

ПРИЛОГ ЗА ЈАВНУ РАСПРАВУ О НОВОМ ЗАКОНУ О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Овим чланком аутор је себи поставио два задатка. Најпре, да следећи концепцију предлагача о његовој структури, укаже на нека његова решења, њихове добре стране, али и да да критичке опаске на неке од њих. Притом он подвлачи да поменути предлог треба посматрати као покушај да се и новим законом приближимо Европи, без обзира на то да ли и у којој мери то одговара нашој правној традицији и актуелним потребама у овој материји.

Свестан да би детаљна анализа предложеног законског текста могла показати да су његови творци у неким моментима отишли и даље но што би се то дало очекивати, он критикује неке од понуђених норми, сматрајући да просто преузимање решења неких новијих кодификација Међународног приватног права није неопходно, те да би се задовољавајући ефекти могли постићи и без тако радикалног «раскида» са нашом правном историјом.

С обзиром на околност да је циљ чланка фиксиран и видљив из самог наслова, његов покушај да баци више светла на проблем који нас тишти, поготову последњих година, које карактерише наше упињање да се «придружимо» ЕУ и њеним правним достигнућима, треба разумети и као својерстан позив свима онима који су били ангажовани на овом послу, да свој вишегодишњи напор крунишу модерним, ефикасним и надасве, за нас, употребљивим правним решењима.

Кључне речи: нови Закон о међународном приватном праву, надлежност домаћих судова, меродавно право, признање и извршење страних судских одлука.

1. Доношење сваког закона представља значајан догађај за стручну јавност, органе који ће га примењивати, па и за обичне грађане када се у својој свакодневној делатности, понекада и невољно, буду „сударили“ са његовим решењима. Закон који представља повод за дискусију овом приликом долази на свет након тридесет година важења Закона о решавању сукоба закона са прописима других држава у посебним околностима које су, поред осталог, оптерећене нашим очекивањем добијања кандидатуре за чланство у европској породици држава. То је, нема сумње, утицало и на његове творце, који су императивно морали да конципирају таква решења која ће бити у сагласју са оним која творе тзв. међународно приватно право ЕУ, макар ова била другачија од оних која би најбоље одговарала времену садашњем и нашим претпостављеним циљевима у области класичног међународног приватног права.

Имајући то на уму, треба разумети и, у највећем броју случајева, правдати предложене одредбе нашег будућег закона. Такође, ваља учинити креативан напор да се оне побољшају у сваком погледу и тиме стави тачка на уложени труд свих оних који су настојали да она буду јасна, модерна и оперативна.

2. Наше критичке опаске у вези са предлогом законских решења у највећој мери пратиће концепцију аутора законског предлога о редоследу питања која закон треба да обухвати. Притом, због поменуте лимитиране слободе законодавца, нећемо се упуштати у оцену њихове индивидуалне вредности или оправданости са аспекта наших циљева у овој области правног живота.

I. НАДЛЕЖНОСТ ДОМАЊИХ ОРГАНА У СТВАРИМА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

1. Једно од првих и, зато, најважнијих претходних питања у решавању случајева Међународног приватног права – питање директне (међународне) надлежности домаћих правосудних (и других) органа, регулисано је на детаљан начин по угледу на неке новије кодификације (н. пример, у Белгији). Нацрт закона нуди, пре свега, лепезу основа тзв. опште судске надлежности. Она почива на домицилу или уобичајеном боравишту туженика. (чл. 10). Изузетно и изван случајева прописаних у закону ако се поступак не може покренути или водити у станој држави или се не може разумно захтевати да тамо буде покренут, постоји надлежност суда у Србији уколико спор има довољну везу са Србијом (чл. 16).

На тај начин ствара се могућност широког обраћања домаћим органима, док су примери тзв. искључиве судске надлежности српских судова врло ограничени и тичу се случајева предвиђених међународним уговором или законом.

2. Иако је било готово извесно да ће се у погледу надлежности домаћих судова у имовинским стварима предложити одредба по којој постоји надлежност

суда у Србији ако се на домаћој територији налази имовина туженог, (тзв. форум имовине), то није учињено. Срећом, јер се таква надлежност додатно условљава захтевима да вредност такве имовине „није несразмерно мања од вредности тужбеног захтева и да спор има довољну везу са Републиком Србијом.“

3. Уколико би се такав предлог усвојио, на одлуку суда да прихвати надлежност утицала би и вредност имовине која се тужбом тражи, што је веома необично. Са друге стране, откривањем значења врло флуидног појма „довољна веза“ спора са Србијом, створила би се значајна правна несигурност. Судови би били оптерећени (више но што је потребно), а „везивна снага“ места налажења имовине изгубила би карактер одлучне околности зарад ирационалног страха од евентуалног спречавања злоупотребе права на тужбу у овој материји (уколико је имовина мале вредности) односно зато што туженик нема у Србији пребивалиште односно уобичајено боравиште (врловатни показатељи тражене „везе“ случаја и *lex fori*).

II. МЕРОДАВНО ПРАВО

1. Не примењује се страном право ако би то било у очитој колизији са јавним поретком Србије. Да би се домаћи орган одлучио на такав корак потребно је да узме у обзир и интензитет повезаности дотичног односа са правним поретком Србије, као и могуће последице које би настале уколико не би посегао за овим моћним оруђем Међународног приватног права. Ако није примењена одредба страног закона, уместо ње се, уколико је потребно, примењује пропис права Србије. (чл. 28).

2. Овако замишљеном одредбом будућег закона његови предлагачи потврдили су доминантан став правне науке и судске праксе у свету о томе да је за употребу института јавни поредак нужно узети у обзир степен повезаности односа (правне ситуације) у питању и *lex fori*. У нашем случају, српског права. Отуд ће, рецимо, обраћање јавном поретку бити значајно ређе уколико се ради о признању једног правног односа ове гране права у нас, који је пуноважно настао у страниој држави применом њеног закона или уз садејство њених органа, док у Србији треба да произведе извесна (споредна) дејства. (н.пример, издржавање жена и деце која потичу из полигамних бракова, наследна права ових лица према умрлом супругу и оцу). Ово, тзв.ублажено дејство јавног поретка дошло је до изражаја и у предлогу законских решења о којим се води расправа. Ради се, наиме, о одредби чл.57 која се тиче признања бракова који су пуноважно склопљени у страниој држави; ови ће се бракови моћи признати у нас ако нису у очитој супротности са јавним поретком Србије.

3. Предлог закона прописује као могућност примену домаћег права уместо страног редовно надлежног „уколико је то потребно“. Оваквим решењем предлагач је прећутно (мада, прилично јасно), ставио до знања да *lex fori* долази

у обзир као крајње исходиште, тј. једино ако је то по одлуци органа примене колизионе норме неопходно управо ради реализације захтева односно садржине појма јавни поредак у датом случају. (н.пример, омогућавање закључења брака или његовог развода, ако се то не би могло остварити обраћањем на страни надлежни закон због његових дискриминаторских решења.). Такав став (тзв.пермисивно дејство јавног поретка) од судова ће захтевати креативан напор, у односу на ситуацију када само одбијају да примене одредбу страног надлежног права, будући да њихово схватање степена угрожености домаћег јавног поретка, не изискује допунску интервенцију (примену) српског закона са потпуно другачијом садржином у односу на страно редовно меродавно право. Према предлогу нацрта закона, оваква примена српског закона предвиђена је на изричит начин „ако меродавно право не предвиђа могућност развода или не пружа једнако право на развод чинећи дискриминацију с обзиром на пол“.(чл.78). Сматрамо, међутим, да би било прикладније употребити израз „дискриминација било које врсте,“ имајући на уму да се дискриминација у праву може чинити и захваљујући боји коже, социјалном статусу лица или његовом верском опредељењу.

4. Суд по службеној дужности утврђује садржину страног меродавног права. У ту сврху он се може обратити за мишљење Министарству правосуђа, као што може тражити стручно мишљење експерата за упоредно право или доћи до података о томе на сваки други погодан начин. Странке у поступку могу поднети исправе или стручно мишљење о садржини страног права (чл.33).

Као што се да приметити, постоји разноврсност начина на које домаћи орган долази до података о надлежном праву које важи у страној држави. Међутим, изостала је одредба која би, свакако, представљала допринос правној сигурности. Она се тиче обавезности података које је суд о томе добио од Министарства правосуђа у случају да не постоји сагласје о томе у исправи или писменом мишљењу стручњака за упоредно међународно приватно право који су поднети органу који решава о захтеву, као и од странака самих.

5. Право стране државе примењује се уз искључење његових правила о одређивању меродавног права, осим ако је овим или другим законом другачије одређено (чл.31).

Са жаљењем примећујем да предлагачи нису искористили прилику да се дефинитивно ослободимо установе узвраћања и упућивања у Међународном приватном праву. Уместо тога, закон подржава њену примену у вези са оценом правне и пословне способности физичких лица у оба вида (чл.49 и 50). У домену наслеђивања, пак, закон има на уму једино узвраћање на полазно (српско) право. Иако је за наслеђивање *ex lege* меродавно право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у тренутку смрти, ако би на бази ове одредбе то било страно право, примениће се и његове одредбе о одређивању меродавног права, уколико узвраћају на право Србије (чл.102 ст.1 и 2). Предлагач је притом

вероватно имао на уму узвраћање на наш закон као на национални закон оставиоца или његов *lex ultimi domicilii*.

Остављајући по страни све негативне коментаре који прате употребу ове установе у судској пракси и њену потпуну инкопатибилитету са сврхом колизионих норми, чији је примарни задатак да као меродаван одреде закон државе са којим однос стоји у најприснијој вези, а не да тај посао препусте страном законодавцу, тј. његовим колизионим нормама, предлог за „одржавање у животу“ установе о којој је реч једино у поменутом случају (наслеђивање држављана Србије), непринципијелан је. Тиме се, рекли би смо, спонтано, такође несвесно, још једанпут показује да је стварни мотив њеног увођења у праксу било настојање да се прошири надлежност *lex fori* на рачун страних прописа о наслеђивању супстанцијалног карактера индикованих вољом домаћег законодавца.

6. Одређивање наследног статута од стране предлагача закона код законског наслеђивања (једна од предложених алтернатива) показује да уместо надлежности прописа који важе у уобичајеном боравишту оставиоца, може бити примењено право државе које је у очигледно ближој вези са односом у питању. (тзв. специјална клаузула одступања). „Очигледно ближа веза“ са другом државом по предлагачу може базирати на околностима случаја, као што су држављанство оставиоца или место налажења заоставштине. Да ли је само то довољно нисмо сасвим убеђени.

Мишљења смо да би прихватање овакве алтернативе и инсистирање на околностима случаја, унело значајну дозу арбитерности у раду оставинских судова, а тиме и правну несигурност за актере ових односа. Очигледно ближа веза са другом државом, која почива на домаћем држављанству оставиоца или на чињеници да се његова заоставштина налази у њој, а не у држави у којој је било последње уобичајено боравиште *de cuius*, беспотребно релативизира питање одређивања наследног статута. Она, такође, указује на превласт англосаксонског поимања сукоба закона и начина његовог решавања, у чему њихови судови одавно имају примарну улогу коју карактерише одсуство механичког приступа и ослањања једино на законска решења.

7. Меродавно право за наслеђивање, између осталог, уређује круг лица која могу бити позвана на наслеђе, наследну способност и достојност за наслеђивање (чл.108 т.2 и 5).

Приликом дефинисања опсега надлежности наследног статута предлагачи су се држали уобичајеног става, иако би се могло бранити и његово другачије поимање. То се у првом реду односи на круг потенцијалних законских наследника, где би одговор на то ко генерално може наслеђивати конкретног оставиоца требало потражити у оном закону који је меродаван за оцену постојања потребне везе са њим. Према томе, уместо *lex successionis*, требало би консултовати *lex causae*. Овај закон, дакле, треба да пружи одговор на питање, да ли постоји пуноважан брак између оставиоца и другог супружника, да ли

је заснован однос усвојења на бази којег једно лице може наслеђивати свог усвојитеља, да ли је дете рођено у браку оставиоца и његове мајке, брачно или не, и слично.

Достојност за наслеђивање одређеног оставиоца почива на личном односу потенцијалног наследника и поменутог лица. Отуд се може догодити да једно лице, иако способно за наслеђивање према свом личном статусу, због понашања које је законом санкционирано, не мора бити позвано да наследи (н.пример, умишљајно је лишило живота оставиоца, силом или преварном радњом навело оставиоца да сачини тестамент одређене садржине, и сл.) Управо стога што се недостојност за наслеђивање заснива на деликту једног лица према оставиоцу, питање индигнитета за наслеђивање могло би се решавати применом личног статуса оставиоца.

III. УСЛОВИ ЗА ПРИЗНАЊЕ И ПРОГЛАШЕЊЕ СТРАНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ ИЗВРШНОМ

1. У Нацрту закона предложени су, углавном, добро познати општи формални услови за признање и извршење страних судских одлука (и оних које су са њима изједначене у иностраној држави). Међу тзв.позитивним условима ваља навести захтев да је страна одлука правноснажна по закону државе у којој је изречена(т.а) и да је надлежност страног суда била заснована на таквом основу који и српско право предвиђа за успостављање своје међународне надлежности за решавање истог спора. (т.в).

Када је реч о тзв.негативним условима, неопходно је да у датом случају није била прописана искључива надлежност суда у Србији (т.б), да страна одлука није очигледно супротна јавном поретку Србије (т.г), да није повређено право на одбрану туженог, (т.д), да у истој ствари између истих странака не постоји ранија домаћа правноснажна одлука или страна одлука која испуњава услове за признање у Србији (т.ђ), односно ако пред нашим судом није у току раније покренут поступак између истих странака у истој ствари (т.е).

2. Треба напоменути да се може одбити признање стране одлуке о усвојењу ако је усвојење очигледно супротно јавном поретку наше земље, узимајући у обзир најбољи интерес усвојеника (чл.89 т.3) Оно што чини поменути одредбу особеном, јесте покушај законодавца да се фокусира само на интерес детета које се усваја као на *ratio decidendi* приликом одлучивања за употребу установе јавни поредак у овом сегменту односа међународног приватног права.

Правни режим по којем се признају стране бракоразводне одлуке је унеколико мање компликован, будући да отпада провера испуњености услова из т.б и в., који се односе на међународну надлежност страног суда односно на искључиву надлежност суда у Србији да поступа у датој ствари.

3. Као што се може приметити, услов узајамности у области признања и/или извршења страних одлука генерално није предвиђен, упркос ставу да би се у овој материји он могао прописати у форми тзв. претпостављене узајамности. У случају да се покаже да таква хипотеза не стоји (због тога што се домаће судске одлуке у дотичној страниој држави не признају и не извршавају или ако се то чини, услови и процедура коју оне морају задовољити осетно су тежи односно компликованији у поређењу са истим из српског закона), питање узајамности добило би на значају као услов за признање својства правноснажно пресуђене ствари страниој одлуци.

4. У критичком осврту на предвиђена решења у овој материји, можемо казати да наш законодавац углавном није изашао изван стандардних оквира који у њој постоје у упоредном законодавству. Чини нам се, шта више, да би се она могла редуцирати елиминацијом неких од њих. Ово поготову када се ради о страним статусним одлукама чије се признање захтева у Србији.

Притом нарочито мислимо на захтев идентичности основа (критеријума) судске надлежности у страном и домаћем законодавству у поступку испитивања тзв. индиректне судске надлежности страног суда. Веома нам је блиско схватање да држава признања првенствено штити своје интересе прописима о искључивој судској надлежности и установом јавни поредак. Према томе, ако се не ради о споровима који спадају у искључиву судску надлежност Србије, она не би требало да буде у значајној мери затересована за проблем надлежности суда у земљи одлуке која је предмет признања и/или извршења у нас. У таквој ситуацији, ни евентуали захтев да је неопходно утврдити да се такве одлуке начелно признају у држави лица о чијем је статусу расправљано у његовој домовинској (па тако и у некој, за њих, страниој) држави, не би требало прописивати из разлога што су у питању односи који се по својој природи искључиво тичу истих и стога значајније не задиру у интересе других, тј. страних држава.

Prof. Milorad Ročkomanović, LL.D.

Full Professor (Retired),

Faculty of Law, University of Niš

***A Contribution to the Public Debate on the new
PIL Act of the Republic of Serbia***

Summary

The primary objective of this article is twofold. First, the author explores the new Private International Law Act and, following the conception and structure provided by the framers of the proposed PIL Act, the author points out to some of its advantages and provides critical commentary on some of the proposed legal solutions. In that context, the author emphasizes that the proposed legal text should be regarded as the legislator's attempt to draw closer to Europe without taking due notice of our own legal tradition, the appropriacy of some legal solutions and the actual needs underlying this subject matter in our legal context.

Being aware that a detailed analysis of the proposed legal text may demonstrate that the framers have occasionally gone far beyond the common expectations, the author criticizes some of the proposed legal solutions. To that effect, the author considers that it has not been necessary to resort to a simple reception of legal norms contained in some contemporary PIL codifications and that the satisfactory results legislator could be achieved even without such a radical "separation from" our legal history.

In line with the second objective which is clearly stipulated in the title of this article, the author endeavours to cast more light on the burning issue which has become prominent in the past few years; it involves the pressing need and our strenuous efforts to "join" the European Union and its legal accomplishments. In that context, the author urges the framers of this legal text to exert an effort to give a personal finishing touch to the proposed act and to develop modern, efficient and above all practical legal solutions which would be a crown to their ongoing endeavour to regulate this area.

Key words: *the new PIL Act, jurisdiction of national courts, applicable law, recognition and enforcement of foreign judgments*