дејства брака**.

II) Оспоравање брачног порекла детета: – Члан 41. ЗМПП односи се на **признање, утврђивање или оспоравање очинства, односно материнства**. Оспоравати се може брачно очинство установљено на основу законске претпоставке, али и признато ванбрачно очинство, као и утврђено. Меродавно је **право државе, чији је држављанин у време рођења детета било лице чије се очинство оспорава**.

Меродавно право за ванбрачно порекло детета

Дискриминација деце рођене ван брака, била је накратко прекинута након француске револуције, када је била декларисана правна једнакост свих људи. Code civil је, међутим, вратио све у претходне правне оквири и поставио одредбу „Забрањено је истраживање очинства“, која је имала знатан утицај у многим законодавствима, а у Француској је стављена ван снаге тек 1972. године. Изједначавање брачне и ванбрачне деце, идеја је XX века, нарочито после усвајања Универзалне декларације о правима човека из 1948. године и међународних уговора, који су је следили на универзалном и регионалном праву, као нпр. Општа начела о једнакости и недискриминацији лица која су рођена изван брака (које је донела поткомисија Комисије за људска права УН).

Установљење ванбрачног материнства, дешава се обично **самом чињеницом рођења** детета, те се **ванбрачним** сматра дете које **роди жена која није у браку, жена у погледу које се не може применити законска презумпција о брачности детета или дете које роди жена у браку, али је очинство мужа мајке успешно оспорено**. Нека права, међутим, захтевају посебно установљавање ванбрачног материнства за успостављање правног односа мајке и детета. Велике су разлике у погледу услова за установљење ванбрачног очинства и материнства, начина утврђивања очинства, услова признања очинства, услова утврђивања ванбрачног очинства, дејства утврђеног очинства ...

У упоредном колизионом праву могу се идентификовати две тенденције:

- а) прве, решења чији је крајњи циљ фаворизовање интереса детета,
- б) друге оне које меродавно право везују за лице чије се очинство (тј. материнство) установљава, било признањем, било одлуком надлежног органа.

По **ЗМПП Србије** чл 41 - за **признање, утврђивање или оспоравање очинства, односно материнства**, меродавно је **право државе чији је држављанин у време рођења детета било лице чије се очинство, односно материнство признаје, утврђује или оспорава**. Признање се односи искључиво на ванбрачно порекло, пошто у погледу брачног порекла постоји законска претпоставка. Исти случај је и са утврђивањем. Признато и утврђено очинство, односно материнство, као и брачно очинство у погледу кога важи законска претпоставка, могу се нападати путем тужбе за оспоравање. Тачка везивања је одређена с обзиром на лице чије се очинство, односно материнство, признаје, утврђује или оспорава, што није у складу са начелом о заштити детета. *(Више би одговарало, као савременим тенденцијама, тако и начелима правног система Србије да, да је као тачка везивања било прописано држављанство детета у моменту његовог рођења.)*

Као меродавно време одређено је држављанство претпостављеног оца, односно мајке, **у моменту рођења детета**, што значи да је искључена појава мобилног сукоба закона, а порекло детета установљено према времену његовог рођења остаје непромењено, без обзира на каснију промену држављанства родитеља.

Меродавно право за позакоњење

Ванбрачно дете може стећи статус брачног позаконењем. Оно обично наступа као дејство накнадно закљученог брака између родитеља ванбрачног детета, али може наступити и поводом одлуке надлежног органа.

Позаконење је начин признавања статуса брачности ванбрачном детету и оно је служило стицању права и дужности брачног детета, од момента закључења брака родитеља или од момента правоснажности одлуке државног органа.

Што се колизионих решења постоје два различита приступа:

а) прво решење тачку везивања одређује с обзиром на једног или оба родитеља (*право држављанства или домицила родитеља, са комбинацијом са персоналним правом детета за питања његове сагласности или сагласности његовог староца за позакоњење, или без те комбинације.*)

б) у другом долази до изражаја савремена схватања која у први план стављају интерес детета и фаворизују право које би могло да осигура статус брачности. (*тежи ка томе да се позакоњење обезбеди, ради чега се постављају алтернативне тачке везивања.*)

Позитивно право РС:

Породични закон РС 2005. руководећи се принципом равноправности брачне и ванбрачне деце, не садржи норме о позакоњењу (јер су ванбрачна и брачна деца у потпуности изједначена), али ЗМПП који је донет 1982. садржи норме о одређивању меродавног права за позакоњење.

ЗМПП:

За позаконење меродавно је:

- право државе чији су **држављани родитељи**,
- ако родитељи нису држављани исте државе - право **државе оног родитеља, по коме је позакоњење пуноважно** (прописана тачка везивања у интересу детета)
- Ако по претходно наведеном нема услова за позакоњење, а родитељи и дете имају пребивалиште у Србији, меродавно је **право Србије**
- За пристанак детета, другог лица или државног органа за позакоњење, меродавно је **право државе чији је држављанин дете.**

Меродавно право за односе између родитеља и деце

У савременом друштву начела уређења односа родитеља и деце поставља **Конвенција о правима детета УН** (усвојена 1989. године, ступила на снагу 1990.). Иста потврђује принцип недискриминације, најбољег интереса детета, а предвиђа и право детета да износи мишљење по питањима која се тичу њега самог. Односи између родитеља и деце подразумевају скуп дужности и права, које родитељи имају према својој деци. Тај скуп чини родитељско право. Оно обухвата права и дужности родитеља у **односу на личност детета** и у **односу на имовину детета**.

Права која се тичу личности су:

- одређивање личног имена детета
- чување и подизање детета
- омогућавање психичког и физичког развоја
- одређивање места где ће дете живети
- васпитање и образовање детета
- издржавање детета

- заступање детета

Права која се тичу имовине детета односе се на:

- овлашћење родитеља да управљају имовином детета
- да користе имовину и њене приходе у одређене сврхе
- да располажу имовином у одређене сврхе

Родитељско право, по правилу, припада и једном и другом родитељу, што је последица начела недискриминације и равноправности жене и мушкарца, без обзира на порекло детета. Међутим, у зависности од конкретне ситуације, родитељско право могу заједно да врше оба родитеља или самостално један од њих. У упоредном праву су заступљена како колизиона решења која изражавају начело заштите и најбољег интереса детета, тако и она која су остаци превазиђени схватања у облику меродавности права оца.

Позитивно право РС у области односа родитеља и деце

ЗМПП РС у погледу односа родитеља и деце усваја колизионо решење, које полази од тога да су субјекти тог односа како родитељи, тако и дете и везује меродавно право за једну чињеницу која је заједничка за сва лица из овог односа. Одредба која одређује меродавно право за односе између родитеља и деце обухвата сва питања која се могу сврстати у родитељско право, тј. у односе родитеља и деце:

- права и дужности која се тичу **личности**
- права и дужности која се тичу **имовине** детета,
- остваривање родитељског права у погледу **поверавања детета на чување и васпитање**
- **ограничавање, лишавање и престанак родитељског права.**

ЗМПП чл 40.

За односе између родитеља и деце меродавно је:

- право **државе чији су они држављани**. (заједничко држављанство)
- Ако су родитељи и деца држављани различитих држава, меродавно је право **државе у којој сви они имају пребивалиште**
- Ако су родитељи и деца држављани различитих држава, а немају пребивалиште у истој држави, меродавно је **право Србије ако је дете или који од родитеља српски држављанин**.
- За односе између родитеља и деце који нису предвиђени у претходним члановима меродавно је **право државе чији је држављанин дете.**

Чињенице које представљају тачке везивања су променљиве, а меродавно **право се одређује према стању у тренутку када се поставља спорно питање**. Ово решење је у складу са трајним карактером односа између родитеља и деце.

Меродавно право за поверавање деце на чување и васпитање

Право Србије нема посебну колизиону норму за поверавање деце на чување и васпитавање. На питање из ове области се такође примењују решења из чл. 40 ЗМПП.

Конвенција о правима детета, начело заштите детета и начело најбољег интереса детета требало би да одреде и правац колизионог уређења овог питања. Оправдано би било да се као тачка везивања користи принцип најближе везе, при чијем опредељивању би се морало водити рачуна о заштити и најбољем интересу детета.

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце

Приликом поверавања деце на чување и васпитавање једном родитељу, при чему се другом даје право на виђање, неретко се дешава да деца буду одведена или задржана код другог родитеља у иностранству, са надом да ће код надлежног органа у иностранству бити издејствована одлука у корист

онога који је децу одвео. **Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце** (ратификована у Југославији 1991. године, а континуитет чланства наставља Србија – 2006. године на снази је била у 77 држава) је понудила механизам међународне правне помоћи државама чланицама, који треба да обезбеди следеће:

- **хитан повратак деце која су незаконито одведена или задржана у било којој држави уговорници;**
- **поштовање права на старање и права на виђање у другим државама уговорницама.**

У овом циљу свака држава уговорница је обавезна да одреди **централни извршни орган**, чијим посредством се остварују обавезе наложене конвенцијом. Домен примене конвенције чине случајеви у којима је дете, непосредно пре било какве повреде права на старање или на виђање имало редовно боравиште у држави уговорници, или је одведено и задржано у некој држави уговорници. Конвенција ће престати да се примењује кад дете **напуни 16 година живота**. Уколико је одвођење или задржавање детета незаконито, надлежни орган државе у коју је дете одведено или у којој је задржано, наложиће у року од **6 недеља од дана покретања поступка**, хитан повратак детета у државну његовог сталног места настањења. Одвођење или задржавање детета је незаконито, ако је тим актом повређено право на старање, тј. ако је тај акт незаконит према праву државе у којој је непосредно пре одвођења или задржавања дете имало редовно боравиште. Да би право на старање било повређено, није неопходно да постоји одлука о поверавању органа државе из које је дете одведено, већ је довољно да правно на чување и васпитавање непосредно произилази из закона те државе. Са аспекта МПП важно је нагласити да, **органи који су надлежни за доношење одлуке о враћању детета могу директно применити право, као и судске и управне одлуке, без обзира да ли се званично признају или не у држави у којој се налази стално место боравка детета, без спровођења посебних поступака за доказивање тог права или за признавање страних одлука који би иначе били спроведени**. Органи државе у коме се дете налази после отмице, наредиће враћање детета без одлагања, ако је у моменту подношења молбе за враћање детета, **протекло мање од годину дана од отмице или задржавања**. После истека овог периода, повратак ће се наложити **само уколико се утврди да се дете није интегрисало у нову средину**.

Враћање детета се **може одбити** само у оним случајевима, који су наведени у Конвенцији:

- **неостваривања права на старање у држави из које је дете одведено,**
- **физичке или психичке трауме** које би повратак могао да изазове код детета, иил
- **ако се дете, које је довољно зрело да изрази свој став и противи се повратку;**
- **налагање повратка детета може се одбити и уколико би то представљало **кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе**, којој је упућен захтев, што представља резерву јавног поретка.**

Органи државе у коју је дете пресељено или у којој је задржано, **неће моћи да решавају о меритуму права на старање, после пријема обавештења о незаконитом одвођењу или задржавању детета, све док се не утврди да су испуњени услови за враћање детета по конвенцији, или док не протекне разуман период после пријема обавештења да није поднета молба за примену конвенције**. Чињеница да је **лице које је одвело или задржало дете издејствовало одлуку о праву на старање**, која је донета или је подобна да буде призната у држави чији органи треба да наложе повратак детета, **неће представљати основ за одбијање повратка детета на основу конвенције**. Конвенција прописује, да ће ради унапређивања права на виђање и испуњења свих услова од којих може зависити остваривање ових права, централни извршни органи држава уговорница предузети кораке за отклањање препрека у остваривању тих права, као што ће и иницирати или помоћи поретање поступка ради организовања или заштите ових права.

Право меродавно за обавезе издржавања

Остваривање законског издржавања са елементом иностраности је веома сложено и у свакодневној пракси веома значајно питање. Материју законског издржавања уређује читав низ мултилатералних конвенција:

- *Хашка конвенција која се примењује на обавезе издржавања према деци*
- *Хашка конвенција која се примењује на обавезе издржавања*
- *Хашка конвенција о признању и извршењу одлука у материји алиментационих обавеза према деци*
- *Хашка конвенција о признању и извршењу одлука о издржавању*
- *Њујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству*
- ...

и одређени број билатералних конвенција.

Обавеза законског издржавања проистиче из породичног односа: брака, родитељства, сродства и циљ јој је давање једног лица (дужника издржавања) другом лицу (повериоцу издржавања), ради подмиривања потреба за живот овог другог. Прво питање које се поставља приликом тражења адекватних колизионих решења у области законског издржавања, јесте утврђивање правних категорија, чије би се везе са појединим правним подручјима посматрале, да би се једна изабрала као тачка везивања за избор меродавног права. Изабране категорије могу бити шире категорије породичног права, као што су дејства брака, последице развода брака, међусобна права и дужности родитеља и деце и сл. Нека национална права издвајају питање издржавања, као посебан и јединствен колициони проблем, без разликовања појединих категорија лица између којих та обавеза може да постоји на основу закона.

Ни у праву ех-Југославије, ни у њеној правној науци, није постојала тежња да се обавеза издржавања издвоји као посебно колизионо питање, које тражи једно или више колизионих решења. Уместо тога, издржавање се везивало за шире правне категорије, као што су дејства брака или односи родитеља и деце, те би се примењивало решење путем колизионе норме, која је важила за ту ширу категорију.

Може се разликовати пет ситуација, пет правних категорија, које укључују одређене видове обавезе издржавања и које имају засебан колициони третман:

1. издржавање **међу брачним партнерима**;
2. издржавање **у ванбрачној заједници**;
3. издржавање **између родитеља и деце**;
4. издржавање **између осталих сродника**;
5. издржавање **између усвојиоца и усвојеника**.

Издржавање између родитеља и деце

Када је реч о обавези издржавања између родитеља и деце, поставља се питање да ли је оправдано применити исто колизионо решење, без обзира на то да ли се као поверилац појављује родитељ или дете. **Фаворизовање детета** на колизионном плану може да се јави у два вида:

- а) Колизиона норма може да да предност детету, тако што указује на право које је категоријално и апстрактно најближе детету, као што би били lex nationalis и lex domicilii детета.
- б) Интереси детета могу се штитити и на ефикаснији начин, тако што би колизионо правило указало на право, које је повољније за дете.

ЗМПП усваја колизионо решење које у извесној мери фаворизује дете. То значи да ће се према ЗМПП применити **право које је ближе детету и у случају када је оно дужник издржавања**. ЗМПП се определио за благу фаворизацију детета на колизионном плану. Колизиона норма даје извесно

преимућство праву које је ближе детету, без обзира да ли је то право и стварно повољније за дете. Ово преимућство на страни детета се јавља само супсидијарно, тј у случајевима када не постоје услови за примену других супсидијарно постављених тачака везивања, која претходе и која не фаворизују дете.

На **обавезе издржавања родитеља и деце** се такође примењује чл 40 ЗМПП-а:

- право **државе чији су они држављани**. (заједничко држављанство)
- Ако су родитељи и деца држављани различитих држава, меродавно је право **државе у којој сви они имају пребивалиште**
- Ако су родитељи и деца држављани различитих држава, а немају пребивалиште у истој држави, меродавно је **право Србије ако је дете или који од родитеља српски држављанин**.
- За односе између родитеља и деце који нису предвиђени у претходним члановима меродавно је **право државе чији је држављанин дете**.

До фаворизовања детета долази само у случају да родитељи и деца нису држављани исте државе, да немају заједнички домицил, нити је било ко од њих држављанин Србије.

Издржавање између осталих сродника

Спорови о обавези издржавања међу крвним сродницима (осим родитеља и деце) и сродницима по тазбини, који садрже елемент иностраности, веома се ретко јављају пред домаћим судовима.

Билатералне конвенције које је закључила наша земља, по правилу не регулишу овај вид издржавања, са изузетком Уговора са Мађарском, који предвиђа као тачку везивања закон држављанства повериоца издржавања. У нашој теорији је веома мали број експлицитних ставова. Ајзнер и Штемпахар предлажу да меродавно буде право држављанства дужника.

Ово решење прихвата и ЗМПП, чл 42.:

За обавезу издржавања између крвних сродника, осим родитеља и деце, или за обавезу издржавања сродника по тазбини меродавно је **право државе чији је држављанин сродник од ког се захтева издржавање. (lex nationalis дужника издржавања)**

Издржавање између усвојиоца и усвојеника

Извори права Србије по овом питању су **ЗМПП** и **билатерална конвенција**.

а) **ЗМПП** чл 45.

За **дејство усвојења** меродавно је (издржавање потпада под један вид дејства усвојења):

- Право државе чији су **држављани усвојилац и усвојеник у време заснивања** усвојења.
- Ако су усвојилац и усвојеник држављани различитих држава, меродавно је право државе у којој имају пребивалиште.
- Ако су усвојилац и усвојеник држављани различитих држава, а немају пребивалиште у истој држави, меродавно је **право Србије** ако је **један од њих српски држављанин**.
- Ако у случају из става 3. овог члана ни усвојилац ни усвојеник нису српски држављани, меродавно је **право државе чији је држављанин усвојеник**

б) Једина билатерална конвенција у овој области, закључена је са Француском. По овој конвенцији, за дејства усвојења, под коју категорију се подводи питање издржавања усвојиоца и усвојеника, меродаван је lex nationalis усвојиоца.

Меродавно право за усвојење са елементом инсотраности

У погледу заснивања усвојења, укључујући и сагласност одређених лица, у упоредном колизионом праву су приметне две тенденције: lex fori и персонално право, најчешће у форми права држављанства.

а) **Lex fori** је традиционално решење држава common law система, ово решење јавља се још и у Швајцарској.

б) **Персонално право**, као меродавно за колизиона питања усвојења, оправдано је статусном природом усвојења, дејствима која настају за усвојеоца и усвојеника, важношћу признања одлуке о усвојењу у другим државама. Конкретна решења се могу свести на она која предвиђају меродавност права држављанства усвојеоца или усвојеника уз примену права држављанства усвојеника у погледу сагласности за усвојење и на она која прописују кумулативну примену права држављанства усвојеоца и усвојеника. Кумулација може бити и обична и дистрибутивна.

Позитивно право РС у области усвојења са елементом иностраности

ЗМПП чл 44.

За услове заснивања и престанка усвојења меродавно је:

- Право државе чији су **држављани усвојилац и усвојеник**.
- Ако су усвојилац и усвојеник држављани различитих држава, за услове заснивања усвојења и престанка усвојења меродавна су **кумулативно права обе државе чији су они држављани**.
- Ако брачни другови заједнички усвајају, поред **права државе чији је држављанин усвојеник**, меродавна су за услове заснивања усвојења и престанка усвојења и **права држава чији су држављани и један и други брачни друг**.

За облик (форму) усвојења меродавно је:

- **право места где се усвојење заснива**.

Кумулативна примена права у овим случајевима означава обичну кумулацију, што начелно отежава усвојење, јер ће оно бити могуће само ако су испуњени строжи услови, које прописује било које од меродавних права, али овај начин примене права обезбеђује пуноважност усвојења у државама чији су актери држављани. Ове одредбе ЗМПП односе се и на престанак усвојења. Недостатак је што се **не прави разлика између поништаја и раскида усвојења**.

Поништај може да уследи из разлога који постоји у време заснивања усвојења, уколико није испуњен неки од услова који је прописан меродавним правом.

Раскид усвојења је, обично, изазван разлогом који настане у току трајања односа између усвојеоца и усвојеника, те се у погледу дозвољености раскида и његових конкретних разлога може сматрати оправданим примена права, које је меродавно за дејства усвојења.

Право Србије даје основа за примену истог права које је меродавно и за заснивање усвојења, с тим што при раскиду усвојења меродавно право одређује држављанство у време када се раскид захтева.

Меродавно право за дејства усвојења

Заснивање усвојења има за циљ да се између усвојеоца и усвојеника успостави однос родитеља и детета. **Дејства усвојења** ће одредити какав ће:

- бити однос између усвојеоца и усвојеника и његових сродника
- однос између усвојеоца и усвојеника и његових потомака
- какав ће бити садржај родитељског права
- какве ће бити последице усвојења у наследном праву

- какве ће бити последице усвојења у области усвојења у брачном праву

Старије Југословнеско право је познавало разлику између потпуног и делимичног усвојења, те и различита дејства тих видова усвојења. Позитивно право РС, познаје само потпуно усвојење, али би се ипак пред домаћим органом могло поставити и питање дејства неког другог облика усвојења, које би познавало меродавно страно право за дати случај.

После пуноважног заснивања усвојења између усвојоца и усвојеника настаје **трајан однос**. Какав ће тај однос бити и какве ће последице производити у области породичног и наследног права, зависи од дејства усвојења и она су **непроменљива све време трајања усвојења**. Ако нпр. према меродавно праву је закључено потпуно усвојење тачка везивања за дејства усвојења је стална, не изазива мобилни сукоб закона, односно **касније промене чињеница не утичу на садржај односа**.

Право које је меродавно у време заснивања усвојења за дејства усвојења, треба да да одговор какав тип усвојења постоји између усвојоца и усвојеника и самим тим да ли омогућује издржавање, односно наслеђивање.

У упоредном праву су присутна два принципа, државе присталице меродавности а) lex personalis, фаворизују примену lex nationalis усвојоца, да би се искључила могућност дивергентних (разилазећих) решења, која би се појавила усклед кумулације персоналних права, б) али има примера и за норме, које као тачку везивања постављају чињеницу заједничку и за усвојоца и за усвојеника.

Позитивно праву РС за меродавно право за дејство усвојења

ЗМПП чл 45.

За **дејство усвојења** меродавно је:

- Право државе чији су **држављани усвојилац и усвојеник у време заснивања** усвојења.
- Ако су усвојилац и усвојеник држављани различитих држава, меродавно је право државе у којој имају пребивалиште.
- Ако су усвојилац и усвојеник држављани различитих држава, а немају пребивалиште у истој држави, меродавно је **право Србије** ако је **један од њих српски држављанин**.
- Ако у случају из става 3. овог члана ни усвојилац ни усвојеник нису српски држављани, меродавно је **право државе чији је држављанин усвојеник**

<h3>Меродавно право за наследноправне односе</h3>
--

У међународном наследном праву, веома су учестани сукоби закона који настају из разлога што права различитих држава, на различите начине одређују круг наследника и што на различите начине ограничавају слободу располагања имовином за случај смрти. Разлике постоје и у начину уређивања питања момента преласка заоставштине на наследнике, затим у погледу установе нужног дела, где рецимо у неким правима не постоји нужни део, те слобода тестатора у том погледу није подвргнута никаквим ограничењима. Проблематика форме тестаментa представља, такође, веома чест повод сукоба закона. Чест узрок сукоба закона је и узраст потребан за састављање тестаментa. Наслеђивање са елементом иностраности поставља проблеме и у другим доменима МПП, као што су област сукоба јурисдикција и права странаца да ступају у приватноправне односе. У области наслеђивања, проблем квалификације се често јавља при разграничењу наследноправних и личноправних односа. Статусна и наследноправна питања су често повезана и условљавају једна друге и неретко се јавља дилема да ли један проблем треба схватити као статусно, наследноправно или породичноправно питање. Спорно је и то да ли се у погледу способности за наслеђивање, примењује право које је меродавно за лични статус, или право које је меродавно за наслеђивање. Проблем квалификације се често јавља и у вези са нужним делом, који се у неким правима третира као наследноправна, а у неким као облигационоправна категорија.

Извори међународног наследног права у Србији

У правној историји после II светског рата, савезни Закон о наслеђивању из 1955. године, био је први извор међународног наследног права, садржао је савремене колизионе норме. Након доношења уставних амандмана из 1971. године, формално је престала важност колизиони норми Закона о наслеђивању, али су се оне и даље примењивале све до доношења ЗМПП.

ЗМПП је уз мање модификације преузео колизиона решења бившег савезног Закона о наслеђивању, тако да се може рећи да постоји континуитет колизионих правила у области наслеђивања. Поред ЗМПП, извор права чине и правила неких међународних споразума. У знатном броју билатералних конвенција које је закључила бивша Југославија, садржана су и правила о одређивању меродавног права за наследноправне односе. Ратификоване су и две мултилатералне конвенције, које уређују питања тестаментарног наслеђивања:

- Хашка конвенција о сукобима закона у погледу тестаментарних одредаба из 1961. Године
- Конвенција о једнообразном закону о облику међународног тестаamenta, која је донета под окриљем ОУН 1973. године.

Хашка конвенција примењује се без обзира на реципроцитет и ратификацијом је постала саставни део нашег међународног наследног права и примењује се без обзира на то да ли оставилац, наследници или заоставштина, припадају или не припадају некој другој држави потписници конвенције.

У упоредном МПП постоје два основна концепта при одређивању меродавног права за наследноправне односе:

А) Према једном концепту, најважније је да се на расправљање заоставштине примењује једно право, без обзира на то да ли се разни делови заоставштине налазе у разним државама и без обзира на то да ли заоставштину чине покретне или непокретне ствари. То је принцип јединствене заоставштине. Међу присталицама овог приступа влада неподељено мишљење да то једно право треба да буде персонално право оставиоца. У погледу прецизирања које је персонално право оставиоца, јављају се познате разлике између држава које примат дају домицилу и држава које примат дају држављанству.

Б) Присталице подељене заоставштине не теже ка томе да се различити делови заоставштине подвргавају различитим правима, али прихватају такву поделу, да би се могао уважити принцип да се на некретнине примењује увек право оне земље, где се некретнина налази.

Право Србије стоји, у принципу, на позицијама јединствене заоставштине, с тим да се некад дозвољава одступање од тог принципа. У билатералним конвенцијама ех-Југославије исто преовлађује принцип јединствене заоставштине, али постоје и одређени изузеци, као што су нпр. уговори са Монголијом и бившим СССР, у којима је прихваћен принцип подељене заоставштине. *Извесно одступање од принципа јединствене заоставштине постоји у још неким билатералним конвенцијама, али по само једном специфичном питању, а то је заоставштина без наследника. У конвенцијама са бившом ЧССР, Монголијом, Румунијом и бившим СССР предвиђено је да у случају заоставштине без наследника, некретнине припадају држави чији је оставилац био држављанин. У уговорима са Бугарком и Мађарском решење је формулисано нешто другачије. Није постављено директно правило о томе коме припада заоставштина, већ је предвиђено да ће се у одсуству наследника наслеђивање покретне имовине вршити према lex nationalis оставиоца, а некретнина према закону земље где се некретнина налази.*

У међународном наследном праву постоји могућност избора меродавног права од стране оставиоца, међутим тај избор је ограничен. Могућност избора права прописује се и за законско наслеђивање, под условом да је оставилац и у време смрти задржао везу са државом за чије се право био определио.

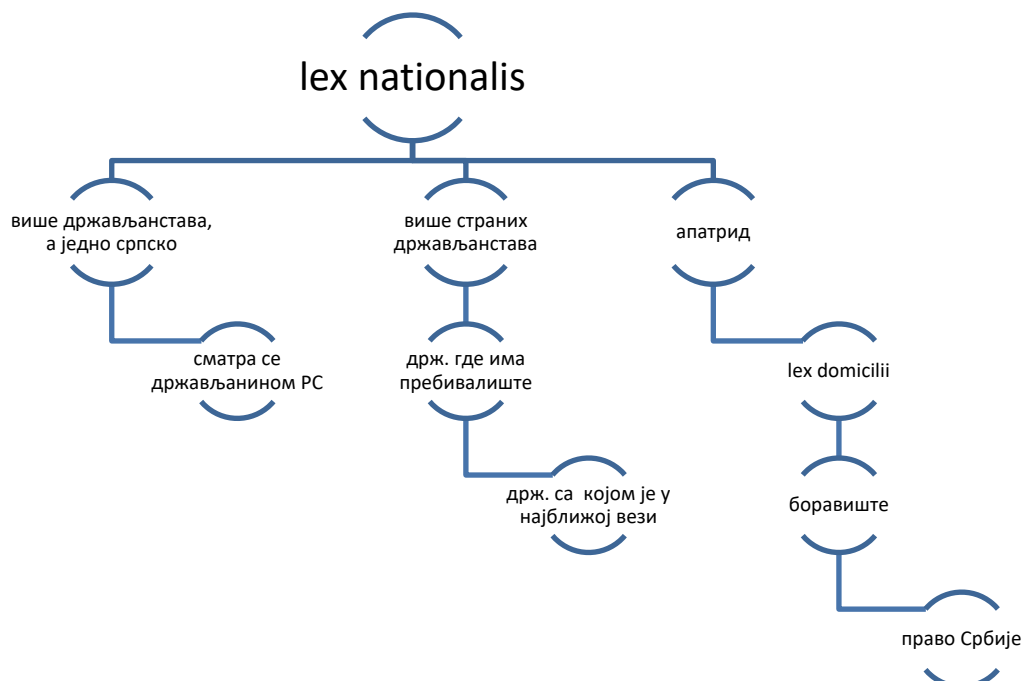
Колизоне норме за наслеђивање по праву Србије

ЗМПП је општи извор меродавног права за наслеђивање са елементом иностраности.

ЗМПП чл. 30:

- За наслеђивање је меродавно право државе, чији је **држављанин био оставилац у време смрти**.
- За способност за прављење тестаментa, меродавно је право државе чије је **држављанство имао завешталац имао у моменту састављања тестаментa**.

Колизона норма за законско наслеђивање у Србији је *lex nationalis* оставиоца у време смрти. У случају да је оставилац у моменту смрти имао више држављанстава, **српским држављанином ће се сматрати уколико је поред страног имао и држављанство Србије**. Бипатрид који има два или више страних држављанстава, сматраће се **држављанином оне државе у којој је има пребивалиште**, а **ако нема пребивалиште** ни у једној од држава, сматраће се држављанином оне државе са којом је у **најтешњој вези**. Уколико оставилац у моменту смрти није имао држављанство ни једне државе. *Lex nationalis* као тачка везивања, **заменењује се са *lex domicilii***, а ако нема ни домицил, онда је меродавно **право његовог боравишта**. Уколико нема ни боравиште, меродавно је **право Србије**.



ЗМПП отвара могућност примене Ранвоа. До узвраћања и упућивања ће увек доћи, када прописи стране земље, чији је држављанин оставилац предвиђају да се има применити закон земље у којој је оставилац имао домицил, а оставилац је у моменту смрти имао домицил у Србији или у некој трећој држави. Путем ранвоа, домаћи суд може доћи у ситуацију да на различите делове заоставштине примењује различита права, иако је у Србији прихваћена концепција јединствене заоставштине. (У случају да колизоне норме упуте на страно меродавно право које познаје другачији концепт заоставштине од нашег, примениће се схватања тог страног меродавног права) Ситуација може бити нарочито отежана уколико оставилац има некретнине у више земаља, а права тих земаља имају различита становишта по битним питањима наслеђивања.

Закон о наслеђивању из 1955. године предвиђао је и реторзију при одређивању меродавног права за наслеђивање. ЗМПП не садржи правило о реторзији у области одређивања меродавног права и примењивања страног права које је одређено као меродавно, па тако ни у области наследноправних односа.

Домашај меродавног права за наследноправне односе са елементом иностраности

Право држављанства оставиоца у време смрти је *lex causae* за наследноправна питања. Постоје, међутим, **одређена питања која се појављују као претпоставке за наслеђивање, а по својој природи не спадају под *lex causae* или је спорно да ли спадају под *lex causae*.** **Смрт физичког лица и постојање његове имовине** су претпоставке за наслеђивање.

а) **Смрт физичког лица** има посебан значај у случају **проглашења несталог лица умрлим или несталим.** Да ли ће последица проглашења лица умрлим или несталим довести до отварања наслеђа, о томе не одлучује право меродавно за наслеђивање, већ **право меродавно за правну способност тог лица.** Друга спорна ситуација јесу **коморијенти.** За утврђивање времена смрти, тј. времена престанка правне способности, меродавно је **право, које уређује лични статус лица.**

б) Битно питање за наслеђивање јесте и **постојање имовине оставиоца.** Одговор на питање шта чини **оставинску масу,** не даје *lex causae* за наследноправне односе, већ **право које је меродавно за дотично имовинско право.**

Lex causae за наслеђивање одређује основ позивања на наслеђе: закон, тестамент или други облик располагања имовином за случај смрти (нпр. уговор о наслеђивању). *Lex causae* за наслеђивање одређује следећа питања:

- круг лица која могу бити позвана на наслеђе
- законски наследни ред
- величина делова
- тренутак стицања наследства
- искључење од наслеђивања
- односи санаследника
- одговорност за дугове оставиоца
- да ли је имовинска маса заоставштина без наследника
- ...

Тестаментарно наслеђивање са елементом иностраности обухвата одређивање меродавног права за:

- тестаментарну способност
- садржинска питања тестаamenta
- форму тестаamenta

Меродавно право у погледу тестаментарне способности

Према ЗМПП у погледу овог питања, меродавно је **право државе, чији је држављанин био оставилац у моменту састављања тестаamenta.** Питања која су неспорно обухваћена овом колизионом нормом, односе **се на минималну старосну границу за располагање имовином за случај смрти** и **на способност за расуђивање** оставиоца. Судбина располагања имовином за случај смрти, зависиће од времена када је располагање учињено. Уколико је у време састављања тестаamenta, тастатор по праву свог држављанства био ограничено способан због својих година, или је по том праву имао потребну способност за расуђивање, **његово касније стање неће утицати на пуноважност тестаamenta по основу способности.** Ни промена држављанства после извршеног располагања нема **утицаја на пуноважност тестаamenta.** Тестаментарна способност се, као колизиони проблем, поставља и у моменту **модификације** или **опозива** тестаamenta.

Меродавно право у погледу садржаја тестаментa

ЗМПП примењује исто право као и у погледу законског наслеђивања, што произилази из чињенице да не прави разлику између различитих основа позивања на наслеђе. То значи, садржинска питања и пуноважност тестаментa процењују се **према праву држављанства тестатора у време његове смрти**. Имајући у виду да се способност за састављање тестаментa цени према држављанству тестатора у време састављања тестаментa, а садржинска пуноважност, према држављанству у моменту смрти, могуће је да се ова два питања цене по различитим правима, уколико је након састављања тестаментa наступила промена држављанства. Lex nationalis оставиоца у моменту смрти одређује следећа битна питања:

- слободу располагања и облике располагања имовином за случај смрти
- ограничење круга лица који могу бити универзални или сингуларни сукцесори
- одређивања круга лица која су нужни наследници и величина нужног дела
- одговорност за оставиоцеве дугове
- искључење и лишење нужних наследника
- одређивање извршиоца тестаментa
- услови ништавости тестаментa
- ...

Меродавно право у погледу форме тестаментa

Право Србије је у погледу форме тестаментa преузело правила **Хашке конвенције о сукобима закона у погледу тестаментарних одредаба** из 1961. године. Карактеристика конвенције јесте, да се она примењује без обзира на реципроцитет. Хашка конвенција је постала део општег колизионог права Србије. Одредбе домаћег права, које су донете пре или после ступања на снагу конвенције, остаће на снази само ако предвиђају да ће тестамент важити, ако је сачињен у облику који је прописан у неком праву, које се не налази међу правима које алтернативно наводи конвенција. Поједина законодавства могу, дакле, да прошире своју листу права по којима ће се алтернативно ценити облик тестаментa. ЗМПП садржи једну такву алтернативу, а то је lex fori, односно право Србије. Конвенција се односи и на **опозив тестаментa**. Према важећем праву Србије, тј према Хашкој конвенцији и ЗМПП, тестамент ће у погледу форме бити пуноважан, уколико испуњава услове прописане по једном од следећих права:

1. право места **где је тестамент састављен**;
2. право државе чији је **држављанин био оставилац у време састављања** тестаментa;
3. право државе чији је **држављанин био оставилац у моменту смрти**;
4. право државе у којој је **оставилац имао домицил у време састављања** тестаментa;
5. право државе у којој је **оставилац имао домицил у моменту смрти**;
6. право државе у којој је оставилац имао **боравиште у време састављања** тестаментa;
7. право државе у којој је оставилац имао **боравиште у време смрти**.
8. * **место налажења некретнине** – за располагање непокретностима
9. * **lex fori** – Право Србије

Поред ових седам алтернатива (предвиђених Хашком конвенцијом), предвиђена је и осма, када су у питању некретнине, а то је **место налажења некретнина**. Тиме је донекле прихваћена идеја подељење заоставштине, јер је замисливо да тестамент буде пуноважан само према праву земље где се налази некретнина. У том случају тестамент би важио у односу на некретнине, а не би важио у погледу остале имовине. ЗМПП преузетим правилима Хашке конвенције придодаје још једну, девету алтернативу, а то је lex fori, тј. право Србије. Тестамент ће бити пуноважан, ако је пуноважан по било којем од ових

права(место налажења непокретности, искључиво се односи на пуноважност у погледу дате непокретности).

Треба указати на још једно питање у вези са односом домаћег права и Хашке конвенције. Према формулацији члана 1 **меродавно је унутрашње право, на које указују алтернативне тачке везивања**. То се тумачи тиме, да је на тај начин искључена примена МПП тих земаља, односно **искључен је Ранвоа**. ЗМПП, нажалост, није преузео ово прецизирање, те је остало отворено питање да ли у овом случају важи опште правило о ранвоа. Приликом тумачења ЗМПП, треба водити рачуна о **правилима Хашке конвенције која је ратификована, те је њена примена међународна обавеза Србије, што би за последицу имало прихватање и примену члана конвенције која искључује примену Ранвоа**. То значи да се не може примењивати узвраћање или упућивање на даље право, приликом одређивања меродавног права за облик тестаментa.

Колизционе нормe за стварноправне односе на некретнинама и покретним стварима

У случају када се један стварноправни однос везује за више земаља, колизционе нормe су позване да одреде право државе, по чијим ће се нормама ценити стицање, садржај и престанак стварног права. Основно колизционо решење је **lex rei sitae** – закон места налажења ствари. Ако је по праву места налажења ствари, нека ствар нпр. покретна и ван промета и судија у Србији сматраће је таквом, иако по домаћим стандардима то не би било тако. У различитим законодавствима поједини типови својине (државна, приватна), подлежу различитим режимима. Даље, поједини правни системи, класификују ствари на различите начине, па се може десити да је једна ствар у фокусу једног правног система покретна, а у фокусу другог непокретна. Исто важи за поделу на res extra commercium и res in commercio, као и за ограничења у погледу поједних ствари. Кад је реч о **деривативном стицању својине**, разликују се четири основна система стицања:

1. По првом систему (Србија, Швајцарска..) за пренос својине неопходан је **iustus titulus** (правни основ, нпр. уговор о купопродаји) и **modus aquirendi** (извршен пренос, за непокретност се врши упис у катастар непокретности)
2. По другом систему (Немачка) разликује се по томе што **modus aquirendi самосталан** (предаја самосталан и апстрактан правни посао), којим се преноси својина без обзира на евентуалну ништавост iustus titulus, чиме се штите треће лица.
3. По трећем систему (Француска, Италија, Пољска) **iustus titulus је довољан** (уговор има транслативно дејство у односу на уговараче), под условом да је реч о индивидуално одређеној или индивидуализованој ствари.
4. По четвртм (Енглеском систему стицања као и у САД) од **споразума странака зависи** када ће својина прећи на стицаоца, да ли самим уговором или касније.

У погледу стицања од невласника такође су уочљиве разлике у упоредном праву.

- уопште не познаје ову могућност (чешко право)
- ограничава на случај да је власник ствар поверио другом лицу (руско и немачко право)
- дозвољавају могућност стицања својине невласника и на украденим и изгубљеним стварима (француско и швајцарско право) *с тим што ранији власник има право виндицирања у року од три (фра.) и пет (швајц.) година од дана крађе или губитка ствари, понекад уз обавезу регреса.*

Даље приметне разлике су у погледу стицања својине одржајем и то, по питању типова одржаја, претпоставки одржаја и правила о застоју, прекиду и прирачунавању времена потребног за одржај.

Стварна права на некретнинама

Када је реч о стварним правима на некретнинама опште је прихваћена тачка везивања **lex rei sitae**. Оваква солуција има више оправдања. Истиче се, пре свега, као начелан разлог, да су некретнине део суверене државе, те се не може дозволити да се њихов статус процењује по неком другом праву, а не према праву суверенитета чији су део. Некретнине могу бити посебно релевантне и за безбедност једне земље, те је логично да се над њима задржава контрола домаћег права.

Постоје и практични обзири који оправдавају примену lex rei sitae на непокретности. Стицање, губљење и мењање стварних права на некретнинама везује се, готово у свим државама, за неке службене радње органа државе, где се налазе некретнине. Ако би се применило право које не предвиђа те службене радње, или предвиђа другачије службене радње, одговарајући органи не би могли да спроведу потребне формалности, што значи да не би дошло до конституисања стварног права са пуним дејством. Стварна права на некретнинама цене се, према томе, према праву земље где се непокретност налази, на основу којег се одлучује о томе која се стварна права могу конституисати на предметној некретнини и који услови морају бити испуњени за стицање права, пренос и његов престанак.

Одређивање меродавног права када је реч о релацијама више некретнина

Тачка везивања lex rei sitae, није ипак у свакој ситуацији довољан путоказ до меродавног права. Посебне тешкоће настају када је реч о правима, које се везују за више некретнина, међу којима се на тај начин успостављају неке релације. Проблем се јавља када се некретнине налазе у различитим земљама. Тада правило lex rei sitae истовремено указује на две државе, на два права. Овај проблем је наручито везан за а) стварне службености, као и код б) суседских права.

а) Стварне службености

У стварним службеностима тангиране су две некретнине – повласно и послужно добро

Ако су у питању стварне службености под законом места налажења ствари, може се подразумевати и закон државе где се налази послужно добро, али и закон државе где се налази повласно добро. Државе у којима се налазе некретнине, могу имати различита правила, која доводе до различитих решења постављеног стварноправног питања. Постоје облици службености, које нека права познају, а друга не; разликују се услови за стицање, односно губљење стварних службености.

Било би логично да се да **примат праву државе, где се налази она некретнина, која трпи извесна ограничења**. То би у стварним службеностима било право државе где се налази послужно добро. Из принципа рестрикције службености, такође би се могао извести аргумент у прилог схватању да се под lex rei sitae у питању стварних службености подразумева место налажења послужног добра. На тај начин би била онемогућена ограничења својине, која не познаје право земље у којој се налази предмет својине, која се ограничава. Најзад, околност, да некретнине представљају део државне територије, такође сугерише овакву солуцију. Овим решењем нису угрожени витални интереси државе и обзири суверености, док са друге стране, ти интереси и обзири могу бити угрожени у обрнутој ситуацији, тј. када би се донела мериторна одлука, не узимајући у обзир прописе земље у којој се налази некретнина на којој се ограничава својина.

б) Суседска права

Слично је и са суседским правима. Нека права познају, а нека не познају одређене облике суседског права. У нашем праву се јавило, нпр, специфично суседско право, по коме је власник радиодифузног пријемника могао, под одређеним условима, да на крову суседне зграде постави антену.

- **Суседска права која стварају једносмерна ограничења:**

Исто решење се може предложити у погледу оних суседских права, која су једносмерна, у којима се може разликовати једна некретнина, чији власник трпи ограничења и друга некретнина, чији власник користи овлашћења. У таквим случајевима за *lex rei sitae* ваља сматрати **прописе земље у којој се налази некретнина на којој се ограничава својина**.

- **Суседска права којима се стварају узајамна ограничења:**

Ако је реч о суседским правима, која се изражавају кроз узајамна ограничења својине, она би могла настати само ако их познају обе *leges rei sitae*. У погледу услова вршења суседског права, међутим и у овом случају би се примењивало **право земље у којој се налази некретнина, чији власник трпи извесна ограничења**.

Стварна права на покретним стварима

У погледу стварних права на покретним стварима ***lex rei sitae*** је владајуће, али не и једино колизионо решење. Као алтернатива јавља се: принцип ***mobila personam sequuntur*** (покретности прате личност), који доводи до примене персоналног права (права држављанства или права домицила) власника покретне ствар; у неким правима *lex rei sitae* је у потпуности или делимично замењен са ***lex loci actus***, правом земље у којој се предузима правни посао, који се односи на непокретност; у новијем англоамеричком праву јавља се и **идеја најтешње повезаности**; постоји и предлог да одређену улогу добије **аутономија воље**, што би могло да допринесе ефикаснијем решавању неких проблема, као што су тешкоће у вези са *res in transitu* или мобилни сукоб закона.

Ипак, ***lex rei sitae*** је данас **владајућа тачка везивања у свим европским и великој већини осталих светских права**. Ово решење прихваћено је **и у нашем ЗМПП**.

Посебне колизионе проблеме намеће промена места налажења покретне ствари, затим ствари у транзиту, као и стварноправни положај основних средстава превоза.

Промена места налажења ствари

Lex rei sitae спад у тзв. променљиве тачке везивања, што даје повода **мобилном сукобу** (*conflict mobile*). Поставља се питање који је моменат места налажења ствари меродаван, односно који ће се закон применити, као закон места налажења ствари, оригиналан (ранији) или актуелан (каснији), ако ствар мења свој положај, па се у једном моменту налази у једној држави, а у другом моменту у другој. Везано за тај пороблем поставља се и питање, ефеката која различита правна правила правних система ,у оквиру којих долази до промене места налажења ствари, имају на стечена права и на стицање права на тим покретним стварима.

Проблемом мобилног сукоба закона бавио се **Институт за МПП** и у својој **Резолуцији** каже:

- **Права која су се ваљано стекла на ствари док се она налазила на једној одређеној територији, треба да се поштују, када се ствар накнадно нађе на другој територији**. Везано за ово решење Резолуције института разматрају се две основне ситуације у којима се јавља *conflict mobile* у погледу стварних права.

1. Прва је ситуација када се ствар премешта са подручја на којем постоје услови за оформљење одређеног стварног права или стварноправног дејства, на подручје на коме ти услови не постоје. У погледу ове ситуације, идеје дошло би у обзир примена правила из резолуције које је данас има широку подршку у теорији и прихваћене су махом у свим законодавствима у којима се то питање

експлицитно регулише. Стечено право на територији једне државе, остало би ваљано и на територији друге.

2. Друга основној ситуацији ствар се премешта из земље у којој не постоје услови за оформљење стваног права или стварноправног дејства у земљу, по чијем праву ти услови постоје. Ова ситуација чини основ теориских полемика. У оквиру ње се јављају две подврсте:

- a. ако се ствар премешта са територије где не постоје услови за настапак стварног права, на територију државе где би постојали услови за стицање стварног права
- b. ако се ствар премешта са територије где се постављају стожи услови за настапак стварног права, на територију државе где постоје блажи услови за настапак стварног права

У погледу друге ситуације, ретко се заузимају експлицитна становишта и унутар ње посебну тешкоћу представља одржај. Ни код одржаја не би било прихватљива примена новог *lex rei sitae*, ако на ранијем месту налажења ствари није створено ни правно стање које води одржају. Тешкоће наступају када је такво стање створено, чека се протек рока, а ствар доспе на подручје новог *lex rei sitae*, по коме је тај рок протекао или ће убрзо протећи. Концепцијски би било могуће сматрати да се тиме остварује преостали услов за одржај, али би се тиме отворила врата могућим злоупотребама.

Поред ове две ситуације, може се још поставити и питање, шта се догађа у погледу стварних права које право друге државе непознаје? (нпр. неког облика залог)

ЗМПП на жалост не садржи правила која би поставила колизионо решење за случај да дође до промене места налажења ствари.

Коаутори предлажу следећа решења:

1. различите тешкоће и различити обзири који се везују за поједине облике *conflict mobile* указују да **није препоручљиво тражити јединствено решење свих колизионих проблема**, који настају услед промена места налажења ствари;
2. у случајевима када се **ствар премешта из државе где постоје услови за оформљење (или губљење) стварног права у државу по чијем се праву траже додатни услови**, треба узети да је **меродавно право ранијег места налажења ствари**;
3. у случајевима када се ствар премешта **из државе по чијем праву се нису стекли сви услови за стицање стварног права у државу по чијим нормама је стварно право већ стечено, доћи ће до формирања стварноправног ефекта самим премештањем ствари у државу чије право предвиђа блаже услове, али под претпоставком, да је према праву ранијег места налажења ствари већ створено правно стање, односно правна нада**;
4. ако се ствар премешта **из земље у којој су услови за формирање стварног права строжи, у земљу где су ти услови блажи, а у првој земљи није створено никакво правно стање, стварноправни ефекат не може настати простим премештањем ствари**;
5. наведена правила (1-4) могу **важити и у погледу одржаја**, с тим што ће се резултати понекад кориговати установом *fraus legis* у случају када се одржај довршава под **повољнијим *lex rei sitae***.

*Правна нада (***напомена!*** нисам успео да нађем дефиницију, тако да ћу дати споствено појашњење за које не могу да гарантујем са сигурношћу да је тачно) - постоји у ситуацији када су у првој држави испуњени одређени услови за стицање права својине, те постоје сви изгледи да ће то право настати. Нпр. стицање својине на основу законског одржаја, испуњени су сви услови, али је још неопходно да протекне законски рок да би насталао право својине на предмету одржаја. Мобилни сукоб у том случају

би се поставио нпр. у ситуацији, ако би ствар била пренета у државу у којој је краћи рок за одржај, него у првобитној држави.

Res in transitu – ствари у превозу

Под **стварима у превозу** треба подразумевати робу која је у превозу и налази се на територији државе која није ни земља одашиљања (извозна), ни земља опредељења (увозна) или се налази у ничијем простору, тј. на отвореном мору или у ваздушном простору изнад њега. Проблем ствари у превозу настаје у оном периоду у коме се ствар налази између земље одашиљања и земље опредељења и то само уколико се у том времену закључи одређени правни посао, чији је циљ конституисање неког стварног права на тој ствари. С обзиром на то да се стварноправна дејства једног уговора процењују по lex rei sitae, с једне стране и да је контакт res in transitu са територијом државе кроз коју пролази сасвим привремен и површан, с друге стране, поставља се питање има ли и даље оправдања да се остане при истом решењу.

Тачке везивања за ствари у транзиту

Постоји одређени број страних законским текстовима у упоредном праву који експлицитно предвиђају посебно решење за res in transitu. У теорији највише присталица има опредељење **lex loci destinationis** (lex loci futuris?), што прихвата и наша теорија.

ЗМПП такође прихвата lex loci destinationis. Прихватајући ово решење, потребно је учинити неколико дистинкција:

- Ова тачка везивања је посебно **оправдана када је реч о стварноправним ефектима на бази правних послова, који се закључују док се ствар налази у транзиту**.
- У ситуација, када је **правни посао закључен пре него што ствар постане res in transitu**, (тј пре него што се нађе на територији земље која није ни држава одакле је послата, нити држава опредељења) у таквом случају и даље постоје снажни **разлози да се не примени право транзитне земље** као lex rei sitae, али иби уместо примене закона земље опредељења у сваком случају, **решење ваљало тражити у принципима помоћу којих се решава мобилни сукоб**.
- У случају **одржај** у вези са res in transit, решење би такође требало тражити **у принципима којима се решава мобилни сукоб закона**
- Нестаје оправдање за примену lex loci destinationis ако се **транзит прекине**, ако је реч о неком другом извршном акту, ако је реч о **законској залози на ствари у корист, нпр железнице транзитне државе**, тада ваља остати на примени општег колизионог правила за стварна права, **lex rei sitae**.
- У теорији се се такође сматра да нестаје основа за примену lex loci destinationis у случају **да ствари путују скупа са власником или држаоцем**, за такве случајеве се као тачка везивања **предлаже lex rei sitae или lex nationalis власника**, односно **држаоца**. Ова правила могу бити **инкомпатибилна са солуцијом која постоји када ствар путује са држаоцем који чека узупапију**. У том случају нема оправдања за примену lex rei sitae транзитне земље и то би довело до злоупотреба.

Основна средства превоза

Сматра се да одређене категорије покретних ствари, због њиховог значаја треба уподобити непокретностима. Због тога се за њих, као и за непокретности, конституишу књиге у којима се врши њихова регистрација. У колизионоправну категорију основних средстава превоза спадају бродови и ваздухоплови, а близу тој категорији су и железнице.

ЗМПП говори о средствима превоза која имају државну припадност.

а) Бродови и ваздухоплови

Бродови и ваздухоплови имају државну припадност која се формира уписом у уписник бродова, односно регистар ваздухоплова. Из овог разлога *положај бродова и ваздухоплова има извесне сличности са положајем некретнина, мада оне остају правотехнички покретне ствари, што је код нас изричито прописано. Нарочита везаност бродова и ваздухоплова за државу регистрације, као и трајнији карактер те везе налажу* ***одступање од примене lex rei sitae***.

б) Бродови (и ваздухоплови) у изградњи

Државну припадност могу стечи и бродови и ваздухоплови који још не саобраћају, не врше своју економску функцију из које произилазе учестани нестални и површни контакти са разним територијама, који су **још у изградњи**. Према Конвенцији о упису права на бродовима у градњи из 1967. године, услови за упис и конституисање државне припадности вршиће се у оквирима Конвенције, а према законодавству државе где се брод гради или ће се градити. Наш Закон о поморској и унутрашњој пловидби разрађује услове за стицање државне припадности, као и правила за поједине уписе, у погледу правила о градњи.

в) Железница

Дејства евидентирања железница не могу се изједначити са ефектима уписа, односно регистрације бродова, односно ваздухоплова. Према схватањима у нашој литератури, железнице **не спадају у исту специјалну колизиону категорију** покретних ствари са бродовима и ваздухопловима, за које би важила иста посебна тачка везивања.

Тачке везивања за основна средства превоза

а) Бродови и ваздухоплови

Опште је прихваћено у упоредном праву да је меродавно право за стварна права на бродовима и ваздухопловима право државе чију припадност брод, односно ваздухоплов **има**, тзв. **закон заставе**. Постоји широка сагласност о томе да се припадност (националност) брода, односно ваздухоплова одређује према регистрацији. Према томе, брод или ваздухоплов имају националност оне државе у којој су регистровани.

Ова правила су сасвим недвосмислено постављена и у нашем праву у Закону о поморској и унутрашњој пловидби, Закона о поморској пловидби и Закону о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају.

ЗМПП предвиђа да се сва **својинска питања** (и **заложна права** на броду - привилегије) везана за основна средства превоза решавају **по закону заставе**.

Међутим, када је у питању **заплена брода ради осигурања потраживања**, **закон заставе се не би могао применити**, већ би се претпоставке за тај захтев цениле **по праву места заплене**, дакле, праву земље у чијој је луци до заплене дошло.

б) Бродови (и ваздухоплови) у изградњи

Закон о поморској и унутрашњој пловидби предвиђа исто решење (**закон заставе брода**) за **бродове у градњи**, међутим треба истаћи да је колизиона норма којом се то предвиђа

једнострану и односи само на бродове који се граде у Србији. У духу Конвенције о упису права на бродовима у градњи, било би да се ово правило прошири у вишестрану колизиону норму, тј. да се у погледу свих стварних права на бродовима у градњи, који су ваљаном регистрацијом стекли припадност стране државе, примени право дотичне стране државе.

в) Железница

У погледу стварних права на железницама, Ајзнер предлаже да се примене иста правила која се односе на res in transitu.

Хартије од вредности – стварна права

Потребно је вршити разлику између хартија од вредности у којима је инкорпорисано стварно право (право из хартије) и стварним правима на хартијама од вредности (права на хартији).

Стварна права на хартији

Постоји широка сагласност да је меродавно право, у погледу стварних права на хартији, **место налажења хартије – lex cartae sitae**. Својина на самој хартији цениће се према месту налажења хартије. Lex cartae sitae је уствари само посебан израз за lex rei sitae у погледу хартија од вредности. Правило lex cartae sitae ваља допунити посебним нормама, које важе за случај мобилног сукоба.

Стварна права из хартије

Формирање стварног права из хартије приликом издавања хартије од вредности

Поставља се питање (које може дати повода сукобима закона) да ли хартија од вредности садржи стварно право и каква је садржина тог права. Према **америчком праву** и теорији, који спадају међу ретке који посвећују посебну пажњу овом питању, меродавно је право **места налажења ствари (на коју се односи хартија) у време издавања хартије**. Ово решење се чини прикладним, тим пре што место где се налазе ствари у време издавања хартије, по правилу коинцидира са местом издавања хартије од вредности, која инкорпорише право на тим стварима.

Стицање стварних права из хартије од вредности приликом преноса хартије од вредности

Приликом **одређивања меродавног права за пренос стварних права из хартије**, међу којима посебан значај имају **коносман** и **складишница**, дилему намеће **раздвајање места налажења ствари и места налажења хартије**. Поставља се питање да ли примат дати lex rei sitae или lex cartae sitae. Позитивноправне норме по правилу не дају одговор на ово питање. **У нашој теорији** је истакнуто мишљење да би требало применити **lex rei sitae** као тачку везивања. Ако би се прихватило ово становиште, ваљало би га допунити посебним правилима за мобилни сукоб закон и за res in transitu, нарочито ако је реч о коносману. Ствари на које се односи коносман, по природи ствари су у превозу и често се налазе на отвореном мору, за разлику од ствари на које се односи складишница, чије је место налажења релативно стабилно.

Бројна схватања дају примат месту налажења хартије од вредности, или покушавају да нађу компромис између два опречна решења. (Лефлар, Шницер, Нидереру..)

***Коносман** – теретница, исправа коју бродар издаје крцатељу на основу уговора о превозу робе, поморским или унутрашњим воденим путем, којом потврђује да је примио на превоз робу, која је у њој

означена, ради превоза на одређеној релацији и издивања у луци опредељења њеном законитом имаоцу.

***Складишница** – јемствени документ који издаје овлашћени складиштар на основу уговора о складиштењу којом се доказује да постоји полог (да је ствар ускладиштена) одређеног квалитета и квантитета и да је ускладиштена у складишту.

Сумирање:

Стварна права на хартији - **lex cartae sitae** – право места налажења хартије

Стварна права из хартије - **lex rei sitae** – право места налажења ствари на коју се односи хартија

Право меродавно за уговоре

Разлике у упоредном уговорном супстанцијалном праву, су видљиве у разним областима уговорног права.

Преговори:

Поједина права познају одговорност за прекид преговора, али се разликују, како у погледу основа одговорности, тако и у погледу услова за њено наступање. Тако је нпр. по немачком праву основ одговорности за прекид преговора уговорни, а по француском деликтни.

Понуда:

На нивоу закључења уговора разликују се две врсте понуда: понуда на обећање и понуда на радњу (common law). Могући извор сукоба закона су и битни елементи понуде и степен њихове одређености, обавезност понуде и време њене обавезности, могућност њеног опозива, те утицај стечаја (тј. смрти физичког лица) на понуду.

Прихватање понуде:

Различито су регулисани услови, тј. степен њихове сагласности са понудом и степен разликовања, опозив прихвата и начин његовог комуницирања.

Моменат настанка уговора:

Даље питање које се поставља јесте када је уговор настао – да ли у моменту одашиљања прихвата, у моменту његовог пријема, или у моменту сазнања за њега.

Форма уговора:

Док у већини права уговори могу бити, начелно, неформални, дотле нека права захтевају писмену форму чим вредност пређе одређени износ, или се пак писмена форма тражи за одређене врсте уговора.

Тумачење уговора:

Тумачење уговора подлеже разним методама (субјективно и објективно), а поједине земље прихватају и различита правила тумачења.

Прелазак ризика пропасти ствари:

Поједина права везују прелаз ризика за моменат закључења уговора, а друга за пренос својине.

Прекомерно оштећење:

Да ли прекомерно оштећење производи право на раскид уговора, што предвиђа француско право, или не (немачко), такође зависи од права које ће се применити на уговор.

Унификација материјалног права versus унификација колизионог права

Уговори су основни инструмент правног уобличења промета робе и услуга, како унутар исте државе, тако и на међународном плану. За учеснике у једној међународној трансакцији од велике је важности да им буду до танчина позната права и обавезе, као и могуће последице појединих радњи. Сигурност и предвидљивост се може постићи, у начелу, на два начина: **међународном унификацијом**

материјалних правила, која би регулисала међународни промет робе и услуга или прецизирањем и разрадом, па и **унификацијом колизионих норми**, које ће указати на меродавно национално уговорно право. Сваки од ова два вида унификације има своје карактеристике.

а) Унификација материјалног права доводи до идентичног садржаја материјалноправних норми у свим земљама обухваћеним овим поступком, из чега произлазе бар две последице.

- Прво, судови свих земаља, чије је материјално право унификовано, морали би, у истој правној ствари, доносити иста решења.
- Друго, будући да униформност права искључује сукоб закона, искључена је потреба за применом колизионе процедуре, карактеристичне за МПП.

б) Унификација колизионог права, не брише разлике између садржине материјалног права појединих земаља, али доводи до примене садржински исте колизионе норме, од судова свих земаља, које су унификовале своју колизиону материју, последице тога су следеће:

- судови свих земаља примениће материјално право једне исте земље за решавање конкретног случаја, те ће донети идентичну одлуку, чиме се елиминише могућност куповине форума, који ће тужиоцу омогућити за њега најповољније материјалноправно решење.

Треба издвојити два текста у којима је дошло до одређене унификације права, претежно везане само за један уговор, уговор о продаји, и то колизионог и материјалног права продаје.

а) Унификацију колизионог права извршила је Хашка конференција за МПП у Хашкој конвенцији о меродавном праву за уговоре о међународној продаји робе. (*Успех ове конвенције је скроман, јер је до 2011. године била на снази у свега осам земаља.*)

б) Унификацију материјалног права купопродаје у Бечкој конвенцији о међународној продаји робе (конвенција УН), коју је донео UNCITRAL. (*Ову конвенцију је до 2011. године ратификовало 77 а-Југославија је ратификацију извршила међу првима.*)

У земљама **ЕУ**, на унификацију колизионог права у уговорној материји је утицала **Рим I Регулатива**, која је преузела правила Римске конвенције.

Извори наших колизионих норми за уговоре

До доношења ЗМПП, постојале су разрађене колизионе норме у два закона:

- **Закон о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП) и**
- **Закон о облигационим и основним материјалноправним односима у ваздушној пловидби (ЗООСОВС).**

Колизионе норме ових закона биле су савремене и релативно детаљне, те је постојла тенденција, да се те норме путем аналогije, примене и на неке друге уговоре. После доношења ЗМПП, наведени закони су остали на снази, али није било потребе за њихову аналогну примену на друге уговоре.

ЗМПП поставља посебне тачке везивања за 19 уговора, а једном општом клаузулом даје решење и за остале уговоре, који нису поименично наведени. Постављено је и правило о аутономији воље, тј. предвиђена је могућност да странке саме бирају меродавно право. Норма о аутономији воље, међутим, није добила разраду, те се оставља теорији и пракси да заузму став о питањима, као што је одређивање граница или правне природе аутономије воље. ЗМПП посвећује посебна колизиона правила неким питањима облигационог права, која обично измичу пажњи законодавца, као што су акцесорни послови, стицање без основа, пословодство без налога, или једностранни правни послови.

Нашим **билатералним конвенцијама** и уговорима посвећено је мање пажње него, нпр, породичноправним и аследноправним питањима. Колизионе норме које се тичу уговора налазе се само у нашим **уговорима са Мађарском и Пољском**. (*Уговор са Пољском садржи и норму о правима и*

обавезама из уговора. Према овој норми, меродавно је право стране уговорнице на чијој територији је закључен уговор, ако стране нису изричито изабрале друго право и ако није реч о некретнинама.)

Мултилатералне конвенције, такође, само у минималној мери, представљају извор колизионих норми за уговоре код нас. Бивша Југославија није ратификовала ни једну вишестрану конвенцију посвећену одређивању меродавног права за уговоре. Постоје, међутим, неке колизионе норме у вишестраним конвенцијама из области међународног транспорта, које смо ратификовали.

Аутономија воље и право меродавно за уговоре

Аутономија воље је **тачка везивања** која овлашћује странке да учине избор меродавног права, које ће се применити за регулисање њиховог уговорног односа. Са гледишта странака, аутономија воље је њихово субјективно право. Најважнији практични разлог за прихватање аутономије воље у МПП, лежи у посебним тешкоћама при утврђивању меродавног права за уговоре. Прихватање избора који су учиниле саме странке, представља релативно лако и једноставно решење. Аутономија воље је од кључног значаја при одређивању меродавног права за уговоре. Из тога произилази да је веома важно да се прецизира аутономија воље као колициони инструмент и да се одреде границе њеног домаћаја.

Границе аутономије воље

У начелу, аутономија воље се може користити у свим грађанскоправним и привредноправним уговорима. Могу се, међутим, стављати и стављају се одређена ограничења. Начелно се ограничења могу поставити међународним конвенцијама, законима и путем других извора МПП-а

Ограничења:

- Таква ограничења постоје у области међународног транспорта, а постављена су пре свега конвенцијама, које регулишу међународни друмски транспорт. Најстриктнија ограничења поставља **Конвенција о уговорима о међународном превозу робе друмом**, склопљена у Женеви 1955. године.
- У неким случајевима ограничења нису јасно постављена позитивним прописима, али их сугерише пракса и прихвата теорија. Тако је са дејствима одређених уговора према трећим лицима. Сматра се да странке код **цесије**, код **заступништва**, код **посредништва**, **не могу да изаберу меродавно право, које би се односило на ефекте ових правних послова према трећим лицима**.
- Из начина како су формулисане колизионе норме ЗМПП о уговорима, намеће се закључак да је аутономија воље искључена у оним уговорима, који се односе на **некретнине**. За њих је предвиђено само једно колизионо решење, а то је **lex rei sitae**.
- **Закон о поморској и унутрашњој пловидби** и **Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају**, такође, стављају неке односе и ситуације ван домаћаја аутономије воље странака.

Концепције аутономије воље

Поставља се питање да ли се аутономија воље односи на императивне норме или само на диспозитивне. Одговор на ово питање зависи од става према правној природи аутономије воље. Постоје две опречне концепције о правној природи аутономије воље у међународном приватном праву.

- а) **Концепција о колизионоправној аутономији воље**
- б) **Концепција о материјалноправној аутономији воље**

а) Према колизионоправном становишту (субјективна теорија) аутономија воље је схваћена као особена тачка везивања (*lex voluntatis*): одређује меродавно право чије ће се правне норме применити у целости (in toto), како диспозитивне, тако и императивне. Неће се применити само оне норме изабраног меродавног права, које су супротне јавном поретку државе форума.

б) Према материјалноправном схватању (објективна теорија), теорија инкорпорације, аутономија воље подразумева да странке не могу бирати страно право у целини, већ могу уређивати своје односе у складу са диспозитивним нормама изабраног, док ће императивне норме долазити из оног права на које упуту колизионе норме форума (lex fori). По овој концепцији избором меродавног права, странке на посредан начин мењају или допуњају диспозитивне норме оног права које је меродавно. Не могу, међутим, мењати императивне норме меродавног права.

У нашем праву нема експлицитне норме, која би одлучила дилему између колизионоправне и материјалноправне природе аутономије воље. У теорији превагу има колизионоправна концепција, која и у иностраној теорији и пракси такође има превагу.

Опредељење коаутора

Нема разлога да се страначка аутономија ограничи само на диспозитивне норме. Ограничењем аутономије воље на сферу диспозитивних норми, нестаје (или се битно смањује) најважнији позитивни ефекат аутономије воље, а то је отклањање неизвесности у погледу меродавног права. Ако се аутономија воље односи само на диспозитивне норме, тада странке својим избором не могу у потпуности решити питање меродавних правила. Прихватањем колизионоправне аутономије воље отвара се могућност да се страначка аутономија воље третира као тачка везивања која одређује меродавно право, укључујући како диспозитивна, тако и императивна правила тог права.

Поред избора меродавног државног права, постоји и могућност избора правила као што су правила при UNCITRAL или неког другог модела правила (тзв. soft law).

Разлике између избора права колизионоправна аутономија и материјалноправна аутономија показују се и у другим доменима:

1. само у случају да је аутономија воље колизиона, избор права би се могао ограничавати, тј. могао би се **поставити услов да изабрано право буде у некој вези са уговором.** Приликом материјалноправног избора, таквих ограничења не би могло бити све док се уговарачи крећу у оквиру диспозитивних прописа;
2. Уколико је страно право инкорпорисано (материјалноправна аутономија), измена његове садржине, на основу интервенције законодавца по закључењу уговора, не утиче на права и обавез уговарача, јер они остају одређени садржином дела страног закона, које је, инкорпорацијом у моменту закључења уговора, постао његов саставни део. Насупрот томе, (колизионоправном) аутономијом воље се бира живо право и оно се примењује по својој садржини у моменту оцене, без обзира на евентуална претходна стања и измене;
3. Примена Ранвоа је могућа само у случају прихватања колизионоправне концепције, јер се само тада сматра тачком везивања. Како је ранвоа иманентан колизионом начину регулисања, прихватање аутономије воље у виду инкорпорације га искључује: Ранвоа је концепцијски могућ у оквиру колизионоправе аутономије воље, али то не значи да га наше право примењује. Разлог томе је да, ако би било допуштено применити Ранвоа на право које су изабрале странке на основу аутономије воље, могло би доћи до упућивања и преупућивања на друго право од оног које су изабрале странке и самим тим би се обесмислио избор права који су учиниле странке.

4. Најзад, **ограничавање права странкама**, истакнуто у појединим законима, да бирају меродавно право само за уговоре са страним елементом, одражава колизионоправно схватање аутономије воље. Ако аутономија воље има материјалноправни карактер, онда се не може наћи разлог из којег се не би дозволио индиректан начин дефинисања права и обавеза у интерном уговарању, уколико је он већ дозвољен у међународним трансакцијама.

Питање конекситета

Друго питање које је изазвало, и изазива и даље, контроверзе јесте питање **конекситета**, односно везе између изабраног права и уговорног односа. Питање је **да ли су сауговорачи, приликом избора меродавног права потпуно слободни, или им је поље избора сужено на одређени круг закона, који су са уговорним односом у некој вези**.

1. **(Ограничена аутономија)** По једном схватању, могућности за избор су ограничене, стране уговорнице могу бирати само једно, између права са којим је уговорни однос повезан. Конекситет, тј. веза, се може тражити у два облика.

- а) Према једном, строжијем, законодавац набраја везе које долазе у обзир и тиме тачно одређује између којих права странке могу бирати (**систем енумерације**).
- б) Други начин постављања конекситета је еластичнији. Уместо набрајања права чији избор долази у обзир, законодавац се задовољава **општом формулацијом** да изабрано право треба да буде у вези са уговором.

2. **(Неограничена аутономија)** Према другом схватању, таква веза није потребна, те се може бирати као меродавно и право са којим не постоји конекситет, дакле избор је неограничен.

Присталице ограничене аутономије воље износе следеће аргументе:

- *Принцип који влада у односима без страног елемента, наиме да свако зна право, мора се пренети и на међунадну арену, због чега уговорачи могу бирати само оно право које познају и разумеју. Контрааргумент је да нема разлога из којег би неко могао и морао да зна право са којим је његов уговор у вези, а не би имао знање и о неком трећем праву;*
- *Други аргумент, јесте аргумент правне сигурности. Пошто постоје земље које познају само ограничену аутономију воље, може се догодити, уколико се покрене спор пред њиховим судом, да овај не прихвати учињени избор, због недостатка конекситета. Да би се то искључило, пожељно је бирати само конексна права. Контрааргумент је да се и уговорачима који су изабрали неко право које је у вези са уговором, може догодити, да суд земље која прихвата систем ограничене аутономије ипак одбије да примени *lex voluntatis*, као *lex contractus*, с образложењем да веза није довољна да оправда његову примену;*
- *Избором права одређене земље уговорачи могу, у намери да свој уговор одрже на снази, избећи примену права, по коме би уговор био ништав и обрнуто. Да би се могућност изигравања смањила, потребно је барем ограничити круг потенцијалних права. При том се заборавља на могућност реаговања институтом јавног поретка, а осим тога, право се може изиграти и при ограниченој аутономији воље.*

Ограничавањем круга земаља чије се право може пророгирати, ускраћује се уговорачима могућност, да учине *bona fidae* избор неког права, које је изван унапред одређеног круга. Не постоје довољно јаки разлози, који би оправдали услов конекситета. Чињеница да постоји нека повезаност између правног односа и одређене државе, не гарантује да ће право те државе бити адекватније за решавање уговорног односа.

Треба нагласити да је избор права, које није повезано са уговорним односом, веома често резултат настојања да се изабере једно неутрално право, чији избор не би значео уступак ни за једну, ни за другу страну. У пракси наших фирми веома често се бира швајцарско право, баш зато што то није право ни једне од страна уговорница, а представља модерно и доступно право.

Временски моменат до којег се може користити аутономија воље

Несумњиво је да је избор најбоље учинити при самом закључењу уговора. Тиме постаје могуће да странке од самог почетка тачно знају какав је њихов уговорни положај, каква је прецизна садржина њихових права и обавеза. То ипак не значи да је избор меродавног права, након закључења уговора некористан. Избором меродавног права, макар и накнадним, отклања се неизвесност у погледу меродавних норми и стварају се услови за лакше сагледавање и решавање насталих правних проблема. У нашој арбитражној пракси, прихвата се избор који је учињен, након закључења уговора. **Римска конвенција о меродавном праву за уговоре** из 1980. године, каже да се странке у сваком тренутку могу споразумети да се уговор просуђује према праву различитом од онога које је било меродавно, било на основу раније изабраног права, било на основу других одредаба конвенције. **Промена споразума о меродавном праву, након закључења уговора, не утиче на формалну пуноважност уговора, ни на права трећих лица**.

Правна основа аутономије воље

Аутономија воље није никакав наддржавни принцип, већ је то установа позитивних међународних приватних права. **Постојање и границе аутономије воље, утврђују се правом државе, чије се међународно приватно право примењује, а то је држава суда – *lex fori***. Међутим постоји и схватање, чији је најистакнутији представник швајцарски аутор **Шницер**, по коме је право, које би било меродавно у недостатку избора, позвано да цени допуштеност, домашај и границе аутономије воље. Овакво становиште је неодрживо, нарочито ако се прихвата колизионоправна природа аутономије воље. Аутономија воље, као ни друге тачке везивања, не могу се ценити према другом меродавном праву, сем према међународном приватном праву форума. Постоји примедба да се у тренутку заснивања односа не зна који је закон, закон земље суда, јер се не зна у којој ће се земљи водити спор, уколико до њега дође. Ова примедба није тачна у свим оним случајевима у којима уговарачи одреде суд једне земље као надлежан за њихове будуће спорове, што је уобичајено и међународној трговачкој пракси. Међутим могући су и неретки уговори без пророгационе клаузуле, па се поставља питање чије је онда право основ споразума странака. **Основ аутономије је у праву земље чији ће суд бити надлежан за будући спор**. Уколико то право не познаје аутономију воље као тачку везивања, он неће применити од странака изабрано право и то је све, а то се највероватније неће догодити, јер је аутономија општеприхваћена тачка. Према томе природи и домашају аутономије воље одређује *lex fori*.

Изричита и прећутна аутономија воље

- а) **Изричита аутономија воље** постоји, када странке изричито одреде, које ће право бити меродавно.
б) **Прећутну аутономију воље**, познају теорија и пракса, реч је о прећутном избору, када странке нису изричито одредиле, које ће право бити меродавно, али се из уговора и околности случаја види да су имале у виду, једно одређено право као меродавно, да су хтеле да се примени то право.

У литератури је овај институт наишао на оштре критике.

Да би се утврдило постојање прећутне аутономије потребно је тражити да индиције, из којих произилази закључак о прећутној сагласности странака, буду изнад сваке сумње, да доведу суд до убеђења о прећутној сагласности. Докази такве неизречене (прећутне) воље су:

1. избор суда одређене земље;
2. околност да се странке у свом уговору позивају на законске одредбе из одређеног права или користе неке карактеристичне термине, који су особеност неког одређеног права;
3. коришћење типских уговора или општих услова пословања, заснованих на праву одређене земље;

4. избор језика уговора;
5. избор валуте уговора;
6. заједничко уговарање места испуњења или закључења уговора;
7. заједничка националност или седиште уговарача.

в) **Хипотетична аутономија воље**, сејавља у теорији и повлачи са собом бројне полемике. Под њом се не подразумева, заправо, никаква стварна воља. Није реч о праву чију су примену странке хтеле, већ о праву за које би било логично да су га странке хтеле, као разумни трговци, привредници. Суд који истражује хипотетичну аутономију воље уопште не полази од воље странака, већ тражи право које је најлогичније, најчвршће везано са уговором. Ово решење је суштински идентично **принципу најтешње повезаности**.

Вољна мултипликација меродавих права (статута)

Поставља се питање **да ли странке могу приликом избора меродавног права, договорити да се њихов уговор истовремено примени, више националних права, од којих свако право на одређено питање, или круг питања (вољна мултипликација меродавних права)**. Разлози који иду у прилог мултипликацији леже, прво у чињеници да је то право иманентно самој аутономији, или се оправдава аргументом а maiore ad minus, или се прагматично аргументује да странке могу изабрати више права, од којих свако најбоље одговра постављеном проблему.

Контрааргументи су:

1. признањем овог права увећава се могућност франдулозног поступања странака;
2. не води се рачуна о томе да сваки правни систем има своју унутрашњу равнотежу, а да њу мора имати и сваки уговор;
3. мултипликација води тзв. цепању статута;
4. стварање мозаика меродавних права може довести до апстраховања читавог уговора.

ЗМПП ништа не говори о овом питању. У складу са **савременим тенденцијама**, које се противе ограничавању аутономије воље, **треба дозволити и могућност избора више права**. Такав избор ће бити рационалан, уколико се права разних земаља бирају за посебне, самосталне целине уговора, које се могу одвојити од других питања.

Право меродавно за оцену пуноважности уговора о избору права

Сваки споразум о избору меродавног права је и сам уговор, који **не дели судбину главног уговора**. У новије време највећи број присталица има тенденција, по којој се **споразум о избору меродавног права има ценити по праву, које је у уговору изабрано као меродавно и које ће то бити уколико је учињени избор ваљан**. Примена овог путативног lex causae, носи у себи једну логичку недоследност, због чега се често напада. Каже се да је уговор о избору меродавног права нелогично оцењивати по праву које ће бити меродавно, тек уколико је избор ваљан. Међутим, одговара се, да је путативни lex causae један позитивноправни систем, чије постојање не зависи од перфектности споразума странака. Предност овог решења је што омогућава да се сва питања пуноважности уговора, подведу под једно те исто право – оно које је познато још у моменту настанка уговора. Ово решење прати једна напомена – **питање способности остаје ван домашаја изабраног lex contractus**. Према томе, свака од уговорних страна, да би доказала да је имала право да закључи погодбу о избору меродавног права, може се позвати на своје право.

Колизионе норме за уговоре у одсуству аутономије воље

У недостатку избора, судови и други релевантни органи одређују меродавно право помоћу супсидијарних тачака везивања, које су предвиђене у колизионим нормама земље суда. Јављају се два погледа на решавање овог проблема.

а) Колизиона норма је формулисана у фиксној норми, уколико у себи **садржи непосредно везујућу тачку везивања**. Такве тачке везивања су пребивалиште, држављанство, место налажења ствари, место закључења уговора и сл. Онај ко примењује колизиону норму (судија или арбитар) може имати проблема само приликом њеног одабира (квалификације), али када се једном одлучи за једну од њих, уколико је фиксна, из ње директно следи које је право меродавно.

б) Насупрот томе, колизиона норма је руководни принцип, уколико у себи **садржи оквирну тачку везивања**. Коначна одлука о избору права препуштена је примењивачу, а само као оквир у коме се он има кретати, дате су координате, инструкције за одређивање меродавног права. Оваква колизиона норма назива се оквирном или импресионистичком, уколико се уопште може назвати колизионом нормом. У материји међународног уговорног права, приметна су оба наведена приступа.

Lex loci contractus

Lex loci contractus, односно **право места закључења уговора**, најстарија је тачка везивања. Ово решење је било посебно оправдано у време када је транспорт био неразвијен и огромне практичне потешкоће су стајале на путу сваке комуникације, сем непосредне. У то време место закључења уговора није случајно, представља значајну везу и нема тешкоћа за његово утврђивање. . Послови се обично склапају на сајмовима уз присуство обе стране. Током времена јавља се све више тешкоћа у вези са lex loci contractus. Брзи развој саобраћаја и комуникација доводе до тога да место закључења уговора може бити сасвим случајно и јављају се озбиљне тешкоће, при утврђивању које место се има сматрати местом закључења уговора. Из тих разлога, lex loci contractus све више губи значај. Ову тачку везивања прихватио је Српски грађански законик. Lex loci contractus се јавља и у нашем новом праву у Закону о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП), али само као помоћна тачка везивања и то у ограниченом домену. Законе места закључења уговора је прихваћен као тачка везивања у нашим билатералним конвенцијама са Пољском.

Lex loci solutionis

Lex loci solutionis, **закон места испуњења, односно извршења уговора**, јавља се касније него lex loci contractus. Постоје озбиљне тешкоће у вези са lex loci solutionis. Место извршења је лако утврдити, ако је то место одређено у уговору или ако је до испуњења већ дошло. Спор, међутим, веома често настаје баш због неиспуњења, а стране уговорнице не означавају увек место испуњења уговора, чиме дају повода квалификацији тог појма и контроверзама. Но чак и ако не би било таквих дилема, озбиљне тешкоће могу наступити због тога што у уговору има два испуњења (испуњење купца и испуњење продавца) и она се често везују за најмање два места. У таквим случајевима lex loci solutionis указује на више права. У нашем праву lex loci solutionis се прихвата у Закону о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП) и Закону о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (ЗООСОВС).

Домицил (или седиште) дужника карактеристичне обавезе (престације)

Током последњих деценија, међу тачкама везивања за уговоре, у први план нагло избија домицил (или седиште) дужника карактеристичне обавезе (престације). Питање је, која се престација има

сматрати карактеристичном. За сваки уговор у робно-новчаној привреди имамо две обавезе, једна је новчана обавеза, а друга обавеза се састоји у одређеној радњи или чинидби. У таквој ситуацији новчана обавеза се јавља као противчинидба за радњу или чинидбу супротне стране. Из тога следи да је новчана обавеза иста неvezано за врсту уговора, те да самим тим карактеристику том уговору управо даје радња или чинидба друге стране, на основу које и сам тај однос добија назив (то су нпр. обавеза закуподавца, поклонодавца, послугодавца, продавца, шпедитера, грађевинара). Карактеристична је њихова обавеза, јер даје смисао том односу. и због тога на уговорни однос треба применити право њиховог домицила (седишта). Овој теорији упућена је критика да није карактеристична она престација која је заједничка свим уговоримасамозато што, у основи приступа, лежи аксиоматска потреба за разликовањем разних категорија уговора. И поред критике, домицил (седиште) дужника карактеристичне обавезе прихвата се као тачка везивања у све већем броју земаља, негде у комбинацији са другим решењима. Сматра се да је ово везивање чврсто, да не може бити случајно и да се релативно лако утврђује. Ову тачку везивања прихвата **Хашка конвенција о праву које се примењује на уговоре у међународној продаји робе**.

Принцип најтешње повезаности

Принцип најтешње повезаности спада међу оне тачке везивања, које се називају **оквирним**, у којима вредновање веза правног односа није унапред извршио законодавац, већ се то препушта судији, а законодавац даје само оквирна упутства. Судији се налаже да испита све везе и да, имајући у виду како квантитет, тако и квалитет веза, утврди са којим је правом дати уговорни однос најтешње повезан. Основно преимућство овог решења је у томе, што је суду остављена могућност, да примени оно право, чија би примена у датом конкретном случају била најлогичнија. Са друге стране, примена принципа најтешње повезаности, скопчана је са озбиљним тешкоћама. Ако су везе једног правног односа са више земаља, мање више равномерно распоређене, утврђивање права са којим је уговор најтешње повезан, захтева веома сложену анализу. Принцип најтешње повезаности је данас прихваћен у англосаксонским правима. Код нас је присутан у **Закону о облигационим односима и основама својинскоправних одоса у ваздушном саобраћају (ЗООСОВС)**, а прихвата га и **ЗМПП**, уз домицил (седиште) носиоца карактеристичне престације.

Комбинације принципа најтешње повезаности и неке непосредно везујуће тачке везивања (via media – отворена колизиона норма)

Основна тешкоћа у вези са принципом најтешње повезаности је у томе што ова тачка везивања омогућава различите интерпретације и тиме ствара правну несигурност. Да би се ови недостаци отклонили, а истовремено задржала преимућства принципа најтешње повезаности, у законима су створене **комбинације овог принципа са другим, непосредно везујућим колизионим мерилима, се назива отворене колизионе норме.** Основна сврха ових комбинација је да се **у први план истакне једно везивање као претпостављено које ће суд најчешће применити, али истовремено је остављена могућност да суд одступи од овод претпостављеног решења када у датом случају јасно види да ово правило није у најближој вези са случајем.**

Принцип најтешње повезаности широко се користи у нашој **арбитражној пракси**, а био је прихваћен у пракси судова. **ЗМПП** је заузео становиште, да у одсуству аутономије воље, решење треба тражити у комбинацији принципа најближе везе и једне непосредно везујуће тачке везивања. ЗМПП, међутим, не користи израз најтешња повезаност или најближа веза, када говори о одређивању меродавног права за уговоре. Према ЗМПП примењује се право домицила (седишта) носиоца карактеристичне обавезе, ако посебне околности случаја не упућују на друго право. Наведене оквирне инструкције нашег позитивног права омогућују да суд тражи најближу везу мимо права, на које указје непосредно везујућа тачка везивања.

Одређивање меродавног права у погледу застарелости

Под застарелошћу подразумевамо **губитак овлашћења услед протока времена**, реч је о губитку овлашћења да се захтева испуњење, али се сама обавеза не гаси.

У упоредном праву не постоји јединствено схватање о правној природи застарелости, а ни општешрихваћена тачка везивања. Могу се разликовати два главна, опречна мишљења о њој.

а) На једној страни је англосаксонско поимање застарелости, као института процесног права. По овом схватању, не застарева грађанскоправни захтев, већ процесно овлашћење за подизање тужбе. Зато се на ово питање има применити **lex fori**, као и на друга процесна питања.

б) Другој мишљење, да је застарелост институт материјалног права. По овом другом схватању, застарелост је установа материјалног права, на коју се **примењује право које је меродавно за садржину правног посла**, односно правне радње поводом које се поставило питање застарелости.

ЗМПП заузима став, да је неопходно **на застарелост применити право које је меродавно за садржину правног односа или правне радње**, поводом које се питање застарелости поставља. Наша земља је једна од 47 земаља чланица Конвенције о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе. У ситуацијама када се седиште продавца и купца налази у различитим земљама, или колизионе норме форума воде примени права земље уговорнице, судови ће уместо националних правила о року застарелости, применити конвенцијски рок од четири године.

Право меродавно за форму уговора

Поред права и обавеза, форма уговора такође може представљати повод за спорове и то питање добија, најчешће, посебан колизиони третман. Најчешћа је дилема, може ли се уговор ваљано склопити у усменој форми, или је неопходан писмени облик. У томе постоје разлике у разним законодавствима. Разлике постоје и по питању форме измена и допуна уговора. Основна тачка везивања, којом се одређује меродавно право у погледу форме уговора је locus regit actum (lex loci actus). У дословном смислу locus regit actum значи место влада чином (актом). То значи да се форма уговора има ценити према праву места, где је уговор настао, односно где је закључен.

Проблем дистанционих уговора

Посебан проблем у вези са применом locus regit actum, настаје уколико се постави питање где је место закључења дистанционих уговора, тј. уговора закључених inter absentes.

ЗМПП не садржи решење за то питање. Системским тумачењем **ЗМПП** и Закона о облигационим односима, долази се до закључка да то питање треба решавати **квалификацијом по ЗОО**, тј. применом теорије пријема – ако је прихват понуде примљен у Србији, ту је и место настанка уговора. Овакво решење је, међутим, у супротности са савременим тенденцијама развоја МПП, у којима преовладавају покушаји, да се уговор, у што је више могућој мери, одржи на снази са аспекта форме. Такво једно решење предвиђено је у Римској конвенцији ЕУ, по коме ће форма дистанционих уговора бити ваљана, ако је таквим сматра право, које је меродавно за уговор по одредбама конвенције или право било које од земаља, на чијој се територији налазе уговорачи.

Изузетак од правила locus regit actum

Некретнине

Изузетак од правила locus regit actum су некретнине, где је опште прихваћено правило да је тачка везивања lex rei sitae. У **ЗМПП** овај изузетак од правила locus regit actum није постављен на сасвим

недвосмислен начин. Реч је о томе да ЗМПП не поставља посебно правило о форми правних послова, чији су предмет некретнине, већ говори само о праву меродавном за уговоре који се односе на некретнине и то у оном делу закона, који је посвећен меродавном праву у погледу права и обавеза из уговора. Нема дилеме, да ће се форма уговора који се односе на некретнине, ценити по *lex rei sitae*, а не *locus regit actum*.

Пуноважност форме по locus regit actum vs пуноважност форме по нашем праву

Да ли ће пред нашим поступајућим органом бити пуноважан уговор закључен у другој форми према праву locus regit actum, ако је за форму истог тог уговора прописана друга (обавезна писмена) форма нашим императивним прописима? (а, форма уговора је пуноважна према праву locus regit actum)

У нашој пракси се поставило питање, треба ли конструисати изузетак од правила locus regit actum и у случајевима, када домаће право предвиђа обавезну писмену форму и када се домаћи партнер обавезује да уговор презентира надлежном органу.

У једној одлуци Врховног привредног суда заузето је становиште, да усмени уговор о заступништву није пуноважан, јер је нашим императивним прописима предвиђена писмена форма. Овакав став у себи крије две опасности.

Прва је на теоријском нивоу. Наиме, питање је како треба квалификовати недостатак одобрења, тј. сагласност државног органа, које се понекад прописима тражи за закључење појединих уговора. По некима, ова сагласност се квалификује као услов, одложни или раскидни, који би с аспекта МПП, представљао садржинско питање, а не питање форме.

Друго, наше фирме имају могућност да услове пуноважност уговора прибављањем оних одобрења, која су према нашим унутрашњим прописима, дужне прибавити. Оне ће то обезбедити на сасвим ефикасан начин, ако се у уговор угради клаузула према којој уговор ступа на снагу, тек ако се добију потребна одобрења.

Питање је како треба поступити ако таква клаузула није унета, ако се пропусти да се добије сагласност или одобрење неког нашег органа, или ако није извршена обавезна регистрација.

Ако бисмо сматрали да такви уговори не могу бити пуноважни у погледу облика, то би имало негативне консеквенце: створила би се правна несигурност; повредили би се интереси савесног страног партнера који није дужан да зна да ли и од кога наша организација треба да прибави одобрење; тиме би се правило locus regit actum, фактички заменило правилом *lex fori*.

Дакле не би се могло бранити начелно становиште, да не могу бити формално пуноважни уговори који нису закључени у писменој форми, или нису презентирани нашим надлежним органима, ако такав уговор иначе важи према locus regit actum и за такво становиште, уосталом, нема никаквог ослонаца у ЗМПП.

Факултативност правила locus regit actum

У нашем праву влада схватање, да је правило locus regit actum факултативне природе. То је становиште, како теорије, тако и праксе, па и позитивноправних текстова. То значи да се **форма не мора ценити према праву места закључења уговора, већ се може ценити и према неком другом праву**. То друго право долази у помоћ када уговор не би био пуноважан у погледу форме према праву државе где је склопљен те му се омогућава да остане на снази, по принципу in favorem contractus.

Факултативност **не важи за изузетке од locus regit actum, јер су они императивне природе**.

Факултативност не значи слободу за орган који примењује колизиону норму. Не зависи од судије да ли ће консултовати и друго право ако је уговор неважећи према праву места закључења, већ то мора учинити. Поставља се питање које право, поред права места закључење уговора, долази у обзир за процену пуноважности уговора. Наши позитивноправни прописи предвиђају два решења:

- а) Према **Закону о меници и Закону о чеку**, то је право заједничког држављанства дужника и повериоца. Реч је о једностраној колизициој норми, која се односи само на случај да је то заједничко држављанство, домаће држављанство, тј држављанство Србије.
- б) Према **Закону о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП) и Закону о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (ЗООСОВС)**, то право је lex causae – оно право које се примењује на уговор у целини, тј. право меродавно за садржину, за права и обавезе из уговора. Исто правило је као опште решење прихваћено у ЗМПП и уговор ће бити пуноважан у погледу форме, ако је пуноважан било према месту закључења уговора, било према праву које је меродавно за садржину уговора.

Аутономија воље у погледу форме уговора

У вези са факултативном природом правила *locus regit actum*, поставља се питање могу ли саме странке да одреде право по коме ће се ценити форма уговора? Потребно је разликовати две ситуације, те се до форме уговора применом аутономије воље може доћи посредно и непосредно:

- а) **Посредно** - Ако странке **изаберу једно право меродавно за уговор који ће се односити на њега у целини (и на садржину и на форму)**, долази у обзир да буде примењено и на форму уговора, као *lex causae*, допуна принципа *locus regit actum*.
- б) **Непосредно** - Ако странке изаберу једно меродавно право за садржину уговора, а поред тога **изврше и директан одабира права за форму уговора**.

Поставља се питање могу ли странке и непосредно да бирају меродавно право у погледу форме уговора. У нашем праву, по том питању, нема јасног става.

У теорији, **Ајзнер** сматра да је могуће и овај став је прихватљив. Ако је правило *locus regit actum* факултативне природе, не постоје начелне сметње да се замени вољом странака. Избор одређеног права као меродавног у погледу форме уговора, често има за циљ да се учине строжим услови склапања и мењања споразума. Оваква настојања такође не би требало спречавати.

Странке, дакле, могу изабрати меродавно право у погледу форме уговора уз две напомене:

1. такав избор није могућ у погледу уговора за које не важи *locus regit actum*, већ неки изузетак од тог правила, који је императивне природе (нпр. *lex rei sitae* за некретнине);
2. право које су странке изабрале као меродавно право за форму уговора не јавља се као допуна принципа *locus regit actum*, већ замењује то правило. Меродавно ће бити само право које су странке изабрале.

Цепање уговора

Примена више права на уговор је познат проблем у МПП. Код нас се најчешће користи термини цепање уговора и цепање статут (*Dérèçage* - депесаж) а, где се под статутом подразумева закон меродаван за уговоре. До примене више права на исти уговор може доћи на два начина:

1. може **сам закон да постави различите тачке везивања у погледу различитих питања**;
2. на примену више права могу да утичу и **саме странке**. Било на тај начин што би изабрале различита права у погледу различитих делова уговора, било тако што би изабрале једно право које не покрива сва питања, чиме се отвара могућност да се у погледу осталих питања примени неко друго право на које указују колизионе норме форума.

Цепање статута се јавља:

1. као **велико цепање** (**вертикално цепање**), када се разна права примењују на поједине фазе уговора, од његовог настанка до испуњења
2. као **мало цепање** (**хоризонтално цепање**), када се једно право везује за сва права и обавезе једног саговорача, а друго за права и обавезе другог
3. Могуће је говорити и о **проблемском цепању**, када се различита права примењују на поједина уговорна питања.

Основни приговор који се ставља цепању статута, јесте у тврдњи да је уговор економско и правно јединство, које се нарушава, уколико се на њега примени више права. Контраприговор своди се на констатацију да су уговори са страним елементом одавно неуравнотежени, јер се процесно право, код ових уговора, често разликује од материјалног, а различита права се примењују на питање форме и садржине трансакција. У теорији, поводом цепања уговора постоје различита мишљења. . У нашој старијој теорији, **Ајзнер** је сматрао да странке могу различите делове или учинке уговора да, подвргну различитим правима.

У нашем позитивном праву једно **цепање произилази из самог ЗМПП**, који предвиђа **различите тачке везивања за форму, односно садржину уговора**. За ово решење могло би се рећи да је типично. Закон о поморској и унутрашњој пловидби (**ЗПУП**) и Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (**ЗООСОВС**) предвиђају и могућност **да странке допринесу примени више права на исти уговор**. Најближа веза и друге законске тачке везивања ће се применити, ако није извршен ваљан избор меродавног права, на цео уговор или на неки од односа, који проистичу из уговора. Законодавац очито полази од претпоставке да је могуће да се на нека питања примени право, које су странке изабрале, а да је за друга питања из истог уговора меродавно неко друго право, на које указују одговарајуће тачке везивања. ЗМПП не поставља никакво правило, које би онемогућавало или ограничавало цепање уговора. Дакле у нашем међународном приватном праву постоји могућност, да се на разне делове уговора примене различита права и да на то могу да утичу странке.

Одређивање меродавног права за уговоре

Колизiona правила у уговорно области у нашем позитивном праву су садржана у ЗМПП, ЗПУП, ЗОООВС и у оквиру међународних конвенција.

ЗМПП у чл. 20 прописује тачке везивања за 19 именованих уговора и наводи један општи став за све остале уговоре. Ове тачке везивања су супсидијарне и **долазе само у обзир ако саме странке нису одредиле меродавно право (аутономија воље)**. Својствено за све тачке везивања у тим уговорима, је да се врши одређивање **меродавног права на основу места у време пријема понуде где се налазило пребивалиште, односно седиште носиоца карактеристичне престације**.

Од овог општег правила постоје изузеци:

- уговор о трансферу технологије - **седиште примаоца технологије**
- уговор о раду - право државе у којој се рад обавља (**lex loci laboris**)
- уговор који се односи на непокретности - примењује се правило **lex rei sitae**.

За уговоре који нису посебно наведени у ЗМПП-у, нити су регулисани другим колиззионим нормама, примењује се комбинација тачака везивања **пребивалиште/седиште понудиоца у време пријема понуде** са **принципом најближе везе**.

У погледу **форме уговора** примењују се **locus regit actum** и **lex causae** (меродавно право које су странке одабрале).

Уговор о купопродаји

Меродавно право за садржину уговора:

На првом месту меродавно право одређују странке на основу аутономије воље. У случају да таквог одабира нема, суд или арбитража трагајући за правом са којим постоји најтшњена повезаност, поћиће од принципа lex loci venditoris - меродавног права на основу места у време пријема понуде где се налазило пребивалиште, односно седиште продавца. Додајући прецизирање "у време пријема понуде", ЗМПП отклања мобилни сукоб закона. За релевантну понуду у смислу ове одредбе, се сматра понуда која је довела до закључења уговора.

Купопродаја непокретности:

У погледу купопродаје непокретности јавља се изузетак, за такве уговоре ће бити меродавно право места налажења ствари - lex rei sitae

Форма уговора:

На првом месту долази право које су странке одабрале, на основу аутономије воље. У случају да нису учиниле такав избор, меродавно право ће се одредити путем locus regit actum, а ако се ради о купопродаји непокретности, путем lex rei sitae.

Колизционе норме за уговоре у превозу

Уговори о поморском превозу ствари, путника и пртљага

Уговор о поморском транспорту је, правно-историјски посматрано, представљао област која је, релативно целовито била регулисана домаћим колиззионим нормама. Наше позитивно право у овој области представља Закон о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП) из 1998. године. Оног тренутка када је престала да постоји Државна заједница Србија и Црна Гора и када је Србија постала суверена и самостална држава, она је остала без излаза на море. Као таква она дели судбину 37 других европских континенталних држава. У савременом МПП, положај и право ових држава на приступ мору регулисан је и Конвенцијом УН о праву мора из 1982, која је ступила на снагу 1994. године. На основу ове конвенције континенталне државе имају право приступа мору и са мора ради коришћења права признатих конвенцијом. Ради остварења овог циља континенталне државе уживају слободу транзита преко подручја транзитних држава, свим превозним средствима. Услови и начин коришћења слободе транзита уређују се билатералним, субрегионалним или регионалним споразумима између континенталних држава и транзитних држава. Закон о поморској и унутрашњој пловидби из 1998. године, није постао беспредметан у делу у којем се односи на поморску пловидбу, нити је стављен ван снаге, иако ће морати да претрпи неке измене, како у супстанцијалним, тако и у колиззионим нормама.

Права и обавезе, везане за превоз ствари, путника и пртљага:

ЗПУП предвиђа примену права које су странке изричито или прећутно изабрале. (аутономија воље) Постављене су границе страначкој аутономији.

Опште границе аутономије воље:

Изричито се предвиђа да се неће применити *lex voluntatis* у случају да је меродавност тог права уговорена изигравањем закона, као ни у случају када уговорено право вређа наш јавни поредак.

Специфична ограничења аутономије воље:

Поред ових општих ограничења, закон предвиђа још неке специфичне ситуације у којима се не може уговорити страно право:

1. када је реч о одговорности бродара за губитак, мањак или оштећење терета, посреди је одговорност, која се заснива на императивним одредбама нашег закона, а лука укрцаја, или лука одредишта је у нашој земљи (ова одредба ће свакако морати да се модификује, с обзиром на то да Србија нема морску обалу);
2. када је посреди превоз путника, а применом страног права би путник био стављен у неповољнији положај;

У недостатку аутономије воље, примениће се следеће помоћне тачке везивања:

1. за главна права и обавезе уговорних страна - **lex loci contractus**
2. за споредна права и обавезе - **lex loci solutionis**
3. за уговор о превозу путника и ствари закључен на основу унапред утврђених општих услова бродара, примењује се **право државе чији је држављанин бродар**;
4. за уговор о тегљењу примењује се **lex fori**.

Форма уговора:

Што се форме тиче, примењује се **locus regit actum** као основно правило. Оно је факлативне природе, па ће форма бити пуноважна и ако испуњава услове **lex causae**, права које је меродавно за права и обавезе.

Друге врсте уговора:

Колизiona правила која се односе на поморски превоз путника или ствари и на превоз у унутрашњој пловидби, односе се и на друге уговоре о искоришћавању бродова, као што су уговор о тегљењу или уговор о другим пловидбеним пословима (риболов, полагање каблова, научна истраживања...). Закон о поморској и унутрашњој пловидби садржи и друга колизiona правила у погледу уговора о спасавању бродова, о пловидбеном осигурању, о градњи, преправци или поправци брода.

Уговори о ваздушном превозу путника и ствари

У области ваздушног транспорта веома су значајне међународне конвенције које садрже, пре свега, унификована материјална правила, али и неке колизционе норме. Најзначајнији споразуми у овој области су **Варшавска конвенција о изједначавању извесних правила која се односе на међународни ваздушни превоз** из 1929.(*уведене авио карте, купон за пртљаг, накнада због кашњења и отказивања лета...*) године и **Чикашка конвенција о цивилној авијацији** из 1944. године. Ех-Југославија је ратификовала обе те конвенције.

Правила одређена конвенцијама:

Ове конвенције садрже материјална правила и колизционе норме које имају приоритет примене у односу на домаће законодавство. Варшавска конвенција садржи колизциону норму у погледу процењивања грешке, услед које је наступила штета и као решење предвиђа **lex fori**.

Одсуство правила регулисаних конвенцијама:

Ако ни материјалноправне ни колизционе одредбе конвенције не покривају постављена питања, или ако не постоје услови да се примене конвенцијска решења, меродавно право ће се одредити према

колизионим нормама Закона о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (ЗООСОВС).

Права и обавеза, везаних за превоз ствари, путника и пртљага:

У погледу права и обавеза из уговора, меродавно је право које су странке саме изабрале. (**аутономија воље**)

Ограничења аутономије воље:

Не може се уговорити примена одредаба које су у супротности са одредбама **Монтреалске конвенције** и **ЕСАА** споразума (European common aviation area - зајединичко европско ваздухопловно подручје)

Одсуство аутономије воље:

У одсуству аутономије воље, примениће се одредбе ЗООСОВС-а.

Форма уговора:

У погледу форме уговора, решење је исто оно које прихвата ЗМПП. Уговор ће у погледу форме бити пуноважан, ако је пуноважан било према праву места закључења **locus regit actum**, било према **lex causae**.

Уговор о железничком транспорту

За овај уговор, немамо домаће колизионе норме. То значи да се примењују опште норме и принципи, који важе за уговоре, као и нека парцијална правила, која смо прихватили у међународним конвенцијама. У области железничког транспорта постигнута је прилично широка унификација материјалних правила, посебно у **Конвенцији о превозу путника и пртљага железницом (CIV)** и **Конвенцији о превозу робе железницом (CIM)**. Закључене су у Берну и више пута су ревидиране. Године 1980. ове две конвенције замењене су новом **Конвенцијом о међународним превозима железницом (COTIF)**, закљученом такође у Берну. COTIF је задржала правила регулисана претходним конвенцијама, у оквиру додатка А (једнообразна правила CIV) и у оквиру додатка Б (једнообразна правила CIM). Југославија је ратификовала COTIF, заједно са једнообразним правима.

Правила одређена конвенцијама:

CIV и CIM колизионим нормама упућују на **право државе у којој ималац остварује своја права**. CIV прописује посебно колизионо правило о одговорности железнице са случај смрти или повреде путника - **право места удеса**.

Одсуство правила регулисаних конвенцијама:

- Права и обавеза:

У случају да се не могу употребити ни унификована материјална, ни унификована колизиона правила, меродавно ће, у погледу права и обавеза, бити право које су странке изабрале. (**аутономија воље**)

- Одсуство аутономије воље:

У недостатку таквог избора, примениће се **право земље, где се у време пријема понуде налазило седиште превозиоца**, ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као право са којим постоји најближа веза.

Форма уговора:

У погледу форме меродавни су **locus regit actum** и **lex causae**.

Уговор о друмском превозу

Сасвим је слична ситуација, као и у железничком и ваздушном превозу, али се ипак може истаћи једна особеност међународне регулативе у тој области, а то је чињеница да се у **међународној Конвенцији о друмском превозу робе** (закљученој у Женеви 1956. године, ех- Југославија је ратификовала конвенцију), **искључује аутономија воље**. То значи да странке не могу уговорити ни материјалне клаузуле, нити примену меродавног права, ако се на тај начин одступа од конвенције. **Изузетак** представља само **повраћај накнаде коју је исплатио превозилац** и од којих се може одступити. **Ако конвенција не садржи решење, или нема услова за примену конвенције, примениће се колизионе норме, које се примењују у железничком или ваздушном саобраћају.**

Уговор о трансферу технологије

Међународни трансфер технологија је постао изузетно значајан фактор привредног развоја. Питања из ове области регулише **ЗМПП**.

Права и обавезе:

Странка ме дозвољено да одреде меродавно право у овој области (**аутономија воље**)

Одсуство аутономије воље:

Ако странке нису одабрале меродавно право, примениће се тачка везивања прописана у ЗМПП, **седиште примаоца технологије у време закључења уговора**. Уместо ове тачке везивања долази у обзир **примена права најближе везе** ако околности случаја укажу на то.

Уговор о цесији

Уступање потраживања, цесија. До промене повериоца долази на основу споразума **цедента (старог повериоца) и цесионара (новог повериоца)**. **Дужник (цесус)** остаје непромењен. У оквиру овог уговора треба посматрати два односа:

1. **цедента (старог повериоца) и цесионара (новог повериоца)**
На њихов однос се треба првенствено применити право које су одабрали (**аутономија воље**), а у њеном одсуству примениће се **правила ЗМПП-а меродавна за уговор на основу којег је настала цесија**
2. **цесионара (новог повериоца) и цесуса (дужника)**
На овај однос ће се применити **право које је било меродано за иницијални уговор на основу кога је настало потраживање према дужнику (цесусу)**, које се накнадно уступа цесијом

ЗМПП је **пропустио да регулише** одређивање меродавног права за **законску цесију**. По **аналогији**, решење овог проблема могло би да се тражи путем **меродавног права за потраживање**.

<h2>Римска конвенција</h2>

У земљама ЕУ на снази је **Конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе (Римска конвенција)**, која је инкорпорисана у унутрашње правне системе тих земаља. Инкорпорација се вршила или општом одредбом, или преузимањем читавог саржаја Римске конвенције у текст закона. Римска конвенција је претворена у **Рим I регулативу**. Рим I се **примењује без услова реципроцитета**. Искључење реципроцитета значи, да се колизионе норме које садржи Конвенција примењују увек, без обзира на то да ли примена колизионе води до права земље чланице ЕУ или неке треће земље. Рим I наставља традицију Римске конвенције и унификује колизионоправну материју

земаља чланица ЕУ, а то значи да раније колизионе норме које одређује право меродавно за уговорне односе престају да важе и да их замењују решења конвенције.

Предуслов примене Рим I, јесте **постојање елемента иностраности**. Чланом 1 дефинисан је појам уговорне обавезе са страним елементом – то је свака облигација која изазива сукоб закона, тј. избор једног од права више земаља. Из овога произилазе два закључка. Прво, Римска конвенција се има применити на сваку уговорну обавезу која је заснована на чињеничном стању везаном за најмање две државе, при чему интезитет везивања није битан.

Друго, конвенција се **неће примењивати у чистим интерним односима** у којима нема страног елемента. Нека питања везана за уговорне обавезе су **изричито искључена** из поља примене конвенције. Конвенција се не примењује на:

1. питања статуса, пословне и правне способности физичких лица;
2. уговорне обавезе настале из породичних односа, укључујући и обавезе издржавања;
3. обавезе настале из брачноимовинских режима, имовинских режима установа сличних браку, обавеза настале из завештања и наслеђивања
4. обавезе произашле из меница, чекова и других хартија од вредности;
5. арбитражне и пророгационе споразуме;
6. питања регулисана правом трговачких друштава;
7. питање да ли заступник може да обавезе принципала и да ли орган компаније може ову да обавезе у односу на треће лице;
8. питања везана за конституисање траста и односе у њему;
9. обавеза настала пре закључења
10. уговоре о осигурању.

Одређивање меродавног права:

Аутономија воље

Рим I поставља **аутономију воље странака**, као примарну повезницу за уговорне обавезе. Странке имају могућност да одреде право, које ће се применити на њихов уговорни однос и тако одређено право се примењује у целини, дакле и у свом императивном и у свом диспозитивном делу. Из овога произилази да је усвојена тзв. **колизионоправна аутономија** воље странака. Сам избор права може бити **изричит** или **прећутан**.

Депесаж - цепање статута:

Рим I изричито предвиђа да **странке могу изабрати право за цео уговор или део уговора**, што фактички значи да, на бази воље странака, суд може доћи у ситуацију да на један те исти однос примењује више права. Ово води у опасност да се дебалансира уговор (цепање уговора). Избор више права мора бити оправдан и разна права се могу примењивати на различита питања, ако је то могуће и ако не води контрадикторности.

Промена избора меродавног права:

Конвенција предвиђа **могућност промене избора меродавног права**. Уговарачи могу постићи сагласност да ће цео уговор или део уговора подврћи неком другом праву, а не оном које га је до тада регулисало и то независно од тога, јесу ли они сами изабрали раније меродавно право или је оно било меродавно на основу супсидијарних норми. У теорији права се сматра да накнадни избор права **делује ex tunc (од почетка)**. Накнадни избор не може ићи на штету у међувремену стечених права трећих лица, нити на штету формалне пуноважности уговора. Ако су странке свој уговор подвргле праву по којем је ништав, ако у међувремену промене право, **могу спасити уговор** од ништавости.

Принудни прописи:

Уколико су уговарачи изабрали меродавно право, а сви други елементи односа су били, у моменту избора, везани за неку другу земљу, **императивне норме те земље, не могу се дерогирати**. Овим је законодавац покушао да спречи злоупотребу института аутономије воље.

Одређено и право меродавно за оцену постојања и пуноважности споразума о избору меродавног права. Наиме, сам **споразум о избору меродавног права је исто уговор, који не дели судбину главног уговора**. Као такав он мора бити резултат слободне воље уговарача, тј сагласности њихових воља, па се поставља питање, које ће право бити меродавно, да процени постојање валидне сагласности. За материјалну пуноважност меродавно је путативно lex causae, тј. меродавно је право које у уговору означено као меродавно и које ће то и бити, уколико је учињени избор ваљан.

Право меродавно у одсуству аутономије воље

Рим I регулише и ситуацију када странке нису уговориле меродавно право, или су га одредиле само за део уговора. Основно решење је **принцип најтешње везе**, али не у свој чистом облику, већ **кроз комбинацију непосредних тачка везивања**. Конвенција прописује неке фиксне тачке везивања за одређене типичне ситуације и предвиђа права која су у најближој вези, при томе се полази од тачке везивања седишта (редовног боравишта) носиоца карактеристичне престације :

1. за уговоре о **продаји робе** - право земље редовног боравишта продавца
2. за угове о **пружању услуга** - право земље редовног боравишта пружаоца услуге
3. за угове чији су предмет **стварна права на непокретностима или закуп непокретности** - право земље у којој се непокретност налази, осим у случају краткорочног закупа у коме закупац и закуподавац имају редовно боравиште у истој земљи, онда долази до приме права те земље
4. за угове о **франшизингу** - право земље седишта даваоца франшизе
5. за угове о **дистрибуцији** - право земље седишта дистрибутера
6. за угове о **продаји путем аукције** - право земље где је аукција одржана
7. за угове **закључене на организованом финансијском тржишту** - право земље по чијем правилима је дотично тржиште организовано

Суд није коначно везан овако прописаним фиксним тачкама везивања. Ако уговор није у оквиру побројаних или мешовитог карактера, примениће се **право редовног боравишта носиоца карактеристичне обавезе**. Од набројаних тачака везивања и принципа редовног боравишта носиоца карактеристичне обавезе може се одступити ако је однос очигледно ближе повезан са другом земљом, што значи да долази до **примене права најближе везе**.

За разлику од Римске конвенције, Римска регулатива не имплицира да у одсуству одабира меродавног права долази до цепања статута. Примена више права долази у обзир само када странке изричито уговоре примену више права или одаберу меродавно право само за део уговора, а суд одреди меродавно право за остале аспекте.

Заштита слабије стране

Законодавац често идентификује слабију страну у неком уговорном односу, а затим одредбама материјалног, понекад и процесног права, покушава да тој страни да заштиту. Тако су у оквиру Конвенције постављена посебна колизиона правила у погледу потрошачких уговора и уговора о раду.

Потрошачки уговори:

Према Конвенцији, потрошачки уговори су сви они у којима неко себи прибавља робу или услуге у сврху, која нема везе са делатношћу или професионалним активностима, које купац обавља. Међутим, Конвенција не стоји на становишту да сви потрошачи треба да уживају једнаку колизионоправну заштиту. Заштиту треба да уживају само они потрошачи, који су склопили уговор са продавцем који активно послује у земљи потрошача или своју пословну активност усмерава на више земаља, укључујући и земљу у којој се потрошач налази.

Права и обавезе из потрошачки уговора:

За потрошачке уговоре примарно важи принцип **аутономије воље**.

Ограничење аутономије воље:

Аутономија трпи **ограничења**, али не са становишта избора, већ са становишта исхода. Избор права не може потрошача лишити заштите, кој му пружају императивни прописи земље његовог уобичајеног боравишта. Дакле право земље потрошача одређује доњу границу заштите. Може се догодити да изабрано право пружа виши ниво заштите, па у том случају не би било потребе да се примењују императивне норме земље потрошача.

Одсуство аутономије воље:

Ако уговорне стране **нису изабрале меродавно право**, у том случају, меродавно ће бити право земље **уобичајеног боравишта потрошача**.

Изузетак(?):

Од ових правила има изузетака. Уговори о пружању услуга, где се услуге пружају потрошачу искључиво ван земље његовог уобичајеног боравишта, третира се као и сваки други и меродавно право се одређује на основу основних решења Регулative. (туристички арнажмани су раније били изван поља регулisaња Римске конвенције, па је дошло до проширења поља регулisaња Римском регулативом да би се обухватио и овај случај (?))

Уговори о раду:

као социјалноекономски слабија страна, запослени који закључују појединачне уговоре о раду су она страна којима Регулative пружа колизионоправну заштиту. Ако у **уговору није одређено меродавно право, примениће се право земље у којој запослени обавља рад** (чак и ако то повремено чини у другим државама) или из које је рад обаљао. Ако се рад обавља у више држава, али ни у једној од њих редовно, примениће се право земље **у којој се налази пословно место преко кога ангажован**. Суд може одступити од од ових тачака у корист **права са којом је уговор у најближој вези**. Ако је у уговору учињен избор меродавног права, такав избор не може запосленог лишити заштите принудних прописа оног права које би се применило у одсуству аутономије воље.

Право меродавно за форму уговора

Регулативом су прописане се алтернативне тачке везивања за форму уговора, са циљем да се уговори одрже на снази, по принципу **in favorem contractus**:

- а) Ако је уговор закључен између **уговорних страна које се налазе у истој држави**, уговор је формално пуноважан, ако испуњава услове које прописује **lex causae или lex loci contractus**.

- б) Ако су се уговарачи (или њихови заступници) у време закључења уговора налазили у различитим државама, меродавно је алтернативно, било lex causae, било право земаља где се један од уговарача (или његов заступник) налазио.

Конвенција одступа од принципа in favorem contractus у два случаја.

- а) Један се тиче **потрошачких уговора**, за које нема алтернатива, њихова се пуноважност цени према праву уобичајеног боравишта потрошача.
- б) Форма уговора којима су предмет стварна права на **непокретностима или уређење њиховог коришћења**, цениће се према императивним прописима lex rei sitae, али само када сам lex rei sitae сматра да ти формални услови треба да важе, без обзира на то где је уговор закључен и које је супстанцијално право меродавно.

Материјална пуноважност уговора

Конвенција посебну пажњу посвећује и питању материјалне пуноважности уговора, што укључује и питање оцене пуноважности избора меродавног права. Пуноважност уговора се не може оценити док се одреди меродавно право, а оно се не може одредити док се не зна да ли је клаузула избора меродавног права пуноважна. Из овог circulus vitiosus-a (зачарани круг) се излази на следећи начин – постојање уговора и било која његова одредба, цениће се по праву које би било меродавно, ако би уговор био пуноважан. Дакле материјална пуноважност се цени према путативном lex causae, односно претпостављеном меродавном праву.

Норме непосредне примене

Један он најконтраверзнијих чл. Римске конвенције је био чл. 7 којим су била регулисана примена норми непосредне примене, како оних земље форума тако и тзв. трећих земаља. Доношењем Рим I регулативе, у ову матерју унете су измене:

а) примена норми непосредне примене земље форума, је остала неспорна и има примат над колизионом техником lex causae за уговор. Уведен је нови назив overriding mandatory provisions, како би се норме непосредне примене разликовале од других императивних норми.

чл. 9 даје дефиницију норми непосредне примене:

Норме непосредне примене су одредбе чије се поштовање сматра кључним у држави за заштиту њених јавних интереса, попут политичког, социјалног или државног уређења, у мери у којој их је могуће применити на било коју ситуацију коју обухвата, без обзира на право које је иначе меродавно за уговор на темељу ове регулативе.

б) Дејство норми непосредне примене трећих земаља је ограничено на више начина:

1. суд може дати дејство нормама непосредне примене трећих земаља (зависи од дискреционе одлуке);
2. норме непосредне примене се не могу позајмити из било ког права, већ само из онога које је у блиској вези са случајем.
3. дејство ће се дати само у мери у којој она чини извршење уговора противзаконитим

4. при одлучивању да ли треба дати или не дејство овим нормама, Регулатива је прописала "тест" који судови требају да изврше да установили да ли треба доћи до њихове примене

Бечка конвенција

Бечка конвенција о међународној продаји робе, ступила на снагу 1. новембра 1988. године, а ех-Југославија ју је ратификовала већ 1984. године. Њом се унификује значајан део норми у области међународне продаје робе. Једна је од најшире прихваћених конвенција у области међународног промета. Материја међународне купопродаје регулисана је Конвенцијом УН о уговорима о међународној продаји робе (надаље Бечка конвенција).

Услови за примену Бечке конвенције → Да би Бечка конвенција била примењена потребно је да су испуњена два услова:

- Да се ради о продаји робе
- Да продаја робе има међународни карактер

1. Продаја робе → Конвенција се неће примењивати на све ситуације које се могу окарактерисати као продаја робе - (!!!) неће се примењивати на:

- Потрошачке уговоре → то су уговори где је роба купљена за личне потребе или потребе домаћинства. Међутим, Бечка конвенција ће се применити и на такав уговор уколико продавац у моменту продаје није морао нити могао знати сврху даљег коришћења робе.
- Продаје вредносних папира, новца, бродова, ваздухоплова и електричне енергије
- Продаје учињене на јавној аукцији или у оквиру принудне продаје
- Уговоре у којима продавац производи и продаје наручену робу, а купац испоручује део материјала за њену израду.
- Уговори у којима се поводом робе продају и услуге, на тај начин да продаја услуга представља значајнији део обавезе продавца.

2. Међународни карактер продаје → Сама продаја робе није довољна да би се на њу применила Бечка конвенција, већ је потребно да продаја има међународни карактер → То значи да се БК примењује на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своја места пословања на територијама различитих држава:

- када су те државе - државе уговорнице
- када је као меродавно право одређено право земље чланице БК.

Меродавно право чланице БК

Овај услов примене Бечке конвенције биће испуњен у следећим случајевима:

Поступајући суд, суд државе чланице Бечке конвенције, наставши да се странке нису споразумеле, примениће своје колизионе норме и на основу њих, као меродавно одредити право државе чланице конвенције. Сматра се да би овако требало да поступи суд земље, која није чланица Бечке конвенције.

Међутим примена Бечке конвенције није неминовност, чак ни у случајевима у којима су за то створени сви предуслови. Наиме, странке увек могу у свом уговору, искључити примену конвенције, на следећи начин:

Opt-out → Примена конвенције није обавезна чак и када су испуњени услови за њену примену:

- 1) Када странке одаберу меродавно право, али уговоре да се изузме примена БК
- 2) Када странке не одаберу меродавно право, али уговоре да се не примењују одредбе БК

- могућа је и обрнута ситуација:

Opt-in → Могуће је уговорити примену БК и у случајевима када примени нема места, али под условом да то допушта право меродавно за уговор.

Неке државе су при ратификацији одлучиле да искористе право, које предвиђа члан 95, који ставља резерву на примену члана 1. (б) конвенције.

Члан 1

(1) Ова конвенција примењује се на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своја седишта на територијама различитих држава:

(а) кад су те државе државе уговорнице; или

(б) кад правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе уговорнице.

Члан 95 каже да приликом депоновања својих инструмената ратификације, прихватања, одобравања или приступања, свака држава може изјавити да неће бити везана одредбом првог члана конвенције. Могућност стављања овакве резерве је резултат напора, једне чудне коалиције, које су по овом питању створиле САД и бивше социјалистичке земље. Ни једнима ни другима није одговарало то што први члан проширује могућност примене Бечке конвенције, а тиме смањује број ситуација, у којима би уговор био под контролом домаћег права. Број земаља које стављају резерву остао је мали и данас важи још за Кину, САД, Сингапур, Свети винсент и Гренадин, Чешку и Словачку.

Примена Бечке конвенције се јавља и пред међународним трговинским арбитражама. Ту се примена Конвенције јавља, не само кад странке имају седишта у државама чланицама бечке конвенције, већ и када то није случај. Та примена се оправдава универзалним значајем Бечке конвенције.

Бечка конвенција у пракси наших судова

Бечка конвенција, као мултилатерални међународни уговор, који је наша земља ратификовала, има примат над одредбама Закона о облигационим односима, али наши судови се понекад не сналазе баш најбоље у њеној примени. Најчешћи тип пропуста јеста да суд једноставно превиди, или не види, да се конвенција има применити. Суд затим изналази меродавно право путем ЗМПП, примењујући најчешће наш Закон о облигационим односима. У жалбеном поступку такве пресуде имају различиту судбину. У једном случају је Виши трговински укинуо овакву пресуду и вратио је првостепеном на поновно одлучивање. Резон је био следећи: ако није правилно утврђено да се има применити Бечка конвенција, првостепени суд не само што није правилно применио материјално право, већ је због погрешног одабира Закона о облигационим односима уместо Бечке конвенције, можда пропустио да утврди и све правно релевантне чињенице, које могу бити од значаја за примену меродавног права. Након годину дана, исти суд је по жалби, у једном другом случају поступио друкчије. Иако је утврдио да је првостепени суд пропустио да примени Бечку конвенцију, суд констатује, да иако је у конкретном случају примењен погрешан материјалноправни пропис, не утиче на ваљаност побијане одлуке и није довољан разлог за укидање исте, јер и да је примењена Бечка конвенција (у датом случају), спор би имао исти исход.

Право меродавно за меницу и чек

Меница и чек спадају међу најважније и најшире коришћене инструменте платног промета и кредита.

Начела формалности и строгости су посебно карактеристична за ове хартије од вредности. Из ових карактеристика менице и чека следи да је неизвесност у погледу меродавног права веома непожељна, јер менична или чековна радња, или сама меница или чек, могу бити непуноважни, тј. могу остати без

ефекта, ако се лице које предузима радњу, држало формалности неког другог права, а не оног које је меродавно.

По питању **меничне правне и пословне** (активне и пасивне) **способности**, у принципу, нема, упоредноправно посматрано, већих разлика, од оних које се појављују по питању **опште правне и пословне способности** појединца.

Једине значајније разлике су уочљиве по питању ко може бити **трасат по чеку** и ту се разликују три система:

1. трасат може бити свако лице;
2. трасат може бити банка;
3. трасат може бити банка или лице које има својство трговца.

Значајније разлике постоје по питању **форме менице и чека**. Појам форме се, у меничном и чековном праву, схвата веома широко и њиме се обухватају битни елементи менице и чека. Ако се посматра наше право, то значи да мора постојати осам захтеваних елемената да би се једно писмено назвало меницом:

1. означавање да је то меница, написано у слогу исправе, на језику на коме је исправа састављена;
2. безуслован упут да се плати одређена сума новца;
3. име платише (трасата);
4. означавање доспелости;
5. место исплате;
6. име лица коме се, или по чијем налогу се има платити (ремитент);
7. означавање дана и места издавања менице;
8. потпис издаваоца (трасант).

Осим у Србији, исти ови елементи су предвиђени и у другим земљама потписницама **Женевске конвенције о Једнообразном закону о трасираној и сопственој меници**, док у енглеском праву не сматрају се битним елементима форме и менице, менична клаузула (означавање да се ради о меници), датум и место плаћања. Земље женевског система познају **менично јемство**, **авал**, а ова установа непозната је енглеском праву, али уместо тога познаје сличну установу - аномални или ирегуларни индосамент.

Општа колизиона прававила која важе за облигационо право (у вези са преносом права на меницу) и која важе за стварно право (у вези са преносом права на меницу) могу бити само применљива у оној мери у којој нису у супротности са специјалним правилима меничног и чековног права. Колизиона **аутономија воље** је неспојива са императивношћу меничног и чековног права супстанцијалног и колизионог права.

Постојали су, а постоје и даље, покушаји и напори да се уједначи чековно и менично право на најширем плану, да се остваривање меничних и чековних права регулише једнообразним нормама. Најзначајнији успех постигнут је доношењем женевских конвенција о меници и чеку 1930. и 1931. године.

- Једнообразни закон о меници
- Конвенција о таксама
- Конвенција о сукобу закона у материји менице
- донете су и три паралелне конвенције о чеку које покривају исте области,у материји чека

Ове конвенције су прихваћене доста широко, али ипак не довољно, нпр. нису их прихватиле англосаксонске земље. Краљевина Југославија је ратификовала Женевске конвенције које се односе на меницу, донете 1930. године. Ове норме је преузео наш **Закон о меници** из 1946. године. **Закон о чеку** усваја иста колизиона решења, но не понавља одредбе Закона о меници, већ само упућује на

њих. Меница и чек спадају међу оне области, за које имамо посебне колизионе норме у нашем позитивном праву. Те норме се групишу око три питања:

1. менична (чековна) способност;
2. форма меничних (чековних) обавеза;
3. права и обавезе код менице (чека).

1. Менична (чековна) способност

У погледу способности једног лица да се менично обавезе, тачка везивања је **lex nationalis**.

Способност главних меничних дужника, као и способност индосанта, авалиста и осталих лица, која примају меничне обавезе, цениће се према праву државе чији држављанин лице у питању.

Ово основно правило има две допуне: **ранвоа** и **теорију највеће вредности меничне обавезе**.

Ранвоа:

- Одређивање меродавног права за меничну способност је један од веома малобројних колизионих проблема при чијем решавању је наше позитивно право, још пре доношења ЗМПП, изричито налагало примену установе узвраћања и упућивања на даље право. Примењујући закон држављанства меничног обавезника, наш суд треба да консултује и колизионе норме тог права. Ако оне прихватају неку другу тачку везивања (а не lex nationalis) и ако су релевантне чињенице тако распоређене да та друкчија тачка везивања у датом случају указује на друго право, треба прихватити такво узвраћање или упућивање на даље право. Закон о меници не поставља посебна правила за случај да је реч о меничној способности апатрида и бипатрида, па у тим случајевима треба узети, да важе општа правила ЗМПП.

Теорија највеће вредности меничне обавезе:

- Ако менични дужник **не би био способан** према свом **lex nationalis**, односно према **праву на које lex nationalis упућује**, треба консултовати **право државе у којој је менична обавеза преузета**, чиме се пружа допунска могућност да менична обавеза остане на снази (**lex loci actus**). Менични обавезник ће се сматрати менично способним, ако је способан, било према свом lex nationalis, било према праву земље у којој је менична обавеза преузета.

2. Форма меничних (чековних) обавеза

У погледу форме меничних обавеза и радњи за одржавање меничних права, основно колизионо правило је **locus regit actum**, правило које најчешће прихваћено за форму правних радњи уопште. То значи да ће се облици меничних радњи ценити према праву државе, где су предузете.

Ово правило је потврђено у правном ставу – одговору који је утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда у Београду, у коме је речено, да сходно Закону о меници, облик примања меничних обавеза одређује закон земље, на чијем подручју су те обавезе примљене.

Ако је реч о облику протеста, нотификације и других радњи за вршење или одржавање меничних права, ово колизионо правило **остаје без допуна**.

Ако је у питању **облик примања меничних обавеза**, наше право предвиђа **две допуне** уз locus regit actum.

- Прва допуна - Када је **обавеза примљена у иностранству између наших држављана и није задовољена форма према праву земље где је обавеза примљена, али су испуњени услови, које у погледу форме поставља наше право, примениће се наше право и сматраће се да је обавеза преузета у пуноважној форми**. Дакле, уз *locus regit actum*, као допунска тачка везивања, јавља се закон заједничког (и то српског држављанства). Женевске конвенције не предвиђају ову допунску тачку везивања, али дозвољавају да поједине државе ставе резерву на конвенције, прихватањем ове допуне. Резерве се стављају ради заштите домаћих интереса.
- Друга допуна - Предвиђа се у погледу сукцесивно преузетих меничних обавеза. Начелно, у ланцу меничних обавеза, **све обавезе се заснивају на иницијално издатој меници**, из ње извлаче правну снагу и обавезност. С друге стране, **за накнадно преузете обавезе важи начело њихове самосталности**, што значи да ове доцније обавезе не извлаче своју важност једна из друге. Али, ако сама меница није пуноважно издата, по општем правилу *locus regit actum*, ништа не може да спаси доцније обавезе. Издавање менице, које није пуноважно према *locus regit actum*, ипак неће онемогућити пуноважност доцније обавезе, ако према праву државе где је преузета доцнија обавеза, важе и доцнија и ранија.

3. Права и обавезе код менице (чека)

У погледу права и обавеза код менице се јављају две тачке везивања:

1. закон места где је меница платива.
2. закон места преузимања меничне обавезе;

Право државе у којој је меница платива, меродавно је **за права и обавезе главних меничних дужника, дакле акцептанта код трасиране менице и издаваоца код сопствене менице**. По том праву (***lex loci solutionis***) цени се и питање, може ли се акцепт ограничити на део своте, затим да ли је ималац менице дужан да прими делимичну исплату, или пак то може да одбије. По *lex loci solutionis* се одређују и мере које се имају предузети у случају губитка или крађе менице.

Право државе у којој је преузета менична обавеза меродавно је **за права и обавезе свих осталих меничних дужника**. У погледу места преузимања меничних обавеза треба рећи да Закон о меници прецизира да се местом преузимања обавезе, подразумева **место где је дат потпис меничног дужника**. Право места где је дат потпис важи за трасанта код трасиране менице, за индосанте, авалисте и интервенијенте. Према закону места у коме је меница издата одређују се још нека питања, као што су рокови за остварење регресних захтева.

Право меродавно за квазиконтракте

У области вануговорне одговорности централни значај имају грађанскоправни деликти. Из упоредног међународног приватног права произилази да се ова сфера вануговорних обавеза, уобичајено покрива два основним категоријама односа: **деликтима** и тзв. **квазиконтрактима**. ЗМПП не користи термин квазиконтракти, већ набраја 4 категорије односа:

1. **стицање без основа** (кондицијски захтеви);
2. **употреба ствари без пословодства** (верзиони захтеви – *actio de un versio*);
3. **пословодство без налога** (*negotiorum gestio*);
4. **све друге вануговорне обавезе, које не произилазе из одговорности за штету**.

Упоредно материјално право у сфери квазиконtrakата, посебно неоснованог обogaћења, доста је различито. Разлике су приметне у разним областима:

- на нивоу приступа, по питању да ли је неосновано обogaћење јединствено регулисано, или се кондикције и верзије третирају одвојено
- по питању битних елемената института
- при плаћању недугованог, различите формулације законодавца доводе до разлика у терету доказивања
- у домену обима реституције и у разлозима из којих се реституција (тужба) може одбити.

Стицање без основа и употреба ствари без пословодства (кондикцијски и верзиони захтеви)

У погледу колизионог регулисања стицања без основа, теорија и пракса се суочавају са неким озбиљним алтернативама.

- а) Једна могућност је да се меродавно право тражи с ослоном на неку врсту основе за неосновано обogaћење. Основе, у правом смислу те речи, наравно нема (иначе не би било стицање без основа), али постоји нека путативна основа, неки разлог за стицање.

Тај разлог може бити:

- основа која није правно пуноважна (ако једна страна изврши ништав уговор);
- основа која је очекивана (дат је венчани дар, а до венчања није дошло);
- основа која је престала (исплата дуга који је већ исплаћен);
- основа која је у заблуди претпостављена (исплата у уверењу да дуг постоји, а заправо не постоји или постоји према неком другом).

У свим тим случајевима нема правно ваљане основе, али је разлог стицања у неком послу, преко кога се може доћи до меродавног права. На пример, ако је разлог за стицање купопродајни уговор који је ништав, меродавно ће бити право, које је меродавно за тај уговор.

- б) Друга основна алтернатива је да се решење тражи с ослоном на место где се остварило обogaћење. Меродавно треба да је право земље у којој је дошло до обogaћења, односно стицања.

Рим II Регулатива - Унификује колизионе норме у материји вануговорне одговорности, а као право меродавно за вануговорну одговорност одређује путем путативног основа којем придодаје додатна правила.

- Примарно меродавано ће бити право меродавно за однос који постоји између странака и који је блиско повезан са неоснованим обogaћењем
- ако таквог односа нема, биће меродавно право земље заједничког уобичајеног боравишта у време обogaћења
- ако нема заједничког уобичајеног боравишта, биће меродавно право земље у којој је до обogaћања дошло
- у било ком од наведених сценарија, суд може да одступи у корист земље са којом обogaћење има очигледно ближу везу

Кондикцијски захтеви

До неоснованог обogaћења ће доћи уколико се **плати непостојећи дуг**. Треба сматрати да је за реституцију меродавно право, које је меродавно за однос из кога је дуг настао, или је погрешно држало да је настао. Будући да ће то, по правилу, бити неки правни посао, најчешће уговор, то се правила о неоснованом обogaћењу за процену кондикцијског захтева имају потражити у облигационом

праву земље, до које се дође применом повезница које важе за уговорне односе. При томе, уколико је реч о постојећем уговору, по коме је дошло до **двоструке исплате**, могућа је примена lex voluntatis-a, уколико су странке, користећи аутономију воље, изабрале меродавно право за свој уговор. Уколико дуг није ни постојао, јер није постојао основ, примена lex voluntatis-a је немогућа, већ се до меродавног права долази на бази супсидијарних тачака везивања, које важе за уговоре. Исто важи и за случајеве плаћања дуга погрешном повериоци, плаћања недугованог или више од дугованог, затим уколико дође до обогаћења због плаћања по основу који је аб инитио ништав, или је касније отпао, затим када је престајања извршена по основу који се очекивао, али до њега није дошло.

Међутим у квалификацијама појединих захтева мора се бити веома опрезан. Треба вршити разграничење између кондикцијских и верзионих захтева. Рецимо, уколико је до замене повериоца дошло грешком банке, погрешна исплата на рачун лица, које у дознаци није означено као прималац, захтев за реституцију је верзиони, а не кондикцијски.

Верзиони захтеви

Под употребом ствари без пословодства треба подразумевати случајеве у којима се искоришћена ствар претвара у нешто друго, или престаје да постоји, или јој се смањује вредност. У нашој судској пракси, најчешћи случајеви верзије су везани за употребу туђег грађевинског материјала, грађења на туђем земљишту и неоснованог коришћења туђег стана. За решавање сукоба закона, законодавац се определио за **примену права земље на чијој територији су се догодиле чињенице, које су довеле до настанка обавезе**. Пошто су те чињенице везане за употребу ствари, произилази примена закона места налажења ствари (*lex rei sitae*) у моменту њене употребе.

Пословодство без налога

У погледу пословодства без налога, меродавно право се често тражи преко лица, које се у овом односу јавља као поверилац и дужник. Према једном схватању, меродавно право треба да је право *dominus negotii* (лица у чију корист, односно за које је радња извршена) или пак *negotiorum gestor* (лица које врши радње без налога). Ајзнер се опредељује за решење домицил *negotiorum gestio*. Савремена законодавна решења су у складу са концепцијом коју заступа Ајзнер, али само утолико што траже меродавно право с ослоном на пословођу, а не на господара посла. Међутим као тачка везивања се не прихвата домицил *negotiorum gestor-a*, већ место где је радње извршена.

Рим II Регулатива - као примарно ће се применити право меродавно за тај постојећи однос

- Примарно решење да ће се на пословодство без налога које је у вези са односом који већ постоји између деловође и господара посла, а који је блиско повезан са учињеном радњом, меродавано ће бити право меродавно за однос који постоји.
- ако није могуће утврдити на претходни начин, биће меродавно право земље заједничког уобичајеног боравишта у време догађаја који представља основ накнаде штете.
- ако нема решења, примениће се право места где је радња извршена
- у било ком од наведених сценарија, суд може да одступи у корист земље са којом пословодство без налога има очигледно ближу везу

Наше позитивно право је такође на становишту, да је у *negotiorum gestio* меродавно облигационо **право земље у којој је радња пословође извршена, lex loci actus**. Ово право меродавно је за

просуђивање захтева господара у односу на деловођу и захтева деловође у односу према господару посла.

Остале основе за вануговорне односе

ЗМПП садржи и једно опште правило, којим се одређује меродавно право за вануговорне обавезе за које у истом закону није постављено посебно правило. Овде спада, нпр. употреба ствари у туђу корист, или употреба туђе ствари у своју корист. Према том општем правилу, меродавно је **право земље у којој су се догодиле чињенице, које су проузроковале обавезу.**

Меродавно право за грађанскоправне деликте

Грађанскоправни деликти са елементом иностраности су природна пропратна појава међународне размене добара и услуга и других међународних контаката. Логично је да се јавља знатан број грађанскоправних деликата, који се везују за више суверенитета. Колизионо регулисање ове проблематике, до недавно, је било веома уједначено. Принцип **lex loci delicti commissi** – место извршења деликта јавља се као тачка везивања, још у XIV веку за време Бартолуса. Све до пре неколико деценија, ово решење није имало озбиљнију алтернативу. Јављали су се међутим извесни **допунски принципи**.

Lex fori, као допунски принцип за противправност

Према неким схватањима, уз lex loci delicti commissi, треба поставити као допунски принцип **lex fori**, право суда. Међутим, овај допунски принцип не односи се на читав проблематику деликата, већ само на питање противправности радње. **Радња ће се сматрати противправном, само ако је таквом сматрају закон места извршења деликта и закон суда.** У погледу осталих питања, примењује се **само закон места извршења деликта**. Оваква кумулација закона места извршења деликта и закона суда, било је решење веома дуго прихваћено у енглеском праву и довела је до формирања концепције "дупле противправности".

Тешкоће у примени начела lex loci delicti commissi

Постоје и тешкоће у примени начела lex loci delicti commissi. Основна и класична тешкоћа у примени lex loci delicti commissi, као тачке везивања, јавља се **када последица деликта не наступа у истој држави у којој је извршена радња**. У оваквим случајевима јавља се сложени **проблем квалификације појма места извршења деликта**. У неким земљама тим местом се сматра место деликте радње, у неким место последице. Поставља се и питање треба ли на исти начин схватити lex loci delicti commissi, без обзира на то да ли је реч о основу одговорности, врсти накнаде, висини накнаде и сл. Посебне тешкоће у примени lex loci delicti commissi јављају се у оним ретким случајевима, када се **деликт догоди на тзв. ничијој земљи** – на броду на отвореном мору или у ваздухоплову.

Критика принципа lex loci delicti commissi

Критике у праву САД

Посебно су снажне критике у погледу саобраћајних деликата су посебно изражене у САД. *Позиције дуго неприкосновеног принципа lex loci delicti commissi, постају осетно уздрмане, након спорова за накнаду штете против авионске компаније NEA (North East Airlines). Посебно је у том погледу значајна одлука*

у спору Килберг в NEA из 1961. године. NEA је њујоршка компанија, а настрадали Килберг је такође био из Њујорка. Авион је полетео из Њујорка, а до несреће је дошло над острвом Нентакет, које се налази у Масачусетсу, а према закону те федералне јединице, законски наследници Килберга не би могли да траже накнаду преко максимума од 150 000 долара. У држави Њујорк такво ограничење не постоји. Суд је дошао до закључка да не би било ни логично, ни праведно, применити право Масачусетса у спору између тужиоца и туженика из Њујорка. Ипored овако изрешене критике примене *lex loci delicti commissi*, у случају Килберг суд још увек није окренуо леђа овом принципу и констатовао је да право Масачусетса и право Њујорка нису у сукобу у погледу основа, већ само у погледу висине накнаде, а то је питање квалификовао као процедурално да би применио право Њујорка као *lex fori*. Принцип *lex loci delicti commissi* није дерогиран, већ избегнут на посредан начин.

Превагу има мишљење да је ново решење **принцип најтешње повезаности**, што значи да је постављена једна оквирна тачка везивања, а суду остаје да процени са којим правом је деликтни однос најтешње повезан. Даљи развој америчког права у овој области карактеришу напори да се испуни овај оквир, да се прецизирају мерилана основу којих суд утврђује право које је у најближој и најлогичнијој вези са деликтним односом.

Ристејтмент II (скуп објашњења правних института, који су намењени судијама и адвокатима у САД) који представља необавезну, али веома ауторитативну формулацију америчког права предвиђа следеће решење:

- меродавно право је оно право које је у најзначајнијој вези са штетним догађајем и странкама;
- приликом утврђивања најтешње везе, суд ће посебно водити рачуна о месту где је наступила штета, месту деликтне радње, домицилу, држављанству, месту регистрације, односно пословном седишту странака, месту где је средиште односа међу странкама, као и о неким другим обзирима начелне природе.

Кејверс предлаже оригинална решења и уводи малу револуцију у теорију међународног приватног права, са идејом да се приликом избора меродавног права води рачуна, не само о територијалним контактима спорног односа, већ и о садржини прописа, који се налазе у сукобу, као и о интересима за примену једног или другог права. Кејверс предлаже одређена **начела преференције** (заправо колизиона решења) за поједине типове спорова за накнаду штете из деликата. Суштина његовог првог начела преференције је у следећем: ако правила државе где је наступила штета постављају строжи стандард понашања и предвиђају вишу накнаду, него што то чине прописи земље у којој је извршена деликтна радња, или прописи земље чији је држављанин извршилац деликта, примениће се прописи земље у којој је наступила штета.

Одједи америчких становишта

Овим америчким концепцијама, највише се приближило енглеско право. Одступање од *lex loci delicti commissi* у енглеском праву најбоље увиђа у случају Чаплин против Бојс. Спор се водио између два британкса војника стационирана на Малти, поводом накнаде штете која је настала на Малти. У овом случају суд је одступио од правила *lex loci delicti commissi* које би било меродано право Малтем, у корист права које је у ближој вези са случајем (енглеско право).

Много јасније и експлицитније прихватање принципа центра гравитације (најтешње везе), барем као допунског начела, за деликте налазимо у једној одлуци која је донета у бившој Југославији. Југословенски држављанин је нанео штету другом југословенском држављанину, у саобраћајној несрећи, која се догодила у

иностранству. У правном мишљењу, заузетом на саветовању судија Врховног суда Југославије, констатовано је да треба поћи од начела да важи lex loci delicti commissi, те да при том треба имати у виду не само место где је радња извршена, већ и место где је последица наступила. Додаје се да се од тог начела може одступити, ако је то повољније за жртву, те применити право које је у најтешњој вези са случајем.

Европска права до сад нису напустила lex loci delicti commissi као основно колизионо решење за грађанскоправне деликте. Суштина нових законодавних солуција је у томе што се издвајају неки случајеви који се посебно формулишу и за које се уместо lex loci delicti commissi предвиђа друга тачка везивања. Разлика између неколико европских законодавстава и права САД, је у томе што у поменутим европским правима није препуштено суду да цени када постоје услови да се одступи од lex loci delicti commissi, већ сам законодавац прецизира претпоставке за такве изузетке и уједно прецизира и то које ће се право применити у таквим случајевима уместо lex loci delicti commissi.

Рим II Регулатива - у области везаној за одређивање мероданвог права у случајевима настанка штете прописује следеће:

- аутономија воље, странке могу да бирају меродаво право пре или након настанка штете (више теоријски)
- у одсуству аутономије, примењује се меродавно право заједничног уобичајеног боравишта штетника и оштећеног у време настанка штете
- ако немају заједничко боравиште, примењује се lex loci delicti commissi уз прецизирање да се ради о lex damni - право земље у којој је наступила директна последица штетне радње
- суд у свим наведеним ситуацијама може да одступи у корист права које се налази у ближој вези са случајем

Решење у нашем позитивном праву

У нашем позитивном праву основна колизиона решења су саджана у:

- **ЗМПП**
- **Хашка конвенције о закону који се примењује на саобраћајне незгоде** из 1971. године, које од 1976. године представљају део нашег позитивног права,
- **Закона о поморској и унутрашњој пловидби** из 1988. године, које се односе на накнаду штете због судара бродова.

Доношењу ЗМПП претходиле су дуге дискусије о томе какво треба да је становиште нашег законодавца. У коначном и важећем тексту, принцип **lex loci delicti commissi** је задржао своје класичне позиције.

- Законодавац је свестан **проблема локализације деликта**. Место извршења радње треба одређивати *in concreto*.

- ако је радња позитивна (*commissio*), онда је то место у коме се налазио штетник у моменту њеног преузимања;
- уколико је негативна (*ommissio*), то је место у коме је штетник имао да дела.

- Поводом **одговорности за опасну ствар**, то је место у коме се ствар налазила у моменту, када се отргнула контроли.

- За **деликте извршене у медијима** везивање се врши преко седишта студија или издавача.

- Под **местом на коме је наступила последица** подразумева се место у коме је дошло до повреде заштићеног добра, али и право места настанка штете, уколико то нису иста места.

- Посебан проблем може изазвати захтев за **накнаду измакле добити** (lucrum cessans). У овом случају сматра се да је последица наступила у пребивалишту тужиоца, јер је то центар његових интереса.

- Желећи да заштити жртву деликта, законодавац се, за случај дислокације деликта, определио за **теорију жртве**: примениће се оно од два или више права, које је повољније за оштећеног (жртву). На питање ко одлучује о томе које је право повољније, жртва или суд, закон не даје одговор. У циљу још јаче заштите жртве, у ЗМПП се посебно издваја проблем **недозвољености (противправности) радње**, одредивши се за решење да је задовољен услов противправности, уколико је радња таква по праву било ког места, или места радње или места наступања последице.

Право до кога се дође на основу неког од описаних начина одговара на питања вануговорне одговорности:

- који је основ одговорности штетника,
- постоји ли узрочна веза између радње и последице,
- има ли деликтне способности,
- има ли разлога за искључење или поделу одговорности,
- одговарају ли штетници када их је више, pro parte или солидарно,
- која се врста штете може накнадити, њена висина и начин накнаде,
- застарелост
- итд.

ЗМПП дозвољава **одступање од lex loci delicti commissi**, само у случајевима у којима је примена закона места деликта практично немогућа. То су случајеви када се догађај из кога произилази штетна последица одиграо на броду који се налази на отвореном мору, или у ваздухоплову који лети изнад отвореног мора, или изнад неке земље. У таквим ситуацијама lex loci delicti commissi није решење, јер до деликта долази на месту које не припада ни једној држави, ни једном праву, те ће меродавно бити право државе којој припада брод или ваздухоплов (lex banderae).

- Уколико се деликт догодио у туђим територијалним водама или луци, или у страном ваздушном пристаништу, повезивање је по lex loci delicti commissi.

- Примену закона заставе (**lex banderae**), треба проширити и на војне авионе и бродове који припадају држави и када се нађу у страним лукама.

У погледу накнаде штете због судара бродова **Закон о поморској и унутрашњој пловидби** предвиђа следећа колизиона решења:

- 1. ако се **судар догодио у обалном мору или унутрашњим водама неке државе**, примењује се право места деликта.
Од тог правила постоје **два изузетка** у корист заједничког права две стране.
 - **ако бродови имају исту државну припадност** - примениће се право државе којој оба брода припадају
 - **ако бродови не припадају истој држави, али права држава којима припадају су иста** - примениће се истоветна решења из права држава којима бродови припадају;
- 2. ако се **судар догодио на отвореном мору** меродаван је Закон о поморској и унутрашњој пловидби, као право места суда.

И овде **важе исти изузеци** када бродови припадају истој држави, или су правна решења држава, којима бродови припадају истоветна;

- 3. Закон о поморској и унутрашњој пловидби предвиђа и неколико случајева у којима ће се за накнаду штете од судара бродова, увек применити домаће право, без обзира на то што одредбе тог члана упућују на примену страног права, као што је нпр. случај **када су сва заинтересована лица држављани Србије или правна лица из Србије, или када је један од бродова између којих је дошло до судара ратни или јавни брод, који припада Србији**;

Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде

*Текст конвенције сачињен је 1968. године, ступила је на снагу 4. маја 1971, а бивша Југославија ју је ратификовала јуна 1976. године. Хашка конвенција настоји да помири различите принципе и тенденције. Компромис је тражен и пронађен, пре свега, између присталица *lex loci delicti commissii* и оних који се залажу за одступање од *lex loci delicti commissii*, а у прилог **принципа најближе везе, односно центра гравитације**.*

Решење Хашке конвенције се налази у основи у следећем: **lex loci delicti commissii** је задржано као основно решење, али је предвиђен велики број изузетака. Правило које кроз изузетке замењује *lex loci delicti commissii* није флексибилан принцип најближе везе, већ једна тачка везивања која се врло лако утврђује, а то је **место регистрације возила**.

Конвенција се примењује на грађанску вануговорну одговорност, која проистекне из саобраћајне незгоде. Ова формулација обухвата све облике и видове одговорности, сем кривичне и уговорне. Врста поступка није одлучујућа, што значи да се Конвенција односи и на одређивање меродавног права поводом имовинскоправног захтева у кривичном поступку.

Конвенција прецизира и домашај термина саобраћајна незгода. Конвенција се једнако односи на саобраћајне несреће које проузрокују **моторна** и **немоторна** возила, дакле и на незгоде у којима учествују бицикл, запрежна кола, коњи и сл. Потребно је да се она догодила **на јавним друмовима или другим површинама отвореним за јавност, или на приватним површинама, којима одређена лица имају приступ**.

Један од кључних појмова које користи конвенција је регистрација возила, односно **место регистрације возила**. У склопу конвенције, та тачка везивања је готово равноправна са *lex loci delicti commissii*. У вези са овим појмом, могу настати тешкоће у интерпретацији, које Конвенција настоји да. Решења која конвенција предвиђа у таквим ситуацијама:

- а) у случајевима када возило **није регистровано или је регистровано у више држава** - у тим случајевима, меродавно ће бити **право земље редовног смештаја (стационарања) возила**. По правилу, само **када је критеријум места регистрације неприменљив**, може доћи у обзир **место редовног (уобичајеног) смештаја возила**.
- б) (изузетак) у једном изузетном случају када се **место регистрације возила не поклапа са редовним боравиштем ни возача, нити власника или држаоца возила** - место редовног стационарања возила ће заменити **место регистрације возила**, јер место редовног стационарања није погодна тачка везивања у том случају

Треба поменути и то да Конвенција пружа једно прецизирање појма *lex loci delicti commissi*, те под **местом деликта подразумева место радње, а не место последице.**

Односи које решава конвенција

а) Конвенција се примењује **без обзира на реципроцитет**, што значи да су ратификацијом норме Конвенције постале део нашег међународног приватног права, те се примењују без обзира на то за које се државе везује правни однос, тј. без обзира на то да ли је меродавно право државе уговорнице или неугговорнице.

б) **Не постоји обавеза да се Конвенција примени и на унутрашње сукобе закона.** Међутим, у случају **када се правни однос везује за више држава**, од којих **једна има више правних подручја** (нејединствени правни поредак), тачке везивања **Конвенције бирају непосредно правно подручје унутар те државе.**

в) Хашка конвенција у извесној мери **ограничава своју примену и у самом домену саобраћајних деликата.** Из поља дејства Конвенције искључена су питања, за која се сматрало да изискују посебан третман, или за која се није могао постићи консензус. Реч је о следећим питањима:

- конвенција се **не примењује на одговорност произвођача, продавца и сервисера возила;**
- конвенција се **не примењује на одговорност власника пута или лица чији је задатак одржавање пута;**
- конвенција се **не примењује ни на одговорност за поступке других лица, изузев ако се ради о одговорности власника возила или налогодавца;**
- конвенција се **не примењује на регресне захтеве између лица одговорних за штету;**
- конвенција се **не примењује на регресне захтеве и на суброгацију у погледу осигуравајућих друштва.**

али остаје у сфери Конвенције питање, да ли оштећени има право да покрене поступак директно против осигураваоца лица одговорног за штету;

- конвенција се **не примењује на захтеве или регресне захтеве, које постављају установе социјалног осигурања или јавни фондови, који дају гаранције у погледу аутомобилских штета, нити на захтеве и регресне захтеве уперене против уснова социјалног осигурања или поменутих фондова.**

Правила Хашке конвенције којима се одређује меродавно право

Конвенција прихвата једну комбинацију **lex loci delicti commissi** и **места регистрације возила**, с тим да улогу основног правила задржава *lex loci delicti commissi*. Да би дошло до примене права места регистрације возила, треба да дође до **стицаја околности**, које се могу поделити у две групе:

1. **околности које се тичу возила и актера незоге,**
2. **околности које се тичу подносиоца захтева, тј. лица према коме се јавља одговорност.**

1. Околности које се тичу возила и актера незоге:

Прва група околности тиче се саме незогде. Да би дошло до **одступања од lex loci delicti commissi** треба да постоји јасна веза између актера и државе, чије би право требало да буде меродавно

уместо *lex loci delicti commissi*. Услов који се тиче возила и актера незгоде формулисан је тако да се поставља захтев:

- а) да **возило**, односно **возила која учествују у саобраћајној незгоди**, буду регистрована у **истој земљи**.
- б) ако у незгоди учествује и **лице које се налазило ван возила**, овај услов се шири тиме, што се тражи да то лице има **редовно боравиште у истој земљи у којој је регистровано возило**, које је учествовало у незгоди.

2. Околности које се тичу подносиоца захтева, тј. лица према коме се јавља одговорност:

Друга група се везује за процесну ситуацију, која поводом незгоде настаје.

Поред услова који се тичу возила и актера, треба да се испуни још један од алтернативних услова, који се тичу подносиоца захтева, тј. лица према којем се јавља одговорност, да би се стекле претпоставке за примену права места регистрације. Ти алтернативни услови су да захтев поставља:

- а) **возач, држалац, сопственик или друго лице**, које полаже неко право на возило;
- б) **жртва, која била путник** – под допунском претпоставком, да то лице има **редовно боравиште ван државе у којој се десила незгода**;
- в) **жртва** која није била путник, већ се налазила **ван возила**.

Матић износ мишљење да би одговорност према жртви ван возила могла да се прошири и на случајеве у којима захтев поставља породица жртве или погинулог пешака.

Више жртава саобраћајне незгоде:

Поред постављеног једног општег услова и три алтернативна допунска услова, Конвенција даје још једно разјашњење у погледу примене права места регистрације возила. Прецизира се да у случају да у **незгоди има више жртава**, меродавно **право се одређује посебно према свакој од њих**. Могуће је да једна од жртава има редовно боравиште у земљи регистрације возила, а други нема. У односу на прву жртву су испуњене претпоставке за примену права места регистрације возила, док према другој жртви нису, те ће се у погледу одговорности према њој применити опште правило, право места незгоде.

Штета нанета стварима:

Када је реч о стварима које су се налазиле **у возилу, или ван њега**, а на којима је настала штета, на њих се такође примењује или право места незгоде или право места регистрације возила. Веза је постављена на следећи начин:

- а) у погледу штете на стварима које су се налазиле **у возилу, а које припадају путнику или су му биле поверене**, примењује се **право које је меродавно за одговорност према путнику**;
- б) у погледу штете на стварима **у возилу које не припадају путнику, нити су му биле поверене**, примењује се право које је меродавно за **одговорност према власнику возила**;
- в) у погледу штете на стварима **ван возила**, меродавно је **право места незгоде**, изузев ако је реч о личним стварима жртве која се налазила ван возила.

Друге значајне норме Хашке конвенције

Одређивање меродавног за могућност постављања директног захтева према осигураваоцу

- Пажњу заслужује и колизионо правило, које одређује меродавно право по којем ће се ценити могућност постављања директног захтева према осигураваоцу одговорног лица. Овај члан **алтернативно** упућује на више права, то могу бити:

- право **места незгоде**,
- право **меродавно за уговор о осигурању**,
- право **места регистрације возила** у случају да примена овог права иначе долази у обзир у датом случају.

- Постојаће, према томе, могућност постављања директног захтева према осигураваоцу одговорног лица, ако такву могућност познаје било које од наведена два, или евентуално чак три права.

Саобраћајна и безбедносна правила - Значајно је и правило конвенције, које говори о саобраћајним и безбедносним правилима, чија садржина може бити од утицаја на утврђивање одговорности. Долази у обзир **само примена правила, која су на снази на месту незгоде и у време незгоде**.

Јавни поредак - Конвенција потврђује општеприхваћено начело да ће домаћи суд моћи да одбије примену стране норме, иако колизионо правило упућује на њену примену, ако би та примена била супротна домаћем јавном поретку.

Класификација правног положаја странаца

1. Класификација права странаца по природи права
 - приватна
 - јавна
2. Класификација права странаца у односу на чињеницу да ли у конституисању учествује државни орган
 - уз учешће државног органа
 - без учешћа државног органа
3. Класификација права странаца према доступности права
 - **Општа права** - у погледу којих су странци изједначени са домаћим држављанином, она која су безусловно доступна
 - **Релативно резервисана права** - права која су доступна странцима, али су условљена додатним условом (реципроцитет, домицил...) који не важи за домаће држављане
 - **Апсолутно резервисана права** (за домаће држављане) - странцима су недоступна

Права странаца да ступају у породичноправне односе у Србији

Устав Србије 2006. предвиђа да странци у складу са међународним уговорима, имају у Републици Србији сва права зајемчена Уставом и законом, изузев права која по Уставу и закону имају само држављани РС. Услед лоше редакције, може деловати да странци имају права само на основу "међународног уговора", али се само ради о омашци, те странци имају Општа и Релативно резервисана права (под одређеним условима) у РС.

Постоји негативно и позитивно одређење појма странца.

Негативно – странац је свако физичко лице, које нема српско држављанство.

Позитивно – странац је свако физичко лице, које има држављанство неке стране државе или је апатрид.

Пре него што ће надлежни органи у Србији одредити, које ће право применити у погледу услова за закључење или развод брака са елементом иностраности, у погледу поништења брака., доделе детета на васпитавање и чување, итд. поставља се једно претходно питање: има ли уопште странац право да закључи брак или да се разведе у Србији, као и да ли има право да ступа у друге породичноправне односе. Одговор на ово питање дају норме о правима странаца да ступају у приватноправне односе, тј.

породичноправне односе у домаћој држави. У позитивном праву Србије најчешће недостају такве експлицитне норме, али се одређена становишта могу заузети на бази општих принципа законодавства, теорије, као и судске и управне праксе.

Право странаца на брак

Без обзира на позитивно право појединих држава, па тако и Србије, у данашње време, у унутрашњим изворима није спорно да **свако људско биће има право на брак и да се ово право третира као основно људско право**. Овај закључак јасно произилази из најважнијих међународних докумената, који уређују опште људска права:

- **Општа декларација о правима човека УН** из 1948. године.
Декларација каже да пунолетни мушкарци и жене, без икаквих ограничења у погледу расе, држављанства или вероисповести, имају право да склопе брак и да оснују породицу. Они су равноправни приликом склапања брака, за време његовог трајања и приликом његовог развода.
- **Међународни пакт о грађанским и политичким правима**
Практично понавља исто што и Општа декларација и каже да се признаје право на ступање у брак и заснивање породице мушкарцима и женама зрелим за брак. Никакав брак не може бити закључен без слободног и пуног пристанка будућих супружника.
- **Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода**, усвојена 1950. године,
Каже да мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима, који уређују вршење овог права.
- **Конвенција о пристанку на брак, о минималној старости за склапање брака и о регистрању бракова** из 1962. године
- **Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жене** из 1979. године

Из свега следи да је право на брак **опште људско право**, које у оквирима међународног брачног права значи да је оно једнако доступно домаћим и страним држављанима, као и апатридима. Право странаца на брак, јесте данас у огромној већини држава постављено као опште право, тј. право које је доступно странцу под једнаким условима, као и домаћим држављанима. Једнаке услове треба схватити на начин да lex fori, тј. материјално (супстанцијално) право државе , пред чијим органом странац жели да ступи у брак, не представља са своје стране, никакве посебне услове, с обзиром на својство странаца.

Извесна одступања од принципа да је право странаца на брак, опште право, посојала су у неким законодавствима за случајеве брака странца са домаћим држављанином.

Правна историја старе Југославије после II светског рата, такође бележи нека ограничења у погледу права странаца да закључују брак у Југославиј. Ова ограничења су била уведена Изменама и допунама Основног закона о браку из 1948. године, али су остала на снази само кратко време, до измена и допуна из 1951. године.

Данас је **право странаца на закључење брака у Србији опште право**, које произилази из Устава и ратификованих међународних уговора.

Право странаца да буде усвојитељ или усвојеник

Право странаца да буду усвојитељи у Србији, регулисано је **Породичним законом** из 2005 године. Осим овог извора, неки други акти представљају посредне изворе из којих се може закључити да странцима није ускраћено право да усвајају, нити да буду усвојени у Србији. Ту најпре долази **Конвенција о правима детета УН** из 1989. године, коју је ех- Југославија ратификовала 1990.

Одговарајуће одредбе конвенције дају основа за закључак, да странци у Србији имају право да буду усвојеници, а нарочито усвојитељи, односно да им то право неће бити ускраћено само зато што нису домаћи држављани. Конвенција каже следеће:

Државе чланице које признају и/или дозвољавају систем усвојења, обезбеђују да најбољи интереси детета буду одлучујући и:

- Признају да се међудржавно усвојење може сматрати алтернативном могућношћу бриге о детету, ако се дете не може сместити у другу породицу или бити усвојено или ако се о њему не може водити брига на погодан начин у земљи његовог порекла;
- Обезбеђују да дете на које се односи међудржавно усвојење ужива заштиту и стандарде једнаке онима, који постоје у случају усвојења у оквиру једне земље.

Конвенција допушта да се **право странаца, да буду усвојитељи детета које је држављанин Србије, постави као релативно резервисано право**, тј. право странца да буде усвојитељ, може да буде условљено тиме да се у домаћим оквирима не може наћи одговарајуће решење.

Као посредан извор права у овој области, служи и **Закон о држављанству Републике Србије** из 2004. године, у погледу питања да ли страни држављанин може бити у улози усвојеника у Србији. Закон предвиђа да усвојеник странац стиче српско држављанство у случају потпуног усвојења на основу одредаба, које се односе на стицање држављанства пореклом, дакле, под лакшим условима, него у случају да се оно стиче прирођењем.

Теоријски су могуће три ситуације у којима се може поставити питање права странаца да буду усвојоци или усвојеници:

1. **када странац (страни држављанин или апатрид) жели да усвоји пред српским органом дете које има страно држављанство** – у овом случају, који је у пракси редак, Србија нема изражен интерес за заштиту домаћих држављана, те се то право може признати као опште право;
2. **када усвојитељ, домаћи држављанин, жели да усвоји странца, пред органом Србије** – у овом случају питање се своди на то, да ли дете, потенцијални усвојеник, као странац, мође да буде усвојено у Србији. Уколико српски органи имају основа да прихвате надлежност, дете страна може бити усвојеник и ово је опште право;
3. **када странац жели да усвоји дете које је домаћи држављанин**. - Породични закон Србије одређује ово право, као **релативно резервисано**, с обзиром на то , да он мора да испуни додатне услове, који нису предвиђени, за случај када се као усвојитељ појављује домаћи држављанин. Странац мора кумулативно испунити два услова, да би се могао појавити у улози усвојеника:
 1. да се **не могу наћи усвојитељи међу домаћим држављанима**;
 2. да се **министар надлежан за породичну заштиту сагласи са усвојењем**.

Закон прописује да ће први услов бити задовољен, ако је од дана уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења, прошло више од годину дана. Министар надлежан за породичну заштиту може изузетно дозволити усвојење страном држављанину и пре истека наведеног рока, ако је то у најбоље интересу детета. Страни држављани подносе писмени захтев за заснивање усвојења преко министарства надлежног за породичну заштиту.

Право странаца да буде старалац или штићеник

Питање права страних држављана да буду постављени као стараоци или да се нађу у улози штићеника, није регулисано домаћим прописима, осим одредбе **Уговора о узајамном правном саобраћају са Мађарском** из 1968. године. Постоје, међутим, нека решења која се предлажу. Када је реч о томе да лице страног држављанства буде старалац (или штићеник) другом лицу страног држављанства, не јављају се тешкоће. Одређена колебања јављају се код питања да ли страни

држављанин може да буде штићеник домаћег држављанина, а најсложеније питање је може ли страни држављанин да буде старалац домаћем држављанину.

- Право странаца да буду стараоци или штићеници другог страног лица, као и право страног држављанина да буде штићеник домаћег држављанина, признаје се, по правилу, као **опште право**. Ово решење је прихватљиво и за наше право.
- Што се тиче права странаца да буду стараоци домаћем држављанину, у теорији се сматра да би ово право требало условити **допунским условима**.

Јездих је сматрао да се то право могло признати страним држављанима само изузетно, у случају да странац имао домицил у домаћој држави. Слично решење је било прихваћено у билатералном Уговору о узајамном правном саобраћају између СФРЈ и Мађарске из 1968. године. Држављанин једне стране уговорнице, може се поставити за стараоца држављанину друге стране уговорнице, ако има боравиште на територији оне стране уговорнице, где треба обављати старатељску дужност и ако његово постављање за стараоца, највише одговара интересима лица под старатељством.

Права странаца – наслеђивање, стварна права, облигациона права и радни однос

Према **Закону о наслеђивању** из 1995. године, страни држављани имају у Србији, под условом реципроцитета, иста наследна права као и домаћи држављани, осим ако је шта друго прописано међународним уговором. Ова везаност за **реципроцитет** потврђује се и у погледу наслеђивања некретнина.

Закон о основама својинскоправних односа, предвиђа да странац може, под условом узајамности, наслеђивањем стицати непокретности на територији наше земље. Из оба законска текста произилази да странци наслеђују у Србији, под условом да и домаћи држављани могу да наслеђују у странчевој земљи. Реч је о формалном реципроцитету по правној садржини. Значи странци ће бити изједначени у својим наследним правима са држављанима Србије и за њих ће важити исте привилегије и иста ограничења, која имају и домаћи држављани.

Реципроцитет између Србије и неке стране земље у погледу наслеђивања, може да постоји на основу међународног уговора (дипломатски реципроцитет) или на бази фактичког признавања права на наслеђивање (фактички реципроцитет). Билатералним конвенцијама се реципроцитет у овој области успоставља најчешће изричито, или путем каузуле највећег повлашћења.

У одсуству уговорног (дипломатског) реципроцитета, **реципроцитет се претпоставља док се не докаже супротно**. Ово је став и судске праксе.

Посебан проблем у вези са реципроцитетом при наслеђивању представљају апатриди. У односу на та лица замисливе су две солуције: да се искључи могућност да та лица наслеђују или да им се омогући да наслеђују без постављања услова реципроцитета. Друго решење, чини се логичним и исправним. Постављање немогућег услова узајамности према апатридима, значило би само одређену дискриминацију једне категорије лица. **Креч** и **Павић** стоје на истом становишту, да се према апатридима не може тражити узајамност. Исти аутори сматрају да такво решење произилази из **Конвенције о правном положају лица без држављанства**, донете у оквиру УН 1954. године (Југославија ју је ратификовала 1958. године). Према конвенцији, државе уговорнице ће лица без држављанства третирати, на што је могуће повољнији начин, а у сваком случају на начин, који неће бити неповољнији од оног, који је под истим околностима предвиђен за странце уопште.

Може се закључити да је право странаца да наслеђују у Србији, релативно резервисано право, које је доступно под условом формалног реципроцитета. Реципроцитет се пред нашим судовима претпоставља. Ако је реч о апатридима, право да наслеђују у Србији је опште право.

а) Стварна права на покретним стварима

Ако је реч о стварним правима на покретним стварима, она се обично упоредноправно јављају као **општа права**. У нашем позитивном праву, у **Закону о основама својинскоправних односа**, потврђен је овај принцип. Истина, закон говори само о томе да је стицање својине на покретним стварима опште право, не помињући остала стварна права. Није, међутим, спорно да странац може да стиче и друга стварна права на покретним стварима, под истим условима као и домаћи држављани, осим ако је то у неким посебним случајевима законом искључено или ограничено. Такво ограничење постоји у погледу стицања **оружја**, али оно није ограничење странаца у правом смислу те речи, јер се поставља и у односу на домаће држављане, којима је, такође, потребна посебна дозвола за стицање својине на оружју. Квалификација ствари као покретних и непокретних и права као стварног, облигационог и наследног врши се по lex rei sitae.

б) Стварна права на некретнинама

Стварна права на некретнинама у упоредном праву, по правилу се третирају као релативно резервисана права, а понегде и као апсолутно резервисана права, мада је све шири круг земаља, које проглашавају национални третман. Ова честа двојност режима права странаца на непокретности, објашњава се економским, политичко-безбедносним, социјалним, националним, етничким и расним разлозима. Како је једна од обавеза држава које приступају ЕУ и та да укину ограничења која се према странцима постављају у погледу стицања. Ограничења, која ипак постоје, а која се стављају странцима приликом стицања некретнина су различита. *(нпр. у неким земљама странци не могу да стичу некретнине у пограничним зонама).*

У нашем позитивном праву, прописи о правима странаца да стичу стварна права на непокретностима, налазе се у **Уставу Србије** из 2006. године и **Закону о основним својинскоправним односима** из 1996. године, **Закон о пољопривредном земљишту** из 2009. Треба додати да **Закон о поморској и унутрашњој пловидби** из 1998. године предвиђа могућност да се у корист страног лица уговором оснује založno право на нашем броду.

Устав предвиђа да странци могу стицати непокретности под условима предвиђеним законом или међународним уговором. Реципроцитет, дакле, није уставна, већ законска категорија.

Закон о основним својинскоправним односима предвиђа да странци могу стећи право својине на непокретностима под условом реципроцитета и то је општи услов.

- **Странци (правна и физичка лица) који обављају делатност у нашој земљи, могу да стичу својину на некретнинама пословима *inter vivos*, само у наменске сврхе, тј. ако су им те некретнине неопходне, ради обављања делатности.**
- Осим тога, свако страно физичко лице може, **под условом реципроцитета, стицати својину на стану и на стамбеној згради.** Страна физичка лица могу путем наслеђивања стицати својину на непокретности. Странац у начелу може слободно да отуђује непокретности које је стекао.
- **Страна дипломатска и конзуларна представништва, као и специјализоване агенције УН,** могу да стичу некретнине у својину **за службене потребе**, ако за то добију **одобрење од Министарства правде**. Подаци о стицању права својине посебно се уписују у регистар и достављају Министарству правде, које о томе води евиденцију. Овде се наравно услов реципроцитета не поставља.

- Закон о основним својинскоправним односима посебно уређује услове за **стицање дугорочног закупа туристичких и других пратећих објеката**. Страно физичко или правно лице може, под условима утврђеним писменим уговором да стиче право дугорочног закупа на туристичком и другом пратећем објекту с тим што: закуподавци могу бити само предузећа која обављају туристичку и угоститељску делатност; дугорочни закуп се закључује најкраће на пет, а најдуже на тридесет година, с тим што се по истеку уговореног рока, закуп може продужити. На захтев закупаца извршиће се упис дугорочног закупа у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом. Такав правни упис има дејство и према доцнијем стицаоцу.

Закон о пољопривредном земљишту, странцима (физичким и правним лицима) изричито забрањује да буду власници пољопривредног земљишта на територији РС (*осим ако овим законом није другачије одређено у складу са Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране*).

Права странца да стичу облигациона права

Право странца да буде носилац облигационих права, свуда се углавном признаје као **опште право**. Постоје посебно снажна оправдања да се права из уговора у начелу признају као општа права, јер су уговори и права из уговора основни инструменти остваривања размене добара. Могу се јавити и неки изузеци, који се посебно утврђују законом. Најзначајнији изузетак се односи на склапање уговора чији су предмет некретнине. На практичном плану се ограничења стицања облигационих права често јављају и као ограничења у прекограничном пружању услуга. Иако се **Уставом Србије** из 2006. године, предвиђа *inter alia*, **страна лица изједначена су на тржишту са домаћим**. Овај једнак третман важи за оне странце, којима је већ дозвољено да се баве одређеном делатношћу. У погледу **приступа тржишту**, ограничења су неминовна, иако је за очекивати да ће те баријере бити све ниже, како одмиче процес приближавања ЕУ и Светској трговинској организацији. Нпр. у Србији **архитектонске и инжењерске услуге** могу пружати само регистрована домаћа предузећа, а **лиценцу за рад** могу добити само особе које имају српско држављанство и пребивалиште у Србији. Оштра ограничења предвиђена су и у погледу **каботаже** (транспорта унутар државе) у речном, друмском и ваздушном саобраћају.

Права странаца да ступају у радни однос

Странци, у начелу, могу заснивати радни однос у Србији. То право ближе је регулисано **Законом о условима за заснивање радног односа са страним држављанима** из 1978. године, са значајним изменама и допунама из 1989, 1992, 1994. и 1996. године. Реч је о **релативно резервисаном праву**, тј. странци треба да испуне и неколико додатних услова:

- **да страни држављанин има одобрење за стално настањење или привремени боравак у Србији**. Ово одобрење, када је реч о сталном настањењу, могу добити само појединци југословенског порекла, или лица чији су чланови ужег домаћинства (родитељ, брачни друг и деца) српски држављани или лица којима је већ одобрен стални боравак. Одобрење за привремени боравак могу добити и друга лица, ако оправдају разлог боравка (студије, специјализација, брак) и ако докажу да имају средства за издржавање.
- **да странац добије одобрење за заснивање радног односа**. Ово одобрење издаје републичка, односно покрајинска организација, надлежна за послове запошљавања. Када странац има одобрење за стално настањење, захтев за одобрење за заснивање радног односа подноси он сам, а одобрење се издаје за период важења издатог одобрења за стално настањење. Ако странац има дозволу за привремени боравак, захте подноси организација, односно послодавац, а одобрење се

издаје најдуже до времена, докле траје привремени боравак, с тим што ће се радни однос продужити странцу, коме је продужен боравак и коме је дато ново одобрење за заснивање радног односа. Одобрење за заснивање радног односа се **не тражи**, ако се радни однос заснива ради **обављања стручних послова, уговором о дугорочној производној кооперацији, уговором о пословно-техничкој сарадњи или уговором о преносу технологије**. У оваквим случајевима заснивање радног односа је могуће и без одобрења и без јавног оглашавања. Радни однос траје, док траје уговор.

- **да је реч о радном месту за које је, општим актом организације у којој се странац запошљава, предвиђено да га могу обављати и странци.**

Против решења којим се одбија захтев за заснивање радног односа, могуће је уложити жалбу, у року од **15 дана** од достављања решења. У даљем року од **30 дана** надлежни орган мора решити по жалби, што значи да је поступак релативно хитан.

У моменту заснивања радног односа странац мора дати писмену изјаву о прихватању надлежности наших судова, у случају спора са предузећем, односно послодавцем, у поводу радног односа. Ова одредба није сасвим јасна, али је вероватно треба тумачити, као споразум о међународној надлежности наших судова постигнут *expressis verbis*. **Привремене или повремене послове, у трајању од највише три месеца у једној календарској години, странац може обављати без икаквих посебних одобрења, на исти начин као и српски држављанин.**

Права страних улагача

Државе у транзицији углавном предвиђају преференцијални третман страних улагача. Значај страних улагача за српског законодавца најбоље се види по томе, што су се гаранције страним инвеститорима нашле и у тексту устава из 2006. године, којим се предвиђа да страна лица на нашем тржишту имају исти третман као и домаћа (али немају и једнаку могућност приступа тржишту). Устав странцима такође гарантује и могућност да постану концесионари.

Правни извори заштитет страних улагача

Страним улагачима заштита се може пружати путем две групе инструмената

1. **законима**

- Општи закони - третирају целокупну материју страних улагања
- Посебни закони - одређују погодности и гарантују одређена права страним инвеститорима или им ограничавају привредну активност у одређеним областима

2. **међународним споразумима**

Између држава се обично закључују билатерални споразуми. тзв. **BITs** (bilateral investment treaties) о заштити страних улагања. Закључивањем таквих споразума држава обично преузима међународноправну обавезу према држави супотписници да улагачима из те друге државе омогући уживање одређених права и истовремено гарантује стандарде по којима ће бити третирана извршена улагања.

Може се догодити да закон и билатерална конвенција другачије дефинишу појам страног улагача, тако да је могуће да се једно лице сматра страним улагачем по једном извору и потпада под њено поље регулација, док то не би био случај по другом извору.

Страна улагања у Србији - законско решење

(напомена!!! ЗОСУ је престао да важи, али издање уџбеника из 2017 године није новелирано у погледу ове области - уоквирен текст у курсиву је текст из уџбеника на основу старог закона)

Закон о страним улагањима (ЗОСУ) из 2002. познаје четири основна облика страних улагања:

1. оснивање новог предузећа (самостално или заједно са другим домаћим или страним улагачем) ;
2. куповина удела или акција постојећег српског предузећа;
3. стицање сваког другог имовинског права, којим страни улагач остварује своје интересе;
4. уговор о концесији са BOT (Build Operate Transfer) аранжманом.

Ниједан од наведених начина није искључиво резервисан за страна улагања, једина разлика је у томе што домаћи улагачи немају одређене гаранције и повластице које уживају страни улагач.

Према **Закону о улагањима** из 2015.

чл 3. тачка 2. - Улагање јесте:

- оснивање привредног друштва или огранка привредног друштва које је основао улагач
- стицање удела у привредном друштву, акције друштва или друге хартије од вредности еквивалентне акцијама друштва;
- стицање права која је улагач стекао на основу уговора о јавно-приватном партнерству;
- стицање права својине, службености, залог и друга стварна права на покретним стварима и непокретностима које се налазе на територији Републике Србије (а које је стекао за потребе обављања делатности);
- стицање права интелектуалне својине, која имају заштиту по важећем праву Републике Србије;
- стицање права на обављање делатности која се обавља на основу дозволе или одобрења државног органа, стечених у циљу обављања делатности улагача на територији Републике Србије, у складу са законом;

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. додаје још један вид страних улагања

- уговор о концесији и уговор о концесији са BOT (Build Operate Transfer) аранжманом

Овај закон **формално - правно изједначава домаће и стране улагаче.**

Улагањем, у смислу овог закона, не сматра се:

- новчано или друго потраживање које непосредно произилази из трговачког посла (продаје, размене, пружања услуга и др.);
- новчано потраживање које проистиче из кредита у вези са трговачким послом (финансирање трговине и др.);
- portfolio улагање .

* Портфељ улагања (portfolio investment), индиректна улагања која се углавном појављују као улагања у обвезнице и друге вредносне папире које издаје страна држава

Улагања су могућа у готово свим привредним делатностима. Ограничења су задржана у областима, које су идентификоване као важне за безбедност државе.

Ограничења:

- Страно лице не може само, или са другим страним лицем, основати сопствено предузеће за производњу и промет оружја, нити може оснивати предузеће у забрањеној зони. Оваква предузећа оно може оснивати са домаћим лицем, а може улагати у већ постојећа предузећа оружја или предузећа у забрањеним зонама, с тим да страни улагач не сме стећи већински удео у управљању, тј. контролни пакет акција.
- Улагање у банкарском сектору, сектору осигурања, играма на срећу и у слободним зонама, регулисано је посебним законодавством.
- Законом о јавном - приватном партнерству и концесијама регулисано је под којим условом странци могу закључивати концесионе и сличне уговоре у РС

- (?)Законом о радиодифузији је странцима учешће у капиталу у лицу које има дозволу за емитовање ограничено на 49%

На страна улагања у Србији **примењује се српско право**. У случају да између наше земље и земље из које долази улагање, постоји **међународни споразум**, примењују се одредбе које су повољније за страног улагача.

Лица које се сматрају страним улагачима

Закон о страним улагањима је дао сопствену дефиницију страног улагача, али је постојала могућност да се другим законом или међународним уговором одреди другачија дефиниција .

Закон о улагањима даје следећу дефиницију страног улагача:

Страни улагач јесте лице које је уложило капитал, као и лице које је одговарајућим правним послом стекло улагање из тачке 2) ("улагање јесте") овог члана, на територији Републике Србије, а које је:

- страно правно лице са седиштем у иностранству, укључујући и огранак страног правног лица који је регистрован у Републици Србији,
- страни држављанин, без обзира на стално место боравка,
- држављанин Републике Србије са сталним местом боравка изван Републике Србије дужим од једне године;

У упоредном праву, најчешће се као мерило користи домицил (седиште), или држављанство.

Одговарајућа одредба у нашем позитивном праву, није сасвим јасна. У погледу физичких лица, каже се да ће се страним улагачем сматрати страно физичко лице. Израз страно физичко лице нема јасно поље значења, ако се не прецизира да ли је критеријум држављанство, домицил, или нешто треће. Из контекста би се могло закључити да је законодавац имао у виду држављанство као мерило, па се према томе страним улагачем сматрају она физичка лица, која су страни држављани. Даље, страним улагачем сматра се и држављанин Србије, који има пребивалиште, односно бораиште у иностранству, у трајању од најмање годину дана и он се сматра странцем за потребе Закона о страним улагањима. У погледу правних лица, страним улагачем ће се сматрати страно правно лице, са седиштем у иностранству.

Са страним држављанима би требало изједначити **апатриде**, који немају пребивалиште у Србији. Апатриди са пребивалиштем у Србији, третирали би се као домаћи инвеститори.

Обавезе и права страног улагача

Обавезе:

Основна обавеза страног улагача је унос одређеног улога, а то је истовремено циљ домаћег законодавца – привући страни капитал. Улог страног инвеститора може бити у страној конвертибилној валути, динарима, стварима, правима интелектуалне својине, хартијама од вредности и другим имовинским стварима. Неновчани улози се морају изразити у новцу, тј. мора бити утврђена њихова вредност.

Основна обавеза страног улагача је **унос одређеног улога**, а то је истовремено циљ домаћег законодавца – привући страни капитал.

Улог јесу:

- ствари
- права

- новац

Неновчани улози изражавају се у новцу. Улог страног улагача може бити и у девизама и у ефективном страном новцу који се купују и продају на девизном тржишту (у РС);

Права:

Слобода улагања

Предузеће које послује са страним капиталом ужива једнак положај, као и предузећа која су основала домаћа лица.

Домаћи и страни улагачи уживају слободу улагања, у складу са Уставом и законом.

Заштита стечених права

Улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем.

Експропријација

Даље, страном улагачу се нуде одређене гаранције у погледу експропријације. Држава увек има право да национализује страно улагање, али се сматра да компензација која се даје страном улагачу за то мора бити адекватна, брза и праведна. Адекватна значи да се мора платити у конвертибилној валути, брза да се с њом не сме отезати, а праведна да мора бити у довољној мери да надокнађује вредност одузете имовине. Страна улагања се могу експроприсати, само када је на основу закона утврђен јавни интерес и уз плаћање накнаде која одговара тржишној вредности предмета експропријације. Исплата се мора вршити без одлагања, у конвертибилној валути и може се слободно изнети из земље. У случају доцње, страном улагачу се гарантује законска затезна камата.

Улагање неће бити предмет експропријације било непосредно или посредно мерама које имају за циљ ефекат који је једнак експропријацији.

Изузетно својина и друга стварна права улагача на непокретностима могу се одузети или ограничити само у јавном интересу, ако је таква могућност предвиђена законом којим се уређује експропријација, на недискриминаторан начин, по поступку прописаним тим законом, уз исплаћивање одговарајуће накнаде (у конвертибилној валути у адекватном износу) без одлагања.

Национални третман страних улагања

Страни улагачи, у погледу свог улагања у свему уживају једнак положај и имају иста права и обавезе као и домаћи улагачи, ако овим или другим законом није другачије уређено.

Улагачи могу заснивати радни однос са странцима, у складу са законом.

Страни улагач може стећи право својине, службености, залог и друга стварна права на покретним стварима и непокретностима које се налазе на територији Републике Србије, у складу са законом.

Слобода плаћања према иностранству

Предузећу са страним улагањем гарантује се слободно вршење међународних плаћања.

Улагач, ради плаћања према иностранству која су дозвољена законом којим се уређује девизно пословање, може купити девизе на девизном тржишту у Републици Србији.

Право на трансфер добити и имовине страног улагача

Оно што стекне, страни улагач слободно може конвертовати у страну ковертибилну валуту и профит пребацити тамо где сматра да је потребно. Овим се гарантује да профит неће постати заробљен.

Страни улагач има право да, у складу са законом, након плаћања свих пореских и других обавеза по основу јавних прихода, слободно трансферише финансијска и друга средства у вези са улагањем, као што су:

1) приходи (дивиденде, накнаде за коришћење права интелектуалне својине и других сродних права, камате и др.);

- 2) имовина која му припадне после гашења привредног друштва, односно на основу престанка уговора о улагању;
- 3) износи добијени од продаје удела или акција у капиталу привредног друштва;
- 4) износи добијени по основу смањења основног капитала привредног друштва;
- 5) износи добијени од допунских уплата;
- 6) накнаде од експропријације, односно од друге мере са сличним дејством;
- 7) део зараде лица на основу радно односа.

Царинско ослобођење предмета улога

Закон о страним улагањима предвиђа још неке подстицаје за стране улагаче. То су одређена царинска ослобађања. Тако се без плаћања царина и других увозних дажбина оже увести опрема по основу улога страног улагача.

Увоз опреме који представља улог страног улагача, у смислу овог закона, је слободан и ослобођен од плаћања царине и других увозних дажбина, осим путничких моторних возила и аутомата за забаву и игре на срећу, под условом да је опрема коју улагач увози у складу са прописима којима се уређују здравље и безбедност грађана и заштита животне средине.

(?)Треба напоменути да садашњи српски порески прописи предвиђају једнаке пореске подстицаје за инвеститоре, без обзира на то да ли је реч о домаћим или страним улагачима. Тиме се избегла ранија појава тзв. round-tripping-a, где би домаћи субјекти оснивали предузећа у иностранству и потом преко њих улагали у нашу привреду.

Евиденције о страним улагањима

Евиденција о страним улагањима води се при Министарству економије и регионалног развоја при секретаријату за економске односе са иностранством. За страна улагања нису потребне никакве доадтне сагласности у односу на домаћа улагања. Изузетак су једино улагања у области производње и промета наоружања, где је потребно прибавити одобрење Министарства одбране

Евиденција о страним улагањима води се при Развојној Агенцији Србије. Њен циљ (Агенције) је обављање развојних, стручних и оперативних послова подстицања и реализације директних улагања, промоције и повећања извоза, развоја и унапређења конкурентности привредних субјеката, угледа и развоја Републике Србије у области привреде и регионалног развоја. Надзор над радом Агенције врши министарство

(?)Посебно је интересантна клаузула закона, коју можемо назвати клаузулом замрзавања или стабилизационом клаузулом. По њој, права страних улагача, стечена у моменту уписа страног улагања у регистар не могу бити сужена, накнадом променом прописа. Даје се гаранција страном улагачу да се у односу на права, која је стекао, правно окружење може само побољшати. Држава наравно може да доноси нове и мења постојеће прописе, али страни улагач остаје изолован од евентуалних штетних последица.

Концесије и BOT

- **Концесија** је уговор којим се на концесионара (страно или домаће лице) преноси право коришћења природног богатства или добра у општој употреби, или му се дозвољава обављање делатности од општег интереса, од стране концедента, под посебно прописаним условима и уз накнаду.
- Посебан облик концесије је по **BOT систему** (Build Operate Transfer – изгради, користи, предај), када инвеститор има обавезу да изгради одређени објекат (нпр. аутопут, гасовод, електрану), а

затим тај објекат експлоатише одређени период. Тај период не може бити дужи од 30 година и по његовом истеку изграђени објекат прелази у својину Републике Србије.

Предлог за давање концесије подноси се Влади Србије, која доноси концесиони акт, који се објављује у Службеном гласнику Србије. Концесиони акт садржи све битне информације о концесији, која се даје, као и друге битне услове тендера и параметре будућих односа између државе и концесионара. Влада по спроведеном тендеру доноси одлуку о избору концесионара. Давалац коцесије (концедент) најчешће је влада, мада то може бити и јединица локалне самоуправе, ако се концесија даје за комуналне делатности. Уговор о концесији се закључује у писменој форми и у складу са условима утврђеним концесионим актом, а евиденција закључених концесионих уговора се води при Министарству финансија. За обављање концесионе делатности концесионар **у року од 60 дана** од закључења концесионог уговора **мора основати посебно преузеће у Србији, осим ако већ има предузеће у нашој земљи.** За странце је ово тзв. обавеза оснивања, којим се од старта осигурава снажније комерцијално присуство страног инвеститора. Предност концесије над осталим страним улагањима јесте то што предмет концесије, као делатност од општег интереса, омогућује да се путем концесионог акта са државом договори начин на који ће нпр. неопходно земљиште бити експроприсано. Такође, док обављање делатности од јавног интереса подлеже ценовној контроли државе, концесионар има могућност да параметре своје будуће ценовне политике уговори у концесионом акту.

Решавање спорова из страних улагања и концесија

Спорови из страних улагања и спорови из концесија **могу се решавати пред домаћим судовима и пред арбитражама, како домаћим, тако и страним.** Надлежност страних судова се не може уговорати. Ово решење би се могло окарактерисати као **релативно искључива надлежност наших судова**. Ако је предмет концесионог спора **непокретност**, остаје **искључива надлежност наших судова**. Међутим, понекад ће страном улагачу стајати на располагању нешто шири избор трибунала пред којима се може решавати спор. Иако је основ надлежности арбитраже договор странака, изузетно се она може базирати и без класичне арбитражне клаузуле или компромиса. Наиме, велики број билатералних споразума о заштити инвестиција садржи тзв. **дијагоналне клаузуле**. Нпр. Уговор са Хрватском каже да ће се сваки инвестициони спор између стране уговорнице и улагача друге стране уговорнице, решавати преговорима. Ако спор не може да се реши у року од шест месеци од писменог обавештења, на захтев улагача спор ће бити поднет на решавање надлежном суду стране уговорнице или арбитражи. Клаузулом се, након обавезног покушаја решавања спора преговорима, хрватском улагачу омогућава да спор против Србије покрене пред форумом по избору: српским судовима, Вашингтонском (ICSID) арбитражом, арбитражом ICC (Међународна трговинска комора) у Паризу, или пред ad hoc арбитражним трибуналом. Инвеститор **ову могућност има само према држави Србији, а не и према свом локалном српском партнеру са којим је ушао у joint venture.** Избор по дијагоналној клаузули може бити и шири него што сугеришу одредбе појединог билатералног споразума, услед деловања тзв. клаузула најповлашћеније нације. Нпр, иако уговор са Шпанијом не предвиђа могућност изношења спора пред ICC арбитражу у Паризу, то ће ипак бити могуће, с обзиром на то да је у споразуму садржана и клаузула најповлашћеније нације.

Право страних фирми на оснивање представништава и огранака у Србији

Страна лица могу **оснивати представништва и огранке у Србији**. И огранак и представништво су **издвојени, правно зависни делови** страног правног лица, **без сопственог правног субјективитета.**

- **Представништво** може само да обавља претходне и припремне радње у вези са закључењем уговора.
- **Огранак** представља јачи степен комерцијалног присуства и може, у складу са српским прописима, обављати само оне делатности за које је регистрован његов оснивач.

Право страних лица да отварају представништва и заступништва је **релативно резервисано**, а уређено је **Законом о привредним друштвима, Законом о спољнотрговинском пословању и Уредбом о регистрацији представништва правних лица у регистар привредних субјеката**, који води Агенција за привредне регистре. Представништво страног лица нема својство правног лица и не може закључивати уговоре у спољнотрговинском промету, већ може обављати само друге послове по налогу оснивача. Представништва страних лица се баве, пре свега, истраживањем тржишта, вршењем претходних и припремних радњи за закључивање уговора, успостављањем пословне сарадње. Једини **изузетак** су представништва за агенцијске послове у ваздушном саобраћају, која могу продавати сопствена превозна документа, тј авиокарте.

Регистрација огранака и представништава страних лица се обавља при **Агенцији за привредне регистре**.

Појам и значај правила о међународној надлежности

Надлежност и сукоб надлежности

Под надлежношћу, у науци грађанског процесног права, подразумева се круг послова једног суда, која се према странкама испољава као дужност суда да поступи у одређеној ствари. Надлежност може бити:

- а) **стварна** - састоји се у расподели спорова на разне првостепене судове исте врсте (и то по критеријуму вредности спора - rationae valoris или по критеријуму предмета – rationae causae).
- б) **месна** - одређује који ће од стварно надлежних судова судити по одређеном питању
- в) **функционално** – њоме се одређује круг послова судова разних степена о истом, дакле по тужби, жалби и ревизији (захтеву за заштиту законитости).
- г) **међународна** надлежност, као посебна врста надлежност.

Сукоб надлежности може се јавити као **негативан** и као **позитиван**.

- а) **Негативан сукоб** надлежности постоји уколико ниједан од судова не би сматрао да је он надлежан да суди по одређеном захтеву и тужби.
- б) **Позитиван сукоб** надлежности постоји уколико два или више суда сматрају да су надлежни да расправљају предмет. До позитивног сукоба надлежности не долази, унутар једног правосуђа, због правила о литиспенденцији, којима се искључује могућност вођења парнице о истом и између истих странака.

- Да би решила суд које земље је надлежан да расправља по тужби, која почива на чињеничном стању везаном за иностранство, свака земља доноси своја **правила о међународној надлежности**. Понекад се доношење правила о овој надлежности, подиже са нивоа државног законодавца на виши ниво, па се закључују уговори, којима то питање регулише светски, европски законодавац (Брисел I Регулатива) или се решава путем двостраних или вишестраних (најчешће регионалних) међународних уговора.

- Истовремено употпуњују се **правила о литиспенденцији**, чији је задатак да регулишу тзв. Међународну литиспенденцију, чиме се спречава међународни позитивни сукоб надлежности.

- Најзад, будући да виши суд у међународном контексту не постоји, настаје ситуација **одбијања правде** (denial of justice), тј. **вакум надлежности**. - у коме судови свих земаља одбијају да прихвате сопствену надлежност. оглашавајући се ненадлежним за тужбу. Због тога поједине земље, али не и наша, доносе посебна правила о надлежности за случај нужде (emergency jurisdiction), елиминишући тиме појаву одбијања правде.

Појам међународне надлежности

Питање међународне судске надлежности је свакако најважније питање у проблематици међународне надлежности. **Правила о међународној надлежности судова постављају границе једног правосуђа, одређују онај круг ситуација у којима једно правосуђе има право и дужност да поступа.** Свака држава има своја правила о међународној надлежности. При постављању ових правила, законодавац води рачуна, пре свега, о интересима своје државе, али и о обзирима међународне сарадње правних система и о легитимним интересима страних држава. Законодавац приликом постављања правила о међународној судској надлежности, такође води рачуна и о интересима странака, као и о интересу за ефикасно вођење поступка. У једном спору са елементом иностраности, можемо се обратити само правосуђу оне државе, чије норме о међународној судској надлежности предвиђају надлежност својих судова за тај случај. Судови других држава, којима би се евентуално обратили, након што утврде да нису надлежни да поступају, одбили би да расправљају о тужби. Могуће је, међутим и то да законодавства више држава дозвољавају надлежност свог правосуђа у истом случају, када се појављује позитиван сукоб надлежности, или конкуренција надлежности. У таквим ситуацијама, туžilца је у могућности да се определи за суд једне од земаља и тада кажемо да постоји појава **конкурентне надлежности**. Прописи о међународној надлежности одређују судови које државе имају право и дужност да поступају, али не одређују конкретно надлежан суд. Ово се препушта нормама о стварној и месној надлежности земље, чији је суд међународно надлежан. **Приликом оцене своје међународне, стварне и месне надлежности** сваки суд полази **увек од прописа своје земље**, примењује сопствено право (lex fori).

Значај међународне надлежности

Од међународне надлежности може да зависи, пре свега, исход спора, јер судови сваког правосуђа полазе од сопственог међународног приватног права. На исход спора може да утиче и околност што сваки суд примењује своје процедуралне норме, а од правила о извођењу и оцени доказа, као и других правила поступка, може такође да **зависи исход спора**. Сасвим је могуће да се добије спор у једној земљи, који би се изгубио у другој. Значај међународне надлежности подвучен је и тиме што се битно потенцирају погодности, односно непогодности које произилазе из чињенице да се спор води на једној територији. **Суд на своју међународну надлежност пази по службеној дужности** у току целог тока поступка, док то није случај са месном надлежношћу, о којој води рачуна само по приговору странке и само до одређене фазе у току трајања поступка. Не може се огласити ненадлежним, после закљученог припремног роишта, месно ненадлежан суд, као и стварно ненадлежан виши суд, који је присвојио предмет, који спада у стварну надлежност основног суда.

Међународна и месна надлежност судова

Сличности:

- Основна сличност између међународне и месне надлежности суда јесте у томе што је у оба случаја реч о територијалном разграничавању компетенција.

- Правила међународне и месне надлежности веома често су идентична и ослањају се на иста мерила. Нпр. основно и најопштије мерило за одређивање месне надлежности је пребивалиште туженика, а исто мерило може да важи и за међународну надлежност.

Разлике:

- Основна разлика је у томе што правила о међународној надлежности врше разграничења компетенција правосуђа држава, а правила о месној надлежности одређују, који ће стварно надлежан суд бити територијално надлежан унутар исте државе.
- Из ове разлике произилази и следећа, а то је да **од међународне надлежности може зависити исход спора, а од месне у начелу не може.**
- Суд на своју међународну надлежност пази по службеној дужности у току целог поступка, а о месној води рачуна само по приговору странака и то до одређене фазе у току поступка.

У многим државама правила о месној надлежности користе се и у функцији норми о међународној надлежности. Код нас је та ситуација постојала до доношења ЗМПП. Овај закон посвећује много простора нормама о међународној надлежности. **Доношењем ЗМПП укинута су посебне норме о међународној надлежности ЗПП, али није укинут члан 27. ЗПП, који говори о могућности да се норме о месној надлежности примењују у функцији норми о међународној надлежности.** Ова могућност начелно је остала, али њен практични значај није велики. ЗМПП данас садржи посебне норме о међународној надлежности, које, уз неке норме у другим законима које су посвећене међународној надлежности, релативно потпуно уређују проблематику надлежности српског правосуђа.

Критеријуми заснивања међународне надлежности

- За разлику од колизионих норми, које могу бити једностране или вишестране, **норме о међународној надлежности увек су једностране**. Наиме, наше норме о надлежности **одговарају само на питање да ли је надлежан домаћи суд**. Уколико је одговор негативан, оне не указују на то чији је суд надлежан.

- Начелно су државе **потпуно суверене при одређивању граница међународне надлежности** својих органа.

- Некада се сматрало да је сасвим довољан разлог заснивања надлежности то што се тужени или његова имовина, налазе на територији државе. *Постојала је много већа везаност људи за територију на којој су живели, те су таква лица и њихова имовина били лако доступни државној сили, из чега је следило да је сила основ надлежности (теорија силе).* И данас се види одблесак оваквих схватања у англосаксонском заснивању надлежности уручењем тужбе туженом, док борави на територији суда или донедавном схватању да је немачки суд надлежан, ако тужени има било какву имовину на немачкој територији, без обзира на то колико безначајна била вредност те имовине.

- Услед учесталог кретања и мобилности људи у модерном добу, овакав критеријум би олако везивао за надлежност одређене државе, без јаке повезаности лица са том државом, нпр. лица у транзиту преко одређене територије. Да би се то избегло данас најшире прихваћен основ надлежности је **пребивалиште или редовно боравиште туженог**, које такође има порекло у теорији силе и присуству туженог на одређеној територији, али је њихова повезаност много јача.

- Други обзир, који једна добра норма о надлежности треба да задовољи јесте да буде **правична**, односно **предвидљива**. Обзири правичности сугеришу да, при одређивању основа надлежности,

критеријум треба поставити тако да није довољна било каква веза, већ она која је довољног интензитета да послужи као основ заснивања надлежности.

- Овакви обзири диктирају начин конструисања нормe о надлежности – она треба да **под надлежност домаћег правосуђа подведе оне спорове, за које постоји одређени интерес да их домаће правосуђе реши.**

Критеријуми заснивања надлежности присутни у упоредном праву:

а) Најчешће коришћени критеријуми:

пребивалиште, односно седиште правних лица (forum domicilii), те уобичајено, односно редовно боравиште.

б) Ређе присутни критеријуми:

- Држављанство се, у светским размерама, сматра релативно неадекватном основом надлежности, те се стога и не користи за њено заснивање, сем изузетно (јер центар животних активности једног лица не мора да буде у земљи у којој имам држављанство).
- Још је ређа надлежност која се базира на религиској припадности.

в) Као основ надлежности јављају се још:

- место налажења ствари (како покретне, тако и непокретне имовине - forum rei sitae),
- место закључења правног посла (forum loci contractus),
- место извршења правног посла (forum loci solutionis)
- место деликта (forum delicti commissii).

Једном донета одлука, често, свој пуни правни ефекат стиче, тек након признања и извршења у некој другој земљи, а то је углавном много једноставније ако је орган, који је донео одлуку, своју надлежност заснивао на релативно прихваћеном основу надлежности.

Класификација правила о међународној надлежности

- директна и индиректна међународна надлежност
- искључива и конкурентна међународна надлежност
- општа и посебна међународна надлежност
- законски одређена и споразумно одређена међународна надлежност

Директна и индиректна међународна надлежност

Критеријум за поделу правила о међународној надлежности на правила о директној, односно индиректној надлежности, је процесни моменат у коме се оцењује надлежност и сврха оцене надлежности. Применом правила о директној међународној надлежности решава се, у моменту заснивања надлежности за одлучивање, да ли је једно правосуђе уопште надлежно, има ли право и дужност да поступа у једној ствари. Примена правила о индиректној надлежности долази у обзир у једном знатно доцнијем моменту, након доношења правоснажне одлуке, када се поставља питање дејства исте у некој другој држави. Тада ће се применити нормe о индиректној надлежности те друге државе, у којој се тражи признање судске одлуке, да би се утврдило да ли је правосуђе, које је донело одлуку било надлежно за доношење исте. Према томе, српска правила о

- **директној надлежности** одређују да ли су српски судови надлежни (искључиво или конкурентно) да поступају у једној ствари,
- **индиректној надлежности** постоје у поступку признања и извршења стране судске одлуке, при чему се утврђује да ли је српски суд био искључиво надлежан (или не) за питање поводом кога је донета страна судска одлука. У случају да је постојала искључива надлежност српског суда, наш суд неће признати страну судску одлуку.

Искључива и конкурентна надлежност

- **Искључива надлежност** правосуђа једне државе:
 - а) искључује надлежност судова других држава. У случајевима, када је по нашим прописима, искључиво надлежно наше правосуђе, не дозвољавамо да страно правосуђе поступа, а ако би ипак поступало и донело одлуку, таква одлука у Србији остаје без дејства, не може се признати.
 - б) у стварима које су искључиво резервисане за домаће правосуђе не би могле ни странке да уговоре надлежност судова неке стране државе.
 - в) у стварима у којима постоји искључива надлежност српског суда, одбиће се и приговор међународне литиспенденције.
 - г) у поступцима у којима је (наш) суд искључиво надлежан, врло често је меродавно домаће (српско) право, што је још један доказ о постојању снажних веза између правног односа и домаће државе.

Искључива надлежност се предвиђа изузетно, у случајевима када један правни однос има јаке везе са домаћим правосуђем и постоји изразит интерес да се расправљање тог односа резервише за домаће судове.

- **Конкурентна (елективна) надлежност** правосуђа једне државе:

У осталим случајевима за које се предвиђа директна надлежност домаћих судова, реч је о конкурентној (елективној) надлежности. То значи да:

- а) постоји основа за надлежност домаћег правосуђа, али се тиме не искључује надлежност другог правосуђа, што практично значи да се неће одбити признање одлуке страног суда,
- б) да је могућа пророгација надлежности и да ће се усвојити приговор међународне литиспенденције.
- в) Највећи број правила о међународној надлежности су конкурентне природе. Конкурентна надлежност води појави forum shopping-a, односно ствара подстицај за тужиоца да, међу конкурентним форумима, изабере онај чија му процесна и колизиона правила највише одговарају.

Конкурента - више правосуђа се може јавити као надлежно за исту правну ситуацију

Електива - постоји могућност избора суда који ће бити надлежан, на основу аутономије воље странака

У нашем праву правило о искључивој надлежности предвиђа ЗМПП, који каже да искључива надлежност постоји када је то овим, или другим законом изричито одређено. Ово правило је опште, што значи да се примењује независно од врсте поступка и интерпретативно. У ЗМПП **искључива надлежност српског правосуђа** се предвиђа у следећим случајевима:

1. ако је реч о стварноправним споровима на некретнинама, укључивши и спорове због сметања поседа, спорове из закупних најамних односа на некретнинама, спорове из уговора о коришћењу стана и пословних просторија, под условом да се некретнина налази у Србији;
2. у брачним споровима, под условом да је туженик српски држављанин и има домицил у Србији,
3. у споровима ради утврђивања и оспоравања очинства и материнства, када се у улози туженика нађе дете које је српски држављанин и има пребивалиште или боравиште у Србији;
4. у поступцима за расправљање непокретне заоставштине која се налази у Србији;
5. у споровима о чувању, подизању и васпитању детета, ако су и тужени и дете наши држављани и имају домицил у Србији;
6. у поступку ради давања дозволе малолетнику да ступи у брак, који се закључује у иностранству, ако су оба вереника наши држављани. Ако се сам брак закључује у Србији, за искључиву надлежност нашег суда у поступку за издавање дозволе, довољно је да је малолетник држављанин Србије;
7. у поступку за проглашење умрлим српског грађанина.

ЗМПП садржи и два правила о искључивој надлежности других српских органа:

1. у поступку у којем се одлучује о усвојењу или престанку усвојења лица, које је држављанин Србије и у њој има пребивалиште;
2. у поступку у вези са старатељством над српским држављанином.

Констатација је да правила о искључивој надлежности постоје у две области: у домену породичног права и у домену спорова о некретнинама. Чак је у области породичног права изостављено да се конституише искључива надлежност у вези са једном врстом спора, а то су спорови о издржавању. Очито је наш законодавац водио рачуна о обзирима међународне сарадње, те надлежност српског суда, или другог органа није поставио као искључиву у ситуацијама, када нису у питању наши витални интереси и када не постоји снажна повезаност спора са нашим правосуђем.

Нека правила о искључивој међународној надлежности садрже и други закони: нпр. ЗПУП

Релативна искључива међународна надлежност

За једну врсту наших норми може бити спорно да ли је то правило о искључивој надлежности. Такву норму налазимо, чл. 17 **Закону о страним улагањима**, према тој одредби спорове који проистичу из страних улагања, може да решава само домаћи суд, али истовремено закон дозвољава да се странке могу договорити да спор препусте домаћој или страниј арбитражи. Постоје дакле норме које су блиске правилима о искључивој надлежности по томе што постављају правило према којем искључиво може да одлучује само домаћи, а никако страни суд, али при томе, дозвољавају да спор реше други несудски органи, тј. Арбитраже. На тај начин створена су правила *suí generis*, која бисмо назвали правилима о релативној искључивој надлежности.

Општа (са реторзионом) и посебна међународна надлежност

Општа међународна надлежност је надлежност једног правосуђа за све врсте спорова и других поступака. Ако постоји база за општу међународну надлежност у Србији, наши судови и други органи ће моћи да поступају у односу на неког туженог, без обзира на основу чега је тужен. Упоредноправно посматрано, **најчешћи основ за заснивање опште надлежности је пребивалиште (односно уобичајено бораиште или седиште) туженог на одређеној територији**. Овако постављен критеријум надлежности задовољава како обзире силе, тако и правичности. Међутим неке државе прописују и друге критеријуме као основ опште надлежности. Тако англосаксонски судови могу

надлежност засновати на томе, што је туженом тужба уручена на територији суда, без обзира на предмет спора и евентуално случајан или транзитни карактер боравка туженог. Судови у САД могу општу надлежност засновати и над туженим, који има системске и трајне контакте са форумом. Такав ће случај бити, нпр. ако тужени има у тој јурисдикцији отворену канцеларију преко које послује, али неће ако је тужени ту само редовно куповао робу.

Посебна надлежност постоји када се над туженим надлежност неког правосуђа заснива за расправљање једне посебне категорије односа, тј. спорова. Посебна надлежност се над туженим заснива ван његовог општег форума, на основу неких других конаката, које је остварио са форумом посебне надлежности. Ако такав контакт постоји, заснивање надлежности је оправдано, али **само у одређеној вези или сразмери са контактом који тужени има у том форуму**. Дакле, ако је основ надлежности имовина, она то треба да буде само у погледу тужбених захтева који се тичу имовине, или до висине њеног износа. Ако се надлежност заснива као forum delicti commissii, она важи само у погледу захтева за накнаду штете причињене тим деликтом.

Међутим, државе понекад прописују и одредбе о надлежности које су прекомерне (егзорбитарне), тј. где се посебна надлежност заснива у несразмерном обиму. Тзв. "кишобран/шешир" надлежност - у немачком чл. 23 ЗПО - било је дозвољено да се заснује надлежност немачког суда у случају када се имовина једног лица налази на територији Немачке. При таквом дефинисању није вршено прецизирање која вредност или врста имовине мора да се нађе на територији, што је оставило могућност да немачки суд заснује надлежност за расправљање имовинских спорова лица која немају везе за Немачком, у хипотетичкој ситуацији да та особа заборави кишобран/шешир или неку другу ствар мале вредности на територији Немачке.

У САД прецедентно право допушта заснивање посебне надлежности, ако тужени има бар минималне контакте са форумом и то контакте који су у вези са спором.

Општа међународна судска надлежност (actor sequitur forum rei) и реторзиона надлежност

Ослонац за општу међународну судску надлежност је веза са туженим, остварена преко његовог **пребивалишта** (за правна лица **седишта**), а у неким случајевима и **боравишта**.

Пранични поступак:

- **Пребивалиште** туженог биће увек довољна основа за надлежност српског суда. Ако у парници има више тужених који имају својство материјалних супарничара, довољно је да само једно од њих има пребивалиште (седиште) у Србији, како би српски суд засновао надлежност за све њих. У овом случају говоримо о **атракцији (привлачењу надлежности) за материјалне супарничаре**. Материјални супарничари су лица, која су у погледу предмета спора у правној заједници, или лица, чија права и обавезе проистичу из исте чињеничне и правне основе. Основу за оцену да ли је реч о супарничарима дају наводи тужбе, а за то питање је меродавно lex causae.

Правна лица:

- Када је реч о правним лицима, релевантно је њихово **седиште**. У случају сумње где се налази њихово седиште, као седиште се третира место у коме се **налазе орагани управљања према изводу из регистра привредних субјеката коју води АПР** (у складу са **Законом о привредним друштвима**). За општине и друга слична правна лица, надлежан је суд **седишта њихове скупштине**.

Ванпарнични поступак:

- У ванпарничном поступку, где нема туженог, релевантно је **пребивалиште лица, чија је улога најближа улози туженог**, а то је лице према коме је поднет захтев. Ако у ванпарничном поступку учествује само једно лице, општа надлежност се заснива према пребивалишту тог лица. У

ванпарничном поступку нема заснивања надлежности преко боравишта лица, према коме је поднет захтев.

Алтернативни основи међународне надлежности:

- Када је реч о физичким лицима, поред пребивалишта, често се као база за општу надлежност јавља и **боравиште** туженог. *Нека права постављају алтернативну базу за надлежност и код правних лица, те као могућу основу за надлежност предвиђају и пословно место, пословни настан, или неку сличну категорију.* Наше право тако не поступа. Наше право **прихвата боравиште, као алтернативну основу за надлежност**. Боравиште **не представља основу** за међународну надлежност, **без неких додатних квалификатива**. У нашем праву постоје две ситуације у којима се боравиште може јавити као основ за општу међународну судску надлежност:

1. боравиште туженог ће бити основа за општу међународну надлежност српског суда, ако тужени нема пребивалиште;
2. боравиште туженог ће бити основа за општу међународну надлежност српског суда и ако тужени негде има пребивалиште, али је тада потребно да постоји и нека друга веза између спора и домаће територије. ЗМПП тражи у том случају, да обе парничне странке буду држављани Србије.

Реторзиона међународна надлежност

Међународна надлежност сваке државе је одређена критеријумима те државе. Само изузетно држава се одлучује на позајмљивање критеријума, тј. на упућивање на критеријуме на основу којих друге државе одређују надлежност судова који им припадају. Историјски она је настала као реакција на француски Code civil, према коме је за заснивање надлежности у Француској, било довољно да је тужилац домаћи држављанин. Циљ овога је био да се Французима омогући да код куће остваре права, која би им негде друго могла бити ускраћена. У нашем ЗМПП, реторзиона надлежност уређена је чланом 48. За надлежност нашег суда у спору против странца, довољно је да, по праву стране државе чији је тај странац држављанин, против држављанина Србије постоји надлежност њеног суда по критеријумима непознатим нашем праву. - Наш суд ће моћи да заснује надлежност према странцу на основу критеријум које не познаје наше право, под условом да је суд земље порекла тог странца, засновао (раније) надлежност на основу истог тог критеријума према нашем држављанину. Ову надлежност називамо **реторзионом или реципрочном**, сматрајући је врстом опште надлежности. Она се примењује без обзира на врсту ствари и у парничном и у ванпарничном поступку. Ако би наш суд прихватио реторзиону надлежност у неком случају, онда би се и месна надлежност српског суда одређивала по критеријумима права из кога је позајмљена реторзиона надлежност.

Члан 48. ЗМПП-а

Ако у страног држави постоји надлежност страног суда у споровима против српских држављана по критеријумима о надлежности којих нема у одредбама о надлежности суда Републике Србије, ти критеријуми ће бити меродавни за постојање надлежности суда Републике Србије у споровима у којима је тужени држављанин те стране државе.

Посебна међународна судска надлежност

(Напомена: Обједињено са "неколико примера норми о међународној надлежности српског права" стр. 505-507)

У нашем праву постоји значајан број норми које постављају правила о посебној међународној судској надлежности. Према ЗМПП, српски суд ће бити надлежан у брачном спору, иако нису испуњене претпоставке за општу међународну надлежност у следећим ситуацијама:

1. ако оба брачна друга имају наше држављанство;
2. ако је само тужилац наш држављанин, али има пребивалиште у Србији;

3. без обзира на то чији су држављани брачни другови, ако су имали своје последње заједничко пребивалиште у Србији и ако у време подношења тужбе тужилац има пребивалиште (или макар боравиште) у Србији.

Није конституисана надлежност нашег правосуђа за спорове, који нису у изразитој вези са домаћом земљом. Постоји ипак један случај, где су обзири међународне сарадње потиснути. У споровима за развод брака, за надлежност нашег правосуђа, довољно је да само тужилац буде домаћи држављанин и то без обзира на то да ли неко страно држављанство дозвољава надлежност нашег суда. Међутим, ово је дозвољено само ако право државе, чији би суд иначе био надлежан, не познаје установу развода. У том случају принцип слободе личности и разрешивости брака добија примат испред обзира сарадње правних поредака.

Правила о посебној међународној надлежности предвиђена су и нормом која каже да ће наши судови бити надлежни у споровима о вануговорној одговорности за штету, ако је штета настала у иностранству.

Према ЗМПП, наши судови ће бити надлежни у споровима о имовинскоправним захтевима, ако се на домаћој територији налази имовина туженика, или пак предмет који се тужбом тражи (егзорбитантна надлежност). Имовинскоправни захтев не мора се односити на имовину туженика у Србији, нити мора постојати икаква сразмера између вредности те имовине и висине тужбеног захтева. - појављују се исти проблеми као и у случају немачког ЗПО

Примери норми за заснивање надлежности наших судова за поједина правна питања (тужбе):

**Општи форум = пребивалиште туженог на територији РС (односно правила за седиште правног лица)*

Стварноправни односи:

Искључива надлежност српских судова постоји:

- За реивиндикацију и друге својинске тужбе и за тужбе сметања поседа на непокретностима које се налазе у Србији

Конкурентна надлежност српских судова постоји:

- у споровима због сметања поседа на покретностима, и он може бити надлежан по општем форуму, на основу прећутне пророгације, а и у случају када су на територији Србије настале сметање.

Брачноимовински односи:

Искључива надлежност српских судова постоји:

- Уколико се спорна имовина брачних другова налази у Србији и састоји се од непокретности

Конкурентна надлежност српских судова постоји:

- Ако се имовина састоји од покретних ствари лоцираних у Србији, и постоји уколико је општи форум везан за Србију, или ако је у Србији пребивалиште или боравиште тужиоца у време подношења тужбе.

Ако се имовина налази у **више земаља, а делом и у Србији, домаћи суд ће бити надлежан у погледу имовине која се налази у иностранству, само ако одлучује и о имовини која се налази у Србији.** Уз то тражи се још један услов, а то је **да тужени пристане на ово проширење** надлежности српског суда. Тужени овај пристајак може дати и тако што се упусти у спор (одговори на тужбу) без истицања приговора ненадлежности.

Спорови о законском издржавању

Конкурентна надлежност српских судова постоји:

- када постоји по општем форуму,
- када тужбу подноси дете које има пербивалиште у Србији,
- када и тужилац и тужени имају српско држављанство
- Ако се надлежност не може засновати на ове начине, она ће ипак постојати ако је тужилац наш држављанин и има пребивалиште у Србији,
- као и у случају посебног форума имовине – ако тужени има имовину у Србији из које се може наплатити потраживање.

Расправа заоставштине

Искључива надлежност српских судова постоји:

- Ванпарнични поступак у коме се расправља заоставштина водиће се искључиво у Србији, уколико се оставинска маса састоји од непокретности које су лоциране у Србији, без обзира на држављанство de cuius или потенцијалних наследника

Уколико је de cuius држављанин Србије, који је умро оставивши непокретну имовину у иностранству, наш суд може расправљати и о њој, уколико се страни суд сматра ненадлежним

Конкурентна надлежност српских судова постоји:

- За покретне ствари које се налазе у Србији ако је de cuius био држављанин Србије,

Уколико се покретне ствари налазе у иностранству, надлежност српског суда постоји, уколико се суд земље у којој се налазе ствари, не сматра надлежним и одбије да расправља.

Ако је de cuius био странац, надлежност српског суда за покретну имовину, која се налази у Србији, постоји, али ће се наш суд огласити ненадлежним, уколико у држави чије држављанство има оставилац, њен суд није надлежан да расправља тамо лоциране покретности преминулог држављанина Србије. Реч је о специфичном форуму, који се базира на реципроцитету. Иста правила важе и за парницу која би се покренула из наследноправних односа, или из потраживања повериоца према заоставштини.

Деликти:

Конкурентна надлежност српских судова постоји:

За спорове из деликата и може се базирати на:

- домицилу туженога,
- prorogatio tacita (прећутни споразум о међународној надлежности)
- месту настанка штете (forum delicti commissi).

Уговорни односи:

Код спорова из уговора је дозвољено, а и најчешће је уговарање надлежности (и изричито и прећутно).

(?) Конкурентна надлежност српских судова постоји:

Уколико споразума о надлежности нема, или је он непуноважан, спорови из уговора спадају у типичне елективне спорове, јер се код њих надлежност може засновати по више основа:

- општи форум (forum domicilii),
- форум имовине (forum patrimonii),
- места налажења ствари која се тужбом тражи (forum rei sitae),
- forum contractus

- за спољнотрговинске спорове forum solutionis.

Сматраће се да је форум имовине у Србији уколико се на нашој територији налази пребивалиште (или седиште) лица које је дужник лицу кога намеравамо тужити, према чему је ирелевантно колика је имовина и из чега се састоји. Небитан је и однос вредности ове имовине према вредности спора.

За спољнотрговинске спорове важи форум заступништва или представништва.

Страно физичко или правно лице може бити тужено у Србији, ако је реч о тужби за обавезе које су настале или се имају извршити у Србији, под условом да то страно лице на нашој територији има заступништво или представништво. Недавним увођењем могућности да страна лица на нашој територији оснивају и огранке, дошло се у ситуацију да ЗМПП предвиђа надлежност за представништва и заступништва, али не и за огранке, који представљају чак и јачи степен комерцијалног присуства. Ипак, по овом питању се може употребљавати ЗПП, те се надлежност нашег правосуђа, поводом делатности огранка, може засновати на основу ЗПП.

Законски и споразумно одређена међународна надлежност (Пророгација надлежности)

Законски одређена међународна надлежност

Представљају сви облици међународне надлежности који се одређују путем закона, јер основ њихог конституисања одређен самим законом. Поред свих наведених претходних облика, закон омогућава и другу могућност заснивања међународне судске надлежности, а то је путем споразума странака.

Споразумно одређена међународна надлежност (Пророгација надлежности)

Основ међународне судске надлежности, у оквирима које поставља закон, може да буде и споразум странака. У нашем праву постоје одредбе, како о споразуму којим странке утврђују надлежност страног суда, тако и о споразуму надлежности српског суда. Пророгација надлежности је споразум странака, којим оне одређују суд неке земље који ће одлучивати о некој њиховој правној ствари. Уговарајући надлежност, странке испољавају своју процесну аутономију воље.

Споразум о **надлежности српског суда** биће ваљан:

1. ако је макар једна од странака српски држављанин (друга мора бити апатрид или странац), односно правно лице са седиштем у Србији, значи у питању је мешовити спор;
2. ако није у питању правна ствар која се тиче брачних, породичних и статусних односа.

Споразум о **надлежности страног суда** биће ваљан:

1. ако је барем један од уговарача страном физичко лице или апатрид, односно правно лице са седиштем у иностранству;
2. ако није у питању правна ствар која се тиче брачних, породичних и статусних односа;
3. ако није реч о споровима за које, по нашим прописима, постоји искључива надлежност српског суда.

Споразум о надлежности може бити учињен изричито (expressis verbis) и прећутно (prorogatio tacita). Споразум о међународној надлежности може бити закључен после настанка спора, у виду посебног писмена (пророгационог уговора), или пре настанка спора, још у моменту закључења уговора о основном послу у виду клаузуле у уговору, којом се сви спорови који могу настати из тог уговора поверавају суду одређене земље (пророгациона клаузула). И поред чињенице да ЗМПП не уређује посебно форму пророгационог споразума, требало би узети – анологно члану ЗПП, који се односи на форму пророгирања месне надлежности (prorogatio fori) и одредби Закона о арбитражи о форми арбитражног споразума – да она мора бити писмена и да је та форма ad solemnitatem.

Доказивање постојања споразума врши се самим писменом (ad probationem), али и другим писменима која указују на постојање писменог пророгационог споразума. Захтев за писмену форму треба узети еластично, што значи да до закључења формално пуноважног пророгационог споразума може доћи и разменом писмена, телеграма, факс порука и других видова комуникације. Овај споразум би могао предвиђати надлежност суда одређене земље за већ настали спор, или за све будуће спорове који настану из одређеног правног посла. **Генерална пророгациона клаузула**, којом се сви будући спорови који могу настати из пословних односа, стављају у надлежност суда одређене државе, није дозвољена. Треба узети да је **пророгациони споразум самосталан правни посао**, који не дели судбину главног уговора и ништавост главног уговора не утиче на пуноважност првог. Он има процесну природу, а право меродавно за оцену његове пуноважности је lex fori prorogati (право земље чији је суд пророгиран).

У случају дерогације српске надлежности, наш суд би њену садржинску ваљаност осим **по lex fori prorogati**, имао ценити **и по српском праву, као lex fori derogati**. Тек уколико су испуњени захтеви оба права, наш суд би се имао огласити ненадлежним.

Пророгацијом међународне надлежности правосуђе једне земље постаје **искључиво надлежно за расправљање спора**, уз истовремено дерогирање надлежности правосуђа, које је једино или елективно надлежно по закону. Међутим, правне последице те искључиве пророгиране надлежности, не треба изједначавати са правним последицама законске искључиве надлежности. То значи да повреда правила о искључивој пророгираној надлежности, **не утиче на признање судских одлука**, као повреда правила о искључивој законској надлежности, **нити има исто дејство на терену литиспенденције**. Прећутна пророгација је старија од изричите: и поред постојања пророгационог споразума (клаузуле), ако се тужени упусти у расправљање пред ненадлежним судом, без истицања приговора његове ненадлежности, има се сматрати, да је изричито пророгирани суд, дерогиран каснијом прећутном пророгацијом. О постојању пророгационог споразума, суд води рачуна само по приговору странака, а не и по службеној дужности.

Forum non conveniens

Forum shopping представља рационални подстицај за тужиоца. Логично је да тужилац бира ону јурисдикцију чија му процесна и колизиона правила пружају највише изгледа за успех. Судови континенталних земаља немоћни су пред Forum shopping-ом.

Континентално право:

Ако је покренут поступак пред судом континенталног права и постоји одговарајући основ за заснивање надлежности, суд мора да води поступак.

Англосаксонско право:

У англосаксонским земљама, а нарочито у САД, од овога се може одступити позивањем на Forum non conveniens, односно констатовањем да, иако постоји надлежност поступајућег суда, нека друга јурисдикција представља много прикладније и природније место да се спор реши.

Познат је случај Union Carbide америчке мултинационалне компаније која производи пестициде, која је саградила фабрику у Индији код града Бопал. Дошло је до хаварије и настала је велика штета по здравље људи и околину, хиљаде људи је умрло. Амерички адвокати су похрлили у Индију како би од оштећених узели што више пуномоћја, како би тужили компанију у општем форуму- САД, те од компаније наплатили огромну одштету. Парнице су консолидоване пред судом у Њујорку. Након што је утврђен позамашан износ накнаде за штету које настала, долази до обрта, суд општег форума се огласио ненадлежним на основу правила Forum non conveniens, спасивши компанију од банкротства и препустио је случај индијским судовима. Амерички суд је проценио да је Индија погодније место за расправљање спора, обзиром да се тамо догодила несрећа, тамо налазе сведоци, оштећени, докази као и да би следствено томе поступак у САД био поприлично неекономичан.

Forum non conveniens је почео да трпи оштре критике и етикетирање да представља пуко средство за спашавање америчких мултинационалних компанија. Осим у Енглеској, европски судови не познају доктрину Forum non conveniens. Ако је законодавац извршио вредновање погодних основа за заснивање надлежности, није на судовима да преиспитују адекватност и економичност таквог решења, нарочито ако се у обзир узму примедбе да би одбијање надлежности било у супротности са правом на правично суђење, а самим тим и на ефикасан приступ суду, који гарантује Европска конвенција о људским правима и основним слободама.

Решавање позитивног сукоба међународне надлежности - Међународна литиспенденција

ЛИТИСПЕНДЕНЦИЈА - постојање парничног поступка који се између истих странака и по истом тужбеном захтеву (на основу истог чињеничног стања) већ води пред парничним судом.

Најчешћи облик међународне судске надлежности је конкурентна (елективна) надлежност. То значи да могућност обраћања судовима Србије, не искључује могућност да се станке у истом спору обрате и суду у некој другој држави. У ситуацијама у којима постоји стварна могућност да се поведе парница у више држава, могуће је да стране у спору преферирају различите форуме. Резултат тога и forum shopping-a, јесте да се често дешава да се поступак ефективно води у више држава.

На подручју истог правосуђа, две правоснажне одлуке донете у истој ствари аутоматски се искључују. Чим је један суд донео правоснажну одлуку, она је res iudicata на подручју целог правосуђа.

На међународном плану ствари стоје нешто другачије. Покренута парница у иностранству, није безусловно пуноважна судска одлука in statu nascendi, на домаћој територији. Имајући у виду да ће се страна одлука изједначити са домаћом одлуком, тек ако буде призната, у теорији се јавља мишљење да би домаћи суд требало да обустави поступак, тек ако утврди да би се могла признати одлука, која ће се донети у поступку који је у току у иностранству. Оваква солуција се намеће као компромис, који мири различите захтеве. Међутим спровођење овог правила може бити изузетно тешко у пракси.

ЗМПП је стао на становиште да раније покренута парница у иностранству има одређене процесне ефекте. Домаћи суд неће одбацити тужбу, као у унутрашњој литиспенденцији, већ ће прекинути поступак. ЗМПП не прецизира када и под којим условима ће се поступак наставити, но смисао прекида је у томе да се сачека доношење стране одлуке и отклањање неизвесности о томе хоће ли се та страна одлука, признањем, изједначити са домаћом одлуком. Ако страни суд оконча поступак мериторном одлуком и она буде призната у Србији, тужбу би, након настављања поступка, требало одбацити, зато што је страна одлука код нас постала res iudicata. Уколико се страни поступак не оконча мериторно или се мериторна одлука не призна у Србији, прекинути поступак би се наставио. Овакав прекид поступка не следи, међутим, ex offio и безусловно. Суд ће то учинити **само на предлог странке** и то било које од странака, мада је логично очекивати да ће приговор ставити тужени. Да би суд уважио **приговор међународне литиспенденције**, потребно је да су испуњена три додатна услова, која не постоје код унутрашње литиспенденције:

1. да је прво, раније, **пред страним судом покренут поступак** (дакле не и парница);
2. да је у питању спор за који **не постоји искључива надлежност српских судова**;
3. да између Србије и **земље у којој је раније покренут поступак постоји узајамност**.

1. да је прво, раније, **пред страним судом покренут поступак**

ЗМПП не везује литиспенденцију за моменат почетка тока парнице, како је то за унутрашњу литиспенденцију по ЗПП, већ за моменат покретања поступка, који се по ЗПП везује за достављање тужбе суду. Поменута два закона за различите моменте везују унутрашњу, односно међународну литиспенденцију:

прва се по **ЗПП** везује за моменат достављања тужбе туженом,

друга се по **ЗМПП** везује за моменат достављања тужбе суду.

Поставља се питање да ли је реч о свесној интенцији српског законодавства и мишљења су по том питању различита.

А. По једном ставу реч је о редакцијској неспретности ЗМПП, те да се моменат међународне литиспенденције, као и унутрашње има ценити по моменту почетка тока парнице, а не поступка.

Б. По другом ставу, изостанак референце „почетак парнице“, представља жељу законодавца да се ефекат закона прошири и на оне поступке који нису парнични и у којима моменат почетка парнице не постоји.

Друго питање које се поставља јесте, **по чијем се праву моменат покретања поступка утврђује**, да ли само по домаћем, или долази у обзир и примена страног процесног права.

Неспорно је да се израз покретање поступка, када је реч о тужби поднетој српском суду, утврђује **по lex fori**, из чега следи да је то моменат достављања тужбе суду. Међутим, када је реч о страној тужби, исти моменат би се просуђивао **по стандардима тог права**.

То произилази из члана 9 ЗМПП (квалификација) - појмови страног права, имају се схватати по смислу, које им даје то страно право. Ово је једна од ретких ситуација у којој на процесна питања не би требало применити lex fori.

2. да је у питању спор за који не постоји искључива надлежност српских судова

Искључива међународна надлежност је сметња за признање и извршење страних одлука, па је стога и сметња за усвајање приговора међународне литиспенденције.

3. да између Србије и земље у којој је раније покренут поступак постоји узајамност

Услов узајамности треба сматрати испуњеним, уколико се и у земљи у којој је поступак већ у току, прекида поступак, ако би у истој ствари постојала раније започета парница у Србији. Услов узајамности треба схватити и као узајамност на терену признанања страних одлука.

Одговор на питање постоји ли идентитет спора, требало би тражити у српском праву као lex fori, а терет доказивања да се и пред страним судом води парница и да постоји узајамност је на лицу које подноси приговор, тј. тражи прекид поступка. Овај приговор би се могао уложити најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу, пре упуштања у меритум, а ако се тако не учини, има се сматрати да се странка одрекла права да тражи прекид. У случају да се о постојању међународне литиспенденције сазна касније, у току поступка, можда би се могло размишљати о могућности да се странци пружи допунска могућност да тражи прекид, чим је сазнала за литиспенденцију.

Доношењем решења о прекиду (а не правоснажношћу тог решења) наступа прекид поступка. Српски суд би могао прекинути поступак и у случају, када је пред страним судом у току парница, која је од прејудичијелног значаја за српски поступак.

Поступак унификације грађанског процесног права ЕУ отпочео је доношењем Бриселске конвенције о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима још 1968. године. За разлику од, до тада традиционалних једноструких (single) конвенција, чији је циљ само да олакшају међусобно признање одлука, **Бриселска конвенција** је представљала тзв. двоструку (double) конвенцију. Двострука значи да се конвенција бавила, не само либерализацијом режима признања одлука, већ је вршила дистрибуцију надлежности међу судовима држава потписница. Данас је та конвенција преточена у **Брисел I Регулативу**, након што је ЕУ стекла компетенцију да питања грађанског процесног права са елементом иностраности, регулише директно.

Основне идеје Брисел I Регулативе

Основне идеје Брисел I Регулативе, остале су исте у односу на Бриселску конвенцију.

- Прва идеја јесте **олакшање, либерализација, промета одлука судова земаља чланица ЕУ на територији ЕУ у грађанској и трговачкој материји**.
- Главна препрека озбиљној либерализацији признања страних одлука јесте немогућност контроле начина на који страна правосуђа заснивају своју међународну надлежност. Тај проблем се решава **увођењем двоструке конвенције**. Ако се таксативно пропишу критеријуми на основу којих судови земаља чланица смеју да заснивају надлежност, нестаће потреба за контролом тако засноване надлежности у поступку признања. Стога се режимом Бриселске конвенције, а сада и Брисел регулативе, директно расподељује надлежност судовима земаља чланица ЕУ.
- Трећа идеја јесте **јачање правне заштите лица домицилираних у ЕУ**. Против свих осталих туженика могу се користити и егзорбитантни основи надлежности. Из перспективе оних који живе у ЕУ, ово је јачање правне заштите, а из перспективе оних који не живе у ЕУ то је дискриминација.

Правила о надлежности

Црна и бела листа – Дупли стандард Брисел Регулативе огледа се најпре у начину на који се третира надлежност. Према лицима која имају домицил у ЕУ, без обзира чији су држављани, надлежност се може засновати само по одредбама Брисел Регулативе. Једино се критеријуми за заснивање надлежности из БР могу користити када се тужи лице које има домицил у ЕУ, **бела листа**. Анекс I Брисел Регулативе наводи и **црну листу** критеријума надлежности садржаних у националним законодавствима, који се експлицитно забрањују против туженика који имају домицил у ЕУ. Међутим, ти критеријуми се могу користити против туженика, који немају домицил у ЕУ.

Општи форум и посебна надлежност – основно и главно правило јесте **да тужени који има домицил у ЕУ, треба да буде тужен у земљи у којој има домицил**. Он може бити тужен и ван земље свог домицила, али само на основу таксативно набројаних основа посебне надлежности, које садржи Брисел Регулатива. За утврђивање да ли физичко лице има пебивалиште у некој од држава ЕУ, примењиваће се право те државе. Домицил компаније одређује се према статутарном седишту, месту централне администрације или главом месту пословања.

Брисел Регулатива предвиђа и **критеријуме посебне надлежности**, форуме у којима **неко може бити тужен и ван земље свог домицила**.

У споровима из уговорих обавеза, може се тужити у *forum loci solutionis* спорне обавезе:

- приликом продаје робе, то ће бити место где је роба испоручена, или је требало да буде испоручена,
- приликом пружања услуге, место где је услуга пружена или је требало да буде пружена.

У споровима из издржавања надлежан ће бити суд пребивалишта или уобичајеног боравишта повериоца издржавања. Алтернативно, захтеви за издржавање моћи ће да се расправљају и пред судом, који о издржавању одлучује поред одлучивања о неком статусном питању.

За деликте и квазиделикте биће надлежан *forum delicti commissi*, што обухвата и место радње и место последице.

До проширења опсега надлежности може доћи и атракцијом за супарничаре, интервенијенте и противтужбу.

Заштита слабије стране - Брисел I Регулатива поклања посебну пажњу заштити стране, која се перципира као слабија. Као слабија страна идентификовани су потрошачи, запослени, осигураници, корисници или држаоци полисе осигурања. Заштита је двојака:

- слабија страна може јачу страну тужити и у земљи сопственог домицила
- јача страна против слабије не може користити посебне основе надлежности, већ је мора тужити у њеном општем форуму (земљи домицила).

Искључива међународна надлежност - Брисел Регулатива садржи и норме о искључивој међународној надлежности судова земаља ЕУ. Без обзира на домицил туженог, искључиву надлежност имаће следећи судови:

1. у поступку поводом стварних права на непокретности, искључиво је надлежан *forum rei sitae*. Да ли је нека ствар покретна или непокретна, квалификоваће се по *lex rei sitae*. Међутим ако је закупац физичко лице домицилирано у истој земљи као и закуподавац, а закуп је закључен за период краћи од 6 месеци, алтернативно може бити надлежан суд земље домицила туженог;
2. у поступцима који се односе на пуноважност конституисања, ништавост, или престанак постојања правних лица – форум седишта правног лица. У овом случају се појам седишта цени се према *lex fori*;
3. у поступку поводом уписа у јавне књиге – форум земље у којој се књига води. Под овим књигама се подразумевају земљишне књиге и трговачки регистри, не и књиге физичких лица, јер су статусна питања физичких лица искључена из домена Брисел Регулативе;
4. у поступку који се тиче регистрације пуноважности разних облика индустријске својине – суд земље регистрације;
5. у поступцима који се тичу извршења пресуде – суд земље извршења.

Пророгација надлежности – Странацка аутономија има првенство, те се дозвољава пророгација надлежности.

- Брисел Регулатива предвиђа да се пророгациони споразум **мора односити на спорове из одређеног односа**. Генерална пророгациона клаузула је забрањена.
- **Форма** може бити: писмена, усмена, али писмено потврђена, у складу са праксом раније успостављеном међу странкама или у складу са формом уобичајеном у међународном трговачком саобраћају. Захтев писмене форме је задовољен и ако је споразум настао разменом електронских докумената, уз услов да је то сачувано у трајном медију, који омогућава каснију репродукцију.
- Ако је **барем једна страна у пророгационом споразуму домицилирана у ЕУ**, ефекат споразума је да пророгирани суд аутоматски постаје надлежан. Сви остали судови морају се огласити ненадлежним, осим ако се странке друкчије не договоре. Ако су обе стране уговорнице домицилиране ван ЕУ, а уговоре надлежност неког суда у ЕУ, пуноважност таквог споразума неће се ценити по нормама Брисел Регулативе, већ по *lex prorogati*. Остали судови ЕУ одбиће да расправљају тај спор, све док пророгирани суд евентуално не отклони своју надлежност.

- **Пророгација може бити и прећутна.** Ако се тужени упусти у спор без истицања приговора ненадлежности, сматра се да су странке прећутно пророгирале надлежност суда. Прећутном пророгацијом не може се дерогирати надлежност суда, који је по Брисел Регулативи искључиво надлежан.

Литиспенденција и повезани захтеви по Брисел Регулативи

Правила о литиспенденцији Брисел регулативе се примењују на све случајеве литиспенденције између судова различитих чланова ЕУ. Циљ је спречавање паралелних поступака, пред судовима различитих држава чланица, без обзир на који начин су судови засновали надлежност. Дакле **није битан домицил странака у спору, као ни основ надлежности**. Реч је о паралелним поступцима, који теку о истој ствари између истих странака. Предност има суд пред којим је поступак раније отпочео. Ако је тај суд већ утврдио да је надлежан, сви остали судови одбациће тужбу и огласити се ненадлежним. Уколико први суд још није одлучио о надлежности, остали судови ће прекинути поступак и сачекати одлуку о надлежности првопоступајућег суда. Ако одлучи да је надлежан, остали судови ће се огласити ненадлежним.

Брисел Регулатива разликује литиспенденцију, од ситуације у којој се **пред судовима различитих чланица ЕУ воде поступци о повезаним, али не и истим питањима**. Овде нема идентитета тужбеног захтева или странака, али су питања у тако блиској вези, да је боље да о њима одлучи један суд, него да се ризикује настанак контрадикторних одлука. У таквим случајевима, суд пред којим је поступак прво почео да тече наставља са поступком, а остали могу да их прекину. Ако је поступак у првом степену, суд пред којим је поступак касније почео да тече може на предлог једне од странака и да се огласи ненадлежним, али само ако је првопоступајући суд надлежан за оба питања и ако је по праву првопоступајућег суда могуће спајање поступка.

Устаљивање надлежности (perpetuatio iurisdictionis)

ЗПП-ом је предвиђено да суд оцењује сопствену надлежност према околностима које су постојале у моменту достављање тужбе суду, те предвиђа да накнадна промена чињеничног склопа неће довести до губитка надлежности уколико би према измењеним чињеницама, био надлежан други суд исте врсте. То значи да се надлежност оцењује по наводима тужбе и стању познатом суду у моменту кад му је тужба достављена. Уколико суд, према околностима тог момента, установи да је надлежан, каснија измена околности, која би довела до губитка надлежности суда који се надлежним огласио, неће довести до губитка надлежности – она се замрзла. , окаменила perpetuatio fori. ЗМПП предвиђа да је за оцену надлежности домаћег правосуђа **меродаван моменат када је парница почела тећи, дакле моменат достављања тужбе туженоме**. Из овога произилазе три неоспорна закључка:

1. Закон експлицитно регулише само питање момента меродавног за оцену надлежности наших судова;
2. ЗМПП предвиђа као релевантан моменат који је различит од онога за који ЗПП везује оцену интерне надлежности – почетак тока поступка, а не моменат покретања парнице;
3. Закон не каже ништа експлицитно о устаљивању међународне надлежности.

Perpetuatio fori служи да би се спречиле манипулације у вези са надлежности, до којих долази услед чињенице да су основе надлежности, често, варијабилне тачке везивања. Из тога следи да њиховом свесном променом тужени може утицати на одуговлачење поступка, уколико би се суд, који је засновао надлежност, због промене домицила, имао огласити ненадлежним, а нови суд би имао засновати своју надлежност. Зато начела правне сигурности и економичности поступка говоре у прилог устаљивању

надлежности. Могућност злоупотреба ће се смањити, уколико се један моменат узме као битан. Пошто до злоупотреба може доћи, најчешће, пошто је тужени сазнао да је тужен, а то је по правилу моменат када добије тужбу, с једне стране, те како је достава дуготрајнији процес у стварима са страним елементом него без њега, с друге стране, логично је да ја законодавац моменат релевантан за процену надлежности померио са момента достављања тужбе суду, на моменат достављања тужбе туженом. **Суд ex offio оцењује да ли је надлежан међународно, а према чињеничном стању које је постојало у моменту достављања тужбе туженом.** Уколико у моменту достављања тужбе туженом, буде успостављена надлежност српског правосуђа, накнадна измена чињеница неће утицати на њен губитак. Дакле, надлежност се окамењује.

Странци и грађански поступак са елементом иностраности (страначка, парнична способност, акторска кауција и сиромашко право)

Страначка и парнична способност странаца

Под **страначком способношћу** подразумевамо својство неког субјекта да може бити странка у поступку, односно носилац права и дужности. **Парнична способност** је способност странке да предузима пуноважне радње у парници, као и да према њој буду предузете пуноважне парничне радње, које имају процесноправна дејства. Мероводно право за страначку и парничну способност физичких и правних лица одређено је ЗМПП-ом. Страначка и парнична способност странца, физичког лица, цени се према праву његовог држављанства (lex nationalis), а за правна лица, на бази теорије инкорпорације, кориговане теоријом стварног седишта. Могуће је, према томе, да буде пред нашим судом парнично способно лице, које према српским прописима не би било способно, ако његов lex nationalis поставља блаже критеријуме, него што то чини наше право. Ако би, међутим, lex nationalis поставио вишу границу, страно физичко или правно лице, ипак, би могло пуноважно да обавља парничне радње, иако није парнично способно према lex nationalis, ако је парнично способно по lex fori, тј. према нашем праву. Наш законодавац није регулисао питање **страначке способности страних јавних тужилаца и свих других лица**, којима је признато тзв. **ius standi in iudicio**. Логичан одговор даје право меродавно за спорни однос из кога настаје поступак. Ово право одговара на питање имају ли таква лица уопште процесну легитимацију за један поступак. На крају **lex fori** би одговорио на питање, могу ли се таква лица појављивати као странке пред домаћим судовима.

Положај странаца пред нашим судом у начелу је изједначен са положајем домаћих држављана. Такав начелан став је прихваћен у великом броју држава. Ипак, готово у свим државама, па и код нас, постоје извесне, мање разлике између положаја странаца и домаћих држављана у грађанском поступку у погледу акторске кауције и права на бесплатну правну помоћ.

Cautio iudicatum solvi

Обавеза полагања cautio iudicatum solvi је **обавеза странца, који се јавља као тужилац у спору, да положи одређени износ као кауцију за обезбеђење парничних трошкова друге стране, туженика.** Разлог за постављање овог правила јесте да се спрече злоупотребе (ако је поступак покренут из обести), као и да омогући туженом накнада трошкова, ако тужба отпадне или буде повучена. Да би дошло до полагања кауције за обезбеђење парничних трошкова, треба да се испуне два услова.

- Први услов је да је **тужилац станац, или лице без држављанства, које нема пребивалиште у Србији.** У случајевима активног обичног (свако је посебна странка) и активног јединственог (супарничари се посматрају као јединствена странка) супарничарства, треба сматрати да се

кауција може тражити само од оних тужилаца, од којих би се могла тражити да су се самостално појавили у тој улози.

- Други услов за одређивање cautio iudicatum solvi је **да тужени истакне захтев за полагање обезбеђења**. Суд не може да обавезе страног тужиоца на полагање кауције по службеној дужности. Осигурање парничних трошкова може тражити сваки тужени, без обзира на држављанство или пребивалиште (!). Сваки од обичних пасивних умешача могао би тражити кауцију за себе и за странку којој се придружио, а умешач са положајем јединственог пасивног супарничара, могао би захтевати кауцију за све.

Тужбени захтев за полагање кауције **може се и усмено поставити на записник**. Како би се ограничила могућност манипулисања и злоупотреба, захтев се може поставити само на припремном рочишту, или ако се припремно рочиште не одржава, на првом рочишту за главну расправу, пре него што се тужени упусти у расправљање о главној ствари. Постоји једна изузетна могућност да се захтев за полагање кауције постави касније, а то је случај када је тужени тек накнадно сазнао да постоје претпоставке за тражење кауције. У таквом случају, захтев се мора поднети одмах, чим се за пертпоставке сазна, а најкасније до окончања првостепеног поступка. Од момента закључења главне расправе, па до момента улагања евентуалне жалбе од стане тужиоца, захтев се не би могао поставити, а ако се постави, требало би га одбацити због недостатка правног интереса. Рокови су преклузивни, а терет доказивања је на туженом. **Кауција се даје у депозит суда, у новцу или другим вредностима и њоме могу бити обухваћени само трошкови поступка до правоснажности, не и по ванредним правним средствима.** О захтеву за кауцију суд одлучује решењем, слободан је приликом одређивања висине обезбеђења, а једино је **лимитиран висином постављеног захтева** – не може досудити више, него што је тужени тражио. До доношења судског решења, тужени не мора наставити поступак, може се уздржавати од било које парничне радње. У случају позитивног решења, ово уздржавање се протеже на време до истека рока, који је суд оставио тужиоцу за полагање кауције. Овај рок је судски рок и његовим се протеком, ако кауција није положена, сматра да је тужилац повукао тужбу, тј. да је одустао од правног лека. Најзад, одлука о акторској кауцији, једном донета, **може се у току поступка изменити, ако се измене околности, уз аналогну примену одредаба о јемству и о укидању привремених мера, као средстава осигурања у извршном поступку**. Постоји веома широк круг изузетак од обавезе полагања кауције. **Изузеци** се чине по два основа: према врсти спора о коме је реч и према државама одакле је странац. Неће постојати обавеза полагања кауције ако је реч:

- о брачном спору, о утврђивању или оспоравању очинства или материнства;
- о спору који се односи на законско издржавања; (*тужилац је лице које нема сопствена средства за издржавање*)
- о тужбеном захтеву који се односи на потраживање тужиоца из радног односа у Србији; (*нпр. тужилац је радник који захтева неисплаћену плату*)
- о противтужби;
- о тужби за издавање платног налога
- о меничној или чековној тужби. (*постоји највероватније веродостојна извршна исправа*)

Такође неће постојати обавеза полагања кауције када је страни тужилац из земље, у којој ни наши држављани не полажу кауцију као тужиоци, **дакле у случају реципроцитета**. Довољан је фактички реципроцитет. Не морају кауцију полагати ни странци, који у нашој земљи уживају право азила и тај мотив је политички мотивисан.

Значај ове установе битно је умањен чињеницом да постоје бројни **билатерални и мултилатерални** споразуми у којима се предвиђа узајамно ослобађање од cautio iudicatum solvi, тј. увођење реципроцитета. Најзначајнији мултилатерални споразуми који предвиђају ово ослобађање и којима је наша држава приступила су Хашке конвенције о грађанско-судском поступку из 1905. и 1954. године,

као Хашка конвенција о олакшању приступа судовима из 1980. године. Поред ових од значаја су још и СОТИФ и Конвенција о остваривању алиментацијоних захтева у иностранству 1956.

Условљавање бесплатне правне помоћи (условљавање сиромашког права)

ЗПП нашим држављанима отвара могућност да воде поступак, да траже заштиту својих права и када за то не би имали материјалних услова. Странка има право да буде ослобођења плаћања парничних трошкова, ако не била у могућности да сноси те трошкове без штете по своје или нужно издржавање породице. **Сиромашко право** значи да се странка ослобађа од предујмљивања трошкова, а не и од евентуалне дужности накнађивања трошкова, које је противнику изазвала. Ослобођење може бити **делимично** (ослобођење од судски такси) или **потпуно** (од свих трошкова).

Сиромашко право признаје се странцима, који имају пребивалиште у Србији под истим условима, као и домаћим држављанима. Што се тиче странаца који немају пребивалиште у Србији, неопходно је да се испуни још један услов, **услов узајамности**. Захтева се узајамност у фактичком облику. Бесплатна судска помоћ резервисана је за физичка лица.

Да би странац био ослобођен од предујмљивана трошкова, мора поднети домаћем суду **уверење свог надлежног органа о имовинском стању**. Српски суд није везан ставом страног органа који је издао потврду. Под тим уверењем се има сматрати пореска пријава и уверење о другим изворима прихода. **Издаје је орган земље у којој странац има пребивалиште**, а не орган његовог држављанства.

Сви билатерални и мултилатерални споразуми који се односе на cautio iudicatum solvi, односе се и на бесплатну судску помоћ.

Међународна правна помоћ

Присуство страног елемента у правном односу о коме се расправља пред међународно надлежним судом, значи да се однос везује за више суверенитета, што веома често доводи до тога да и одређене парничне радње треба предузети на подручју разних суверенитета. Парничне радње на територији стране државе могу се предузети само у сарадњи са страним органима. И наши судови се обраћају за помоћ иностраним судовима, такође и обављају радње код нас по молби страног суда.

Достављање

Радња која се најчешће обавља путем правне помоћи и која има највећи значај у овој области је достављање. У споровима са страним елементом достављање добија посебан значај и за њега се везују и посебне тешкоће. Неправилно извршено достављање представља један од лимитативно набројаних разлога из којих се, по нашем праву – и готово свуда у свету – може одбити признање стране одлуке, због тзв. повреде права одбране. У нашем праву, достављање са елементом иностраности, регулисано је у принципу, у **ЗПП-у**, но у односу на велики број држава начин достављања је утврђен **билатералним** или **мултилатералним** уговорима. Најзначајније мултилатералне конвенције у којима се говори о достављању су **три Хашке конвенције о грађанском судском поступку** из 1905., 1954. и 1965. године. **ЗПП** разликује неколико начина достављања лицима у иностранству:

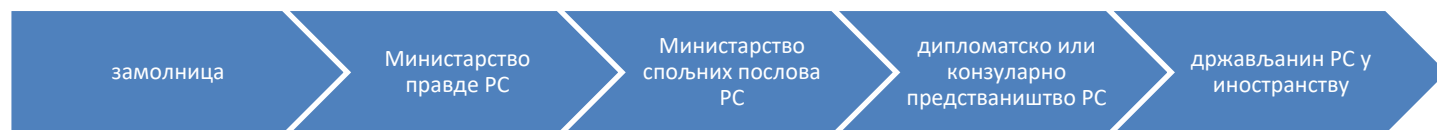
1. ако је реч о страним држављанима или правним лицима, као и лицима која уживају имунитет, достављање се врши дипломатским путем, ако међународним уговором није нешто друго

предвиђено. Изузетно, правним лицима са седиштем у иностранству, може се и достављати преко њиховог представништва у Србији, ако га имају;

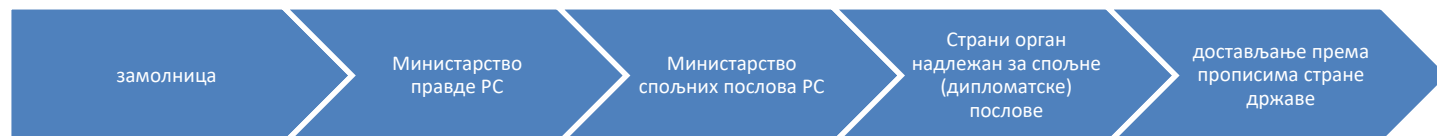
2. ако је реч о **нашим држављанима**, достављање се може вршити преко нашег **конзуларног представника или преко правног лица регистрованога за послове достављања** (нпр. DHL, FedEx), али само **ако лице коме је писмено упућено пристане** на такав начин достављања;

3. достављање се може вршити и посебном **пуномоћнику за пријем писмена**, кога поставља инострана странка или наш суд. **Странка која се налази у иностранству, дужна је да постави пуномоћника за пријем писмена, а ако то не учини у примереном року, на позив суда, суд ће то сам учинити**. Страни тужилац је дужан да то уради у тужби и по правилу неће то да пропусти, пошто је **санкција одбацивање тужбе**. Наша судска пракса стоји на становишту да ће достављање постављеном пуномоћнику, бити пуноважно само ако је странка на одговарајући начин обавештена о постављању пуномоћника.

Комуникација са страним судом тече, у начелу, дипломатским посредством. То практично значи да ће се наш суд обратити нашем Министарству правде, које ће предмет проследити Министарству спољних послова, да би оно даље спровело предмет надлежном страном органу за дипломатске послове, а овај га уступио страном суду. Међународним споразумима су предвиђени и неки други, мање компликовани начини. Тако нпр. Хашке конвенције предвиђају комуникацију конзуларним путем. Према **Хашкој конвенцији о олакшавању међународног приступа судовима**, свака држава уговорница именовала је **централни орган** који ће бити задужен за пријем молбе за судску помоћ. Надаље, свака држава уговорница именује један или више отпремних органа.



Конзуларно достављање



Дипломатско достављање

Важно је и питање **језика**.

Замолница:

- По хашкој конвенцији из 1954. године, **замолница за достављање треба да буде састављена на језику замољене државе**.
- У једном значајном боју билатералних конвенција, које су на снази између Србије и појединих земаља, предвиђено је да се **замолница може саставити и на језику државе молиље и то без приложеног овереног превода**.

Достављање писмена:

- Што се тиче језика на коме се саставља **писмено које се доставља**, Хашка конвенција из 1954. године, предвиђа да се писмена могу доставити **и на језику земље из које потичу, без овереног превода, ако се не тражи да се достава изврши на посебан начин**. Замољена држава може да услови доставу и добровољним примањем од стране адресата. Ако се тражи да се достава изврши на посебан начин, писмена треба да буду састављена на језику замољене државе, или пропраћена овереним преводом.

По ЗПП, у одсуству посебног споразума са одређеном државом и **замолница и писмена треба да буду састављени на језику замољене државе, или пропраћена овереним преводом.**

Остали видови правне помоћи

Поред достављања, међународна правна помоћ може обухватити и бројне друге процесне радње, као што су извођење доказа, информативно саслушање странака, прибављање обавештења о адресама и другим чињеницама. Што се тиче **начина и језика општења**, **важе правила о достављању.**

Процесне радње суд изводи на начин који је предвиђен у домаћим процесним нормама, осим ако је посебно замољен да поступи на неки други начин. Трошкове пружања правне помоћи, по правилу, сноси замољена страна, полазећи од претпоставке да ће се ти трошкови међусобно компензовати. Међутим, ако је реч о вештачењу које изискује веће трошкове, замољена страна може да тражи накнаду трошкова.

Принципи на којима се заснива међународна правна помоћ

Начела од посебног значаја, на којима се заснива функционисање међународне правне помоћи су:

- принцип суверености,
- принцип равноправности
- начело ефикасности.

Принцип суверености - Сувереност је по својој природи територијално ограничена, те органи једне државе не могу да воде поступак на територији друге државе. Принцип суверености, карактерише то, да је основни начин вођења поступка на територији стране државе, вођење с ослоном на правну помоћ. Указујући правну помоћ правосудним органима стране државе, домаћи органи могу да изведу бројне радње. Могу да поступе и на начин на који иначе не поступају у домаћим односима, али у границама домаћег јавног поретка. То је она граница до које нема несклада између принципа суверености и међународне сарадње, путем пружања правне помоћи.

Принцип равноправности - у међународној правној помоћи остварује се првенствено помоћу услова реципроцитета. Услов реципроцитета треба флексибилно тумачити, да не би постао кочница међународне сарадње. У нашем праву, у одсуству дипломатског, довољан је и фактички реципроцитет. Услов се не би смео поставити да се онемогући први корак, да се онемогући успостављање сарадње са земљама са којима до сада нисмо имали значајнији правни саобраћај. Излаз се може наћи ако се пође од принципа претпостављеног реципроцитета, што значи да ће се замолнице прихватити, сем ако се утврди да се у држави порекла замолнице, не удовољава нашим замолницама.

Начело ефикасности - Снажни развој међународне размене роба и услуга и интезитет циркулисања људи преко државних граница, тражи делотворну и ефикасну сарадњу у решавању правних односа, који се везују за више поредака. Једноставнији и целисходнији облици организовања међународне правне помоћи, траже се како на међународном, тако и на унутрашњем плану. У међународним конвенцијама често се смањује број посредника, који прослеђују захтев за правну помоћ. Правна помоћ се шири и на оне области, она питања, која у начелу може решити и домаћи суд, али ће решење бити знатно једноставније у сарадњи са страним правосудним органима.

Појам стране судске одлуке

Под појмом одлуке која је подобна за признање у Србији, подразумевамо одлуку страног суда и одлуке других, несудских страних органа које су по свом статусу и дејствима изједначене са судским и то по праву државе у чије име су донете. Право земље порекла меродавно је за квалификацију једне одлуке као судске, односно оне која је са њом изједначена. Под земљом порекла подразумевамо земљу у чије име је одлука донета, а не земљу на чијој територији је одлука донета, мада је то најчешће иста земља. Ипак изузеци су могући: конзуларни орган доноси одлуку на домаћој територији, али у име суверенитета којем припада. Да би била подобна за признање одлука мора бити мериторна, подобна да стекне дејство правоснажности и мора регулисати приватноправне односе појединаца и правних лица. Према ставу наше судске праксе, својство иностраности цени се према тренутку када је одлука постала правоснажна. Приватноправни карактер се квалификује по схватањима српског права.

Са судском одлуком закон изједначава судско поравнање. Страно судско поравнање подобно је за признање, само уколико је у земљи порекла изједначено са судском одлуком. Иако закон ништа не говори о томе, 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 подобност за признање није битно како се назива одлука страног органа (пресуда, решење), нити је битна врста поступка у коме се о грађанскоправном питању одлучивало (парнични, ванпарнични, кривични, административни). За признање су подобне и конститутивне и декларативне и кондемпнаторне пресуде. Делимичне пресуде, допунске пресуде, пресуде на основу признања, пресуде због изостанка, такође су подобне за признање.

Релативне недоумице може изазвати могућност признања међупресуда и одлука о привременим мерама, као и третман веродостојних исправа страних лица.

Што се тиче међупресуде:

- ако прихватимо став прве групе теоретичара, који сматрају да је међупресуда снабдевена материјалном правоснажношћу, она ће бити подобна је и за признање.
- ако прихватимо став друге групе теоретичара, који сматрају да је међупресуда није снабдевена материјалном правоснажношћу, она неће бити подобна је за признање

Поставља се питање може ли се признати и привремена мера страног органа. Привремена мера није коначна одлука, а њена имплементација је, понекад, веома отежана. Могу се признавати само оне одлуке страних судова које испуњавају услове предвиђене ЗМПП. Међутим постоји могућност да се пред домаћим органом захтева изрицање "домаће" привремене мере уместо постављања захтева за признање стране привремене мере (која неће бити подобна за признање).

Положај страних одлука у Србији

Принцип билатерализације и одустајање од тог принципа – Ако одлуке судова једне земље не би имале дејства ван граница те земље, то би угрозило интересе свих који учествују у међународној размени добара. Идеја једнаке вредности води до примене једнаких мерила на одлуке пореклом из различитих крајева света, без обзира на географске, економске или идеолошке карактерне црте држава њиховог порекла. Та идеја оправдава примену једнаких мерила на симетричне ситуације на домаћем тлу и у иностранству. Примену једнаких мерила на симетричне ситуације у земљи, односно иностранству, називамо билатерализацијом. Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1956. године, користио је у великој мери технику билатерализације. Било је постављено правило, на пример, према којем се сматрало 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. Поставља се питање, на пример, 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 не признају српске одлуке. Оваквим одбијањем признања, показала би се осветничка чврстина према страниј држави и то кажњавањем домаћег држављанина. Веома је озбиљно оспорен принцип билатерализације и приликом постављања норми о међународној надлежности, те све већи број земаља (укључујући и нашу) више не изједначава мерила о директној и индиректној надлежности и уместо тога поставља искључиву надлежност домаћег правосуђа као једину препреку за признање стране одлуке. Одступања од принципа билатерализације су посебно оправдана, ако иду у правцу олакшања признања – то је управо карактеристика ЗМПП.

**(напомена!!! моје схватање билатерализације, али не могу да гарантујем у тачност истог) - Присталице билатерализације се залажу за изједначавање норми о директној (критеријум за заснивање међународне судске надлежности) и норми о индиректној надлежности (критеријуми за признање страних одлука), тиме што би различите државе прихватиле исте критеријум на основу којих би доносиле униформне одлуке. Из чега следи да би на тај начин била елиминисана потреба за посебним поступком признања страних одлука, јер су већ засноване на истим критеријумима.*

Ефекти страних одлука које су признате у Србији

Дејства судских одлука нису по свим правима иста. Из тога следи питање по **ком се праву просуђују дејства страних одлука на домаћој територији**. У литератури су се искристалисала 3 схватања.

1. По првом (**систем уподобљавања**) , призната страна одлука се по дејствима изједначава са одлуком суда земље признања. - наше и нпр. енглеско право
2. По другом схватању (**систем "позајмљивања"**) , позајмљују се дејства из правног система државе одлуке и призната одлука има иста дејства, која има и у земљи чији ју је суд донео. Проширење дејства, заправо, значи да се на државу признања проширују и она дејства, која је одлука добила у земљи доношења.
3. По трећем схватању (**систем кумулације**), признања стране одлуке се процењују кумулятивном применом права земље одлуке и земље признања, а по принципу обичне кумулације. То значи да се страниј признатој одлуци на домаћој територији дозвољавају само она дејства, која су прихваћена и по праву земље одлуке и по праву земље признања.

Поред три наведена система у упоредно праву се јављају и њихове комбинације. Закони појединих земаља углавном не одговарају на питање, који је од система у њима прихваћен. **ЗМПП**, по том питању, заузима прилично јасан став и то у прилог **теорији уподобљавања**. Страна судска одлука изједначаје се са судском одлуком Србије и производи правно дејство, само ако је призна суд Србије.

Признање и извршење страних судских одлука

Признати и извршити страну пресуду, значи прихватити је као правоснажну одлуку и као извршни наслов; изједначити је у дејствима са домаћом одлуком. Најважнија дејства одлуке могу бити правоснажност, извршност, конститутивност и чињенично и интервенцијско дејство. Интереси међународног правног саобраћаја говоре у прилог томе да се судским одлукама призна дејство и ван државе, чији су их судови донели, Ка истом решењу тежи и интерес за ефикасно окончање парнице.

Признање и извршење страних судских одлука према српском праву

ЗМПП је основни извор норми за признање и извршење страних судских одлука. ЗМПП наводи претпоставке (сметње) за признање стране судске одлуке, односно за изједначење стране правоснажне судске одлуке са домаћом правоснажном судском одлуком. Услови за добијање дозволе извршења, на основу стране судске одлуке, нису посебно наведени у ЗМПП, али члан 96 поставља правило по коме се извршење стране судске одлуке везује за исте претпоставке, које се траже за признање стране судске одлуке уз претпоставку својства извршности. Приликом процене да ли су испуњени услови постављени ЗМПП-ом, релевантне могу бити и друге норме ЗМПП, пре свега норме које одређују искључиву надлежност српског правосуђа, а затим Закон о ванпарничном поступку и Закон о извршењу и обезбеђењу, који се примењују, пре свега, на питања процедуре признања и извршења. Поред ЗМПП, изворе релевантних прописа представљају и бројне **билатералне**, као и поједине **мултилатералне конвенције**. Србија није потписница мултилатералне конвенције, која би била посебно посвећена проблему признања и извршења страних судских одлука. Ратификовали смо неке **мултилатералне споразуме**, који садрже неке одредбе о признању и извршењу судских одлука. Такви су следећи 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 проузрукује, или би могла да проузрукује, загађивање нафтом** из 1969. ЕУ успоставља специфичан систем олакшавања циркулације одлука националних судова на њеној територији. Реч је о Брисле I Регулативи.

Системи признања и извршења страних одлука

Разликујемо пет система признања и извршења страних судских одлука.

- Први је **систем ограничене контроле** (controle limite). Овај систем је данас најшире прихваћен у свету и прихвата га и **наше право**. Суштина система ограничене контроле је у томе што се омогућује извесна контрола стране одлуке, не прихвата се акт страног 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. У оквиру овог система, страна одлука се 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. Из овога следи да се домаћи суд (суд земље признања), не поставља у положај вишег суда у односу на страни суд (суд земље одлуке).
- Други систем је **систем неограничене контроле**, за који важи све као и за први систем, с тим што се, преиспитивање стране одлуке неће задржати на формалној страни 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**.
- Трећи систем је **систем ревизије** из основа, по меритуму. Овај систем дозвољава да се врши преиспитивање иностране пресуде у истој ширини као и у систему неограничене контроле, али се томе додаје и могућност да се страна одлука преиначи. Суд признања се, дакле, у односу на суд одлуке, ставља у положај више судске инстанце. Овај систем се напушта у модерним правима.

- Четврти систем је **prima facie evidens**. По овом систему, пред судом који одлучује о признању, води се у начелу нови поступак, који започиње тужбом actio rei iudicati. То значи да је у том поступку искључен приговор пресуђене ствари, али у том поступку се страна одлука сматра као доказ на први поглед (prima facie evidens). У којој мери ће се заиста водити нови поступак, а у којој мери прихватити резултати првобитног страног поступка, варира од земље до земље које прихватају овај систем.
- Пети систем је заправо **систем непризнавања** (или неизвршавања) страних одлука. Овде би се могла сврстати и она права, по којима се у начелу не могу признати и извршити стране пресуде, осим ако је то међународним уговором друкчије предвиђено. (Скандинавске земље, Холандија, Русија, Монголија...)

Напомене:

- Не могу се сва позитивноправна решења једноставно и чисто сврстати у један од пет система. Законодавци у појединим државама стварају и прелазне облике.
- **Код нас, систем признања и извршења страних судских одлука је јединствен**. Не постоји један систем за признање, а други систем за извршење страних одлука. Ово би се решење могло сматрати, као чешћа солуција у упоредном праву.
- Под **егзекватуром стране судске одлуке** најчешће се подразумева извршење стране судске одлуке, али се неретко, израз егзекватура користи и у смислу признања стране судске одлуке. Надаље, под егзекватуром се подразумева, пре свега, поступак испитивања претпоставки за давање дозволе извршења стране одлуке. Говори се и о добијању егзекватуре у смислу позитивне одлуке о извршењу стране судске одлуке.
- Под **извршењем** се не подразумевају мере извршења, већ проглашење једне стране одлуке извршном. Тек онда се приступа њеном конкретном извршењу.

Сметње признању и извршењу страних судских одлука

Да би могла бити призната и проглашена извршном, страна судска одлука треба да удовољи одређеним условима које наводе наши позитивни прописи. Услови које поставља ЗМПП добро су познати у упоредном праву. То су претпоставке (сметње) које се тичу надлежности страног суда:

- постојање основа међународне надлежности суда који је донео одлуку,
- правоснажности, одлуке,
- извршности одлуке,
- права одбране,
- одсуство правоснажне домаће одлуке у истој ствари,
- раније започетог поступка у истој ствари,
- реципроцитет (узајамност),
- јавни поредак

Када је реч о **статусним одлукама**, општи услови се модификују са неким посебним. Скоро сви услови признања формулисани су негативно, у форми сметања признања.

а) Међународна надлежност суда који је донео одлуку

Питање је 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**. Ти стандарди су, заправо, норме о индиректној надлежности те земље. Не постоји сагласност о томе

какве треба да су норме форума, помоћу којих се оцењује надлежност страног суда који је донео одлуку.

1. Према једној, најстрожој, варијанти, **страни суд не може да буде надлежан, ако у датом спору може да суди и домаћи суд**. Овај тип решења 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 ситуацијама у којима је та надлежност базирана на околностима које би оправдале и надлежност домаћег суда.
3. 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**. На том становишту стоји и **ЗМПП**. У споровима о облигационоправним захтевима ради накнаде штете, заправо се никад неће одбити признање стране одлуке с позивом на непостојање надлежности, јер у овој области ЗМПП нема норми о искључивој надлежности. ЗМПП садржи само веома мали број норми о искључивој надлежности, а оне су установљене само у породичноправним односима, као и за спорове који се тичу некретнина. Остају ван домашаја норме о искључивој надлежности у привредним и другим имовинскоправним споровима, где није тешко замислити да страни суд приграби надлежност без разумног основа. Као замисливи инструмент за корекције остаје јавни поредак у процесноправној функцији.

ЗМПП поставља и једно правило да у брачним споровима, под одређеним условима, ни искључива надлежност домаћег суда не представља препреку за признање одлуке страног суда. Према ЗМПП, **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**. Реч је о томе да не би имало смисла штитити српску страну од ње саме. Постоји још један разлог из којег се оваква солуција може показати корисном. Реч је о проблеми домицила наших радника у иностранству. 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 - јер немају намеру да се тамо стало настане. Развод изречен у иностранству у таквом случају, може се признати код нас (ако обе стране то желе), без обзира на то да ли ћемо сматрати да тужени има домицил у Србији и да ли су се тиме стекли услови за искључиву надлежност нашег правосуђа.

б) Правоснажност, односно извршност стране судске одлуке

Страна судска одлука која претендује да буде призната код нас, треба да буде **правоснажна**, а ако се поставља и питање њеног извршења, онда треба да буде и **извршна**. Да ли је једна иностранна одлука правоснажна и извршна, цени се према нормама земље у којој је донета. Правоснажност и извршност доказују се потврдом надлежног страног суда, коју је дужно да поднесе лице које тражи признање, односно извршење стране одлуке. (*клаузуле извршности/правоснажности*)

в) Питање права одбране

Различита процесна права не пружају исте шансе странкама приликом излагања њихових становишта. У нашој теорији пре, па и после доношења ЗМПП, јавило се становиште према коме је принцип поштовања права одбране, заправо само елемент јавног поретка, те да се тај принцип може успешно штитити применом норми о јавном поретку. Према 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. 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. Замислимо је да је лице, против кога је донета одлука уредно и благовремено обавештено и позвано, али му је на неки други начин онемогућено да учествује у поступку. Ако би дошло до такве ситуације, може се одбити признање стране одлуке, с позивом на повреду права одбране. Поставља се и питање, које је лице заштићено кроз приговор о непоштовању права одбране. Према **ЗМПП**, то је **лице против кога је одлука донета**, а не рецимо тужени као што је то нпр. у праву Немачке или Перуа. Предност нашег решења је у томе, што **пружа могућност и лицу које је тужилац у поступку пред страним судом, да се позове на повреду права одбране** (нпр. *правостепена одлука донета након рочишта, на које није уредно позван*). Међутим ово решење може стварати понекад и тешкоће у одређивању ко је лице против кога је донета одлука.

г) 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, по принципу *ne bis in idem*. Признање стране одлуке, спречава и постојање већ признате стране одлуке у истој ствари. **На дејство правоснажности пази се по службеној дужности**.

д) Одсуство раније започетог поступка пред српским органом у истој ствари

ЗМПП предвиђа, да ће српски суд **застати са поступком признања**, **све до окончања по тужби о истом између истих странка, који је раније покренут пред српским, него пред страним судом**. Дакле, реч је о литиспенденцији у којој је поступак раније почео код нас, али се страни суд показао експедитивнијим и брже донео одлуку. Ако се српски поступак оконча мериторном одлуком, та одлука сместа постаје *res iudicata* и страна одлука неће бити призната. Ако се српски поступак не би окончао мериторном одлуком, поступак признања би се наставио.

ђ) Узајамност

да би се страна одлука признала код нас, треба да постоји узајамност између државе у којој је одлука донета и Србије. Наши судови ће признати и извршити само оне 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. Формални реципроцитет не долази у обзир приликом признања и извршења страних одлука, јер би формални реципроцитет значио да се стране одлуке изједначавају са домаћим одлукама, а тиме би отпала могућност да се подвргну било каквој контроли. Материјални реципроцитет значи да ће се према **страним одлукама поступати на начин, на који се у земљи порекла поступа са нашим судским одлукама**. Што се начина настанка тиче, довљан је **фактички** реципроцитет, тј. довољно је да се у посматраној страни држави у пракси признају и извршавају наше одлуке.

Претпостављени реципроцитет – веома је значајно што наш законодавац поставља експлицитно правило о томе да се реципроцитет претпоставља. ЗМПП каже да се постојање узајамности у погледу признања стране судске одлуке претпоставља, док се супротно не докаже, а у случају сумње у постојање те узајамности, објашњење даје орган управе надлежан за послове правосуђа. Из новије праксе Врховног суда Србије могу се извући две констатације:

1. у нашем позитивном праву претпостављени реципроцитет **не значи да се суд ослања само на доказе, које презентира противник предлагача** (**противник предлагача доказује непостојање**

реципротицета - он ће то учинити тако што ће доказати да је пред страним органом "у скорије време" одбијено признање српске одлуке у истој врсти поступка). 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. 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. **Признање се може ускратити само ако је доказано да се у тој земљи одбија признање, оне врсте српских одлука, која је предмет поступка за признање пред нашим судом.**

Принцип дељивости реципроцитета - 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. У земљама у којима се усваја концепт претпостављеног реципроцитета, концепт дељивости узајамности, олакшава признање. Страна одлука ће се признати, осим ако противник прелогача докаже да се у земљи порекла одбија признање српских судских одлука у истој врсти поступка.

Принцип недељивости реципроцитета - реципроцитет се тражи на релацији (свих) судских одлука уопште. Концепт дељивог реципроцитета је исправнији.

Изузеци од услова реципроцитета - ЗМПП наводи и неке случајеве у којима се реципроцитет уопште не поставља као услов за признање страних одлука:

1. непостојање реципроцитета није сметња за признање стране одлуке, ако је реч о одлуци донетој у брачном спору, или спору ради утврђивања или оспоравања очинства или материнства;
2. непостојање узајамности не представља препреку ако признање (и извршење) тражи српски држављанин;
3. узајамност се не поставља као услов, ако се страна одлука односи на лично стање држављанина државе порекла одлуке.

е) Поштовање јавног поретка

Постоји и један услов који допушта извесно преиспитивање меритума. То је услов поштовања јавног поретка. Признаћемо страну одлуку и ако је њено мериторно решење друкчије од оног које нуди наше материјално право. Али ако је страна одлука супротна нашем јавном поретку, толеранције не може бити, те ће се одбити и признање и извршење. Постоје озбиљни разлози у прилог ширем тумачењу јавног поретка, када је реч о признању и извршењу стране судске одлуке. Известан ослонац за такво шире тумачење, налази се и у самом ЗМПП, који говори о јавном поретку у функцији отклањања, иначе меродавног страног права. **Чл.4** којим се дефинише установа јавног поретка каже да се неће применити страно право, ако би његово дејство било супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења. Из тога се може извући закључак да јавни поредак могу да повреду само мериторни ефекти страних норми. ЗМПП у **чл. 91** којим утврђује сметњу за признање и извршење, 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. **Разлог за ово сужење произилази из реалне 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.** Помоћу установе процесноправног јавног поретка би се, ипак, могле кориговати неке теже процедуралне неправде. У процесни аспект јавног поретка, неспорно спадају следећа начела:

- начело саслушања странака,
- начело независности и непристрасности суда,
- начело забране доношења одлука на преваран начин,
- начело права на жалбу и другостепену заштиту,
- начело употребе сопственог језика.

Наравно, установу јавног поретка треба користити рестриктивно и једино у случајевима који заиста задиру у Уставом утврђене основе друштвеног уређења. На повреду јавног поретка суд пази по службеној дужности, а према садржају *ordre public* у моменту доношења одлуке о признању.

Признање одлука које се тичу статуса

Провера страних одлука које се тичу статуса (личног стања) држављана Србије је по правилу строжа и не задржава се само на питањима процедуре. ЗМПП поставља одређене, посебне услове, у погледу статусних одлука и то не само када је реч о личном стању српских држављана, већ и за статусне одлуке које се тичу држављана земље порекла одлуке или држављана трећих земаља.

а) Посебни услови у погледу статусних одлука које се тичу личног стања српских држављана

(чл. 93) Када је реч о страним судским одлукама о личном стању српског држављанина, према ЗМПП остаје контрола, коју су увели ранији прописи у погледу сагласности стране одлуке са српским материјалним правом, али уз два битна ограничења.

Прво, 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 тзв. **принципу еквиваленције, чија је суштина у томе да се страна одлука може признати и ако при њеном доношењу, није примењено српско, већ странско право, ако та одлука битно не одступа од права Србије.** То практично значи нешто строжу контролу меритума од оне коју обезбеђује јавни поредак, али се при томе не тражи потпуна сагласност са домаћим материјалним правом – разлике које су мање битне, могу се толерисати. У досадашњој судској пракси, с позивом на ЗМПП, ускраћено је признање страних одлука којима је одобрено усвајање држављанина СФРЈ, пошто је такво усвојење закључено без одобрења надлежног југословенског органа за послове социјалне заштите, како је то предвиђало југословенско право. Сматрало се да у овим случајевима колизионе норме ЗМПП указују на југословенско право, а примена страног права и заобилажење одобрења, представљало је значајно одступање од решења које је предвиђало домаће право.

б) Посебни услови у погледу одлука које се тичу статуса држављана државе порекла

(чл. 94) Ако је реч о страним судским статусним одлукама које се тичу држављана државе порекла стране одлуке, услови за признање битно су 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, проверава само 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 држављани, најпозванија да реши питања њиховог статуса.

в) Посебни услови у погледу одлука које се тичу статуса држављана трећих лица

(чл. 95) ЗМПП поставља посебну норму и за случајеве у којима је реч о страним одлукама о статусу лица која нису ни држављани земље порекла одлуке, ни Србије као земље признања, већ имају држављанство неке треће државе. У таквим случајевима, страна одлука ће се моћи признати, само ако **испуњава услове за признање који се постављају у праву државе о чијим се држављанима**

ради. ЗМПП овде тражи **кумуляцију**, дакле, примену услова које поставља трећа држава **уз услове које поставља ЗМПП**. Формулација коју даје ЗМПП не пружа експлицитан одговор на питање да ли се услови које поставља трећа држава узимају у обзир и у случајевима када се страна одлука тиче и статуса српског држављанина или статуса држављанина земље порекла одлуке. Ако би се услови које поставља трећа држава узимали у обзир и у тим случајевима, признање би било знатно отежано и норме треће државе које евентуално спречавају признање, добиле би приоритет, пред нормама о признању држава које су јаче заинтересоване. Примена услова које поставља треће право, оправдана је једино у случајевима у којима се страна одлука тиче статуса лица која су сва држављани треће државе.

Поступак признања и извршења страних одлука

О признању страних судских одлука, код нас може одлучивати само суд, а не и неки други орган. О признању одлука суд може расправљати на два основна начина:

- а) **као о главној ствари** и
- б) **прејудицијелно, као о претходном питању у другим судским поступцима**.

а) Признање као предмет поступка

У теорији и пракси аутора са простора бивше Југославије скоро јединствено се заступа став, да се о признању страних одлука, као о главној ствари расправља у **ванпарничном** поступку. ЗМПП није изричито нормирао да се поступак признања спроводи по правилима ванпарничног поступка. *Има и ставова по којима би признање требало обављати у парничном поступку – поступак је двостраначки и странке имају супротстављене интересе, а решење којим се он окончава је декларативно.*

Стварна надлежност:

За расправљање питања признања страних судских одлука, у првом степену, надлежни су **виши или привредни** судови. У другом степену, **апелациони** или **привредни апелациони** суд.

Месна надлежност:

ЗМПП регулише питање месне надлежности, али то чини на начин који оправдава закључак о **месној надлежности сваког стварно надлежног суда у Србији, коме се предлагач обрати са тврдњом да би на територији тог суда могао користити страну судску одлуку**. Ово пре свега важи за конститутивне и деклараторне, а у мањој мери за кондемпнаторне одлуке, какве ће по правилу бити већина.

ЗМПП не регулише питање састава судског већа, по стандардима ванпарничног поступка о захтеву одлучује **судија појединац**.

Поступак се **покреће захтевом за признање** и **окончава решењем о признању** (не решењем о признању и извршењу, јер је извршење засебан поступак који долази након признања). Признањем се страна одлука изједначава са домаћом одлуком, а како ЗМПП нигде не издваја и не даје посебан значај дејству извршности, ни када је у питању кондемпнаторна одлука, у решењу не треба посебно издвајати признавање овог дејства. **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, али вероватно и друга лица за које одлука може имати непосредан или посредан правни значај. Предлагач мора имати правни значај (интерес?).

ЗМПП не говори ништа о садржини захтева, а оно што је неспорно јесте да 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. Осим тога, 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, у материјалноправну страну одлуке се не улази, осим када то захтевају сметње признања (рецимо јавни поредак), а објашењења се могу тражити од странака и од суда који је одлуку донео. **Поступак је контрадикторан**, сем уколико је захтев на први поглед недопуштен или неоснован. Одлука на основу признања или на основу изостанка, не може се донети.

Решење о признању делује erga omnes и мора бити образложено. Против одлуке, незадовољна страна, може уложити **жалбу у року од 15 дана од њеног достављања**. Жалба је деволутивна, о њој одлучује Апелациони суд или Апелациони привредни суд. Неблаговремена жалба се не може узимати ни у демонстративно, ни у деволутивно разматрање. О ванредним правним средствима ЗМПП не говори. Када се страна одлука правоснажно призна, евентуални **поступак извршења** се води по **Закону о извршењу и обезбеђењу (ЗИО)**, као да је у питању домаћа одлука.

б) Признање као претходно питање

Ако је о признању стране одлуке решавано као о главној ствари, одлука суда обавезује све друге органе. **Као о претходном питању**, о признању се, зависно од главне ствари, може расправљати у **парничном** или **ванпарничном** поступку, с тим што је сваки суд везан претпоставкама за признање садржаним у ЗМПП. Међутим, у пракси ће се најчешће о признању, као о претходном питању расправљати у **извршном** поступку, у поводу предлога за извршење у коме је страна судска одлука 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 домаћа, по правилима ЗИО-а, без могућности за поновно преиспитивање. Међутим, поверилац из стране кондемпнаторне правоснажне одлуке, може се, без покретања посебног поступка признања, директно обратити извршном суду са предлогом за извршење на бази извршне исправе. Том приликом је дужан, да приложи суду и **доказ о извршности судске одлуке**, по праву државе њеног доношења. Овај предлог за извршење је главна ствар у извршном поступку, али ће **поступајући суд морати да одлучи о признању стране извршне пресуде, као о претходном питању**.

Стварно је надлежан суд, који је надлежан за спровођење извршног поступка, а **месна надлежност** се одређује по ЗИО-у. О предлогу одлучује **судија појединац** и поступак се у целости спроводи по ЗИО. До доношења решења о извршењу, извршни суд не саслушава ни повериоца, ни дужника, уколико је то могуће с обзиром на расположиве податке.

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 извршне одлуке, да контролише и да ли су испуњене претпоставке за признање стране судске одлуке, о којима се води рачуна по службеној дужности**, а које су садржане 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 **5 радних дана од достављања** решења и она **по правилу не одлаже извршење**. У приговору, сем уобичајених разлога предвиђених ЗИП-ом, дужник може, по први пут **истицати и сметње признању стране одлуке на које се не пази по службеној дужности**. О приговору одлучује **трочлано веће суда који је био надлежан у првом степену**.

Српски суд је међународно надлежан за извршни спор, који би могао настати из поступка извршења, уколико суд не упути заинтересовано лице на парницу. Непотпуна атракција која води искључивој месној надлежности стварно надлежног суда, на чијем се подручју налази суд који спроводи извршење, не води истовремено искључивој међународној надлежности српског правосуђа, али води његовој конкурентној надлежности.

Правила Брисел I Регулative о признању у извршењу страних судских одлука

Слобода кретања одлука

Брисел регулатива ствара **јединствени европски судски простор**, на коме **постоји слободан промет одлука донетих у грађанској и трговачкој материји**. **Олакшаним режимом** признања и извршења Брисел регулативе, **може се користити свака одлука донета у некој од земља ЕУ**. Да би једна одлука потпала под режим признања Брисел регулативе, **битна је њена национална припадност, а не чињеница да је донета на основу правила о надлежности предвиђених Регулativeм**. Тиме су ствари за туженике домицилиране ван ЕУ постале теже.

Забрана преиспитивања надлежности

Да би се признала страна судска одлука, потребно је, између осталог, да је она донета од међународно надлежног суда, а по критеријума права земље признања. Инструкције којима законодавац земље признања налаже својим судовима како ће просуђивати да ли је суд земље одлуке био надлежан за решавање спора, називају се норме о индиректној надлежности. Оне могу бити мање или више либералне. **У режиму Брисел регулативе, суд земље признања нема уопште право да преиспитује међународну надлежност суда који је доне одлуку**. Ипак ово правило има **три изузетка**, два поставља *ratione materiae* и један *ratione iurisdictionis*. **Спорови из области осигурања и спорови настали из поторшачких** уговора потпадају под контролу надлежности суда признања. Под исту контролу потпадају и **спорови који су у режиму искључиве надлежности**.

Признање и извршење

Круг одлука подобних за признање по Брисел Регулativeи шири је од круга одлука које предвиђа ЗМПП. Како **коначност (правоснажност) није неопходан услов за признање**, режимом Брисел Регулative могу се користити и привремене мере, додуше не и оне најефикасније, донете без учешћа друге стране у поступку. **Сметње признању**, а тиме и извршењу се свode на:

1. **повреду јавног поретка** земље признања;
2. ефекат **res iudicata**;
3. **непоштовање права на одбрану**;
4. поврду одредаба Брисел Регулative о **искључивој надлежности**, или о **надлежности у потрошачким споровима** и **споровима који се тичу осигурања**.

Имунитет

На одређеном простору, обзир међународног јавног права добијају примат пред логиком приватно правних односа и спорова, те неки субјекти, који имају специјалан положај, уживају имунитет. Сврха имунитета је обезбеђивање обављања функција и маневарског простора које признаје међународно јавно право, а његова последица на терену МПП је изузеће од судске надлежности и од извршења.

ЗПП о имунитету говори на следећи начин: (Члан 25) У погледу надлежности домаћих судова за суђење странцима који уживају имунитет у Републици Србији и за суђење страним државама и међународним организацијама јавноправног карактера важе правила међународног права. Суд у случају сумње о постојању и обиму имунитета, може да затражи обавештење од министарства надлежног за послове правосуђа.

Круг лица која уживају имунитет и границе тог имунитета, одређује међународно јавно право. Можемо разликовати две групе носиоца имунитета:

- У прву групу спадају **дипломатски, конзуларни** представници и представцији **међународних организација**.
- У другу групу спадају **државе**. У погледу имунитета државе се јављају одређени проблем, првенствено услед повећаног учешћа држава у међународној трговини. Проблем се огледа у немогућности зансивања надлежности суда (или извршењу) над уговорном страном коју чини држава, због њеног имунитета. На тај начин уговорне стране би биле у неравномерном положају, те не би постојао механизам да се држава принуди да изврши своју уговорну обавезу.

У погледу врсте имунитета разликујемо:

- **Имунитет од судске надлежности** - означава изузеће од надлежности домаћег правосуђа иностраних овлашћених субјеката,
- **Имунитет од извршења** - штити од мера извршења.

Имунитет дипломатских и конзуларних представника и међународних 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. У погледу имунитета дипломатских и конзуларних представника, основни извор су две бечке конвенције:

- **Бечка конвенција о дипломатским односима** из 1961. године
- **Бечка конвенција о конзуларним односима** из 1963. године.

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 у тим државама не могу бити тужени пред судовима, ни по основу аката које предузимају у обављању функције, ни по основу аката које предузимају у личном својству, без обзира на предмет спора. 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 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:

1. 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;
2. 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;
3. у поступку који се односи на професионалну или трговачку делатност, коју дипломатски агент обавља у држави у којој је акредитован, а на основу својих службених функција.

Имунитет уживају и **чланови породице дипломатског агента**, ако нису држављани државе у којој је дипломатски агент акредитован.

Чланови административног, техничког и послужног особља уживају имунитет у вези са радњама и пословима предузетим у оквиру својих службених функција и под условом да нису држављани државе у којој је мисија акредитована, нити имају домицил у тој држави. Када је реч о **административном и техничком особљу** (технички стручњаци, шифранти, дактилографи, итд) имунитет се простира и на чланове њихове породице са којима живе у заједничком домаћинству. Такав положај немају чланови породице помоћног особља (кувари, шофери).

Имунитет **конзуларних функционера и службеника** нешто је уже постављен. Они имају имунитет само у вези са обављањем конзуларних функција. Неће уживати имунитет ако је реч о:

1. поступку покренутом на основу уговора, који је конзуларни функционер или службеник закључио, ако није поступио изричито, ни прећутно као пуномоћник државе која га је поставила;
2. поступку које је покренуло треће лице за штету насталу из незгоде, коју је у држави пријема проузроковао брод, ваздухоплов или возило;
3. поступку у вези са приватним занимањем лукративног карактера, које обавља конзуларни службеник или помоћно особље.

Што се **међународних организација** и њихових представника тиче, правила о имунитету су слична. Најважнији извори у погледу тих правила су:

- Конвенција о привилегијама и имунитетима УН 1946.
- Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих установа 1947.
- Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера 1977.

Имунитет државе

Апсолутни имунитет је чувао државу и њене органе од судског поступка и од мера извршења у страниој држави, до средине XX века. Повећано ангажовање државе и њених органа у делатностима трговачког карактера и на међународном тржишту довело је до појма рестриктивног или функционалног имунитета, који ускраћује имунитет за акте *ex jure gestionis*. Као последица се јавља могућност да државу могу да туже пред судовима друге државе, субјекти који нису држављани тужене државе, за акте комерцијалног карактера.

* *ex jure gestionis* - спорови комерцијалног карактера

* *ex jure imperii* - акти јавне власти - у погледу којих је државна власт суверена

За разликовање ова два критеријума нема јасних мерила, већ је препуштено правилима МЈП-а. Поставило се питање како одредити комерцијални карактер активности. Да ли с обзиром на својство државе, или с обзиром на својство одређеног акта.

- Обзиром на својство државе, тј. њених органа који поступају у њено име - 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. Проблем је у томе што постоје гранични случајеви у којима орган државе поступа на начин и у околностима које су својствене субјектима приватног (трговачког) права, а с друге стране приватно правни субјект, може као заступник државе да обавља по налогу и у име државе, акте јавног овлашћења.
- Обзиром на својство одређеног акта - Према другом критеријуму, о имунитету треба да одлучи природа делатности или правног односа у којој држава учествује, не узимајући у обзир ни циљ, ни мотив конкретног акта државе.

Држава се може **одрећи имунитета**, што ће за последицу имати 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. кад 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.

У Србији не постоје посебни извори у односу на **имунитет страних држава**, те се ослонац, поред **упућивања на међународно јавно право у Закону о парничном поступку**, може потражити само у теорији и оскудној пракси.

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*. Мерило за разлучивање послова и радњи *ex jure imperii* од аката *ex jure gestionis*, препуштено је принципима међународног права. ЗПП нуди још један ослонац, а то је објашњење органа надлежног за послове правде.

Што се **извршног имунитета** тиче, у праву и правној науци, није дошло до јасног напуштања концепције апсолутног имунитета.

- **Јездих** је наглашавао да наша земља признаје извршни имунитет стране државе без разликовања између *acta ex jure imperii* и *acta ex jure gestionis*.
- **Вуковић** је нешто флексибилнији и сматра да треба разликовати јурисдикциони и извршни имунитет, јер у извршном поступку може доћи до деликатнијег захвата у правну сферу дужника, него у парничном поступку.

Наше релевантне позитивноправне норме налазе се у **Закону 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 бити изричит.
- Други изузетак је када сагласност да надлежни орган, дакле Министарство правде.

ЗИО не поставља мерила, на основу којих би Министарство дало или ускратило сагласност.

Појам, одлике и врсте међународних трговинских арбитража

Арбитраже су недржавне институције за решавање спорова које су им повериле саме странке.

Непостоји универзална дефиниција арбитраже, тако да је једино могуће извршити дефинисање кроз њене основне постулате:

- а) арб. је алтернатива државним судовима
- б) арб. је приватан начин решавања спорова (пред судом је поступак јаван, а одлуке се доносе у "име народа")
- в) арб. је творевина странака (одређују место, бр. арбитра, меродавно право, језик... једино су ограничени јавним поретком)
- г) исход арб. је коначана и обавезујућа одлука

Оне су познате из најранијих времена и заправо претходе судовима. Арбитража није нестала ни након појаве државног правосуђа, већ постоји паралелно са судовима. Има одређене предности (као и недостатке) у односу на државно правосуђе, те се задржала у оним областима, где су њене предности посебно релевантне. Утакве области спада и решавање спорова у међународној трговини.

Овакав начин решавања спорова је посебно погодан, ако се има у виду структура интереса који се везују за арбитражно одлучивање. Општи интереси, интереси друштва, нису одсутни, али је њихово присуство мање изражено у поступку пред арбитражом, него пред редовним судовима. Спорови у којима је снажно заступљен интерес дрштва не могу решавати пред арбитражама. Арбитраже могу да одлучују само у споровима у којима би воља самих странака могла да замени пресуду, ако би се странке поравнале. Спољнотрговинске арбитраже никако не би могле да одлучују, нпр. о увозним и извозним дозволама, царинама или другим питањима државне регулативе спољне трговине, али могу да одлучују о међусобним правима и обавезама странака.

Традиционално се сматра да су предности арбитраже у односу на судско решавање спорова следеће:
Предности арбитраже у односу на судски поступак :

- флексибилност и неформалност (судски поступак зависи од одредби које је поставила држава, док арб. странке саме уређују)
- нејавност
- неутралност
- брзина одлучивања
- олакшано признавање и извршење (лакше признају ван земље у којој су донете; Њујоршка конвенција о признавању и извршењу арбитражних одлука)
- стручност арбитра (могу бити експерти из одређене струке, није нужно да буду правници)
- трошкови (трошкови су предвидљиви; нема жалби и поновног суђења, али је све то дискутабилно ако се ради од институционалној арб.)
- ограничење овлашћења (надлежност арб. ограничена арб. споразумом; одлучују само о спору лица која су закључила споразум; консолидација могућа само уз сагласност свих страна; трибунал није овашћен да да користи средства принуде)

Мане арбитраже у односу на судски поступак

- (начелно) непостојање правних лекова
- отежано извођење доказа
- недостатак принуде при арбитражним привремени мерама
- могућности злоупотреба
- могућности наметања неправичних решења економски слабијој или неопрезној страни

Арбитража ће бити пожељна у одређеним ситуацијама:

- ако су странке из различитих држава
- ако спор захтева посебна знања и вештине
- ако странке имају седиште у држ. где спорови дуго трају
- ако постоје изгледи да ће постојати потреба да се одлука призна у више држ.

Због великог успеха и широке прихваћености **Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука** из 1958. године, веће су шансе да се ван земље доношења, призна и изврши арбитражна него судска одлука.

Постоје две врсте спољнотрговинских арбитража: **ad hoc арбитраже** и **институционалне (сталне) арбитраже**. Наше право познаје и дозвољава обе врсте.

- **Ad hoc арбитраже** стварају странке за решење једног случаја, именујући обично једног или тројицу арбитра (непаран бр. арбитра). То могу бити познати правници, стручњаци за спољну трговину, па и експерти за нека техничка питања, односно стручњаци из области поводом које је настао спор. Именовани арбитри ће се састати на месту које су одредиле странке (или на месту које сами одреде, ако се странке нису договориле), водиће поступак на начин како су странке то одредиле (или како се сами договоре, ако странке нису то одредиле). Након доношења одлуке, арбитража престаје да постоји и правно и организационо.
- **Институционалне (сталне)** су оне арбитраже, које имају сталну организациону структуру, техничке услове (просторије и администрацију) и правила поступка. Надлежност ових арбитража се, такође, успоставља вољом странака. Ипак, организационо оне постоје и пре и након доношења одлуке, за коју су их овластиле странке. Институционалне арбитраже најчешће организују привредне коморе. Велика предност институционалних арбитража је у томе што ослобађају странке и арбитре бројних правно-организационих и техничких послова. Институционалне арбитраже (обично) имају своје **правилнике**, којима уређују сва релеванта питања за вођење арбитражног поступка пред њима (нпр. правила вођења поступка, начин одабира арбитра, именовање арбитра, процесна правила у изостанку споразума странака..). Странке избор институционалне арбитраже прихватају и њен правилник, али начелно у складу са њим могу уговорати и друга правила.

Институционалне (сталне) арбитраже можемо поделити у две групе: **затворене** и **отворене**.

- **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 бити чланица дотичног трговачког удружења, банке, берзе, привредне коморе.
- **Отворене** су оне институционалне арбитраже које такав услов не постављају, којима се могу обратити две странке, од којих ни једна није чланица организације или удружења при којем постоји арбитража.

Већина познатих арбитражних институција је отвореног типа:

- Арбитража Међународне трговинске коморе у Паризу **ICC** (International Chamber of Commerce),
- Лондонски међународни арбитражни суд,
- Америчка арбитражна асоцијација.

У нашој географској близини репутацију стичу арбитражне установе у Бечу и Будимпешти, Међународни арбитражни центар при Аустријској федералној комори и Арбитража при Мађарској трговинској комори. Србија има једну институционалну арбитражу, а то је **Спољнотрговинска арбитража (СТА) при Привредној комори Србије**.

Арбитраже могу бити још и:

- **Опште** - пред општим арбитражама се могу решавати све врсте спорова (пример за опште арб. су ICC и све претходно наведене арб.)
- **Специјализоване** - стварно надлежне за само одређену врсту спора (нпр. Друштво поморских арбитра Њујорка, Лондонска асоцијација поморских арбитра, WIPO(интелект. својина)...)

- **Унутрашња** - би била арбитража која се одвија унутар једне државе и не садржи елемент иностраности, (предмет су спорови из унутрашњих пословних односа (?))
- **Међународна** - предмет међународне су спорови из међународних пословних односа.

- **Домаћа** - чија је одлука по дејству изједначена са одлуком нашег суда и над којом супервизију врше наши судови
- **Страна** - одлуке немају дејство једнако нашим судским одлукама, већ морају да прођу поступак признања, а супервизију над таквим одлукама врше страни судови.

Свака држава прописује **сопствене критеријуме на основу којих арбитражу сматра домаћом или страном**, два главна критеријума данас су процесни и територијални критеријум:

- **Процесни критеријум** - одређује националност арбитраже према процесном праву које је примењивано.
- **Територијални критеријум** - националност арбитраже одређује према седишту арбитраже или месту где је арбитража донела одлуку

Већина законодавстава прихвата **територијални** критеријум

Закон о арбитражи (ЗА) се примењује на све арбитраже, али је **специјални третман трговинских арбитража** видљиву члану 3. „Међународне могу бити само арбитраже из међународних пословних односа“

Дакле, само је у тим врстама спорова могуће бирати страно материјално и процесно право, док у спору који није трговински странке не би могле уговорити страно меродавно право.

- **Трговинска**
- **Грађанска**

У новије време запажа се **тенденција институционализације ad hoc арбитража**. То се постиже на тај начин, што угледна удружења и организације, као што су економске комисије УН за Европу, односно за Азију и Далеки исток, Међународна трговинска комора, ILA (Светско удружење за међународно право), UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), **формулишу "модел правила" о устројству и правилима поступка арбитраже**, која стоје на располагању странкама. Бирајући арбитра, странке не морају да се саме договоре о свим питањима вођења поступка и одлучивања, већ могу да се договоре, да ће се за та питања применити нека модел правила. Посебно су значајна **Модел правила UNCITRAL** -а из 1976. године, која су постала широко прихваћена и која данас представљају типични процесни оквир ad hoc арбитража.

Установе сличне арбитражама

Поред спољнотрговинских арбитража у правом смислу те речи, честа је појава у међународној пракси да странке износе спорна питања пред установу или ad hoc тело које је само слично арбитражи . Ове установе (квазиарбитраже), уместо одлуке доносе мишљења, ставове, предлоге за решење спора. Ти ставови и мишљења могу бити веома ауторитативни, али по правилу нису 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 **разматрање неког техничког питања** (арбитражни суд за памук у Авру, Француска, чија се активност искључиво односи на испитивање квалитета). Од значаја су и разне установе за концилијацију и медијацију. То могу бити посебан установе, али и редовне арбитраже нуде своје услуге на пољу медијације и концилијације. Суштина тог начина решавања спорова је у томе да се посредује између странака, да би се у једном кооперативном

контексту упознале са супротстављеним ставовима у циљу да се лакше нађе компромис. Улога коцилијатора (медијатора) понекад се своди само на тумачење и објашњење ставова, а понекад се уз то предлаже компромис. Концилијација или медијација завршава **сугестијама** или **предлозима**, а судбина спора остаје у рукама странака.

Извори процесних норми пред арбитражама

Арбитражни поступак уређују следеће норме:

- а) **Аутономија воље странака** – Страначка аутономија воље је свакако *differentia specifica* арбитражног решавања спорова. Странке су слободне да одреде, ко ће, где и како да им реши спор. Слобода странака, ипак, има неке **границе у националним процесним нормама и међународним споразумима.**
- б) **Институционална правила недржавног порекла** - Ако се странке определе 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. године, која представљају отворени модел и која ће се применити, ако их странке прихвате. Одлика **институционалних правилника и модел-правила** је да предвиђају алтернативна решења за случај да странке пропусте да се договоре о неком елементу, или пак не могу да постигну договор. Странке у начелу могу, не само да допуњавају, већ и да мењају институционална и модел правила, али то није препоручљиво, јер приликом таквих измена странке често превиђају системску повезаност промењеног правила, са другим решењима из правилника, што може довести до озбиљних процесних тешкоћа. Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије је један од ретких институционалних правилника који предвиђа експлицитно решење за овакве случајеве: *Арбитража може да одбије да решава спор и када је њена надлежност уговорена, ако арбитражни уговор садржи одредбе, које нису у скалду са надлежностима и начелима Арбитраже, односно, ако су захтеви и поступање обе странке у току поступка такви, да онемогућавају нормално одвијање арбитражног поступка.*
- в) **Државне процесне норме** - Диспозиције странака, институционална или модел правила стварају у знатној мери самосталан процесни оквир, но државне процесне норме остају ипак релевантне. Оне постављају одређене границе страначкој и институционалној саморегулативи и поред тога покривају нека питања до којих саморегулатива не достиже. Када је о границама реч, мисли се пре свега на **минималне процесне гаранције**, које саморегулатива не може да повреди. 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 нпр 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 итд), у законима о парничном поступку (нпр. Француска, Италија, Немачка, Холандија) или у законима о међународном приватном праву (нпр. Швајцарска). *У СРЈ, релевантне процесне норме, биле су садржане пре свега у ЗМПП и у ЗПП.* Србија је 2006. године донела **Закон о арбитражи**, којим су стављене ван снаге одредбе ЗМПП и ЗПП.
- У настојању да се хармонизује међународно арбитражно право, под окриљем **UNCITRAL**-а, израђен је и један **Модел-закон о међународној трговинској арбитражи** 1985. године, који је

извршио веома значајан утицај на савремену законску регулативу. Пошто је то 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. *Према методологији UNCITRAL, данас постоје 53 земље и 6 федералних јединица у САД, које се могу квалификовати као земље које су прихватиле Модел закон.* Поставља се и питање, која државна процесна правила су меродавна. Доминантна су 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.
- г) **Међународни споразуми** - Међународни споразуми у области арбитраже, несумњиво спадају међу најуспешније и најшире прихваћене међународне уговоре и обезбеђују да се арбитражни поступак и његов резултат (одлука) признају и ван граница одређене земље. Међу најважније међународне споразуме у овој области спадају:
- **Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука** из 1958. године. Та конвенција је данас прихваћена у 137 земаља (Србија је чланица Конвенције).
 - **Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава** из 1965. године, којом се регулише арбитража за ову специфичну врсту спорова (има 153 државе чланице, укључујући и Србију).
 - **Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи** из 1961. године (има 28 држава чланица, укључујући и Србију).
 - **Женевски протокол о арбитражним клаузулама** из 1923. године
 - **Женевска конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука** из 1927. године

Две Женевске конвенције су изгубиле претежно на зачају доношењем Њујоршке конвенције.

Питање хијерархије разних норми

Однос појединих извора норми, веома је сложен.

Са једне стране нагодбе самих странака и институционална правила 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.

Закон о арбитражи поставља одређену хијерархију, **предвиђајући да 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.** 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 наших одлука у Србији. На међународном плану остаје општи принцип да арбитражни поступак треба да задовољи како договор странака, тако и императивне норме меродавног државног права (lex arbitri).

Надлежност арбитража

Појам и врсте арбитражних споразума

Међународне трговинске арбитраже могу да буду надлежне за решавање једног спора само на основу споразума странака. Арбитражни споразуми су добили изузетно чврст ослонац у Њујоршкој конвенцији, која предвиђа следећу кључну обавезу судова свих потписника Конвенције (до данас

142 земље). Ако би се једна странка обратила суду, иако постоји арбитражни споразум, суд ће (чак иако је надлежан) по захтеву једне од странака упутити странке на арбитражу, изузев ако би суд утврдио да је арбитражни споразум ништав или неподобан за примену. Разликују се две врсте арбитражних споразума. То су **компромис** и **компромисна клаузула**.

- **Компромис** је споразум странака да подвргну арбитражи један спор, који је већ настао. То је посебан писмени споразум, независан од основног правног посла из којег настаје спор. Варијанту компромиса представља арбитражни споразум, базиран на конклюдентним радњама, ако оне удовољавају минималним захтевима писмене сагласности. Ову опцију предвиђа **Модел-закон UNCITRAL-а**. Модел-закон је уз одређене преформулације прихватио **Закон о арбитражи**: 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 изјави на записник на рочишту, као и ако узме учешће у арбитражном поступку и до упуштања у расправљање у 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. Та клаузула се не односи на један конкретан спор, већ на све спорове који могу произаћи из уговорног односа странака. Странке се споразумевају да све будуће спорове из датог уговора подвргну арбитражи

Аутономија арбитражног споразума и kompetenz kompetenz

У савременој теорији се сматра да арбитражна клаузула представља једну посебну правну целину, чија је правна судбина независна од судбине главног уговора. Евентуална ништавост главног уговора, не погађа аутоматски арбитражну клаузулу. Арбитража може да одлучује на бази компромисорне клаузуле и о пуноважности главног уговора. То је принцип аутономије арбитражног уговора. Аутономија арбитражног споразума је најчешће спас за арбитражну клаузулу, јер омогућује арбитражно одлучивање и у случају када је главни уговор непуноважан. Једном усвојен принцип аутономије дозвољава, међутим, и друкчији исход. 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 арбитражна клаузула неважећа. Са принципом аутономије арбитражног споразума повезан је и принцип Kompetenz kompetenz (компетенција за компетенцију), чија је суштина у томе да су арбитри компетентни да сами одлуче о својој компетентности (арбитири су увек надлежни да одлучују о својој надлежности). Ако арбитри не би имали kompetenz kompetenz, чим неко отвори питање надлежности, арбитри би требало да стану и да сачекају став надлежног суда о пуноважности арбитражног споразума. Пошто је принцип Kompetenz kompetenz данас широко прихваћен, арбитри могу сами да одлуче о томе да ли је оспорени арбитражни споразум пуноважан или није. Ако стану на становиште да су надлежни, могу донети и одлуку.

Модел-закон UNCITRAL -а на врло јасан и експлицитан начин постулира принципе Kompetenz kompetenz и аутономије арбитражне клаузуле: арбитражни трибунал може да одлучује о својој надлежности, укључив било који приговор у вези са постојањем или пуноважношћу арбитражног споразума. За ове сврхе, арбитражна клаузула која чини део уговора сматраће се као споразум, који је независан од других одредаба уговора. Одлука арбитраже о томе да је уговор ништав не повлачи ипсо иуре неважност арбитражног споразума.

Услови за пуноважност арбитражних споразума

Да би арбитражни споразум био пуноважан, неопходно је да се испуне одређени услови. Те услове пре свега цени сама арбитража, а евентуално и суд, најчешће у поступку за признање и извршење,

или поништај арбитражне

Следеће околности се односе на ситуацију када се пуноважност арбитражног споразума појављује пред домаћим судовима.

Прво питање које се поставља јесте **по ком праву треба ценити арбитражни споразум.**

1. Ако има места примени специјаланих конвенцијских режим - долази до примена правила конвенције
2. Ако би странке уговориле меродавно право, онда је за пуноважност арбитражног споразума неопходно да буду испуњени услови и по нашем праву и према изабраном праву.
3. У случају да нема места примени конвенцијских правила, нити је извршен избор меродавног права, долази само до примене правила нашег права

Закон о арбитражи прописује **услове ништавости арбитражног споразума:**

- 1) врста спорова на који се односи није подобна за арбитражу (није арбитрабилан);
- 2) није закључен у форми прописаној овим законом;
- 3) странке нису имале потребна својства и способност за његово закључење,
- 4) је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде.

Из овога следи да се услови пуноважности могу тицати:

- формалне пуноважности - поставља се захтев писмене форме
- материјалне пуноважности
- способности странака да закључе споразум

Наше право поставља **услове за пуноважно подвргавање спора Спољнотрговинској арбитражи на решавање:**

- Пре свега треба да је реч о **међународној арбитражи**. Према Закону о арбитражи, арбитража која се одвија у Србији сматраће се међународном ако су испуњени следећи услови: потребно је да је реч о спору из међународних пословних односа. Реч је о односима у којима странке у време закључења арбитражног споразума имају седишта (или боравишта) у разним државама. Поред тога, евентуално би и два домаћа партнера могла да подвргну свој спор спољнотрговинској арбитражи, ако би у свом споразуму квалификовали предмет спора, као предмет везан за више држава.
- Следећи услов је услов **арбитрабилитета**. Арбитрабилитет се односи на чињеницу да је спор подобан да се подвргне арбитражи, што према ставу нашег позитивног права (Закон о арбитражи) требају да буду **спорови о правим којима странке могу слободно да располажу**. У ех-југословенској теорији се указивало на то да домен права са којима странке слободно располажу, не би требало поистовећивати са сфером у којој само важе диспозитивне норме. Странке могу, нпр. слободно да располажу одштетним захтевом, без обзира на то што на формирање тог захтева и на могућност његовог остварења могу да утичу и императивне норме.
- **Не може се закључити пуноважан арбитражни споразум, ако је реч о спору за који је предвиђена искључива надлежност нашег правосуђа.**
- 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 саме странке одређују број арбитра, тај број треба да је **непаран**. Одређивање парног броја арбитра повлачи за собом неважност арбитражног споразума.

- Претпоставка за пуноважност арбитражног споразума је и **писмена форма**. Овај услов треба еластичније схватити, па би се под писменим компромисом или компромисорном клаузулом подразумевало:
 - писмено са потписима обеју странака,
 - писмени споразум који је постигнут разменом писама, телеграма или путем телепринтера.
 - арбитражна клаузула налази у општим условима пословања, ако они чине саставни део уговора између странака.
 - Доста контроверзи изазива ситуација када купац пошаље писмену понуду која садржи и арбитражни споразум, а продавац изражава своју сагласност на тај начин што шаље робу одговарајуће спецификације. Уговор је закључен конклюдентом радном, али без арбитражног споразума, јер до сагласности није дошло писменом изјавом.
 - Сматра се да, ако се арбитражни споразум закључује посредством заступника, такав заступник не би могао да закључује компромис или компромисорну клаузулу на основу усменог овлашћења, већ је неопходно да има писмено пуномоћје.

Писмена форма је данас, без сумње, важећи услов потврђен свим релевантним међународним споразумима, али смо сведоци све жешћих критика овог услова у теорији, а јављају се и одлуке у судској и арбитражној пракси које релативизирају значај писмене форме. UNCITRAL има посебну радну групу, која ради на документу који би представљао предлог или за промену Њујоршке конвенције или за њену такву интерпретацију, којом би се отворила врата за флексибилније схватање писмене форме. **Закон о арбитражи** следи савремене тенденције и сматра да постоји **споразум у писменој форми**, ако је споразум закључен разменом порука путем средстава комуникације, која омогућава писмени доказ о споразуму странака, без обзира на то да ли су странке те поруке потписале.

- У вези са пуноважношћу арбитражног споразума јавља се и питање његовог **домашаја**. Домашај може бити субјективни и објективни.
 - **Субјективни домашај** се односи на чињницу да арбитража може да одлуче само о спору између странака које су закључиле арбитражни споразум. Најчешће су то потписнице самог споразума односно уговора у којем се налази арбитражна (компромисна) клаузула. Изузетак од овог правила је "**доктрине групе компанија**" - Према овом схватању сматра се да арбитражни споразум обавезује и онај правни ентитет који припада истој групи компанија као и ентитет који се јавља као потписник споразума, ако те компаније чине нераскидиву економску целину. Ова доктрина постоји да би се спречиле злоупотребе у којима би се компаније "криле" иза кћерки фирми или представништва које немају економска средства из којих би се тужилац наплатио. Постоје друге и могућност проширења субјективног домашаја арбитражној споразума:
 - Уколико **цесијом** на место једног потписника ступи друго лице
 - Услед **универзалне сукцесија** или путем **спајања, припајања**..., може доћи до промене.
 - **Објективни домашај** се односи на предмет спора о којој треба арбитража да одлучи. Арбитри могу да одлучују само о споровима које им странке повере. Арбитражни споразум се обично односи на се спорове који протекну из конкретног уговорног односа.

О поступку спољнотрговинских арбитража уопштено, не би се могло говорити, а не може бити рећи ни о јединственим правилима поступања арбитража унутар једне државе, јер на поступак могу битно да утичу у сваком случају саме странке или арбитраи.

Као једна од главних карактеристика арбитражног поступка је могућност странка да врше одабир проценог права/ тј. правила на основу којих ће се водити поступак пред арбитражом као и одабир меродавног материјалног права за решавање предметног спора.

- Ако се ради о ad hoc арбитражи на странкама је у целости да уреде правила поступка (нпр. начин одабира арбитра, именовање арбитра, изузеће, друга процесна питања...), оно то могу самостало радити у законским оквирима или што је чешћи случај, могу одбрати неки од постојећих модела правила вођења поступка, као што су нпр. Модел-правила UNCITRAL.
- Ако странке ипак одаберу институционалну арбитражу, оне прихватају и њен правилник. Пред великим бројем институционалних арбитража странке могу вршити допуне правилника, како би правила више прилагодили потребама својег поступка.

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 правила парничног поступка једне државе** (обично државе у којој се води поступак)

Последње решење није целисходно, јер норме о парничном поступку појединих држава нису прилагођене особеностима арбитражног поступка. Поред тога садрже бројне норме које су сасвим непримењиве, као што су нпр. норме о жалбеном поступку. , те се отвара неизвесност о томе које би се националне процесне норме примениле, а које не би. **Правилник Спољнотрговинске арбитражне (СТА) се не позива на ЗПП, већ арбитрама препушта да одреде процесна правила "која сматрају целисходним у границама одредаба Закона о арбитражи РС"**

се, истина, такође позива на ЗПП, али уз једну важну ограду. Одредбе ЗПП се могу применити, ако у Правилнику нема одговора на постављено процесно питање и ако су релевантне одредбе ЗПП у складу са надлежностима и начелима арбитражног поступка. Процесне норме државе места арбитраже су релевантне по питањима **помоћи арбитражном поступку**, те по питањима **контроле арбитражног поступка.**

Што се саме арбитражне процедуре тиче, норме парничних поступака појединих држава, по правилу, не пружају адекватно конкретно решење. Према Правилима арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу **ИСС**, ако сам Правилник не садржи потребне процесне норме, примењују се пре свега, правила која одређују странке, а ако оне то не би учиниле, правила поступка ће одредити арбитраи.

Правилник о међународној арбитражи **при Циришкој трговинској комори**, предвидео је нешто друкчије решење. Меродавна су правила швајцарског Закона о МПП, затим норме Правилника, па на крају споразум странака.

Од 2004. године на снази су **Швајцарска правила**, која представљају заједничка правила шест институционалних арбитража (укључивши и Циришку). Нова Правила из 2004. године, не остављају

арбитрама да воде поступак на начин који сматрају прикладним, у складу са Правилима и водећи рачуна о праву странака на једнак третман, као и њиховом праву да износе своје ставове.

Конституисање арбитраже

Ако је реч о **три арбитра**, што је најчешће случај, странке се обично договоре да ће свака страна именовати по једног арбитра, а тако изабрани арбитри ће постићи споразум о трећем, који најчешће постаје председник већа. То је механизам, који није увек ефикасан. Једна странка може релативно лако да осујети његово дејство, ако једноставно не именује свог арбитра. Може се десити и да два изабрана арбитра не могу да се сложе око избора трећег. У оваквим и сличним ситуацијама, институционалне арбитраже могу да надоместе пасивност странака и могу да одреде трећег арбитра. Ситуација је, међутим, тежа ако је у питању ad hoc арбитража, јер у таквим ситуацијама не постоји никаква компетентна институција, која би могла сама да одреди арбитре. Решење се тражи конституисањем тзв. **органа именовања**, који би могао да именује арбитре 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 арбитре, али ће одредити орган именовања, који ће уместо странака одредити арбитре. Могуће помоћно решење предсатвља и именовање арбитра од стране суда. Такву могућност превиђа и наш Закон о арбитражи. Судско именовање ће се извршити, ако арбитар не буде на време постављен. Именовање ће се извршити на захтев странке. Ток поступка пред спољнотрговинском арбитражом

(напомена!!: наведено није довољно прецизно да би се најбоље увидели аспекти конституисања, текст који следи је из засебног уџбеника за Арбитражно право, закључно са "именовањем трочланог већа")

Након што странке се одлуче за врсту арбитраже којој ће поверити спор (ad hoc или институционалну), непоходно је одредити број арбитра и извршити њихово именовање.

а) Одређивање броја арбитра - У начелу, странке су слободне у избору броја арбитра, осим што многа законодавства предвиђају услов да број арбитра **мора бити непаран** - уколико је паран може доћи до ситуације да се не може формирати већина за доношење арбитражне одлуке. Странке обично бирају арбитра појединца (ако је спор мање вредности) или трочлано веће. Уколико странке **нису** унапред одлучиле о броју арбитра:

- Уколико су уговориле институционалну арбитражу одговор ће дати **правилник** те институционалне арбитраже.
- Уколико су уговориле ad hoc арбитражу → решење ће дати **национални закон**. Закон о арбитражи наводи да ће ако странке не одреде број арбитра **одлуку** о томе **донети суд**.

б) Поступак именовања арбитра - Странке могу самостало именовати арбитре или могу одредити орган именовања које ће то урадити уместо њих. Постоје разлике у погледу именовања арбитра појединца и именовања трочланог већа.

- **Именовање арбитра појединца** - Арбитра појединца по правилу заједнички именују странке.
 - Ако се ради о институционалној арбитражи - **правилник институционалне арбитраже**. Нпр. у поступку пред СТА странке имају 30 дана од одговора на тужбу да се договоре о личности арбитр, притом арбитра морају изабрати са листе арбитра при СТА. Уколико то не учине у предвиђеном року председник СТА ће именовати арбитра.

- Ако се ради о **ad hoc арбитражама** - проблем је тај што нема органа који би прискочио у помоћ уколико странке нису именовале арбитра. Улогу у том случају има орган именовања, ког одређују странке у арбитражном споразуму односно клаузули. У случају да нема органа именовања или да он није извршио одабир, странке које су изабрале одређена модел правила, могу се користити одређеним механизмима која прописују та правила. Ако нема ништа од наведеног у помоћ прискачу национални прописи.
 - Ако су странке уговориле да се арбитража одвија у складу са **UNCITRAL правилима**, а нису уговориле ко ће бити орган именовања, свака странка може од Генералног секретара Сталног арбитражног суда у Хагу да одреди орган именовања.
 - **Европска конвенција** коју је наша земља ратификовала предивђа да ће орган именовања бити председник надлежне трговинске коморе земље у којој је странка која је пропустила да изврши именовање.
 - **Национални закони**, укључујући и наш **Закон о арбитражи**, превиђају да странке имају 30 дана да именују арбитра појединца, након тога се могу обратити органу именовања, а уколико га нема, **надлежном суду**.
- **Именовање трочланог већа** - Ако о спору треба да одлучи трочлано веће свака од странака именује по једног арбитра, а затим два тако изабрана арбитра бирају трећег - председника већа. До проблема може доћи када та два арбитра једноставно **не могу да постигну сагласност о особи коју желе као трећег арбитра**. У том случају такође:
 - 1) Ако се ради о **институционалној арбитражи** - у помоћ прискаче **правилник** арбитражне институције.
 - 2) Ако се ради о **ad hoc арбитражи** - **орган именовања**, односно **суд** ако нема органа именовања. Након што је конституисана, институционална арбитража води поступак, превасходно према правилнику, које су изабрале странке. Релевантне су и конкретне инструкције странака, те минималне процесне гаранције, које поставља lex arbitri. Правилници који су данас типични не улазе у многе детаље, фиксирају само основне тачке поступка и арбитрама остављају доста широку дискрецију. Пре неколико година, под окриљем UNCITRAL -а, сачињен је још један текст, а то су **Белешке о организовању арбитражног поступка**. Циљ ови белешки је да служе као нека врста подсетника како странкама, тако и арбитрама у питањима рационалне организације арбитражног поступка.

Поступак пред Спољнотрговинском арбитражом

Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије (СТА) је институционална арбитража. СТА има свој **правилник** и наставља традиције Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије. Данас је на снази Правилник из 2007. године. 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, примениће се **одредбе ЗПП**. Допуњавајући 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. Ако би таква правила била постављена споразумом странака, СТА неће прихватити да реши спор, иако постоји пуноважни арбитражни споразум. Инсистирањем на одређеним принципима одлучивања, институционална арбитража жели да сачува вредности, на којима се заснива њен реноме. Правилник СТА изричито предвиђа могућност да се поступак пред СТА води према Модел-правилима UNCITRAL -а. Као даље карактеристике поступка пред СТА, могле би се истаћи флексибилност и тежња да се ствари упросте ради ефикасности. Ова тежња се може сагледати кроз бројне одредбе Правилника. Примера ради, СТА може донети одлуку и без заказивања усмене расправе, ако се питање може јасно сагледати из писмених поднесака и ако ни једна странка не инсистира да се одржи усмена расправа. Рокови нису

строги, а на оправдани захтев странке, могу се продужити. **Арбитри се бирају са листе, коју утврђује Скупштина Привредне коморе Србије.** У листу су укључени и страни арбитри. Председник већа и арбитар појединац може бити само арбитар, који се налази на листи.

Примена материјалног права од стране арбитража

(Напомена !!! - "Одабир меродавног права на основу аутономије воље" и "Решења за одређивање меродавног материјалног права" су додата из засебног уџбеника за арбитражно право, јер наведено у коауторско књизи није довољно јасно разграничено - искључива материја коауторског уџбеника је наведена словима у курсиву)

Одређивање меродавних материјалних правила, на основу којих међународне трговинске арбитраже решавају спорове, спада у сложене проблеме. На првом месту ради одређивања меродавног права полази се од **аутономије воље странака**. У погледу одређивања меродавног материјалног права странке имају одрешене руке. Многи савремени закони више не ограничавају странке на одабир права, већ се странкама допушта да одреде меродавна правна правила, што отвара две могућности:

1. Странке могу **одабрати право неке државе** као меродавно (нпр. право Швајцарске, Немачке, Србије..)
2. Странке могу **одабрати правила, а не право** - део националног права, или нека правила међународног или недржавног карактера. Отвара се питање шта се све сматра „правилима“, али се у пракси често јавља уговарање као меродавног:
 - **међународно јавно право**
 - **опште правне принципе**
 - **lex mercatoria** (се могу схватити као друго име за међународне трговачке обичаје. Арбитражни закони и правилници често обавезују арбитре да приликом решавања спорова узму у обзир и обичаје)
3. Готово сви закони и институционални правилници предвиђају могућност да се уговори **решавање по правичности** - То не значи одлучивање мимо било каквих правних правила, а о томе шта представља решавање по правичности постоји више схватања. У нашем праву решавање по правичности не даје одрешене руке арбитрама, већ су они дужни да примене: **одредбе уговора и трговинске обичаје**.

Уколико **аутономија воље странака изостане** у погледу одређивања меродавног материјалног права, настаје одређени број проблема. У теорији се постављају разматрања која би сва права/правила мога да се појаве као меродавна у одсуству аутономије воље (**напомена !!!** - наведено указује само на чињеницу која права долазе у обзир, али не разрађују у потпуности како и на основу чега долази до њихове примене):

- Полазне тачке су колизионе норме **lex fori**, закона земље суда. Ако је реч о арбитражама, ова полазна тачка није ни мало чврста, односно, није извесно шта је *lex fori* појединих међународних трговинских арбитража и које колизионе норме, тј. колизионе норме које државе треба применити да би се дошло до меродавног права.
- Први начин се не разликује од поступка одређивања меродавног права пред судовима. Полази се од **колизионих норми једног националног права**, те се примењује материјално право оне државе на коју те колизионе норме указују;
- Карактеристика другог типа решења су **ненационалне колизионе норме** као полазна тачка, колизионе норме које нису узете из међународног приватног права одређене државе. Нема јединствених светских колизионих норми, које би арбитри међународних трговинских арбитража могли да примењују, те арбитри без ослона на националне колизионе норме једне државе, неће имати недвосмислене путоказе ако желе да утврде које је материјално право најлогичније и најприродније везано за однос који расправљају.

- Трећи тип решења карактерише још потпунији раскид са нормама појединих држава. С ослоном на недржавни карактер арбитраже, јавља се и одлучивање без ослона на неко материјално право, при чему су, наравно, сувишне и колизионе норме које би довеле 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 најприхваћенији француски израз *amiable composition*. Овакав начин решавања меритума се у многим државама експлицитно признаје, као могући начин арбитражног одлучивања.
- Одлучивање путем ослона на аутономно право међународне трговине или нови **lex mercatoria** тежи ка еманципацији од националних права, али се при томе 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. Постоји тенденција институционализације ових правила, а у њиховој разради систематизацији, све већу улогу играју ОУН и разни специјализовани органи ОУН, пре свега UNCITRAL и регионалне економске комисије. У процесу афирмације и разраде овог новог *lex mercatoria*, значајну улогу имају међународне трговинске арбитраже. Као могуће анационално меродавно право, јављају се Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре из 1994. године (ревидирани 2004.), на које се повремено ослањају арбитраже.
- У значајном броју одлука арбитрари 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. То се наравно чини у случајевима, када разне норме оправдавају исти резултат, те се сматра да позивање на више ауторитета, може да утиче на међународни углед одлуке.

Решења за одређивање меродавног материјалног права (?) у случају да странке нису извршиле одабир (која су присутна у пракси):

- **Прикладне колизионе норме** - Трибунал до меродавног права долази применом колизионих норми које сматра прикладним. Које ће то колизионе норме сматрати прикладним зависи од случаја до случаја - некада то могу бити колизионе норме неког националног права, а некада неку колизиону норму сматрају прикладним без навођења из ког је извора она преузета. Према овом приступу арбитрари уживају највећу слободу у одабиру колизионе норме. Наш **Закон о арбитражи** као и **Правилник СТА** овлашћују арбитраре да на овај начин одаберу меродавно право - применом оних колизионих норми које сматрају најприкладнијим.
- **Кумулативни метод** - Арбитрари истовремено примењују колизионе норме земаља које су блиско повезане са случајем. Ако оне воде истом меродавном праву, они ће то право применити.
- **Директан избор** - Не приступа се колизионој техници, већ сами арбитрари одређују материјалноправни оквир по коме ће се спор решити. Није нужно да одабрано право или правила буду у блиској вези са спором. Могуће је да се примењују, јер садрже прописе који адекватно решавају спор. Код овог приступа арбитрари и немају обавезу да образлажу којом су колизионом методом дошли до тог исхода.
- Једна од солуција је и да се као меродавно материјално право **примени право најближе везе**

Примена материјалног права од стране СТА

У пракси се јавља приличан број приступа, а велики је број одлука у којима није експлицитно речено, које норме служе као база одлучивања и како се дошло до тих норми. Одлука се раније често заснивала на правилима Општих узанси за промет робом, али колизиона образложења за примену Општих узанси варирају. Нису била ретка ни ненационална колизиона образложења, позивање на опште принципе међународног приватног права. Честа су и позивања на правила, која би се могла сврстати под аутономно право међународне трговине. То је у складу са тенденцијом да се појача међународни ауторитет одлуке. На основу Правилника СТА, као и ставова заузетих у нашој

арбитражној пракси, може се извући неколико закључака о примени материјалног права од стране СТА:

Правилник познаје два начина одлучивања: по правним нормама и по правичности.

- Претпостављени начин одлучивања је по правним нормама.
- За одлучивање по правичности потребно је изричито овлашћење странака. У пракси наше СТА, такво овлашћење давано је у занемарљиво малом броју случајева.
- Ако арбитра немају овлашћење да одлучују по 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 обичај
- норме националног права

Правилник не поставља хијерархијски однос између наведена три извора. Чини се да по природи ствари на прво место долази уговор (ако није у супротности са императивним нормама материјалног права). На друго место би дошле обичајне норме признате у међународној трговини, или у специфичној области међународних пословних односа (ако нису у супротности са императивним нормама материјалног права). На трећем месту биле би норме меродавног националног права. Тај редослед се мења у прилог националном праву, ако је реч о императивним нормама, односно о нормама непосредне примене.

Правна средства против арбитражних одлука

Воља странака и воља арбитра нису једини оквири арбитражног одлучивања. Државно правосуђе задржава извесне могућности, макар накнадне контроле арбитражног поступка. Правна средства која се могу користити против арбитражних одлука у појединим законодавствима су веома бројна и разнолика. Истичу се 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 одлуке **у поступку њеног признања и извршења**.

Наше право познаје два правна средства против арбитражних одлука. **Домаћа** арбитражна одлука код нас производи дејство као и домаћа правоснажна и извршна судска пресуда, али се може нападати само **тужбом за поништај**. Страна арбитражна одлука код нас не производи дејство, **док не буде призната, односно проглашена извршном** од стране нашег суда.

Утврђивање порекла арбитражне одлуке

У зависности од припадности арбитражна одлука ће имати другачији третман. Иправност домаће одлуке се врши у поступку за поништај, док се испитивање стране одлуке врши у поступку признања и извршења. У теорији се јављају три метода за утврђивање порекла арбитражне одлуке:

1. **Персонални** - арбитражна одлука ће имати припадност државе чије држављанство или домицил има арбитар, односно председник већа ако би арбитра имали различита држављанства.
2. **Територијални** - арбитражна одлука ће имати припадност државе где се налази седиште арбитраже, а ако је немогуће одредити седиште, онда према месту доношења одлуке.
3. **Процесни** - арбитражна одлука ће имати припадност државе чије је процесно право било примењено у поступку

Закон о арбитражи чл. 64 Страна арбитражна одлука је одлука коју је донео арбитражни суд чије је место ван Републике, као и одлука коју је донео арбитражни суд у Републици ако је на арбитражни поступак примењено страно право (није прецизирано на које се право мисли, али тумачењем у складу са Њујоршком конвенцијом, може се сматрати да се ради о процесном праву).

Поништај арбитражне одлуке

У Србији дејство домаће арбитражне одлуке није условљено никаквом судском провером *ex officio*. Према члану 64 закона о арбитражи, **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 условљено никаквом контролом, али постоји могућност да се домаћа арбитражна одлука напада **тужбом за поништај**. Таква тужба може се поднети суду у року од **три месеца од дана пријема арбитражне одлуке**. Ако дође до исправке, тумачења или допуне одлуке, рок од три месеца почиње да тече од дана, када је модификована одлука достављена. 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**, а у одсуству избора меродавног права, према праву РС; (*Непуноважност арбитражног споразума*)
2. арбитражна одлука се може поништити и ако је странка која тражи поништај била **онемогућена да изнесе своје ставове**; (*Повреда начела контрадикторности*)
3. **прекорачење овлашћења** датих арбитрама у арбитражном споразуму; (*Прекорачење овлашћења*)
4. одлука се може поништити и ако је у погледу **арбитражног поступка или састава арбитраже повређена одредба арбитражног споразума**, односно одредба **правила арбитражне институције**. Повреда одредаба Закона о арбитражи у погледу састава арбитраже или у погледу поступка, може такође да представља разлог за поништај. Повреда одредаба арбитражног споразума или правилника институционалне арбитраже, неће представљати разлог за поништај, ако је реч о одредби која би била у супротности са неком императивном одредбом Закона о арбитражи. (*Састав трибунала и правила поступка*)
5. одлука ће се 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. (*Заснована на кривичном делу*)

Разлози за поништај одлуке које суд цени ex officio су:

1. **арбитрабилност**;
2. **повреда јавног поретка** Србије.

Судбина арбитражног споразума

Закон о арбитражи садржи и једну одредбу, којом се решава једно спорно питање, које до сада није било експлицитно решено у нашем праву, а то је да ли арбитражни споразум остаје на снази, након поништења арбитражне одлуке.

- Ако је до поништаја дошло услед ништавости или непостојања арбитражног споразума - споразум неће постојати, те странке могу да закључе нови споразум или да препусте суду да реши спор.
- Ако је до поништаја дошло из других наведених разлога - закон се определио за решење по коме арбитражни споразум и даље важи, тј. странке могу поново да се обрате арбитражи и након поништења арбитражне одлуке. Од овог правила постоји један изузетак, а то је случај када странке у свом арбитражном споразуму одреде и имена арбитра, неће бити везане такним избором.

Признање и извршење арбитражних одлука

Проблем извршења арбитражних одлука је потенциран тиме, што арбитраже нису везане за државни апарат, који се јавља као апарат за принудно извршење оних одлука, које се не извршавају добровољно. Ипак, проценат извршења арбитражних одлука је доста висок. 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 представљају веома ефикасно организован притисај 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. Иако је висок проценат добровољног извршења висок, то не значи да се проблем признања и извршења арбитражних одлука не поставља или да је малог значаја. Признање и извршење страних арбитражних одлука према прописима Србије У нашем праву норме о признању и извршењу страних арбитражних одлука постављене су у Закону о арбитражи (члан 64-68). Ове норме говоре, пер свега, о условима за признање и извршење страних арбитражних одлука, а постављена су и нека правила процедуре. Процедурална правила су претежно иста она, која се односе 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.

Услови за признање и извршење страних арбитражних одлука

Закон о арбитражи прихватио је принципе и норме Њујоршке конвенције. То значи да ће код нас стране арбитражне одлуке добити практично исти третман, без обзира на то да ли је одлука пореклом из земље чланице Њујоршке конвенције. Као и Конвенција, Закон о арбитражи познаје две категорије разлога из којих се може одбити признање страних арбитражних одлука:

1. разлози који се могу узети у обзир само ако их странка, која се противи признању и извршењу, истакне и докаже;
2. разлози које суд узима у обзир и цени по службеној дужности.

Разлози који ће се узети у обзир по иницијативи странке су следећи:

1. да су странке на основу закона који се на њих примењује, неспособне, или да поменути уговор није ваљан по закону коме су га странке подвргле или, ако нема назначења у том погледу, на основу закона земље у којој је донета одлука; (**Непуноважност арбитражног споразума**)
2. да странка против које се истиче одлука није била уредно обавештена о одређивању арбитра или о арбитражном поступку, или да јој је из неког другог разлога било немогућно да употреби своја средства; (**Повреда начела контрадикторности**)
3. да се одлука односи на спор који није предвиђен у компромису или није обухваћен арбитражном клаузулом, или да садржи одредбе које прелазе границе компромиса или арбитражне клаузуле; ипак, ако одредбе одлуке које се односе на питања подвргнута арбитражи могу бити раздвојене од

одредаба које се односе на питања која нису подвргнута арбитражи, прве ће моћи да буду признате и извршене; (**Прекорачење овлашћења**)

4. да образовање арбитражног суда или арбитражни поступак није био у складу са уговором странака или, ако не постоји уговор, да није био сагласан закону земље у којој је обављена арбитража; (**Састав трибунала и правила поступка**)
5. да одлука још није постала обавезна за странке или да ју је поништила или обуставила надлежна власт у земљи у којој, или на основу чијег је закона донета одлука. (!!! - једина разлика у односу на правила за поништај)

Разлози које **суд цени ex officio** су:

1. **арбитрабилност;**
2. **повреда јавног поретка** Србије.

У погледу услова " (5.) да одлука још није постала обавезна за странке или да ју је поништила или обуставила надлежна власт у земљи у којој, или на основу чијег је закона донета одлука" потребна су додатна прецизирања. Закон о арбитражи и овде преузима решење Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године, те поставља правило да ће представљати разлог за одбијање егзекутуре, само онај **поништај који је извршен или у земљи у којој је одлука донета или у земљи по чијем је процесном праву одлука донета.** Ако је до поништаја дошло у некој другој земљи, такав поништај не може бити препрека за егзекутуру код нас. У вези са питањем коначности арбитражне одлуке, треба навести и члан 67 Закона о арбитражи. Поставља се питање, како ће поступити наш суд пред којим се тражи егзекутура стране арбитражне одлуке, ако та страна **одлука није поништена, али је покренут поступак за њен поништај у страниој земљи.** Опет је од значаја у којој се страниој земљи покреће поступак за поништај. Одређеног ефекта може имати **само поступак који је покренут пред судом земље, чију припадност има арбитража одлука.** У том случају суд може, и то на захтев једне од странака, да (**прекине поступак признања?**) **одложи решавање о захтеву за егзекутуру.** Овакво одлагање одлуке, наш суд може условити полагањем обезбеђења од стране дужника.

Традиционално је и **реципроцитет представљао један од услова** за признање и извршење страних арбитражних одлука. Кроз реципроцитет се успоставља међузависност државних интереса и обзира. Питање је, међутим, да ли арбитража представља јединицу укључену у ову мрежу повезаних државних интереса и обзира. Треба рећи и то да је практични значај услова реципроцитета битно умањен услед успеха Њујоршке конвенције. Дошло је до глобалног уједначавања услова признања и извршења страних арбитражних одлука. Вероватно су то разлози што Закон о арбитражи више не поставља реципроцитет, као један од услова признања и извршења страних арбитражних одлука.

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 одбија.** Поред тога о признању и извршењу 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, с обзиром на природу спорова који се подвргавају арбитражи и с обзиром на то да су одлуке готово увек кондемпнаторне.

За давање егзекутуре, **месно је надлежан суд, на чијем подручју треба спровести поступак признања, односно извршења.**

Правила о **стварној надлежности** постављају **републички прописи.**

Закон о арбитражи 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;
- 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 и оверен превод. - Закон о арбитражи не прецизира, ко се сматра овлашћеним да овери превод, но у тај круг свакако улазе судски тумач, као и службена лица дипломатских или конзуларних представништава.

Признање и извршење страних арбитражних одлука према међународним споразумима

Мултилатерални међународним споразуми

На међународном плану је уложен велики напор ради унификације правила о признање и извршење страних арбитражних одлука у различитим правим системима. Велики допринос унифковању ових правила су дали међународним споразуми. Најшире су прихваћена два мултилатерална споразума, посебно посвећена признању и извршењу страних арбитражних одлука:

- Женевска конвенција о признању и извршењу арбитражних одлука из 1927. године
- Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године,

пored ове две конвенције, од значаја су и:

- Женевска протокол о арбитражним клаузулама из 1923. године
- Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године

Наша земља је прихватила све наведене конвенције. Услед широког прихватања Њујоршке конвенције, Женевске конвенције су изгубиле у великој мери на значају, док Европска конвенција покрива и одређену материју коју не обухвата Њујоршка (*конституисање арб., меродатво материјално право, поштај арб. одлуке*)

Билатерални међународним споразуми

Услови за признање и извршење страних арбитражних одлука постављени су и у бројним билатералним конвенцијама, у којима је једна од страна уговорница Србија. Само један, посебно је посвећен признању арбитражних одлука, а то је Споразум о узајамном признавању и извршењу одлука изабраних судова и поравнања закључених пред изабраним судовима у трговачким стварима са Аустријом из 1960. године. Поред ових бивша Југославија је закључила и споразуме са другим државама, али њихово поље регулисања није било директно усмерено на материју признања и извршења, већ и на друга питања (са Алжиром, Бугарском, СССР, Грчком, Италијом, Јапаном, Мађарском ...)

Између одредаба појединих међународних конвенција и правила нашег унутрашњег права не постоје битне разлике. Приликом формулисања наших позитивних норми, законодавац је пошао од принципа, који су се формирали у међународној пракси и који су нашли своје место и у међународним конвенцијама. Закон о арбитражи следи решење Њујоршке конвенције. Основна идеја Њујоршке конвенције је у томе, да ограничи разлоге из којих се може одбити признање стране арбитражне одлуке, чиме дозвољава да се примени **право које је повољније**, тако да ако национални закон или билатерална конвенција прописују повољније услове, доћиће до њихове примене. Конвенција се у начелу примењује и у односу на одлуке, које су пореклом из земље која није ратификовала конвенцију. Могуће је, међутим, ставити резерву којом се примена конвенције ограничава на одлуке, које су

пореком из земаља чланица Конвенције. Југославија је једна од земаља, која је ставила такву резерву, коју је наследила и Србија. Та резерва је, међутим, изгубила практични значај, јер је Закон о арбитражи прихватио конвенцијски режим, као општи режим.

Члан V (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 V (став 2) садржи два разлога, која суд може узети у обзир и ex officio, тј. без иницијативе противника предлога за признање и извршење. 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.