

## ПРИЛОГ ПИТАЊУ ПРАВНЕ ПРИРОДЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА И ЊЕГОВОГ МЕСТА У СИСТЕМУ ПРАВА

Проблем правне природе међународног приватног права заузима централно место<sup>1</sup> у теорији ове гране права и његово решење детерминише низ питања која су са њим уско повезана.<sup>2</sup> Овај слажени проблем датира од самог настанка правне дисциплине и увек је био предмет интересовања теоретичара како међународног приватног, тако и међународног јавног права. У доктрини, мишљења се разилазе поводом одређивања националног или међународног карактера норми (о сукобу закона, по правилу), одн., утврђивању (не)постојећих наднационалних правила и основа примене страног права.<sup>3</sup> Зависно од одговора на ова питања, међународно приватно право сврставано је у област међународног права, или се сматрало делом унутрашњег права сваке државе.

### 1. ИСТОРИЈСКИ ПРЕГЛЕД

Хронолошки посматрано, друга половина XIX века и почетак XX века означавају период стварања и формулисања ставова представника тзв. универзалистичке<sup>4</sup> концепције према којој се међуна-

<sup>1</sup> Како се наводи, „очито је да ниједан теоретичар нити институција не могу избећи тај проблем ако се баве међународним приватним правом, и да не могу радити у психичком вакууму. Што се тог проблема тиче, потребан је свијестан или несвијестан однос према њему...”, Ж. Матић, Кртак преглед неких основних теоретских и практичних питања унификације међународног приватног права у раду Хашке конференције за међународно приватно право, Страни правни живот, 1976., бр. 90, стр. 25.

<sup>2</sup> У том смислу и шпански интернационалиста Miaja de la Muela: „El problema fundamental de los acabados de mencionar se planteó primeramente como la ordenación del Derecho internacional privado dentro del Derecho interno de cada país o del internacional. La solución que esta cuestión recibiese era decisiva tanto para la fijación de cuáles sean las fuentes de este rama jurídica como para su fundamentación y método”, A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado I, Introducción y parte general. Madrid 1976, p. 25—26.

<sup>3</sup> V. npr., E. Rabal, The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume one University of Michigan 1958, p. 7; Lipovanu, On the International or National Nature of the Conflict of Laws, Revue roumaine d'études internationales, 1971, №2 (12), pp. 131-132.

<sup>4</sup> Ова концепција назива се и „интернационалистичком”, априористичком“ или „идеалистичком“. Поједини аутори схватају ове називе као синониме, док их други употребљавају зависно од конкретног представника школе, у настојању да укажу на специфичности његовог гледишта. Исто тако, срећу се и

родном приватном праву придаје значај који превазилази оквире унутрашњег права и настоје да створе решења која би била универзално прихватљива. Готово сви аутори тог доба припадали су овом правцу<sup>5</sup>: они су сматрали да регулисање сукоба закона мора бити једнообразно у свим земљама, што чи се постигло поступањем у складу са заједничким моделом створеним априористичким путем.<sup>6</sup>

Међутим, због испољене искључивости, у доктрини је убрзо дошло до реакције.<sup>7</sup> Крајем XIX века и у првој четвртини XX века настаје тзв. националистичка<sup>8</sup> концепција, према којој међународно приватно право представља грану унутрашњег права сваке државе. Полазећи од националног карактера извора, представници овог правца<sup>9</sup> сматрали су да међународно приватно право нема међунаодни већ национални карактер и да свака држава има своје међународно приватно право као што има своје грађанско, кривично или управно право.

Ипак, и националистичка концепција имала је својих слабости,<sup>10</sup> тако да се у доктрини истиче да „... пораз апстрактног универзализма после Првог светског рата није значајно лак и једноставан тријумф партикуларизма”.<sup>11</sup> Наиме, између два светска рата дошло је до стварања тзв. треће школе<sup>12</sup> („dritte Schule”) која је настојала да превазиђе сукоб између универзалистичке и националистичке тенденције<sup>13</sup> и да ублажи испољене крајности. Насупрот апстрактном

---

термини „апстрактни интернационализам” и „класични интернационализам”. овог пута у циљу разликовања од савремених аутора који заступају интернационализам., В. подробије J. A. Carillo Salcedo. *Le renouveau du particularisme en droit international privé. Recueil des Cours*, 1978, t. 160, p. 190.

<sup>5</sup> Било је и изузетка: нпр., Wächter је заступао тзв. територијалистичку концепцију; исто тако и англо-америчка доктрина. В. ближе R. De Nova, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws. Recueil des Cours*, 1965, t. 118, p. 456.

<sup>6</sup> У погледу природе и садржине модела, постојале су разлике (нпр., Savigny, Mancini, или у XX веку Lévy Ullman или Pillet). V. J. A. Carrillo Salcedo, *op. cit.*, p. 189.

<sup>7</sup> У том смислу и опаска F. Kahna „да се не може створити међународно приватно право од међународног приватног права”.

<sup>8</sup> Ова концепција назива се и „територијалистичком”, „позитивистичком” или „партикуларистичком”. Унутар ње постоје бројне варијанте, нпр., „публицистичка”, „неотериторијалистичка”, „приватистичка”. Већина аутора углавном их сматра синонимима, док поједини писци указиву на разлике које имају суштине природе (нпр., „territorialism is i form of nationalism”, I. Lipovanu, *loc. cit.*).

<sup>9</sup> Нпр., Kahn, Bartin, Anzillotti.

<sup>10</sup> „Cette tendance avoir raison lorsqu'elle dénonçait les excès et l'exclusivisme de la doctrine universaliste. Elle ne l'avait pas lorsqu'elle tombait dans les excès et l'exclusivisme en sens opposé. J. De Yanguts Messia, *Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé, Mélanges Maurv*, Tome premier, 1960, p. 566.

<sup>11</sup> J. A. Carillo Salcedo, *op. cit.*, p. 190

<sup>12</sup> Овај назив створен је у немачкој доктрини и везује се за име F. Rabela. Поједини аутори као синониме употребљавају називе „компаративистичка Тенденција” и „аутономистичка тенденција”.

<sup>13</sup> „... L'opposition radicale entre universalisme et particularisme semble dépassée, grâce surtout aux efforts de la tendance comparatiste”. J.A. Carillo

универзализму, она не тежи да створи универзално прихватљив систем правила методом а priori, већ полази од чињенице постојања различитих националних система међународног приватног права. Признајући, међутим, њихову легитимност, она се залаже за отклањање разлика које их раздвајају, како би се постигао одређен степен хармоније коегзистирајућих националних система. Као карактеристичне црте овог правца, углавном се наводе: позитивизам, употреба компаративног метода и равнотежа између национализма и интернационализма.<sup>14</sup> У погледу правне природе међународног приватног права, заједнички именитељ ове треће доктринарне оријентације (ако се апстахују разлике у детаљима) јесте потврда посебности међународног приватног права и враћање његове самосталности у општем систему права.<sup>15</sup> Према неким ауторима, ова школа данас преовлађује у доктрини.<sup>16</sup>

Изложена подела,<sup>17</sup> само у најопштијим цртама осликава развој доктринарне мисли о питању правне природе међународног приватног права. С обзиром на сложеност проблема, у оквиру сваке од ових концепција развиле су се бројне варијанте, често врло различите. С друге стране, у настојању да се избегне искључивост, излагани су и компромисни ставови, тако да су разлике између појединих представника различитих концепција понекад више формалног карактера.<sup>18</sup> Ипак, уз споменуте резерве, ова подела може да се прихвати као основна.

## 2. ДОКТРИНАРНА ГЛЕДИШТА О ОСОБЕНОМ МЕСТУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА У СИСТЕМУ ПРАВА

Насупрот ставовима у савременој доктрини да међународно приватно право представља део међународног права (одн., паралелну грану са међународним јавним правом),<sup>19</sup> као и упркос околности да велики број аутора посматра међународно приватно право као грану унутрашњег права,<sup>20</sup> одређен број правних писаца сматра да се ова дисциплина не може укључити нити у област међународног нити уну-

Salcedo, op. cit., p. 191. У истом смислу и J. De Yanguas Messia, op. cit., p. 568; O. Kahn-Freund, *The Growth of Internationalism in English Private International Law*, Jerusalem 1960, p. 7.

<sup>14</sup> D. J. Evrigenis, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, Recueil des Cours, 1966, t. 118, p. 410.

<sup>15</sup> J. De Yanguas Messia, op. cit., 570.

<sup>16</sup> G. Van Hecke, *Universalisme et particularisme des règles de conflict au XX siècle*, Mélanges Dabin, 1963, p. 941; H. Batiffol, *L' état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouset*, Journal du droit international, 1973, № 1, p. 24.

<sup>17</sup> У доктрини постоје различите поделе; В. нпр., исцрпну деобу коју излаже Б. Уткиков, *Международно частно право на НР Б'лгария, Софија 1976*, стр. 39—66.

<sup>18</sup> В. С. Стојковић, *Разматрања о међународним елементима у међународном приватном праву*, ЈРМП, 1959., бр. 3, стр. 337.

<sup>19</sup> Такво гледиште заступају бројни аутори.

<sup>20</sup> Већина савремених аутора у нашој доктрини приклања се овом ставу.

трашњег права, већ да представља самосталну грану права. Од аутора који заступају такво доктринарно опредељење, издвојити би смо на овом месту неколико гледишта која се чине посебно занимљивим.

Тако нпр., угледни бугарски интернационалиста Кутиков, који се уже бавио проблемом правне природе међународног приватног права и односом међународног јавног и међународног приватног права,<sup>21</sup> износи занимљива запажања у прилог овој тези. Наиме, Кутиков полази од разликовања „односа између држава као суверених и независних чланова међународне заједнице”, који су предмет регулисања међународног јавног права, и „односа између физичких и правних лица у сфери испољавања суверенитета једне или више држава”, који су предмет регулисања националног права. Међутим, „национално право” је сложен феномен: с једне стране, обухвата „унутрашњи сектор”, када се ради о односима код којих се испољава суверенитет само једне државе, а с друге стране, „међународни сектор”, када се ради о односима који су везани за суверенитет две или више држава. Другим речима, „... предметни садржај који се крије иза појма „национално право” је шири од предметног садржаја који стоји иза појма „унутрашње право”; место међународног приватног права у правном систему налази се у међународном сектору националног права где фигурира као издвојена и самостална грана права.”<sup>22</sup> С обзиром

<sup>21</sup> В. Кутиков, Опште по вaпpосa зa системaтичнoтo мjaстo нa мeждунaрoднoтo чeстнo прaвo, Прaвнa мисл, 1966, № 6, стр. 32; В. Кутиков, К’м вaпpосa зa врскaтa и вzаимoдeиствиeтo мeждy мeждунaрoднoтo публичкo и мeждунaрoднoтo чaстнo прaвo, Гoдишник нa Сoфискиjа унивeрситeтeт, 1967, т. LVIII. Овaј рaд oбјaвљeн je вz мaњe измeнe у збирни рaлoвa пoсвeћeних J. Andrassy: Contribution à l'étude des rapports entre le droit international public et le droit international privé, Mélanges Andrassy, La Haye 1968.

Интересaнтнo je пригoм спoмeнути дa je aвтoр у свoм уџбeникy из 1958. гoдинe зaступao глeдиштe дa je мeждунaрoднo привaтнo прaвo „сaмoстaлнa грyпa унутрaшњeг прaвa свaкe држaвe”, a дa je у свoјим кaснијим рaдoвимa прoмeниo пoвoбитнo стaнoвиштe. Инaчe, нaчeлнo узeвши, прoмeнa глeдиштa o прaвнoј прирoди мeждунaрoднoг привaтнoг прaвa нијe рeткa пoјaзa у дoктрини. Тaкo, Nibovet, који je у пoчeткy биo сaрaдник Pillet-a, прeдстaвникa унивeрзaлистичкe кoнцeпцијe, зaвршиo je свoју eвoлyцијy нa пoзицијaмa крaјњeг нaциoнaлизмa. Сличнa eвoлyцијa зaпaжa сe и у уџбeникимa Wolff-a од 1933. и 1954. гoдинe. С другe стpaнe, пoчeтним писмa (нпр., Bristricky, у рaдoвимa из 1958. и 1970. гoдинe), првoбитнo прeдстaвникa цивилистичкe кoнцeпцијe, кaснијe сe зaлaжу зa унoшeњe интeрнaциoнaлистичких eлeмeнтa у мeждунaрoднo привaтнo прaвo.

<sup>22</sup> Присталице ове концепције у бугарској доктрини залажу се за доношење посебног закона о материји међународног приватног права (наспрoт присталица цивилистичке концепције који сматрају да нормe ове гране прaвa трeбa укључити у Грaђaнски зaкoник — нпр., Ж. Стaлeв, Грaђaнскиjат кoдeкс, мeждунaрoднитe грaђaнски oтнoшeнијa и сoциaлистичeскaтa икoнoмичeскa интeгрaцијa, Прoблeми нa кoдификацијaтa нa грaђaнскoтo прaвo вaф Б’лгaријa, Сoфијa 1975, стр. 12—13; Св’штнoст и функцијa нa мeждунaрoднoтo чeстнo прaвo, Сoфијa 1982, стр. 18—28; Прoекaт нa Грaђaнски кoдeкс нa НР Б’лгaријa и мeждунaрoднoтo чeстнo прaвo, Прaвнa мисл, 1979, Н. 4, стр. 57—63. У склaду сa стaвoвимa прeдстaвникa цивилистичкe кoнцeпцијe, дoнeт je и Нaцрт грaђaнскoг кoдeксa који у свoм VI дeлу сaдржи нoрмe мeждунaрoднoг привaтнoг прaвa). Мeђутим, нa сeкцији зa мeждунaрoднo привaтнo прaвo Бугaрскoг удружeњa зa мeждунaрoднo прaвo, мaртa 1980., oдбaчeн je Нaцрт грaђaнскoг кoдeксa у пoглeду oдрeђaбa мeждунaрoднoг привaтнoг прaвa (VI дeо). В. б’лижe J. Зилaрoвa, Мeждунaрoднoтo чaстнo прaвo и Прoекaт зa Грaђaнски кoдeкс нa НР Б’лгaријa, Прaвнa мисл, 1980, № 5, стр. 54—64.

да свакој правној грани из „унутрашњег сектора“ одговара правна грана из „међународног сектора“, међународно приватно право је одговарајућа грана права (у „међународном сектору“ националног права) грађанског права (у „унутрашњем сектору“ националног права).<sup>23</sup>

Слично гледиште заступа и совјетски аутор Мјулерсон<sup>24</sup> он најпре, анализира норме међународног приватног права и истиче да се оне разликују од норми грана унутрашњег права и међународног јавног права овојим предметом („специфична сфера регулисања“) и методом („... технички, упућујући начин регулисања“). У вези са тим аутор поставља и занимљиво питање: „да ли је то довољно да би норме међународног приватног права образовале посебни, трећи правни систем?“ Дајући посредно одречан одговор,<sup>25</sup> Мјулерсон истиче да међународно приватно право има карактер „полисистемског комплекса“ и да је настало на основу узајамног утицаја делова националних правних система међусобно, или са одређеним деловима међународног јавног права, приликом регулисања „међународних односа без елемената власти“. Ти односи су „двојаког карактера и немају „сопствени“ систем права“. У том смислу, међународно приватно право се не може укључити нити у област унутрашњег, нити у област међународног права.<sup>26</sup>

Коначно, занимљивом се чини и концепција Vallindas-а који разликује међународно приватно право „*stricto sensu*“ и међународно приватно право „*lato sensu*“: у првом случају, реч је о овој грани права како се она иначе одређује у доктрини, док међународно приватно право „*lato sensu*“ обухвата међународно приватно право „*stricto sensu*“, затим, међународно кривично, међународно административно, међународно финансијско, „... па чак и међународно уставно право“. Разлог томе је, како наводи аутор, што се „код свих ових грана права сусрећемо са питањима која настају у међународном животу појединаца, а потичу од паралелног постојања правила која припадају различитим правним порецима“.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> О изложеном гледишту Кутикова В. М. Геновски, Една нова концепција за карактеристиката и систематическото мјасто на међународното частно право, Правна мисл, 1968, № 3, стр. 79—85; F. Rigaux, Droit public et droit privé dans les relations internationales, Paris 1977, p. 421.

<sup>24</sup> Р. А. Мјулерсон, О соотношени међународног публичног, међународног частног и националног права, Советское государство и право, 1982., № 2, стр. 82 и след.

<sup>25</sup> „Совјетски филозофи који истражују различите системе указују да појаве објективне стварности, које међусобно утичу једне на друге, не образују увек некакав систем. Међутим, повезане на одговарајући начин, могу до добију карактер полисистемских комплекса“. Р. А. Мјулерсон, оп. цит., стр. 86.

<sup>26</sup> Ibid. Слично становиште у совјетској доктрини заступа и Г. К. Матвеев, Предмет, система и задачи даљнеишег развитија међународног частног права, Советски ежегодник међународног права, Москва 1980, стр. 26—27.

<sup>27</sup> Р. G. Vallindas, Droit international privé „*lato sensu*“ on „*stricto sensu*“, Mélanges Maury, Tome premier, 1960, p. 509. Аутор дефинише међународно приватно право „*lato sensu*“ као „l'ensemble des normes de droit destinées à régler les questions qui surgissent dans la vie internationale des individus, à cause de la coexistence parallèle de plusieurs ordres juridiques et d'organes fonctionnant à l'intérieur de chacun de ses ordres“ (p. 516—517).

### 3. ПРАВНА ОБЛАСТ ЗА ОДНОСЕ С МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ И МЕСТО МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА У СИСТЕМУ ПРАВА

Изложена становишта, очито је, указују на настојање аутора да се међународном приватном праву одреди специфично, ново место у правном систему. Иако употребљавају различите термине и методе систематизације и мање или више децидирано образлажу своја гледишта, код свих њих присутна је свест о недовољности класичних оквира, одн., о немогућности да се међународно приватно право у потпуности уклопи било у област унутрашњег, било у област међународног права.

3.1. Заједничке основне примесе у прилог специфичног места међународног приватног права у систему права, у изнетом смислу, су следеће:

а) немогућност сврставања његових норми у област унутрашњег или међународног права;

б) оформљење (или почети стварања) нових правних дисциплина које су му по одређеним карактеристикама блиске.

У вези прве премисе, реч је о чињеници да међународно приватно право регулише особену врсту друштвених односа — приватно-правне односе с међународним елементом — тако да се његове норме не могу уклонити нити у област унутрашњег права (с обзиром на разлику од кореспондирајућих „чисто“ унутрашњих односа), нити у област међународног права (јер се не ради о односима између држава).

Друга премиса везана је за постојање (или настајање)<sup>28</sup> међународног кривичног, међународног административног, међународног финансијског и сл. права. одн., за појаву међународног елемента код оних правних грана које се према класичној подели сврставају у једно право. Иако се овде међународни елемент појављује код односа који нису приватноправни, заговорници концепције о „трећој правној области“ сматрају ту околност довољном или полазном за повезивање норми ових правних дисциплина са међународним приватним правом и за образовање „међународног сектора националног права“ (Кутиков), одн., „међународног приватног права „*lato sensu*“ (Vallindas), одн., „правне области за односе с међународним елементом“ (по нашем мишљењу).

3.2. Међутим, и када се прихвати да међународно кривично, међународно административно, међународно финансијско и сл. право постоје (као оформљене гране права или у настајању) и то изван окви-

<sup>28</sup> У доктрини је спорно да ли су ове правне дисциплине оформљене или су у настајању. Ипак, све је више присталица првог гледишта. В. нпр., Б. Златарић, Међународно кривично право. Први део, Загреб 1979., стр. 27—27. Аутор сматра да је међународно кривично право самостална грана права. С друге стране, Vallindas, наводи да „... le droit fiscal international le droit administratif international, le droit pénale international, se présentent même de nos jours scientifiquement sous développés. Mais, c'est peut-être trop exagérée de les présenter comme étant encore à l'état embryonnaire. Il y a déjà une littérature internationale assez considérable sur ces matières“., P. G. Vallindas, op. cit., p. 512.

ра међународног приватног права,<sup>29</sup> остаје неколико питања на која треба пружити одређени одговор. У том контексту, најчешћи приво-говор прихватању концепције о „трећој правној ообласти“ састоји се у тврдњи да прописи јавноправног карактера имају територијално дејство (1) и да се питање примене страног права не може поставити код међународног кривичног, међународног административног или међународног финансијског права (2), чиме се у знатној мери осла-бљују везе између ових грана права и међународног приватног права.

3.2.1 Гледиште о територијалном карактеру норми споменутих правних дисциплина преовлађује и у савременој доктрини. Тако нпр., Schnitzer наводи да је међународно кривично право искључиво тери-торијалног карактера.<sup>30</sup> Слично и Batiffol, који сматра да се код ме-ђународног кривичног, међународног административног и међунаро-дног финансијског права питање примене страног права не поставља, јер је структура ових правних односа много једноставнија у односу на комплексни карактер приватноправних односа.<sup>31</sup> Англосаксонски аутори углавном следе традиционално схватање common law-a о ис-кључивости територијалног принципа („all crime is local“) тако да енглески судови примењују само домаће право.<sup>32</sup>

Ово класично гледиште, међутим, у новије време изнова се про-верава и настоји да коригује решењима која више одговарају степену развоја међународног приватног права. У том смислу истиче се да прописи јавноправног карактера могу имати и екстрагериторијално дејство,<sup>33</sup> одн., да може доћи до примене страног фискалног или кривичног за-кона од стране националног судије.

3.2.2. Што се тиче примене страног јавног права у међунаро-дном приватном праву начелно посматрано, потребно је напоменути да су новија кретања усмерена ка могућности примене и страног ја-вног права. Тако нпр., у двама резолуцијама Института за међунаро-

<sup>29</sup> Тако нпр., Rigaux, говорећи о међународном кривичном и међунаро-дном фискалном праву истиче да су ове две гране права стекле аутономију у односу на међународно приватно право, иако англо-амерички аутори још увек разматрају „taxation“ или „revenue law“ у њеницима „Conflict of Laws“, F. Ri-gaux, *Droit international privé*, Bruxelles 1968, p. 9.

<sup>30</sup> A. F. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, T. I, Basel 1957, S. 33. („Es ist eminent territorial“).

<sup>31</sup> H. Batiffol, *Droit international privé*, Paris 1967, p. 286—287.

<sup>32</sup> Нпр., Dicey & Morpic, *The Conflict of Laws*, London 1967, p. 160—168, где између осталог читамо:

„Rrle 21. — The court has no jurisdiction to entertain an action —  
(1) for the enforcement, either directly or indirectly of a penal, revenue, or other public law of a foreigner State; or  
(2) founded upon an act of State“.

У истом смислу, J. H. C. Morris, *Cases on Private International Law*, Oxford 1968, pp. 25—35. „English courts will not enforce the penal laws of foreigner countries. What is a foreigner penal law is a matter to be decided by the English court“. (Huntington v. Atrill (1893); „Nor will English courts enforce foreigner revenue laws“, (Government of India v. Taylor (1955)).

<sup>33</sup> Ова тенденција објашњава се као реакција против традиционалне тезе о апсолутном територијалном карактеру прописа јавног права. В. више о томе P. Mayer, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de la compétence*, *Revue critique de droit international privé*, 1979, № 2, p. 356—360.

дно право (донетим 1975. године на сесији у (Wiesbadenu) прихваћено је такво решење. У чл. 1 резолуције А предвиђено је да „јавноправни карактер који одредби страног права придаје норма о сукобу закона, не представља сметњу за примену те одредбе, уз битну резерву поштовања јавног поретка (order public)”. У чл. 2 посебно је наглашено да „такозвани принцип неприменљивости а priori страног јавног права, као и принцип о његовом апсолутном територијалном карактеру, на који се позива и који примењује судска пракса и доктрина појединих земаља:

— није заснован ни на једном ваљаном теоријском или практичном разлогу;

— доводи до непотребног поклапања са принципима јавног поретка (ordre public);

— иако доводи до ... резултата, за које се тешко може тврдити да су у складу са савременим захтевима међународне сарадње”.<sup>35</sup>

Од унутрашњих извора, у овом контексту од значаја је чл. 13 Закона о међународном приватном праву Швајцарске (1988) према коме „примена страног права није искључена на основу саме чињенице да се односној одредби придаје јавноправни карактер”.<sup>36</sup>

3.2.3. Конкретно, у погледу могућности примене страног фискалног закона, поједини аутори сматрају да до такве примене може доћи када се ради о случајевима двоструког опорезивања.<sup>37</sup> С друге стране, у доктрини постоје гледишта према којима је овде реч о „доследној, а не директној примени страног фискалног закона”, одн., да

<sup>34</sup> Сама идеја о примени страних кривичних закона од стране националног судије није нова. Тако је Међународно удружење за кривично право (Association Internationale de Droit Pénal) разматрало овај проблем на конгресима у Букурешту (1929) и Лисабону (1961). В. Б. Златић, оп. цит., стр. 50; P. G. Vallindas, оп. цит., п. 514.

За текст Резолуције В. Revue critique de droit international privé 1976, № 2, п. 423—425. Ипак, не треба previdети, како истиче Sperduti, да „... véritable problème que la Résolution d'aborde pas et dont le caractère logiquement préliminaire saute aux yeux, consiste à savoir quelles sont les lois de droit public susceptibles de désignation par des règles de conflit de lois et quelles autres lois de droit public ne le son pas”, G. Sperduti Droit international privé et droit public étranger Journal du droit international, 1977, № 1, р. 5. Интересантно је, међутим да се Институт бавио и теоријом о неприменљивости страног јавног права одн., теоријом о неприменљивости страних политичких закона. Како истиче Van Hecke, ова теорија дошла је до изражаја у извештају који је Армињон 1950. године поднео Институту за међународно право о „политичким, фискалним и монетарним законима о међународном приватном праву”. У том извештају Армињон брани тезу о територијалности ових закона, у смислу да они не могу да буду примењени изван државе која их је донела. Дискусије, до којих је дошло у раду Института током сесије у Гранади, указале су на конфузију створену овом теоријом, што је допринело њеном одбацивању. В. G. Van Hecke, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, Recueil des Cours, 1969, t. 126, p. 487.

<sup>36</sup> За текст одредбе V. Revue critique de droit international privé, 1988, № 2, р. 411.

<sup>37</sup> Нпр., P. G. Vallindas. оп. цит. п. 513 („L'application des lois fiscales étrangères pour l'évaluation des impôts à payer est, d'autre part, souvent nécessaire d'après les disposition concernant la double imposition“). В. и примере које наводи Mayer у погледу опорезивања француског држављанина домицилираног у иностранству и странаца домицилираног на територији Француске. P. Mayer, op. cit., p. 368.

у одређеним случајевима треба „водити рачуна” („tenir compte”) или „узети у обзир” („prendre en considération”) страни фискални закон.<sup>38</sup> Ова тенденција запажа се у судској пракси која напушта класично схватање о територијалности фискалних закона и води рачуна о ефектима који они производе и изван граница државе у којој су донесени.<sup>39</sup>

У вези примене страног кривичног закона, постоји начелна сагласност да је таква примена у одређеном обиму могућа. Тако нпр., Huet сматра да је сукоб закона могућ и у материји кривичног права<sup>40</sup> и да може доћи до примене страног кривичног закона. На првом месту, ради се о случајевима „узимања у обзир” („prise en considération”) страног кривичног закона; како истиче аутор, „... притом се примењује само домаћи кривични закон, али његова примена зависи од садржине страног кривичног закона који треба претходно консултовати”.<sup>41</sup> Други случајеви, који представљају „праву примену страног закона или иностране одлуке” („une véritable application d'une loi ou d'une décision étrangère”), тичу се кривичних санкција изречених у иностранству које се на основу међународних уговора извршавају у домаћој земљи. Исто тако, страни закон често је услов примене норми домаћег права које се односе на екстрадицију или на ауторитет правоснажно пресуђене ствари (ne bis in idem).<sup>42</sup> Аутор ипак настоји да проблем сведе у реалне оквире и истиче да је кривично право у великој мери везано за суверенитет државе, тако да се не могу упоређивати кривични и грађански суд јер их раздваја систематско поступање овог другог приликом примене страног права. Прихватљиво је гледиште, сматра Huet, по коме кривични судија само у ограниченом обиму примењује страни кривични закон.<sup>43</sup>

Интересантно је поменути да у англосаксонској доктрини и судској пракси долази до одређених модификација класичног територијалног принципа. Тако нпр., поједини писци указују да је јури-

<sup>38</sup> В. коментар пресуде Касационог суда Француске од 21. јануара 1957, note G. Couchez, *Revue critique de droit international privé*, 1977, № 1, p. 123—125.

<sup>39</sup> У коментару споменуто пресуде Couchez наводи и пресуду Касационог суда од 1928 (Cass. civ. 3 juillet 1928) у којој је истакнуто: „que les lois fiscales sont strictement territoriales...” С тим у вези напомиње да l'application faite par cette décision de la „territorialité” des lois fiscales paraît évidemment dépassée et l'on ne peut guère être étonné de constater que la Cour de cassation, dans le cadre de l'arrêt commenté du 21 janvier 1975, n'a pas retenue celle-ci“.

<sup>40</sup> А. Huet, Pour une application limitée de la loi pénale étrangère, *Journal du droit international*, 1982, № 3, p. 634 („En réalité il y a conflit de lois dès qu'une situation juridique comporte un élément d'extranéité et de ce fait entretient des contrats avec au moins deux Etats, dont les lois cont ainsi en conflit car chacun est susceptible a priori de la régir. Or de ce point de vue la notion de conflit de lois n'est pas étrangère au droit pénale: si une infraction a été commise dans un pays A par un ressortissant d'un pays B, les lois A et B sont en conflit“.)

<sup>41</sup> А. Huet, op. cit., p. 625.

<sup>42</sup> А. Huet, op. cit., p. 626.

<sup>43</sup> „Encore faut-il faire preuve de réalisme: le droit de punir est trop lié à la souverienté de l'Etat pour qu'il soit aujourd'hui concevable qu'un tribunal répressif procede systématiquement comme un tribunal civil. Du moins est-il concevable que le juge pénale fasse des applications limitées des lois pénales étrangères”, А. Huet, op. cit., p. 627.

дикција енглеских судова проширена у овој материји, како просто-рно, тако и у погледу извесних кривичних дела,<sup>44</sup> док други напомињу да и енглески судови, иако директно не примењују, узимају у обзир („take notice“) страни кривични (или фискални) закон.<sup>45</sup>

3.3. На основу изнетог, чини се да се концепција о правној области за однос са међународним елементом, одн., о месту међународног приватног права у правном систему заједно са другим гранама права код којих се јавља међународни елемент, не може одбацити а limine. Међутим, да би се могла прихватити, потребно је показати да ова концепција не представља „класично уточиште“<sup>46</sup> при постојању конфронтираних гледишта, као ни да се ради о правној области „тајанственој према својој правној природи и лоше дефинисаној према подручју своје примене“.<sup>47</sup> Другим речима, потребно је показати да се чини уступаком номинализму без икаквих других ефеката.

У том циљу, од значаја су четири проблема:

1. најпре, треба одговорити на питање да ли су међународно кривично, међународно финансијско, међународно административно и сл. право оформљене или гране права у настајању;

2. затим, да ли су обухваћене међународним приватним правом или независно од њега егзистирају у оквиру споменутог правне области;

3. посебно, да ли постоје (и ако постоје, које су) заједничке прте између међународног приватног права и ових правних дисциплина;

4. коначно, какав је однос између међународног приватног и међународног јавног права, с аспекта овако одређеног места међународног приватног права у систему права.

3.3.1 Што се тиче проблема креирања једне нове гране права, како истиче Златарић, таква се акција може оправдати ако за то постоје три основне претпоставке. Пре свега, потребно је да постоји довољна количина правних проблема и правних норми које их решавају; даље, потребно је да се за тај комплекс проблема и правних норми могу еруирати одређени основни принципи који чине костур читаве такве конструкције; коначно, потребно је да постоји и посебан гео-

---

<sup>44</sup> J. D. M. Lew, *The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1978, Vol. 27- Part 1, p. 214.

<sup>45</sup> J. H. C. Morris, *op. cit.*, p. 34 in fine („Although English courts will not enforce foreign penal or revenue laws, they frequently take notice of them“).

<sup>46</sup> Како наводи Weil, „Les suggestions d'un „tiers ordre“, intermediaire et mixte ne sont certes pas dépourvues d'atraits: elle constituent le refuge classique de juristes confrontés tout à la fois à une summa divisio en deux pôles et à une réalité nouvelle difficilement réductible à l'un d'eux“, P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, *Recueil des Cours*, 1969, t. 128, p. 181.

<sup>47</sup> G. R. Delaume, *Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et développement économique et de leur rôle*. *Revue belge de droit international*, 1968, p. 363.

ријски и практичан интерес за такву конструкцију.<sup>48</sup> Аутор сматра да су сва три наведена предуслова испуњена за егзистентност међународног кривичног права као нове гране права.<sup>49</sup>

Међутим, у погледу међународног административног и међународног финансијског права, ситуација је другачија. Оне се могу прихватити само као гране права у настајању („*droit en formation*”), а не и као оформљене, самосталне гране, без обзира на постојање обимних радова о тој материји.<sup>50</sup> Од наведених предуслова, њима у првом реду недостаје довољна количина правних проблема и норми за њихово решавање. Ипак, са даљим развојем међународних односа, њихова еволуција тече у правцу самосталне егзистентности.

3.3.2. У вези другог проблема, није прихватљиво гледиште по коме међународно кривично (најчешће), међународно административно или међународно финансијско право представљају саставне делове међународног приватног права. Овакво проширење предмета (које углавном чине старији аутори, нпр., Foelix, Von Bar, и неки новији, нпр., Beale) непотребно оптерећује међународно приватно право, док, с друге стране, споменутим правним дисциплинама оспорава могућност самосталног развоја.<sup>51</sup>

3.3.3. Посебан проблем представља утврђивање заједничких црта које, у оквиру правне области за односе са међународним елементом, повезују међународно приватно право са међународним кривичним, међународним административним и међународним финансијским правом:

— у погледу предмета, заједничку црту представља постојање међународног<sup>52</sup> елемента код одговарајуће категорије правних односа. Страни елеменат је *differentia specifica* сваке од ових грана права понаособ а исто тако, и основно обележје саме правне области у односу на област унутрашњег или међународног права;

<sup>48</sup> Б. Златаревић, *Међународно кривично право*, Загреб 1979., стр. 27.

<sup>49</sup> У том смислу Златарић наводи да се, „... не може данас озбиљно негирати постојање управо импресивне количине кривичноправних проблема који садрже интернационални елемент”. Као основне принципе међународног кривичног права он наводи: принцип солидарности и сарадње међу државама света, поверење међу државама, елиминисања политичких релација момената, делотворне борбе с криминалитетом правичности заштите права човека и хуманитарног приступа. Коначно, аутор сматра да и „... посебан практички и теоретски интерес несумњиво постоји за креирање међународног кривичног права као самосталне гране права”, Б. Златарић, *оп. cit.*, стр. 27 и стр. 33 — 37.

<sup>50</sup> „*Le grand traité de quatre volumes de Nemeier sur droit administratif international — l'oeuvre d'une vie entière — a certainement fait sortir cette branche de son état embryonnaire*”, P. G. Vallindas, *op. cit.*, p. 512.

<sup>51</sup> Против укључивања међународног кривичног права у међународно приватно право изјаснили су се многи аутори, нпр., Rohland, Hegler, Meili, Kohler, Donnedicu de Vabres, Lombeis. В. ближе Б. Златарић, *оп. cit.*, стр. 31.

<sup>52</sup> Наш Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (Сл. лист СФРЈ бр. 43/82) усваја термин „међународни” елеменат (чл. 1 ст. 1), док у доктрини не постоји јединствено поступање, те се често користи и назив „страни” елеменат. В. ближе Н. Катичић, *Нови огледи о међународном приватном праву и о процесу права*, Загреб 1977., стр. 72.

<sup>53</sup> Како се наводи, „управо је тај интернационални елеменат она међусобна веза између свих тих проблема и њима намењених правних правила која их спаја у једну целину”, Б. Златарић, *оп. cit.*, стр. 36.

— у погледу метода, заједничка црта састоји се у могућности примене страног права. Како је истакнуто, ради се или о директној примени страног закона, или о његовом „узимању у обзир“;<sup>54</sup>

— што се извора тиче, заједничка црта огледа се у њиховом двојаком карактеру. Наиме, услед постојања страног елемента и недовољности националних извора, као законсмерна појава код ових грана права јавља се потреба за изворима међународног карактера.<sup>55</sup> У оквиру двојаког карактера, претежну улогу још увек имају извори националног права;

— у погледу санкције, заједничку црту представља чињеница да одлука суда једне земље може да произведе последице и на међународном плану;<sup>56</sup>

— као субјекти, појављују се по правилу физичка и правна лица.

3.3.4. У погледу односа међународног (јавног)<sup>57</sup> и међународног приватног права, са овог аспекта могу се изнети следећа запажања:

— међународно јавно право и међународно приватно право заузимају различите нивое у општој подели права;

---

<sup>54</sup> Већина аутора сматра да постоји разлика између „директне примене„ страног закона и његовог „узимања у обзир“. Тако нпр., Couchez у коментару споменуте одлуке Касационог суда истиче: „Sans doute cette solution conduit-elle à prendre en considération la loi fiscale étrangère, mais il est clair que l'application directe de celle-ci a lieu à l'étranger et que la formule utilisée par l'arrêt montre bien qu'il ne s'agit plus que de tenir compte de cette loi sur le seul plan des effets par elle produit dans la sphère des relations privées“. G. Couchez, loc. cit. у истом смислу и Rigaux: „Certaines dispositions de droit étranger peuvent être „prises en considération“ par le juge sans qu'il les „applique“... Le droit étranger appartient alors aux „conditions d'application“ de la règle de droit appliquée par le juge...“, F. Rigaux, Droit international privé..., p. 192. Супротно гледиште, међутим, заступа Vallindas који истиче: „Tenir compte d'une loi étrangère, c'est toujours soumettre des faits de la vie à une règle étrangère pour en déduire les conséquences juridiques. C' est qualifier ces faits d'après les concepts de la loi étrangère pour conclure s'ils rentrent ou non dans le domaine de celle-ci... On voit donc qu'il n'y a pas de différences essentielle entre les formules „tenir compte“ et „appliquer“ une règle de droit“, P. G. Vallindas, op. cit., p. 516. Осим тога, занимљива су и гледишта P. Mayer-а и Van Hecke-а. Meyer (оп. цит., п. 368) указује да је разлика формалне природе а Van Hecke (оп. цит., п. 496) се залаже за билатеризацију правила везивања којима би се решавао сукоб закона у материји јавног права. У том смислу и Златарић истиче да код међународног кривичног права постоје „тачке везивања“ (држављанство, место извршења дела, место суда и сл.). Б. Златарић, оп. цит., стр. 31.

<sup>55</sup> Б. Златарић, оп. цит., стр. 51—56.

<sup>56</sup> Нпр., за међународно кривично право, „ако је у питању кривично дјело које је већ пресуђено у иноземству... или ... ако је ријеч о кривичном дјелу код кога треба уважити пријашње осуде у иноземству“, Б. Златарић, оп. цит., стр. 6.

<sup>57</sup> О терминолошким питањима везаним за ове правне дисциплине В. ближе М. Живковић, З. Радивојевић, О називима „међународно право“, „међународно јавно право“ и „међународно приватно право“, Југословенска ревија за међународно право, 1989., бр. 3.

— између њих не постоји паралелизам који постоји у унутрашњем праву између јавног и приватног права, одн., не може се пренети на међународни план симетрична подела унутрашњег јавног и приватног права,<sup>58</sup>

— логички примат припада међународном јавном праву које принципима међународног општења битно утиче на функционисање појединих основних института међународног приватног права<sup>59</sup> (као што је то углавном случај и са осталим гранама права из оквира правне области за односе са међународним елементом).

---

<sup>58</sup> Уз резерве, које су честе у доктрини, о релативности поделе унутрашњег права на јавно и приватно. В. нпр., J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris 1969, p. 140—141.

<sup>59</sup> Како наводи Rigaux, „le droit international n'est certes pas une „branche“ du droit à placer sur le même pied que toutes les autres et il y a quelques présomption de la part des privatistes à le mettre en parallèle avec conglomérat de matières aussi mal défini que le droit international privé“. Објашњавајући изабрани наслов чланка истиче: „En outre, le titre choisi — le droit international privé face au droit international — donne à entendre que la première matière ne saurait être posée en rivale ni en partenaire de la seconde, mais, que, sous réserve de précisions ultérieurs, elle lui est, dans ses parties fondamentales, logiquement subordonnée“. F. Rigaux, *Le droit international privé face au droit international*, *Revue critique de droit international privé*, 1976, № 2, p. 263.

CONTRIBUTION A LA QUESTION DE LA NATURE JURIDIQUE  
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DE SA PLACE DANS  
LE SYSTEME JURIDIQUE

Cet article est consacré aux tendances de l'auteur d'apercevoir, sous un nouveau angle, la question fondamentale de la nature juridique de DIP et de sa place dans le système juridique. Dans ce but l'auteur expose, d'abord, l'aperçu historique de ce problème qui, considéré en principe, est limité par les déterminations doctrinaires des représentants de la conception universalité et de la conception territoriale ainsi que par les travaux des écrivains juristes — représentants de l'école nommée „troisième”. Après cela, l'auteur considère les points de vue d'après lesquels, DIP occupe une place particulière dans le système de droit, vu qu'il ne peut pas s'inclure ni dans le domaine du droit interne ni dans le domaine du droit international. Finalement, la partie centrale de l'article est consacrée à la question de l'existentialisme autonome du domaine juridique pour les rapports avec l'élément international dans la composition duquel, outre DIP, entreraient aussi les branches du droit qui feraient partie publicojuridique de ce domaine de droit par ex: droit pénal international, droit administratif international et droit financier international. Contre la réserve que certaines de ces branches ne sont pas encore complètement formées et qu'elles sont en développement (par ex. droit financier international) l'auteur estime qu'il existe des traits communs entre DIP et ces autres branches du droit qui permettent l'acceptation de la thèse sur le domaine juridique pour les rapports avec l'élément international. Ces traits communs sont suivants:

— quant à l'objet, le trait commun présente l'existence de l'élément international chez la catégorie correspondante des rapports juridiques; l'élément international est *differentia specifica* de chacune de ces branches du droit à part et aussi l'indication fondamentale du domaine juridique lui-même par rapport au domaine du droit interne ou international;

— quant à la méthode, le trait commun se compose dans la possibilité de l'application du droit étranger, s'il s'agit de l'application directe de la Loi étrangère ou de sa „prise en considération”.

— quant à la source, le trait commun se reflète dans leur double caractère: à savoir, à cause de l'existence de l'élément étranger et de l'insuffisance des sources nationales, comme l'appartenance régulière chez ces branches juridiques on nécessite les sources du caractère international. Dans les cadres dont le caractère est double, le rôle prépondérant ont encore toujours les sources du droit national.

— quant à la sanction le trait commun présente le fait que la décision du tribunal d'un pays peut provoquer aussi les conséquences sur le plan international;

— comme sujets apparaissent, selon la règle, les personnes physiques et les personnes juridiques.