

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Јелена М. Беловић

**КОРЕКТИВНА ФУНКЦИЈА ПРИНЦИПА
НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ**

докторска дисертација

Београд, 2012

UNIVERSITY OF BELGRADE

LAW FACULTY

Jelena M. Belović

**THE PRINCIPLE OF PROXIMITY
CORRECTIVE FUNCTION**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2012

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

МЕНТОР:

Проф. др Гашо Кнежевић, *редовни професор*,
Правни факултет, Универзитет у Београду

Чланови комисије:

1. Проф. др Гашо Кнежевић, *редовни професор*,
Правни факултет, Универзитет у Београду
Председник комисије

2. Проф. др Марија Крвавац, *редовни професор*,
Правни факултет, Универзитет у Приштини, Косовска Митровица
Члан комисије

3. Проф. др Владимир Павић, *ванредни професор*,
Правни факултет, Универзитет у Београду
Члан комисије

Александру, Петру и Небојши

Корективна функција принципа најближе везе

РЕЗИМЕ

Докторска дисертација Јелене Беловић *мр* под називом *Корективна функција принципа најближе везе* обухвата увод, пет логички и садржајно одвојених радних делова и закључак са преко 600 референци (фуснота) упућивања на друге савремене ауторе и различите правне изворе, који на примерен начин одражавају стање актуелне упоредноправне науке у овој области.

Предмет истраживања је науци и дисциплини међународног приватног права иманентан принцип најближе везе. Ова тема је од посебног значаја, нарочито ако имамо на уму научно-теоријски аспект, из разлога што је реч о недовољно истраженој материји, пре свега у домаћој литератури. Ауторка је у анализи појма најближе везе указивала на његову мултифункционалност. Расправом о улози принципа најближе везе она јасно разликује поједине функције, разлажући их на: улогу принципа као основе колизионоправног регулисања приватноправних односа са елементом иностраности; улогу принципа као посебне тачке везивања и улогу принципа као коректива. Нарочита пажња у раду посвећена је корективној функцији принципа најближе везе у међународном приватном праву.

У истраживачки фокус постављени су различити видови корекције колизионих норми засновани на принципу најближе везе, чиме је аутор настојала да одвојено сагледа могуће замке и предности различитих облика корекције нудећи у прилог својих закључака валидно утемељену аргументацију. Упоредноправно законодавство и пракса познају два вида корекције: генералну и специјалну клаузулу изузетка. Оба вида корекције су прво пажљиво анализирана са аспекта различитих ставова који су већ о њима изнети у теорији, а који су имали одјека и у пракси.

У прилог актуелности теме говори чињеница да је крајем прошле године стручној јавности представљен Нацрт новог ЗМПП-а у Републици Србији, а такође и чињеница да савремене теме везане за законодавну активност у оквиру ЕУ додатно сведоче о оправданости избора и значају предмета овог истраживања. Посебан део рада посвећен је истраживању еволуције идеје о корекцији колизионих правила, а у том светлу од нарочитог значаја је анализа решења садржаних у међународним инструментима, пре свега оних садржаних у Римској конвенцији о меродавном

праву за уговорне обавезе из 1980. године и у Хашкој конвенцији о меродавном праву за уговоре о међународној продаји робе из 1985. године.

Из предходног следи да је циљ овог рада систематска обрада веома важног међународноприватноправног принципа, уз настојање да се одговори на следећа питања, која се намећу као резултат холистичког приступа аутора проблемима савременог међународног приватног права: 1) како у материјалним прописима-колизионим нормама помирити начело правне сигурности, с једне стране, и захтев за правичношћу с друге стране? (захтев за правичношћу треба схватити шире, не само као захтев за узимањем у обзир околности *in casu*, већ и као захтев за прилагођавање права животу, односно захтев за умањење јаза између круте колизионе норме и потреба друштва); 2) да ли нам у специфичној међународноприватноправној сфери у томе помаже принцип најближе везе?; 3) да ли га треба применити самостално или у комбинацији са неком чврстом-непосредно везујућом тачком везивања?; 4) каква треба да буде структура и природа ове комбинације?

Трагајући за одговорима на постављена питања, аутор се служила познатим и потврђеним методама савремене правне науке. У истраживању је користила: догматски, упоредни, историјски метод, као и метод анализе садржаја који је користио како у погледу истраживања законских решења, тако и у погледу судских и арбитражних одлука.

Наиме, како скоро пола века у Европи живи идеја флексибилизације колизионих правила, аутор се опредељује у прилог: 1) дозвољености корекције, али већ у следећем кораку настоји да пронађе и њене оптималне модалитете. Логично, активирање механизма корекције генерално-апстрактних колизионих правила оправдава се само у изузетним, атипичним случајевима како би се у првом реду поштовало начело предвидљивости и правне сигурности које је окосница континенталне правне традиције. Аутор као погодне области за за корекцију идентификује области уговорних и вануговорних односа, обзиром на њихову сложеност, разуђеност и динамичност. У овим областима принцип најближе везе треба да фигурира као специфични ресурс у потрази за меродавним правом. С тога она закључује да је: 2) ограничена и строго контролисана корекција заснована на специјалним клаузулама изузетка оптимални модел корекције.

Са практичног аспекта ауторка предлаже домаћем законодавцу решења *de lege ferenda*, која су у складу са савременим упоредноправним решењима а која имају за циљ корекцију генерално-апстрактних колизионих норми у области уговорних и вануговорних односа. У циљу унапређења степена правне сигурности и пледирајући за уско тумачење клаузуле изузетка, она

своје теоријске предлоге поткрепљује релевантном праксом која може бити база српским судовима и арбитражама за поступање у будућим споровима.

***Кључне речи:** међународно приватно право, сукоб закона, одређивање меродавног права, принцип најближе везе, корективна функција, клаузуле изузетка, уговорни односи, вануговорни односи, европско међународно приватно право.*

Научна област: грађанскоправна

Ужа научна област: међународноприватноправна

УДК број: 347 (043.3)

The principle of proximity corrective function

SUMMARY

The doctoral thesis '*The principle of proximity corrective function*', by Jelena Belovic L.L.M, comprises introduction, five thematically separated segments and conclusion, followed by more than 600 references to other contemporary authors and legal instruments that reflect legal science mainstream considering the subject.

The subject of the research is the principle of proximity as a unique conception of private international legal science. This subject is very important, especially having in mind scientific and theoretical aspects, because of insufficient national literature dealing with this issue. This thesis strives to describe the multifunctionality of the principle. While discussing the role of the principle, the author undoubtedly distinguishes its diverse functions: the principle of proximity as a principal connecting factor, the principle of proximity as an objective rule, and the principle of proximity as a correction tool. The special attention is given to the third function of the principle.

The research focus of this thesis is on different corrective instruments of the statutory system of the rules of private international law. Comparative law and praxis recognise two different corrective instruments: general and special escape clauses. Both kinds of clauses are examined and analysed by reflecting their consequences in international and national theory and praxis.

The thesis addresses contemporary issues, the re-codification project of PIL is currently in the process, both in Serbia and within the European Union. There has been a dramatic increase of legislative activity regarding PIL matters. Therefore, the special segment of the research is dedicated to the evolution of an idea of flexibility of statutory private international law rules. Consequently, it was been the reason for analysing the rules of international PIL conventions: the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations and the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to International Sales Contrats.

Accordingly, the objective of the research is to systematize the concept of a very important private international law principle, and to deliver answers to the following questions, which are reflecting a holistic author's approach to contemporary private international law problems: 1) would it be possible on the one hand, to satisfy the need for legal certainty and predictability, and on the other hand to aspire for flexible, equitable solutions in private international legal rules? (The need for equitable solution has to

be taken widely, not only in the context of taking into consideration circumstances of the case, even as a need for readjustments between law and real life); 2) could the principle of proximity serves as an instrument to achieve this goal?; 3) should it be used as a self-sufficient instrument or in combination with other objective rules?; 4) what kind of combination is desirable?

While searching for answers on the above-mentioned questions, the author uses acknowledged and familiar methods of legal science: dogmatically, comparative, historical and contents analysing methods. The last method was especially used in researching of legal instruments and judicial and arbitral awards.

Taking into consideration the fact that within the European Union the idea of flexibility has been on for more than fifty years, the author decided in favour of : 1) permitting correction. But, in the very next step the author puts an effort to find its optimal model. Logically, the author permits interventions of corrective instruments only in exceptional, unanticipated cases that guarantee the need for legal certainty and predictability in continental law meaning. The author determines appropriate legal spheres for correction, such as contract and tort conflicts. The contract and tort conflicts show noticeable complexity and dynamic, and very often the law distinguished by an objective role turned to be inadequate. In these areas the principle of proximity or the closest connection figures as a specific resort in considering the circumstances of the specific case. Consequently, the author determines: 2) special exception clauses as an optimal model of correction when the rule of reference has not distinguished the law with the closest connection or the most suitable law in a specific case.

In practical terms, the author suggests to legislator *de lege ferenda* solutions that are harmonized with comparative contemporary legal solutions aiming to develop tools for avoiding petrification and ensuring flexibility. Advocating for legal certainty and predictability, she suggests a narrow escape clauses interpretation, substantiating the thesis with relevant court and arbitration praxis worldwide.

Key words: *Private International Law, Conflict Laws, Applicable Law, The Principle of Proximity, Corrective function, Escape Clauses, Contracts, Delicts, European Private International Law.*

Civil Law

Private International Law

UDK: 347 (043.3)

САДРЖАЈ

УВОД	1
<i>ДЕО I</i>	
ПОЈАМ, УЛОГА И ЗНАЧАЈ ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ	7
1. ПОЈАМ ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ	7
1.1. Терминолошке напомене	11
1.2. Принцип најближе везе у светлу колизионог метода и његова историјска персектива	12
1.2.1. Савињијев метод „локализације правних односа“	15
1.2.2. Енглески „ <i>proper law</i> “ концепт	17
1.3. Принцип најближе везе и америчка „револуција“ у области сукоба закона	19
2. УЛОГА ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ	25
2.1. Принцип најближе везе као основ колизионог метода	26
2.1.1. Принцип заштите слабије стране	27
2.1.2. Принципи <i>in favorem negotii</i> и <i>in favorem validitatis</i>	29
2.2. Принцип најближе везе као тачка везивања	32
2.2.1. Принцип најближе везе као тачка везивања у појединим областима сукоба закона	35
2.3. Принцип најближе везе као коректив	39
3. ЗНАЧАЈ ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ	41
3.1. Вредносни аспект-начело правичности	41
3.2. Функционални аспект-развој права	44
3.3. Системски аспект	46

ДЕО II

КОРЕКТИВНА ФУНКЦИЈА ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ	48
1. ГЕНЕРАЛНА КЛАУЗУЛА ИЗУЗЕТКА	50
1.1. Генерална клаузула изузетка као правни институт	50
1.2. Основне карактеристике генералне клаузуле изузетка	57
1.2.1. <i>Опшност</i>	57
1.2.2. <i>Претпоставке за примену</i>	58
1.2.2.1. <i>Најближа веза чему?</i>	60
1.2.3. <i>Изузетност примене</i>	62
1.2.3.1. <i>Однос према аутономији воље</i>	64
1.2.3.2. <i>Однос према комплексним тачкама везивања</i>	65
1.2.3. <i>Дискреција примењивача</i>	65
1.3. Генерална клаузула изузетка и класични инструменти одступања од редовно меродавног права	67
1.3.1. <i>Јавни поредак</i>	67
1.3.2. <i>Renvoi</i>	69
1.3.3. <i>Норме непосредне примене</i>	73
1.4. <i>Pro et contra</i> генералне клаузуле изузетка	76
2. СПЕЦИЈАЛНА КЛАУЗУЛА ИЗУЗЕТКА	83
2.1. Историјски осврт на појаву специјалне клаузуле изузетка	83
2.2. Основне карактеристике специјалне клаузуле изузетка	85
2.2.1. <i>Ограничено поље примене.</i>	85
2.2.2. <i>Изузетност примене.</i>	86
2.2.3. <i>Претпоставке за примену</i>	87
2.3. Врсте и распрострањеност специјалне клаузуле изузетка	88
2.4. <i>Pro et contra</i> специјалне клаузуле изузетка	93
3. FORUM NON CONVINIENS	95

ДЕО III

ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ У УГОВОРНОМ СТАТУТУ	101
1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ	101
1.1. Шематски приказ различитости решења за уговорни статут	103
2. АУТОНОМИЈА ВОЉЕ	104
2.1. Појам аутономије воље	104
2.2. Оквири аутономије воље	109
<i>2.2.1. Услов конекситета или најближа веза у функцији ограничавања аутономије воље</i>	113
2.3. Изричита и прећутна аутономија воље	116
3. СУПСИДИЈАРНО ВЕЗИВАЊЕ У УГОВОРНОМ СТАТУТУ	120
3.1. Отворено супсидијарно везивање-руководни принципи	120
<i>3.1.1. Принцип најближе везе као тачка везивања у уговорном статуту</i>	128
3.2. Теорија карактеристичне престације	130
3.3. Мешовити концепт-комбинација теорије карактеристичне престације и принципа најближе везе	135
<i>3.3.1. Корективна функција принципа најближе везе у уговорном статуту</i>	138
<i>3.3.1.1. Случајеви у којима је оправдано покренути механизам клаузуле изузетка</i>	139
3.4. Супсидијарна веза за уговоре у нашем међународном приватном праву	142
<i>3.4.1. Супсидијарна веза у ЗПУП и ЗОСОВ</i>	147
<i>3.4.2. Судска и арбитражна пракса</i>	149

ДЕО IV

ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ У ДЕЛИКТНОМ СТАТУТУ	152
1.МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ВАНУГОВОРНУ ОДГОВОРНОСТ	152
2.ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА ЗА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ	154
<i>2.1. Lex loci delicti commissi</i>	157
<i>2.1.1. Критика принципа lex loci delicti commissi</i>	159
3. КОРЕКЦИЈА У ДЕЛИКТНОМ СТАТУТУ	163
3.1. Допунско (акцесорно) везивање у деликтном статусу	164
3.2. Специјална клаузула изузетка	166

ДЕО V

КЛАУЗУЛЕ ИЗУЗЕТКА У ЕВРОПСКИМ ИНСТРУМЕНТИМА ИЛИ ЕВОЛУЦИЈА КОНЦЕПТА	170
1. РИМСКА КОНВЕНЦИЈА (1980)	171
1.1. Поље примене	172
1.2. Меродавно право	174
<i>1.2.1. Структура супсидијарне тачке везивања</i>	176
<i>1.2.2. Клаузула изузетка-ст.5, чл.4 РК</i>	181
2. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА (1986)	186
2.1. Историјски осврт и основне карактеристике Хашке конвенције о меродавном праву за уговоре о међународној продаји робе из 1986. године	186
2.2. Одређивање меродавног права	188
2.3. Клаузула изузетка-ст.3, чл.8 конвенције '86	190

3. КЛАУЗУЛЕ ИЗУЗЕТКА У ИНСТРУМЕНТИМА ЕУ	192
3.1. Рим II Уредба о меродавном праву за вануговорне односе	194
<i>3.1.1. Поље примене</i>	196
<i>3.1.2. Меродавно право за деликте</i>	199
<i>3.1.3. Клаузула изузетка у Рим II Уредби</i>	204
3.2. Рим I Уредба о меродавном праву за уговорне односе	206
<i>3.2.1. Поље примене</i>	208
<i>3.2.2. Меродавно право за уговоре</i>	209
<i>3.2.3. Клаузула изузетка у Рим I Уредби</i>	213
ЗАКЉУЧАК	215
СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ	219
ВАЖЕЋИ ЗАКони И ЗАКони У ПРОЦЕДУРИ	234

УВОД

Дисциплину међународног приватног права карактеришу бројне особености, узроковане пре свега њеним предметом, односно чињеницом да ова дисциплина регулише приватноправне односе у специфичним околностима, онда када се у чињеничном склопу појављује елемент иностраности. Особеност предмета диктира и специфичан приступ решавања проблема. Норме које врше избор меродавног права, колизионе норме, по својој структури се битно разликују од осталих правних норми. Колизионе норме на посредан начин регулишу приватноправне односе са елементом иностраности, упућујући на правни оквир у чијем склопу ће се спорни правни однос или правно питање решавати, за разлику од осталих правних норми које, по правилу, одређују обавезно правило понашања. Из ових разлога, међународно приватно право представља софистицирану димензију приватног права подобну за бројне научне расправе, па отуда и не чуди чињеница што у овој дисциплини научни допринос има далеко већи утицај него у другим областима права.¹ Бројни појмови и институти међународног приватног права настали су у радовима познатих универзитетских професора. Исувише је храбро рећи да је намера аутора да у овом правцу да свој допринос, али је реално да ће аутор настојати да на једном месту синтетизира и анализира позитивноправна решења, праксу и доктринарне ставове везане за корективну функцију принципа најближе везе.

Принцип најближе везе иманентан је дисциплини међународног приватног права. Као тема истраживања у овом раду, он се посматра у светлу супротстављености начела правне сигурности и начела правичности. Борба између ова два принципа у праву, стара је колико и само право. Основна идеја је да се и у колизионој техници, као техници иманентној међународноприватноправној дисциплини, пронађе формула која ће означавати другачији однос начела правне сигурности и начела правичности; формула која не

¹ Lando O., On some writers on the Conflict of Law Contracts, *Reform and Development of Private International Law*, Essays in Honor of Sir Peter North, (ed. James Fawcett), Oxford University Press, str.245-246; Lando O., Dicey and Morris, *The Conflict of Laws: A Review*, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.47. no.2, 1988, str.394; Wolf M., *Private International Law*, Second Edition, Oxford, 1962, str.19.

представља опцију-начело правне сигурности **или** начело правичности, већ кумулацију, односно начело правне сигурности **и** начело правичности.

Ова два фундаментална правна начела имају на уму различите аспекте права. У једном је реч о јавном интересу за јасном, једнаком и предвидљивом владавином права која ће омогућити субјектима на које се односи да се понашају у складу са правом, да избегавају правне конфликте, као и да са разумном сигурношћу могу предвидети своје шансе у спору. Начело правичности, с друге стране, односи се на потребу за адекватним решавањем конкретног случаја, уз разумно сагледавање његових специфичности и околности. Први аспект односи се на законодавну, а други на судску одлуку.²

Међутим, када говоримо о законодавном аспекту, свака кодификација права мора водити рачуна не само о оним друштвеним односима које треба чвршће правно организовати, већ и оним где треба дати више места ширим критеријумима и правним стандардима. Правна норма, као норма временски и просторне општости некада може занемарити разлику која постоји између два случаја на које се има применити.³ Чврсто постављена правна правила, у нарочито динамичним сферама друштвеног живота, сасвим сигурно, не доводе до адекватног решавања свих случајева на које се она односи. Још у време рада на изради француског *Code Civil-a*, чувени Порталис (Portalis) запазио да је за законодавца „*предвиђање свих могућих ситуација циљ који је немогуће постићи*“.⁴

Не без изузетка и у праву, основне парадигме у решавању одређених проблема, врло често представљају и ствар традиције. Тако у законодавству, континенталну правну традицију карактерише априористички приступ, који свој полазни основ налази у правној сигурности. Насупрот томе, англосаксонској правној традицији иманентан је постериористички приступ који своје извориште има у начелу правичности. Овакав однос присутан је и у колизионој сфери,

² Neuhaus P.H., “Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws- New Trends in the Conflict of Laws”, *Law and Contemporary Problems*, vol.28, no.4, 1963, str.795.

³ Перовић С., *Закон о облигационим односима-ЗОО са регистром појмова*, „Сл.лист СРЈ“, Београд, 1998, стр.13.

⁴ Symeonides S.C., “Exception Clauses in Conflict Laws-United States”, *Exception Clauses in Conflict of Laws and Conflict of Jurisdictions-or the Principle of Proximity*, XIVth International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, fn.5.

односно у области сукоба закона, која будући део сваког правног система понаособ, прати карактеристике система као целине.

Али, иако је реч о различитим приступима у решавању сукоба закона чији су класични облици обележје једног ранијег периода, од друге половине XX века евидентан је и њихов међусобни утицај. Тако у колизионој сфери, англосаксонски приступ утиче на традиционални континентални у правцу флексибилизације, односно „омекшавања“ правила, испољавајући се у више модалитета: било у виду правила са алтернативним тачкама везивања, или правила са ослоном на оквирне тачке везивања или коришћењем клаузуле изузетка као механизма флексибилизације.

С друге стране и правна традиција којој је иманентан постериористички приступ, препознаје добре стране континенталног модела, па се тако у државама које традиционално решавају сукобе закона са ослоном на судску праксу постепено активирала и законодавна активност у овој сфери.

Да је помирење ова два приступа могуће видљиво је и из европског примера. Правни инструменти Уније којима се унификују колизионе норме у појединим областима, примењују се у државама чланицама међу којима неке од њих припадају континенталној, а неке англосаксонској правној традицији. Пут до пронађеног компромиса није био нимало лак, о чему сведочи пре свега дужина рада на изради ових инструмената, али је био оправдан циљевима које је требало постићи. У посебном делу овог рада биће више речи о њиховој еволуцији, као и о мотивима и аргументима за усвајање појединих решења.

Сама радна хипотеза истраживања извире из опште научне парадигме; из општег, холистичког приступа друштву, где се поједини његови делови појављују као „чврсти“ (*hard*), а поједини као „меки“ (*soft*) делови друштва. Тако и право, односно правна норма као саставни део друштва уопште треба да следи његову логику. За наше истраживање значајна колизиона норма, такође, треба да подржава општу друштвену структуру.

У дисциплини међународног приватног права је у садашње време, након скоро века утицаја америчке теорије на флексибилизацију колизионих правила, приметан тренд повратка на чврста (*hard*) колизиона правила којима се жели осигурати предвидљивост и очувати правна сигурност. Међутим, ова правила не

остају „глува“ за потребе друштва за правичним решавањем конкретних случајева. Са ослоном на принцип најближе везе, колизиона норма добија и свој *soft* елемент, подобан да се прилагоди атипичним случајевима којима не одговара чврсто правило. Ова правила резултат су бројних теоријских расправа у области међународног приватног права. Иако за теорију сукоба закона постоје схватања да је исувише оријентисана на *непроблеме*, да заборавља реалне људе и реалне спорове,⁵ настојања ипак иду у правцу задовољења практичних потреба друштва, нарочито у области међународне трговине. Отуда остаје и депласиран израз за теорију међународног приватног права да је *“професорско право”* (*“Professorenrecht”*)⁶, обзиром да и она на једнак начин као и остала правна правила, принципи, стандарди и доктрине у другим областима права, своју коначну потврду налази у пракси.

О принципу најближе везе на нашим просторима постоји свега неколико научних расправа,⁷ што није случај и у страној литератури. Америчка „револуција“, с почетка XX века, подстакла је теорију не само на америчком континенту, већ и ван њега да значајну пажњу придаје принципу најближе везе. Међутим, занос узрокован овом „револуцијом“ временом је почео да јењава. Пракса је у неким случајевима оправдала, а у неким случајевима оспорила њене идеје. Оно што је од ње остало јесте тема нашег истраживања.

Постериористички приступ у решавању правних спорова у области приватноправних односа са елементом иностраности није иманентан духу наше правне традиције. Међутим, пракса националних судова и арбитража је показала да је у појединим случајевима нужно применити и овај приступ. Контролисана примена постериористичког приступа, на нивоу корекције априористичких

⁵ Borchers P.J., *Empiricism and Theory in Conflicts Law*, *Indiana Law Journal*, vol.75, 2000, str. 509.

⁶ Живковић М., *Еволуција идеја о решавању сукоба закона*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2004, стр.76.

⁷ Polajnar-Pavčnik A., „*Načelo najože koneksnosti v mednarodnem zasebnom pravu*”, *Pravnik-revija za pravno teorijo in prakso*, vol.39, br.3-4., 1984, str.149-156; Muminović E., *Problem najtešnje povezanosti u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Sarajevo, 1991; Костић-Мандић М., „*The “Closest Connection Principle” in 1983 PIL Code in Theory and Practice*”, *Зборник радова-Двадесет година закона о међународном приватном праву*, Правни факултет у Нишу, 2004, стр.105-117; Župan M., *Pravo najbliže veze u hrvatskom i evropskom međunarodnom privatnom i ugovornom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006; Рочкомановић М., „*Принцип најближе везе и решавање случајева међународног приватног права-од базичне идеје до реализације сврхе колизионих норми*“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, *Зборник L*, Ниш, 2007, стр.1-25.

решења јесте солуција за континенталну правну традицију. Зато се и каже да је дошло до „мирне еволуције“ савременог европског међународног приватног права, за разлику од „револуције“ која је била потребна на америчком континенту.⁸

Корекција чврстих тачака везивања постављених у колизионим нормама, са ослоном на принцип најближе везе могућа је у два вида: као генерална (општа) и као специјална (посебна) клаузула изузетка. Уз мањи или већи ризик по правну сигурност, законодавац уводи клаузулу изузетка у циљу отклањања несавршености и недостатака колизионих норми.

У раду ће посебна пажња бити поклоњена сваком виду корекције понаособ, уз компаративни приказ решења у појединим законодавствима, аргуметима у прилог њиховог прописивања и њиховој примени у пракси.

Након тридесет година од доношења Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља⁹ који је ступио на снагу 1. јанура давне 1983. године, у Републици Србији сазреле су околности за његову измену. Истраживање је посебно инспирисано актуелношћу теме, обзиром да је радна група за израду закона коју је Министарство правде образовало 2008. године, 2011. године објавила Нацрт новог ЗМПП-а¹⁰ који прати светске трендове у развоју међународног приватног права у последњих тридесет година, чиме се Република Србија придружила осталим *ex-уи* државама које су измениле или су на путу да измене своје Законе о међународном приватном праву.¹¹

За нас је од великог значаја чињеница да је у Нацрту предложено увођење генералне клаузуле изузетка (чл.35 Нацрта), као и да је повећан број специјалних клаузула изузетака, за разлику од важећег ЗРСЗ-а који садржи само једну специјалну клаузулу и то у чл.20 који се односи на одређивање меродавног права за уговоре, а који ступа у дејство супсидијарно, тј. уколико уговарачи нису сами изабрали меродавно право. У пракси наших судова, а према расположивим

⁸ више у: Symeonides S.C., "The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons", *Tulane Law Review*, vol.82, no.5, 2008.

⁹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља-ЗРСЗ, „Сл.лист СФРЈ“, бр.43/82, 72/82, „Сл.лист СРЈ“ бр.46/96 и „Службени гласник РС“, бр.46/06.

¹⁰ www.mpravde.gov.rs, 23.новембар 2011. године.

¹¹ *Zakon o mednarodnem zasebnom pravu in postopku-ZMPPP*, „*Ur.l. Republika Slovenia*“, br.56/1999; Законик о међународном приватном праву и поступку Републике Македоније од 4. јула 2007, ступио на снагу 19. јула, 2008, „Службени весник на Република Македонија“, бр. 87/2007.

изворима ниједна одлука није донета са ослоном на ову клаузулу, чему је свакако допринела лоша формулација наведеног члана. Али, не чуди чињеница да су редактори закона још пре тридесет година уназад осетили потребу да оставе простора и за евентуалну корекцију у атипичним случајевима, обзиром да је важећи закон у време свог доношења био веома запажен и уважаван како у домаћој, тако и у иностраној ужој и широј стручној јавности.

ДЕО I

ПОЈАМ, УЛОГА И ЗНАЧАЈ ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ

1. ПОЈАМ ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ

Иако се за дисциплину међународног приватног права као особеност везује специфична структура и назив њених норми (колизионе норми), листа специфичности није коначна. Једнако је и принцип најближе везе једна од особености ове научне дисциплине која се не среће у другим областима права. С тога објашњење његовог појма нужно захтева и опис контекста у коме се овај принцип појављује. Амбијент у коме егзистира принцип најближе везе нужно захтева испуњење два услова: први услов је постојање елемента иностраности¹² у приватноправном односу који даје повода спору, а други услов је да се за спорни приватноправни однос *везује* више (два или више) потенцијално меродавних права.

У потрази за меродавним правом, суштина традиционалног колизионог метода упућивања, јесте да, узимајући у обзир све релевантне околности, све везе одређеног приватноправног односа, питања или института са потенцијално меродавним правима, одреди једно везивање као одлучујуће (најближе) које ће нас у конкретном случају довести до стварно меродавног права.

На овај начин законодавци већине држава креирају национално међународно приватно право, кодификујући или не колизионе норми које представљају саставни део унутрашњег права сваке државе понаособ.

¹² Елемент иностраности је *differentia specifica* међународног приватног права, то је она тачка која раздваја међународно приватно од материјалног приватног права. Према општеприхваћеном мишљењу елемент иностраности (страни елемент, међународно обележје, међународни елемент) се може јавити у три облика: у субјекту, објекту и у правима и обавезама. Нешто другачија формулација говори да се он може јавити у три правца: у погледу лица, у погледу ствари и у погледу самих правних аката.....Благојевић Б., *Међународно приватно право*, Београд, 1950, стр.8.

Изичит став да тачке везивања представљају конкретизацију принципа најближе везе налазимо у параграфу 1 Савезног закона о међународном приватном праву Аустрије из 1978. године¹³, који гласи:

1) *Чињенични односи са међународним елементом регулишу се у материји приватног права, по правном поретку са којим имају најближу везу.*

2) *Посебна правила о меродавном праву (колизиона правила) утврђена овим законом треба сматрати изразом наведеног начела.*

У том смислу, принцип најближе везе може се посматрати као „*линија водитељка*“ већем броју националних колизионих система.¹⁴ По многим то је и основни принцип колизионог права.¹⁵ У доктрини на европском континенту овај принцип добио је запажен значај захваљујући предавању проф. Лагардеа (Lagarde) посвећеном принципу проксимитета на Хашкој академији 1986. године.¹⁶ Међутим, „корени“ принципа најближе везе јављају се знатно раније, и о томе ће бити више речи у поднасловима који следе.

За разлику од других принципа и начела која такође представљају апстрактне норме, тзв. изведене појмове, принцип најближе везе је знатно ближи чињеницама и има третман начела-правила (*principle/rule*). Наиме, у међународном приватном праву принцип најближе везе има не само функцију начела, већ и тачке везивања било самостално или у комбинацији са другим чврстим тачкама везивања. Његова везаност за чињенични склоп чини да се овај принцип појављује и као помоћни критеријум у правцу одређивања меродавног права онда када колизионе норме упућују на право државе чији правни поредак није јединствен. Уколико се меродавно право не може локализовати на основу унутрашњих колизионих норми државе са нејединственим правним системом, онда се меродавност утврђује на основу принципа најближе везе, односно

¹³ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, 1978, (превод са немачког мр Милена Зарковић), Аустријски савезни службени лист, бр.304/78, 119/98, 135/00.

¹⁴ Lalive T., Tendences et methodes en droit international privé, *Recueil des cours de l'académie de droit international* (1977.III), str. 350.

¹⁵ Стојановић С., „Генерална клаузула одступања-излаз из кризе међународног приватног права“, *Правни живот*, бр.1, 1982, стр. 73.

¹⁶ Lagarde P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, Cours général de droit international privé, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 196 (1986-1).

меродавно је право подручја у тој држави са којим постоји најближа веза.¹⁷ Значајна је и његова „коначна реч“ онда када се ради о лицима која имају два страна или више страних држављанстава. Наш Закон се определио за прагматично решење које је прихваћено у највећем броју држава: уколико лице нема домаће држављанство, а има више страних, примениће се право оне државе чије држављанство оно има и у којој поред тога има и пребивалиште; уколико нема пребивалиште ни у једној држави чији је држављанин, сматраће се да има држављанство оне државе чији је држављанин и с којом је у најближој вези.¹⁸

Принцип најближе везе служи као један од критеријума за одређивање меродавног права и у споровима који се решавају пред арбитражом.¹⁹ Уколико странке не одреде меродавно право (а реч је у већини случајева о споровима уговорне природе), арбитражи се као модерним концептом одабира меродавног права могу служити и принципом најближе везе. Често се обавеза арбитра да примене колизиони метод окончава тако што они спор подведу под право најближе везе. Арбитражи понекад такав избор чине чак и када их прописи овлашћују да избор учине директно, једино што тада колизиона техника остаје скривена. Из тог разлога овакав се приступ у одређивању меродавног права за меритум спора назива и *voie directe*²⁰. При томе, наравно, они ће покушати да изаберу супстанцијални систем права који је најприкладнији случају, али ће они, заправо, у глави спровести поступак избора права, што је иманентно колизионој

¹⁷ Чл. 10. ЗРСЗ-а.

¹⁸ Чл. 11. ЗРСЗ-а.

¹⁹ Упоредноправно посматрано постоји неколико начина на који се решава проблем одређивања меродавног права од стране међународних трговинских арбитража; 1. Први начин се не разликује од поступка одређивања меродавног права пред судовима. Полази се од колизионих норми једног националног права (обично колизионих норми државе у којој арбитража заседа); 2. Карактеристика другог решења су ненационалне колизионе норме, као колизионе норме које нису узете из међународног приватног права одређене државе; 3. Трећи тип решења карактерише још потпунији раскид са нормама појединих држава. С ослоном на недржавни карактер арбитраже јавља се и одлучивање без позивања на материјално право (материјално право неке државе), при чему су наравно, сувишне и колизионе норме које би одвеле до материјалног права одређене државе. Спор се решава на бази „општих принципа“, правичности, *ex aequo et bono*, *amiable composition*...; 4. Одлучивање путем ослона на „аутономно право међународне трговине“, или нови *lex mercatoria* такође тежи ка еманципацији од националних права, али се при томе ствара алтернатива националним облигационим и привредним правима; 5. У значајном броју одлука арбитражи користе истовремено више метода у образлагању мериторног решења...*више у*: Варади, Бордаш, Кнежевић, *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад, 2003, стр.580.

²⁰ De Ly, „The Place of Arbitration in Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, An Exercise in Arbitration Planning“, *Northwestern Law Journal of International Law and Business*, 1991, str.63.

техници али то неће образлагати.²¹ Све ово подстакло је неке националне законодавце²² да за арбитражно решавање спорова пропишу посебну колизиону норму и да арбитрама наложе да спор реше у складу „са правом са којим је спор у најближој вези“.²³ Овакав тренд није стран ни у међународним изворима који регулишу арбитражно решавање спорова, као што су: Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године (чл. VII, т.1)²⁴, UNCITRAL Модел Закон из 1985. године са изменама из 2006. године (чл.28, т.2), UNCITRAL арбитражна правила из 1976. године (чл.33, т.1)²⁵. Могућност да арбитраи решавају спор са ослоном на принцип најближе везе познаје и Правилник Међународне трговинске коморе у Паризу ICC (чл.13, т.3)²⁶.

Када се вратимо на савремено међународно приватно право оријентисано на судско решавање спорова, расправа о принципу најближе везе захтева да се оно сагледа у својој укупности, у светлу и других принципа који последњих деценија заузимају значајно место у регулисању приватноправних односа са елементом иностраности, као што су на пример: *in favorem validitatis*, *in favorem negotii* (захтев да се примени оно право које одржава на снази правни однос или посао), принцип заштите слабије стране (потрошача и радника) и др...У том смислу долази и до дисперзије улоге принципа најближе везе. Међутим, не чуди чињеница да је до преиспитивања традиционалног метода стварања права на европском континенту дошло баш у области међународног приватног права, јер је то грана права која је више од осталих, упућена на сарадњу и усклађивање са правима других земаља.²⁷

²¹ Кнежевић Г., *Међународна трговачка арбитража*, Правни факултет у Београду, Београд, 1999, стр.73.

²² Чл. 27, ст. 2., Закона о арбитражи Републике Хрватске, „Народне новине“, бр.88/2001.

²³ Кнежевић Г., Павић В., *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр.141-142.

²⁴ Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи, „Сл. лист ФНРЈ“-додатак бр. 12/1963.

²⁵ Model Law on International Commercial Arbitration, UNCITRAL Arbitration Rules- www.uncitral.org

²⁶ International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce- www.iccwbo.org

²⁷ Костић М., *Генерална клаузула одступања од редовно меродавног права*, докторска дисертација, Београд, 2001, стр. 2.

1.1. Термиолошке напомене

Иако је принцип најближе везе свеprisутан у доктрини и пракси међународног приватног права, не постоји термиолошко јединство у његовом означавању. У нашој литератури, као и литератури у региону, као синоними користе се: *најближа веза*²⁸, *најужа веза*²⁹, *најјача веза*, *најтешња веза* и *најтешња повезаност*³⁰.

У свим терминима указује се на *нај*-репрезентативнију везу приватноправног односа са потенцијално меродавним правом, при чему не тако мале разлике постоје у означавању придева којима се наведена репрезентативност исказује. Аутор се у свом истраживању опредељује за термин „*најближа веза*“, обзиром да је он најраспрострањенији у савременој српској литератури. Такође, као аргумент стоји и чињеница да се у складу са опредељењем континенталне правне традиције тражи веза у територијалном смислу, па овај термин одговара том духу.

Уз извесне разлике по питању традиције термин најближа веза (“*closer*”, “*closest connection*”) усвојен је и у неколицини националних кодификација, међународних конвенција, али и у Рим I³¹ и Рим II³² уредби европске Уније. Овај придев одговара и именици „веза“ (“*connection*”, “*tie*”, “*link*”), што све указује на територијални угао посматрања.

Термиолошка усклађеност није својствена ни земљама континенталне традиције. У Немачкој се на пример, као синоними срећу следећи називи: „*engste Beziehung*“, „*enster Zusammenhang*“, „*engste Verbindung*“, „*stärkster Zusammenhag*“, итд.³³

²⁸ Варади Т. *et al.*, *Међународно приватно право*, Сл. Гласник, 9. издање, Београд, 2007, стр. 392. (аутори као синоним користе и назив *најтешња повезаност*); Кнежевић Г., Павић В., *op.cit.*, стр. 141.; Станивуковић М., Живковић М., *Међународно приватно право-општи део*, Београд, 2004, стр. 151.; Сајко К., *Међународно приватно право*, 4.izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2005, стр. 95.

²⁹ Сigoј S., *Међународно zasebno право*, Ljubljana, 1966.

³⁰ Јездић М., *Међународно приватно право*, Књига I, Научна књига, 1973, стр.171.; Муминовић Е., *op.cit.*, стр. 3.; Костић М., *op. cit.*, стр.2.

³¹ ОЈ 2008 L 177/6. Уредба (ЕЦ) No.593/2008 од 17, јуна 2008. године о меродавном праву за уговорне односе, eur-lex.europa.eu

³² ОЈ 2007 L 199/40. Уредба (ЕЦ) No.864/2007 од 11, јула 2007. године о меродавном праву за вануговорне односе, eur-lex.europa.eu

³³ Стојановић С., *op.cit.*, стр. 73, fn. 11.

За разлику од континенталне правне традиције у англосаксонском праву угао посматрања је другачији. Својеврсни приступ у решавању сукоба закона пледира за *rule-selecting* метод у избору меродавног права,³⁴ што значи да се у обзир узима и садржина правила у сукобу. Али, ни у овом систему не постоји уједначеност термина. Као синоними користе се: „*the most significant relationship*“³⁵, „*the strongest connection*“, „*the most real connection*“, што су термини који се не односе само на најближу територијалну везу правног односа и неке државе³⁶.

1.2. Принцип најближе везе у светлу колизионог метода и његова историјска персектива

Једна од могућих класификација³⁷ метода у решавању сукоба закона јесте њихова подела на: а) унилатерални колизиони метод; б) супстанцијални правни метод; ц) универзалистички и партикуларистички приступ, и д) билатерални колизиони метод.

Унилатерални колизиони метод, за разлику од билатералног колизионог метода, путем једностраних колизионих норми одређује подручје примене сопствених закона, што значи да свака држава одређује на које ће се односе применити њен закон.

Супстанцијални правни метод замењује колизионоправни метод. Правни односи са страним елементом се све чешће и у све већем обиму регулишу посебним материјално правним нормама, уместо колизионим нормама које би довеле до меродавног права.³⁸

Универзалистички приступ мотивисан је разлозима који превазилазе националне оквире. Правна сигурност се поставља као захтев не само унутрашњег

³⁴ За изразе „*jurisdiction-selecting*“ и „*result-selecting*“ види у: Cavers D., A Critique of Choice of Law Problem, *Harvard Law Review*, vol.47, 1933.

³⁵ Restatement II of the Law of Conflict of Law, ALI, 1971.

³⁶ Župan M., *op.cit.*, str. 6, fn.17.

³⁷ Станивуковић М, Живковић М., *op.cit.*, стр.233-235.

³⁸ Станивуковић М., „Међународно приватно право на крају века-криза колизионог метода“, Правни факултет у Новом Саду, *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде*, (приредио проф. др Милијан Поповић), Нови Сад, 1998, стр. 121.

већ и међународног правног саобраћаја. То је већ опробан феномен међународног права, који је резултирао доношењем конвенција којима се унификује материјално супстанцијално право али и колизионе норме земаља потписница конвенције.³⁹

Билатерални колизиони метод је неутрални метод, зато што у обзир за примену у конкретном случају долази више потенцијално меродавних права (како домаћег, тако и страног, или само страних права), са којима је конкретни правни однос који даје повода спору у вези. Овај метод је неутралан и зато што се путем њега не може непосредно уређивати спорни правни однос, већ он „само“ упућује на право према чијим ће се материјалноправним прописима тај правни однос решавати. У светлу билатералног колизионог метода принцип најближе везе има централну улогу. „Коперникански заокрет“⁴⁰ у решавању сукоба закона начинио је Савињи (*Savigny*) постављајући принцип најближе везе у средиште билатералног метода.

Чини се да се заокрет дешава и данас, поново са ослоном на принцип најближе везе, али сада у правцу нарушавања неутралности колизионих норми, које постају и те како заинтересоване за исход спора, односно за постизањем правичног решења у конкретном случају. Клаузуле изузетка, које се формулишу са ослоном на принцип најближе везе, служе као формула за корекцију колизионих норми које су махом и саме формулисане на основу принципа најближе везе, и које захтевају корекцију из разлога објективне немогућности законодавца да унапред антиципира све могуће случајеве на које се колизиона норма има применити. Као метафорички разлог за корекцију уобичајено се наводи да: „*ђаво често лежи у детаљу*“.....⁴¹

Теза о губитку неутралности колизионих норми савременог међународног приватног права, потврђује се и постојањем низа колизионих правила са материјалноправном оријентацијом, која представљају разраду других једнако важних принципа на којима се оно заснива.

³⁹ Oprea A., “L’integration juridique Europeenne et les methodes du droit international prive”, *SUBB Jurisprudentia*, no.4/2010, str.116.

⁴⁰ Живковић М., *op.cit.*, стр.42.

⁴¹ види у: Von Overbeck A.E., *Der schweizerische Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht*, *Rabelsz* 42, 1978, str.606.

У циљу да укажемо на историјску перспективу принципа најближе везе, потребно је напоменути да су класичним доктринама решавања сукоба из XIX и XX века, на темељу којих је уведен колизиони метод, претходиле школе статута, и то хронолошки следећим редоследом: италијанска (XII-XV в.), француска (XV-XVI в.) и холандска (XVII в.) школа. Реч статут означавала је материјално писано или обичајно право самосталних градова (провинција). Тек се холандска школа статута (XVII в.) бавила решавањем сукоба закона различитих држава.

Значајана делатност у оквиру италијанске школе статута везује се за рад постглосатора⁴², и њихов метод груписања статута, који је служио решавању сукоба закона. Сви статуту били су груписани у три категорије: реални (они који се односе на ствари), персонални (они који се тичу лица) и мешовити (уређују правне послове). Све три категорије статута разликовале су се према подручју своје примене: реални статуту су били територијалног карактера и примењивали су се само у оквиру града који их је донео; персонални статуту су пратили лице и примењивали су се независно од тога да ли се оно налазило на територији свог или неког другог града; мешовити статуту су се примењивали на све правне послове који су се закључивали у оквиру града, чак и онда ако би се спор решавао пред судом неког другог града.

У литератури постоји и мишљење, које посебно занимљиво формулише Торн (*Thorne*) по коме се Бартолоус (*Bartolo*) и други статутисти нису заправо руководили тежњом да поставе принципе за територијално разграничење важења статута, већ су тежили „да у датом случају нађу праведније решење“. Они су настојали да одаберу статут који доноси (по њиховом мишљењу) праведније решење, а поделе статута и колизионе принципе су тек накнадно конструисали како би оправдали жељени резултат.⁴³

Да је стутарни метод нешто више од пуке класификације статута говори и чувено питање маистра Алдрикуса (*Aldricus*), за које се везује и настанак

⁴² Најзначајнији представници су Bartolo Sassoferrato, Cynus и Baldus. Њихов рад значајан је и по томе што су проширили предмет правне науке и то двоструко. За разлику од глосатора, који се нису бавили домаћим правом, већ само римским; постглосатори усмеравају свој рад на бављење статутима одн. правом градова. Друго, посвећују се и новим правним материјама: права хартија од вредности, трговинском праву, сукобу закона у простору (нарочито сукобу права градова, те изражују тзв. теорију статута, која ће вековима потом опстати у колизионом праву), и др.....Водинелић В., *Грађанско право-Уводне теме*, Номос, Београд, 1991, стр.122.

⁴³ Thorne R., "Sovereignty and the Conflict of Laws", u zbirci *Bartolo-Sassoferrato, Studi e documenti per il VI Centenario*, 1962, vol.II, 673, str.183, *више у*: Варади Т. *et al.*, *op. cit.*, str.20.

међународног приватног права у другој половини XII в, а које гласи: *si homines diversarum provinciarum que diversas habeni consuetudines, sub uno eodemque iudicio litigani, utram earum iudex qui iudicandum suscepit sequi debeat?*⁴⁴ Додајмо притом да за Алдрикуса израз „боље“ право не значи просторно најближе право, већ најбоље право у квалитативном смислу.⁴⁵

На почетку XIX века прве кодификације међународног приватног права прихватају статутарно учење. Реч је кодификацијама из друге половине XVIII и прве половине XIX века, а то су: *Codex Maximilianes Bavaricus Civilis* из 1756. године, Пруско опште земаљско право (*Allgemeine Landrsrecht*) из 1794. године, Грађански законик за западну и источну Галицију из 1797. године, Француски Грађански законик (*Code civil*) из 1804. године, и Аустријски општи грађански законик (*Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch*) из 1811. године.

1.2.1. Савињијев метод „локализације правних односа“

Оштру критику метода који су развили статутисти доследно је спровео Вехтер (*Wächter*) у XIX веку.⁴⁶

Савињи (*Fridrih Karl fon Savigny, 1779-1861*), је полазећи од Вехтерове критике, изложио нови метод решавања сукоба закона у осмој свесци дела „Данашњи састав римског права“ (*System des heutigen römishhen Rechts*) из 1849. године. Његова теорија „локализације правних односа“ изложена у наведеном делу, смештена је у оквир универзалистичког концепта, чија је основна

⁴⁴ Neumeyer, *Die Gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrechts bis Bartolus*, Berlin, 1969, 2.knjiga, str. 67, u: Muminović E., *op.cit.*, str. 41-42.

⁴⁵ Wolf M., *Private International Law*, Barcelona, 1958, str.22.

⁴⁶ Тражећи нову полазну основу за правила међународног приватног права, Вехтер је у часопису „Архив за цивилистичку праксу“ у четири наставака током 1841. и 1842. године објавио своју најзначајнију студију: „О сукобу приватноправних закона различитих држава“. Вехтер је решење сукоба закона видео у само једном концепту: да се међународно приватно право схвати као део права појединих држава. Одређујући темеље свог схватања међународног приватног права, Вехтер поставља следећа три начела за одређивање меродавног права:

1. Судија треба пре свега да примени оно право на које указују правне норме (колизионе норме) које важе у његовој држави;
 2. Ако у датом случају домаћи закони не садрже јасне индикације о томе које би право ваљало применити, треба испитати шта налаже „дух домаћег права“, његови принципи и сврха;
 3. Ако ни оваква анализа не би дала путоказе, треба применити домаће материјално право.
-, Варади Т. *et al.*, *op. cit.*, стр. 245-246.

карактеристика у томе што полази од принципа обавезујућих правила у међународној заједници која треба да прихвате све државе. Ова теорија заснивала се на две премисе:

I Класификација правних односа (*Klasse der Rechtsverhältnisse*), и

II њихова локализација.

Класификација је подразумевала конструисање правних категорија⁴⁷, које су формулисане с обзиром на врсту правних односа којој припадају⁴⁸. Тако су у центар његове теорије постављени *правни односи*, а не закони (статути). Заокрет је направљен и у другој премиси под којом Савињи подразумева локализовање правних односа. Наиме, на основу претходне анализе, фокусиране на утврђивање седишта (*Sitz*) односа, према природи ствари (*Natur der Sache*), правни однос се локализује и смешта у правни оквир, према чијим ће се супстанцијалним правилима и решавати.

Ratio метода је да на посредан начин упућује на меродавно право, не дајући одговор на питање која права и обавезе за странке настају у вези датог правног односа. Другим речима, његова идеја је да за сваки грађанскоправни однос треба утврдити са којим правним поретком тај однос стоји у *најјачој* вези, односно где се налази „седиште“ тог правног односа, и сходно томе применити то право.⁴⁹ Отуда принцип најближе везе служи као синоним за појам седишта правног односа. Појам „седиште“ правног односа је битан зато што се преко њега правни однос *материјализује* у реалном свету, па је с тога и одлучан за његово регулисање.⁵⁰ На пример, „седиште“ брачног односа је место заједничког домицила супружника, за деликте то је место извршења штетне радње..... итд.

⁴⁷ Категорија везивања представља оквирни или збирни појам апстрактних животних односа, правних чињеница или правних односа који се подвргавају под одређено меродавно право.....Sajko K., *op.cit.*, стр.93.

⁴⁸ То могу на пример бити: пословна способност, законско или тестаментално наслеђивање, уговорни односи, одговорност продавца, итд..Уколико је национални систем међународног приватног права развијенији, законодавац прописује уже правне категорије и *vice versa*. Рецимо у рудиментарном националном систему можемо наћи одредбу по којој се на „брак и брачне односе“ примењује одређено право, док ће напротив, у развијеном систему категорије бити знатно уже: „материјални услови за закључење брака“, „форма брака“, „обавеза издржавања између брачних другова“, „законски брачно-имовински режим“, „уговорни брачно-имовински режим“, „односи између родитеља и деце“, итд.

⁴⁹ Savigny K., *System des heutigen römishhen rechts*, tom. VIII,1849, str.119.

⁵⁰ *Ibid*, str. 28.

Нужно је да поступак утврђивања седишта правног односа буде објективан, што Савињијеву теорију смешта у оквире универзалистичког концепта, обзиром да у крајњој линији, за њега (*Савињија*) није битно да ли ће у конкретном случају бити примењено домаће или странско право. Крајњи циљ Савињијеве теорије био је постићи хармоничност у одлукама, на бази коришћења једнаких колизионих норми и принципа.⁵¹

Примедбе које су се упућивале на Савињијеву теорију углавном су се тичале употребе синтагми „*седиште односа*“ и „*природа ствари*“. Већина аутора сматрала их је неодређеним, а поједини су их назвали „*пуким метафорама које воде правном импресионизму*“⁵². Једнако се и начело најближе везе, као синоним за „*седиште односа*“, у теорији назива фразном формулом или фразом која је општа, непрецизна, криптична и нејасна.⁵³

Његови следбеници покушали су да буду прецизнији: на пример Гирке (*Gierke*) је изумео синтагму „*центар гравитације*“, вон Бар (*von Bar*) је писао о „*природи односа*“,⁵⁴ док је Вестлејк (*Westlake*) говорио о „*праву са којим је однос најтешње повезан*“ („*the most and real connection*“)⁵⁵.

1.2.2. Енглески „*proper law*“ концепт

Током XVIII и XIX века дела континенталних правника, међу којима пре свега, Хубера (*Ulricha Hubera*) и Савињија проучавана су од стране енглеских судија.⁵⁶

Међу најзначајнијим следбеницима Савињијеве теорије „*локализације правних односа*“ у Енглеској свакако су били професори: Дајси (*Dicey* 1835-1922), Чешајр (*Cheshire* 1886-1978) и Морис (*Morris* 1910-1984). Пре овог периода, може се рећи да доктрина међународног приватног права на тлу Енглеске није била

⁵¹ Von Mehren, “Choice of Law Theories and the Comparative Law Problem”, *American Journal of Comparative Law*, vol.23, no.4, 1975, стр.753.

⁵² Wolff M., *Private International Law*, Oxford, 1962, стр.37.

⁵³ Mann F.A., “The Proper Law in the Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.36, 1987, стр.438.

⁵⁴ Kegel, *Internationales Privatrechts*, 6ed, München, 1987, стр.81.

⁵⁵ Mann F.A., *op .cit.*, стр. 444.

⁵⁶ Lando O., “On some Writers on the Conflict of Law of the Contracts”, *Reform and Development of Private International Law*, Oxford, стр.246.

развијена, али је свакако постојао незнатан број судских одлука у којима се постављао проблем сукоба закона. Карактеристика рада енглеских судова, у ранијем периоду била је да су они углавном примењивали домаће право, и да су били под веома снажним утицајем теорије стечених права која је пружала кључ за решавање колизионих питања, који је импоновао својом једноставношћу⁵⁷.

Међутим, симбиоза теорије „локализације правних односа“ и судског постериористичког приступа у решавању сукоба закона у Енглеској, логично није могла резултирати ничим другим до особеним „*proper law*“ концептом. Пракса енглеских судова XIX в. бележила је ране примере „*proper law*“ приступа, док је саму „*proper law of contract*“ доктрину први дефинисао Вестлејк (*Westlake*) 1925. године, наводећи да у односу на друге, предност треба дати држави са којом трансакција има најстварнију везу.⁵⁸

Израз „*proper law*“ је својствен у праву Енглеске и земљама Комонвелта. У свом изворном значењу овај израз једноставно указује на одговарајући правни систем (*appropriate legal system*), не дајући одговор на веома битна питања о томе како пронаћи тај систем, и како га идентификовати. „*Proper law*“ концепт треба пре свега да да одговор на следеће питање: који правни систем, у датој ситуацији, је ближе, односно најближе повезан са датим правним питањем?⁵⁹

Потрага за најближом везом ставља знак једнакости између „*proper law*“ теорије и теорије „локализације правних односа“.

У Енглеској је, као што је већ речено, „*proper law*“ концепт развијен у погледу уговора у засебну „*proper law of contract*“ доктрину, која је у оквиру концепта дала најзапаженије резултате. Принцип најближе везе је као окосница ове теорије споро продирао у праксу енглеских судова, али је несумњив преокрет учињен пресудом у случају *Bonyton v. Commonwealth of Australia*⁶⁰.

Такозвана *Bonyton* формула садржала је два упутства која су усмеравала судије у правцу одређивања меродавног права: а) прво упутство водило је ка правном систему у чијем окриљу је уговор настао, а друго б) ка правном систему

⁵⁷ Варади *et al.*, *op.cit.*, стр.254.

⁵⁸ „.....the preference has to be given to the country with which the transaction has the most real connection, and not to the law of the place of contract as such”Westlake J., *A Treatise on Private International Law with Principal Reference to Its Practice in England*, 5th ed, London, Sweet & Maxwell, 1912, стр.305, наведено према: Župan M., *op.cit.*, стр.62.

⁵⁹ Mann F.A., *op. cit.*, стр.437-438.

⁶⁰ (1951) A.C. 201,219.

са којим трансакција стоји у блиској и најстварнијој вези.⁶¹ Ова пресуда представљала је пресадан у том смислу што се по први пут потрага за најближом везом није заснивала на испитивању страначке воље, односно намере. Сходно аргументацији коју поставља Чешајр (*Chechire*) најближа веза утврђује се на основу различитих елемената које уговор везују за више држава, а који у том смислу природно представљају елементе локализације.⁶² Његова реченица да се ради о држави у којој су елементи локализације најгушћи („*most densely grouped*“) наводила је неке судије да код примене принципа најближе везе просто поброје везе са различитим државама, а потом означе најближим оно право које има бројчано највише веза.⁶³ Међутим, најближа веза *Bonyton* формуле није се базирала на процени бројчаних веза према различитим правним системима, већ на процени и валоризацији поједине чињенице кроз све фазе случаја.⁶⁴

Обзиром да се „*proper law*“ концепт односи махом на уговоре о њему ће бити више речи у трећем делу овог рада.

1.3. Принцип најближе везе и америчка „револуција“ у области сукоба закона

Америчка „револуција“ у области сукоба закона или правни реализам се у литератури обично дефинише као трећа етапа у развоју америчког међународног приватног права. Прва се везује за знаменитог родоначелника Џозефа Сторија (*Joseph Story*) и његове „*Коментаре о сукобима закона*“ из 1834. године. Другу фазу, која временски траје од почетка XX века па до његове треће деценије, карактеришу радови Била (*Beale*), као и чињеница да је у том периоду донет Први Зборник права (*Restatement I of the Law of Conflict of Laws*) из 1934. године у окриљу Америчког правног института (*American Law Institute*). Бил је као и

⁶¹ Jaffey A.J.E., “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.33, no.3, 1984, str.531.

⁶² *Ibid*, str.534.

⁶³ *Sayers v. International Drilling Co. NV*, 1971, *више у*: Žipan M., *op. cit.*, str.73.

⁶⁴ *Ibid*, стр. 74.

Стори, био под утицајем холандских статутиста, па је за основу свога учења преузео идеју о стеченим правима (*vested rights*).⁶⁵

У Првом Зборнику изнета су следећа мерила према којима се може применити право друге федералне државе или друге стране државе: а) постојање „значајније“ везе између страног права и одговарајућег догађаја или странака; б) потреба да страном праву буде у складу са поретком форума пред којим се питање поставља; ц) постојање интереса како стране државе о чијем праву је реч, тако и домаће државе; д) једноставност у одређивању када треба да се примени страном право, и е) извесност, предвидљивост и униформност резултата примене страног права.⁶⁶

У првој половини XX века на темељу критике решења садржаних у Првом Зборнику почиње трећа етапа у развоју америчког међународног приватног права, познатија као „револуција“ у области сукоба закона, која свој зенит достиже шездесетих година прошлога века.

Компаративно посматрано, могу се уочити извесне сличности између решења садржаних у Првом Зборнику права и класичних европских правила о решавању сукоба закона. Оба се опредељују за правила, а не за принципе. Оба су оријентисана на географско разграничење између правних поредака (*jurisdiction-selecting*), а не на утврђивање и избор једног резултата од више могућих (*result-selecting*). То посредно значи да оба одређују меродавно право са ослоном на тачку везивања, без узимања у обзир садржине права и разлога и интереса која стоје у позадини тако формулисаног права. Њихова решења фаворизују правну сигурност и предвидљивост насупрот материјалне правде у сваком појединачном случају.

Али постоје и разлике, теорија стечених права, чија је критика представљала окосницу америчке „револуције“, никада у Европи није била снажно утемељена; Вехтер и Савињи одбацили су ову теорију још давне 1860. године, док је каснији „come-back“ Пилеа (*Armingon Pillet*)⁶⁷, средином XX века остао практично ирелевантан.

⁶⁵ Живковић М., *op. cit.*, стр. 42-44.

⁶⁶ Види: *Restatement I of the Law of Conflicts of Laws*, (ALI), 1934, str.100.

⁶⁷ Pillet A., *Reproduction de diverses etudes et notes de jurisprudence*, Recueil Sirey, 1929.

Када је америчка „револуција“ започела, европске колизионе норме су оставиле револуцију далеко иза себе.⁶⁸

Трећа етапа у америчког међународног приватног права започела је 1933. године, када је Кејверс (*Cavers*) објавио чланак под насловом „*Критика проблема избора меродавног права*“. Он је пажљивом анализом рада судова у Америци закључио да судије приликом избора меродавног права, не тако ретко, узимају у обзир и садржину правила у сукобу. Судије су на тај начин поступале супротно упутствима из Првог Зборника права, према коме садржај материјалног права није битан са аспекта решавања конкретног спора, што је Кејверса навело на закључак да је избор према упутствима Зборника био слеп, случајан.⁶⁹ Овај чланак значајан је из разлога што напада класичан *jurisdiction-selection* метод у решавању сукоба закона, и залаже се за другачији метод који ће узимати у обзир и садржину правила у сукобу.

Предложени, *result-selecting* метод остварује се постављањем руководних принципа у колизионој норми која омогућују суду да у конкретном случају примени боље право („*better law*“). Тридесет година касније Кејверс (*Cavers*) је објавио књигу под насловом „*Поступак избора закона*“⁷⁰, у којој предлаже примену посебних руководних принципа („*principles of preferences*“) за одређене области сукоба закона, а који ће судијама помоћи да у конкретном случају дођу до правичног решења.

И док би се Кејверс могао сматрати јеретиком у односу на присталице традиционалног колизионог метода, Кари (*Currie*), који га је неповратно одбацио, могао би да изгледа као човек који је у потрази за новом религијом.⁷¹ Критикујући традиционални колизиони метод, он је истицао да:

„Традиционална теорија није у стању да реши проблем сукоба закона.....Али да је проблем знатно већи. У настојању да се примене правила не рачуна се на проблеме који се могу испречити, али који не настају због чињенице

⁶⁸ Michaels R., „The New European Choice of Law Revolution“, *Tulane Law Review*, vol.82, no.5, 2008, str. 1612.

⁶⁹ Cavers D., *op. cit.* str.180.

⁷⁰ Cavers D., *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965.

⁷¹ Живковић М., *op. cit.* стр. 48; Evrigenis D., „Tendences doctrinales actuelles en droit international privé“, *Recueil des Cours*, t.118, 1966, str. 356.

да су правила о сукобу лоша.....већ више из чињенице што она уопште и постоје. У сваком случају, било би боље да смо без таквих правила о сукобу закона“.⁷²

Керијеви ставови карактеришу се по томе што снажно и очигледно промовишу *lex fori* што поједине ауторе инспирише да стављају знак једнакости између његове теорије анализе државних интереса („*governmental interests analysis*“) и Вехтерових ставова с краја XIX века. Упркос томе што је Каријев рад сматран исувише радикалним и револуционарним два базична постулата су преживела: 1) став да државе имају легитимне интересе за примену домаћег права у случајевима које укључују сукоб закона, и 2) став да се у поступку решавања сукоба закона ови интереси морају узети у обзир.⁷³

Овај револуционарни покрет⁷⁴ утицао је на измену Првог Зборника права. Амерички правни институт је 1971. године објавио Други Зборник права, а као генерални закључак стоји чињеница да су правила овог Зборника знатно флексибилнија, да су напуштене фиксне колизионе норме, и да је флексибилност превагнула над предвидљивошћу и правном сигурношћу. Сачињена је једна антитеза традиционалним колизионим правилима, а креиран је један специфичанов приступ у решавању сукоба закона. Овај приступ овлашћује судије да изврше избор меродавног права *a posteriori* у складу са околностима сваког *ad hoc* случаја.⁷⁵

На неки начин, све критике које су упућиване на рачун Првог Зборника, преточене су у § 6 Другог Зборника, у коме се наводе следећи принципи решавања сукоба закона:

⁷² Currie B., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963, str.180-183.

⁷³ Symeonides S.C., „American Choice of Law“, *Willamette Law Review*, Issue 1, 2001, str.21.

⁷⁴ Осим имена Кејверса и Керија, значајни су и следећи аутори који се могу придружити овом доктринарном правцу: Лефлар (*Robert Lefflar*) са својом теоријом (*choice/ influencing consideration*) , која се по свом петом чиниоцу „*application of the better rule*“, често назива и теоријом о избору бољег права; фон Мехрен (*Arthur von Mehren*), Траутман , као и Вајнтрауб са „*функционалном анализом*“ (*functional analysis*); Еренцвајг са теоријом превласти *lex fori*; Бакстер са „*принципом најмање штете*“ (*comparative impairment*); Мек Дугал са теоријом „*најбољег права*“ (*best law*); Јингер са теоријом „*мултидржавне правде*“ (*multistate justice*), као и Чинтем, Хенок, Риз, Ловенфелд, Седлер, Симеонидес и други..... Живковић М., *op. cit.*, стр. 60.

⁷⁵ Symeonides S.C. „Codification and Flexibility in Private International Law“, *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science+Bussines Media, 2011, str. 40.

„(1) Суд, подвргнут уставним ограничењима, треба да следи законске одредбе властите државе о избору меродавног права.

(2) Ако такве одредбе не постоје, у релевантне факторе за избор меродавног права укључују се:

- (a) потребе међудржавног и међународног система;
- (б) релевантна сврха права форума;
- (ц) релевантна сврха права других заинтересованих држава и релевантни интерес тих држава у решавању конкретног питања,
- (д) заштита оправданог очекивања,
- (е) основна сврха права на којој се заснива конкретна грана права,
- (ф) одређеност, предвидљивост и уједначеност решења,
- (г) лакоћа у уређивању и примени права које треба применити.

У том контексту принцип најближе везе, који је у Другом Зборнику права терминолошки познат као *“the most significant relationship”*, заузима значајно место у уговорном и деликтном статуту.⁷⁶ У тексту Другог Зборника није дата дефиниција наведеног појма. Тврди се да наведено упућивање има програмско, а не нормтивно значење.⁷⁷

Дејство *“the most significant relationship”* концепта огледа се у постојању читавог низа алтернативно-референтних правила (*alternative-reference rules*)⁷⁸ која садрже листу потенцијално меродавних права која су у вези са спором и која овлашћују суд да примени било које од наведених права чији ће мериторни резултат у конкретном случају бити пожељан. На постављање принципа *“the most significant relationship”* делимично је поред доктрине, утицала и у судска пракса.⁷⁹

⁷⁶ Види: §188, §145 *Restatementa II*.

⁷⁷ Juenger, „Choice of Law in Interstate Torts”, *Pa. Law, Review*, 118, 202, 1969, str.212.

⁷⁸ Творац израза *alternative-reference rules* је проф. Symeonides. Он разликује пет категорија колизионих норми. Поред предходно наведене категорије наводи још и: правила која укључују избор једне стране (*One Party Choice*); правила која укључују избор обе стране (*Two Party Choice*); унилатерална правила (*Unilateral Rules*) и изузеци (*Escapes*) види више у: Symeonides S. C., *American Choice of Law, Willamette Law Review*, Issue 1, 2001, str. 49-50.

⁷⁹ Концепт *“the most significant relationship”* је по први пут експлицитно узет као основ за одлучивање знатно пре доношења *Restatementa II*, и то у одлуци Врховног суда Индијане из 1945. године у спору *Barber Co. v. Hughes*, у којој стоји:..... „*The Court will consider all acts of the parties touching the transaction in relation to the several states involved and will apply as the governing the transaction the law of the state with which the facts are in most intimate contact*”. Водећи случај је по питању овог концепта дуго година био и случај *Auten v. Auten* из 1954. године, али је његов значај битно умањен због превазиђеног квантитативног теста који усваја.....Nanotiau B., *Le*

Други Зборник права не напушта у потпуности колизиона правила, већ супротно, садржи веома велики број правила. Међутим, она су она редукована у складу са претпоставком да треба да идентификују ону државу која са датом ситуацијом има најближу везу. Нпр. иако §145 налаже суду да треба да примени деликтни статут оне државе на коју указује “*the most significant relationship*”, а у складу са принципима из § 6, одредбе које следе одређују која држава ће то *уобичајено* (“*usually*”) и бити за 25 различитих питања која се постављају у вези са деликтима.⁸⁰

Поред чињенице да се принципу најближе везе даје програмско значење, он паралелно остварује и своју корективну функцију обзиром да је присутан у читавом низу правила као корективно средство за случај да успостављена правила не указују на примену и ефективно најтешње повезаног права.

Корективна функција најближе везе у америчком праву је по својој формулацији идентична са њеном истоветном функцијом на европском континенту, али постоји суштинска разлика у начину утврђивања меродавног права и крајњем резултату који се овом корекцијом има постићи. Наиме, у складу са § 5 *Restatementa II* најближа веза се утврђује: “*by weighing specific policies of the relevant local law rules and the general policies relating to multistate occurrences*”, што заправо значи да се, за разлику од европског концепта, у обзир узима садржина правила у сукобу, односно специфичност интереса за применом конкретног права и да је крајњи циљ применити оно право које је у светлу ове призме најближе повезано! Насупрот томе, најближа веза се у оквиру европског концепта, тражи се у корелацији са чисто географским факторима, али као ћемо касније видети, то не значи у потпуности линеарну дедукцију наведеног закључка.

Уз констатацију да је међународно приватно право увек у кризи, професор Симеонидес указује на потребу доношења новог Зборника права.⁸¹ Овај свој закључак професор Симеонидес изводи из двадесетогодишњег искуства везаног за анализу праксе америчких судова у случајевима који укључују сукобе закона.

droit international privé américain, Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws, Paris, 1979, str.258, у: Костић М., *op.cit.*, fn.251.

⁸⁰ Currie D. *et al.*, *Conflict of Laws; Cases-Comments-Questions*, 7ed, Thomson West, 2006, стр.208.

⁸¹ Symeonides S.C., *General Report, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, The Hague, London, Boston, 2000, str.25.

Основни показатељи превазиђености Другог Зборника права, огледају се у следећем: а) решења Другог Зборника права су неадекватна, или их уопште нема за многе новонастале сукобе закона, са којима су се у последње две деценије суочавали амерички судови, а што ће се наставити и у будућности, и б) поједине чврсте тачке везивања у овом Зборнику су постале анахроне.⁸² Сматрамо такође, да је веома јак аргумент у правцу доношења новог Зборника и чињеница да су правила садржана у Другом Зборнику ако не конфузна, онда веома компликована и нејасна. Узимајући у обзир научене лекције о слабостима првога Зборника, и потврђене неадекватности решења у другом Зборнику, која указују да судови требају више од постављених руководних принципа, Трећи Зборник права мора да буде „златна средина“ предходна два Зборника.⁸³

2. УЛОГА ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ

Улога принципа најближе везе је мултифункционална. У дисциплини међународног приватног права он се може јавити: **прво**, као основ колизионоправног регулисања приватноправних односа са елементом иностраности; **друго**, као посебна тачка везивања и **треће** као коректив у виду генералне или специјалне клаузуле изузетка.⁸⁴ Поред ове основне, у литератури срећемо и на разуђенију поделу улога наведеног принципа.⁸⁵

⁸² Symeonides S.C., “Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)”, *Indiana Law Journal*, vol.75, 2, 2000, str. 441.

⁸³ *Ibid*, str. 449.

⁸⁴ *Више* у: Костић М., „The “Closest Connection Principle” in 1983 PIL Code in Theory and Practice”, Двадесет година Закона о међународном приватном праву (ур. Мирко Живковић), Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2004., стр. 105-117.

⁸⁵ Тако проф. Симеонидес, када набраја следеће улоге принципа најближе везе: *a. the closest connection as the principal connecting factor*, *б. the closest connection as a presumption*, *у. the closest connection as a tie-breaker*, *д. the closest connection as a last resort*, *е. the closest connection as a gap-filler for unprovided cases*, *ф. the closest connection as a base for general and specific escapes*.....*више* у: Symeonides S.C., *op.cit.*, str. 1-43.

2.1. Принцип најближе везе као основ колизионог метода

Ради поштовања правила логике у излагању, потребно је да се и на овом месту, још једном осврнемо на питање појма принципа најближе везе, без потребе за понављањем излагања изнетих под одељком 1.2.

Улога принципа најближе везе као основа колизионог метода служи дефинисању његовог појама, али је потребно указати и на друге принципе у решавању сукоба закона, као и на чињеницу да колизиони метод није и једини метод међународног приватног права.

На данашњем ступњу правно-цивилизацијског развоја и напретка потребна је кооегзистенција и плурализам метода не само у овој већ и у другим научним областима. У извештају америчког проф. Симеонидеса (*Symeonides*) на XV међународном конгресу за упоредно право (*International Congress of Comparative Law*), одржаном у Бристолу 1998. године, под симболичким насловом: „*Међународно приватно право на крају XX века: Прогрес или Регрес?*“, речено је:

„Ниједан систем међународног приватног права не може претендовати на методолошко чистунство, и мали број система то покушава. Плурализам метода не треба сматрати симптомом погоршања, већ знаком зрелости. Модерна правна мисао је схватила да ниједан правни метод појединачно није савршен и да ниједан метод не може решити све проблеме међународног приватног права. Сва три метода⁸⁶ су потребна и уколико су усклађена на прави начин могу заједно створити много бољи систем него било који од њих самостално. Еклетизам и плурализам с тога, не треба више избегавати.“⁸⁷

Принцип најближе везе је уткан у саму основу колизионоправног метода обзиром да колизионе норме, на имплицитан или експлицитан начин, представљају његову конкретизацију. Међутим, поједина колизиона правила су изузета из ове формуле са циљем да заштите одређене вредности. Обзиром да су

⁸⁶ Супсидијарни, билатерални и унилатерални колизиони метод, прим. аутор.

⁸⁷ Symeonides S.C., “*Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress?*”. ed. Symeonides, The Hague, London, Boston, 2001, str.21.; Batiffol, “*Le Pluralisme des methods en droit international privé*”, *Recueil des Cours*, 137, 1973, 75.

предходни редови указивали на улогу принципа најближе везе, а у светлу колизионог метода, на овом месту, потребно је указати и на друге принципе који су од значаја за савремено међународно приватно право, као што су: принцип заштите слабије стране и принцип *in favorem validitatis*, односно *in favorem negotii* који заслужују посебну пажњу. На овај начин добићемо скицу целовитог и заокруженог портрета савременог међународног приватног права.

2.1.1. Принцип заштите слабије стране

Принцип заштите слабије стране доследно је спроведен у инструментима европског међународног приватног права, као и у великом броју националних правних инструмената посвећених решавању сукоба закона, нарочито када је реч о савременим кодификацијама. Најсвеобухватнија заштита је у том погледу остварена у домену потрошачких права. Наиме, потрошачи се у адхезионим уговорима, по правилу, перципирају као слабија страна, из разлога што најчешће не могу да преговарају о одредбама из уговора нити их могу мењати.

У нашем ЗРСЗ-у, принцип заштите слабије стране остварен је спорадично. Најпре, у чл.28 Закона који регулише сукоб закона у области вануговорне одговорности за штету, оштећени, у случају дислокације радње и последице деликта може да оптира за повољније право.

Потом, заштиту пружа и одредба чл.40 која регулише однос родитеља и деце, и у коме се детету као слабијој страни пружа колизионоправна заштита. Овим чланом регулисана су сва питања која се могу сврстати у родитељско право: права и обавезе која се тичу личности, она која се тичу имовине, остваривања родитељског права (родитеља који су у браку, родитеља који су у браку али живе одвојено, родитеља ванбрачног детета као и случају када је један родитељ непознат), у погледу поверавања деце на чување и васпитање, у погледу ограничавања, лишавања и престанка родитељског права.⁸⁸

Постоје два начина на који колизионе норме могу да пружају заштиту субјекту који се у правном односу или спору перципира као слабија страна.

⁸⁸ Варади Т. *et al.*, *op.cit.*, стр.325.

Могуће је, најпре, предвидети примену права државе којој припада лице које се штити, нпр.: *lex personalis* детета, *lex personalis* повериоца издржавања, *lex personalis* примаоца технологије, итд... Таква заштита назива се категоријалном и апстрактном и она нужно не обезбеђује увек повољнији третман фаворизоване стране у конктетном случају, зато што право државе нпр. повериоца издржавања, може у датом случају бити право које је мање повољно за лице које издржавање тражи.

Други начин је ефикаснији и подразумева напуштање класичне колизионе технике, и извесно удаљавање од норми које имају *jurisdiction-selecting* карактер. Другим речима, овај начин претпоставља коришћење тачки везивања чија мерила узимају у обзир и садржину закона који се налазе у сукобу, а не само просторне везе између спорног односа и тангираних права.⁸⁹ Реч је о колизионим нормама у којима се тражи *најближа веза у функционалном смислу*, односно о нормама које садрже елементе материјалног права, и у којима принцип најближе везе има за циљ постизање одређеног материјалног резултата. Таква колизиона правила којима се дозвољава придавање значаја и садржају потенцијално меродавних материјалних норми, једна су од европских особености одговора на „слепу“ примену права одређеног путем апстрактне алокације.⁹⁰

Примена фаворабилног права, према појединим ауторима⁹¹, значи корекцију принципа најближе везе, односно његово прилагођавање специфичностима неких врста приватноправних односа, тако што се као фактор који утиче на одређивање меродавног права појављује фаворабилност.

Сматрамо да је у оваквој констатацији погрешно постављен редослед ствари. Наиме, принцип заштите слабије стране је у савременом међународном приватном праву једнако важан као и принцип најближе везе. Ова два принципа не налазе се у односу субординације, већ у односу координације.

Сасвим је друга равна расправа о корективној функцији принципа најближе везе која коригује резултате колизионих норми постављених на основу

⁸⁹Варади Т., „Напомене о правним инструментима за заштиту „слабије стране“ у уговорима међународног приватног права“, *Анали*, бр.3-4, 1985, стр.341.

⁹⁰Župan M., *op.cit.*, str.16.

⁹¹Муминовић Е., *op.cit.*, стр.251.

принципа најближе везе. Међутим, у погледу колизионих норми постављених на основу принципа заштите слабије стране корекција углавном није допуштена.

2.1.2. *Принципу in favorem negotii* и *принцип in favorem validitatis*

Принципи *in favorem negotii*, односно *favorem validitatis*, имају за циљ одржавање на снази неког правног посла, одн. облика правног посла. Њихова разрада тежи правној сигурности трансакција. Са ослоном на ове принципе, који представљају одступање од принципа најближе везе нуде се углавном две или више солуција у виду тачака везивања које могу бити постављене алтернативно или субсидијарно.

Постављање алтернативних тачака везивања представља први облик флексибилизације колизионих правила који се везује за прву половину двадесетог века. Са системског аспекта ова правила обезбеђују флексибилност, у том смислу што иако везују систем за одређени резултат, она ипак не везују ситем за право одређене државе.⁹²

У литератури⁹³ налазимо на интересантно мишљење, које налази да законодаваци користећи алтернативна колизиона правила, уместо да одреде право које је најближе везано, посустају и признају да ниједна од наведених веза није довољно јака и уверљива.

У нашем ЗРСЗ-у, принцип *in favorem negotii* садржан је у одредби чл. 14. који се односи на питање правне и пословне способности физичких лица. У циљу одржавања правног посла на снази дата је алтернатива за случај да физичко лице није пословно способно по праву државе чији је држављанин, односно по свом *lex nationalis* праву (алтернатива се односи на правне послове уговорне, а не и на правне послове породичне и наследноправне природе). Алтернативно, то лице сматраће се пословно способним ако га таквим сматрају правила *lex loci actus-a*.

⁹² Symeonides S.C., *Codification and*, str.16.

⁹³ Visher F., „General Course on Private International Law“, *Recueil des Cours*, vol.232, 1992, str.120.

Дакле, ако су у питању односи уговорне природе, због потреба сигурности промета примењен је принцип *in favorem negotii (contractus)*.⁹⁴

Што се тиче форме правног посла и правне радње са ослоном на принцип *in favorem validitatis*, углавном се и упоредноправно, нуде две алтернативе дате у *lex cause* и *lex loci actus*.

Ово решење прихваћено је и у чл. 7. ЗРСЗ.⁹⁵ Намера законодавца приликом формулације овог члана је недвосмислена: обезбедити, у што је могуће већој мери, пуноважност правне радње односно правног посла у погледу његовог облика.

Даље, у чл. 31. ЗРСЗ-а, који се односи на пуноважност форме тестаментa и његовог опозива, принцип *in favorem validitatis*, специјализован је у принцип *in favorem testatii*. Одредба чл.31⁹⁶ истоветна је са одредбом чл.6. Хашке Конвенције о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба из 1961. године⁹⁷, с тим што је принцип *in favorem testatii* проширен за још једну повезницу, чиме је повећан број алтернатива које пружају могућност да тестамент, са аспекта форме, остане на снази.

⁹⁴ Дика, Кнежевић, Стојановић, *Коментар закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 55.

⁹⁵ Чл.7 гласи:

„Ако овим или другим савезним законом није другачије одређено, сматра се да су правни посао и правна радња у погледу облика пуноважни, ако су пуноважни било по праву места где је правни посао склопљен, односно правна радња предузета, било по праву које је меродавно за садржај правног посла, односно правне радње“.

⁹⁶ Наведени члан гласи:

„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 завештаочевог пребивалишта, било у време располагања тестаментом, било у време смрти;
4. по праву завештаочевог боравишта, било у време располагања тестаментом, било у време смрти;
5. по праву Републике Србије
6. за непокретности-по праву места где се непокретност налази.

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

⁹⁷ Хашка Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба, „Сл.лист ФНРЈ“, додатак бр.11/1962.

Принцип *in favorem validitatis*, био је постављен и у чл. 9. Римске конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године⁹⁸, који регулише меродавно право за форму уговора, а у складу са којим се нуде следеће алтернативе:

- 1) ако је уговор закључен између уговорних страна које се налазе у истој држави, уговор је формално пуноважан ако испуњава услове које прописује *lex cause* или *lex loci contractus*,⁹⁹
- 2) ако су се уговарачи у време закључења уговора налазили у различитим државама, меродавно је алтернативно: *lex cause* или право земаља у којима се уговарачи налазе. На основу овог правила постоји могућност да се чак три правна система јављају као алтернатива у правцу одржавања уговора на снази.

Изузеци од примене наведеног принципа у корист заштите слабије стране, конвенцијом се прописани у: погледу форме потрошачких уговора (чл.9., ст.5.) прописивањем меродавности права потрошачевог редовног боравишта, као и погледу уговора који за предмет имају стварна права на непокретностима (чл.9, б.), чиме је дата предност императивним правилима, која уговором не могу бити дерогирана.

Уз незнатне измене принцип *in favorem validitatis* потврђен је и у чл.11. Рим I Уредбе, као и у чл. 21. Рим II Уредбе¹⁰⁰.

Јасно да је сврха наведених колизионих правила да одрже на снази правни посао. Разлог за одржавање правног посла на снази правдан је интересима странака, односно дефинише се и као: „покушај да се испуне њихова разумна очекивања“.¹⁰¹ Питање формалне пуноважности укључује „сваки захтев у погледу

⁹⁸ Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године, OJ L 266 од 9. октобра 1980. Године.

⁹⁹ Радна група је правдала алтернативу дату у *lex loci contractus* на бази историјске важности ове тачке везивања. Не постоји тешкоћа у одређивању овог права, обзиром да Конвенција захтева да је реч о уговорним странама које се налазе у истој држави..... North, Fawcett, *Private International Law*, 13ed, Oxford, 1999, str.590.

¹⁰⁰У погледу формалне пуноважности једностране радње која је повезана са вануговорном обавезом, нуде се две алтернативе: *lex cause* и *lex loci actus*.

¹⁰¹ Ehrenzweig A., „Contracts in the Conflict Laws: Validity“, *Columbia Law Review*, vol.59, no.7, 1959, str.978.

спољашње манифестације воље коју један правни систем захтева, и у погледу чијег одсуства би се изјава воље сматрала непуноважном“.¹⁰² Одржавање правног посла на снази правда се и чињеницом да су прописи о форми у свакој држави различити, прилагођени традицији, моралу и степену развоја правног система.

2.2. Принцип најближе везе као тачка везивања

Двострука улога принципа најближе везе (*principle/rule*), већ је назначена у дефинисању његовог појма. Уколико пођемо од општеприхваћене поделе тачака везивања, а на основу ширине овлашћења форума, њих можемо поделити на: а) непосредно везујуће и б) оквирне тачке везивања. Принцип најближе везе припада другонаведеној категорији. Оквирне тачке везивања су добиле шире признање у ангосаксонском правном систему где су судије имају креативну улогу у решавању спорова у области међународног приватног права.

Још једна могућа класификација тачака везивања, јесте њихова подела на: а) факторе везивања објективног карактера (који су далеко бројнији у односу на остале) и б) оне које су плод воље учесника у правном промету (тзв. аутономија воље страна). У духу ове поделе принцип најближе везе би могли означити као субјективно-објективну тачку везивања, јер се до меродавног закона долази на основу низа чињеница које се објективно могу локализовати у простору, али одлуку о томе која су чињенице пресудне доноси суд ценећи њихову правну релевантност и потребан број.¹⁰³

Као тачка везивања принцип најближе везе је афирмисан у области уговорних односа. У Европи с краја XIX в. и почетка XX в., у области уговорних односа, а у одсуству аутономије воље као примарне тачке везивања, солуције су тражене у следећим тачкама везивања: праву места закључења уговора (*lex loci contractus*), праву места извршења уговора (*lex loci solutionis*) или у домицилу

¹⁰² Giuliano/Lagarde, Raport on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ C 282, 31/10/1980, str. 29., <http://eur-lex.europa.eu>

¹⁰³ Рочкомановић М., „Принцип најближе везе и решавање случајева међународног приватног права-од базичне идеје до реализације сврхе колизионих норми“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 2007, стр.4.

(седишту) носиоца карактеристичне престације (што је упоредноправно посматрано једна од најзаступљенијих тачака везивања). Једна од могућих алтернатива тражена је и у принципу најближе везе.

Принцип најближе везе као супсидијарно решење налазимо у чл.25 грчког Грађанског закона из 1946. године који се односио на одређивање меродавног права у уговорним односима.¹⁰⁴ Такође, према немачком ЗМПП-у из 1986. године, који је касније мењан 1999. године, меродавно право се у области уговорних односа (чл.28, ст. 1), а у одсуству аутономије воље, супсидијарно одређивало са ослоном на принцип најближе везе (*die engste Verbindungen*). Идеја најближе везе је у немачком праву кореспондирала са већ одомаћеним појмом центра гравитације. Овај Закон је давао презумције које треба да помогну идентификацију најближег права (место карактеристичне радње или редовно боравиште односно пословно седиште дужника такве радње: нпр. место седишта превозиоца за уговор о транспорту, а за уговоре који се тичу непокретности-место где се оне налазе; чл.28, ст.2-4).¹⁰⁵

Када је принцип најближе везе у функцији тачке везивања, коначну одлуку о меродавном праву даје суд заснивајући своју одлуку на основу низа језичких, територијалних и пословних критеријума између приватноправног односа са меродавним правом. У доктрини постоји мишљење да када је реч о утврђивању најближе везе у уговорном статуту, следеће чињенице морају бити узете у обзир: место закључења уговора, место извршења уговорних обавеза, место где су вођени преговори, домицил (седиште) уговорних страна, место оснивања када је реч о правним лицима, место где се остварују циљеви пословног ангажмана, држављанство уговорних страна, садржина уговорних одредби, пророгациона клаузула, арбитражна клаузула, чињеница да ли је нека од уговорних страна влада неке државе.....итд.¹⁰⁶

Утврђивање најближе везе се може ослањати и на правну природу спорног односа: ако је спорна пуноважност уговора-већу тежину ће имати место

¹⁰⁴ Pamboukis Ch., "Les Clauses d'exception en matiere de Conflicts de Lois et de Conflicts de Jurisdictions-Grece", у: Exeption Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity, *XIVth International Congress of Comparative Law*, (ed. D. Kokkini-Latridou). Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, стр. 221.

¹⁰⁵ Муминовић Е.,.....*op.cit.*, стр. 211.

¹⁰⁶ Yu Sh., Xiao Y., Wang B., "The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China", *Chinese Journal of International Law*, 2009, стр.432.

закључења уговора, ако је спорна камата-већи је значај места извршења уговора и сл.¹⁰⁷

У англосаксонској судској пракси се најчешће, са ослоном на овај принцип, као меродавно одређује право оне државе у којој је поднесена тужба, односно државе у којој наступају последице спора.

Лоше стране принципа најближе везе као тачке везивања јесу могућност различитог тумачења од стране органа примене, што у крајњој линији може довести до правне несигурности.

„Најближа веза“ као тачка везивања, није била позната само ранијем законодавству, већ и ранијој судској пракси. Тако су рецимо немачки судови, почетно, меродавно право одређивали у три корака: 1) изричито или прећутно изабрано право; 2) хипотетичка намера (суд тражи право које би странке изабрале, да су о томе размишљале када су склапале уговор); 3) место извршења уговорне чинидбе. У другој половини XX века начелно се мења и срж концепта хипотетичке намере, па Врховни савезни суд Немачке уводи објективнији приступ концепту хипотетичке воље, што заправо није ништа друго него примена подредног статута.¹⁰⁸

Када је у питању одређивање меродавног права за уговорне обавезе и Француска је својим решењем била приклоњена групи земаља које се опредељују за руководне принципе, за шта је као ослон служила теорију „објективне локализације уговора“. Француски судови су у неколико одлука усвојили ову теорију. Пресудом у случају *Jansen v. Soc. Heurty* из 1955. године, француски Касациони суд је дајући предност економској функцији уговора (*l'économie de la convention et les circonstances de la cause*) у односу на вољу странака, заправо ставио знак једнакости између теорије локализације и начела најближе везе.¹⁰⁹ У појединим одлукама назначено је да је меродавно право за међународне уговоре одређено у складу са формом, условима и чињеницом да постоји страначки избор права, који је у датом случају, третиран само као једна од околности која помаже

¹⁰⁷ Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., *op.cit.*, стр.79.

¹⁰⁸ Župan M., ...str.71.

¹⁰⁹ Lagarde P., „Le principe de proximité dans le droit privé contemporain“, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 196, 198, str.33-36.

суду да дође до меродавног права.¹¹⁰ Творац теорије „*објективне локализације уговора*“, која је послужила као основ за судске одлуке био је Батифол (*Henry Batiffol*) који се пажљиво бавио анализом рад америчких судова у области сукоба закона.¹¹¹ Он је преузео Савињијеву идеју локализације правних односа, и отишао корак даље у овом правцу, укључујући и избор меродавног права као један од чинилаца локализације.

Несумњиво да је афирмацији улоге принципа најближе везе као тачке везивања допринела Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године. Принцип најближе везе је чланом 4. РК био предвиђен као субсидијарно решење, али у комбинацији са генералном претпоставком да је меродавно право оне државе у којој се налази седиште односно боравиште носиоца карактеристичне престације. Таква колизиона норма, која претставља комбинацију принципа најближе везе и неке чврсте тачке везивања, назива се отворена-*via media* колизиона норма. Метод из кога израста отворена колизиона норма родио се из брака традиционалног и англосаксонског метода решавања сукоба. Без обзира на чињеницу ко је у овом браку доминантан (претежан), квалитет је био нов.¹¹²

На овом месту смо само донекле назначили о сложености улоге принципа најближе везе као тачке везивања. Детаљније о принципу најближе везе у уговорном статусу биће више речи у посебном одељку.

2.2.1. Принцип најближе везе као тачка везивања у појединим областима сукоба закона

Принцип најближе везе је присутан као тачка везивања и ван сфере уговорних односа, и то најчешће у комбинацији са неком чврстом тачком везивања.

¹¹⁰ Horacio A., Drieder Naon, *Choice of Law problems in international commercial arbitration*, 1992, str. 156.

¹¹¹ Lando O., „New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts“, *The American Journal of Comparative Law*, vol.30, no.1, 1982, str.33.

¹¹² Кнежевић Г., „*Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*“, докторска дисертација, Београд, 1989, стр.154.

У брачним односима, принцип најближе везе је садржан у одредби чл. 48 Савезног закона о међународном приватном праву Швајцарске¹¹³ који гласи:

„1. За дејство брака меродавно је право државе у којој брачни другови имају пребивалиште.

2. Уколико брачни другови немају пребивалиште у истој држави, за дејства брака меродавно је право државе пребивалишта са којим спор има најтешњу везу“.

Такође, и у чл. 25. јапанског Закона о међународном приватном праву са изменама из 1999. године (*Horei*), који се односи на дејства брака, као тачке везивања, следећим редоследом, наводе се: заједничко држављанство супружника, заједничко редовно боравиште и право државе са којом су супружници *најближе везани*. И по питању развода регулисаног у чл.27, *mutatis mutandis* се примењују одредбе члана 25.

Хашка Конвенција о закону који се примењује на брачни имовински режим из 1978. године прописује комплексне тачке везивања, у којима је принцип најближе везе једна од алтернатива. У чл.3 прописано је да се брачно- имовински режим регулише законом који су странке означиле пре ступања у брак, међутим, реч је о ограниченој аутономији воље, из разлога што се она своди на избор између, у Конвенцији, понуђених решења. Ако овакав избор није извршен, тачка везивања је прво заједничко редовно боравиште супружника након закључења брака (чл.4). У тачно одређеним случајевима, од овог правила се може одступити у корист права заједничког држављанства брачних другова. Уколико странке немају ни заједничко редовно боравиште, нити заједничко држављанство, примениће се право с којим је случај *најтешње везан*, а оно ће се утврдити *in concreto*, узимајући у обзир све околности.¹¹⁴

У чл. 5 Уредбе о меродавном праву за развод брака из 2010. године¹¹⁵, дата је слобода супружника да сами одреде меродавно право које ће се примењивати

¹¹³ Савезни закона о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године, (reprinted in 37 American Journal of Comparative Law, 187, 1989, translated by Jean Claude Cornu, Stephane Hankins and Symeon Symonides).

¹¹⁴ Муминовић Е., *op. cit.* стр.124.

¹¹⁵ OJ L 343/10, Уредба о меродавном праву за развод брака, бр.1259/ 2010.

на развод или раставу брака. Аутономија воље, односно већа флексибилност у избору меродавног права дата је као солуција у циљу очувања правне сигурности и предвидљивости. Међутим, споразум супружника трпи извесна ограничења условљена постојањем „блиске везе“ изабраног меродавног права и спора, у смислу избора који се своди на следеће алтернативе: право државе у којој се налази редовно боравиште супружника у време склапања споразума, последње заједничко редовно боравиште уколико неки од супружника и даље тамо живи, држављанство супружника и на крају *lex fori*.

Принцип најближе везе у овом случају постављен је у виду ограничења аутономије воље, односно у виду услова конекситета формулисаног са ослоном на принцип најближе везе који споразум супружника мора да испуни.

У сфери статусних односа неприкосновена тачка везивања јесте *lex personalis* која у зависности од опредељења националног законодавца може бити постављена у форми *lex nationalis*, *lex domicilii* или као редовно боравиште. Принцип најближе везе у овој сфери има специфичну улогу усмерену на решавање „вишка“ проблема у ситуацијама када је реч о особама које имају више од једног држављанства-бипатриди. Ова пракса није својствена само нашем праву¹¹⁶, већ њу познају и друге европске кодификације¹¹⁷. Усвојено решење могло се наћи већ и у Тезама, а није практично доживело никакву критику у поступку доношења ЗРСЗ-а.¹¹⁸ Карактеристика ових решења јесте давање

¹¹⁶ Види: чл.11 ЗРСЗ-а.

¹¹⁷ Види: чл.9 аустријског ЗМПП из 1978. године; чл.10 словеначког ЗМПП из 1999. године; чл.3, ст.2,т.1 белгијског Закона из 2004.

¹¹⁸ Ово законодавно решење треба посматрати у склопу прилика и околности које су постојале у време доношења ЗРСЗ-а. Законодавац је као другу тачку везивања која је требало да обезбеди примену начела најближе везе у нашем међународном приватном праву одабрао пребивалиште физичких лица. На пример, у породичним односима који се не могу подвргнути праву држављанства због тога што сви учесници нису домаћи држављани, најчешће се као субсидијарни елемент везивања појављује њихово заједничко пребивалиште. Пошто се надлежност домаћег суда ретко може засновати ако бар једна страна нема пребивалиште у земљи, примена овог принципа на одређивање меродавног права често такође доводи до примене домаћег права. Надлежност домаћег правосуђа за све врсте спорова са иностраним елементом може се засновати на пребивалишту туженог у нашој земљи. Поред тога, пребивалиште туженог има улогу додатног услова у одређивању искључиве надлежности домаћег правосуђа у породичним стварима домаћих држављана. Странци су, по прописима који су важили у време доношења ЗРСЗ, тешко могли стећи пребивалиште у нашој земљи, тако да је примена ове тачке везивања у пракси обезбеђивала оба циља-како надлежност суда најближе везе и примену права најближе везе, тако и примену домаћег права пред домаћим судом.....више у: Станивуковић М., „Српско међународно приватно право у времену транзиције-промењен значај држављанства и пребивалишта“, Зборник радова Држављанство и међународно приватно право, Хашке конвенције (приредили:

предности домаћем држављанству у случају када је реч о бипатриду који поред страног има и домаће држављанство. Овако формулисана одредба, са аспекта права најближе везе, може довести до неадекватног резултата у пракси, обзиром да се у конкретном случају може применити право које објективно нема блиску везу са спорним случајем, а које претендује на примену само из разлога што у констелацији „домаће-страно држављанство“ ово прво односи предност. Једини прави изузетак од правила да домаће држављанство има примат над другим страним држављанством, чини швајцарски Закон.¹¹⁹ Наиме, у швајцарском Закону прави се разлика према томе да ли је реч о питању: а) утврђивања надлежности сопствених судова, б) признању и извршењу страних судских одлука, или ц) утврђивању меродавног права (питања која се односе на сукоб закона). Док код прва два питања швајцарско држављанство односи примат у смислу да је довољно за заснивање надлежности швајцарских правосудних органа, дотле у потоњем случају (ц) Швајцарска сматра швајцарско држављанство довољним само уколико је оно истовремено и тзв. ефективно држављанство, тј. држављанство државе с којом дато лице стоји у најближој вези.¹²⁰

Питање ефективног држављанства треба третирати као фактичко питање, које се по правилу решава на основу низа фактичких околности које треба испитати у сваком конкретном случају, па се одлучити за једно од два држављанства лица у питању. Те околности могу бити следеће: моменат стицања држављанства, матерњи језик, место где предузима радне активности, у којој држави има домицил...итд.

У деликтном статуту принцип најближе везе се не јавља у виду тачке везивања у свом чистом облику. Упућујући на право које са питањем има најзначајнију везу § 145 америчког Другог Зборника права настоји да ближе одреди критеријуме за примену принципа најближе везе у погледу меродавног права за деликте. Зависно од околности случаја нуде се следеће опције: а) *lex loci delicti commisi*, б) *lex loci damni*, ц) пребивалиште, боравиште, држављанство,

Проф.др Гашо Кнежевић, Доц.др Владимир Павић), Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд, 2007, стр.47.

¹¹⁹ Чл.23 Савезног закона о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године.

¹²⁰ Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.* стр.47.

место регистрације, место пословања странака, д) седиште односа између странака, уколико такав однос постоји.

Као начело овај принцип у деликтном статуту служи у разради бројних комплексних колизионих правила предвиђајући две или више објективне повезнице које указују на странкама најближе везано право. Међутим, улога принципа најближе везе у деликтном статуту је првенствено корективна.

2.3.Принцип најближе везе као коректив

Корекција права, односно резултата до којег доводе правне норме позитивног права није иманентна само овој правној дисциплини. Правна норма је по својој природи општег карактера и није у стању да води рачуна о особености сваког појединачног случаја. Када је својевремено Хобс (*Hobs*) приметио да „*сви закони.....потребују тумачење*“, тиме је наслутио једно њихово својство које је давно открио Платон, а подробно га испитали савремени правни мислиоци. Реч је о начелној и неизбежној недовршености закона.¹²¹ Одмах се наравно поставља и питање како се закон употпуњује ако је у начелу непотпун и недовршен. То се постиже тек у односу на случај који закон уређује.

Поредећи структуру и природу колизионих норми са уобичајеним правним правилима у једном правном систему, можемо издвојити неколико особености. Колизиону норму одликују три основна обележја: њен индиректни карактер (двострана колизиона норма не решава одређено правно питање, већ само посредује у његовом решавању, тако што указује на правни поредак према коме ће то питање бити регулисано), билатералност (двострани карактер колизионе норме огледа се у начелној могућности равноправне примене домаћег и страног права), и неутралност као обележје (колизиона норма је само техничко правило које решава сукоб закона према унапред постављеном критеријуму, који није везан за резултат у супстанцијалном домену).¹²²

¹²¹ Станковић О., „О судској пракси“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1-2/1977, стр.204.

¹²² Станивуковић М., Живковић М., *Међународно приватно право-општи део*, Београд, 2004, стр.239.

Међутим, иако по својој структури особене ни колизионе норме нису имуне на корекцију. Институти класичног међународног приватног права, као што су институт јавног поретка, *fraus legis* и *renvoi* потврђују ову чињеницу.

Наведени институти, а нарочито установа јавног поретка, врше корекцију колизионих норми као противтежу интересима који воде хармоничној сарадњи правних система. На тај начин доводи се у питање обележје неутралности колизионих норми, обзиром да њихов мериторни резултат и те како постаје релевантан у светлу сигурносног коректива као што је институт јавног поретка.

За наше истраживање интересантан је један други вид корекције колизионих норми, онај који се заснива на принципу најближе везе. О значају ове корекције говори и чињеница да је основна тема XIV Међународног конгреса за упоредно право (*International Congress of Comparative Law*) одржаног у Атини 1994. године, носила назив „Клаузуле изузетка у домену сукоба закона и сукоба јурисдикција-или принцип проксимитета“ („Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity”). Генерални извештај¹²³ са овог Конгреса, као и остали национални извештаји који следе, посвећени су корективној функцији принципа најближе везе у две области права: област сукоба закона и сукоба јурисдикција.

Намера писаца ових извештаја била је да начине својеврсну синтезу детаљних националних извештаја посвећених клаузулама изузетка виђеним као средство којим се остварује корективна функција принципа најближе везе. Један аспект ових извештаја односи се на индентификовање области у којима је оправдано прописивати клаузуле изузетка. Посебна пажња посвећена је обради следећих питања које национални законодавци имају на уму приликом оптирања за специјалне клаузуле изузетка: а) да ли је (не)прописивање клаузуле изузетка у систем међународног приватног права, резултат доктринарних претпоставки у односној држави или не; б) да ли се концепт клаузуле изузетка ослања, функционише и даје ефекте заснивајући се на реализацији „принципа проксимитета“ или на потрази за применом „бољег“ права, односно обезбеђивањем бољег материјалног резултата; ц) питање интервенције путем клаузуле изузетка у домену сукоба јурисдикција.

¹²³ *Rapport general*.....у: Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, стр. 3-43.

Потребно је напоменути да се овај рад првенствено фокусира на корективну функцију принципа најближе везе у области сукоба закона. Наиме, као што је напоменуто, клаузуле изузетка нису стране ни у области сукоба јурисдикција. У овој области оне се јављају као еквивалент теорији *forum non conveniens*, што у преводу значи-неприкладан форум.¹²⁴ Са позивом на *forum non conveniens*, поступајући суд може да одбије надлежност констатовањем да нека друга јурисдикција представља много прикладније и природније место да се спор расправи.

Истраживање улоге принципа најближе везе као коректива представљаће централни део овога рада који ће бити изложен у другом делу.

3. ЗНАЧАЈ ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ

На основу изложених улога принципа најближе везе, није тешко извести закључак о његовом неспорном значају. Значај принципа најближе везе може се сагледати у светлу: вредносног, функционалног и системског аспекта.

3.1. Вредносни аспект-начело правичности

Идеја правичности може бити предмет филозофског, социолошког и правног посматрања.¹²⁵ У последњих неколико деценија може се регистровати обновљено интересовање за појам правде у рецентној литератури.¹²⁶ Правда и

¹²⁴ На нашим просторима овом темом се бавила проф. др Милена Петровић, *више у: Петровић М., Ограничење међународне судске надлежности: одабрана питања*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.

¹²⁵ Марковић Б.С., „Правичност као извор права“, *Архив*, књига LV, 1939, стр. 20.

¹²⁶ Кохен (G.A.Cohen), Фајнберг (J. Fejnberg), Рајнер (F.Reiner), Милер (D.Miller), Властос (G.Vlastos), Јунг (M.I.Young), Нилсен (K.Nielsen), Решер (N.Rescher), Ламонт (J.Lamont), Рили

правичност, као друштвене вредности представљају вредносни извор правних норми. У извесним случајевима само позитивно право дозвољава, чак и налаже судији да се ослања на своју савест, односно да одлучује по правичности. У оваквим случајевима ради се о правичности која се појављује *secundum legem* као допуна и коректив права.

Историја показује да између позитивног права и правде постоје односи напетости. Позитивно право тежи важењу без обзира на то да ли је праведно или неправедно. У том контексту, можда је најрационалније мишљење о правди изложио Радбрух, када констатује да: *“треба да тражимо правду и да истовремено водимо рачуна о правној сигурности јер је и она сама један део правде; треба да поново изградимо правну државу, која ће по могућству задовољити обе идеје.”*¹²⁷ Аристотел такође, као посебну врсту правде истиче захтев за једнакошћу и поштовањем закона.

Опште место у филозофији представља Аристотелова подела правде на дистрибутивну и комутативну правду (*iusticia commutativa* или *correctiva*), под којима се подразумевају следећи захтеви: једнако поступање у једнаким и неједнако поступање у неједнаким случајевима.¹²⁸ Корективна правда је према Аристотелу резервисана за уговоре и изједначује стране уговорнице у правима која из уговора проистичу.¹²⁹

Иако постоје мишљења да правичност није иманентна међународном приватном праву,¹³⁰ сматрамо да ово схватање није одрживо, нарочито када се имамо на уму корективну правду. Захтеви за једнаким поступањем у једнаким, и неједнаким поступањем у неједнаким случајевима могу се истаћи и на колизионом плану. Уколико се колизионе норме искључиво конструишу са

(J.Riley), Окин (S.M.Okin), Акерман (B.A.Ackerman), Бери (B.Barry), Ремер (J.Roemer), Боксил (B.R.Boxill), Фишкин (J.S.Fishkin), Хубин (D.C.Hubin), Келзен (H.Kelsen), Хефе (O.Hoffe), итд...Калуђеровић Ж., *Хеленско поимање правде*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића, Нови Сад, 2010, fn.3.

¹²⁷ више у: Лукић Р., Коштутић Б., *Увод у право*, Сл. Гласник, Београд, 2006, стр.87.

¹²⁸ Аристотел, *Никомахова етика*, Глобус, Загреб, (превод: Томислав Ладан), 1988, стр. 31.

¹²⁹ Оно праведно „које исправља“ другачијег је облика, за прву врсту правде кажемо да представља геометричку, а друга представља аритметичку средину. Суд дотичне странке узима као једнаке; то доводи А у положај А+Ц, а Б у положај Б-Ц. Судија има задатак да пронађе аритметичку средину између тих, а то постиже преносећи Ц од А на Б. Тако (јер узима да је А=Б) добијамо аритметичку средину..... *Ibid*, стр.95.

¹³⁰ Варади Т., „Правичност у међународном приватном праву“, *Зборник матице српске за друштвене науке*, бр.58, 1973, стр.31-43

ослоном чврсте тачке везивања овим захтевима није могуће удовољити! Из тог разлога принцип најближе везе у комбинацији са чврстом тачком везивања служи као коректив за све оне атипичне случајеве који захтевају неједнако поступање, а њихов крајњи циљ јесте постизање правичног решења. Основна дилема везана за колизиону сферу јесте коју правди корекција треба да задовољи: тзв. Колизиону или материјалну правду?

Класичне теорије у области сукоба закона слагале су се да колизиона правила јесу усмерена на задовољење правде, али не материјалне већ *колизионе* правде. Све оне кретале су се у правцу потраге за одговарајућом *државом* чије ће право бити меродавно, а не за одговарајућим *правом*, и у том смислу, за одговарајућим *резултатом*.¹³¹ Веза је тражена пре свега у квантитативном, а не у квалитативном смислу.

Почетком XX века, ова наизглед солидна тврдња почела је да се „љуља“. Арбитрарна примена правила садржаних у Првом Зборнику права од стране америчких судија инспирисала је доктрину у да се запита о суштини колизионих правила.¹³² Крајњи резултат ових промишљања полази од премисе да се приватноправни односи који садрже елемент иностраности квалитативно не разликују од потпуно „*домаћих*“ случајева и да судије не треба да буду ослобођене одговорности да и ове случајеве решавају правично. Решавање случајева на правичан и фер начин треба да буде циљ једнако материјалих и колизионих правила.¹³³

На европском континенту ова промишљања позадина су у разradi значајних принципа којима савремено међународно приватно право придаје значај, као што су принцип заштите слабије стране и принципи *in favorem validitatis*, односно *in favorem negotii*, али су и разлог за флексибилизацију колизионих правила путем клаузула изузетака, а са ослоном на принцип најближе везе. Мишљења смо да принцип заштите слабије стране и принципи *in favorem validitatis* као и *in favorem negotii* јесу установљени у циљу задовољења

¹³¹ Symeonides S.C., “American Choice of Law at the Dawn of the 21th Century”, *Willamete Law Review*, vol.37, 1, 2001, str.61.

¹³² Rübl G., „Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective“, *Berkeley Journal of International Law*, vol.24, 2006, str.31.

¹³³ Symeonides S.C., “Result-Selectivism in Private International Law”, *Romanian Journal Of Private International Law and Comparative Private Law*, 2008, str. 3.

материјалне правде, али смо исто тако и мишљења да традиционални континентални дух лимитира корективну функцију принципа најближе везе на постизање колизионе правде у појединачном случају.

Да међународно приватно право није лишено вредносног аспекта у смислу материјалне правде сведочи нам и постојање установе јавног поретка. Посредно, то значи да је у крајњој линији остварење *материјалне правде* једнако и циљ колизионих норми истоветно као и у случају норми материјалног права. Садржину јавног поретка у нашем праву чине „*уставом утврђене основе друштвеног уређења*“, у чијем саставу се налазе и начела универзалне правде и међународно признатих вредности. Са позивом на установу јавног поретка може се отклонити примена страног права, што није ништа друго до *корекција* и интервенција у колициони метод, али не са становишта начела најближе везе, већ са становишта једног другачијег вредносног основа. И према општеприхваћеном становишту у упоредном међународном приватном праву клаузула јавног поретка је клаузула изузетка (*clause d'exemption, Ausnahmeklausel*), која се има рестриктивно тумачити и обазриво примењивати.¹³⁴

3.2. Функционални аспект-развој права

У функционалном смислу, значај принципа најближе везе огледа се у чињеници да се тумачењем његовог појма дошло до низа нових решења у погледу регулисања сукоба закона. Судац у арени међународног приватног права има у одређеном смислу и улогу законодавца, па стога не само да примењује већ и развија право, попуњава низбежне празнине правног система стварајући правила и потправила.¹³⁵

Најбољи пример како се са ослоном на принцип најближе везе развија право видљив је на примеру претакања Римске конвенције из 1980. године у Рим I Уредбу. Ако се остави по страни природа принципа најближе везе у чл.4 РК,

¹³⁴ Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.*, стр.19.

¹³⁵ Visher F., "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours d'Academie de droit International*, vol.232, 1992, str. 196.

тумачење ове одредбе од стране националних судова држава потписница резултирало је усвајањем низа нових решења у чл.4 Рим I Уредбе. Тако су у Уредби постављене посебне одредбе за уговоре о пружању услуга¹³⁶, уговор о франшизи¹³⁷, уговор о дистрибуцији¹³⁸.

Ове одредбе донете су са ослоном на еволуционистичко тумачење¹³⁹ чл. 4 Римске конвенције од стране националних судова обележеног њиховим настојањем да прилагоде право животу, односно настојању да пронађу најближу везу за новонастале категорије уговора.

Заправо, нове одредбе јесу резултат примене једног од основних канона херменеутике, *актуелности разумевања*. У правној херменеутици овај канон се веома дуго примењује, почев још од умешног настојања римских претора да круте форме Закона XII таблица прилагоде потребама надлазећег времена, па до савремених судија које веома старе установе или грађанске законе тумаче на начин којим њихово слово, а тиме и значење, саображавају духу новог доба.¹⁴⁰

Међутим, не погодује свим колизионим нормама еволуционистичко тумачење. Можемо закључити да је оно резервисано за оне колизионе норме које се заснивају на принципу најближе везе. Насупрот њих, колизионе норме са материјалноправном оријентацијом које траже најближу везу у функционалном смислу (а чији је циљ постизање одређеног резултата), треба увек циљно тумачити. Колизионе норме које имају за циљ постизање повољнијег права за неку странку или заштиту њихових интереса донете су на основу унапред постигнутог консензуса, који је у датој колизионој норми на извешан начин конзервиран, не остављајући простора за еволуционистичко тумачење.

У појединим случајевима, начело заштите слабије стране недвосмислено стоји као основ колизионог правила. Некада се он не наводи, већ то произилази из

¹³⁶ Чл.4, (б) Рим I Уредбе

¹³⁷ Чл.4, (е) Рим I Уредбе.

¹³⁸ Чл.4, (ф) Рим I Уредбе.

¹³⁹ За пример еволуционистичког тумачења узимамо значење речи „ствар“ у дефиницији крађе као кривичног дела. Пре него што је пронађена електрична енергија, реч „ствар“ имала је јасно значење-оно ни у ком случају није обухватало електричну енергију. Према томе, када је ова енергија пронађена, статичко тумачење норме о крађи туђе ствари онемогућавало је да се под речју „ствар“ разуме и електрична енергија. Тако је било онемогућено кажњавање крађе такве енергије. Међутим, у доба када је ова енергија пронађена, реч „ствар“ је променила значење и добила опет једно јасно значење-електрична енергија је такође ствар и улази у значење те речи.....Лукић Р., Кошутић Б., *op.cit.*, стр.405.

¹⁴⁰ Васић Р., Чавошки К., *Увод у право II*, Београд, 1996, фн.10.

смисла и сврхе колизионоправног решења, који се утврђују на основу циљног тумачења.¹⁴¹

3.3. Системски аспект

Према учењу о логичкој затворености правног система, правни системи су затворене и целовите структуре у којима нема места правним празнинама. У том смислу, постојање правних празнина је само привидно, јер ако нема посебније, конкретније норме, ипак је тај случај обухваћен општијом, апстрактнијом нормом, односно начелом. Ипак, постоје и другачија мишљења.¹⁴²

Преведено на терен међународног приватног права, принцип најближе везе у својству начела и у садејству са другим начелима служи попуњавању правних празнина у међународноприватноправној области.

На експлицитан начин ова је улога принципу најближе везе дата у руском Грађанском Законику из 2001. године¹⁴³. Члан 1186, став 3, овог Законика гласи:

„ Уколико је меродавно право немогуће одредити према ставу 1. овог члана, примењује се право које има најтешње везе са грађанскоправним односом који садржи елемент иностраности“.

¹⁴¹ Нпр. чл.3 Хашке конвенције о праву које се примењује на обавезе издржавања према деци из 1956. године, одређује да ако дете по праву свог редовног боравишта (чл.1) нема право на издржавање, тада се примењује унутрашње колизионоправно решење надлежног органа.

Подаци о Хашким конвенцијама могу се пронаћи на адреси: www.hcch.net/e/conventions/index.html

¹⁴² Проблем правних празнина, како га Перелман (*Haim Perelman*) схвата, значајан је најпре зато што показује специфичност правне логике појмљене у његовом смислу, као и деформације које правној логици мора наметнути гледиште које се своди на формалну логику примењену на право. Наиме, појму правне празнине у праву одговара појам непотпуности у правном систему. Овај је непотпун када је немогуће доказати, полазећи од аксиома и правила извођења тог система, да је једно тврђење било истинито било лажно. То тврђење је, дакле, независно од система и може му се додати као аксиом, а да сам систем не постане противуречан, тј. некохерентан. Но исто тако се може поступати и са негацијом истог тврђења. Сама чињеница да је тврђење независно од система, да у њему нема основа према коме би се оно сматрало истинитим или лажним, указује да у њему нема основа који утврђује да систем треба проширивати том тврдњом, а не њеном негацијом, те да не постоји техника заснована на формалној логици која омогућује избор и укључивање једне од могућих тврдњи у формални систем. Попуњавању правних празнина формална логика не може помоћи.....Хасанбеговић Ј., *Перелманова правна логика као нова реторика*, магистарски рад, Београд, 1986, стр. 254-255.

¹⁴³ Грађански Законик Руске федерације, „*Р. Газета*“, бр.49, 4553 од 28/11/2001. Колизионе норме налазе се у одељку VI овог Закона, у члановима од 1186-1224.

Такође, дајући принципу најближе везе ранг начела и руководног принципа приликом формулисања колизионих правила аустријски законодавац¹⁴⁴ је посредно овом начелу придао и функцију попуњавања правних празнина. Међутим, то је само једно од тумачења природе и функције одредби садржаних у § 1 аустријског Савезног закона. Поставља се питање није ли заправо овде реч о скривеној генералној клаузули изузетка, која овлашћује суд да у одређеним случајевима може одступити од унапред постављених колизионих правила, уколико случај има „ближу везу“ са неким другим правом различитим од онога на које указује колизиона норма? Судска пракса тумачила је ову одредбу у оба наведена правца.¹⁴⁵

Уколико се прихвате решења у предложеном Нацрту новог Закона о међународном приватном праву у Републици Србији сва је прилика да ће принцип најближе везе играти веома значајну улогу у попуњавању правних празнина.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Види: §1, (1) и (2), Савезног закона о међународном приватном праву Аустрије из 1979. године.

¹⁴⁵ Одлука *Oberste Gerichtshof in Osterreich (OGH)* од 7.11.1985. године у којој је расправљано о одступању од права места седишта дужника карактеристичне престације (§36). Из образложења: „У овом случају не поставља се питање одступања од редовно меродавног права јер недостају индиције да одлучујућа чињеница из овог члана не представља најтежи повезаност и да је новчана обавеза у овом случају карактеристичнија“; У једној одлуци Врховног суда Аустрије од 21.11. 1989. године, где се одлучивало са ослоном на §1, чак је истакнуто да „принцип најближе везе садржан у §1(1) нема само функцију попуњавања правних празнина, већ да га једнако треба узети у обзир и приликом тумачења колизионих норми“.....Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, стр.10.

¹⁴⁶ Чл.27 Нацрта који носи назив *Попуњавање правних празнина* гласи:

„Ако у овом Закону нема одредбе о меродавном праву за однос из члана 1 става 1 овог Закона, сходно се примењују одредбе овог Закона **или** општеприхваћена начела и правила међународног приватног права“.

Уколико овај члан упоредимо са чл.2 важећег ЗРСЗ-а, приметна је редукција у погледу извора који могу послужити попуњавању правних празнина. Нацрт не наводи *начела правног поретка Србије* у смислу извора који може служити попуњавању правних празнина, што може навести на закључак да је превасходни значај дат начелима и правилима међународног приватног права. Радна група се определила за алтернативну примену наведених извора, па можемо закључити да је циљ ове одредбе сврсисходно попуњавање правних празнина, коме је прикладније шире тумачење ове одредбе.

ДЕО II

КОРЕКТИВНА ФУНКЦИЈА ПРИНЦИПА НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ

Корекција правних норми, односно резултата до којег она води није резервисана само за дисциплину међународног приватног права. Правни систем као целина јесте надградња друштвене стварности, и сасвим је разумљиво да између ове две равни може доћи до неслагања. Уколико су правна правила ригидна крајњи резултат у неслагању између резултата до кога води правна норма и друштвене стварности може бити далеко већи, што значи да између карактера правне норме и потребе за корекцијом постоји однос директне пропорционалности.

У претходним редовима указали смо на бројне улоге принципа најближе везе у међународном приватном праву. Можемо закључити да је он веома значајно средство у флексибилизацији, односно у тзв. омекшавању колизионих правила. Један од могућих модела флексибилизације заснован на принципу најближе везе, јесте и могућност корекције колизионих норми који се остварује у форми такозваних клаузула изузетака.

У Генералном извештају са конгреса Атине одржаног 1994. године, клаузула изузетка дефинише се као: *„правило које је производ законодавног консензуса или консензуса јуриспруденције, а чији је смисао да додели судији овлашћење (дискреционо) у циљу корекције једног или већег броја правила у области сукоба закона“*.¹⁴⁷

Можда је још концизнија дефиниција клаузуле изузетка у америчком извештају посвећеном клаузулама изузетка, у коме се она дефинише као

¹⁴⁷ *General Report....., op.cit., str. 4-5.*

„ауторизована дозвола за одступање од правила или прилагођавање правила околностима случаја“. ¹⁴⁸

У литератури не постоји јединствена терминологија за означавање овог корективног средства, па се тако срећу називи: *клаузула изузетка*¹⁴⁹, *клаузула одступања*¹⁵⁰, *избегавајућа клаузула*¹⁵¹, *искључујућа клаузула*¹⁵², *омекшавајућа или корективна клаузула*¹⁵³.

Ни страну литературу, такође, не карактерише термилошко јединство, па се тако срећу називи: *escape clause*, *exception clause*, *evasion clause*, *Ausweichklausel*, *Ausnahmeklausel*, *clause éshappatoire*, *clause d'exemption*.

У зависности од ширине захвата, клаузула изузетка може бити постављена као генерална (општа) или специјална (посебна) клаузула изузетка. По правима држава у којима судови примењују колизиона правила по службеној дужности, као на пример у Србији, Хрватској, Немачкој, Аустрији и Турској, на исти начин треба примењивати клаузуле изузетка, будући да су и оне део колизионоправне методе у решавању приватноправних односа са елементом иностраности.

Генерална клаузула изузетка примењује се на целокупно колизионоправно упућивање у инструменту у коме је постављена, док се специјалне клаузуле изузетка односе на уже категорије везивања. Ове клаузуле изузетка постоје како у унутрашњим, тако и у међународним изворима међународног приватног права. О разлозима за њихово увођење, оправданости и њиховим врстама више у редовима који следе.

¹⁴⁸ Symeonides S.C., „Exception Clauses in Conflicts Laws-United States”, *op.cit.*, стр.79.

¹⁴⁹ Варади *et al.*, *op.cit.*, стр. 395., Бордаш Б., „Колизионе норме за брак и породицу: Да ли је време за измене?“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву*, Ниш, 2004, стр. 177.

¹⁵⁰ Костић М., *op.cit.*, стр.2, Муминовић Е. *op.cit.*, стр.3, Станивуковић М., Живковић М., *op.cit.*, стр.298., Живковић М., „Опште установе међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља-Преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву*, Ниш, 2004, стр. 29.; Пак М., *Међународно приватно право*, Номос, Београд, 1995, стр. 245., Стојановић С., *op.cit.*, стр. 71.

¹⁵¹ Sajko K., *op.cit.*, str.156.

¹⁵² Knez R., „Значај nekadašnjih rešavanja sukoba zakona za primenu Zakona o medunarodnom privatnom pravu u Sloveniji“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву*, Ниш, 2004, str.84.

¹⁵³ Bouček V., „Opšte odredbe stvarnog statuta-prinos Tezama za Nacrt novog hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.52, br.1, 2003, str.39.

1. ГЕНЕРАЛНА КЛАУЗУЛА ИЗУЗЕТКА

Како је реч о општој установи међународног приватног права, за увођење генералне клаузуле изузетка у национална права потребно је постићи консензус уже и шире стручне јавности. Разлог томе је што је домашај ове клаузуле знатно шири него када су у питању специјалне клаузуле изузетка.

Генерална клаузула изузетка на специфичан начин моделира међународно приватно право, дајући му једну сасвим нову димензију. Она *отвара* право ка стварности, што нужно захтева и адекватне компетенције судских органа који примењују право на конкретне случајеве. За континенталну правну традицију, ненавикнуту на овакав угао посматрања ствари, генерална клаузула изузетка је осамдесетих година представљала новину. Сада можемо констатовати да је она заправо тренд у савременим кодификацијама међународног приватног права.

За означавање појама генералне клаузуле изузетка у литератури и законодавству срећемо различите термине, па се тако срећу следећи називи: општа клаузула одступања, генерална клаузула одступања, клаузула генералне резерве, клаузула корекције, резерва изузетка, општа омекшавајућа клаузула...,итд. Генерална клаузула се у англо-саксонској литератури среће и под називом *general evasion clause*, а у немачкој *Aufweichklausel (softening clause)*.

1.1. Генерална клаузула изузетка као правни институт

Генералну клаузулу изузетка као општу установу у националним законима у области међународног приватног права познају: швајцарски Савезни закон о међународном приватном праву из 1987.године¹⁵⁴, словеначки закон из

¹⁵⁴ Чл. 15. Закона. Loi Fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, 1988 BB I 5.

1999. године¹⁵⁵, белгијски закон из 2004. године¹⁵⁶, као и македонски закон из 2007. године.¹⁵⁷

Ван европског континента ову клаузулу познаје и кодификовано међународно приватно право Квебека из 1991.године¹⁵⁸, као и Законик о међународном приватном праву Републике Кореје из 2001. године.¹⁵⁹

Потребно је напоменути да је и Нацртом новог ЗМПП-а у Републици Србији предложено усвајање генералне клаузуле изузетка. Одредба чл.35 Нацрта која носи назив *Општа клаузула одступања* гласи:

„1. Право меродавно на основу одредаба овог Закона изузетно се не примењује ако је на основу свих околности случаја очигледно да однос има веома слабу везу са државом чије је право меродавно, а има веома блиску везу са другом државом.

2. Ако су испуњени услови из става 1 овог члана, примењује се право државе са којом је однос у веома блиској вези.

3. Одредба става 1 се не примењује уколико је извршен избор меродавног права у складу са овим Законом.“

Стиче се утисак да је радна група имала намеру да прати тренд својствен *ex-uni* републикама, које су се приликом реформе, за нас још увек важећег ЗРСЗ-а, определиле за увођење генералне клаузуле изузетка као општег института. За сада је јавна расправа протекла без икаквих коментара у погледу предложеног члана, што заиста чуди, обзиром да се овај институт по први пут уводи у наше право.¹⁶⁰

И приликом реформе немачког међународног приватног права 1986. године, постојали су предлози за увођење генералне клаузуле изузетка у немачко право. Међу бројним коментаторима, свакако су најзначајнији предлози Крузера

¹⁵⁵ Чл. 3. Закона о међународном приватном праву у поступку, „*Ur.list RS*“, no. 56/1999.

¹⁵⁶ Чл. 19. Закона. Code de droit international privé, „*Moniteur Belge*“, 27 Juillet, 2004.

¹⁵⁷ Чл.3. Закона о међународном приватном праву, *Сл. Весник на Р. Македонија*, бр.87/2 од 12.7.2007.

¹⁵⁸ Чл. 3082, Грађанског закона Квебека који је усвојен 1991, а ступио на снагу 1994. Овај Закон садржи колизионе норме у X књизи (чланови од 3076-3168).

¹⁵⁹ Чл.8, ст.1, корејског закона из 2001. године. Ова одредба у енглеском преводу гласи: “*If the governing law designated by this Act is only slightly connected, and the law of another country is most closely connected with the legal relationship, the law of the other country shall apply*”.

¹⁶⁰ Јавна расправа поводом Нацрта новог ЗМПП-а, 22.11.2011. (CD-ROM).

(Kreuzera) и заједнички предлог Нојхауса и Крофолера (Neuhaus-Krophollera).¹⁶¹ Међутим, оба предлога нису била успешна и нису постала саставни део реформисаног немачког ЗМПП-а. Најјачи аргумент против ових предлога био је да они представљају озбиљну претњу по правну сигурност.¹⁶²

Историјски посматрано, интересовање за појам генералне клаузуле изузетка везано је за рад на кодификацији швајцарског међународног приватног права.¹⁶³ Резултат дискусије на јавној расправи након публикавања Нацрта закона, израђеног од стране Швајцарског удружења за међународно приватно право 1978. године, био је и више него очекиван: два опречна мишљења, односно две потпуно супротне струје, по већ ко зна који пут су се сукобиле. Док су се представници англосаксонских правних поредака залагали за правичност у конкретном случају путем судског права, дотле су представници европског континенталног права заступали мишљење да правна сигурност мора бити у првом плану, и да се стога генерално-апстрактних правила ни у ком случају не би смело одрећи. Но, као већ по обичају, Швајцарци су се и овде осведочили мајсторима за компромисна решења. Они су одлучили да целокупну материју свеобухватно и детаљно регулишу путем прецизних и конкретних решења за сваку унапред предвидиву хипотетичку ситуацију. Са друге стране, пак, није испуштена из вида околност да законодавац, ма колико свестан и видовит био, никако не може унапред да предвиди све хипотетичке ситуације, а још мање могући развитак са свим новим

¹⁶¹ Према предлогу Kreuzera одступање од генерално апстрактних правила требало би дозволити уколико ова правила воде до неприхватљивог (*unacceptable*) резултата. Он идентификује пет ситуација у којима правила воде до неприхватљивог резултата: прва ситуација везана је за случајеве у којима спор показује ближу везу са неким другим правом; друга ситуација постоји када генерално апстрактна правила воде до правила која су неподношљиво контрадикторна са другим правилима која у конкретном случају такође треба применити; трећа ситуација постоји када треба заштитити оправдана очекивања странака; четврта, када би примена генерално апстрактних правила имала за резултат отежани приступ правди, и пета ситуација везује се за случајеве у којима треба применити право суда из разлога што би примена неког другог права проузроковала екстремни утрошак времена и новца. Предлог Neuhaus-Krophollera је за разлику од предходног укључивао и клаузулу јавног поретка, са ослоном на тврдњу да од генерално апстрактних правила треба одступити онда када се њима крше императивна правила немачког права и заштићена права странака. Schnabel K., "Exception Clauses in Conflicts Law and International Law Procedure-Germany", *op.cit.*, стр. 48.

¹⁶² *Ibid.*, стр.49.

¹⁶³ Треба напоменути да је појам клаузуле изузетка, у швајцарском законодавству, био познат и раније, у додатку швајцарског Законика из 1976. године, у одредби која је регулисала односе родитеља и деце. Суд је у складу са том одредбом могао применити другачије право од оног на које указује колизиона норма, уколико се утврди да постоји ближа веза спорног правног односа са правом неке друге државе.....Nederlmann K., "Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause", *American Journal of Comparative Law*, 33, 1985, str.297.

проблемима на овом пољу права. Постављени задатак састојао се у знацима изналажења једног сигурносног вентила који би у одређеним ситуацијама омогућио целисходнија решења.¹⁶⁴ На тај начин, у област међународног приватног права уведен је један релативно нови институт у виду генералне клаузуле изузетка (*clause generale d' expection*).

Члан 15. швајцарског Савезног закона о међународном приватном праву у коме је садржана одредба о генералној клаузули изузетка, а који је послужио као узор и другим националним кодификацијама из области међународног приватног права које ову клаузулу познају, гласи:

„(1) Право одређено овим Законом се изузетно неће применити уколико је, с обзиром на све околности случаја, очигледно да спор има само врло слабу везу са тим правом, и да се налази у много ближем односу са неким другим правом.

(2) Ова одредба се не примењује у случају страначког избора права.“

Битна карактеристика швајцарског решења јесте да упутство за примену генералне клаузуле не узима у обзир процену интереса (интереса странака или државног интереса), за примену једног или другог права, већ се искључиво ослања на принцип најближе везе. Корективну функцију принципа најближе везе, у швајцарском Савезном закону, проф. Лагард (*Lagarde*) поистовећује са корективном функцијом принципа проксимитета (*le principe de proximité*) и закључује да је њихова улога истоветна.¹⁶⁵ Како и принцип проксимитета подразумева да за сваки правни однос треба утврдити са којом државом стоји у најближој вези и да праву те државе треба препустити регулисање датог односа, и ми делимо мишљење да између принципа проксимитета и принципа најближе везе треба ставити знак једнакости.

По угледу на швајцарског законодавца, и словеначки се определио за решење којим у чл.2 усваја генералну клаузулу изузетка.¹⁶⁶ То је највећа новина

¹⁶⁴ Стојановић С., *op. cit.*, стр. 72.

¹⁶⁵ Lagarde P., *op.cit.*, str. 97.

¹⁶⁶ Види чл.2 словеначког ЗМППП-а. Формулација наведеног члана, готово да је истоветна одредби садржаној у члану 15. швајцарског Савезног закона. И у овом случају, за примену клаузуле тражи се испуњење два услова:

Закона, којом се преноси на судије, арбитре, као и раднике у управи (Центри за социјални рад) велики терет одлучивања о дерогацији самог ЗМППП-а. У закон је унесена тзв. *искључујућа клаузула*, која омогућава дерогацију априорног везивања под одређеним условима.¹⁶⁷ У самом Закону је назначено да се примена генералне клаузуле односи искључиво на материју сукоба закона. Сматрано је да се оптирањем за генералну клаузулу изузетка не угрожава правна сигурност, из разлога што је реч о институту који се уско примењује, обзиром да је његова примена резервисана само за атипичне случајеве.¹⁶⁸

Швајцарско решење послужило је и као инспирација белгијског Закона о међународном приватном праву из 2004. године. Већ је у самом Нацрту¹⁶⁹, на предлог професора Ригоа (*Rigaux*) и Хекеа (*Hecke*), остављен је простор за флексибилност у сваком појединачном случају.

Генерална клаузула изузетка садржана је у одредби чл. 19 белгијског Закона. У ставу 1, истиче се „*да се меродавно право одређује у складу са колизионим нормама Закона.....изузетно, неће се применити, уколико је из околности случаја очигледно да спор са тим правом има само незнатне везе, као и да је блиско повезан са неким другим правом.....У том случају меродавно право ће бити одређено у складу са принципом проксимитета.*“

У циљу очувања правне сигурности, у ставу 3 искључује се примена клаузуле изузетка „*када странке, у складу са одредбама закона бирају меродавно право.*“¹⁷⁰

а) *негативног*, да је с обзиром на све околности случаја очигледно да однос са правом на које упућује колизиона норма нема значајније везе, и

б) *позитивног*, да постоји, у суштини, тешња веза са неким другим правом.

¹⁶⁷ Knez R., *op.cit.*, str. 84.

¹⁶⁸ Као пример атипичног случаја (уз констатацију да се искључујућа клаузула у чл.30, ст.2, који се односи на деликтни статут понавља) наводи се: уколико се приликом скијања у Аустрији повреде два туриста-словеначки држављани (а не држављани различитих држава), реч је о атипичној ситуацији, обзиром да околности случаја указују да постоји ближа веза са правом њихове заједничке припадности (*lex patriae*), а слаба веза са правом државе на коју указује *lex loci delicti commissi*.....*Ibid.*

¹⁶⁹ Рад на Нацрту започео је 1995. године од стране групе професора међународног приватног права..... Egauiw J., „Brief description of the Draft Belgian Code of Private International Law“, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4., 2002., стр. 145.

Он је поднесен белгијском Сенату на разматрање 1. јула, 2002. године. Након његовог разматрања у Конгресу и пристиглих коментара, текст је поновно предат Сенату 7. јула 2003. године. Усвајање овог Закона обележио је веома компликован поступак одлучивања, обзиром да је захтевао консензус свих релевантних субјеката.

¹⁷⁰ Parra-Aranguren G., “General Provisions of the Conflict of Laws in the Belgian Code of Private International Law (2004)”, *Liber Memorialist Petar Šarčević, Universalism, Tradition and the Individual*,

Приликом увођења клаузуле изузетка у белгијско право, стручна јавност имала је подељено мишљење. У групи којој припада и проф. Nyssens, постављало се питање: није ли члан 19. исувише арбитраран, и не дозвољава ли судији да одлуку заснује на својој личној перцепцији правичности, угрожавајући на тај начин предвидљивост и правну сигурност? Међутим, овај аргумент поједини заговорници идеје генералне клаузуле изузетка сматрали су неоправданим јер у ставу 2., чл.19 стоји: „*да се при избору меродавног закона посебно води рачуна о предвидљивости страног закона који се примењује, као и околности да је однос о коме се ради регуларно настао по одредбама међународног приватног права државе са којом показује да је у вези.*“ Овом одредбом, на известан начин „подмлађена“ је теорија стечених права, која се узима као један од значајних индикатора у потрази за најближом везом.

Проф. van Houtte, сматрао је да примена чл.19 може значити опасност по предвидљивост и правну сигурност, али да то првенствено зависи од понашања судија у ситуацијама када ће одлуке доносити са ослоном на овај члан.

Истичући значај једне овакве клаузуле, проф. Fallon је налазио да нема места за бригу, обзиром да су одредбом формулисана и правна упутства, које судија мора да следи приликом коришћења свог дискреционог права.¹⁷¹ Поред чињенице да је у ст.3, чл.19, искључена примена клаузуле изузетка онда када је меродавно право одређено у складу са правоваљаним страначким споразумом, веома је важно да законодавац искључује њену примену и у случајевима када је меродавно право одређено „*на бази садржине правног питања*“, што заправо значи да је механизам генералне клаузуле изузетка практично неупотребљив када је реч о колизионим нормама са материјалноправном оријентацијом. То заправо потврђује и нашу тезу да су корективна функција принципа најближе везе и потрага за најближом везом у функционалном смислу, две у потпуности супротстављене равни и функције принципа најближе везе.

Македонски закон о међународном приватном праву из 2007. године, је увођењем генералне клаузуле изузетка, једнако као и словенчки Закон из 1999.

Sellier, European Law Publishers, 2006, str. 126; Fiorini A., “The Codification of Private International Law: The Belgian Experience”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.54, no.2, Cambridge university press, 2005, стр.507.

¹⁷¹ *Ibid.*

године, начинио крупан искорак у односу на ранији савезни ЗРСЗ¹⁷². У чл.3 садржана је генерална клаузула изузетка. Са ослоном на став 1 овог члана, меродавно право на које упућују колизионе норме македонског ЗМПП-а неће се применити, „уколико је из околности случаја очигледно да не постоји значајна веза са тим правом, а да постоји значајна веза са правом неке друге државе“. У ставу 2 овог члана, искључена је примена клаузуле изузетка у ситуацијама када постоји страначки избор права.¹⁷³

Како би добили што прегледнију слику генералне клаузуле изузетка као правног института наводимо још и један пример ван европског континента. Канада представља сложено грађанскоправно подручје у коме је највећи део провинција базиран на *common law* правној традицији, док је Квебек, због снажних веза са Француском, свој правни систем изграђивао на принципима *civil law sistema*. Међутим, и у самом Квебеку се може наћи пуно правних института типичних за *common law* земље.¹⁷⁴ Наиме, канадска држава Квебек (Quebec) већ вековима одолева утицају претежног прецедентног права северноамеричких држава и своје право усклађује са правима европских земаља континентално-правне традиције. У том светлу је и извршена реформа Грађанског закона из 1866. године, са циљем да се уношењем нових концепата осавремени квебешко право и створи кодификација за двадесет први век, па су као страни узор у поступку формулисања правила међународног приватног права послужили швајцарски Савезни закон из 1987. године, Конвенција Европске Заједнице о праву меродавном за уговорне обавезе из 1980. године, као и низ конвенција донетих у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право.¹⁷⁵ Обзиром да је швајцарски Савезни закон послужио као узор, сасвим је јасно што се квебешки законодавац определио у прилог генералне клаузуле.¹⁷⁶

¹⁷² Поред чињенице да се опредељује за генералну клаузулу изузетка, новина је и то што овај закон садржи низ правила о сукобу закона којим се штити слабија страна у правном односу, а која у потпуности одговарају савременим решењима, обзиром да су донета по узору на европске прописе у области међународног приватног права.

¹⁷³ Дескоски Т., *The New Macedonian Private International Law Act, Yearbook of Private International Law*, 2009., стр.443.

¹⁷⁴ Петровић М., *Ограничење међународне судске надлежности: одабрана питања*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009, стр.51.

¹⁷⁵ Костић М., *op.cit.*, стр. 14.

¹⁷⁶ Чл. 3082 Закона гласи:

Право Квебека није познавало клаузулу изузетка све до 1994. године, када је донет нови Грађански законик. Особеност квебешког закона је у томе што је то једина кодификација колизионих норми која паралелно садржи две генералне клаузуле изузетка. Једне резервисане за област сукоба закона, у чл.3082, и још једне прописане чл. 3135 која се примењује у области сукоба јурисдикција. Наиме, у чл. 3135¹⁷⁷ усвојена је теорија *forum non conveniens*, која даје се дискреционо право суду, да на захтев странке, уступи надлежност ауторитету друге државе, уколико процени да је спор ближе повезан са том другом државом.

Специфична је и аргументација која је дата у прилог генералне клаузуле у области сукоба закона. Сматрано је да ће овај институт служити као замена за низ општих међународноприватноправних института које овај Закон не предвиђа: изигравање закона, *renvoi* и предходно питање.

1.2. Основне карактеристике генералне клаузуле изузетка

Основне карактеристике генералне клаузуле изузетка јесу: 1. општост, 2. строга упутства за ангажовање њеног механизма, што има за последицу 3. рестриктивност њене примене, и 4. дискреција примењивача.

1.2.1. Опшност

Друго име за генералну клаузулу изузетка јесте *општа* клаузула изузетка. Она је општа из разлога што се у инструменту у коме је постављена односи на целокупну регулисану материју, за разлику од специјалне клаузуле изузетка која важи само за поједина ужа питања. Ово њено својство има за последицу и специфичан положај (место) које ова клаузула у једној кодификацији заузима. Реч

„Изузетно, право одређено овом Књигом се неће применити, уколико је у светлу релевантних околности случаја јасно да ситуација има само незнатну везу са тим правом, и да је у знатно ближој вези са правом неке друге државе.

Ова одредба се не примењује када је меродавно право одређено у неком правном послу.“
¹⁷⁷ Према чл. 3135 Законика „чак и када је суд Квебека надлежан за решавање спора, он може изузетно и на захтев странке да одбије надлежност, уколико сматра да су судови друге државе у бољем положају за његово решавање.“

је о општој установи, па је самим тим логично да се одредба којом је клаузула изузетка прописана налази у уводном делу кодификације, најчешће у делу који носи назив основне, односно опште одредбе. По својој природи ова одредба је несамостална, па је за њено дејство потребна допуна путем неке самосталне колизионе норме, која се по правилу налази у посебном делу кодификације. Као несамостална колизиона норма она изражава позитиван став законодавца о могућности корекције тачака везивања садржаних у посебном делу закона, препуштајући примењивачу коначну оцену о меродавном праву. У том контексту, колизионе норме из посебног дела кодификације могу се посматрати као обориве претпоставке, за које коначну оцену о њиховој потврди даје суд у сваком конкретном случају.

1.2.2. Претпоставке за примену

У свим правима која познају генералну клаузулу изузетка као правни институт, готово без изузетка, постављене су јасне претпоставке, односно упутства за њену примену. Реч је о две претпоставке; једне негативне и друге позитивне. За одлучивање са ослоном на клаузулу захтева се да обе претпоставке буду кумулативно испуњене. С тога се и поступак одлучивања са ослоном на клаузулу изузетка састоји из две фазе.

У првој фази, судија или други орган примене, дужан је да консултује колизиону норму која даје обориву претпоставку да најближа веза постоји у тачки везивања која је предвиђена самом нормом. Ова обавеза је неспорна нарочито у оним правима у којима колизионе норме имају императиван карактер. Уколико се „на основу свих околности случаја“ покаже да између спорног правног односа и права на које указује колизиона норма (нпр. право државе X) постоји само незнатна или слаба веза, иде се ка утврђивању постојања негативне претпоставке. За потврђивање ове претпоставке тражи се већи степен извесности, тј. није довољно утврдити да је интензитет везе слаб, већ је потребно констатовати и њен атрибут. Тражи се да постојање слабе везе буде *очигледно* или *јасно*. Утврђивање

ових атрибута јесте поступак скалирања извесности¹⁷⁸, у овом случају интензитета везе, а њиховим констатовањем испуњава се негативна претпоставка.

Након што је спроведена прва фаза која резултира потврђивањем негативне претпоставке, судија је дужан спроведе другу фазу у потрази за меродавним правом. Ова фаза подразумева индентификовање *знатно* или *очигледно* ближе везе са другим правом, узимањем у обзир свих релевантних околности појединачног случаја. На тај начин коначна одлука о меродавности права препушта се примењивачу.

Од *a priori* одлучивања, одлучивање се трансформише у *a posteriori*. Уколико суд нађе да ближа веза постоји са другим правом, различитом од оног на које указује колизиона норма (нпр. право државе Y), иде се у правцу потврђивања позитивне претпоставке. Једнак степен извесности, односно *очигледности* захтева се и у погледу потврђивања позитивне претпоставке.

Поред примера генералних клаузула садржаних у националним кодификацијама, навешћемо и примере неких генералних клаузула садржаних у међународним инструментима, које су генералне из разлога што се овом клаузулом дозвољава одступање у погледу целокупно регулисане материје (уговори, деликти.....). У формулисању претпоставки и наднационални законодавци следе логику претпоставки датих у националним кодификацијама. У том смислу значајан је ст.5, чл.4 РК, који гласи „.....не примењује се ставак 2, ако се карактеристична радња не може одредити. Претпоставке из ставова 2,3 и 4 не вреде, ако из свих околности произилази да уговор има ближу везу са неком другом државом.“, као и ст.3, чл.4 Рим I Уредбе.....“*када је из свих околности случаја јасно да је уговор у знатно ближој вези са државом различитом од оне на коју упућују ставови 1 и 2, право те друге државе има се применити*“.

У појединим случајевима захтев који се тражи у погледу постојања ближе везе конкретизован је у самој одредби, па се тако је у ст.3, чл.4 Рим II Уредбе прописује да: „.....када је из свих околности случаја јасно да је штетна радња *очито* у ужој вези с државом различитом од оне из ставака 1 и 2, примењује се право те друге државе. *Очито* ужа веза с другом државом може

¹⁷⁸ Огњеновић П., *Осећај и мера-о психофизичким основима сазнања*, Масовне комуникације и друштво, Глас, Београд, стр.107.

се посебно заснивати на претходном односу између странака, као што је уговор који се уско повезан са односом штетном радњом“. Дакле, законодавац у самој норми даје индицију суду у ком правцу треба да тражи најближу везу.

1.2.2.1. Најближа веза чему?

Поставља се питање: које критеријуме суд узима у обзир приликом потраге за ближом везом? Када је у питању тумачење захтева за постојањем знатно ближе везе са другим правом, у доктрини се дискутује о већем броју објективних и субјективних критеријума које би приликом одлучивања требало уважити. Околности које се узимају у обзир варирају од случаја до случаја. У литератури се осим објективних (географских) и субјективних (психолошких) наводе још и околности: социјалне, економске природе, као и околности које у обзир узимају садржину материјалних правила.¹⁷⁹

Преовладава гледиште да примена клаузуле изузетка почива на ближој територијалној вези утврђеној на основу објективних критеријума.¹⁸⁰ Најмање спорна ситуација у којој је оправдана интервенција на основу чл.15 швајцарске кодификације у швајцарској правној доктрини везивана је за случајеве у којима је тачка везивања изолована у времену и простору, или другачијим речима, „у оним ситуацијама у којима клаузула изузетка реализује принцип проксимитета“¹⁸¹. Један од најеминентнијих француских стручњака међународног приватног права проф. Lagarde заступао је став да клаузуле изузетка заправо представљају један од инструмената у реализацији принципа проксимитета.¹⁸² Оне су средство које има за императив правичност у међународном приватном праву, а не правичност у материјалном смислу. Из тог разлога њихова улога може паралелно да стоји са

¹⁷⁹ Boele-Woelki K., „Exception Clauses in Private International Law-Netherlands”, *op.cit.*, str.268.

¹⁸⁰ Dubler C.E., „Les clauses d’exception on droit international prive“, *Etudes suisses de droit international*, vol.35, Geneve, 1993, стр.44.

¹⁸¹ Heini V.A. *et autres*, u: Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, str.7.

¹⁸² Lagarde P., *Le principe de proximité dans droit international privé contemporain*, cit u: Spiegel N., „Les Clauses d’exception en matiere de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions-France”, *op.cit.*, str. 197.

установом јавног поретка, субсидијарном применом *lex fori* и установом прилагођавања.¹⁸³

Ипак, постоје и схватања да се клаузула изузетка не ослања искључиво на концепт најближе везе у територијалном смислу, већ да корекција резултата до којег води колизиона норма треба да задовољи оправдана очекивања странака, и да је таква корекција заснована на задовољењу материјалне правде.¹⁸⁴ Заједничка карактеристика ових теоријских промишљања јесте да се корекција не ограничава само на одступање од меродавног права у случају постојања територијално ближе везе са правом друге државе, које је само један од могућих основа одступања, већ да постоје и други фактори који се могу узети у обзир. Остали основи одступања од редовно меродавног права су: оправдана очекивања и интерес странака, повреда домаћег јавног поретка, проузроковање неразумних тешкоћа једној странци и сл.¹⁸⁵

Професор Вишер (*Visher*) налази да су колизиона правила по својој природи нефлексибилна, па се зато институтом опште клаузуле изузетка може успоставити равнотежа између сигурности у праву и праведности у појединачном случају.¹⁸⁶ Речником међународног приватног права, колизиона правила не теже само остварењу *колизионе правде*, већ уједно и *материјалне правде*.¹⁸⁷ Једно од образложења у овом правцу дао је и председник стручне комисије за израду квебешког Грађанског законика.¹⁸⁸ Резоновање које на овај начин оправдава легитимност клаузуле изузетка, засновано је на задовољењу материјалне правде, и у том смислу генерална клаузула изузетка игра улогу „*корекције ван система међународног приватног права*“, која се супротставља оригиналној савињијевској идеји.¹⁸⁹

¹⁸³ Pamboukis Ch., „Les Clauses d’exception en matiere de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions-Grece”, *op.cit.*, str. 224.

¹⁸⁴ Symeonides S.C., *Private International Law at the End of 20th Century: Progress or Regress?*, The Hague-London-Boston, 2000, str.387.

¹⁸⁵ Костић М.,.....стр.11.

¹⁸⁶ Visher F., *cit.u*, Župan M., *op.cit.*, fn. 143.

¹⁸⁷ Kunda I., „Uredba Rim II: ujednačena pravila o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v.28, br.2, 2007, стр.1306.

¹⁸⁸ Castel J.G., “Commentaire sur certaines disposition du Code civil du Québec se rapportant ou droit international privé”, *JDI*, 1992, str.630-632.

¹⁸⁹ Moura Ramos R.M., „Les Clauses d’exception en matiere de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions-Portugal“, *op.cit.*, str.272.

Сматрамо да је установа јавног поретка довољан инструмент *вансистемске* корекције, обзиром да се преваходно фокусира на мериторне ефекте стране норме или стране одлуке, и у том смислу, посредно је као инструмент и усмерен у правцу задовољења материјалне правде, а да је *ratio* генералне клаузуле потрага за ближом везом која се базира искључиво на објективним факторима локализације.

1.2.3. Изузетност примене

У свим националним законима о међународном приватном праву који прописују генералну клаузулу изузетка, наглашава се изузетност њене примене. Као и савки други изузетак од правила и ову клаузулу треба уско тумачити. Оправданости правила *exemptiones non sunt extendendae* о уском тумачењу изузетка се заснива на законима логике у строгом смислу. Основ овог правила у ствари чине извесне поставке о систему права и о његовој друштвеној улози. Замишља се да идеалан систем права не би требало да има изузетака или, ако их мора имати, да би требало да их има што мање. Изузеци кваре јединственост и симетричност система. Они представљају продор елемената које творац система није могао укротити, који га принуђују да одступи од система.¹⁹⁰ С тога је исправан закључак да клаузуле изузетка не преиспитују обавезно вредност постављених колизионих норми, односно да колизионе норме имају *prima facie* значај¹⁹¹.

Позивање на клаузулу изузетка оправдано је само у атипичним случајевима, а диктирано је потребом за постизањем правичних решења у сваком конкретном случају. У том смислу, она служи као једна врста „сигурносног вентила“¹⁹². Примена колизионог правила намењеног неодређеном броју типичних случајева, на атипичан случај, може довести до неправичног резултата, па стога се са ослоном на генералну клаузулу изузетка омогућава корекција

¹⁹⁰ Лукић Р., Кошутић Б., *op.cit.*, стр.436.

¹⁹¹ Meyer R., *op.cit.*, str.303.

¹⁹²Израз “*safety valve*” види у: Siehr K., „General Problems of Private International Law in Modern Codifications (*De lege lata and de lege Europea ferenda*)“, *Yearbook of Private International Law*, vol.7, 2005, стр.26.

неадекватног решења. Зато се и институт корекције колизионих норми везује за нередовне околности.¹⁹³

О изузетности примене говори и поступак упоредне евалуације претпоставки који треба спровести како би се ангажовао механизам одступања од унапред постављеног колизионог решења. Тако су рецимо швајцарски судови у својој дугогодишњој пракси само два пута одлучивали са ослоном на чл. 15.¹⁹⁴

¹⁹³ Чоловић В., „Одступања од редовне примене колизионих норми („корекције“ колизионих норми)-потреба за другачијим ставом“, *Страни Правни живот*, бр., 2009, стр.47.

¹⁹⁴Први пример везује се за одлуку швајцарског Федералног суда ATF 118 II из 1979.

Ми ћемо више пажње посветити другом примеру. Наиме, и у случају *W. v. M.S. W.* од 27. јанура, 1992. године швајцарски Федерални суд је применио одредбу чл.15 швајцарског Савезног закона. Чињенице овог случаја биле су следеће: А. W. немачки држављанин, рођен је 1935. год., и Р. W., канадска држављанка рођена је 1936. год. Они су склопили су брак 27. маја, 1960. године. Одлуком тексашког Окружног суда од 1.јуна 1962. године, супруг је примљен у држављанство САД-а, а 15.јуна 1962. године донета је одлука за пријем и супруге. Њихово прво заједничко брачно пребивалиште било је у Тексасу. Од 1960-1976 године супружници су променили 11 пребивалишта, у пет земаља на три различита континента. Испрва, супруг је био чиновник у војсци, па је морао да следи своју јединицу. Касније супружници су били настањени у Мериленду, где је супруг стекао звање инжењера након четири године школовања, тачније 1970. године. Онда се запослио у једној америчкој компанији. Супружници су једно време живели у централној Африци, да би се касније опет вратили у САД. У мају, 1979. године преселили су се у La Chaux-de-Fonds где су боравили константно све до 1984. године. Услед брачне кризе супруга се преселила код својих рођака у Немачку, одакле се 1990. године поново вратила у La Chaux-de-Fonds, град који њен супруг није напуштао. Јула, 1986. године гос. W. је поднео захтев за развод брака Породичном суду округа La Chaux-de-Fonds. Гђа. W. се сложила са захтевом, али је такође и захтевала да се у случају развода исплати одговарајућа сума на име компензације, или алтернативно алиментациона пензија у износу од 2000 швајцарских франака месечно.

Породични суд је 6. августа, 1990. године својом одлуком развео овај брак, и обавезао гос. W. да у складу са чл.152 Грађанског закона гђ. W. исплаћује месечну алиментацију у износу од 1500 франака.

Грађанско веће Кантоналног суда, Кантона Neuchatel је 10 децембра, 1990. године одбило жалбу супруга, једнако као и контражалбу супруге и потврдило одлуку првостепеног суда. Федерални суд је такође одбио жалбу супруга, а из следећих разлога:

1. Жалилац је сматрао да је у овом случају Кантонални суд погрешно применио чл.15 швајцарског Савезног закона о међународном приватном праву. Он је сматрао погрешном одлуку суда да случај има само слабе везе са тексашким правом, сматрајући да суд треба да примени управо тексашко а не швајцарско право у конкретном случају.

2. У складу са чл. 61, ст.1 швајцарског Савезног закона, који се односи на развод и раставу треба применити швајцарско право. Сходно томе, швајцарско право је меродавно увек када швајцарски судови имају надлежност да одлучују о разводу између страних супружника; што ће бити случај онда када према чл.59 Савезног закона, тужени има пребивалиште у Швајцарској или тужилац има пребивалиште у Швајцарској више од годину дана или је Швајцарац. Као што се и намеће чл.61, ст.1 савезног закона пледира за примену *lex fori*.

Према ст.2, чл.61 Закона, уколико супружници имају заједничко страно држављанство и само један од њих има и пребивалиште у Швајцарској, меродавно је право њиховог заједничког држављанства.

У конкретном случају оба супружника јесу амерички држављани; и није познато да је супруг задржао немачко држављанство, нити да је супруга задржала канадско.....(суд је такође нашао да супруга није засновала швајцарски домицил након повратка из Немачке).

Швајцарско право је у овом случају било примењено искључиво са ослоном на чл.15. Савезног закона.

1.2.3.1. Однос према аутономији воље

Изузетност у примени генералне клаузуле огледа се у давању предности аутономији воље. Између генералне клаузуле изузетка и аутономије воље не постоји компатибилност. Одредба која прописује клаузулу изузетка, готово увек, у другом ставу искључује њену примену за случај да су странке самостално одредиле меродавно право.¹⁹⁵

Разлог за недодиривост аутономије воље је диктиран правном сигурношћу и извесношћу у погледу правне судбине права и обавеза.

Аутономија воље се може посматрати као нужна и логична допуна принципа проксимитета.¹⁹⁶ У данашње време, аутономија воље све више сужава примену генералне клаузуле изузетка обзиром да као субјективна тачка везивања доживљава своју експанзију проширујући се и у области брачних, наследних и вануговорних односа.¹⁹⁷

3.У складу са чл.15, ст. 1 Савезог закона, „ право одређено као меродавно, се изузетно неће применити, уколико обзиром на околности случаја, произилази да случај у питању, има само слабе везе са тим правом а много ближе везу са другим правом“. До примене чл.15 долази једино у случају када су кумулативно испуњена оба услова. Нормално, подразумева се да су колизиона правила императивне природе.

Суд је сматрао да су у овом случају обе претпоставке кумулативно испуњене, односно да случај има веома слабе везе са тексашким правом, а много јаче везе са швајцарским правом. Суд је нашао да чињеница да су они заједно живели од 1979 до 1984 у La Chaux-de-Fonds, јесте у склопу свих околности најближа веза. Такође, супружници су и последње године свог брачног живота такође провели у овом месту.

У складу са наведеним Федерални суд је сматрао да је одлука кантоналног суда исправна, односно да је кантонални суд исправно поступио када је применио чл.15 Савезног закона и решавао случај у складу са швајцарским правом..... пример преузет у: Currie D., et al., *Conflict of Laws, Cases-Comments-Questions*, 7th e., Thomson West, 2006, стр. 860-862.

¹⁹⁵ Види: ст.2, чл.15 швајцарског Савезног закона; ст.2, чл.3082 квебешког ГЗ-а; ст.3, чл.19 белгијског Закона; ст.2,чл.3 македонског ЗМПП-а; ст.2, чл.2 словеначког ЗМППП и ст.2, чл.35 Нацрта српског ЗМПП-а.

¹⁹⁶ Batiffol, Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8ième ed., Paris, 1993, стр. 451.

¹⁹⁷ У белгијском Закону о међународном приватном праву из 2004. године, аутономија воље предвиђена је као тачка везивања и када се ради о одређивању меродавног права за одређивање висине накнаде штете која је проистекла из грађанско правног деликта, у материји развода брака, брачно имовинског режима, обавези издржавања, тестаменталног наслеђивања, и сл.

1.2.3.2. Однос према комплексним тачкама везивања

Колизионе норме које садрже супсидијарне и алтернативне тачке везивања јесу сложене (комплексне) колизионе норме, с тим да се више мерила за везивање унутар једне колизионе норме сматрају деловима једне исте (комплексне) тачке везивања. У том смислу, мишљења смо да не треба активирати генералну клаузулу изузетка, све док суд не испита адекватност свих тачака везивања у правцу одређивања меродавног права. Када одредба о генералној клаузули изузетка почиње са: „*право одређено овим Законом се*“, мисли се једнако на право до кога воде како просте, тако и комплексне тачке везивања.

Међутим, више пута смо настојали да укажемо да корекција колизионих норми које се заснивају на најближој вези у функционалном смислу није могућа! Ако се комплексне колизионе норме у којима су тачке везивања алтернативно или супсидијарно постављене схвате као средство за постизање одређеног материјалоправног резултата, односно норме у којима се тражи најближа веза у функционалном смислу, и према мишљењу проф. Dublera¹⁹⁸ клаузуле изузетка јесу структурално инкомпатибилне са таквим колизионим нормама обзиром да им њихов циљ даје имунитет од корекције.

1.2.4. Дискреција примењивача

Differentia specifica клаузуле изузетка је лична процена примењивача да ли ће дато ауторизовано овлашћење и искористити. Процена објективних околности је нужан предуслов, али је ипак коначна одлука о примени генералне клаузуле изузетка ствар субјективне процене примењивача да ли ће одступити од колизионе норме или не. Примена генералне клаузуле изузетка захтева од судије да испитује и процењује различите факторе везане за конкретни спор. Обзиром да углавном нема чврстих правила о томе ком фактору треба дати коју снагу у потрази за најближом везом, на судији је и његовом уверењу да одреди значај сваког од њих у сваком конкретном случају.

¹⁹⁸ Dubler C.E., u: Pamboukis Ch., *op.cit.*, str.230.

Активирањем механизма клаузуле изузетка орган примене поступа *in modo legislatoris*, стављајући по страни постојећу колизиону норму и креирајући нову. Но, ово не представља редовну појаву у међународном приватном праву у оним системима где је уведена генерална клаузула изузетка. Примењивач има дискрецију да одступи од постојеће колизионе норме, али је она строго контролисана претпоставкама које се морају испунити, као и императивношћу колизионих правила.

Императивност колизионих правила је заправо предуслов за њихову корекцију, зато што корекција логички и временски следи тек након оцене да је колизиона норма неадекватна околностима случаја *in casu*. Везано за императивност колизионих правила, истиче се да се презумпција постављена у колизионој норми мора поштовати, односно да се у потрази за меродавним правом, најпре она има консултовати, а да се само у изузетним случајевима презумпција доводи у сумњу.¹⁹⁹

Еволуција права познаје бројне напоре да се ублажи статичност правне норме. Међутим, искуство је показало да превелика доза правичности дата онима који примењују право, може довести и до неправичнијих решења него када се право стриктно примењује. Ако би се судији дозволила могућност да се сувише удаљи од законског текста поступајући по свом осећању правичности, могли би се лако наћи на путу правне несигурности, па и произвољности.²⁰⁰ Ово се нарочито односи на земље које припадају *civil law* правној традицији, за које је својствено да стриктно примењују изричито прописана правна правила.

¹⁹⁹ Knoepfler F., *Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé*, Hommage a R. Jeanprete, Neuchatel, 1982, стр.118.

²⁰⁰ Перовић С., *Скица за један портрет, Класици југословенског права-Михајло Константиновић*, Београд, 1996, стр.13.

1.3. Генерална клаузула изузетка и класични инструменти одступања од редовно меродавног права

У дисциплини међународног приватног права корекција колизионих норми врши се и са ослоном на друге правне установе, такозване класичне установе одступања од редовно меродавног права које интервенишу у колициони метод решавања сукоба закона, или постоје паралелно са њим, а у циљу корекције резултата до кога би, према редовном току ствари, довела колизиона норма. Корективну функцију врше и: установа јавног поретка, *renvoi*, *fraus legis*, а посредно и норме непосредне примене..

Обзиром да је и генерална клаузула изузетка корективно средство у поступку одређивања меродавног права, занимљиво је сагледати однос ове клаузуле према класичним инструментима корекције.

1.3.1. Јавни поредак

Јавни поредак, односно за дисциплину међународног приватног права значајна установа јавног поретка, јесте класичан и најстарији инструмент одступања од редовно меродавног права на које упућују колизионе норме форума. Између установе јавног поретка и генералне клаузуле изузетка постоје извесне сличности, али и бројне разлике.

У оба случаја, и са ослоном на генералну клаузулу изузетка и са позивом на установу јавног поретка долази до корекције резултата до којег би довела колизиона норма. Обе установе користе се само изузетно уколико буду утврђене околности које оправдавају њихову примену. Према општеприхваћеном мишљењу у упоредном међународном приватном праву клаузула јавног поретка је такође клаузула изузетка. Стога се клаузула јавног поретка рестриктивно тумачи и обазриво примењује.²⁰¹ Ово њихово заједничко својство не ретко је доводило до лутања која су водила схатањима да клаузулу јавног поретка треба

²⁰¹ Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.*, стр.19.

укључити у појам генералне клаузуле изузетка, односно да се одступање од редовно меродавног права може правдати и чињеницом да мериторни резултати иначе меродавног права нису прихватљиви са становишта домаћег права. Заједничка карактеристика одредби које регулишу установу јавног поретка и генералну клаузулу изузетка јесте и то да обе имају третман општих одредби. И на овом месту би се завршило набрајање њихових сличности.

Разлике су последица чињенице да установа јавног поретка у међународном приватном праву јесте институт који има строго националне детерминанте. Јасно је да се без икаквог ограничења не може прихватити свако дејство страног права или стране одлуке, макар то било и у интересу међународне сарадње правних система. Постоје вредности домаћег правног поретка које се не могу жртвовати; ове вредности чине јавни поредак једне земље.

Функција установе јавног поретка у међународном приватном праву је двострука: *негативна*, која се манифестује у одбијању примене страног права и *позитивна*, која се огледа у обавезној примени домаћих прописа без обзира на меродавно страно право. По својој природи она је заштитна. Реч је о општеприхваћеној установи у националним правима. За разлику од генералне клаузуле изузетка која коригује резултат колизионе норме са аспекта њене неадекватности и атипичности појединачног случаја, корекција на основу установе јавног поретка има појмовно и структурно много шири аспект усмерен на заштиту основних начела на којима почива правни и друштвени систем.

При томе, до корекције на основу установе јавног поретка долази једино у случају када је мериторни резултат до кога води колизиона норма неспојив са начелима на којима почива правни и друштвени систем, што говори о различитим временским моментима у примени ове две установе.²⁰² Примена генералне клаузуле изузетка долази у обзир у моменту када се одређује меродавно право, у поступку када судија на основу квантитативних и квалитативних околности утврђује са којим правом је спорни правни однос у најближој вези, коригујући везивање постављено у фиксној колизионој норми, док се примена установе јавног поретка везује за каснији моменат, за фазу у којој је меродавно право већ одређено па треба кориговати мериторни резултат до кога оно води.

²⁰² Meyer R., "Les clauses d'exception en matiere de conflits lois et de conflits de jurisdictions- Suisse", *op.cit.*, стр.316.

Из различите категорије циљева којима је правдана сврха ових установа произилази и различитост у обиму њихове примене. Установа јавног поретка коригује резултате свих колизионих норми форума, док је у случају генералне клаузуле изузетка корекција изричито искључена у ситуацијама у којима је меродавно право одређено са ослоном на аутономију воље.

Разлика је и у исходу корекције. Непримена страног права на основу установе јавног поретка неизоставно води примени *lex fori*. Изричиту одредбу у овом правцу садржи § 6 аустријског ЗМПП-а из 1978.²⁰³ Примена *lex fori* може бити постављена и супсидијарно, што је предвиђено у чл.16 Закона о реформи међународног приватног права Италије из 1995. године, као и у чл.9, у вези са чл.2 нашег ЗМПП-а²⁰⁴. С друге стране, исход у примени генералне клаузуле изузетка са ослоном на принцип најближе везе теоријски би требало да буде неутралнији, обзиром да се као равноправне опције јављају како домаће тако и друга страна права. У пракси међутим, генерална клаузула изузетка ствара још већи простор да судови са ослоном и на ову клаузулу примењују *lex fori*, па можемо закључити да обе установе у пракси имају идентичан исход.

1.3.2. Renvoi

Иако важећи ЗРСЗ у Републици Србији не садржи генералну клаузулу изузетка, ефекте њене примене могуће је остварити посредно, путем установе *renvoi*. На пример, у поступку утврђивања ванбрачног очинства детета, нашег држављанина рођеног на територији наше земље од мајке наше држављанке и немачког држављанинина (чије се очинство утврђује), према члану 41. ЗРСЗ-а треба применити национално право лица чије се очинство утврђује, дакле немачко

²⁰³ § 6 Закона гласи:

„1. Одредбу страног права не треба применити уколико би њена примена довела до резултата који је неспојив са основним вредностима аустријског права.

2. Уместо такве одредбе по потреби се примењује одговарајућа одредба аустријског права“.

²⁰⁴ На пример, према шеријатском праву обавеза из одређене категорије правних послова је незастарива. Незастаривост правних послова је у супротности са нашим јавним поретком, али се признаје дејство страних прописа који предвиђају другачије рокове застарелости него у домаћем праву. Пошто је одбијањем примене правила незастаривости настала правна празнина, она ће бити попуњена прописима који предвиђају рокове застарелости у другим категоријама правних послова и то оне рокове који су најдужи.....види у: Пак М., *Међународно приватно право*, 4. издање, Номос, Београд, 1995, стр. 249.

право. При том је, на основу околности случаја, очигледно да је веза овог случаја са Немачком врло слаба, а далеко ближа са нашом земљом. Ипак, следећи законско решење, наш судија се не може позвати на најближу везу и применити наше право, будући да у нашем колизионном систему генерална клаузула изузетка није прихваћена. У овом примеру судија може применити домаће право прихватајући узвраћање немачког права на наше право. Наиме, према члану 20. став 1. немачког Закона о реформи међународног приватног права из 1986. године: „за порекло ванбрачног детета меродавно је право државе чији је држављанин мајка у време рођења детета“.²⁰⁵ У овом хипотетичком случају ефекат примене установе генералне клаузуле изузетка био би истоветан са ефектом примене установе *renvoi*.²⁰⁶

Сматрајући да је установа *renvoi* сувишна поред постојања генералне клаузуле изузетка квебешки закон ову предходну искључује. Чл. 3080 Грађанског Закона Квебеса гласи: „код упућивања из главе XX ГЗ-а на страно право, упућује се на његова материјална правила уз искључење колизионих правила“. Такође, установа *renvoi* изгубила је третман опште установе у још једном закону који познаје генералну клаузулу изузетка- у Закону о међународном приватном праву Белгије из 2004. године, којим је знатно ограничена примена установе *renvoi* на случајеве прописане законом.²⁰⁷ Овај тренд прати и реформа нашег ЗРСЗ-а.²⁰⁸

²⁰⁵ Станивуковић М., Живковић М.,....., стр. 300.

²⁰⁶ Још један хипотетички пример говори о истим ефектима примене две установе: Двоје Швајцараца, брачних другова, одувек настањених у Швајцарској, преселе се на неколико година у Аустрију. Једно од њих премине, а швајцарски судија ће за ликвидацију брачно-имовинског режима, применом чл.54, ст.1, швајцарског Савезног закона о међународном приватном праву доћи до аустријског права као меродавног, док ће за наслеђивање бити меродавно швајцарско право, на основу чл.91, ст.1 истог Закона, који предвиђа да је за наслеђивање лица која су имала своје последње пребивалиште у иностранству бити меродавно право на које указују норме међународног приватног права државе у којој је оставилац имао пребивалиште (аустријска колизиона норма узвраћа на швајцарско право, као персонално право оставиоца у време смрти). Аустријски судија би применом § 19 и § 28 (1) аустријског Савезног закона о међународном приватном праву дошао до швајцарског права као меродавног и за ликвидацију брачно-имовинског режима и за наслеђивање. У конкретном случају, применом генералне клаузуле изузетка из чл.15 швајцарског Савезног закона, мотивисаном постојањем тешње повезаности спорног односа из брачно-имовинског режима са швајцарским правом, због зависности брачно-имовинског режима од наслеђивања за које је меродавно швајцарско право, постиже се исти ефекат као и када би швајцарско међународно приватно право признавало установу узвраћања у домену брачно-имовинског режима.....*пример преузет у Костић М., op. cit., стр.163-164.*

²⁰⁷ Чл.16 белгијског Закона.

²⁰⁸ Чл. 31 Нацрта који носи назив *Узвраћање и преупућивање* гласи:

„Право стране државе се примењује уз искључење његових правила о одређивању меродавног права, осим ако је овим или другим Законом другачије одређено.“

Међутим, данас се постојање установе *renvoi* не оспорава само са становишта генералне клаузеле изузетка. Она је искључена у свим европским уредбама, и готово свим конвенцијама које садрже колизионе норме, а у националним кодификацијама се сужава поље њене примене.

Оно што је заједничко за ове две установе, поред чињенице да постоји могућност да се у оба случаја ради о општим установама²⁰⁹, јесте и то да обе врше корекцију резултата до којих би се дошло на основу колизионих норми државе суда.

Међутим, јасна разлика постоји у мотивима корекције. Док је генерална клаузула изузетка оријентисана на потрагу за *најближим* правом у сваком конкретном случају, институт *renvoi* има за циљ бољу координацију система кроз уважавање става колизионих норми страног права. Има и мишљења да се управо путем *renvoi* излази у сусрет разумним очекивањима странака и да се избегава примена права које има слабе везе са случајем.²¹⁰ Отуда уколико се потрага за најближим правом не перципира искључиво у територијалним оквирима, и установа *renvoi* трага за најближим правом у том смислу.

Интересантан је и угао посматрања према коме примена установе *renvoi* захтева допуну принципа најближе везе. Наиме, чл.6 ЗРСЗ-а не каже ништа о томе како поступити у случају када меродавно страно колизионо право упућује даље на примену трећег права. Постоји, дакле, законска празнина коју треба попунити. Опште решење о попуњавању законских празнина утврђује чл.2 ЗРСЗ-а, по коме

²⁰⁹ Став националних законодаваца по питању установе *renvoi* се веома разликује. Према чл.14. ст.1, швајцарског Закона узвраћање и упућивање на даље право дозвољено је само у законом прописаним случајевима. Изричито је прописано приликом утврђивања личног имена лица са пребивалиштем у иностранству (чл.37.ст.1.), код наслеђивања имовине лица које је своје последње пребивалиште имало у иностранству (чл. 91., ст.1.), по питању облика уговора о некретнинама (чл.119., ст. 3), и по питању облика правног посла ради заштите уговорне стране (чл. 124. ст.3). У последња два случаја само алтернативно, у складу са принципом *favor negotii*. Узвраћање на швајцарско право у чл.14, ст.2, Закона, дозвољено је у статусним и породичним стварима. Постоји и група земаља која поставља општу одредбу о примени установе *renvoi*, уз такстативно набрајање случајева у којима је њена примена искључена: аутономија воље, издржавање, облик правног посла, уговорне обавезе...итд. Овој групи земаља припадају Немачка, Италија и Аустрија. И у земљама у којима се *renvoi* примењује само на основу судске праксе (Енглеска и Француска), ограничено је поље његове примене на статусна, породична, наследна и имовинскоправна питања. С друге стране, за разлику од права која ограничавају поље примене установе *renvoi* у појединим случајевима, постоје и правни системи, међу којима је и наше право (чл.6, ст.1), који само одређују позитиван став према овој установи, без одређивања поља њене примене. И по чешком Закону о међународном приватном праву из 1964. године, *renvoi* се дефинише као општа установа, али је сходно § 35 допуштена само уз услов да њена примена „одговара разумном и правичном решењу односа у питању“.

²¹⁰ O' Brien J., *cit.* у: Варади Т. *et al.*, *op.cit.*, стр.140.

то треба чинити, између осталог применом општих начела међународног приватног права. У том смислу важно је начело упућивања на право најближе везе чија примена у упоредном праву доводи до уједначавања решења. Које је право *најближе*, то се утврђује на основу полазног права, дакле *legis fori*.²¹¹

За сагледавање односа генералне клаузуле изузетка и установе *renvoi*, могу бити од значаја примери Швајцарске, која поред генералне клаузуле изузетка познаје и установу *renvoi* са ограниченим пољем примене, и Словеније, која у свом ЗМППП-у, садржи опште одредбе о генералној клаузули изузетка и установи *renvoi* без ограничања поља њене примене.

Ограничавање поља примене установи *renvoi* у швајцарском Савезном закону, може се тумачити у прилог тврдње да овај институт има третман специјалне клаузуле, па отуда може и имати предност у односу на генералну клаузулу изузетка формулисану у чл.15 Закона, онда када су испуњени услови за примену обе одредбе. Међутим, овакав закључак, иако можда следи правила логике није једноставно дедуковати. Тако на пример, у случају када колизионе норме упућују на примену страног права на један статусни однос са међународним обележјем (чији је чињенични склоп далеко ближе везан за домаће право), а колизионе норме те стране државе узвраћају на швајцарско право, швајцарски судија треба да одлучи да ли применити швајцарско право на основу чл.14., ст.2, или право стране државе на основу чл.15? Сам закон не решава ово питање, али је преовлађујући став доктрине о предности генералне клаузуле изузетка, уз образложење да се ограничавањем поља примене установи *renvoi* у чл.14., ст.1, жели обезбедити примат принципу најближе везе, а као аргумент се наводи и чињеница да је у појединим радним верзијама Нацрта закона, институт *renvoi* био искључен.²¹²

²¹¹ Sajko K., *op.cit.*, стр. 190-191.

²¹² Knoepfler F., *op.cit.* у: Костић М.,.....стр.161.

1.3.3. *Норме непосредне примене*

Између норми непосредне примене²¹³ и генералне клаузуле изузетка постоји веома значајна разлика, обзиром да се ове две установе заснивају на два одвојена и супротстављена принципа: норме непосредне примене заснивају се на принципу суверенитета, док се генерална клаузула изузетка заснива на принципу проксимитета.²¹⁴

Норме непосредне примене и установу генералне клаузуле изузетка спаја чињеница да је савремено међународно приватно право све више окренуто колизионим нормама са материјалним садржајем, било путем алтернативних или кумулативних тачака везивања или путем клаузула изузетка. Такође, колициони метод губи на свом „ексклузивитету“ у области сукоба закона, што се показује кроз нужну коегзистенцију са осталим методама.²¹⁵ У таквом амбијенту истиче се и значај принудних норми, не само државе форума већ и других заинтересованих држава, које се заједно са колизионим методом укључују у избор меродавног права. Њихова примена је независна од колизионе технике када је реч о принудним материјалним правилима *lex fori*, а зависна од колизионе технике када оне улазе у правни оквир *lex cause* или условно зависна када је реч о нормама непосредне примене неке треће државе.

Када је реч о нормама непосредне примене форума, орган примене је дужан да их примењују без обзира да ли је реч о приватноправном односу који у себи садржи елемент иностраности који ће иницирати примену и колизионих норми или не. Другим речима норме непосредне примене прописују једнако решење како за ситуације са међународним тако и за оне са чисто домаћим елементима. Законодавац сматра да је униформно решење неопходно, а разлог је у специфичности саме норме, а не правног спора у питању, а норма је специфична

²¹³ Реч је принудним материјалним правилима, која се у конкретном случају морају применити из разлога што обавезност примене диктира *објекат* њихове примене, а то су односи у којима је реч о „заједничким интересима о којима је бригу преузела државна заједница“..... Franciscacis Ph., “Queques precisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Revue Critique de droit international privé*, 1966, 13.

²¹⁴ Lagarde P., u: Pamboukis Ch., *op.cit.*, str.231.

²¹⁵ Guedj T., “The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law-A Comparative Analysis With Modern American Theories“, *The American Journal Of Comparative Law*, vol.39, no. 4, 1991, str.661.

зато што има специфичан *објекат*.²¹⁶ За разлику од одступања у случају повреде јавног поретка, а до кога долази у фази након одређивања меродавног права, норме непосредне примене саме одређују област примене и своју меродавност, без позивања на колизиону технику, чиме остају имуне и на генералну клаузулу изузетка у правима која ову клаузулу познају.

Супротно, уколико је реч о нормама непосредне примене које припадају правном систему *lex cause* њихова примена је зависна од колизионе технике, јер ће на бази колизионих норми бити одређено меродавно право, као и његов целокупни корпус у оквиру кога се налазе и норме непосредне примене. У доктрини и пракси постоји сагласност у погледу примене ових норми једнако као и за случајеве када оне чине саставни део права државе форума. На овом месту може доћи и до конкретног односа између генералне клаузуле изузетка и норми непосредне примене, али је јасно да временски примена клаузуле изузетка предходи примени норми непосредне примене.

Највише контраверзи изазивају ситуације у којима је реч о нормама непосредне примене неке треће државе. Већ смо напоменули да је њихова примена *условно зависна* од колизионе технике, што пре свега значи да судија (у оним случајевима где су норме непосредне примене законом регулисане) *може*, а не мора ове норме узимати у обзир. У овом моменту идентификујемо сличност између две установе, а она се огледа у дискреционом овлашћењу примењивача.

Једнако и за однос ове две установе можемо узети пример швајцарског Савезног закона. Одредба о нормама непосредне примене садржана је у чл.19.²¹⁷ овог закона. Ако се овај члан посматра у односу на члан 15, који садржи одредбу о генералној клаузули изузетка, очигледно је да ће се судија у примени руководи сличним упутствима, обзиром да чл.19, између осталог захтева и да: „*чињенично стање има тесну везу са тим правом*“. Кажемо сличним упутствима, зато што

²¹⁶ *Ibid*, стр. 664-665.

²¹⁷ Чл.19 гласи:

„Уместо права које је меродавно по овом закону, могу се узети у обзир одредбе другог права које претендују да буду примењене, ако то траже интереси једне стране, који према швајцарским правним схватањима заслужују заштиту и који су очигледно доминантни, и ако чињенично стање има тесну везу са тим правом.

Да ли ће се једна одредба узети у обзир, процењује се према њеном циљу и према утицају који би-према швајцарским схватањима-имала на исправност одлуке.“

поред оцене чињеничног стања, што је заједничко за оба института, постоје и одређене разлике. У примени члана 19., суд мора да води рачуна и о „природи и циљу“ норми, као и о „интересима страна“. То даље значи да судија није фокусиран само на чињенично стање и потрагу за тесном везом, већ и на садржину норми и циљеве који се њима имају остварити, што све указује на анализу државних интереса за применом конкретних норми.

Разлике постаје и у домашају ове две установе. Наиме, иако је страначки избор права недодирљив у односу на генералну клаузулу изузетка из чл.15, он то није у односу на норме непосредне примене, које се ипак *могу* применити иако је меродавно право одређено на основу аутономије воље.

Пример законодавства које поред одредбе о генералној клаузули изузетка садржи и одредбу о могућности примене норми непосредне примене треће земље је и ГЗ Квебека из 1994. године.²¹⁸

Оно што се несумњиво намеће као закључак, јесте да осим чињенице да интервенишу у колизиони метод ова два института истина постоје заједно, али једно поред другог, а не никако једно у вези са другим. Разлог за то је што се норме непосредне примене углавном везују за правне спорове у којима је меродавно право одређено на основу споразума странака (реч је о споровима уговорне природе), док је примена клаузуле изузетка у овим односима искључена.

²¹⁸Чл.3079 гласи:

„Уколико законити и претежни интереси то захтевају, може се дати дејство императивној одредби права друге државе са којом ситуација има тесну везу.

Да би се о томе одлучило, води се рачуна о циљу одредбе, као и о последицама које би проистекле из њене примене“.

1.4. *Pro et contra* генералне клаузуле изузетка

Мишљења о потреби увођења генералне клаузуле изузетка у кодификације међународног приватног права су у доктрини подељена.

У прилог опцији за позитивноправну потврду овог инструмента истичу се бројни аргументи. **Прво**, путем генералне клаузуле изузетка остварује се правичност у конкретном случају путем судског права, где судија поступа *praeter legem*, користећи клаузулу изузетка као средство за добијање најцелисходнијег решења, тј. најсврхисходнијег решења. На тај начин се потврђује теза о губитку „техничког“ обележја међународног приватног права лишеног вредносних утицаја својствених материјалним правилима, јер колизионе норме постају и те како заинтересоване за правично решење у конкретном случају.

Друго, а ослањајући се на предходни вредносни аспект, истиче се да су колизионе норме понекад круте и да веома често воде примени права са којим постоји само далека веза. Клаузула изузетка такве норме чини гипкијим, мање механичким, помаже им да и тада остваре идеално везивање засновано на принципу најближе везе.²¹⁹ У већ цитираном чл.15. швајцарског Савезног закона о међународном приватном праву речено је да се: „*назначено право, изузетно не примењује, уколико дати случај, на основу целокупних околности са назначеним правом стоји само у незнатној а са једним другим пак у очигледно ужој вези*“. Основни циљ генералне клаузуле изузетка састоји се у изналажењу решења за оне ситуације у којима се законом предвиђене норме (тачке везивања), показују прекрутим и неадекватним.²²⁰

Овај проблем се сасвим очекивано јавља у оним правним системима који су опредељени за генерално-апстрактна колизиона правила у области сукоба закона. Тако би рецимо, сходно чл.90, ст.1 швајцарског Савезног закона, швајцарски судија за расправљање заоставштине странца који је имао своје последње пребивалиште у Швајцарској, редовно требало да примени швајцарско право. Међутим, уколико се ради, на пример о француском држављанину који се

²¹⁹ Busher A., *op.cit.*, str. 297, cit.u: Станивуковић М., Живковић М., *op.cit.*, стр. 297; Meyer R., “Les clauses d’exception en matiere de Conflits Lois t de Conflits de Jurisdiction-Suisse”, *op.cit.*, стр.301.

²²⁰ Knoepfler *op.cit.*, Стојановић С., *op.cit.*, стр. 73.

због због посла непосредно пре смрти доселио у Швајцарску, а пре тога читав свој живот провео у Француској (где се и налази највећи део имовине), вредност аргумента о постојању последњег домицила у Швајцарској је при оваквом чињеничном склопу у диспропорцији са несумљиво претежнијом јачином контаката са Француском.²²¹

У расправи везаној за доношење немачког Закона о међународном приватном праву, у прилог тезе за усвајање генералне клаузуле изузетка коришћен је управо овај аргумент. Kreuzer је илустровао пет ситуација у којима би било оправдано одлучивати са ослоном на генералну клаузулу изузетка, а као прву ситуација навео је случајеве у којима принцип најближе везе указује на неко друго право, а не на право на које упућује постављена тачка везивања.²²²

Треће, наглашава се изузетност примене ове клаузуле која резерисана само за атипичне случајеве. Рестрикција у примени генералне клаузуле изузетка осигурана је најпре језичком формулацијом одредбе којом се генерална клаузула изузетка прописује. За рестриктивну примену клаузуле изузетка важна је и улога судске праксе.

Четврто, генерална клаузула изузетка омогућава да се у изузетним случајевима оствари задовољавајући резултат без потребе за прибегавањем установи *renvoi*, квалификацији или теорији претходног питања.²²³ Ови разлози навођени су приликом увођења генералне клаузуле изузетка у XX-тој књизи квебешког ГЗ-а из 1994. године.

Пето, постојање генералне клаузуле изузетка у националној кодификацији поспешује креативнију улогу судије у поступку решавања спорова са елементом иностраности.

С друге стране, бројни су и аргументи који говоре *contra* генералној клаузули изузетка.

Први, и најзначајнији јесте да се њеним прописивањем озбиљно нарушавају правна сигурност и предвидљивост. У литератури она се поредила са „комадићем динамита у правној сфери“.²²⁴ У одбрани овог аргумента можда

²²¹ Костић М., *op.cit.*, стр. 125.

²²² Schnabel К., „Exception clauses in conflict law and international law of procedure-Germany“, *op.cit.*, стр. 49.

²²³ Van Overbeck А., *op.cit.*, стр.297, у: Станивуковић М., Живковић М., *op.cit.*, стр. 298.

²²⁴ За израз „*morceau de dynamite au milieu de la loi*“, види у: Meyer R., *op.cit.*, стр.302.

најдаље одлази Kegel који се у крајњој линији противи и оквирним тачкама везивања заснованим на принципу најближе везе.²²⁵ Отварање тако великог простора за интервенцију судије, нарочито у континенталној правној традицији није пожељно. Швајцарски пример као узор за постављање генералне клаузуле изузетка није адекватан модел који се једноставно може пресликати, из разлога што је генерална клаузула изузетка у швајцарском праву резултат специфичних друштвено-правних околности.

Као прецедент за увођење генералне клаузуле изузетка у Швајцарској сматра се једна одлука швајцарског *Bundesgericht* (Швајцарски Федерални Суд), у којој је промовисан принцип на основу кога судови могу одступити од унапред постављеног колизионог правила, у изузетним ситуацијама када је случај очигледно ближе везан за државу различиту од оне на коју указује колизиона норма.²²⁶ Такође је и чл.1, ст.2, Грађанског закона Швајцарске из 1907. године, доприносио клими у којој је судска пракса играла значајну улогу, предвиђајући да у случају постојања правних празнина швајцарски судија сам ствара правну норму по којој ће поступати, чинећи то *in modo legislatoris*. У време када је отпочео рад на кодификацији, обиље судске праксе послужило је као основ за формулисање колизионих правила. Сматрало се да овом драгоценом извору права треба оставити простора и у самој кодификацији, па је на основу таквих промишљања и уведена клаузула изузетка. Као што је већ и поменуто, клаузула изузетка, у правом смислу те речи, налазила и раније у швајцарском законодавству, у додатку швајцарског Законика из 1976. године, у одредби која је регулисала односе родитеља и деце.

Посредно можемо закључити да прописивање генералне клаузуле изузетка у правне системиме где судска пракса историјски није одиграла улогу креатора права није адекватно, обзиром да је за операционализацију ове клаузуле одговорна управо судска пракса, и да је она кључни фактор у остваривању смисла и садржине овог правног института.

За наше просторе, а везано за улогу судске праксе, значајан је период између два светска рата када је на простору, најпре Краљевине Срба, Хрвата и

²²⁵ Kegel G., *Internationales Privatrecht*, 6th ed., München 1987, str.189.

²²⁶ McCaffrey S., "The Swiss Draft Conflicts Law", *American Journal of Comparative Law*, vol.28, no.2, str.250.

Словенаца, а касније и у Краљевини Југославији, постојало чак седам различитих система приватног права.

У том контексту, појава унутрашњег сукоба закона је била знатно чешћа, а колизиона правила не тако бројна. Пропорционално значају и развијености колизионих правила у овом периоду, може се пронаћи дословно једна одлука²²⁷ која се директно бави проблемом одређивања меродавног права у спору са иностраним елементом, а међу објављеним одлукама Касационог суда у Новом Саду. Реч је о поступку који је покренут ревизијом туженог, и у којем предлагач оспорава пуноважност брака закљученог у Кишњеву (Русија), од стране домаћег држављанина и руске држављанке, из разлога што су супружници закључили брак у црквеној форми, а не и грађански брак који је био обавезан према мађарском праву тога времена. Суд је решио спор применом колизионе норме према којој је за форму брака меродавно право места његовог закључења, чиме је брак ових супружника проглашен пуноважним.²²⁸

Још један историјски период значајан је са аспекта међународног приватног права, а то је период након доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације до 23. октобра 1946. године, за време ФНРЈ. У нашој судској пракси и теорији поставило се врло интересантно питање. Шта треба урадити ако се констатује да правно правило није у супротности са новим прописима и начелима уставног поретка, али да је материја на коју се она односи била различито уређена на појединим правним подручјима, па је садржала и различита правна правила. Треба ли суд да примени само правно правило које је садржано у пропису који је важи на његовом подручју? Ситуација се компликовала утолико што се подручја важења прописа старе Југославије не поклапају са подручјима републичких Врховних судова. На то питање одговор даје проф. Константиновић:

²²⁷ Одлука Касационог суда у Новом Саду бр.238/1921.

²²⁸ Ђундић П., „Одлуке у области међународног приватног права у пракси Касационог суда у Новом Саду између два светска рата“, *Зборник Матице Српске за друштвене науке*, Нови Сад, 125/2008, стр. 123.

„Ако би судови до доношења грађанског закона или имовинског законика, како га назива Уставни закон, примењивали сваки у свом делокругу сва та различита правила, резултат тога би био да у једном месту буде забрањено оно што је у другом месту дозвољено, да се правда с ове стране реке сматра за неправду с оне. С тога мислим да ослабљена снага правних правила и уставна тежња ка јединственом правном систему дозвољава судији да води рачуна не само о правним правилима свога подручја, већ и о правним правилима других подручја. Није претерано рећи да га оне упућују на то да, ако су правна правила разних подручја противуречна, изабере оно које данас најбоље одговара **нашим потребама** (подвукао аутор). Разуме се, није довољно тврдити да неко правило одговара нашим потребама, а друго да им не одговара, већ те тврдње треба поткрепити разлозима“.²²⁹

На основу оваквог образложења проф. Константиновића занимљиво је закључити да је он имао на уму нешто што ће неколико година касније Кари (Currie) назвати *анализом државних интереса*. Можда је проф. Константиновић отишао и корак даље, јер захтев да „те тврдње треба поткрепити разлозима“, управо значи објективнизацију одлуке о меродавном праву.

И на крају, судска пракса је у области међународног приватног права била у фокусу, у периоду након доношења уставних амандмана из 1971. године, када је пропуштено да се оставе на снази колизионе норме Основног закона о браку из 1946. године, Основног закона о старатељству из 1947. године и Савезног закона о наслеђивању из 1955. године. Пошто републичка и покрајинска законодавства нису имала уставна овлашћења да надокнаде колизионе норме ранијих савезних закона, настао је правни вакуум, који је све до доношења ЗРСЗ-а превазилажен одлучивањем на основу раније важећих правила садржаних у укинутим савезним законима.

На основу овако кратког прегледа, стања и околности у којима би улога судске праксе требало да остави трага, може се закључити, да је везано за област међународног приватног права домаћа судска пракса три пута „падала на тесту“,

²²⁹ Стојановић Д., „Увод у грађанско право-опити део“, 2. издање, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 57.

да је њено наслеђе прилично оскудно, и да је за наше прилике, оправдана бојазан да увођење генералне клаузуле изузетка неће уродити плодом.

Друго, клаузули изузетка се приговара да може представљати још једно у низу убојитих средстава којима домаћи судија располаже како би избегавао примену страног права и исходио примену домаћег права (поред квалификације, клаузуле јавног поретка, установе *renvoi*, изигравања закона, принудних норми, „немогућности“ сазнања страног права и сл.) У доктрини се зато упозорава на то да клаузула не би требало да се користи само у оним случајевима када се одступа од примене страног права у корист примене домаћег права (*lex fori*), већ и онда када то треба учинити у обрнутом смеру.²³⁰ Поједине одлуке у нашој судској пракси показују склоност судова да игноришу појаву елемента иностраности у приватноправним споровима и онда када не постоји генерална клаузула изузетка, па се оправдано поставља питање какав би резултат уколико се заиста и усвоји решење у Нацрту?

Треће, имплементација одредбе о генералној клаузули у европска законодавства била је пропраћена оштом критиком дела доктрине који ју је оценио јасним утицајем „америчке револуције“.²³¹С тога се она сматра делом једног већег процеса такозваног омекшавања колизионих норми под утицајем наведене „револуције“. Флексибилизација колизионих норми не мора нужно да значи ништа лоше, уколико се процес флексибилизације сведе на разумну меру и прилагоди околностима континенталне правне традиције, у супротном, овај процес би слободно могли назвати процесом „англосаксонизације“ континенталног права, и у том смислу оспорити његов значај. Да се и Европа „отргла“ почетном заносу сведочи чињеница да решења савременог европског међународног приватног права одликује повратак на чврста колизиона правила, која у атипичним случајевима ипак не остају имуна на корекцију.

Четврто, обзиром да је опсег генералне клаузуле веома широк, сасвим су оправдани аргументи да је ова клаузула представља оправдану опасност по правну сигурност. Имајући у виду далекосежно овлашћење које садржи генерална клаузула изузетка, могло би се, бар делимично, прихватити становиште

²³⁰ Станивуковић М., Живковић М.,.....стр. 299.

²³¹ Kegel G., „Paternal Home and Dream Home, Traditional Conflict of Laws and the American Reformers“, *American Journal of Comparative Law*, vol.27, 1979, стр.615.

да она на извештан начин представља и негацију саме кодификације. Ово је био и један од аргумената који се искристалисао у јавној расправи приликом доношења швајцарског Савезног закона. Указивало се на противуречност саме клаузуле изузетка, која одузима смисао саме кодификације из разлога што се читав кодификаторски поступак усмеравао на конкретизацију принципа најближе везе постављањем чврстих генерално-апстрактних колизионих правила, а потом следи његова негација, односно дозвола за корекцију истих генерално-апстрактних колизионих правила.

Пето, поставља се питање како контролисано примењивати клаузулу изузетка? Да ли је језичка формулација постављених претпоставки довољан стабилизујући фактор у њеној контролисаној примени? Није ли услов атипичног случаја ствар субјективне процене примењивача? У том смислу, према Хабермасовој класификацији говорних аката, која нужно одређује и број захтева за важење у оквиру херменеутичких проблема језика, разликују се четири класе: прва класа, која се односи на комуникативне акте, поставља разумљивост као захтев за важење; друга се односи на објективни свет и њој одговарајући захтев за важење истине; трећа се односи на субјективни свет и њој одговарајући појам искрености као захтев за важење; и коначно четврта класа са одговарајућим социјалним светом и појмом исправности као подразумевајућим захтевом за важење²³²

²³² Ђорђевић М., *Право у херменеутичком кругу*, Службени Лист СРЈ, Београд, 2002, стр.11.

2. СПЕЦИЈАЛНА КЛАУЗУЛА ИЗУЗЕТКА

2.1. Историјски осврт на појаву специјалне клаузуле изузетка

Питањем односа питања правичности и правне сигурности се још давне 1908. године бавио Институт за Међународно право (*Institut de Droit international*). У свом годишњем Извештају посвећеном решавању сукоба закона у уговорним односима, предложено је следеће решење: између екстремно ригидних правила и одсуства било каквог правила Институт се определио за средње решење, које је замишљено као еластично правило које предвиђа специфичне солуције за различите типове уговора и којима се даје могућност, да се у одређеним специјалним ситуацијама начини изузетак од постојећег правила.²³³

Прва специјална клаузула изузетка среће се у Волкеровом (*Walker*) Нацрту аустријског Закона о међународном приватном праву из 1913. године, § 16 овог Нацрта гласи:

”...*If the circumstances of the case indicate that the provision of these statutes is not in agreement with a reasonable order in the flow of legal transactions, but the provision of other statutes is, then these other statutes shall applied*”.

Интересантно је да се ово решење у погледу сукоба закона код уговорних односа опредељује за флексибилност и корекцију у циљу потраге за бољим правом (*better-law* приступ).²³⁴

Идеја о неопходности клаузуле изузетка у доктрини међународног приватног права наставила је да живи и у извештају посвећеном узвраћању и упућивању, поднетом Институту за међународно приватно право на седници у Амстердаму 1957. године. Како у Извештају стоји, госп. Маридакис (*Maridakis*),

²³³ Neuhaus P.H., *op.cit.* str.804.

²³⁴ Palmer E., “The Austrian Codification of Conflict Laws”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.28, str.200.

иначе творац грчког Грађанског законика, као противник примене установе *renvoi*, предлаже нови инструмент одступања од редовно меродавног права „*када посебне околности случаја налажу примену права неке друге државе које је прикладније за решење конкретног случаја*“. Овај његов предлог се односи на породичне и наследно-правне односе, као и на одступање од карактеристичних одлучујућих чињеница за ове односе: држављанство и домицил. Мотивисаност овог предлога *принципом најближе везе*, односно постојањем тешње повезаности са неким другим правним системом, недвосмислено произилази из пропратног објашњења, да би у одређеним случајевима примена колизионе норме, без вођења рачуна о специфичностима конкретног случаја који је тешње везан за неки други правни поредак, била противна разлозима правичности.²³⁵

Специјалне клаузуле изузетка су се спорадично уводиле у кодификације међународног приватног права у другој половини XX века. У области уговорних односа, на пример већина европских држава је као супсидијарно решење прихватала отворену формулацију принципа најближе везе, па с рога додатна флексибилизација није била потребна, па су се и специјалне клаузуле изузетка јављале релативно касно.

Пројекат унификације права земаља Бенелукса из 1951. године садржао је клаузулу изузетка у односу на правило *lex loci delicti*. Ово правило послужило је касније као испирација за редакторе Нацрта европске конвенције о меродавном праву за уговорне и вануговорне односе из 1974. године који је садржао две специјалне клаузуле изузетка.²³⁶ Потом је решење усвојено у Римској конвенцији из 1980. године наметнуло националним законодавствима идеју о потреби прописивања специјалних клаузула у области уговорних односа. Као модел да се превазиђу проблеми везано за одређивање меродавног права у уговорним односима, решење је тражено у механизму који флексибилизацију постиже са ослоном на специјалну клаузулу изузетка, за разлику од позивања на принцип најближе везе као генералног правила.²³⁷

²³⁵ Костић М., *op.cit.*, стр.174.

²³⁶ Види чл.10, ст.2 и чл.13.ст.2 Нацрта из 1974. године.

²³⁷ *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, COM (2002) 654 final, Brussels, 2003, стр.25. <http://eur-lex.eu>

2.2. Основне карактеристике специјалне клаузуле изузетка

Уколико упоредимо специјалну и генералну клаузулу изузетка видећемо да да се поједина њихова својства подударају. Оно по чему се оне разликују јесте опсег њихове примене, односно обим материје у погледу које је дозвољена корекција.

2.2.1. Ограничено поље примене

Друго име за специјалну клаузулу изузетка јесте посебна клаузула изузетка, односно посебна клаузула одступања. Специјалне клаузуле изузетка најчешће се срећу у области уговорних, вануговорних, наследних, брачних, па и стварноправних односа.

Занимљив пример како се могу користити специјалне клаузуле изузетка пружа немачко међународно приватно право. У њему је створен систем селективне и честе употребе специјалних клаузула који га разликује од других решења усвојених у међународном приватном позитивном праву других држава. Наиме, Законом из 1986. године прихваћена клаузула изузетка у уговорном статуту (чл.28. ст.5, и чл.30, ст.2 који се односио на уговоре о раду). Затим је 1999. године, ступањем на снагу Закона о међународном приватном број клаузула знатно увећан, па је тако чл.41 Закона број специјалних клаузула изузетка проширен је и на сферу вануговорних односа (неосновано обогаћење, незвано вршење туђих послова и противправне радње), а чл.44 и на стварноправне односе (права на ствари, имисије и средства превоза).²³⁸

Приметно је да и оне кодификације које садрже генералну клаузулу изузетка, садрже такође и специјалне клаузуле изузетка у одређеним односима. У

²³⁸ Станивуковић М., Живковић М., *op.cit.*, стр.300.; Hay P., "From Rule-Oriented to "Approach" in German Conflicts Law: The Effect of the 1986 and 1999 Codifications", *The American Journal of Comparative Law*, vol.47, no.4, str.645.

литератури се налази мишљење да је паралелно прописивање обе клаузуле лоше решење из разлога што је генерална клаузула изузетка довољна да покрије и питања на која се односе специјалне клаузуле. Али, с друге стране ова чињеница говори и о неспорном значају специјалних клаузула, чиме се на несумњив начин оправдава њихово постојање. Међутим, и методолошки, коегзистенција специјалне и генералне клаузуле изузетка је могућа, па за праксу она не треба да представља извор проблема, обзиром да суд неће примењивати генералну клаузулу уколико је у конкретном случају примењива специјална клаузула изузетка.²³⁹

Сужено поље дејства ових клаузула разлог је и зашто се законодавци чешће опредељују за њихово увођење, перципирајући их као инструмент који представља мању опасност по правну сигурност него генерална клаузула изузетка.

2.2.2. Изузетност примене

Заједничко за генералну и специјалну клаузулу изузетка јесте да се оне примењују само изузетно. И приликом тумачења специјалних клаузула важи исто правило, као и у случају генералних клаузула: *exemptiones non sunt extendendae*. Разлика је у томе што је у случају специјалних клаузула изузетака област примене ближе одређена, па је и поље њиховог дејства сужено.

Поред детерминисаности поља примене у прилог изузетности примене говори и номотехничка структура колизионих правила. Специјалне клаузуле изузетка јесу саставни део сложеног колизионог правила, које садржи више тачки везивања у правцу одређивања меродавног права, па их пре свега треба анализирати у њиховом матичном амбијенту. У литератури се кристалишу два модела базирана на посматрању односа између специјалне клаузуле изузетка и чврсте тачке везивања у једном истом колизионом правилу. Према једном од тумачења чврста тачка везивања (*a priori* дата претпоставка о најближој вези),

²³⁹ Boele-Woelki K., *op.cit.*, str.270.

може бити оборена само изузетно, што се у доктрини назива „јаким“²⁴⁰ или „тврдим“ моделом²⁴¹. Такозвани „тврди“ модел је заступљенији у савременим кодификацијама међународног приватног права.²⁴²

Друго тумачење не сматра *a priori* везивање јаком претпоставком, што се у доктрини назива „слабим“ моделом. Према овом тумачењу суд претпостављено везивање цени као једну од околности, али јој не даје пресудни значај.

Наше је мишљење да правна сигурност налаже да се најпре консултује претпоставка дата у чврстој тачки везивања, па да тек онда, уколико су испуњене претпоставке, треба одлучивати са позивом на клаузулу изузетка.

2.2.3. Претпоставке за примену

Примена специјалне клаузуле изузетка захтева испуњење одеређених претпоставки. Пре свега, потребно је да чврста тачка везивања, у конкретном случају, не одговара околностима случаја, обзиром да не репрезентује *најближу везу* на најбољи начин. Дакле, заједничко за генералну и специјалну клаузулу изузетка јесте да се оба института заснивају на принципу најближе везе.

У зависности од врсте специјалне клаузуле изузетка, саме претпоставке могу бити формулисане различито. У поређењу са генералном клаузулом изузетка где је приметна униформност у погледу формулисања претпоставки, овде је шема знатно разуђенија. Уколико следимо логику излагања генералне клаузуле, реч је

²⁴⁰ Atrill S., „Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of The Article 4 JIGSAW?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.53, no.3, 2004, str.550.

²⁴¹ Кнежевић Г., *op.cit.*, докторска дисертација, стр.255.

²⁴² Предложен је и у Коментару уз Тезе за Закон о међународном приватном праву Хрватске из 2001. године.... ст. 5, тезе 20 (право меродавно за уговор-подредни статут), гласи:..... „*право које је претпостављено као право најближе везе у ставцима 2,3. и 4, неће се применити ако из свих околности следи да је уговор с неким другим правом у најближој вези*“...више у: Sikirić Н., „*Komentar uz Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu*“, *Dvateset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu*, Pravni fakultet u Nišu, 2004, str. 155.

Такође, је „тврди“ модел предлажен и у Нацрт нашег ЗМПП-а. Након што у ст.1, чл.133 (право меродавно за уговор-подредни статут) поставља посебне претпоставке за скоро 21 категорију различитих уговора, и у ст.2 поставља општу претпоставку да је уговор у најближој вези са државом у којој се налази уобичајено бораваште уговорне стране која дугује испуњење карактеристичне обавезе из уговора, ст.3 дозвољава се корекција наведених претпоставки:..... „*ако из свих околности случаја проистиче да је уговор очигледно уже везан за државу која није наведена у ст. 1 или 2 овог члана, примењује се право те друге државе.*“

углавом о истицању позитивне претпоставке, за чију се потврду тражи постојање одређених чињеница или услова. Дакле захтеви могу бити постављени мање или више конкретно, односно апстрактно. Тако се у одређеним случајевима захтева да: странке имају заједнички *lex patriae*, да имају заједничко пребивалиште...итд. Али, као захтев може бити постављено и *постојање ближе, јаче, везе или претежних односа* са неким другим правом.

Претпоставке могу бити формулисане и негативно, као:“*одсуство стварне друштвене везе*“ или у форми језичке конструкције која је садржана у чл.20 нашег ЗРСЗ-а....“ и *ако посебне околности случаја не указују на друго право*“.

Иако се у формулацији истиче само негативна, односно позитивна претпоставка, у пракси се за примену специјалне клаузуле изузетка захтева кумулативно постојање обе претпоставке. Дакле, и постојање ближе везе са другим правом, и одсуство такве везе са правом на које указује фиксна тачка везивања.

2.3. Врсте и распрострањеност специјалне клаузуле изузетка

У литератури можемо срести различите критеријуме за поделу специјалних клаузула изузетака.

У зависности од категорије правног извора у коме се налазе, оне се могу поделити на: а) клаузуле изузетка садржане у националним кодификацијама, б) клаузуле изузетка садржане у међународним изворима. Клаузуле изузетка нису тренд само националних кодификација, многи извори међународног карактера садрже ове клаузуле: Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде из 1971. године²⁴³, Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе из 1973. године²⁴⁴, Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године, Хашка конвенција о меродавном праву за уговоре међународној продаји робе из 1986.

²⁴³ „Сл.лист СФРЈ“ -додатак бр. 26/1976.

²⁴⁴ „Сл.лист СФРЈ“ - Међународни уговори бр.8/77.

године, Хашка конвенција о меродавном праву за наслеђивање из 1989. године, а њих садрже и Рим I и Рим II уредбе ЕУ.

Клаузуле изузетка можемо поделити и према нивоу конкретизације у погледу примене меродавног права.²⁴⁵ За примере ових клаузула, а ради концизнијег излагања определили смо се за специјалне клаузуле у сфери деликтних и брачних односа. У том смислу разликујемо:

а) *Затворене клаузуле изузетка*. Овим клаузулама одбацује се примена иначе утврђеног меродавног права и прописује се примена другог права, различитог од оног на које указује примарно везивање. Затворене клаузуле изузетка сматрају се ригидним правилима обзиром да представљају контролисани изузетак од правила, у коме се чињенице (односно боље рећи тачке везивања) које представљају базу за изузетак постављају кумулативно или алтернативно.²⁴⁶ О правној природи ових клаузула биће више речи у одељку који се односи на питање одређивања меродавног права за деликте. Затворене клаузуле изузетка су у највећем броју случајева засноване на објективним факторима, географским, односно територијалним. На пример:

-§ 32 (3) мађарског закона дозвољава одступање од правила *lex loci delicti*, ако оштећени и штетник имају пребивалиште у истој држави; тада се примењује право њиховог заједничког пребивалишта.

-Чл.62.ст.2. италијанског закона одређује одступање од примене *legis loci damni*, ако се противправни чин догодио искључиво међу особама које имају исто држављанство и у истој држави редовно бораве, тада је меродавно право те државе. Сличну одредбу којом се захтева кумулативно испуњење оба услова садржи и чл. 31.ст.2. пољског ЗМПП-а из 1965. године.

-Чл. 45.ст.3 португалског ЗМПП-а из 1965. године предвиђа изузетак од правила *lex loci delicti* када штетник и оштећени имају исто држављанство или када имају уобичајено боравиште у истој држави. Ово је пример алтернативно постављених тачака везивања.

²⁴⁵ Krešimir S., *op.cit.*, стр. 158-159.

²⁴⁶ Kokkini-Latridou, *op.cit.*, стр.5.

-Чл.30, ст.2. словеначког закона о међународном приватном праву и поступку из 1999. године такође прописује меродавност заједничке припадности оштећеног и штетника *lex patriae*, уместо правила *lex loci delicti commissi*.

-На овом месту значајно је напоменути и пример затворене клаузуле изузетка у области уговорних односа садржаног у чл.79, ст.1 румунског закона из 1992. године, који каже да..... „ако локализовање карактеристичне престације једне од странака није могуће, меродавно је право државе у којој је уговор закључен.“

У свим овим примерима активирање клаузуле изузетка базирано је на основу искључиво објективних тачака везивања: заједничко држављанство, заједнички домицил или заједничко уобичајено боравиште. Међутим, срећу се и примери затворених клаузула изузетка засновани на субјективном критеријуму.

-Такав пример налазимо у ст.2. чл.133 швајцарске кодификације из 1987. године. Овај став гласи: „када штетник и оштећени немају уобичајено боравиште у истој држави, њихови захтеви су регулисани правом државе у којој се незаконит догађај догодио. У сваком случају, уколико је последица наступила у другој држави, право те државе је меродавно уколико је штетник могао предвидети последице догађаја који је проузроковао.“

б) *Отворене клаузуле изузетка*. Путем ових клаузула дозвољава се одступање од унапред постављене чврсте тачке везивања, али се не дају јасне детерминанте када је ово одступање дозвољено, већ се корекција базира на принципу најближе везе, као оквирном упутству. На пример:

-§ 48.ст.1. аустријског закона, по којем се не примењује право *lex loci delicti commissi*, ако сви учесници имају јачу везу с правом једне те исте државе; тада се примењује то право.

-Чл.25. ст.3. турског закона прописује могућност одступања од примене *lex loci delicti commissi*, ако правни однос има ближу везу са правом друге државе; тада с примењује то право.

-По поглављу 12. Закона о међународном приватном праву Уједињеног Краљевства из 1995. године (разне одредбе), не примењује се правило о деликтном статуту тога закона, ако с другим правом постоји битно ужа веза.

-Готово исту одредбу садржи и чл.52, ст.1, лихтенштајског Закона о међународном приватном праву из 1996. године.

Према нивоу конкретизације у примени меродавног права проф. Сајко диференцира и трећу врсту клаузула изузетака које назива *недовршеним*. Сматрамо да је овде такође реч о отвореним клаузулама изузета, обзиром да се овим клаузулама искључује примена утврђеног меродавног права остављајући судској пракси да одреди које право треба потом применити. Он као пример ове врсте клаузула наводи чл.1, ст.2 холандског закона о међународном разводу (*International Divorce Act 1981*), којим се искључује за развод брака примена иначе меродавног права заједничког држављанства брачних другова, ако један брачни друг нема стварну друштвену везу с тим правом ("*real-social connection*"). Како закон не одређује које ће се право у таквом случају применити, одлуку треба да донесе суд.²⁴⁷ У пракси је ова одредба од стране холандских судова тумачена на различите начине. Као заједнички именоватељ свих одлука јавља се спровођење „реалног теста“ (*reality test*), који подразумева процену како објективних, тако и субјективних и социјалних фактора. Међутим, на основу судске праксе не може се утврдити хијерахија у значају појединих фактора, из разлога што се њихова процена разликује од случаја до случаја.²⁴⁸

Указујући на примере националних закона који садрже специјалне клаузуле изузетка, а који се односе на област брачних и деликтних односа, морамо истаћи да ова листа није коначна. У наведеним националним законима постоји више од једне специјалне клаузуле, па тако Аустријски савезни закон из 1978, поред клаузуле изузетка у области вануговорне одговорности за штету познаје још једну

²⁴⁷ Krešimir S., стр. 158-159.

²⁴⁸ Boele-Woelki K., *op.cit.*, стр. 255-256.

и то у области личних дејстава брака. У §18 (2) уведена је додатна клаузула, у циљу оснажења брака. Наиме, у случају када брак не би био пуноважан према правима на које упућују фиксне тачке везивања, а резултат би такође био негативан и према алтернативним тачкама везивања, додатно је омогућено одступање од аустријског права (као још једне од могућности по којој се цени пуноважност брака), уколико постоји *тешиња веза* са правом треће државе, према чијем је праву брак такође пуноважан. Сасвим оправдано се може поставити и питање о правној природи наведене одредбе; односно да ли је у питању клаузула изузетка заснована на принципу најближе везе или је овде реч о примени принципа *in favorem negotii*. Клаузулу изузетка садржи и чл.78., ст.2 румунског Закона из 1992. године:....., *претпоставке утврђене претходним ставом неће се примењивати уколико заинтересовано лице докаже да из скупа околности произлази да уговор има најтешињу везу са другом државом*“. О заступљености клаузуле изузетка у немачком законодавству већ је било речи. У Холандији се на пример дозвољава изузетак од правила *lex patriae* уколико особа „нема ефективне социјалне везе са својим *lex patriae*“. Овај изузетак дозвољава се у различитим споровима везаним за: усвојење, развод, наслеђивање, утврђивање порекла, итд...²⁴⁹ Специјалну клаузулу изузетка садржи и већ навођени чл. 20 нашег ЗМПП-а који се односи на одређивање меродавног права у сфери уговорних односа.

Као што показују претходни редови већина земаља континенталне правне традиције садржи специјалне клаузуле изузетка у домену уговорног, деликтног, породичног права, али се оне срећу и у домену статусних и наследних односа.

Када говоримо о врстама клаузула изузетка, класификацију је могуће извршити и са ослоном на базу која служи као основ за активирање клаузуле. У свим горе наведеним примерима, без обзира да ли је било речи о отвореним или затвореним клаузулама, говорило се о клаузулама изузетка које су: а) *засноване на закону*.

Међутим, по основу овог критеријума разликујемо и другу врсту клаузула, које називамо б) *клаузуле изузетка које је развила судска пракса*. Наиме, судови *de facto* креирају клаузуле изузетка иако их тако не називају, образлажући их

²⁴⁹ Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, str.20.

позивањем на установу јавног поретка.²⁵⁰ Класичан пример клаузула које је развила судска пракса налазимо у САД-у. Наиме, како је Први Зборник права садржао веома чврста и ригидна правила, а у себи није садржао механизам клаузуле изузетка, судије су се веома често ослањале на друге дозвољене и недозвољене механизме у циљу избегавања ригидних правила. Најчешће они су то чинили са позивом на установу јавног поретка и *renvoi*, али су као моћно средство манипулације користили и квалификацију. Ослањајући се на квалификацију, судије су тумачиле тачке везивања (а нарочито *locus contractus* и *locus delicti*) на начин који им је омогућавао њихово смештање у оквир жељеног права.²⁵¹ Такође, као моћно средство судије су се служиле дихотомијом „материјално насрам процесног“ (“*substance versus procedure*“) која им је омогућавала избегавање примене страног права. Квалификацијом одређеног питања као процедуралног судије су примењивале *lex fori* изузимајући питање из оквира колизионих норми.²⁵²

2.4. *Pro et contra* специјалне клаузуле изузетка

Као први аргумент у прилог специјалних клаузула изузетка истиче се начело **правне сигурности**, а нарочито ако се ове клаузуле посматрају у односу на генералну клаузулу изузетка. За разлику од генералне клаузуле изузетка која оставља веома много простора за арбитрерност примењивача, код специјалних клаузула изузетака то није случај. Оправданост за примену ових клаузула установљена је од стране самог законодавца, који унапред идентификује области у којима се оне имају применити. Друга околност која иде у прилог овом аргументу јесте чињеница да се клаузуле имају применити само изузетно, уз претпоставку да су испуњени предходно дефинисани услови. Примена затворених клаузула изузетака је најстроже контролисана, из разлога што је за њено

²⁵⁰ Schnabel K., *op.cit.*, str. 52.

²⁵¹ Alabama Great Southern R.R. Co. v. Corroll, 97 Ala.126, 11 So. 603 (1892) (*locus delicti*); Milliken v.Pratt, 125 Mass 374 (1878) (*locus contractus*)....више у: Symeonides S.C., “Ехеption Clauses in Conflict Laws-Unites States”, *op.cit.*, стр.86.

²⁵² *Ibid.*

ангажовање потребно постојање такстативно набројаних чињеница, и што је у таквом случају унапред одређено које ће се право применити.

У прилог увођења специјалних клаузула изузетака истиче се и аргумент **правичности**. Наиме, атипичност појединих случајева диктира другачији приступ његовом решавању. Некада чврсто колизионо правило не омогућава доношење правичног решења, па се клаузула изузетка јавља као механизам који омогућава да се до таквог решења у конкретном случају дође.

Корекција чврстог колизионог правила базирана је на принципу најближе везе. На основу теста најближе везе, утврђује се да ли у конкретном случају, а на основу релевантних околности случаја, спор гравитира ка праву различитом од онога на које указује колизиона норма. Концепт најближе везе, треба схватити као релативан, пластичан појам често завистан од времена и простора, који нарочито погодује динамичним сферама душтвеног живота (уговорни, вануговорни односи). Уколико постоји одредба о специјалној клаузули изузетка, одлуку о томе које право је у датом случају у најближој вези са спорним питањем доноси суд. То потврђује и тезу да се правичност као захтев односи на судску одлуку, за разлику од правне сигурности која се тиче законодавца и који мора да конципира правила тако да она буду јасна, прецизна и да остављају што мање простора арбитрерности. Може се констатовати да, улога специјалних клаузула остаје на нивоу **корекције** законом прописаних решења, а никако не може значити негацију саме кодификације што је истицано када је било речи о генералној клаузули изузетка.

Као неспорни аргумент у прилог специјалних клаузула наводи се и чињеница да њихова примена доводи до значајних резултата на дуже стазе, јер специјалне клаузуле омогућавају мирну еволуцију кодификованог права једне државе, као и усаглашавање праксе различитих земаља кроз примену ових клаузула из међународних конвенција.²⁵³Томе у прилог говори и велики број конвенција и других међународних инструмената који се определио у прилог ових клаузула.

Као разлог против ових клаузула, а у светлу залагања за увођење генералне клаузуле изузетка, наводи се да законодавац, ма колико респектабилан био, не

²⁵³ Костић М., *op.cit.*, стр. 173.

може са сигурношћу да предвиди све оне случајеве који би оправдали примену клаузуле изузетка од унапред постављеног колизионог правила. Зато иако свесни *правног импресионизма* генералне клаузуле,²⁵⁴ потребно да она постоји на општем нивоу.

У доктрини се *contra* специјалним клаузулама изузетака наводе исти аргументи који се истичу против клаузулама изузетка уопште. Истиче се да оне воде правној непредвидљивости, и да представљају закљон за примену домаћег права. Међутим, уколико то уопште има смисла, у случају избора између генералне и специјалне клаузуле изузетка, треба пледирати за примену специјалних клаузула.²⁵⁵

3. *FORUM NON CONVINIENS*

Истраживање корективне функције принципа најближе везе моделираног у виду клаузуле изузетка, не може бити доследно спроведено, а да се не напомене још један њен важан аспект. Без детаљне анализе, јер то не дозвољава обим овог рада, изложићемо основне особине клаузуле изузетка у области сукоба јурисдикција.

Клаузула изузетка у области сукоба јурисдикција заснована је на доктрини *forum non conviniens*, која дозвољава одступање од норми које регулишу међународну надлежност судова. Исправан је закључак да је реч о клаузули изузетка која је по својој природи генерална (општа) клаузула, а њена специфичност се огледа у томе што се она односи на норме које регулишу међународну надлежност судова, односно на норме које за предмет имају разграничење надлежности судова различитих држава у грађанскоправним

²⁵⁴Visher F., "Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience", *Law and Contemporary Problems*, vol.41, no.2, Contemporary Perspectives in Conflict Laws: Essays in Honor of David F. Cavers, 1977, str.139.

²⁵⁵ Papassiopi-Passia u Pamboukis Ch., *op.cit.*, str.223.

стварима са елементом иностраности. Међутим, има и примера где се доктрина *forum non conveniens* односи и на ужа специфична питања у области грађанског судског поступка са страним елементом. Тако формулисана она се може квалификовати и као специјална (посебна) клаузула изузетка у области сукоба јурисдикција. У ранијем швајцарском закону из 1976. године, у поступку за утврђивање очинства и материнства, остављен је простор за оглашавање ненадлежности швајцарског суда, уколико одлучујућа веза постоји са другим форумом.²⁵⁶ Такође, према чл. 429ц (11) холандског Закона о грађанском судском поступку из 1970. године, прописано је да „суд неће бити надлежан ако подносилац захтева није довољно везан (*insufficiently connected*) за правну средину Холандије“. Међутим, таква могућност постоји само у поступцима који се покрећу предлогом, за која се у нашем праву примењују правила ванпарничног поступка.²⁵⁷ У форми специјалне клаузуле изузетка овај институт познаје и Закон о ванпарничном поступку Немачке из 1997. године. Одредба § 47 (2) гласи: „када су и немачки и судови неке друге државе надлежни за организацију старатељства и када је старатељство установљено на територији СР Немачке, немачки суд пред којим је поступак у вези са тим старатељством покренут, може пренети предмет на државу чији су судови такође надлежни, под условом да интерес иштићеника буде сачуван, да старатељ на то пристане и да страна држава прихвати такво преношење“.²⁵⁸

Клаузулу изузетка у области сукоба јурисдикција познају англосаксонска права²⁵⁹: САД (са изузетком Тексаса и Лујзијане), Велика Британија (уз напомену да је ову установу познавало и традиционално *common law*), Канада (укључујући

²⁵⁶ Чл.8 (3) LRDC гласи: „*la compétence suisse sera decline si l'espèce présente des rapports prépondérants avec un aoutre pays et si celui-ci ne reconnait la jurisdiction suisse*“.....у: Meyer R., *op.cit.*, стр. 323.

²⁵⁷ Конкретно, могућност оглашавања суда ненадлежним постоји само у оним споровима који се покрећу предлогом, а то су: породични спорови (развод брака, издржавање, брачна имовина), спорови који се тичу закупа, као и спорови који се односе на управљање правним лицем.

²⁵⁸ Петровић М., *op.cit.*, стр. 59.

²⁵⁹ Концепт је настао у Шкотској, одлуком лорда Кинеара (Kinear) у случају: *Sim v. Robinow* (1892) 19 R. 665, у: Варади *et al, op.cit.*, fn. 63. Приступ „најподеснијег“ форума (“*most suitable forum*”), изражен је у овој одлуци, у којој се истиче: „Предлог (за обуставу поступка по основу *forum non conveniens*) не би могао бити усвојен осим ако суд сматра да постоји неки други, надлежни суд, у коме би вођење поступка било много погодније са аспекта интереса странака и захтева правде“.....у: Петровић М., *op.cit.*, стр. 15.

и Квебек), Аустралија, као и оне земље које су своја права развијале под утицајем *common law-a*.²⁶⁰

Како то наводи проф. Lagarde институт *forum non conveniens*, или другачије клаузула изузетка у сукобу јурисдикција, „дозвољава судији да се огласи ненадлежним, уколико процени да спор са домаћом јурисдикцијом нема значајне везе, а да је неки други трибунал много боље место за решавање спора“.²⁶¹

Нужна претпоставка за примену института *forum non conveniens* јесте да се ради о спору за који постоји конкурентна међународна надлежност, тј. да постоји основ за заснивање надлежности домаћег правосуђа, који истовремено не искључује ни могућност за заснивање надлежности алтернативног форума.

Сличност између института *forum non conveniens* и генералне клаузуле изузетка у домену сукоба закона, видљива је у чињеници да је суд у оба случаја обавезан да процењује факторе блискости.²⁶² У области сукоба јурисдикција суд то чини испитивањем и разматрањем за то релевантних фактора као што су: пребивалиште и седиште странака и потенцијалних сведока, трошкови и процедуралне тешкоће везане за достављање сваком од могућих форума, локални интереси сваке државе у вођењу поступка, тешкоће у сазнању и примени страног права, могућност признања и извршења судске одлуке у свакој од земаља могућег форума и слично.²⁶³ Ако је икаква категоризација фактора неопходна, онда нам се из функционалних разлога чини најприхватљивијом категоризација која све факторе сврстава у три групе: а) факторе који се односе на географске погодности; б) факторе који се односе на ефикасност у вођењу судског поступка, и ц) факторе који се тичу материјалне правде.²⁶⁴ Наиме, у оба случаја, једнако и у области сукоба закона и у области сукоба јурисдикција суд има могућност опције између иницијалног и алтернативног права, односно форума.

Сличност се огледа и у чињеници да принцип најближе везе, истина не нужно, представља основ за изузеће од редовно меродавног права, односно иницијално надлежног форума. *Ratio* адресовања на алтернативни форум је

²⁶⁰ Хонг Конг, Сингапур, Гибралтар, Брунеји, у: North P., Fawcett H., *Cheshire and North's Private International Law*, 12th ed., London, 1992. str. 222.

²⁶¹ Lagarde P., „Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé“, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 196 (1986-1).

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Петровић М., *op.cit.*, стр. 12.

²⁶⁴ *Ibid.*, стр. 19.

потреба да се тужилац упути на суд са којим предмет спора и саме странке стоје у много ближој везе. И у овом случају улога принципа најближе везе је корективна, али она није увек образложење за доношење одлуке о ненадлежности иницијалног форума. Упућивање на „подеснији“ форум, односно оглашавање домаћег суда ненадлежним, са ослоном на чл.429ц Закона о парничном поступку Холандије из 1970. године, холандска доктрина и пракса тумачила је једнако и у географском смислу, али и као одсуство разумног интереса за поступањем у спору.²⁶⁵ Енглеска судска пракса је сасвим очекивано ишла и корак даље, па је у појединим случајевима одлуку о (не)надлежности заснивала и на факторима политичке и идеолошке природе. Тако је суд у случају *Oppenheimer v. Louis Rosenthal & Co AG*²⁶⁶, који је по многим факторима упућивао да је немачки суд подеснији за решење тог спора, одлучио да задржи надлежност. Тужилац је био Јеврејин и суд је сматрао да у то време, (реч је о 1937. години) због познатог односа Немачке према овој нацији, суђење не може бити правично.

Могућност опције имплицира и другу веома битну сличност, а то је дискреција судије да одступи од унапред постављеног правила. Заједничка карактеристика генералне клаузуле изузетка и теорије *forum non conveniens* јесте да обе почивају на дискреционом праву суда.

Интересантно је да кодификовано међународно приватно право Квебека (XX књига ГЗ-а), јесте једини пример законодавства које садржи обе генералне клаузуле изузетка. Али, уколико узмемо у обзир специфичности овог правног подручја изложеног једнаком утицају и *common law* и *civil law* права, наведени екслузивитет добија валидно оправдање.

За континенталну правну доктрину и законодавство, теорија *forum non conveniens* на коју се ослања генерална клаузула изузетка, никада није представљала изазов.²⁶⁷ Уколико оставимо по страни кодификације из области међународног приватног права, ослон за примену овог института у континенталном праву можемо наћи у већ поменутих законима о парничном и ванпарничном поступку. Међутим, у појединим случајевима веома важну улогу у

²⁶⁵ Boele-Woelki K., “Exception Clauses in Private International Law/Netherlands”, *op.cit.*, стр. 251.

²⁶⁶ (1937) 1 All ER, 23.

²⁶⁷ Изузетак је везан за реформу немачког ЗМПП-а, када је било предлога за увођењем генералне клаузуле изузетка и у области сукоба јурисдикција.Schnabel K., *op.cit.*, стр. 49.

примени *forum non conveniens* доктрине, у земљама континенталне правне традиције, играла је судска пракса.

У одговору на питање зашто се државе континенталне правне традиције не опредељују за *forum non conveniens* доктрину, а тиме не дозвољавају генералну клаузулу изузетка у области грађанског судског поступка са елементом иностраности, срећемо бројне валидне аргументе.

Прво, ова клаузула представља, озбиљну претњу по правну сигурност, из разлога што је основни захтев који правне норме које регулишу како питање домаће, тако и питање међународне надлежности, треба да задовоље њихова *предвидљивост*. У земљама континенталне правне традиције законска процесна правила јасно и строго дефинишу случајеве за које су судови надлежни. У таквом правном амбијенту нема места за дискрецију судије, из разлога што би препуштање коначне оцене о надлежности органу који примењује право било у супротности за захтевом предвидљивости и правне сигурности. Друго, правила о међународној надлежности, јесу за разлику од правила која регулишу сукоб закона готово увек једнострана, што значи да уређују питање надлежности домаћег правосуђа. Можемо нагласити и да је веома често, обавеза домаћег суда да поступа у предмету за који постоји одговарајући основ за заснивање надлежности потврђена и самим Уставом. Треће, одбијање надлежности било би у супротности са правом на правично суђење, а самим тим и правом на ефективан приступ суду, који гарантује чл.6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама.²⁶⁸Четврто, Брисел I уредба²⁶⁹ која се директно примењује у државама чланицама ЕУ, садржи фиксна правила о надлежности, а један од главних принципа прокламовних уредбом јесте принцип правне сигурности који указује на неспојивост са институтом *forum non conveniens*. Образложење овог решења налазимо у рециталу који садржи став да „*тужилац не треба да губи време и новац ризикујући да суд коме је поднета тужба закључи да је мање компетентан од неког другог суда*“.²⁷⁰

²⁶⁸ *Lubbe et al v Cpe plc* (2000) Llyods Reports 383, *cit.u:* Варади *et al.*, *op.cit.* fn.66.

²⁶⁹ Уредба (ЕЦ) No. 44/2001 од 22.12.2000. године о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима.

²⁷⁰ Види: рецитал 19. Преамбуле Брисел I Уредбе.

Поставља се питање на који начин решења из Уредбе утичу на примену традиционалног енглеског правила *forum non conveniens*, обзиром да бриселски режим важи и у Енглеској. Уколико је нпр. против енглеског држављанина поднета тужба у Енглеској, за накнаду штете која се догодила у Француској, енглески суд се не може огласити ненадлежним, уз образложење да је француски форум прикладнији, из разлога што је овај случај регулисан искључиво Брисел I Уредбом.²⁷¹ У супротном, уколико је реч о спору на који се примењују одредбе Civil Jurisdiction and Judgements Act-а из 1982. године, Уредба не спречава примену института *forum non conveniens*, без обзира на чињеницу да ли се као алтернативни примењује форум државе чланице или нечланице.²⁷² Међутим, било је и одлука у којима су енглески судови заступали супротно мишљење.²⁷³

Европски суд правде је на захтев енглеског Апелационог суда 2005-те године донео одлуку о томе да ли суд државе чланице може одбити надлежност позивајући се на *forum non conveniens*. Повод за доношење одлуке којом је суд јасно изразио став да теорија *forum non conveniens* није у складу са Уредбом уколико је тужени домицилиран у Уједињеном Краљевству, био је случај *Owusu v Jackson*²⁷⁴

²⁷¹ Види: *MahmeTrust Reg v Lloyds TSB Bank plc* (2004) 2 Lloyd's Rep 639, у: Pontier J.A., Burg E., *EU Principles on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial matters*, Asser Peen, The Hague, 2004, str.114.

²⁷² *Ibid*, str.115.

²⁷³ Одлука Апелационог суда у случају *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* (1992) Ch. 72.

²⁷⁴ C-281/02, *Owusu v. Jackson (t/a Villa Holidays Bal Inn Villas)*, Збирка одлука ECR, 2005, I-1383.

ДЕО III

ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ У УГОВОРНОМ СТАТУТУ

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Одређивање меродавног права у сфери уговорних односа је од несумњиве важности. Уговор је најчешћи, па зато и најважнији извор облигационих односа, па се стога њему посвећује нарочита пажња у теорији и законодавству уопште, а такође и у теорији и законодавству међународног приватног права. Сфера облигационих и трговинских односа обележена је разменом добара и услуга, а уговор је посредник у тој размени²⁷⁵, односно основни инструмент правног уобличења промета роба и услуга како унутар исте државе, тако и на међународном плану²⁷⁶.

Практична важност уговора диктира и нарочити приступ у тражењу решења везаних за проблем одређивања меродавног права. Овај приступ пре најпре треба да удовољи интересима уговорних страна, а они се огледају у захтеву за сигурношћу и предвидљивошћу решења. У новије време, присутнији су и захтеви који у први план истичу ефективност решења, односно приступи који минимизују трошкове у спору са елементом иностраности.²⁷⁷

Међутим, када је реч о уговорним односима, треба имати на уму да се ради о једној врло сложеној и разуђеној сфери правних односа. Особеност ових односа је и њихова динамичност, јер посредујући у размени добара и услуга, они (уговори) нужно прате и њихов развој.

Компаративно посматрано примарно решење у правцу одређивања меродавног права за уговоре јесте аутономија воље. То је само прва (најчешће и

²⁷⁵ Радишић Ј., *Облигационо право-општи део*, 7. издање, Номос, Београд, 2004, стр. 72.

²⁷⁶ Варади *et al.*, *op. cit.*, стр. 372.

²⁷⁷ О'Нара Е., Ribstein L.E., "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *The University of Chicago Law Review*, vol. 67, no. 4, 2000, str. 1153.

једина) степеница у правцу одређивања меродавног права, али се поставља питање како поступати у оним ситуацијама када се странке нису служиле могућношћу да саме одреде меродавно право?

Доктрина и пракса нудиле су различите предлоге у правцу одређивања супсидијарне тачке везивања за уговоре. Сва ова решења темељена су на принципу најближе везе, било као руководном принципу или принципу преточеном у фиксну тачку везивања. Поред ове улоге принцип најближе везе у савременим решењима остварује још једну веома значајну функцију-коригује резултате фиксне тачке везивања. Специјалне клаузуле изузетка су веома заступљене у овој сфери правних односа. О њима, али и о осталим питањима везаним за одређивање меродавног права у сфери уговорних односа биће више речи у редовима који следе.

Потребно је нагласити да ће у овом делу бити разматрана наша и упоредноправна национална решења са изетком решења садржаних у Римској конвенцији о меродавном праву за уговорне односе из 1980. године и Рим I уредбе која ће због систематике излагања бити обрађена у посебном делу рада.

1.1. Шематски приказ различитости решења за уговорни статут

На основу анализе решења у националним кодификацијама можемо уочити неколико различитих приступа у правцу одређивања меродавног права у материји уговорних односа:

A	B
<i>аутономија воље</i>	<i>аутономија воље</i>
<i>принцип најближе везе</i>	<i>карактеристична престација</i>
A1	B1
<i>аутономија воље</i>	<i>аутономија воље</i>
<i>принцип најближе везе</i>	<i>одлучујућа чињеница 1</i>
<i>карактеристична престација</i>	<i>одлучујућа чињеница 2</i>
A2	B2
<i>аутономија воље</i>	<i>аутономија воље</i>
<i>принцип најближе везе</i>	<i>карактеристична престација</i>
<i>карактеристична престација</i>	<i>клаузула изузетка</i>
<i>клаузула изузетка</i>	

У свим примерима можемо уочити да је аутономија воље примарна тачка везивања. Велике разлике постоје у погледу супсидијарног решења. Ако оставимо по страни „чисте“ облике супсидијарног везивања оличене било у оквирној тачки везивања, односно у принципу најближе везе као тачки везивања²⁷⁸ (назначеној у шеми А) или у чврстој објективној повезници, пре свега у правилу *lex loci*

²⁷⁸ „*Programmsatz*“ у: Reese R., „Choice of Law, Rules or Approach?“, *Cornell Law Review*, vol.57, 1972, str.315.

venditoris (шема Б), а негде и у правилима *lex loci contractus*, *lex loci solutionis*, уочићемо и разноврсне „мешовите“ концепте који се појављују као: колизионе норме са алтернативним тачкама везивања (шема Б1) и такозване отворене односно полуотворене колизионе норме (шеме А1, А2 и Б2).

2. АУТОНОМИЈА ВОЉЕ

2.1. Појам аутономије воље

Принцип слободе уговарања јесте један од темељних принципа у уређењу приватноправних односа. Сваки правни систем у свом мозаику правних норми налази место и за једно подручје на коме су веће могућности да саме странке својом вољом регулишу своје односе, али увек у оквиру законом утврђених правила.²⁷⁹

Слобода уговарања јесте збирни појам, који подразумева више различитих ствари, међу којима су најважније: 1) слобода да се уговор закључи или не закључи; 2) слобода избора уговорног партнера; 3) слобода уређивања садржине уговора; 4) слобода одређивања типа уговора; 5) слобода одређивања обавезности уговора; 6) слобода избора форме уговора; 7) слобода да се уговор раскине или замени и, 8) *слобода избора меродавног права*.²⁸⁰

Дакле, аутономија воље у међународном приватном праву јесте израз једног ширег принципа слободе уговарања, који је прилагођен особеностима ове правне дисциплине. Тако посматрана, она није ништа друго до субјективна тачка везивања, која такав статус добија зато што се темељи на вољи и намери уговорних страна. Аутономија воље странака у уговорном статуту представља право уговарача да путем свог споразума одреде које ће право бити меродавно за њихов уговорни однос са страним елементом.²⁸¹ У нашој доктрини, аутономија

²⁷⁹ Перовић С., *op.cit.* стр.15.

²⁸⁰ Више у: Радишић Ј., *op.cit.*, стр.74-75.

²⁸¹ Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.*, стр.73.

воље у дисциплини међународног приватног права дефинише се и као „овлашћење субјекта правног односа да споразумно изабере меродавно право и/или међународно надлежан суд за регулисање права и обавеза“.²⁸²

Идеја да аутономија воље може служити као решење за сукоб закона (тада још увек обичаја) потиче још од Димулена (*Dumoulin*) у XVI веку. Међутим, корени ове идеје сежу и раније и у радовима постглосатора. Када се ради о прећутној аутономији воље, Димулен је, у односу на постглосаторе, учинио кључни корак напред, за разлику од Рокуса Куртиуса који је у правилу *locus regit actum* видео прећутну вољу странака и тиме завршио своју анализу, Димулен је додао критичну реченицу која је недостајала, „да се може утврђивати и да ли су странке прећутно изабрале неко друго право коме ће подврћи свој уговор“.²⁸³

За разраду савременог концепта аутономије воље било је значајно Манчинијево (*Mancini*) учење у XIX веку о индивидуалној слободи воље. У правцу даљег прихватања страначке аутономије у међународном приватном праву истичу се учења Анзилотија (*Anzilottija*) и Багеа (*Bagge*) средином двадесетих година прошлог века, као и делатност Хашке конференције за међународно приватно право са VI заседања из 1928. и њене Посебне комисије о колизионоправној аутономији.²⁸⁴

По питању слободе странака да у сфери уговорних односа саме одреде меродавно право, на европском континенту, почетком XX века постојала су јасно подељена мишљења доктрине и судске праксе. Професори су, у почетку, били противници такве могућности, сходно максими „*la loi s'impose elle n'est pas choisie*“,²⁸⁵ сматрали су да избор меродавног права не треба да буде ствар страначког избора. Међутим, судови у Енглеској, Француској и Немачкој нису делили ово мишљење. У својим одлукама они су придавали значај страначком избору права, и не тако ретко позивали се и на претостављену намеру странака.²⁸⁶

²⁸² Станивуковић М., Живковић М., *op.cit.*, стр. 147.

²⁸³ Живковић М., *op.cit.*, стр. 23-24.

²⁸⁴ Sajko K., *op.cit.* str.141.

²⁸⁵ Право је нешто што обавезује, а не нешто што се бира.

²⁸⁶ Lando O., „*On Some Writers on the Conflict of Laws of Contracts*“, *Reform and Development of Private International Law (Essays in Honor of Sir Peter North)*, Oxford University Press, 2002, str.243; Yntema H., „*Autonomy in Choice of Law*“, *The American Journal of Comparative Law*, vol.1, no.4, 1952, str.341.

У англосаксонском свету зачајне за продор аутономије воље биле су идеје Хубера (*Huber*) и Лорда Мансфилда (*Lord Mansfield*) чије су доктрине сматрале да меродавно право треба да буде одређено у складу са оправданим очекивањима странака. Као прва одлука у том правцу истиче се одлука управо Лорда Мансфилда из 1760. године у спору *Robinson v. Bland*,²⁸⁷ која је иницирала серију прецедената почевши од 1865. године, а кулиминирала у изјави Лорда Аткинсона (*Lord Atkin*) из 1937. године, у одлуци поводом случаја *International Trustee Case*, у којој је речено:

„да је право меродавно за уговор, оно право које странке намеравају да примене. Њихова намера уколико је изричита у уговору, за суд је обавезујућа, а уколико није Суд ће њихову намеру утврђивати у складу са условима и релевантним околностима уговора“.

Две године касније ово схватање је потврђено и од стране Лорда Врајта (*Lord Wright*) у чувеном *Vita Food Case* спору.²⁸⁸

Савремено међународно приватно право, готово без изузетка, прихвата аутономију воље као примарну одлучујућу чињеницу у сфери уговорних односа.²⁸⁹ Као тачка везивања нарочито је фаворизована од стране бројних практичара у међународним пословним трансакцијама. Они сматрају да могућност да уговорне стране саме могу да одреде меродавно право доприноси ефективности, сигурности, предвидивости, и заштити оправданих страначких

²⁸⁷ У овој одлуци речено је:

„....., *Опште је правило, успостављено ex comitate et iure gentium, да се при тумачељу и извршењу уговора узима у обзир место где је уговор закључен, а не место где је тужба подигнута. Али ово правило дозвољава један изузетак, када су странке за време састављања уговора имале у виду другу краљевину.*“...

Robinson v. Bland, Виг.1077 (1760). Део одлуке цитиран према *Graveson R.*, у: Варади *et al.*, *op.cit.* стр.252.

²⁸⁸ Унтема Н., *op.cit.*, стр. 348-349.

²⁸⁹ Као примарна тачка везивања аутономија воље је прописана у: § 35 (1) Савезног закона о међународном приватном праву Аустрије, чл.116, ст.1 Савезног закона о међународном приватном праву Швајцарске, у чл.25, ст. 1 пољског ЗМПП-а, чл.24,ст.1 турског ЗМПП-а. Аутономију воље као примарно везивање познаје и наш ЗМПП у чл.19, који гласи: „за уговор меродавно је право које су изабрале уговорне стране, ако овим законом или међународним уговором није другачије одређено“.

очекивања, а у том смислу има и посебан значај за данашњу светску глобалну економију.²⁹⁰

Аутономија воље се перципира и као једноставно средство за решавање веома компликованог питања одређивања меродавног права у сфери уговорних односа, о чему говоре и речи судије Харлана:

*„уместо да гледамо на странке као на узурпаторе законодавне функције, чини се реалистичнијим да их посматрамо као оне који ослобађају суд проблема решавања сукоба закона. Судови морају подржати тенденцију која иде у смеру одређености у комерцијалним трансакцијама“.*²⁹¹

Међутим, у литератури наилазимо и на мишљење да аутономија воље представља еластично средство помоћу кога се може зависно од конкретних околности, применити оно право, које ће најчешће одговарати интересима оне уговорне стране чији је економски положај такав да може да диктира услове закључења уговора.²⁹²

Као аргумент да не треба дозволити одређивање меродавног права са ослоном на аутономију воље, у ранијој доктрини најчешће је истицан фактор несигурности. На основу анализе судске праксе уочена је различитост у судским одлукама, у оним случајевима где су судије давале значај намери уговорних страна, и закључено је да је практично немогуће предвидети поступање судова у случајевима када одлучују са позивом на аутономију воље.²⁹³ Такође, истиче се да одређивање меродавног права од стране самих странака значи да су у конкретном случају оне „законодавци“, као и да таква могућност отвара простора за избегавање иначе меродавног права.²⁹⁴

У погледу карактера, односно правне природе аутономије воље у литератури су такође постојала опречна мишљења. Наше право стоји чврсто на

²⁹⁰ Zhang M., „Party Autonomy and Beyond: An International Prospective of Contractual Choice of Law”, *Emory International Law Review*, vol.20, 2006, str.512.

²⁹¹ Visser F., „The Antagonism Between Legal Security and Searching for Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours*, 1974-II, str. 38.

²⁹² Јездич М., „Међународно приватно право“, Научна књига, Београд, 1973, стр.166.

²⁹³ Conflict of Laws: „Party Autonomy” in Contracts”, *Columbia Law Review*, vol.57. no.4, 1957, str. 571.

²⁹⁴ *Ibid*, str.572-573. Кнежевић Г., *op.cit.*, стр. 25.

становишту о колизионоправној природи аутономије воље, што значи да се изабрано право (*lex voluntatis*), примењује у целини, укључујући и диспозитивне и императивне норме изабраног права. Супротно, материјалноправна аутономија воље значи могућност да странке могу да утичу на примену диспозитивних, али не и императивних норми иначе меродавног права.

У литератури је приметно да се код уговорних односа, осим *lex voluntatis*, среће и појам „*иначе меродавног права*“. Оно ће избором бити искључено (делимично, или чак потпуно-то би требало да тврде присталице колизионоправне теорије), али неће бити и умртвљено.²⁹⁵ У одређеним случајевима, оно ограничава *lex voluntatis*. Међутим, добро би било да се схвати да ову улогу „*иначе меродавног права*“ не добија зато што је оно по вољи законодавца меродавно, већ зато што припада држави која је, по правилу, у веома блиској вези са уговором у питању.²⁹⁶

Проф. Вишер који је заступао становиште о материјалноправној природи аутономије воље, примарност ове тачке везивања у сфери уговорних односа правдао је чињеницом постојања одређеног властитог индивидуалитета уговора, односно самосталношћу уговорног права у односу на државу.²⁹⁷

Аргументи изношени против аутономије воље као тачке везивања у сфери уговорних односа нису довољни да оспоре њен значај. Настојања континуирано иду у правцу ублажавања негативних страна аутономије воље, али никако у правцу њеног оспоравања. Домаћа и страна судска и арбитражна пракса, уз мање или веће осцилације, поштују клаузуле о избору меродавног права. Ова пракса нарочито је у нашој земљи потврђена у раду трговинских судова²⁹⁸ и арбитража²⁹⁹.

Код арбитражног одлучивања намеће се и једно веома сложено теоријско питање; да ли постоји и који је то правни поредак који везује арбитра у погледу одређивања меродавног права за уговорни однос? Јер, ако постоји, онда ће тај

²⁹⁵ Кнежевић Г., *op.cit.*, 1987, стр.36.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Visser F., “The Antagonism Between Legal Security and Searching for Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours*, 1974-II, str. 38.

²⁹⁸ Решење Вишег трговинског суда, Пж.865/2005(2) од 1.9.2006., Пж. 4669/2006 од 31.7.2006. Пж.4976/2007 од 23.8.2007.

²⁹⁹ За арбитражну праксу види: Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.* стр.77.

поредак одредити и границе, односно домашај аутономије воље као колизионоправног решења.

Класично правило предвиђало је да сваки уговор мора имати своју основу у неком националном закону.³⁰⁰ Међутим, данас се аутономија воље странака да одреде материјалноправни оквир спора у којем ће арбитража одлучивати перципира знатно шире, што проширује могућност да странке поред *права*, могу да оптирају и за меродавна *правна правила (rules of law)*³⁰¹. Сходно теорији о ненационалном карактеру правила о аутономији воље, арбитража мора да следи вољу странака, јер је она правосудни орган било које државе.³⁰²

2.2. Оквири аутономије воље

Оквире страначке аутономије воље одређује полазно међународно приватно право, односно *legis fori*. По данас владајућем схватању, основ и оквир аутономије воље странака (код судског решавања спорова) налази се у колизионој норми земље суда. Уколико је воља уговорача одлучујућа чињеница као и свака друга, што је основна идеја колизионо-правног схватања аутономије странака, са једне стране, и уколико се сложимо да полазно колизионо право не може бити друго до право земље суда, са друге стране, није спорно, ово се мишљење као једино логично и намеће.³⁰³ Као и све остале тачке везивања и аутономија воље трпи извесна ограничења постављена пре свега установом јавног поретка и институтом норми непосредне примене.

У погледу ограничавања аутономије воље посебна пажња придаје се одговорима на следећа три питања: **прво** се односи на могућност примене више различитих права на различите елементе уговора, **друго** на временски моменат у коме се може одредити меродавно право, као и могућност његове накнадне

³⁰⁰ Станивуковић М., „Избор правних правила по којима ће арбитража одлучивати о меритуму спора“, *Арбитража*, бр.1/2000, стр.57.

³⁰¹ Кнежевић Г., Павић В., *op.cit.*, стр.137.

³⁰² Lew D.M., “Applicable Law in International Commercial Arbitration”, *New Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978, стр.82-84

³⁰³ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр. 26.

измене, и **треће** питање које се тиче ограничавања аутономије воље јесте питање конекситета.

Упоредноправно у одговорима на постављена питања сусрећемо различита решења. То исто не можемо рећи и за наш ЗРСЗ који се задовољио постављањем основне норме о примарности страначке аутономије воље у сфери уговорних односа, без икаквих ближих објашњења, остављајући судској пракси и доктрини да ближе одреде и обликују овај институт. У светлу наступајућих измена, сматрамо да одговори на постављена питања морају добити свој законски оквир, а што је несумњиво и учињено у Нацрту новог ЗМПП-а.³⁰⁴

Када је реч о могућности избора и примене више различитих права на различите елементе једног истог уговорног односа, у литератури познатије као установа *dépeçage* (цепање уговора, вољна мултипликација меродавних права), у модерном међународном приватном праву, а нарочито у доктрини преовладава позитиван одговор. Сматра се да аутономија воље није квантитативно ограничена што отвара могућност странкама да могу да одаберу више меродавних права. Ово становиште свакако је производ позитивног става према установи *dépeçage* усвојеног у Римској конвенцији из 1980. године.

Иначе, теорија цепања уговора има своје корене знатно раније у прошлости. Након 1906. године, она је усвојена у Швајцарској; *lex voluntatis* је могао бити меродаван само за дејства уговора, а за остала питања примењивао се *lex loci contractus*.³⁰⁵ *Dépeçage* је напуштен у швајцарској и немачкој пракси педесетих година XX века, док га је енглеска пракса примењивала у изузетним случајевима.³⁰⁶

Ранија југословенска правна теорија је у погледу овог питања, на основу тумачења Закона о поморској и унутрашњој пловидби (у даљем тексту: ЗПУП)³⁰⁷ заузимала негативан став било заснивујући своје мишљење на основу граматичког тумачења, тј. на основу чињенице да закон у вези са избором уговорног статута

³⁰⁴ Види: чл.132 Нацрта.

³⁰⁵ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр. 82.

³⁰⁶ Župan M., *op.cit.*, str. 108.

³⁰⁷ Закон о поморској и унутрашњој пловидби, "Сл.лист СРЈ", бр.12/98, 44/99, 74/99 и 73/00.

говори о *праву* у једнини, као и на основу нелогичности везане за вољну мултипликацију меродавног права.³⁰⁸

Данашња доктрина, међутим, прати светске трендове.³⁰⁹ Што се законодавства тиче, како страних тако и нашег, приметна је истоветност у (не)регулисању ове појаве. Могућност цепања уговора није изричито забрањена, и сматра се да је свесно и намерно коначна одлука препуштена судској пракси. Међутим, из појединих законских решења може се посредно закључити да је цепање уговора дозвољено, нпр. у чл.1040. ЗПУП и чл.186, ст. 1, Закона о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају (у даљем тексту: ЗОСОВС)³¹⁰. Посредно је цепање уговора дозвољено и у нашем ЗРСЗ-у, који предвиђа различите тачке везивања за форму и садржину уговора.

Што се тиче питања које се односи на временски моменат до кога странке могу изабрати меродавно право, једнако као и на могућност накнадне замене већ изабраног права, у доктрини се и по овом питању кристалише позитиван став, уз извесна ограничења која се тичу права трећих лица која су у међувремену правоваљано стечена. Тако нпр. уколико би уговорне стране код уговора о продаји накнадно изабрале као меродавно француско право (за разлику од ранијег швајцарског) према коме купац закључењем уговора постаје власник ствари, и ако би се тиме угрожавала права трећих лица (нпр. поверилаца продавца), јасно је да овакав избор не би био правоваљан према савесним трећим лицима. Када се странке накнадно споразумевају о меродавном праву могућа су три момента у

³⁰⁸ Сојановић С., „Меродавно право код уговора о пловидбеном осигурању“, *Осигурање удруженог рада*, бр.2-3., 1984, стр.28.

³⁰⁹ Варади *et al.*, *op.cit.*, стр.387-388., Кнежевић Г., *op.cit.*, стр. 63-67.

³¹⁰ Закон о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају, „Сл.лист СРЈ“, бр.12/98, 15/98. Ст.1, чл. 186 овог Закона, гласи:

„Ако се право чију су примену уговорне стране уговориле не може применити на цео уговор, или на неки од односа који проистичу из уговора, или ако стране нису изричито одредиле право које ће се примењивати, а њихова се намера о примени одређеног права не може недвосмислено утврдити ни из околности случаја, на уговор или на уговорни однос се примењује право које је с њим у најближој вези“.

Ови проблеми могу настати у највећој мери код организовања узастопног превоза, када први превозилац није предвидео све околности у транспорту до крајње дестинације. Међутим, са развијеним односима и применом савремених телекомуникационих средстава у ваздушном саобраћају, све је мање ових случајева и проблема, а са тиме и опредељења за применом права које је у најближој вези са закљученим уговором о превозу.....Хинић П., *Коментар Закона о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају-са судском и ваздухопловном праксом*, Сл. Гласник, Београд, 2002, стр.124.

којима важи меродавно право: моменат закључења основног посла, моменат постизања споразума о меродавном праву и моменат наступања спора. Доктрина је и по овом питању такође подељена. Решење се може тражити у самом меродавном праву или, ако се спроводи у некој земљи, по праву места где се питање поставља- *lex fori*. Имајући у виду да је аутономија воље подређена циљевима уређења основног правног посла и да је моменат његовог закључења у облигационом праву релевантан за примену појединих норми, исто правило *tempus regit actum* треба применити у погледу важења страног права, а то је моменат закључења основног правног посла.³¹¹

Законодавства се у овом погледу, као и у погледу момента избора права уопште, ретко изричито изјашњавају. Један такав пример представља ст.3, чл.166 швајцарског ЗМПП-а, који гласи:

„3. Избор права може бити учињен или измењен у свако време. Ако је учињен после закључења уговора, има повратно дејство са моментом закључења уговора. Тиме се не дира у права трећих лица.“

Изричито могућност накнадног избора предвиђена и у § 24 Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске. Ова могућност, уз проширење и на домен накнадне измене била је предвиђена у чл.7, ст.2, Хашке конвенције о међународној продаји робе из 1986. године, обзиром да је овом одредбом дозвољавана могућност да странке могу накнадним споразумом изменити меродавно право за уговор у целини, или за један његов део (чиме је посредно дозвољен и *depecage*). Ограничења су се састојала у томе што накнадна измена не може утицати на формалну ваљаност уговора нити на права трећих лица. У суштини, Конвенција из 1986. године твори специфично „униформно правило“ (као и чл.3, ст.2 РК): пуноважност измене меродавног права неће се ценити нити по иницијално меродавном праву, нити по накнадно меродавном праву, већ аутономно у складу са правилима Конвенције.³¹²

Међутим, иако савремено међународно привано право иде у правцу који странкама дозвољава накнадни избор меродавног права, пожељно је да се избор

³¹¹ Пак М., *op.cit.* стр.326.

³¹² Dicey, Morris, *op.cit.*, str.883.

учини у знатно ранијем моменту, и то иницијално, током преговора или у време закључења уговора како би се отклонила неизвесност у погледу једног веома значајног питања. Што се накнадне измене тиче, поставља се питање до ког момента је ова могућност дозвољена? Сматрамо да таква могућност постоји и у току поступка, дакле и пред судом, што је мишљење које подржава како ранија југословенска³¹³, тако и наша садашња доктрина³¹⁴.

Треће питање заслужује посебну пажњу, обзиром да се принцип најближе везе јавља у смислу ограничавања аутономије воље. Међутим, за разлику од принципа најближе везе који представља основ како генералне, тако и специјалних клаузула изузетака, који коригује резултате објективних тачака везивања, али ни на који начин не може кориговати меродавно право утврђено на основу страначког споразума као субјективне тачке везивања, принцип најближе везе, формулисан као услов конекситета може стајати као ограда управо аутономији воље странака.

2.2.1. Услов конекситета или најближа веза у функцији ограничавања аутономије воље

Још од времена доношења ЗРСЗ-а наша судска пракса и доктрина стоји на становишту да странке могу слободно уговорити примену одређеног права, чак и уколико дати случај са њим не стоји ни у каквој вези.³¹⁵ Супротан став био би погрешан јер би могао да спречи закључивање погодних уговора за наша правна и физичка лица.³¹⁶ Иако наша садашња, па и ранија доктрина стоји на становишту неограничене аутономије воље, било је и супротних мишљења. У прилог ограничавања аутономије воље залагао се проф. Јездић, а своје становиште правдао је аргументима да ограничена аутономија воље отвара већу могућност за лакше сазнање права које треба применити на уговорне односе са страним

³¹³ Матић Ж., „Меродавно право за уговоре према Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља из 1982. године“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, бр. 2-3, 1985, стр. 215.

³¹⁴ Варади *et al.*, *op.cit.*, стр.385.

³¹⁵ За аргументацију види: Варади *et al.*, стр.382-384.

³¹⁶ Пак М., „Нове тенденције у међународном приватном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-4, 1983, стр.550.

елементом, као и заинтересованошћу других држава за регулисањем ових односа.³¹⁷

Компаративно посматрано, конекситет се као услов за избор меродавног права захтева у чл.25. ст.1, пољског закона:.... „*странке могу уговорни однос подвргнути под изабрано право, ако је то право у вези са уговорним односом*“. Ограничење уз услов конекситета прописује и одредба § 187 Restatement-a II, која гласи:

„.....на уговоре се начелно примењује право које су странке изабрале, али то право неће бити примењено ако је то право државе која са странкама нема никакав битни однос (*substantial relationship to the transaction*), односно ако би примена тог права била супротна „*основним принципима*“ (*fundamental policy*).“

Ипак, дозволиће се и избор права који нема такве везе, ако странке имају оправдани основ (*reasonable basis*), за такав избор“.

Стварну односно разумну везу између *lex autonómiae* и меродавног права захтева још и право Енглеске, Аустрије, као и у Португала. У чл.41 португалског ГЗ-а, као услов за правовањаност избора, између осталог, захтева се и да он (страначки избор) произилази из неког „*озбиљног интереса уговарача*“.³¹⁸

Још су стриктнија ограничења аутономије воље када домаће право допушта једино избор једног са листе закона који су унапред у домаћем закону такстативно набројани (нпр. избор између закона државе у којој је уговор закључен или у којој треба да буде извршен, итд). Тада се право странака претвара у обавезу, уколико оне не желе да њихов однос буде регулисан помоћу неке из категорије објективних тачака везивања или коришћењем критеријума најближе везе на бази тих истих околности.³¹⁹

Конекситет као услов, захтеван је и у ранијој пракси швајцарског Савезног суда, а услов је формулисан као „*постојање разумног интереса за применом*

³¹⁷ Јездић М., *Међународно приватно право I*, Научна књига, Београд, 1973, стр.169.

³¹⁸ Рочкомановић М., „Принцип најближе везе и решавање случајева међународног приватног права-од базичне идеје до реализације сврхе колизионих норми“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2007, стр. 18.

³¹⁹ *Ibid*, стр.19.

изабраног права“. За разлику од праксе, швајцарски Савезни Закон из 1987. године ову категорију не познаје.

На овом месту сматрамо веома интересантним излагање проф. Муминовића о односу између питања конекситета и принципа најближе везе које он образлаже у својој докторској дисертацији.³²⁰ Он сматра да је постављање услова конекситета инспирасано настојањима да се уважавањем објективних везаности очува принцип колизионе правичности који се операционализује утврђивањем принципа најближе везе у сваком конкретном случају. Стога се логички и намећу следећа питања: да ли препуштање избора меродавног права странкама и њиховој слободној вољи истовремено значи и напуштање принципа најближе везе? И да ли услов конекситета служи очувању поштовања принципа најближе везе, макар у свом минималном капацитету? Сматрамо да су негативни одговори на постављена питања исправни, из разлога што, како то аутор образлаже: *....., да би се могло закључити да аутономија воље, додуше може обеснажити принцип најближе везе, али да то у пракси неће бити чест случај. Коначно, ако принцип најближе везе служи да се одређивање меродавног права учини правичним, „бољим и кориснијим“, и на тај начин заправо на колизионном нивоу штити интересе и оправдана очекивања странака, не би га требало сматрати угроженим од начела аутономије.....Стога се заиста однос принципа најближе везе и принципа аутономије воље, појављује као однос општег према посебном“.*³²¹

Уз овај закључак додајемо и да међународно приватно право, на данашњем ступњу развоја нема за циљ очување *само* колизионе правичности, све се више и за ову област права везује и циљ очувања материјалне правичности, а то су свакако она решења која задовољавају оправдана очекивања странака и штите у првом реду њихове интересе.

Међутим, данашња ограничења аутономије воље правдају се, пре свега, материјалном правичношћу. Све је већи број држава које садрже посебне одредбе којима се ограничава страначка аутономија код појединих врста уговора. Према чл.121. ст.3, швајцарског Савезног закона код уговора о раду странке као меродавно могу изабрати било право државе у којој радник има редовно

³²⁰ Муминовић Е., *op.cit.*, стр. 245.

³²¹ *Ibid*, стр. 251.

боравиште, или право државе у којој послодавац има седиште или пребивалиште или редовно боравиште. Избор права ван законом датих алтернатива сматрао би се ништавим и у том случају приступило би се одређивању меродавног права на основу објективних тачака везивања. Овај вид заштите предвиђен је у чл.120 и за потрошачке уговоре. На једном квалитативно високом нивоу заштита потрошача је регулисана новим македонским ЗМПП-ом из 2006. године. Нацртом нашег новог Закона потрошачи, путници и радници такође уживају посебну заштиту.³²² Сличне одредбе садрже и дуге националне кодификације у области међународног приватног права у готово свим европским државама.

Ова заштита сасвим је доследно спроведена и у савременом међународном приватном праву ЕУ, којим су овакве заједнице заштићене, не толико због самих појединаца, већ превасходно из економских разлога. На тај начин жели се подстаћи потрошња и размена добара међу државама чланицама као и једноставнији и (правно) заштићен проток радне снаге.³²³

2.3. Изричит и прећутна аутономија воље

Споразум о избору меродавног права може бити изричит и прећутан. Изјава воље о меродавном праву има један или други облик у зависности од тога да ли су уговорне стране у самом уговору унеле клаузулу о избору меродавног права, или су се касније о томе договориле, или на избор одређеног права указују одредбе уговора или околности везане за уговор.³²⁴

Избор учињен *expresis verbis* у форми уговорне клаузуле је најсигурнији начин за избор меродавног права. На изричит избор учињен након закључења уговора, наша доктрина је различито гледала.³²⁵

³²² Види чл.135, 136 и 137 Нацрта.

³²³ Кнез Р., *op.cit.*, стр. 90.

³²⁴ Крвавац М., „Одређивање меродавног права за уговоре“, *Актуелна питања савременог законодавства-Дванаести будвански правнички дани*, Београд, 2006, стр.264.

³²⁵ Стање у законодавству је тако да важећи ЗРСЗ не говори изричито о томе када странке могу изабрати меродавно право за свој уговорни однос. У Нацрту је овај пропуст исправљен, па тако у ст.4, чл.132 Нацрта, стоји:.....“*уговорне стране се могу у свако доба споразумети да изаберу меродавно право или да промене већ изабрано меродавно право*“. Обзиром да ова одредба недостаје у важећем Закону, у доктрини постоји мишљење, по коме избор права учињен после закључења уговора не би могао бити ваљан, пошто странке морају у часу закључења уговора

Што се прећутног избора тиче, не ретко се и у самим кодификацијама, одредбом којом се поставља примарно правило за уговорне односе, одређују и модалитети односно начини његовог формулисања, на пример: § 35 (1) аустријског ЗМПП-а³²⁶, ст.1, чл.27 немачког Закона³²⁷ и ст.2, чл.116, швајцарског Савезног закона³²⁸, у којима је садржана одредба о могућности прећутног избора права.

За разлику од ових примера важећи ЗРСЗ не садржи одредбу о могућности прећутног избора. Творци закона предвиђали су у Тезама из 1971. године (теза 21) и Нацрту из 1974. године (чл.19) и могућност прећутног избора меродавног права. Мишљења изражена у поступку јавне расправе била су, осим једног, сва у корист могућности и прећутног избора меродавног права. Законодавац се напослетку одлучио за текст у коме се стоји.... *“за уговор је меродавно право које су изабрале уговорне стране”*³²⁹. С обзиром на то да у законском тексту нема посебних рестрикција у погледу начина избора меродавног права, а да је Нацртом из 1981. године, била предвиђена могућност прећутног избора, сматра се да је и према нашем закону прећутан избор дозвољен и довољан.³³⁰

Једнако је и наша пракса имала афирмативан став када је у питању могућност прећутног избора меродавног права.³³¹ У прошлости, југословенски

имати у виду правни оквир остварења њиховог уговора (ово мишљење наводи али га не одобрава проф. Катичић).....Муминовић Е., *op.cit.*, fn.485.; али, је доктрина углавном наклоњенија мишљењу да је избор права могуће учинити и касније, у неком тренутку након закључења уговора.....Дика, Стојановић, Кнежевић..... *op.cit.*, стр. 74.

³²⁶ Параграф гласи: *„Облигациони односи који не улазе у поље примене Конвенције од 19.06.1980. о меродавном праву за уговорне односе одређују се по праву које странке изричито или прећутно одреде“*.

³²⁷ У овом члану поставља се захтев да се прећутна аутономија мора темељити на чврстим, и што је могуће мање „квалификабилним“ везним околностима.....Муминовић Е., *op.cit.*, стр. 202.

³²⁸ Одредба члана гласи: *„Избор права мора бити изричит или на сигуран начин произилазити из одредаба уговора или околности; осим тога, за њега је меродавно изабрано право.“*

³²⁹ Види: чл.19 ЗРСЗ-а.

³³⁰ Стојановић С., „Аутономија воље странака у области уговорних обвезних односа“, *Привреда и право*, vol.27, 1988, 9-10, стр. 742.

³³¹ *Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 120/2005 од 17.2.2005. године*. Из образложења: „Неосновано тужени по први пут у жалби оспорава примену домаћег права као меродавног. Одредбом чл.19 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља је прописано да је за уговор меродавно право које су изабрале уговорне стране, ако овим законом или међународним уговором није другачије одређено. Постоје два начина одређивања меродавног права: изричит и прећутан. Изричитог споразума о избору меродавног права у конкретном случају нема. Под прећутном аутономијом треба подразумевати ситуацију у којој суд из околности случаја закључује да су уговарачи имали у виду једно право као меродавно за њихов уговор мада га нису поменули. Као индиција преко које суд може доћи до закључка о сагласности воља странака о меродавном праву јесте и избор суда једне земље. Тужилац се у конкретном случају определио за избор суда

судови су придавали значај прећутном избору, под условом да из понашања уговорних страна јасно произилази да су оне имале на уму примену тачно одређеног права.³³²

По својој дефиницији, прећутан избор права јесте заправо правна конструкција која је резултат једне дубље аналитичке процене свих релевантних околности конкретног случаја, а за коју савремена пракса нужно захтева одређени степен вероватноће односно сигурности.

Бројне су индикације на основу којих суд или арбитража изводи закључак о постојању прећутног избора: избор суда одређене земље односно арбитраже са седиштем у некој земљи, позивање на локалне трговачке обичаје или законе неке земље, коришћење типских уговора или општих услова пословања заснованих на праву одређене земље, избор језика уговора, употреба термина или правних института карактеристичних за право одређене земље, изричито уговарање заједничког места испуњења уговора или места његовог закључења, заједничка националност или седиште уговарача, избор валуте уговора.³³³ Не можемо а да се на овом месту не отмено утиску да практично квалитативно и квантитативно једнак број индикација судови и арбитраже узимају у обзир и онда када одлучују на основу принципа најближе везе као оквирне тачке везивања, но о томе више речи у излагању о супсидијарном везивању у уговорним односима.

За разлику од праксе која подржава концепт прећутног страначког избора, теорија не гледа благоданом на могућност прећутног избора. Окосницу критике представљају аргументи да се прећутним избором меродавног права озбиљно нарушава правна сигурност, и да је она погодна средство за манипулацију у рукама економски јачег преговарача.³³⁴

Када се говори о начину формулисања страначке аутономије, у литератури се наводи још једна „врста“ аутономије воље, а то је хипотетичка аутономија

земље туженог па се има сматрати да се ради о прећутном избору права земље туженог које је првостепени суд правилно применио. Оспоравања туженог у жалби усмерена су на пролонгирање поступка, а да при том тужени не пружа доказ да би примена иностраног права била за њега повољнија, нити да постоји споразум о примени иностраног права. Да у конкретног случају треба применити право земље седишта туженог, тужилац не спори ни у жалби, с тим што сматра да би требало применити друге одредбе ЗОО-а.“

³³² Šarčević P., “The New Yugoslav Private International Law Act”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 33, br.2, 1983, str.292.

³³³ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр.55-56.

³³⁴ *Ibid*, стр. 52-55.

воље. Реч је о негативном избору (обзиром да нема ни изричитог, нити прећутног избора), односно претпостављеном избору, који би странке требало да учине, као разумни привредници и трговци, да су о томе мислили. На овом месту, можемо закључити, да не може више бити говора о „субјективној повезници“, јер се проблем везивања решава на терену објективних везаности, при чему оцена значаја појединих везаности *in ultima linea* зависи од субјективног уверења судије.³³⁵ Детерминисање хипотетичке аутономије воље наводи на закључак да хипотетичка аутономија воље заправо и није воља, већ је у питању воља судије односно арбитра да се у конкретном случају примени дато право уз образложење да би се овакав избор нашао у домену воље странака да су саме странке о томе мислиле. На овај начин концепт хипотетичке воље ближи је принципу најближе везе него аутономији воље као субјективној тачки везивања. Међутим, сматрамо исправним став који смо изнели везано за расправу о принципу најближе везе као тачки везивања³³⁶, којим се иста дефинише као „субјективно-објективну тачку везивања“, која се од аутономије воље разликује по томе што субјективни елемент није у рукама странака, већ судије односно арбитра. У правној доктрини концепт хипотетичке воље изложен је бројним критикама, а у пракси можемо рећи да је готово у потпуности напуштен. Хипотетичка воља се у прошлости користила као оправдање за нека колизиона мерила субсидијерног карактера, као што су место закључења или место извршења уговора.³³⁷

³³⁵ Муминовић Е., *op.cit.*, стр. 202.

³³⁶ Види одељак 2.2. (*Део I*).

³³⁷ Пак М., *op.cit.*, стр. 300.

3.СУПСИДИЈАРНО ВЕЗИВАЊЕ У УГОВОРНОМ СТАТУТУ

Из шематског приказа можемо закључити да постоје веома велике разлике у конципирању тачке везивања за случај када се странке нису служиле аутономијом воље, односно када нису саме изабрале меродавно право. Коначан израз супсидијарног везивања у појединим европским државама резултат је дуге и неконзистентне еволуције.

У периоду кодификације норми међународног приватног права, при чему се мисли на период који обухвата последње три деценије прошлог века, уочавају се три модела у правцу решавања овог веома компликованог питања.

Један модел заснива се на формулисању отвореног колизионог правила где се супсидијарно везивање јавља као оквирно везивање засновано на руководним принципима, други модел одликује постављање чврстих колизионих правила, најчешће са ослоном на теорију карактеристичне престације, која у државама које су раније прихватале *lex loci solutionis* представља његов коначни израз, а трећи или мешовити модел базира се на комбинацији начела најближе везе и теорије карактеристичне престације.

3.1. Отворено супсидијарно везивање-руководни принципи

Најзначајнији представници групе земаља које се опредељују за руководне принципе у уговорном статуту јесу свакако Енглеска³³⁸ и САД.

Својеврсни традиционални аутентични енглески концепт, у правцу одређивања меродавног права у сфери уговорних односа, пре ратификације одредби РК, јесте већ помињани „*proper law of the contract*“ концепт. Суштина

³³⁸ У Енглеској је 1.априла 1991. године ступио на снагу Contracts (Applicable Law) Act, путем кога су преузете одредбе Римске конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе.

овог концепта јесте да сваки уговор има свој „*proper law*“, чак и онда када нема изричите клаузуле о избору меродавног права.

У најкраћем, овај концепт подразумевао је три елемента у правцу одређивања меродавног права: 1) изричита намера странака, 2) претпостављена намера странака, и 3) принцип најближе везе.³³⁹

Поједини аутори, као што је на пример Вестлејк (*Westlake*), су под концептом „*proper law of the contract*“, подразумевали само његов трећи елемент, дефинишући концепт као: „*the system of law of which the transaction has its closest and most real connection*“. То значи да ће се, у конкретном случају, на одређени уговор применити оно право које са њим (уговором) стоји у „*најближој вези*“. Највећи проблем овог отвореног правила јесте био у његовој примени на конкретан случај.

Окосницу проблема представљала је тачка у којој треба одредити меродавно право онда када експлицитног избора странака нема. Да ли се одлучити за претпостављену намеру странака или се ослонити на принцип најближе везе? Ранија енглеска судска пракса јесте најбољи доказ тврдњи да не постоји јасна граница између хипотетичке аутономије и принципа најближе везе. Доктрина и пракса енглеског права ослањала се на претпостављену вољу уговарача, а у својој еволуцији кретала се од субјективног ка објективном проблему одређивања уговорног статута.³⁴⁰

Ако се остави по страни историјски значај који је у енглеском праву оставио концепт „претпостављене намере странака“, доктрина је била свесна чињенице да и концепт „најближе везе“ као отворено колизионо правило јесте разлог правне несигурности и непредвидљивости решења, па је стога предлагала увођење одређених претпоставки које би конкретизовале концепт „најближе везе“. Први предлог у погледу претпоставки дао је Дајси (*Dicey*) давне 1896. године, а готово век касније, 1980. године, решење за проблем меродавног права, а са ослоном на претпоставке промовише и Морис (*Morris*).³⁴¹ Наиме, *Morris*

³³⁹ Lowenfeld A., “Conflict of Laws English Style Review Essays”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.37, str.380., За сличну дефиницију “*proper law*” концепта види у: Robertson A.H., *Characterization in the Conflict of Laws*, 1940, str.226.

³⁴⁰ Кнежевић Г., *op.cit.*, 161.

³⁴¹ Lando O., *The Conflicts of laws of contracts. General Principles, Recueil des Cours d’Academie de droit international*, vol. 189,1984, VI str. 21.

говори више о околностима којима судови могу дати значај, а не о претпоставкама у правом смислу те речи. Једна од веома важних околности јесте свакако *lex loci solutionis*.³⁴² Овај аутор је критикујући Маново (*Mann*) залагање за субјективни концепт у потрази за меродавним правом изнео бројне аргументе, са циљем да докаже да је ослонац на „претпостављену намеру странака“ заправо заблуда која се ослања на аргумент традиције, наводећи да постоји јасна разлика између оног шта судије кажу и онога како они заправо у пракси поступају, али да та разлика није фундаментална већ само формална јер дефинише приступ у тражењу решења, никако не утичући на његове резултате.³⁴³

Када је заузет објективан став судови су напустили терминологију „претпостављене воље“ и почели да се служе термином „најближа веза“, а да истовремено није регистрована нека битнија промена у околностима на којима се заснива избор.³⁴⁴ Или како закључак исправно намеће: „*можда је најзначајнија карактеристика ових измена повећана тежња за статутарним правилима која би заменила правила common law-a*“.³⁴⁵

Не треба заборавити, да се у међувремену за објективни концепт у потрази за меродавним правом залагао истакнути аутор Чешајр (*Cheshire*). Његова резоновања формулисана су у оквир теорије о „*центру гравитације*“. Сматрао је да везе уговора са потенцијално меродавним правом могу бити бројне и разноврсне, а да је центар гравитације оно место где је концентрација ових веза најгушћа. Међутим, веома значајно место и у његовој теорији заузима претпостављена намера странака која се узима као веома значајан индикатор у потрази за меродавним правом, с тим што се она мора кретати у оквирима фактора локализације. Наиме, рећи да су странке слободне да изаберу фактор локализације, није исто што и рећи да су оне слободне да изаберу меродавно право (*to say that the parties are free to choose localizing elements it is not the same as saying that they are free to choose the proper law*).³⁴⁶

³⁴² Dicey, Morris, *Conflict of Laws*, London, 1980., str. 813.

³⁴³ Morris J.H.C., “The Proper Law of Contract: A Replay”, *The International Law Quarterly*, vol.3, no.2, 1950, str. 197-207.

³⁴⁴ Lord Simons u Bonyton v. Commonwealth of Australia, 1951, *cit.u.*: Кнежевић Г, fn. 608.

³⁴⁵ Morris J.H.C., preface to 10th ed. of Dicey and Morris, *cit.u.*: Šarčević P., *op.cit.*, str.283.

³⁴⁶ Mann F.A., “The Proper Law of the Contract”, *The International Law Quarterly*, vol.3, no.1,1950, str.68.

САД се традиционално сврставају у круг земаља који се одређује за руководне принципе, а не за правила у правцу одређивања меродавног права и то не само у материји уговорних односа.

У овој области ранију легислативу САД-а није карактерисало јединство решења у погледу субсидијарних тачака везивања. У предвечерје Првог Зборника посвећеном сукобу закона, његов творац је 1935. године написао: „*једанаест држава, или можда и десет више, усваја lex loci contractus; седам држава или можда још две више усваја lex loci solutionis (под којим се подразумева место извршења уговорне обавезе); осам држава или можда још четири више (заједно са четрнаест других или можда још две више које још увек код уговора о пружању услуга) усвајају концеп „претпостављене намере странака“*“.³⁴⁷ Још је случај *Pritchard v. Norton* из 1882. године показао да се „претпостављена намера странака“ може довести у везу са питањем одређивања меродавног права за уговоре. Међутим, аутономија воље је уопште, у првом Зборнику, била веома ограничена. Проф. Бил (*Beale*) је сматрао да она заправо „*даје странкама могућност да учине један легислативни акт*“³⁴⁸.

На темељу критике решења из Првог Зборника аутономија воље заузима право место у Другом Зборнику права из 1971. године, који у § 187 садржи одредбу у којој се утрђује њена примарност као повезнице у правцу одређивања меродавног права.³⁴⁹

Међутим, аутономија воље странака није за разлику од континенталног концепта закљон од сваке корекције (изузев јавног поретка, подвукао аутор). Постоји у уговорној сфери, једна веома значајна разлика између америчког и

³⁴⁷ Beale J., *A Treatise on the Conflict Laws*, 1935, 1173.

³⁴⁸ Currie D. *et al.*, *op.cit.*, str.105.

³⁴⁹ Истина у поређењу са решењима на европском континенту, али и у оквиру *common law* система, аутономија воље трпи већа ограничења у том смислу што у § 187 (2) стоји:

„*право изабрано од стране уговорних страна ће регулисати њихова уговорна права и обавезе, чак и и ако поједино питање странке нису експлицитно обухватиле изричитом одредбом у свом споразуму, осим уколико*

а) изабрано право нема субстанцијалне везе са странкама или трансакцијом и уколико не постоји разумна основа за страначки избор, или

б) уколико је тако одређено меродавно право у супротности са интересима државе чије би право у одсуству страначког избора иначе било меродавно, а у складу са § 188 Restatements.”

Међутим, сматрамо да се оправдано критикује овакво решење, из разлога што иако је његов мотив да се заштити правна сигурност и предвидивост решења, оно томе не доприноси. Увођење појмова „*субстанцијалне везе*“ одн. „*разумне основе*“ не даје и конкретне одговоре шта се под њима подразумева, већ супротно отвара исти ако не и већи простор за правну несигурност.

континенталног концепта. У америчком концепту, може се рећи да принцип проксимитета лимитира страначку аутономију воље.³⁵⁰ Такав закључак добијамо и на основу тумачења § 187 Зборника из 1971. године.

Но вратимо се сада на питање коме у овом одељку посвећујемо пажњу, а то је питање супсидијарних тачака везивања. Како поступају амерички судови онда када страначког избора меродавног права нема? Други Зборник права у § 188 упућује на концепт „најзначајније везе“ (*the most significant relationship*), при чему се тражи „најзначајнија веза“ било у односу на уговорну странку или у односу на саму трансакцију. Примена ове одредбе захтева и узимање у обзир § 6 у коме су постављени већ поменути Принципи сукоба закона. Према § 188 (2), при доношењу одлуке о меродавном праву судије нарочито морају обратити пажњу на:

- а) место закључења уговора,
- б) место где су вођени преговори,
- ц) место извршења уговора,
- д) место где се налази предмет уговора, и
- е) домицил, боравиште, држављанство, место оснивања или место пословања странака.

Сви ови контакти морају бити процењивани у складу са њиховим релевантним значајем у односу на свако појединачно питање.

Према § 188 (3) уколико се место где су вођени преговори поклапа са местом у коме се уговор извршава, право те државе ће се у највећем броју случајева применити као меродавно, осим уколико је другачије није прописано у § од 189-199 и § 203.³⁵¹

У области уговора једнако је важна и одредба у § 196, која одређује шта ће се сматрати за „*the most significant relationship*“ када је реч о уговорима о пружању услуга. Претпоставка да је уговор у најзначајнијој вези са правом државе у којој се пружају услуге јесте оборива. Уколико постоје значајније везе са неком другом државом различитом од оне на коју указује претпоставка, примениће се право те друге државе.

³⁵⁰ Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, str.28.

³⁵¹ Види: § 188 *Restatement-a II* из 1971. године.

Уопштено говорећи, у Другом Зборнику посвећеном сукобу закона преплићу се два процеса, у којима суд: 1) бира презумптивно меродавна права у оквиру одговарајућег *jurisdiction-selecting* правила, и 2) тестира овај избор у односу на принципе постављене у § 6, а у светлу релевантних контаката конкретизованих генералном одредбом у § 188.³⁵²

У пракси, тешкоће у процени тежине презумптивних правила, остављају простора да судови третирају претпоставке у два правца. Већина судова посвећује незнатну пажњу датим претпоставкама, доносећи своје одлуке на бази сопствене процене принципа постављених у § 6 Restatement-a II.³⁵³ Остали судови поступају супротно, мало или нимало пажње се придаје § 6, а презумпције се третирају као готово необориве. За ове друге Други Зборник права је нешто мало више од измењене верзије Првог Зборника.³⁵⁴

Следећи пример говори нам како поступају амерички судови у анализи и потрази за правом на које указује концепт „*most significant relationship*“. Реч је о случају *Wood Bros.Homes, Inc.v. Walker Adjustment Bureau*, из 1979. године.³⁵⁵ Тужилац *Walker Adjustment Bureau* је поднео тужбу у држави Колорадо против туженог *Wood Bros.Homes, Inc* којом је захтевао оснаживање уговора између *Walker*-овог асигнатора, *Freda Gagon* и *Wood*-а. Првостепени суд је позивајући се на колизионе норме државе Колорадо, означио као меродавно право државе Новог Мексика, сходно чијим супстанцијалним правилима није било могуће оснажити уговор. Другостепени суд је на основу жалбе која је поднета 1978. године одлучио другачије, сматрајући да правилима *Restatmenta II*, треба применити право државе Колорада које омогућава оснажење уговора. Судија *Hodges* је у врховној инстанци, када се овај предмет 1979. године нашао пред Врховним судом, сматрао да другостепени-жалбени суд није правилно поступао када је као меродавно одредио право државе Колорада.³⁵⁶

³⁵² Currie D. *et al.*, *op.cit.*, str.. 208.

³⁵³ Borchers, „Courts and the Second Conflicts Restatement: Some Observation and An Empirical Note“, *Md. L. Rev.*, 1232, 56, 1997, *cit.u*: Currie D. *et al.*, *op.cit.* str. 226.

³⁵⁴ *Ibid*, str.227.

³⁵⁵ *Ibid*, str. 221.

³⁵⁶Укратко чињенице предмета биле су следеће: *Freda Gagon*, који је имао пребивалиште у Калифорнији, закључио је уговор са *Wood*-ом, делаверском компанијом чије се седиште налазило у Колораду, којим се обавезао да ће обавити грубе столарске радове у *Wood*-овом апартманском комплексу у Албуркеркуу у држави Нови Мексико. Преговори су вођени у Калифорнији, Колораду

Прво, а за нас значајно питање са којим се судија Hodges сусрео јесте да ли је нелиценцирани извођач радова у Новом Мексику дужан да надокнади штету због раскида уговора за радове који се имају извести у Новом Мексику? Примена права државе Колорадо резултирала би у правцу позитивног одговора, али примена права Новог Мексика давала би негативан одговор на постављено питање. Стога је пре свега било неопходно одредити меродавно право за ово питање. Према традиционалним колизионим правилима право места настанка уговора регулише питања везана за форму уговора, док право места извршења уговора регулише питања извршавања уговорних обавеза. Ова правила се у конкретном случају показују у потпуности нефлексибилним, јер воде до неадекватног и неправичног резултата. Судови су с тога били често приморавани да користе различите механизме одступања како би дошли до правичног резултата. Судија Hodges закључује да традиционална колизиона правила нису у стању да обезбеде предвидљивост и униформност резултата што је био и њихов првенствени смисао. У том смислу он упућује на одлуку у предмету *First National Bank v. Rostek*, из 1972. године.

Када се већ сусреће са питањем меродавног права, судија напомиње да је главни циљ правила садржаних у *Restatement II* да локализују државу која са датим (конкретним) питањем има најзначајнију везу („*most significant relationship*”). У анализи и потрази за најближом везом треба се ослонити на унапред постављене принципе садржане у § 6 и § 188 *Restatement II*. У конкретном случају треба применити и друге одредбе Одељка 8 *Restatement II* (који се односи на специфичне врсте уговора), конкретно § 196 који се односи на уговоре о пружању услуга. Наведени параграф гласи:

и Новом Мексику. Gagon је започео рад пре 22 августа, 1972. године, што је био датум закључења уговора који је потписан у Колораду.

Убрзо након што је Gagon започео са радом, инспекција Новог Мексика наредила је обустављање радова из разлога што Gagon није имао мексичку грађевинску лиценцу. Закон о лиценцирању грађевинских предузећа Новог Мексика изричито је забрањивао ангажовање у пословима грађевине без претходно прибављене лиценце од стране надлежне државне комисије. Wood је одмах једнострано раскинуо уговор са Gagon-ом и одбио да га исплати, иако је Wood већ исплатио отприлике 27.000 \$ радницима Gagon-а за послове који су они већ завршили. Walker је онда, као Gagon-ов цесионар поднео тужбу суду у Колораду тражећи надокнаду од Wood-а, позивајући се једнако на одредбу уговора и на основ теорије највеће вредности.

„Пуноважност уговора о пружању услуга као и права насталих на основу њега, цениће се, у одсуству изричитог страначког избора, у складу са правом оне државе где се услуге имају пружити, или где се има пружити већи део услуга, осим уколико, а поштујући специфичност одређеног питања, право неке друге државе а на основу принципа одређених у § 6 не стоји у значајнијој вези са трансакцијом или странама, у ком случају ће се као меродавно применити то право“.

Ефекат § 196 јесте да креира претпоставку да је држава где се услуга има извршити јесте држава са којом постоји најзначајнија веза, а по питању пуноважности уговора о пружању услуга (*validity of the contract*). Ако најзначајнија веза постоји са неком другом државом, онда се право те државе има применити.

Другостепени суд је сматрао да са ослоном на правила *Restatments II* право државе Колорада треба да буде одређено као меродавно, а на основу “*rule of validation*”, а са чим се судија Hodges није слажио.

Интерес државе Колорадо у оснаживању уговора и заштити оправданих страначких очекивања је означен као водећи принцип приликом одређивања меродавног права у сфери уговорних односа. Међутим, иако су ови интереси јаки, то још не значи да они преовлађују над осталима.

Новомексички Закон о лиценцирању грађевинских предузећа прописује обавезан систем лиценцирања особа ангажованих у извођењу радова у Новом Мексику. Сходно чл.60-13-4, Закон је донет како би заштитио грађане Новог Мексика од „*нестандардних и опасних грађевина.....и обезбедио заштиту од фискалне неодговорности особа укључених у послове трговине и градње.*“ Потенцијални извођачи радова морају поднети доказ о солвентности, о познавању прописа у области грађења, о регистрацији, полагаати испит, и не смеју бити инволвирани у илегалне послове у Новом Мексику. Онај ко гради без потребне дозволе биће кривично одговоран, а уједно биће спречен да тражи и судску заштиту у погледу надокнаде штете коју је таквим послом претрпео.

У овом случају интерес државе Новог Мексика преовладава над интересом оправданих очекивања странака, из чега следи да претпоставка из § 196 треба да буде занемарена. Овај закључак је и у складу са § 202(2) *Restatments II* којим је

предвиђено да „када је обавеза непуноважна у месту извршења, обично се и самом уговору оспорава пуноважност“.

У погледу решења у САД значајно је напоменути и чл.9 Интер-Америчке конвенције о меродавном праву за међународне уговоре из 1994. године, која је (запажамо) донета само неколико година након усвајања Римске конвенције на европском континенту. Са ослоном на овај члан, одређује се меродавно право онда када се странке нису служиле аутономијом воље. Конвенција усваја већ познати концепт „најближе везе“ (*closest ties*), а значајно за ову конвенцију јесте да напушта формулу “карактеристичне престације“. Новина је то што је у ст.2, чл.9 назначено да се приликом одређивања меродавног права мора водити рачуна и о „основним принципима међународног трговачког права“.³⁵⁷ Позивање на правила *lex mercatoria* имало је веома велики значај у правцу хармонизације приватног права на међународном нивоу, а корелативно је са активношћу UNCITRAL-а, који ову улогу деценијама веома успешно обавља.

3.1.1. Принцип најближе везе као тачка везивања у уговорном статуту

Претеча принципу најближе везе у земљама континенталне правне традиције била је хипотетичка аутономија воље.

Увођењем теорије хипотетичке аутономије воље (*hipotetischer Parteinville*) Немачка се, у једно време, сврстала у круг земаља које су се одређивале за руководне принципе. Ослон на доктрину хипотетичке воље странака, водио је флексибилизацији супсидијарног везивања, а судови су меродавно право тражили: „у намери коју би странке као разумни људи имали да су мислили о томе које ће право као меродавно применити на свој уговор“.³⁵⁸ У делу немачке доктрине овај приступ судске праксе био је оштро критикован.³⁵⁹

³⁵⁷ Burman H., „International Conflict of Laws, The 1994 Inter/American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.28, 1995, str. 382.

³⁵⁸ Lorenzen E.G., „The conflict of Laws of Germany“, *The Yale Law Journal*, 1931, str.410.

³⁵⁹ Навешћемо пример једног спора у коме је суд одлучивао са ослоном на хипотетичку вољу, и одлуку у том спору која је била повод критике: Пример преузет у: Чоловић В. *Практикум за међународно приватно право*, Српско Сарајево, 2002, стр. 153.....Тужилац велетрговац вином из Бордоа, продао је туженом извесну количину вина са обавезом да је испоручи у седишту туженог

Може се закључити да су немачки судови, почетно, меродавно право одређивали у три корака: 1) најпре, са ослоном на изичиту или прећутну вољу; 2) хипотетичка намера (суд тражи право које би странке изабрале, да су о томе размишљале када су склапале уговор); 3) место извршења уговорне обавезе.³⁶⁰

И француска судска пракса се у потрази за меродавним правом, а нарочито у ранијем периоду, ослањала на претпостављену намеру странака.³⁶¹ За објективизацију приступа значајна је Батифолова (Batiffol) теорија „локализације уговора“. Сматрајући да се воља странака мења од случаја до случаја, он се залагао за критеријум економске функције уговора као за решење које представља значајан помак ка предвидљивост и правној сигурност у сфери уговорних односа.³⁶² Разлог за објективизацију приступа јесте у олакшавању поступка признања и повећању броја признатих страних одлука, а у циљу ојачавања концепта интернационалног друштва. Стога, Батифол афирмативно одговара на питање о повезаности локалног права и међународних интереса у сфери сукоба закона.³⁶³ Ову теорију следили су и француски судови седамдесетих година прошлог века.

У правцу кодификације решења која су се тичала сукоба закона, у Француској је понуђено неколико Нацрта Закона о међународном приватном праву, састављених пре више деценија. Али, Французи су и у овом погледу остали верни традицији, па су предложена решења остала само у фази нацрта.³⁶⁴

(Немачка). Царински органи су ову пошиљку задржали и послали вино на анализу због сумњивог квалитета. По добијеном резултату одбили су да дају дозволу за увоз вина, пошто оно према чл.13. немачког Закона о вину, не може, с обзиром на квалитет, да буде у промету. Тужени је одбио да прими ово вино и захтевао је да му тужилац уместо њега пошаље вино таквог квалитета, које се може увести у Немачку. Тужилац је то одбио захтевајући тужбом да му се исплати куповна цена. Тужени је подигао противтужбу за накнаду штете због неиспуњења уговора. Тужба је одбијена и признат је захтев туженог. Ревизија тужиоца нија имала успеха. Меродавно право није било одређено ни изричито нити прећутно. Суд је као меродавно одредио немачко право....У критици одлуке стоји....“суд не истражује хипотетичку вољу странака, већ просторну везаност једног уговорног односа...важење немачког Закона о вину странке нису могле искључити, његово важење је независно од било каквог споразума странака. Али из тога суд није смео извући закључак да су странке свој уговорни однос потчинице важењу немачког права.....Heinrich D., “Hypothetischer Parteiwille“, *Страни правни живот*, бр. 38, 1963, стр.261-263.

³⁶⁰ Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5th ed, 1985, str.377, cit u: Župan M., *op.cit.*, str.71.

³⁶¹ Kuhn A.K., *Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws*, 1937, стр. 299.

³⁶² Batiffol H., *Les conflicts de lois en matiere de contrats*, Paris, 1938, стр.74.

³⁶³ Yntema H., “Book Review: Batiffol H. *Aspects philosophiques du Droit International Prive*”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 6., no2/3,1957, стр. 361.

³⁶⁴ Станивуковић М., Живковић М., *op.cit.*, стр.86.

Према Нацрту из 1985. године (чл.2313, ст. 2), у недостатку споразума странака уговор се процењује по оном праву „с којим по смислу и суштини, а првенствено по главном месту испуњења (карактеристичној престацији) показује најужу везу“.³⁶⁵

Иако се на први поглед може закључити да се Француска на овај начин определила за принцип најближе везе као основни принцип у потрази за меродавним правом, не треба занемарити чињеницу да је она 1964. године ратификовала Хашку конвенцију о међународној продаји робе из 1955. године, чиме се заправо у материји сукоба закона за један веома важан уговор определила у прилог стого правне норме.

За развој принципа најближе везе у материји уговорних односа, поред доктрине, заслужна је и судска пракса. Међутим, свој пут до законодавца овај принцип налази у једном каснијем временском тренутку и то у различитим комбинацијама са чврстим тачкама везивања, пре свега са *lex loci venditoris*.

Принцип најближе везе као тачка везивања критикован је са становишта извесности, односно предвидљивости решења. Околности које суду служе да се право неке државе прогласи *најближим* односу у питању, јесу чињенице објективног карактера, али је њихова оцена ипак субјективна, односно зависна од воље примењивача. Самим тим, а нарочито ако у закону нема одредаба којима се ближе одређује њихова појединачна вредност или недостаје постојана судска пракса о томе, питање одређивања меродавног закона према овом критеријуму постаје више фактичко, него правно.³⁶⁶

3.2. Теорија карактеристичне престације

Теорија карактеристичне престације јавила најпре у Швацарској, као одговор на практичне проблеме са којима су се суочавали швајцарски судови у споровима са елементом иностраности.

³⁶⁵ Муминовић Е., *op.cit.*, стр. 212.

³⁶⁶ Рочкомановић М., *op.cit.*, стр.23.

Наиме, ранија швајцарска судска пракса и право су као супсидијарну тачку везивања у сфери уговорних односа прихватили решење *lex loci solutionis*.³⁶⁷ Начелно је прављена разлика између уговорних односа са специјалним и уговорних односа без специјалних обавеза. Под местом извршења се за прву категорију подразумевала држава у којој се налази домицил повериоца, а за другу категорију држава у којој се налази домицил дужника у време закључења уговора.³⁶⁸ Ова решења била су садржана у Савезном закону из 1891. године. Проблем је знатно сложенији уколико се има на уму чињеница да је у већини случајева, било речи о двостранообавезним уговорима, усмерених на извршење две или више обавеза. У таквим случајевима *lex loci solutionis* могла је да указује на два законодавства, што је доводило до „цепања“ јединственог уговорног односа, а таква „дисоцијација“ обавеза у уговору могла је пореметити равнотежу права и обавеза странака.³⁶⁹ Ова могућност се у пракси називала „мало цепање“. Дода ли се томе и чињеница да је швајцарска судска пракса, од 1906. године познавала и такозвано *велико цепање* уговора, са ослоном на праксу да се на питања пуноважности уговора примењивао *lex loci contractus*, а на питања везана за испуњење уговорних обавеза странака *lex loci solutionis*, дата слика била је више него сложена.

Решење је нађено у теорији карактеристичне престације, чији је творац швајцарски аутор Шницер (*Schnitzer*).

Теорија је заправо понудила решење у случајевима када се под местом извршења подразумевало више од једног места у којима се уговорна обавезе

³⁶⁷ *Lex loci solutionis* је било супсидијарно решење у сфери уговорних односа, и до доношења немачког Закона о међународном приватном праву из 1986. године. Опредељујући се за ово решење, немачка пракса и доктрина следила је Савињијево схватање који је под „седиштем“ облигационог односа подразумевао управо место извршења уговора. Ова тачка везивања доводила је до адекватних резултата једино у случају када је место извршења уговорне обавезе било прецизирано у самом уговору. У супротном, услед различитог схватања места извршења у различитим државама јавља се проблем квалификације који отвара простор за правну несигурност. Према владајућем становишту, под местом извршења уговорне обавезе подразумевало се место у коме се налази домицил дужника у моменту када се уговор закључује. У одредби чл. 269 немачког ГЗ-а је стојало:

“If a place for performance is neither fixed nor to be inferred from the circumstances, for example, from the nature of the obligation, performance shall be effected in the place where the debtor had his domicil at the time the obligation arose”.....

cit. u.: Lorenzen E.G., *op.cit.*, str.407.

³⁶⁸ Wolf M., *Private International Law*, Oxford, 1945, str.130.

³⁶⁹ Visher F., „The Antagonism Between Legal Security and Searching for Justice in the Field of Contracts“, *Recueil des Cours*, 142, 1974-II, str.54.

извршавају. Иницијално, она је дакле, послужила као модел за превазилажење проблема на које класичне тачке везивања нису имале одговор. Општу формулацију и појам карактеристичне престације Шницер је образложио 1944. године у свом уџбенику међународног приватног права.³⁷⁰ Његов начин размишљања био је следећи; он наводи да „за потребе решавања сукоба закона повезница за сваки уговор мора се изводити из саме суштине уговора (*essence*). Суштина, биће сваког уговора одређена је карактеристичном престацијом уговора као типа, а ова (престација) одређена је економски и социолошки битном функцијом за задовољавање потреба (*ratrachment fonctionnel*). Од момента када се са натуралне прешло на робно-новчану привреду било је лако идентификовати карактеристичну престацију: то је она која диференцира уговоре на врсте, и која је присутна у сваком индивидуалном уговору исте врсте. Како се плаћа из хиљаду разлога, јасно је да је новчана обавеза типична противчинидба која не диференцира уговоре јер се налази у свим његовим врстама-и у продаји, и у градњи итд. Из тога следи да је карактеристична неновчана престација јер њена садржина одваја уговоре-нпр.уговор о продаји од уговора о градњи итд. Како обавеза продавца одређује бит уговора о продаји, то треба применити на тај уговор закон седишта продавца, и даље, на сваки тип уговора, закон седишта лица чија је престација неновчана.“³⁷¹

Прекретницу у швајцарској судској пракси представљала је одлука у спору *Chevalley c. Geminportex S.A.* из 1952. године, на основу које је установљено правило да је за уговоре, у одсуству страначког избора, меродавно право домицила продавца.³⁷² Ова одлука значајна је и из разлога што је њоме напуштен дотадашњи тренд „великог цепања“, повратком на принцип јединственог уговорног статута.³⁷³

³⁷⁰ Neumeyer, *Annuaire de IDI* 31 (1925), str. 99., u: Sikirić H., *op.cit.*, str.161.

³⁷¹ Schnitzer, стр.639., нав. у: Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.*, стр. 79.

³⁷² *Chevalley c. Geminportex S.A.*, ATF 78 II 74. У одлуци стоји: “Since the place of performance has a predominant importance over the territorial connections, it shall in principle be regarded as conclusive, unless the contract appears to have some closer connection with another country (...) For a bilateral contracts the courts shall now refer, as between the two existing obligations, to the obligation which is characteristic of the legal relationship under consideration, that is to say e.g. the seller’s obligation in a contract for sale of goods”.....Patocchi, cit u: Zupan M., *op.cit.*, str.83.

³⁷³ Szászy S., „The Proper Law of the Contract in Trade between Eastern Europe and the West; The Position of East European Socialist States, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.18, no.1, 1969, str.406, Knežević G., *op.cit.*, str. 82.

За даљи развој идеје о карактеристичној престацији у Швајцарској, управо је најзаслужнија судска пракса, која је са ослоном на ову теорију одређивала меродавно право у сфери уговорних односа све до доношења Савезног закона о међународном приватном праву 1987. године. Метода је била следећа: прво би се одредила уговорна страна „*чија је обавеза типична на јој треба дати предност*“, да би се потом, за одређене врсте уговора, упућивало на право оне државе с којом таква особа има у релевантно време најближу територијалну везу, а то је за физичка лица, право државе у којој се налази њихово пребивалиште односно редовно боравиште, а за правна лица, право места у којој се налази њихово седиште, односно пословно место.

Оштру критику теорије карактеристичне престације, са теоретског и практичног аспекта изложио је холандски професор D'Oliveira у чланку из 1977. године.³⁷⁴ Он настоји да докаже да доктрина карактеристичне престације није у стању да да одговор на питање која се престација сматра карактеристичном код на пример- бартер уговора, код којих се размена добара и услуга врши без икаквог плаћања, као и код неких дургих „атипичних“ уговора. Под појмом „атипичних“ уговора најчешће се подразумевају сложени уговори. Код сложених уговора оправдано се поставља питање како идентификовати социо-економску функцију, рецимо када је у питању уговор о кредиту, или уговор о дистрибуцији или у издавачки уговор? Стиче се утисак да што је случај компликованији то је теже ослањати се на принцип карактеристичне престације, и да се управо у односу на ове уговоре показује његова неадекватност.

Такође, истицано је да је у нашем модерном друштву концепт исувише поједностављен; јер рећи да нема ничег карактеристичног у плаћању новцем, упркос стварности у којој је та чињеница типична противуслуга за скоро све врсте уговора јесте по D'Oliveira-и погрешно, и јесте резултат једног субјективног приступа у прилог чему он наводи и речи творца теорије карактеристичне престације-Шницера (*Schnitzer*).³⁷⁵

³⁷⁴ D'Oliveira H.U.J., "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, *American Journal of Comparative Law*, vol.25, no.2, 1977, 303-331.

³⁷⁵ „Cette trace de subjectivité est inévitable, mais dans notre matière elle est d'importance minure, si le jugement est basé sur un examen consciencieux des faits économiques et sociaux qu'il faut régler par le droit".Schnitzer, "Bewertung der Vertragselemente", *RabelsZ*, 1969, str.22, *ibid*, str. 308.

Ако се остави по страни поставка о карактеристичној престацији, коју у првом делу свог рада D'Oliveira критикује, он каже да и ако она (карактеристична престација) буде одређена она још не каже ништа о томе које ће право бити меродавно, и може у многим случајевима бити предмет манипулације (нарочито уколико се на уму има заштита слабије стране).

Упркос критици, пребивалиште, односно седиште носиоца карактеристичне престације је у свом чистом облику, убрзо добило ранг одлучујуће чињенице у сфери уговорних односа у националним кодификацијама у области међународног приватног права у Аустрији, Чешкој, Мађарској, Пољској и Бугарској (у нашем шематском приказу овај модел супсидијарног повезивања означен је као Б).³⁷⁶

³⁷⁶ У Чешком ЗМПП-у из 1992, у §10 наведено је: да ће се у одсуству страначке аутономије воље применити право према следећим чињеницама: на уговоре о купопродаји и уговоре о делу према пребивалишту односно седишту продавца или извршиоца посла у време закључења уговора; на уговоре чији су предмет некретнине према месту налажења некретнине; на уговоре о превозу, шпедицији и сл., према месту пребивалишта, одн. седишта шпедитера одн. превозиоца, ; на уговоре о осигурању укључујући ту и уговоре о осигурању непокретности, према седишту одн. домицилу осигуравача; на уговоре о налогу и на друге сличне уговоре према домицилу, одн. седишту лица које извршава налог у време закључења уговора; на уговоре о трговачком заступништву и на уговоре о посредовању према седишту, одн. домицилу заступника односно посредника; на уговоре о вишеструким трговинским разменама према томе које право одговара решавању ових односа у целини. Остале уговоре регулише, по правилу, закон државе у којој обе стране имају своје пребивалиште или седиште, а ако немају пребивалиште у истој држави, а уговор се закључује међу присутнима, регулише се по праву места закључења, а између одсутних лица према праву седишта или домицила примаоца понуде.

У § 25 мађарске уредбе са законском снагом из 1979. године стоји: да се супсидијерно примењује право државе у којој се за време закључења уговора налази пребивалиште односно редовно боравиште или место пословања: продавца-код уговора о купопродаји; закуподавца-код уговора о закупу; послоодавца-код уговора о послузи; корисника-код уговора о искоришћавању ауторских права; даваоца на употребу-код уговора у области индустријске својине и код уговора о искоришћавању других права која представљају имовинску вредност; оставопримца-код уговора о остави (ускладиштењу); представника односно агента-код уговора о трговачкој агентури; пуномоћника-код уговора о пуномоћству; комисионара-код уговора о комисиону; возара односно шпедитера-код уговора о превозу односно шпедицији; монетарне институције која пружа банкарске услуге-код уговора који се односе на банкарске и друге кредитне послове; осигуравача-код уговора о осигурању; зајмодавца-код уговора о зајму; поклонодавца код уговора о поклону. У § 26 на уговоре о некретнинама примениће се право места налажења; на уговоре чији је предмет регистровани пловни објект или ваздухоплов-право заставе; на уговоре о делу (планирање, монтажа, накнадни радови) примениће се право државе на чијој територији треба извршити предузимачку делатност, односно резултат одређен у уговору треба остварити.

У измењеном бугарском ЗМПП-у из 1991. године стоји да се меродавно право утврђује према месту где се налази извршење престације која се сматра главном, тј. карактеристичном за облигациони однос.

Упоредно срећемо и решења у којима је супсидијарно повезивање постављено као комбинација, односно алтернатива између две одлучујуће чињенице (шема означена са Б1).³⁷⁷

Принцип карактеристичне престације има и функцију допуне за разнородне категорије неименованих уговора. У пракси, судије ће најчешће, а са ослоном на слово закона, одређивати меродавно право за ове уговоре уз помоћ теорије карактеристичне престације.

3.3. Мешовити концепт-комбинација теорије карактеристичне престације и принципа најближе везе

Мешовити концепти у формулисању супсидијарног везивања имају за резултат такозвана отворена, односно полуотворена сложена колизиона правила, која представљају више од једносмерног упутства за судије.

У зависности од начина на који је формулисано ово правило, оно изражава и став законодавца о томе да ли се генерално опредељује за правичност или правну сигурност као базично начело кодификације.

Ова дилема јасно се може уочити у периоду који је предходило швајцарској кодификацији, обзиром да се поставило веома значајно питање; питање на који начин је Федерални суд тумачио основно правило из одлуке *Chevalley*: а) да ли право најближе везе установљавати индивидуално за сваки конкретан случај, или б) успоставити једну одлучујућу чињеницу као израз принципа најближе везе за све уговоре, или ц) диференцирати одлучујуће чињенице у зависности од врсте

³⁷⁷ Према чл.27 пољког ЗМПП-а предвиђено је да ако уговорне стране немају домицил у истој држави нити су изабрале меродавно право, као меродавно примењује се: на уговоре о продаји покретних ствари и уговоре о испоруци-право државе у којој продавац или испоручилац имају домицил у тренутку закључења уговора; на уговоре о предузећу, мандату, комисиону, посредништву, превозу, шпедицији, консигнацији и остави-право државе у којој предузетник, заступник, комисионар, посредник, превозник, шпедитер, консигнант и складиштар имају домицил у тренутку закључења уговора; на уговоре о осигурању-право државе у којој осигуравач у моменту закључења уговора има домицил. Када домицил једне од наведених уговорних страна не може да се утврди, примењује се право државе у којој је уговор закључен. На уговоре који су везани за рад предузећа, примењује се уместо права државе у којој лице има друштвено седиште или физичко лице домицил, право државе у којој се налази седиште предузећа.

уговора. Сматрано је да се Федерални суд одлучио за трећи приступ, на основу кога се најближа веза утврђује са правом редовног боравишта дужника карактеристичне престације, тако да она у конкретном случају зависи од врсте уговорног односа у питању.³⁷⁸

Овако напредне ставове у правцу решавања сукоба закона ценили су и редактори Нацрта швајцарског савезног закона, међу којима се истиче професор Вишер, истичући да је швајцарски Федерални суд одрадио пионирски посао у развоју концепта „карактеристичне престације“ у сфери уговорних односа. Наиме, на темељу ових заслуга било је и мишљења да кодификација не треба да садржи колизионе норме за уговорне односе, већ да њихово решавање и даље треба оставити судској пракси. Ипак, опредељење је ишло у другом правцу. Приликом кодификације међународног приватног права, законодавац се одлучио за комбинацију принципа најближе везе и теорију карактеристичне престације, у коме је теорија карактеристичне престације вршила улогу конкретизације општег начела најближе везе. За однос начела најближе везе и карактеристичне престације може се рећи да је однос општег према посебном. При том, дата су јасна упутства примењивачу шта се ће се у конкретном случају (а везано за поједине врсте уговора) сматрати карактеристичном престацијом.³⁷⁹

Швајцарско решење (у нашој шеми означено као А1), је убрзо постало модел за многе националне кодификације, а своје одјеке имало је и ван европског континента.³⁸⁰ Овај модел опредељује се у првом реду за принцип најближе везе,

³⁷⁸ Костић М., *op.cit.*, стр.84.

³⁷⁹ Чл.117 Савезног закона о међународном приватном праву Швајцарске који регулише мероавно право у случају непостојања страначког избора гласи:

„1. У случају да избор права није извршен, за уговор је меродавно право државе са којом је најтешње повезан.

2. Сматра се да ове везе постоје са државом у којој странка која треба да изврши карактеристичну престацију има своје редовно боравиште, или ако је уговор закључен у вршењу професионалне или трговачке делатности, свој пословни настан.

3. Под карактеристичном престацијом посебно се подразумева:

а) престација лица које врши отуђење, код уговора којима се врши отуђење;
б) престација странке која даје на коришћење, код уговора који се односе на коришћење ствари или права;
ц) престација услуге, код уговора о налогу, уговора о делу и других уговора са престацијом услуге;
д) престација депозитара, код уговора о депозиту;
е) престација гаранта или јемца, код уговора о гаранцији или јемству.“

³⁸⁰ И кинеско право у одсуству аутономије воље, предвиђа као меродавно „право које са уговором има најтешњу везу“. Закон о уговорима о спољној трговини из 1985. године (чл.5) даје презумпције такве везаности, утемељене на карактеристичној радњи, али је правило „отворено“ и омогућује индивидуални приступ сваком конкретном уговору.....Муминовић Е., *op.cit.*, стр.214.

чиме као полазну основу бира идеју правичности. Одлучујуће чињенице, које потом следе, а које су конкретизација теорије карактеристичне претпоставке имају карактер оборивих претпоставки. Ове претпоставке „падају“ у оним случајевима када, околности случаја указују на право друге државе са којим је однос још ближе повезан.

Један другачији модел комбинације принципа најближе везе и теорије карактеристичне престације пружа нам реформисани немачки Закон из 1986. године, који се такође опредељује за комбинацију принципа најближе везе и теорије карактеристичне престације (у нашој шеми означен као А2 модел).

Према чл.28, ст.1 Закона, меродавно право је оно које са уговором, изузетно са делом уговора има најближу везу (*die engste Verbindungen*³⁸¹). Закон у ставовима 2-4, а са ослоном на теорију карактеристичне престације даје претпоставке које помажу суду у потрази за меродавним правом, а које нису ништа друго до конкретизација принципа најближе везе; на пример: за уговор о транспорту-пословно седиште превозиоца, а за уговоре који се тичу некретнина-место где се оне налазе.

Међутим, у ставу 5. овога члана начелу најближе везе додаје се још једна важна функција, која по појединим елементима чини да се ово решење приближава наредном трећем моделу. Оне се у наведеном ставу налази у форми специјалне клаузуле изузетка, која гласи: *"уколико околности случаја указују на неко друго право као најближе, онда се оно има применити"*.

И на крају трећи модел комбинације, за полазну основу има идеју правне сигурност (у нашој шеми Б2). Овај модел најчешће претставља комбинацију одлучујуће чињенице и специјалне клаузуле изузетка која превасходно у овој конструкцији обавља корективну функцију. Како би се ублажила строгост и нефлексибилност решења, дозвољава се да суд, у конкретном случају, напусти априористичко решење, и да одлучује са ослоном на специјалну клаузулу изузетка.

³⁸¹ Dickinson B., „The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.34, 1985, str.262.

3.3.1. *Корективна функција принципа најближе везе у уговорном статуту*

Без обзира да ли се базира на руководном принципу постављеном у самој колизионој норми, или на специјалној клаузули изузетка реч је о корективној функцији принципа најближе везе. Међутим, када је принцип најближе везе формулисан у виду специјалне клаузуле нема сумње о природи његове функције, док је у првом случају корективна функција имплицитно дата. У том смислу, степен корекције априорног везивања, који је директно пропорционалан степену правне сигурности, не може зависити од формалне структуре норме, већ од снаге претпоставке или услова који се траже за активирање клаузуле изузетка, а ово се утврђује садржинском анализом текста норме.³⁸²

Јасан показатељ у овом правцу је и број судских одлука донетих са ослоном на клаузулу изузетка. Судска пракса националних судова бележи незнатан број случајева у којима је извршена корекција априорног везивања, са ослоном на ову клаузулу.³⁸³

Швајцарски судови су одлучивали са ослоном на најближу везу, одступајући од карактеристичне престације, само изузетно, у сложеним предметима, као што су рецимо повезани уговори. У случају *Hungarian Discaunt & Exange Bank Ltd v. Bankhus Kleinwort & Sons Ltd*, Hungarian Discaunt је дала Goldman Sachs & Cieу са седиштем у Њујорку јемство за дуг који му је дуговало једно друго мађарско предузеће. За тај уговор је било меродавно право Њујорка. Користећи претпоставку карактеристичне престације, за уговор о јемству било би меродавно право регистрованог седишта јемца, у овом случају мађарско право. Швајцарски суд је одбио да примени претпоставку, па је за уговор о јемству за меродавно одредио право државе Њујорка. Такву је одлуку суд донео јер је уговор о јемству био написан на енглеском језику, терминологијом која је коришћена и у главном уговору за који се давало јемство, па се упућивало на одредбе о условима, начину и валути плаћања садржаним у главном уговору.³⁸⁴

³⁸² Стојановић, *cit. u.*: Кнежевић Г., *op.cit.*, fn.564.

³⁸³ Осим наведеног швајцарског примера, у литератури налазимо да рецимо немачки BGH нити у једном случају није одлучивао са позивом на ст.5, чл.28,von Bar, *Internationales Privatrecht, cit u.*: Schnabel К., *op.cit.*, fn.17.

³⁸⁴ Župan М., *op.cit.*, str.85-86.

Поставља се питање: са ослоном на коју одредбу швајцарски судови одлучују онда када одступају од претпоставки утврђених у чл. 117.? Наиме, иако швајцарски Закон о међународном приватном праву у чл.15. садржи одредбу о генералној клаузули изузетка, поједини аутори сматрају да у сфери уговорних односа за њом нема потребе, обзиром да корекцију претпоставке, односно корективну функцију принципа најближе везе врши ст.1, чл.117. који се налази у функцији посебне клаузуле изузетка.³⁸⁵

3.3.1.1. Случајеви у којима је оправдано покренути механизам клаузуле изузетка

На основу анализе законских решења, можемо закључити да оправданост за корекцију резултата до кога (не)води објективна тачка везивања постоји у две групе случајева:

- а) случајеви у којима се карактеристична престација не може одредити, и
- б) случајеви у којима примена објективне тачке везивања доводи до неадекватних резултата.

Уколико се прихвати теоријска претпоставка да се специјалне клаузуле изузетка ослањају на принцип најближе везе, нема никакве сметње да оне управо служе не само као коректив, већ и као допуна у случајевима када се карактеристична престација не може одредити. Ове клаузуле и тада врше корективну функцију, али у тим случајевима у виду допуне оне коригују рад законодавца који није био у могућности да предвиди сложеност сваког појединачног случаја.

Поставља се питање који су то случајеви у којима се карактеристична радња не може одредити?

То пре свега то могу бити случајеви у којима се на страни носиоца карактеристичне престације налази више лица. Више носиоца карактеристичне престације налазимо на пример у уговорном односу неколико музичара, са пребивалиштем/боравиштем у више различитих држава, који су обавезни на

³⁸⁵ Symeonides S.C., "Private International Law at the End of the 20th Century", *op.cit.*, str.392.

извођење заједничког концерта у некој другој држави различитој од оне где се налазе њихова (различита) пребивалишта/боравишта. Одлучујућа чињеница формулисана на основу карактеристичне престације значила би да у овом би случају да на један исти уговорни однос треба применити више права, па се овај случај чини погодним за примену клаузуле изузетка.³⁸⁶ Слично ће бити рецимо и код уговора о ауторском праву ако на страни аутора имамо више лица. Применом сурсидијарне тачке везивања, под претпоставком да аутори имају пребивалишта у различитим државама може доћи до „цепања“ уговора односно примене различитих права на један уговорни однос. Ако би одлучивали са ословом на клаузулу изузетка ова се ситуација може избећи.

Међутим, примере више лица ангажованих у једном уговорном односу налазимо и код других уговора, у којима њихов однос не мора нужно да стоји у равни корелације. То ће нарочито бити случај код сложених уговорних односа. Што је случај сложенији то је теже одредити престацију која је карактеристична. Код уговора о кредиту, рецимо, упоредноправно, постоји сагласност да је карактеристична престација обавеза банке. Међутим, постоје бројни облици кредитних послова и врло сложене финансијске трансакције у којима није лако одредити носиоца карактеристичне престације. Чија се престација сматра карактеристичном, односно на чијој страни лежи социоекономска функција, код уговора о *stand-by* акредитивима и уговора о међународним депозитима? Део доктрине предлаже примену клаузуле изузетка и на ове уговоре, а све у циљу примене једног права на целокупни пословни однос.³⁸⁷

Такође, сложене правне односе у пракси срећемо када странке, служећи се аутономијом воље, уговоре неки мешовити тип уговора (уговор о болничком лечењу, пансиону, итд) који садржи елементе различитих типова уговора. Разнородни елементи наводе на питање правне природе сложених (мешовитих) уговора, чак и на унутрашњем плану где се једнако поставља питање која су правила за ове уговоре меродавна. Тај проблем своди се на питање хоће ли се на сложене уговоре применити правила која важе за све типове уговора чији су

³⁸⁶ Soergel-von Hoffman, *Burgerliches Gezetzbuch*, 1996, no.122, *cit u.* : Župan M., *op.cit.*, str.166

³⁸⁷ Villani U., „*Aspetti Problematici della prestazione caratteristica*“, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, no.3, 1993, str.528.

елементи у њему заступљени, или само правила која важе за један од тих типова. За решење овог проблема у правној литератури нуђене су три познате теорије: апсорпциона, комбинована и креациона.³⁸⁸ Специфичан инструмент за решавање овог проблема у области међународног приватног права јесте принцип најближе везе, са ослоном на који судови могу да одреде меродавно право и у овако сложеним врстама уговора, што ће у пракси нарочито водити примени апсопционе теорије, која ће послужити и индентификовању носиоца карактеристичне престације. У науци се овај систем који примењује швајцарски Федерални суд понекад назива апсорпција са клаузулом одступања.³⁸⁹

Друга група случајева у којима је оправдано применити клаузуле изузетка, своди се на ситуације у којима она коригује резултате фиксне тачке везивања када она води до неадекватног резултата. Корективни принцип најближе везе водиће изузетима од примене седишта (или уобичајеног боравишта) продавца, код уговора о продаји, када је очигледно да уговор има „ближу везу“ у некој другој држави. Тако се код уговора о продаји опреме у коме продавац има обавезу да опрему инсталира и пусти је у пробни погон може очекивати примена закона седишта купца. Исти би принцип могао важити и уколико продавац има фабрику или представништво са складиштем у земљи купца те робу ту производи или је испоручује из тог складишта купцу.³⁹⁰

Повод за бројне изузетке могу бити и уговори о грађењу. Иако везано за ове уговоре постоји широка сагласност да је карактеристична престација на страни предузимача, сматрамо оправданим одступања овог правила када је распоред околности такав да то и оправдава. Наиме, карактеристика ових уговора јесте да уговорне стране због велике вредности уговора, у већини случајева не ризикују да се меродавно право одређује са ослоном на супсидијарну тачку везивања. Питање меродавног права јесте веома битно и утврђује се у склопу сложених преговора, а може бити део услова утврђених у лицитацији инвеститора. С друге стране, модалитети ових уговора јесу бројни, а специфичност је и то што код изградње већих објеката долази до ангажовања

³⁸⁸ Радишић Ј., *op.cit.*, стр.139.

³⁸⁹ Антић О., „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали ПФБ*, 2004, стр.79-115, fn. 74.

³⁹⁰ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр.175.

више предузимача који као подизвођачи могу имати солидарне или подељене обавезе према инвеститору. У наведеном случају, меродавно право се може одређивати према седишту оног извођача чије су обавезе према инвеститору по вредности и обиму највеће. Или, уколико се однос са становишта уговорне стране која врши карактеристичну прастацију, појављује као чисто интерни однос који се има извршити на територији државе на којој је и склопљен, рецимо, наше предузеће ангажовано је за рад система за наводњавање у Либији, где је уговор и склопљен и где се има извршити, поставља се питање није ли онда оправдано у таквим случајевима одступити од фиксне тачке везивања из разлога што је очигледно да би њена примена у конкретном случају била неадекватна?

Као увод за следећи део истраживања, а уједно и пример за оправданост у примени клаузуле изузетка наводимо и пример уговора о отпремању односно шпедицији. За ове уговоре, сходно већини решења прописује се меродавност права државе у којој се налази домицил или седишту отпремника. Специфичност ових уговора огледа се у превозу робе. Шпедитер, може ангажовати превозиоца или превозиоце ради извршења овог уговора, а такође овај уговор се може извршавати на територији више земаља. Места за примену клаузуле изузетка има у случајевима када је предмет чинидбе странке која врши карактеристичну престаацију изван државе њеног седишта.³⁹¹

3.4. Супсидијарна веза за уговоре у нашем међународном приватном праву

У расправама које су претходиле доношењу ЗРСЗ-а, једно од најспорнијих питања било је одређивање супсидијарне тачке везивања за уговорне односе. По угледу на решење садржано у швајцарском Нацрту било је предложено да се меродавно право, подредно одређује са ослоном на принцип најближе везе.³⁹²

³⁹¹ Kokkini-Latridou, *op. cit.*, str. 261-262.

³⁹² Види: чл.20 Југословенског Нацрта из 1974.; *више* у: Матић Ж., Merodavno pravo za ugovore prema Zakonu o rešavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja iz 1982. godine, *Zbornik PF u Zagrebu*, 2-3/85, str.219.

Испрва је предлог одбијен са образложењем да оваква солуција може стварати потешкоће за суд приликом одеђивања меродавног права у сваком појединачном случају. Најзад, предлог је прихваћен као принцип; а компромисно решење нађено је изостављањем опште одредбе о најближој вези из ЗРСЗ-а.³⁹³ Ипак, у закону је задржана синтагма „*уколико посебне околности случаја не упућују на друго право*“, што наводи на закључак да чл.20 садржи „прећутну“ најближу везу.³⁹⁴

И у нашој ранијој теорији било је предлога да супсидијарну везу треба тражити са ослоном на принцип најближе везе. Примена оваквог закона, повлачила би по проф. Јездићу најмање незгодних правних последица у међународном опсегу. Међутим, најтешњу повезаност требало би утврђивати на основу карактеристичне престације за одређену врсту уговора.³⁹⁵

Решење чл.20 (уговорни односи-супсидијарно повезивање)³⁹⁶ нашег Закона може се дефинисати као комбинација принципа најближе везе и карактеристичне

³⁹³ Šarčević P., *op.cit.*, str. 293.

³⁹⁴ Župan M., *op.cit.*, str. 185.

³⁹⁵ Јездић М., *op.cit.*, стр.174.

³⁹⁶ Чл.20 гласи: „Ако није изабрано меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као меродавно право примењује се:

1. за уговор о продаји покретних ствари-право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште продавца;
2. за уговор о делу, односно уговор о грађењу- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште посленика (предузимача);
3. за уговор о пуномоћству-право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште пуномоћника;
4. за уговор о посредовању- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште посредника;
5. за уговор о комисиону- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште комисионара;
6. за уговор о отпрамању (шпедицији)- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште отпрамника;
7. за уговор о закупу покретних ствари- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште закуподавца;
8. за уговор о зајму- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште зајмодавца;
9. за уговор о послузи- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште послоодавца;
10. за уговор о остави- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште оставопримца (депозитара);
11. за уговор о ускладиштењу- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште складишара;
12. за уговор о превозу- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште превозиоца (возара);
13. за уговор о осигурању- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште осигураваача;

престације, с тим да је карактеристична престација прецизирана по угледу на § 35 аустријског ЗМПП-а.

У нашој доктрини је веома много пажње посвећено односу између принципа најближе везе и принципа карактеристичне престације у наведеном члану 20 ЗРСЗ-а

. С једне стране, издвајају се схватања према коме се каталог упутстава примењује само уколико „специфичне околности случаја не упућују на друго право“, што заправо значи да судија треба да одлучује са ослоном на карактеристичну престацију, тек након што је утврдио да не постоје специфичне околности које указују на неко друго право као меродавно. У овом случају примат се даје принципу најближе везе.³⁹⁷ Одлучујуће чињенице при оваквом резонувању не значе више од индиција да најближа веза постоји у датој тачки.

С друге стране, однос између наведена два принципа посматра се у нешто другачијем светлу. Упутства постављена у чл.20 сматрају се претпоставкама од којих суд може одступити једино уколико за то постоје озбиљни разлози, што у ствари наводи на закључак да је реч о оборивим законским претпоставкама.³⁹⁸ На основу оваквог промишљања, као логичан намеће се и закључак да је улога принципа најближе везе у чл.20, заправо сведена на улогу корекције решења које

-
14. за уговор о ауторском праву- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште аутора;
 15. за уговор о поклону- право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште поклонодавца;
 16. за берзанске послове- право седишта берзе;
 17. за уговор о самосталним банкарским гаранцијама- право места где се у време пријема понуде налазило седиште даваоца гаранције;
 18. за уговор о преносу технологије (лиценци и др.)- право места где се у време закључења уговора налазило седиште примаоца технологије.
 19. за имовинска потраживања из уговора о раду-право државе у којој се рад обавља или се обављао.

за друге уговоре-право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште понудиоца.

³⁹⁷ Šarčević P., *op.cit.*, str. 293., Исто тако у: Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.*, стр.79.: „...пошто констатује да нема апоразума уговарача о избору права, суд би *ex offio* морао да приступи изнајлажењу права коме уговор гравитира, акојим је у најближој вези. Ова обавеза суда произилази из уметнуте реченице првог става чл.20: „и ако посебне околности случаја не указују на друго право“; Sikirić H., *Komentar uz Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu*, Niš, 2004, str. 150, Polajnar-Pavčnik A., „*Dikcijo 20.člena o „posebnih okoliščinah primera“ je treba torej razlagati v smislu načela najože koneksnosti.*“ *u: Načelo najože koneksnosti v mednarodnem zasebnem pravu, Pravnik-revija za pravno teorijo in prakso*, L.39, br.3-4, 1984, str.155.

³⁹⁸ Варади *et al.*, *op.cit.*, стр.395., Пак М., *op.cit.*, стр. 329.

нуди објективна тачка везивања постављена са ослоном на принцип карактеристичне престације.

Можда је најбоље природу ове везе објаснио проф. Кнежевић који члан 20 види као отворену колизиону норму, чија се структура састоји од фиксне одлучујуће чињенице и специјалне клаузуле изузетка у корист примене закона најближе везе.³⁹⁹ При томе фиксна одлучујућа чињеница је све до тачке 18. постављена на основу доследно спроведеног Шницеровог резона. Изузеци су предвиђени за уговоре закључене на берзи (т.16), за спорове из уговора о трансферу технологије (т.18) и за спорове о имовинским потраживањима из уговора о раду (т.19).

Делимо запажање да је последње схватање, иако посредно изведено, заправо резултат примене једне строже варијанте конкретизираних најближе везе, која је била блиска рецентним тенденцијама појачања снаге правила у чл.4 Римске конвенције, у којима се посебно наглашава појам законске обориве претпоставке.⁴⁰⁰ Разлог за ојачање претпоставки јесте удовољавање захтеву правне сигурности, што је посебно приметно у чл.4 Рим I уредбе.

Сматрамо да је ојачање претпоставки задатак и за редакторе измена и допуна нашег ЗМПП-а, који нарочиту пажњу треба да обрате управо на измену чл.20, који треба да ослободи непотребних мистификација, конструишући једно јасно упутство за судије. Овај задатак је нарочито наметнула судска и арбитражна пракса у нашој земљи, а можемо закључити да је подржава и доктрина. Оправданост постављања одредбе о специјалној клаузули изузетка јесте ван сваког спора, из разлога што ће управо она надоместити крутост ојачаних претпоставки и пружати ослон за решавање у атипичним случајевима.

³⁹⁹ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр. 186. Његово мишљење потом деле и Муминовић Е, који сматра да је „правило чл.20 „отворено“, а да се принцип најближе везе појављује у форми клаузуле одступања“, Муминовић Е., *op.cit.*, стр. 220, и Костић, која сматра да је иако је структура члана 20. са ослоном на чисто језичко тумачење таква да у први план истиче принцип најближе везе, сасвим је извесно да ће судови у пракси приликом примене чл.20 одлучивати директно са ослоном на претпоставку (пребивалиште, одн. седиште дужника карактеристичне престације), и да ће тек након уколико се покаже да је у питању атипичан случај, узети у обзир све релевантне околности случаја и одлучивати са ослоном на принцип најближе везе. у: Костић М., „The Closest Connection....“, *op.cit.*, стр.113-114.

⁴⁰⁰ Župan M., *op.cit.*, стр.189.

Решење предложено у Нацрту⁴⁰¹ подржава ове наше закључке у потпуности, и иде и корак даље. Наиме, најближа веза не само да служи као коректив у виду клаузуле изузетка, зато што је у ст. 3, чл.133., прописана специјалну клаузулу изузетка:

„Ако из свих околности случаја проистиче да је уговор очигледно уже везан за државу која није наведена у ст.1 или 2 овог члана, примењује се право те друге државе“,

већ је у ст.4 наведеног члана, овом принципу дата и улога да допуњује праве празнине:

„Ако се меродавно право не може одредити у складу са ст. 1 или 2 овог члана, за уговор је меродавно право државе са којом је тај уговор у најближој вези“.

У наведеном чл.133. Нацрта предложена је и измена одредбе садржане у ст.20, чл.20, ЗРСЗ-а, коју је доктрина квалификовала као једну од најконтраверзнијих одредби, којом су обухваћени неименовани уговори, а која као допунска одредба, утврђује, меродавност права оне државе у којој се налази *„место где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште понудиоца“* ?! Сматра се да је појам „понудилац“ можда исувише рестиктиван да покрије све могуће врсте уговора. Такође, потешкоће постоје и у погледу одређивања *„времена пријема понуде“*.⁴⁰² У данашњим условима је често тешко радње уговарача сврстати у калуп понуде и прихвата понуде, а моменат пријема понуде је теже утврдити од (нпр.) момента отпослања понуде.⁴⁰³ Једнако се као теоријски приговор овом решењу може истаћи и чињеница да право понудиоца не мора нужно упутити и на најближе везано право.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ У ст.1, чл.133 Нацрта постављене су тачке везивања за чак 21 врсту именованих уговора.

⁴⁰² Šarčević P., *op.cit*, str. 293.

⁴⁰³ Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit*, стр.80.

⁴⁰⁴ Župan M., *op.cit.*, str. 186.

Нацрт задржава карактеристичну престацију као допунско решење у потрази за меродавним правом, али исправља пропусте важећег Закона, и ову одредбу формулише на другачији начин. Став 2, чл.133 гласи:

„За уговоре који нису поменути у ставу 1 овог члана и за уговоре на које би се могле применити две или више тачака из става 1 овог члана-право државе у којој се налази уобичајено боравиште уговорне стране која дугује испуњење карактеристичне обавезе из уговора“.

Упоређења ради, у суседној Хрватској, чија је база за реформу такође ранији савезни ЗРСЗ, измене иду у другачијем правцу⁴⁰⁵. Наиме, принципу најближе везе је остављен прворазредни значај *„ако уговорне стране нису изабрале меродавно право за уговор је меродавно право државе с којом је уговор у најближој вези“*. Потом се формулише општа претпоставка са ослоном на теорију карактеристичне престације, и предвиђају изузеци за уговоре који за предмет имају стварно право на некретнини или право коришћења некретнине, као и за уговоре о превозу. На крају, као саставни део сложеног колизионог правила дозвољава се одступање од наведених претпоставки, обзиром да се *„неће применити претпоставке из ставова.....ако из свих околности следи да уговор има ближу везу с неком другом државом“*.

Хрватско решење по својим елементима потсећа на шему супсидијарног правила из чл.4 РК; принцип-претпоставка-клаузула изузетка.

3.4.1. Супсидијарна веза у ЗПУП⁴⁰⁶ и ЗОСОВ⁴⁰⁷

Извори међународног приватног права у сфери уговорних односа у нашој земљи нису ограничени само на ЗРСЗ. Два веома важна закона наведена у

⁴⁰⁵ Види: Текст тезе 20 (Меродавно право за уговор у случају непостојања избора права) за Закон о међународном приватном праву из 2001. године, у: Сајко К., *op.cit.*, стр. 475.

⁴⁰⁶ Закон о поморској и унутрашњој пловидби, „Сл. лист СРЈ“, бр. 12/98, 44/99, 74/99, 73/00 и „Сл. гласник РС“, бр.101/2005 и 85/2005.

⁴⁰⁷ Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају, „Сл. лист СРЈ“, бр. 12/98, 15/98.

поднаслову, такође садрже колизионе норме, у области поморске и унутрашње, као и ваздушне пловидбе.

У ЗПУП-и решење за супсидијарно везивање је нађено у помоћним тачкама везивања за поједине категорије питања.⁴⁰⁸ Међутим, како би се ове тачке разумеле потребно је сагледати њихову генезу. Наиме, претечу ЗПУП-а представљали су Закон о искоришћавању поморских бродова из 1959. године и Закон о накнади штете због судара бродова из 1966. године. У чл.132 Закона о искоришћавању поморских бродова из 1959. године је као супсидијарна одлучујућа чињеница наведена „најтешња повезаност“ уговора са једном земљом. Потом се принцип најближе везе, појављује као супсидијарни уговорни статут у ЗПУП-у из 1977. године.⁴⁰⁹ Решење је предвиђало да ће се за уговор о искоришћавању брода, односно за уговор о спасавању брода, применити као меродавно право које за поменуте уговоре стоји у „најближој вези“, ако странке нису учиниле изричит избор, а њихова се намера не да установити из околности случаја.⁴¹⁰ Отуда можемо закључити да помоћне тачке везивања садржане у важећем ЗПУП нису ништа друго до конкретизација принципа најближе везе, до којег се дошло на основу еволутивног тумачења ранијих законских прописа.

За разлику од ЗПУП-а, ЗОСОВ, супсидијарно везивање конструише комбинацијом принципа најближе везе и чврстих тачака везивања.⁴¹¹ Овим моделом законодавац формулише обориве претпоставке о томе које је право уговору најближе везано, али дозвољава суду да од ових претпоставки одступи, „ако из битних околности произилази нешто друго“. Анализом наведене синтагме, можемо закључити да је овде реч о специјалној клаузули изузетка, која отвара простор за корекцију датих претпоставки.⁴¹²

⁴⁰⁸ Види: чл.1040-1043 и чл.1045-1047.

⁴⁰⁹ Види: ст.1, чл.1002 и ст.1, чл.1003.

⁴¹⁰ Више у: Муминовић Е., *op.cit.*, стр.217-218.

⁴¹¹ Чл.186 ЗОСОВ гласи:

...,ако из битних околности не произилази ништа друго, на главна права и обавезе примењује се, као најближе, право државе у којој је у време закључења уговора превозилац имао пребивалиште, односно седиште, а на споредна права и обавезе право места где су те радње извршене, односно где је требало да буду извршене“.

⁴¹² На сличну формулацију специјалне клаузуле изузетка наилазимо и у материји уговора о железничком транспорту, који је регулисан Конвенцијом о међународним превозима железницом из 1980. године СОТIF, коју чине Додатак А (Једнообразна правила о уговору о међународном превозу путника и пртљага железницама-CIV) и Додатак В (Једнообразна правила о уговору о међународном превозу ролме железницом-CIM). Сходно правилима Конвенције, у недостатку избора меродавног права, примениће се као меродавно право земље где се у време пријема понуде

3.4.2. Судска и арбитражна пракса

Скоро као опште место у пракси наших судова стоји чињеница да се судије оглушују о постојање страног елемента у неком правном односу, и да веома често у одлукама примењују домаће право без икаквог образлагања. Нажалост, такве се одлуке, а везано за материју уговорних односа срећу и у данашње време.⁴¹³

У ранијој судској пракси, пре доношења ЗРСЗ-а преовладавало мишљење да би као прво допунско решење колизије за све уговоре, требало усвојити одлучивање са ослоном на најближу везу, а било је и судских одлука у том правцу. У образложењу пресуде Врховног привредног суда из 1965. године стоји:

налазило седиште превозиоца,.....“*ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као право са којим постоји ближа веза.*“

⁴¹³ Пресудом Општинског суда у П.П. 358/2001 од 23. априла 2002. године обавезан је тужени И.Д. из С. да тужиоцу, ГЕ „Капитал Банк“ из Б. Швајцарска исплати дуг у износу од 34.065 швајцарских франака увећан за уговорену камату у висини од 16,50% почев од 1.јануара 1997. године по основу невраћеног зајма из уговора о зајму са „БП АГ“ Швајцарска, и да тужиоцу исплати дуг у висини од 3.866 швајцарских франака увећан за 16,48% уговорене камате годишње, почев од 20.јула 1993. године, а све у року од 15 дана по правноснажности пресуде, под претњом извршења. Одлучујући по жалби пуномоћника туженог, Окружни суд у П., укинуо је првостепену пресуду с обзиром да је она захваћена битном повредом одредаба парничног поступка из чл.354, ст.2, тач.14 ЗПП-а, јер у њој није наведено довољно разлога о одлучним чињеницама, а разлози који су наведени су нејасни и противуречни, па зато има недостатака који се морају испитати. Првостепени суд налази да је тужени закључио, као прималац зајма уговор о зајму са „БП АГ“ из Швајцарске од 27. новембра 1991. године и уговор о куповини од 14. јуна 1993. године, као купац, чији је предмет путнички аутомобил марке „форд сијера“ Л 2,00. Међутим, тужени је у току целог првостепеног поступка оспоравао да је он закључио ове уговоре наводећи да потпис на уговорима није његов. Стога је, у смислу чл.7, ст.1 и 3 ЗПП-а, било неопходно да се изведе доказ вештачењем веродостојности потписа туженог на предметним уговорима јер је та чињеница од значаја за одлучивање, а извођење таквог доказа требало је да одреди сам првостепени суд по службеној дужности. С друге стране, у конкретном случају се ради о спору са међународним елементом, па је првостепени суд требало да примени Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у погледу материјалног права које треба применити при одлучивању за ове правне ствари. Уговором о позајмици од 27. новембра 1991. године и то чланом 11. уговора странке су се споразумеле да уговор о зајму подлеже швајцарском праву. Уговором о купопродаји покретне ствари од 14. јуна 1993. године странке нису изабрале меродавно право, па је првостепени суд требало да има у виду чл.20, ст.1, тач.1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља којим је прописано да ако није изабрано меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као меродавно примењује се за уговор о продаји покретних ствари, право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште односно седиште продавца. Према томе, у конкретном случају, а узимајући у виду наведене законске одредбе, при одлучивању у правној ствари требало је применити швајцарски грађански законик, што првостепени суд није учинио, па на тај начин није правилно применио материјално право.

Стога је првостепена пресуда морала бити укинута и враћена првостепеном суду на поновни поступак, а у коме ће првостепени суд поступити по примедбама из другостепеног решања, те ће тек тад доћи у ситуацију да одлучи о тужбеном захтеву.....из образложења Решења Окружног суда у Пожаревцу, Гж.184/2003 од 27. фебруара 2003. год.

„.....у недостатку споразума странака о примени неког одређеног материјалног права у начелу би требало да буде примењено материјално право оне земље, за коју би се у сваком конкретном случају, а посматрано са становишта разних тачака везивања (место закључења и извршења уговора, место почињене штете, место где се спор расправља и просуђује, место домицила дужника, итд)-могло казати да стоји најближе оном правном послу односно правном односу, о којем је настао спор и о којем треба да се суди“.⁴¹⁴

Но, у пракси се, након ступања на снагу ЗРСЗ-а, потврђивало управо оно на шта је доктрина указивала обзиром на формулацију чл.20, тј. да је за очекивати да судије одлуку доносе на бази постављених претпоставки, без осврта на принцип најближе везе. Тако је пресудом Вишег привредног суда Хрватске из 1985. године одлучено:

“.....примењује се југословенско право и то на темељу одредбе чл.20. тач.1 ЗРСЗ према којој се, ако није исказано меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као меродавно право примењује право места где се у време примитка понуде налазило пребивалиште односно седиште продавца“.⁴¹⁵

Арбитражна пракса је, међутим, далеко богатија у погледу одређивања меродавног права у материји уговорних односа. Може се слободно и закључити, да је управо захваљујући њој, колизиони метод добио на значају и да на темељу њеног искуства доктрина успева да анализира оно шта заправо пракса захтева.

Арбитража је још је и пре ступања ЗРСЗ била склона да користи принцип најближе везе за одређивање меродавног права за уговорне односе.⁴¹⁶ Традиција је настављена и након доношења наведеног закона. У једној арбитражној одлуци⁴¹⁷, арбитар образлаже примену југословенског права на следећи начин:

⁴¹⁴ Сл.-9365-3. од 18. јуна, 1965, нав. у Пак М., *Збирка прописа и судских одлука међународног приватног права*, Београд, 1971, стр.350, *cit. u:* Муминовић Е., *op.cit.*, стр.218.

⁴¹⁵ Пж-1232/1985. од 15. јануара, 1986, Виши привредни суд Хрватске, Упоредно право бр.1-2, Загреб, 1987, стр.122, нав. у: Župan M., *op.cit.*, str.193.

⁴¹⁶ Т-55/76.

⁴¹⁷ Т-170/82.

„на Југославију указује, пре свега, *lex loci venditoris*, тачка везивања која је највише прихваћена у савременим кодификацијама и међународним конвенцијама. *Lex loci contractus* такође упућује на Југославију, а у истој земљи је место испоруке. На овај начин принцип најближе везе би такође упућивао на право СФРЈ. Из тих разлога у овом спору треба применити југословенско материјално право, узимајући наравно одредбе уговора и применљиве трговачке обичаје“.⁴¹⁸

Међутим, бројније су одлуке где је арбитража одлучивала директно са ослоном на претпоставку, без узимања у обзир принципа најближе везе. У једној новијој арбитражној одлуци стоји:

„како се ради о спору из уговора, ваља применити на основу члана 20. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, које важи у Републици Србији, право земље продавца, а то је право Републике Србије.....“.⁴¹⁹

Арбитраже се нису, за разлику од судова, устручавале да у одлуци коригују одлучујућу чињеницу, са ослоном на принцип најближе везе. У спору између српске и румунске компаније СТА је применила српско право са ослоном на овај принцип. Одлука је била базирана на чињеници да су преовлађујући фактори указивали на Србију: уговор је био састављен на српском језику; седиште продавца налази се у Србији; уговором је као место извршења уговорне обавезе била назначена Србија.⁴²⁰

⁴¹⁸ Дика, Кнежевић Стојановић, *op.cit.*, стр.81.

⁴¹⁹ Одлука СТА Т-21/06 од 29. августа, 2008. године.

⁴²⁰ Одлука СТА од Т-08/06 од 1. октобра, 2007. године, а у том смислу и одлука Т-04/05 од 15. јула, 2008. године.

ДЕО IV

ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ У ДЕЛИКТНОМ СТАТУТУ

1. МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ВАНУГОВОРНУ ОДГОВОРНОСТ

Поред уговора који је несумњиво један од основних извора облигација, постоје и други извори, па тако можемо разликовати оне облигације које настају из: закона и онога што су Римљани називали *variae causarum figurae*, при чему су под овим потоњим подразумевали обавезе које настају из деликата, квазиделиката и квазиконтраката грађанскоправног карактера, или збирним именом вануговорне обавезе.

Елемент иностраности се може јавити и код вануговорних односа једнако као и код уговорних, али одлучујуће чињенице које нас доводе до меродавног права за регулисање датих приватноправних односа нису исте.

Међутим, оно што дерерминише област вануговорних односа у расправи о корективној функцији принципа најближе везе јесте чињеница да многе савремене кодификације из области међународног приватног права придају једнак значај принципу најближе везе у сфери уговорних и у сфери вануговорних односа. Најчешће се овај значај манифестује у виду постављања клаузуле изузетка, која оставља простора да судија, у конкретном случају, одступи од генерално-апстрактно постављеног колизионог правила. Друга заједничка карактеристика је за ове две области правних односа је њихова динамичност.

Особеност савременог права јесте да накнада штете, која је годинама позната као „друго грло“ у извору облигација, све више добија примат над уговорним односима. Разлог томе је завидан ниво техничког и технолошког развоја савременог друштва, који нужно има за последицу и регулисање питања одговорности и евентуалне накнаде штете. Треће, промене у друштвеној равни,

нужно се преносе и на правни аспект, што наводи на закључак да је „ова вековима статична област постала динамична до мере каледоскопског“⁴²¹. За ову област везује се и почетак америчке револуције у области сукоба закона, која се тек касније проширила и на сферу уговорних односа.

У упоредном међународном приватном праву централно место на подручју колизионог регулисања вануговорних обавеза свакако припада грађанскоправним деликтима са страним елементом. Међутим, све је већи број како националних кодификација, тако и међународних инструмената унификације у којима се детаљно регулишу и питања везана за одређивање меродавног права за: стицање без основа, пословодство без налога и одговорност за несавесно вођење преговора (*culpa in contrahendo*).

Карактеристика ранијег периода била је да се целокупна материја вануговорних односа регулише једном колизионом нормом. Сматрајући да је то погрешно решење југословенски законодавац излаз је потражио у појму „одговорности за штету“⁴²². Она наравно може произилазити из уговора, али не мора. У првом случају ради се о уговорној одговорности која потпада под уговорни статут, а у другом случају ради се о вануговорној одговорности за штету која може бити последица противправне радње, али и квазиделикта и квазиконтракта, и све бројнији систем одговорности за штету које диктира живот.⁴²³ Овај приступ задржан је и у Нацрту новог ЗМПП-а, али је он у поређењу са решењима важећег закона знатно развијенији и модернији. Посебна пажња, поред питања вануговорне одговорности за штету посвећена је и осталим врстама вануговорних обавеза, па су тако унапређена решења предходног закона у погледу стицања без основа, пословодства без налога, и постављена посебна тачка везивања у погледу одговорности за несавесно вођење преговора.⁴²⁴ Укључивањем одговорности за несавесно вођење преговора у окриље ове одредбе отклоњена је и дилема у погледу њене правне природе, обзиром су међу ранијим југословенским

⁴²¹ Kahn-Freund, “Delictual Liability and the Conflict of Laws”, *Recueil des Cours*, 1968-II, str.7.

⁴²² Дефинисањем појма „одговорности за штету“, у чл.28 ЗРСЗ-а, постављена је посебна норма за ову правну категорију. Уређујући област вануговорних односа, законодавац је поставио још две колизионе норме: у чл.29 који се такође односи на вануговорну одговорност за штету, али у случају ако је *loci actus* брод или ваздухоплов, и у чл.27 који се односи на квазиконтракте (стицање без основа, пословодство без налога, употреба ствари без пословодства, као и за друге вануговорне обавезе које не извиру из одговорности за штету).

⁴²³ Дика, Кнежевић, Стојановић., *op.cit.*, стр.93.

⁴²⁴ Види чл. 166-169 Нацрта ЗМПП-а.

писцима постојала различита мишљења која су заговарала како деликтни тако и уговорни карактер предуговорне одговорности.⁴²⁵ Оно што представља значајну новину у Нацрту јесте и проширивање дејства колизионих норми за вануговорну одговорност и на „вануговорне обавезе чије је наступање вероватно“.⁴²⁶

Међутим, разлике које постоје на колизионом плану у погледу регулисања вануговорне одговорности, резултат су разлика које постоје у сфери материјалноправног регулисања појединих института везаних за ову правну област. Проузроковање штете другоме, неосновано обогаћење и незвано вршење туђих послова, односно пословодство без налога, само су нека од питања која се упоредноправно разликују чак на нивоу приступа у њиховом регулисању, али и по питању битних елемената који чине њихов саставни део.⁴²⁷

Дубоке разлике које постоје на нивоу националних приступа, разлог су чињенице да је на европском континенту, требало скоро четрдесет година да се оне превазиђу, и да се постигне компромис на пољу унификације.

2. ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА ЗА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ

Меродавно право за грађанскоправне деликте регулише се унутрашњим правилима међународног приватног права, међународним уговорима, а у земљама које су традиционално оријентисане на судско решавање спорова извор правила је судска пракса (Енглеска, Француска и САД).

Међународни уговори којим се регулише питање деликтног статута могу бити билатерални, као што је на пример билатерална конвенција о социјалном осигурању која је закључена између СРЈ и Швајцарске, или мултилатерални који садрже било унификоване материјалне или колизионе норме у односу на разне облике вануговорне одговорности.⁴²⁸ Од хашких конвенција, којима се унификују

⁴²⁵ Дика, Кнежевић, Стојановић., *op.cit.*, стр.97.

⁴²⁶ Види: ст.2, 3 и 4, чл.152 Нацрта.

⁴²⁷ За разлике види: Варади *et al.*, *op.cit.*, стр. 436-437.

⁴²⁸ Бриселска конвенција о унификацији неких правила о суду бродова (1910); Париска конвенција о одговорности у области нуклеарне енергије; Бечка конвенција о грађанској одговорности у области нуклеарних штета (1963); Римска конвенција о одговорности страних

колизиона правила, наша земља је ратификовала две веома важне за ову област: Хашку конвенцију о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе из 1973. године и Хашку конвенцију о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде из 1971. године.⁴²⁹

Одређивање меродавног права у области одговорности за грађанскоправне деликте је веома важно, обзиром да ће се у његовом окриљу наћи одговор на низ следећих питања: 1) пре свега, мора се дати одговор на питање да ли је радња противправна и у складу с тим да ли има места деликтној одговорности; 2) на чему се деликтна одговорност заснива, одн. да ли је у питању објективна или субјективна (на кривици заснована) одговорност; 3) каузалност радње и последице; 4) меродавно право треба да одговори на питање о којој се врсти штете ради као и о начину њене накнаде; 5) питање преноса потраживања на основу накнаде, итд.

Пре него што укажемо на одлучујуће чињенице у сфери деликтног статута, морамо нагласити да аутономија воље странака све више заузима значајно место у овој области. Савремене кодификације и међународни инструменти унификације колизионих норми дају примат ограниченој аутономији воље као субјективној тачки везивања у правцу одређивања меродавног права. Разлог томе је што аутономија воље служи као погодно средство да се у овој веома сложеној правној сфери повећа правна сигурност. Ипак, реч је о ограниченој аутономији воље, којој су ограничења наметнута у смислу заштите слабије стране и права трећих лица, док се за поједине облике одговорности аутономија воље изричито искључује.

Историјски посматрано, могу се уочити два модела која на различит начин регулишу колизионоправно питање у сфери грађанскоправних деликата. Први модел заснива се на процедуралном везивању *lex fori*. Премда је теорију о искључивој примени *lex fori* први потуно елаборирао Вехтер (*Wähler*), а Савињи (*Savigny*) је од њега преузео, ипак се овај други сматра „оцем“ и главним поборником правила да се на деликтну одговорност има увек применити *lex*

ваздухоплова за проузроковану штету на површини земље трећим лицима (1959); Бриселска конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану услед загађивања мора уљем (1969).....Крвавац М., Ристић С., *Практикум за међународно приватно право*, Краљево, 2007, стр.174.

⁴²⁹ www.hcch.net.

fori.⁴³⁰ Ова промишљања била су основа за раније немачко решење садржано у чл. 12 Уводног закона за Грађански законик Немачке, које се заснивало на „национално-протекционистичкој основи“, а сходно коме се према немачком држављанину неће признати захтеви за накнаду штете произашле из недопуштених радњи у иностранству, ако нису правно основани према немачким законима.⁴³¹

Међутим, временом је принцип *lex fori* добио улогу допунског принципа за противправност уз правило *lex loci delicti commissi* које се ипак може квалификовати као основно правило, које је окосница другог модела за регулисање деликтног статута.

Кумулативана примена *lex loci delicti commissi* и *lex fori* водила је рађању мешовитог модела. Поред одређеног броја земаља европског континента које су прихватале кумулацију два наведена принципа, ипак се може рећи да је она била особеност *common law* система. У Британији су колизиони принципи у погледу вануговорне одговорности за проузроковану штету постављени су у случају Филипс-Ејр (*Philips v. Eyre*)⁴³². У случају Машадо против Фонта (*Mashadov. Fontes*) тужени је у Бразилу на португалском језику објавио натпис у којем је увредио тужиоца. По енглеском праву увреда представља деликт који повлачи одговорност за штету и обавезу накнаде, а по бразилском праву увредљив садржај у напису сам по себи није довољан за грађанску одговорност. Иако је штета утужива по енглеском процесном праву и произишла из противправне радње по страном (бразилском) праву, тужба је одбачена и суд се огласио ненадлежним са ослоном на институт *forum non conveniens*.⁴³³ У овом случају интересанан је однос кумулативне примене правила *lex loci delicti commissi* и *lex fori*, као и клаузуле изузетка у области сукоба јурисдикција које познаје енглеско право. У Британији је 1995. године донесен закон (*PIL Miscellaneous Provisions Act*) којим је као тачка везивања усвојено правило *locus delicti commissi*, и којим је укинута појам *double*

⁴³⁰ Муминовић Е., *op., cit.*, стр. 224.

⁴³¹ Пак М., *op., cit.*, стр. 363.

⁴³² *Philips v. Eyre*, (1980) L.R. 6Q.B.1, у: Collins L., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws-Fourth Cumulative Supplement to the 13th Edition*, Sweet & Maxwell, London, 2004, 35-005.

⁴³³ Пак М., *op., cit.*, стр. 366.

actionability којим је захтевана кумулација закона суда и закона места извршења деликта у погледу противправности радње.⁴³⁴

2.1. *Lex loci delicti commissi*

Правило *lex loci delicti commissi* је несумњиво најзначајније и најстарије решење за грађанскоправне деликте, које се као тачка везивања јавља још у XIV веку и везује се за име Бартолоуса. У својој даљој разради ово правило сводило се на две тачке везивања, у зависности од тога да ли опредељење стоји у правцу места штетне радње (*lex loci delicti commissi*), или места настанка штете (*lex loci damni*). Теорија је била јединствена у одбрани оправданости овог решења, наводећи да нема грађанскоправног деликта уколико нема радње ни штете, обзиром да материјалноправно гледано штетна радња и штетна последица представљају саставне делове грађанскоправног деликта.

Из тог разлога дуго је сматрано да је управо ово правило израз принципа најближе везе, и да се она (веза) у грађанскоправном деликту најбоље манифестује кроз радњу или последицу.

У чл.28. ЗРСЗ-а, законодавац се определио за правило *lex loci delicti commissi*, али је истовремено био свестан да повезивање преко места деликта може изазвати проблеме локализације. У намери да заштити оштећеног, он је предвидео да се у случају дислокације радње и последице примењује оно од два (или више) права које је повољније за жртву, спроводећи на тај начин начело убиквитета, путем алтернативног упућивања на право државе где је почињена штетна радња или где је настала штета.⁴³⁵ Значи да се начело убиквитета примењује у деликтима у којима постоји дислокација, односно у случајевима када се место извршења штетне радње и место наступања штетне последице налазе у различитим државама. Наведени члан гласи:

⁴³⁴ Section 11(1) PIL Act: „*Опште правило за одређивање меродавног права је право земље у којој је противправна радња (tort or delict) извршена.....по питању радње*“.

⁴³⁵ То заправо значи да суд прво мора по службеној дужности да оцени садржај материјалног права оба правна поретка на које упућује тачка везивања и по службеној дужности утврдити и применити повољније право. Међутим, по природи ствари и сам оштећени ће указивати суду на повољније право.

„На вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није другачије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, засисно од тога које је од та два права повољније за оштећеног.

Право из става 1. овог члана меродавно је и за вануговорну одговорност за штету која је настала у вези са правним односима из члана 27. овог закона.

За противправност радње меродавно је право места где је радња извршена или где је последица наступила, а ако је радња извршена или је последица наступила на више места-довољно је да је радња противправна по праву било ког од тих места“.

Упоредноправно правило *lex loci delicti commissi* је несумњиво владајуће, али је у многим решењима оно допуњено начелом убиквитета, концептима познатим као: *better law approach*, *Opfer Sympathie*. Тако за примере наводимо⁴³⁶:

-Чл.62, ст.1 италијанског закона: „Одговорност за противправне акте одређује се по праву државе у којој је настала њихова последица. Оштећени може међутим тражити примену права извршења штетне радње која је проузроковала штету“.

-Чл.15 чешког/словачког закона: „Захтеви за накнаду штете, који се не заснивају на повреди уговора или повредама других правних послова, оцењују се по праву места где је штета настала или праву места штетне радње“.

Правило *lex loci delicti commissi* је у складу са принципом територијалитета по коме „свака држава има надлежност да процењује правне последице аката који су с десили на њеној територији“.⁴³⁷ Применом правила *lex loci delicti commissi*, за оцена противправности чина смешта се у оквир околине где се тај чин и догодио, па у том смислу ова тачка везивања има и превентивну функцију. Овај принцип је био окосница решења Првог Зборника права из 1934. године у САД-у. У § 384 овог Зборника садржана је одредба која је прописивала

⁴³⁶ Више у: Sajko K., *op.cit.*, str. 151.

⁴³⁷ Коментар уз §377 Restatement I.

да се основаност тужбеног захтева за накнаду штете цени по праву места где је штета настала. Притом нема места сумњи да је ово право било меродавно за расправљање свих осталих питања везано за накнаду штете, обзиром да *common law* генерално није одоброво институт *dépeçage*.

Под „местом штетне радње“, судска пракса је углавном подразумевала државу у којој се налази место где се одиграо последњи догађај везан за штету. Међутим овај појам је различито тумачен, па се тако сходно судији Гудриху (Goodrich) „штета комплетира тамо где наступају њене последице“, док судија Крамер (Kramer) истиче „да штете нема без кривице, и да ниједан елемент није значајнији од другог, обзиром да су сви једнако важни у прузроковању штете“.⁴³⁸

2.1.1. Критика принципа *lex loci delicti commissi*

Иако је принцип *lex loci delicti commissi* је заслужан за, све до недавно, „мирне воде“ у овој области⁴³⁹, претходни редови већ су назначили извесне тешкоће у његовој примени.

Са развојем техничког и технолошког напретка на светском нивоу, судска пракса била је суочена са бројним проблемима у примени овог принципа. У овој су се области, у релативно кратком времену, стекли сви значајни агенси који стоје иза битних промена у концепцији везивања и физиономији правила данашњег међународног приватног права: очигледан утицај развитка технике, технологије, и средстава комуникације на карактер правних односа ове врсте (настанак „модерних“ деликата, као што су нпр. они у друмском саобраћају и они у области штете од производа), контрапродуктивност традиционалних колизионих решења, те међусобни утицај европског и англоамеричког права.⁴⁴⁰ Ова констатација сасвим оправдано односи се и на област уговорних односа.

Међутим, поред ових екстерних фактора који свакако јесу од веома велике важности у критици принципа *lex loci delicti commissi*, битни су и они интерни који се тичу самог принципа, његове неадекватности и већ поменутих тешкоћа у

⁴³⁸ Currie D., *op.cit.*, str.14.

⁴³⁹ Муминовић Е., *op.cit.*, str. 227.

⁴⁴⁰ *Ibid*, str.222.

примени. Тешкоће се нарочито односе на случајеве дислокације радње и последице деликта. У таквим случајевима квалификација „места извршења деликта“ погодује арбитрарном понашању и представља озбиљну претњу по правну сигурност. У Нацрту нашег новог ЗМПП-а предложено решење отклања ову бојазан, обзиром да се у чл.156 Нацрта утврђује меродавност права државе у којој је наступила штета. Примена права *места штете* има функцију заштите правних добара, из разлога што се оштећени штити према мерилима околине у којој су његова добра повређена. Такође, поред ове одредбе која је уређена по узору на европско право, Нацрт у овој области, скоро у потпуности следи решења европског законодавца, прописујући посебне тачке везивања и за поједине посебне облике вануговорне одговорности за штету (чл.158-165 Нацрта), као што су: одговорност произвођача за производе, нелојална конкуренција и ограничавање слободне тржишне утакмице, штета нанета животној средини, повреда права интелектуалне својине, прекид или успоравање процеса рада, друмске саобраћајне незгоде, штета настала на броду или ваздухоплову и повреда права личности путем медија. Посебне тешкоће у примени *lex loci delicti commissi* везивале су се и за случајеве у којима је *loci actus* брод или ваздухоплов који се налази на „ничијој земљи“.⁴⁴¹

Иако је америчка доктрина, и раније, указивала на недоследност принципа *lex loci delicti commissi*⁴⁴², а судска пракса заобилазила овај принцип са ослоном на квалификацију⁴⁴³, *renvoi*⁴⁴⁴ и установу јавног поретка⁴⁴⁵, ипак се револуционарни

⁴⁴¹ За тешкоће у примени види у: Варади *et al.*, стр.442.

⁴⁴² Cook J., “Tort Liability and the Conflict of Laws”, *Columbia Law Review*, v.35, 1935, str.202-228. У овом чланку проф. Cook критикује решења Restatments I заснованог на теорији стечених права (*foreign right theory*), истичући да ова теорија не нуди адекватна решења за сложене, комплексне случајеве у којима се поједини догађаји везано за штету везују за државу А, а други за државу Б. Професор поставља питање: како решити проблем у нпр. ситуацији када оптужени Д, у држави А изазове пожар који пређе државну границу и захвати имање П које се налази у држави Б. Претпостављајући да нема непажње на страни Д, и да држава А не прописује одговорност у таквим случајевима, а да држава Б познаје тзв. „апсолутну одговорност“ јер руковање ватром категорише као „опасну радњу“, проф. указује на неадекватност *foreign right theory* да овај проблем реши.

⁴⁴³ *Levy v. Daniels’u-Drive Auto Renting Co.*, 108 Conn.333, 143 A. 163 (1928); *Haumshild v. Continental Cass. Co.*, 7 Wis.2d 130, 95 N.W.2d 814 (1959).

⁴⁴⁴ *Richards v. United States*, 369 U.S. 1 (1962).

⁴⁴⁵ *Mertz v. Mertz*, 271 N.Y. 466, 3 N.E.2d 597 (1936).

значај у критици принципа *lex loci delicti commissi* везује за случај *Bebcock v. Jackson* из 1963. године.⁴⁴⁶

Констатујући да ова одлука има несумњив значај у развоју права уредници часописа *Columbia Law Review*, су након организованог симпозијума посвећеног овом случају, посветили посебан број часописа коментарима на случај *Bebcock v. Jackson*.⁴⁴⁷ Према Кејверсу (Cavers) значај овог случаја је у томе што он диктира другачији приступ у решавању проблема. Ниме, по први пут се „установљавају државни интереси за применом одговарајућих прописа у светлу конкретних околности случаја“, што има за последицу „неспорни захтев за примену права заинтересоване државе“.⁴⁴⁸ Он констатује да је „сасвим оправдано суд је стао на становиште да интерес Онтарија за примену сопствених прописа није релевантан, и да је много значајнији интерес државе Њујорка за применом сопствених прописа обзиром да су у конкретном случају сви актери догађаја били њени држављани“. Један од коментатора ове одлуке, Чентам (Cheatham) истиче њен значај из разлога што је њоме усвојен „*centre of gravity*“ односно „*grouping of contacts*“ принцип у избору меродавног права, који омогућава „одговарајући приступ у третирању конкурентних интереса поводом накнаде штете у случајевима који садрже елемент иностраности“.⁴⁴⁹ Одбацујући тврдњу да принцип „*centre of gravity*“ може служити као решење у решавању сукоба закона Кери (Currie) не спори револуционарност ове одлуке, пре свега из разлога што је њоме коначно дискредитовано „место штетне радње“ као тачка везивања у погледу одговорности за штету.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Цорца Бебок је била гост на путовању у колима Џексонових. Пошли су на викенд у Канаду. Тамо је дошло до несреће у којој је повређена госпођица Бебок и она је у Њујорку поднела тужбу за накнаду штете против Вилијема Џексона. И тужитељица и тужени били су из Њујорка. У Њујорку је и пут започет, тамо је требало да се врате. Право Њујорка допуштало је да се у датом случају досуди накнада штете, али у Канади (тачније речено, у провинцији Онтарио где се догодила несрећа) постоји пропис према коме се не може тражити накнада штете од власника или возача за телесну повреду коју је претрпео путник, ако је бесплатно превозен. *Lex loci delicti commissi* је указивао на Онтарио и није било могућности да се примени право Њујорка на други начин, јер је била спорна сама основа захтева за накнаду штете, а не висина штете. Апелациони суд је применио право Њујорка, истичући да је то право неупоредиво више повезао са спорним односом. Напуштен је, према томе, принцип *lex loci delicti commissi* –и због тога је одлука од изузетног значаја..... *Bebcock v. Jackson*, 191 NE 2d 279 (1963) превод у: Варади *et al.*, стр. 443-444.

⁴⁴⁷ Comments on *Bebcock v. Jackson*, A Recent Development in Conflicts of Law, *Columbia Law Review*, vol.63, 1963, str.1212-1257.

⁴⁴⁸ Cavers D., *op.cit.*, str.1221.

⁴⁴⁹ Cheatham E., *op.cit.*, str.1229.

⁴⁵⁰ Currie B., *op.cit.*, str.1233.

Сасвим логично следећа фаза била је да се откривене вредности у случају *Bebcock v. Jakson*, (али и других сличних) инкорпоришу у Други Зборник правила из 1969. године. Научене лекције водиле су у правцу одбацивања „неразумних правила“, једнако као и у правцу одбацивања „разумних (не)правила“⁴⁵¹, па је усвојено решење заправо средина између ове две крајњости. Према § 145 (1) Другог Зборника, меродавност права у погледу деликата (*torts*), процењује се у складу са § 6 који упућује на „*most significant relationship*“, односно на право са којим правни однос има најзначајнију везу. Сходно ст.2, ова веза утврђује се нарочито према следећим чињеницама: месту где је штета настала, месту где је настао узрок штете, домицилу, боравишту, држављанству, месту регистрације, месту пословања странака као и у месту у коме се налази центар страначких односа.⁴⁵² У Другом Зборнику права, налази се укупно 39 посебних колизионих решења која се односе на поједине елементе вануговорне одговорности и права на накнаду штете. Наводимо неклико питања која су обухваћена овим правилима: одговорност за радње и за пропуштање, одговорност за грађанскоправне деликте и кривична дела, право на накнаду штете и поједини видови одговорности у оквирима ширих правних односа (брачних односа, радних односа) итд.⁴⁵³

Критика принципа *lex loci delicti commissi* имала је одјека и ван америчког континента, пре свега у Европи.⁴⁵⁴ Међутим, европска права до сада нису напустила *lex loci delicti commissi* као основно решење за грађанскоправне деликте, да би то традиционално решење заменила принципом најближе везе.

Веома важан утицај на одредбе деликтног статута на подручју Европе, а посебно на одредбе деликтног статута на средњеевропски круг држава континенталног правног круга и на бивше комунистичке европске државе, имала је немачка судска пракса и немачко обичајно право почев од 1988. до 1999., као и швајцарски Савезни закон о међународном приватном праву из 1987. године, који је одредбе деликтног статута заоденуо у правну норму. Француска судска пракса и њено обичајно међународно

⁴⁵¹ Fuld, Chief Judge, u: Currie D. *et al*, *op.cit.*, str. 143.

⁴⁵² § 145 Restatmenta II.

⁴⁵³ Пак М., *op.cit.*, str. 366.

⁴⁵⁴ Сликвитим примером, на слабост принципа *lex loci delicti* указује Морис: ...“једна америчка школа организовала је летњи излед за своје студенте на северу Квебека. Камп је био снабдевен и изолован. Једну девојку је завео један од младића и она је затруднела, другу је угрizaо пас.....До ових инцидентата не би дошло да није било немара на страни организатора. Сви учесници кампа редовно бораве у америчкој држави X где се школа налази. Има ли смисла рећи да се право Квебека мора применити само зато што су се инциденти тамо и догодили?“у: Morris J.H.C, “The Proper Law of a Tort”, *Harvard Law Review*, vol.64, no.6, 1951, str.578.

приватно право, иако су три пута пропали покушаји кодификације, нијансирани су пак међународно деликтно право у оквиру романске скупине континенталног правног круга европских држава.⁴⁵⁵

О модалитетима „одјека“ америчке револуције биће више речи у поднаслову који следи.

3. КОРЕКЦИЈА У ДЕЛИКТНОМ СТАТУТУ

Принцип најближе везе у деликтном статуту има, пре свега, ранг начела, које се често јавља у корелацији са начелом *favor leasi*, односно начелом убиквитета које даје предност примени права повољнијег за оштећеника.⁴⁵⁶ Пример ове корелације не срећемо само у нашем праву, већ и у другим националним кодификацијама.⁴⁵⁷

Међутим, најважнија функција принципа најближе везе у домену регулисања грађанскоправних деликата са елементом инистраности јесте његова корективна функција. Већ смо напоменули да европска права нису одбацила принцип *lex loci delicti commissi*, али су „одјечи“ револуције видљиви управо у домену корекције генерално-апстрактних правила.

Корекција је могућа у два вида: у виду постављања допунских (акцесорних) правила и у облику постављања специјалне клаузуле изузетка. Иако је реч о различитим моделима корекције њихови заједнички именоватељи су: а) принцип најближе везе и б) одступање од принципа *lex loci delicti commissi*.

⁴⁵⁵ Bouček V., *op. cit.*, str.292.

⁴⁵⁶ Župan M., *op.cit.*, str. 50.

⁴⁵⁷ Чл.62, ст.1 италијанског закона; Одступања од класичне везаности у корист места настанка штете могућа су и према чл. 32, ст. 2 мађарске Уредбе о МПП-у (ако је то повољније за оштећеног).

3.1. Допунско (акцесорно) везивање у деликтном статуту

Наведени заједнички именитељи корекције чине да се оба вида корекције могу посматрати и као специјалне клаузуле изузетка, с тим што би се онда допунско везивање категорисало као затворена клаузула изузетка, што није ништа друго него постављање још једне (акцесорне) тачке везивања, а оне корекције које се заснивају на оквирном упутству, које ће свој коначни резултат имати у зависности од околности случајева *in casu* категорисале би се као отворене клаузуле изузетка. Можемо рећи и да првом случају конкретизацију принципа најближе везе врши законодавац (постављањем допунске тачке везивања), а у другом случају конкретизацију принципа врши орган примене.

Међутим тезу да је заправо овде реч о два вида корекције подупиру решења у којима срећемо комбинацију основног правила, акцесорне тачке везивања и специјалне клаузуле изузетка, у којима је затворена клаузула изузетка добила третман посебне тачке везивања у виду правила *lex firmae habitationis communitis*. На тај начин затворена клаузула изузетка „окамењена“ је као засебно правило. Аргумент у прилог овом резонувању налазимо и у чињеници да Нацрт новог ЗМПП-а, садржи две посебне одредбе у склопу општих правила о одређивању меродавног права за вануговорну одговорност: једне у чл.157 (*посебна клаузула одступања*), и једне у чл.155 (*примену права заједничког уобичајеног боравишта*). Одредба чл.155 Нацрта гласи:

„Ако меродавно право није изабрано, а одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој држави у тренутку настанка штете, за вануговорну одговорност за штету меродавно је право те државе“

Постављање посебне тачке везивања за случајеве када штетник и оштећени имају заједничку припадност данас се не доводи у сумњу. Законодавци већине земаља прихватају решење сходно коме се за случај када се деликт догодио у оквиру затворене групе лица (група туриста, породица), не прихвата опште колизионо правило, већ се меродавно право одређује са ослоном на специјално повезивање засновано на њиховој заједничкој припадности. Разлике постоје само

у погледу основа по коме се та припадност цени: нека се права опредељују за уобичајено боравиште⁴⁵⁸, нека за пребивалиште⁴⁵⁹, а у појединима се као основ захтева држављанство⁴⁶⁰. У законодавству се срећу и случајеви у којима се захтева кумулативно постојање два основа. Такав пример даје нам одредба члана 62, ст.2 италијанског закона којим је дозвољено одступање од *legis loci damni*, уколико се противправни чин догодио искључиво међу особама које имају исто држављанство и у тој држави редовно бораве.

Идеја да треба поставити посебну тачку везивања, за случај да је реч о затвореним групама лица, потиче са единбуршке сесије Института за међународно приватно право из 1969. године, када је усвојено становиште, према коме у одсуству стварне повезаности спорног случаја и *legis loci delicti*, меродавно право треба да се одређује узимајући у обзир посебне односе између самих странака, или повезаност странака са самим догађајем.⁴⁶¹ У раду Хашке конференције за међународно приватно право, ови закључци су свакако били од значаја, обзиром да су они били основа за решења које су у области деликног права регулисани Хашком конвенцијом о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе⁴⁶² и Хашком конвенцијом о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Чл. 133., ст.1 Швајцарског савезног закона; чл. 40, ст.2. (1) Уводног закона за Грађански закон Немачке.

⁴⁵⁹ Чл.32, ст.3 мађарске Уредбе о МПП-у.

⁴⁶⁰ Чл.45. португалског Грађанског закона.

⁴⁶¹ Муминовић Е., *op.cit.*, стр.236.

⁴⁶² Чл. 4 Конвенције гласи: „Меродавно право је унутрашње право на чијој се територији штета догодила ако је та држава такође:

а) држава редовног боравишта оштећене особе или

б) држава главног пословног седишта особе чија је одговорност у питању, или

ц) држава на чијем је подручју оштећена особа прибавила производ.

⁴⁶³ Овом Конвенцијом као основно постављено је класично колизионо правило *lex loci delicti*, са корекцијама инспирасаним принципом најближе везе. Корекције су веома бројне и установљене у прилог места регистрације возила. Тако ће, у складу са чл.4, ст.1 Конвенције меродавно право бити право места регистрације возила у случајевима када: 1) је у удесу учествовало једно моторно возило које је регистровано у другој земљи, а не у оној где је дошло до саобраћајног удеса, а у погледу одговорности према:

а) возачу, кориснику и власнику моторног возила, без обзира на њихово редовно боравиште,

б) оштећеном путнику, ако је његово редовно боравиште у другој земљи а не оној на чијој се територији догодио удес и

ц) оштећеном лицу које се налазило на месту удеса изван моторног возила, ако је његово редовно боравиште у земљи регистрације возила.

Чл.4, ст.1, т. б Конвенције прописано је да „када је у удесу учествовало више моторних возила меродавно је право места удеса, осим ако су сва возила регистрована у истој земљи“. Тачком ц предвиђа се да „ако су сва лица која су учествовала у саобраћајном удесу и била на месту удеса

У појединим државама, значајну улогу у креирању ових изузетака одиграла је судска пракса. Тако су рецимо немачки судови конституисали читав низ изузетака од правила *lex loci delicti commissi* у случајевима када је „ближа веза“ идентификована у заједничком држављанству или пребивалишту оштећеног и штетника.⁴⁶⁴ Супротан пример везује се за француску судску праксу која се упркос чињеници да се почетком 70-тих година суочавала са великим бројем случајева у којима се питање вануговорне одговорности за штету постављало везано за саобраћајне незгоде које су претрпели страни туристи на пропутовању у Француској није одступала од древно постављеног правила *lex loci delicti commissi*.⁴⁶⁵

3.2. Специјална клаузула изузетка

Ако смо из корпуса корекције одвојили оне које се заснивају на објективном везивању, у којима су упутства за примену строго постављена, тако да примењивач нема слободу да од корекцију спроведе или не, уколико су испуњене претпоставке из норме, остаје нам да пажњу посветимо такозваним отвореним клаузулама у којима су упутства за примену оквирно дата. Ове клаузуле, коначну оцену о меродавном праву у коме ће се деликтни спор расправљати препуштају суду.

У законодавствима се срећу различити модалитети отворених клаузула. Пример флексибилно постављене клаузуле изузетка налазимо у § 48, (1) Савезног закона о међународном приватном праву Аустрије, који гласи:

„Захтеви за вануговорну одговорност за накнаду штете оцењују се по праву државе у којој је штета проузрокована. Међутим, ако постоји за странке јача веза с правом једне исте државе то је право меродавно“.

изван једног или више возила умешаних у удесу, меродавно је право места где се удес догодио, осим ако сва ова лица имају редовно боравиште у земљи регистрације моторног возила или су сва возила умешана у удесу регистрована у истој земљи“.

⁴⁶⁴ Schnabel K., *op.cit.*, str.53.

⁴⁶⁵ Одлука Касационог суда (извод у оригиналу): „quelle que soit la nationalité des parties, la loi compétente pour régir la responsabilité extra-contractuelle est la loi du lieu où le fait dommageable s’est produit“, види у: Spiegel N., *op.cit.*, str.204.

Отворена посебна клаузула изузетка садржана је и у чл. 25., турског закона. Овај члан садржи каскадну колизиону норму којом је за деликте најпре ст.1 предвиђено основно решење *legis loci delicti commissi*, затим у ст. 2 додатно решење за „дислоциране“ деликте *lex loci laesionis*, и на крају у ст.3 прописана је специјална клаузула изузетка „ако обавезни однос има ближју везу с правом друге државе; тада се примењује то право“.

Такође, према поглављу XII *PIL Act-a* Велике Британије из 1995. године „не примењује се правило о деликтном статуту тог закона, ако са другим правом постоји ближа веза“. Наиме, иако се начело најближе везе првобитно одразило у пресуди *Boys v. Chaplin*⁴⁶⁶, када су судије одступиле од кумулативне примене *lex fori* и *lex loci delicti commissi* у случају када је концепт „*proper law of tort*“ указивао на енглеско право, примена начела најближе везе утемељеног путем клаузуле изузетка везује се за пресуду у случају *Rea Sea Insurance Co.Ltd.V. Bouygues S.A.*⁴⁶⁷ Примена начела најближе везе у том случају утемељена је на објективним чињеничним околностима случаја те је изречено да се од примарне повезнице одступа због претежне везе тужбе и државе с којом је предмет најближе везан.⁴⁶⁸

Специјалне клаузуле изузетка у деликтном статуту постале су тренд и у кодификацијама *ex-ви* република, па је тако сада познају словеначки ЗМППП⁴⁶⁹, ЗМПП Македоније⁴⁷⁰, а она је, за разлику од важећег Закона, садржана и у Нацрту ЗМПП-а Србије. У Нацрту предложени чл.157 (*Посебна клаузула одступања*) гласи:

⁴⁶⁶ *Boys v. Chaplin* (1971) A.C. 190.

⁴⁶⁷ *Rea Sea Insurance Co.Ltd.V. Bouygues S.A.* (1995) 1 A.C. 190.

⁴⁶⁸ McClean, Morris, „*The Conflict of Laws*“, у: Župan M., *op.cit.*, str.52. За даље примере одступања од *lex loci delicti commissi* а нарочито у погледу примене *lex fori* види случај: *Wong v. Wei* (1999) 10 W.W. R. 296 (B.C.) (*lex fori* примењен за деликт учињен у Утахту); *Lebert v. Skinner Estate* (2001) 53 O.R. (3d) 727 (*lex fori* примењен за деликт учињен у Квебеку); *Tolofsen v. Jensen* (1994) S.C.R. 1022 (Sup. Ct. Can.) у овом случају изузетак од правила места штете образлаган је чињеницом да се од овог правила увек треба одступити у случајевима када би оно водило неправичном резултату.....више у: Collins L., *op.cit.*, 35-092.

⁴⁶⁹ Чл. 30, ст.2., словеначког ЗМППП-а.

⁴⁷⁰ Чл. 33, ст.2., македонског ЗМППП-а.

„ 1. Ако је из свих околности случаја јасно да је проузроковање штете очигледно у ближој вези са другом државом, а не оном из чланова 155 и 156 овог Закона, примењује се право те друге државе.

2. Очигледно ближа веза с другом државом може се заснивати посебно на већ постојећем правном односу између странака као што је уговор који је уско повезан с штетном радњом или на чињеничном односу.“

Први пример да се у деликтном статуту принцип најближе везе непосредно изражава у виду клаузуле изузетка налазимо 1951. године у чл.14 Униформног закона Бенелукса, који је потом послужио као модел сличном решењу за Нацрт ЕЕЗ из 1972. године о меродавном праву за уговорне и вануговорне обавезе (чл.10. ст.2 и чл.13., ст.2.).⁴⁷¹

Ван европског континента у области вануговорне одговорности ову клаузулу познају још и право Јапана и Тајвана.⁴⁷²

У државама континенталне правне традиције, улога специјалне клаузуле изузетка у деликтном статуту се исцрпљује у корекцији фиксне тачке везивања, а у циљу реализације принципа проксимитета у атипичним случајевима⁴⁷³; њихова улога никако није смештена ван колизионог оквира. Реч је заправо о отвореним *колизионим* правилима, чија је примена оправдана само изузетно, у атипичним ситуацијама.⁴⁷⁴ Постоји и другачије мишљење по коме се питање одлучивања са ослоном на клаузулу изузетка не категорично само као питање одређивања меродавног права, већ и као одлучивање у правцу постизања одређеног материјалноправног резултата.⁴⁷⁵

Ако је и споран циљ корекције, јединствено је становиште у погледу околности које се морају узети у обзир приликом потраге за ближом везом. У

⁴⁷¹ Župan M., *op.cit.*, str.52. Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, str. 11.

⁴⁷² Чл.20. и 15. јапанског закона *Horei* из 2007. прописује одступање са ослоном на принцип најближе везе у погледу деликата, неоснованог обogaћења и *negatorium gestio*; за Тајван-чл.25. и 28. закона из 2010.

⁴⁷³ Kokkini-Latridou D., *op.cit.* str.15.

⁴⁷⁴ Audit B., *Droit International Privé*, 3de, Paris, 2000, str.59.

⁴⁷⁵ Moura Ramos R.M., „Les Clauses d’exception en matiere de conflits de lois et de conflits de jurisdictions-Portugal”, *op.cit.*, fn.55.

складу са наведеним *ближа веза* се нарочито манифестује заједничким тачкама везивања, као што су: пребивалиште, уобичајено боравиште и држављанство.⁴⁷⁶

Европска судска пракса бележи и покушаје корекције правила *lex loci delicti* на бази тзв. „*consequences exception*”, када правне последице деликта указују на ближу везу са другом државом различитом од оне на коју указује место где се штета догодила. Међутим, овај аргумент није био прихваћен од стране Врховног суда Холандије 1993. године.⁴⁷⁷

Како би суду олакшали потрагу за *ближом везом*, савремени законодавци као индикатор у том смеру, наводе постојећи правни или чињенични однос између странака, а као пример се најчешће наводи постојање уговорног односа који је уско повезан са штетном радњом. Такав претходни однос постоји из уговора, када је рецимо уговор проглашен ништавим, и у тим околностима могуће је применити право које би било меродавно за тај уговор.⁴⁷⁸ Везивање за уговорни однос представља новину у колизионом праву, које је дуги низ година било обележено јасним и строгим одвајањем уговорног и деликтног статута.⁴⁷⁹ Претходни однос између странака може се заснивати и на брачном односу⁴⁸⁰, односу сродства, итд...

⁴⁷⁶ Dubler V.C.E., *Les clauses d'exception en droit international privé*, u: Kokkini-Latridou D., *op.cit.*, str. 12.

⁴⁷⁷ Boele-Woelki K., *op.cit.*, str. 265.

⁴⁷⁸ Kunda I., *op.cit.*, str. 1288.

⁴⁷⁹ Collins L., "Interaction between Contracts and Tort", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.16, 1967, str.105

⁴⁸⁰ Међутим париски суд се у својој пресуди од 1. 07.1959. године није освртао на околност постојања брачног односа. Наиме, госп. Патино, који је ђелео да посети Њујорк из пословних разлога, затражио је од своје супруге која је живела у истом граду, дозволу да може боравити 10 дана у Њујорку и да она неће за то време тражити да се против њега предузму законске принудне мере због тога што Патино не извршава своје обавезе о плаћању алиментације, на коју је обавезан одлуком суда у САД-у. Међутим, пре истека рока од 10 дана његова жена је затражила од надлежног суда у Њујорку да изда против Патина налог за хапшење, због неплаћања алиментације, што је и извршено, тако да је он био лишен слободе. По повратку у Француску, Патино је поднео тужбу против своје жене, тражећи да му буде накнађена штета, коју је он у вези са догађајем у Њујорку претрпео. Поводом овог спора, у коме се поставило питање који материјални закон треба у конкретном случају применити, париски Апелациони суд је донео одлуку да према француској колизионој норми треба применити закон Њујорка, јер су се и штетна радња и наступела штета одиграли у Њујорку.....*Страни правни живот*, бр.28, 1961, стр.424-428. Пример преузет у: Чоловић В., *op.cit.*, стр.174-175.

ДЕО V

КЛАУЗУЛЕ ИЗУЗЕТКА У ЕВРОПСКИМ ИНСТРУМЕНТИМА ИЛИ ЕВОЛУЦИЈА КОНЦЕПТА

На међународном плану, последњих педесет година се може означити као период експанзије међународних и регионалних конвенција у области међународног приватног права. Овај процес лагано је започео шездесетих година прошлог века резултирајући бројем од седам конвенција, од којих је шест било донето под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право⁴⁸¹. Седамдесетих година прошлог века донето је 28 конвенција, осамдесетих 18, једнако као и деведесетих, а у првој деценији XXI века донето је 30 конвенција и других сличних инструмената укључујући и инструменте ЕУ.⁴⁸²

У овом раду свакако се нећемо бавити решењима сваког инструмента понаособ, али ћемо са аспекта наше теме посебно сагледати решења две конвенције: више пута спомињане Римске конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године као и Хашке конвенције о меродавном праву за уговоре о међународној продаји робе из 1985. године.

Од активности везаних за рад европских законодавних органа, за тему нашег истраживања релевантне су одредбе Рим II уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе и Рим I уредбе о меродавном праву за уговорне обавезе, које ће бити анализирани у посебном делу овог рада.

⁴⁸¹ Подаци о конвенцијама и о стању ратификација појединих од њих могу се наћи на адреси www.hcch.net

⁴⁸² Symeonides S.C., "Codification and Flexibility in Private International Law", <http://ssrn.com/abstract=1945924>, str. 12.

1. РИМСКА КОНВЕНЦИЈА (1980)

Иако се РК више не примењује, обзиром да је на основу Зелене књиге коју је Европска комисија објавила 2002. године⁴⁸³, 2008. године она замењена Рим I уредбом, ипак је неопходно указати на њена решења која су од значаја за разумевање важећих прописа унутар ЕУ.

Укратко, идеја о унификацији колизионих норми у области уговорних односа јавила се веома рано.⁴⁸⁴ Нацрт конвенције је достављен Комисији 1980. године, и за разлику од Предлога из 1972. године, садржао је колизионе норме само за подручје уговорних односа. У Риму је 19. јула 1980. године усвојен усаглашен текст Европске конвенције о меродавном праву за уговорне односе, а конвенција је, сходно чл.29, ступила на снагу три месеца након седме ратификације, односно 1. априла 1991. године, након што је текст ратификовала Ирска.⁴⁸⁵

Саставни део Конвенције чинила су и два Протокола о тумачењу из 1988. године, која су ступила на снагу 1. априла, 2004. године. Оба се односе на тумачење Конвенције од стране Европског Суда Правде и давање прерогатива Суду у том смислу.⁴⁸⁶ Оба Протокола ступила су на снагу 16. година након ступања на снагу конвенције, а разлог њиховог доношења јесте чињеница да су

⁴⁸³ *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligation into Community instrument and its modernization*, COM (2002), 14.1.2003, Brussels, доступно на eur/lex.europa.eu.

⁴⁸⁴ Давне 1967. године, она се јавља у склопу шире идеје за унификацијом колизионих норми, коју је по предлогу представника Бенелукса Комисији ЕЕЗ требало извршити у следеће четири области: а) област стварног права; б) облигационог (уговорних и вануговорних односа); ц) питање форме правних послова и д) питање меродавног права у поступку извођења доказа. Предлог је уследио одмах након усаглашавања текста Бриселске конвенције о судској надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године. Године 1970-те формиране су радне групе за сваку област понаособ. Текст првог Предлога конвенције о праву меродавном за уговорне и вануговорне односе достављен је 1972. године од стране радне групе коју је предводио проф. Ђулијано (*Guiliano*). Међутим, од овог предлога се касније одустало.

⁴⁸⁵ Конвенцију су претходно ратификовале: Француска, Данска и Луксембург 1986., Грчка, Белгија, Немачка 1988.године.

⁴⁸⁶ OJ 1989 L 48 First Protocol on the interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation; The Second Protocol Conferring on the Court of Justice of the European Communities certain powers to interpret the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation.

судови држава чланица на различите начине тумачили одредбе конвенције, па је било потребно креирати механизам који ће допринети уједначености у тумачењу. Давање прерогатива Европском суду сматрано је адекватним решењем у том правцу.⁴⁸⁷ За тумачење Конвенције од велике важности је и Извештај о конвенцији који су узрадили професори Giuliano и Lagarde.⁴⁸⁸

Одредбе Конвенције у државама потписницама преузимање су на два начина: а) инкорпорисањем садржаја у текст закона (делом⁴⁸⁹ или у целини⁴⁹⁰), или 2) упућивањем на текст Конвенције путем опште норме⁴⁹¹.

1.1. Поље примене

Ratione materiae поље примене било је одређено у чл.1, где се, најпре позитивном формулацијом у ст.1 наводи да се: „*одредбе конвенције примењују на уговорне обавезе у ситуацијама које имају везу са правима различитих држава*“. Најкраће, услов за примену конвенције јесте да је реч о правном (уговорном) односу који у себи садржи елемент иностраности, а то је онај однос у коме се јавља сукоб закона односно у коме се поставља питање одређивања меродавног права. Према Извештају уз конвенцију то ће бити они случајеви када су објективни елементи уговора лоцирани на територији различитих држава, на пример: уколико странке имају боравиште на територији различитих држава, или уговор треба да буде извршен у држави различитој од оне у којој се налази боравиште уговорних страна. Тумачењем се може закључити да се одредбе конвенције примењују чак и уколико је једини међународни аспект у уговору

⁴⁸⁷ Критичари овог решења истицали су да је оно непримерено из разлога што су судије Европског суда традиционално са подручја јавног права, па је питање да ли треба формирати специјално веће за грађанско право? Поступак пред судом је дуготрајан-уобичајено је потребно 18-24 месеци да би се предмет обрадио!..Судија Elmer, поводом *Second Conference of the European Commercial Judges Forum in Paris*, 14-15 October, 2004, .*cit. u:* Zupan M., str. 278.

⁴⁸⁸ Giuliano, Lagarde, Report on the Convention on the Law applicable to Contractual Obligations, O.J. No. C, 282, 31/10/1980.

⁴⁸⁹ У Немачкој се нпр. од чл.27-37. немачког закона инкорпорисане одредбе РК; аустријски закон од § 36-45 прописује примену РК.

⁴⁹⁰ У великој Британији је РК у целости преузета законом из 1990.године, *Contracts (Applicable Law) Act*.

⁴⁹¹ У чл.57 италијанског закона општом одредбом упућује се да за подручје уговорних односа важе одредбе РК.

постојање клаузуле о избору меродавног права, што је у потпуности супротно решење од оног садржаног у Хашкој конвенцији из 1986. године.⁴⁹²

Појам „*уговорних обавеза*“ не утврђује се по унутрашњем праву, већ у духу и смислу Конвенције, а у складу са чл.18 Конвенције.⁴⁹³ Међутим, у одсуству даљих смерница, пажња мора бити усмерена на друге изворе права, у правцу ближег одређивања појма „*уговорних односа*“. У том смислу најзначајнији извор је био најпре чл.5 Бриселске конвенције⁴⁹⁴, а потом и ст.1, чл.5. Брисел регулативе, који одређује надлежност у „*уговорним стварима*“.⁴⁹⁵

У вези са ст.1, чл.1 је и ст.1, чл.19, Конвенције, према коме се правила конвенције могу применити и уколико сукоб закона постоји између правних подручја унутар једне државе (нејединствени правни пореци) која имају властите прописе за уговорне обавезе, и у том случају ће се свако правно подручје сматрати државом.

Даље се у чл.1 негативном формулацијом дефинише поље примене, тако што су одређена питања, иако у вези са предметом унификације, искључена из поља конвенције. У ст.2 овог члана, следи: а) да се одредбе конвенције не примењују на питања статуса или пословну и правну способност физичких лица, уз резерву чл.11;⁴⁹⁶ б) предвиђен је низ искључења за уговорне обавезе које се односе на наслеђивање, брачно-имовинске односе, права и обавезе које произилазе из породичних, брачних, тазбинских односа, укључујући и обавезе издржавања према ванбрачном детету, што је низ искључења инспирисаних Бриселском Конвенцијом из 1968. године,⁴⁹⁷ ц) уговорне односе из права хартија од вредности, д) уговоре о арбитражи и судској надлежности, као и е) доказе и поступак, уз резерву чл.14, ф) уговорне односе из права трговачких друштава, и траста, као и на питања г) да ли заступник обавезује заступаног или орган трговачког друштва, удружења или правног лица према трећем лицу.

⁴⁹² Види чл.1, Хашке Конвенције из 1986.

⁴⁹³ Чл. 18 гласи: “ *При тумачењу и примени предходних уједначених одредаба треба водити рачуна о њиховом међународном значају и о жељи постизања уједначеног тумачења и примене тих одредаба*“.

⁴⁹⁴ Giardina A., “The European Court and the Brussels Conventions on Jurisdiction and Judgments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.27, Cambridge University Press, 1978, str.266.

⁴⁹⁵ Fawcett J., Harris J., Bridge M., *Choice of Law in Contract and International Sale of Goods*, Oxford Private International Law Series, 2005, str. 653.

⁴⁹⁶ Резерва се односи на уговоре закључене *inter presentes* када важи правило *lex loci actus*.

⁴⁹⁷ Giuliano, Lagarde, *Report*.....

Ставом 3, искључује се примена конвенције на уговоре о осигурању који покривају ризике на подручју држава уговорница ЕЕЗ,⁴⁹⁸ а с тим у вези ставом 4 појашњава се да се искључење не односи на уговоре о реосигурању и да се на ове уговоре примењују одредбе конвенције.

Универзалистичке амбиције конвенције видљиве су у чл.2, којим се искључује услов реципроцитета, обзиром да ће се као меродавно применити како право државе уговорнице тако и право државе неугговорнице уколико до њега воде одредбе конвенције. То право ће примењивати како надлежни суд државе уговорнице, тако и арбитража са седиштем у некој од држава уговорница. У смислу чл.2, одредбе конвенције се примењују и уколико на пример француски суд решава спор који за предмет има уговор о градњи закључен између инвеститора са боравиштем у Француској и предузимача са боравиштем у Немачкој, који су као меродавно одредили рецимо право Јапана.

Иако европска конвенција, РК се примењује од стране националних судова држава чланица *независно од домицила или боравишта уговорних страна*. Тако ће рецимо енглески судови применити одредбе РК у спору између тужиоца домицилираног у Тексасу и туженог домицилираног у Бразилу у спору о уговору о продаји где су странке за меродавно одредиле право Аргентине.⁴⁹⁹

1.2. Меродавно право

Централни део РК представља други део који ниси назив „*Уједначене одредбе*“, и у њему су садржани чланови који служе као основ за одређивање меродавног права.

Примарна тачка везивања је аутономија воље.⁵⁰⁰ Конвенцијом су решена бројна питања која се односе на границе и домашај аутономије воље, а која су националним судовима пружала јасне смернице у правцу одређивања меродавног

⁴⁹⁸ Што је образлагано напорима које је ЕЕЗ остварила на овом пољу, и што *a contrario* значи да ће се одредбе конвенције примењивати на уговоре о осигурању који покривају ризике ван држава уговорница. *Ibid.*

⁴⁹⁹ Fawcett J., Harris J., Bridge M., *op.cit.*, str. 649.

⁵⁰⁰ Види: чл.3 РК.

права.⁵⁰¹ Као и у осталим међународним, и већини националних кодификација индетификују се два начина у погледу избора права: изричит и прећутан избор. Прећутни избор се перцепира као избор у правом смислу речи, с тим што он за разлику од изричитог избора који подразумева постојање посебне клаузуле о избору меродавног права, мора „*довољно сигурно произилазити из уговорних одредаба или околности случаја*“. Реч је о избору који је *стваран (real choice of law; with reasonable certainty)*, иако га уговор изричито не утврђује, што посредно значи да отпада позивање на хипотетичку вољу странака.⁵⁰²

При утврђивању прећутног избора суд се може ослањати на две групе индиција: а) уговорне одредбе, и б) околности случаја.

Индиција „*уговорних одредби*“, у смислу коришћења стандардних уговорних форми, је у неколико случаја послужила националним судовима да меродавно право одреде у складу са ст.1, чл.3 РК.⁵⁰³ Према Извештају концепт „*уговорних одредби*“, поред стандардних уговорних форми подразумева још и: избор меродавног права у претходној пословној пракси, арбитражну или пророгациону клаузулу садржану у уговору, која се узима као веома јака претпоставка у правцу одређивања меродавног права. У Извештају се не каже ништа у погледу значаја других објективних фактора као што су: валута плаћања, место закључења и место извршења уговора, итд. Утисак је да ове објективне чињенице могу бити узете у обзир једино онда када суд одлучује са ослоном на клаузулу изузетка из ст.5, чл.4. Такође, сматра се да објективне чињенице овог типа нису у стању да оборе претпоставку да постоји прећутан избор права одређен на основу напред наведених индиција.⁵⁰⁴ Тако на пример, уколико француски купац и италијански продавац, закључе уговор у Риму, који се има извршити у Француској, а уговоре надлежност суда у Цириху, уз околност да уговор садржи стандардне форме швајцарског права, остале околности не могу

⁵⁰¹ Одредба о аутономији воље је веома детаљна и изражава позитиван став у погледу: времена када странке могу да учине избор меродавног права („*у свако доба*“), могућности накнадне промене споразума (уз ограничења која се тичу формалне пуноважности уговора и права трећих лица), установе *dépesage*. Њоме је решено је и питање примене принудних прописа (ст.3,чл.3).

⁵⁰² Sajko K., *op.cit.*, str.383.

⁵⁰³ За УК види: *King v. Brandywise Reinsurance Co Ltd* (2004) EWHC 1033, *RYG Baltica International (UK) Ltd v. Boston Compania de Seguros SA* (2004) EWHC, 1186, Fawcett J., Harris J., Bridge M., *op.cit.* fn. 102.

⁵⁰⁴ *Ibid*, str.671.

утицати на чињеницу да ли у овом случају постоји прећутан избор швајцарског права.

Друга група индиција коју суд може узети за основу у потрази за прећутним избором, су „околности случаја“ . Најзначајнији индикатор у овом контексту јесте претходна пословна пракса.

1.2.1. Структура супсидијарне тачке везивања

Правило садржано у чл.4 РК је сложено колизионо правило које представља комбинацију принципа најближе везе (ст.1), претпоставки које са ослоном на теорију карактеристичне престације конкретизују наведено начело (ст.2,3 и 4), и специјалне клаузуле изузетка која отвара могућност за примену права другачијег од оног на које указују претпоставке (ст.5).

Чл. 4. носи назив *Меродавно право у случају неизбора права*, и он гласи:

„ 1. Ако меродавно право за уговор није споразумно одређено по чл.3 уговор је подвргнут под право државе са којом постоји најближа веза. Ако се део уговора може одвојити од остатка и ако тај део има ближу везу са неком другом државом, може као изузетак да буде меродавно право те друге државе.

2. Уз резерву става 5, сматра се да уговор има најближу везу са државом у којој у време закључења уговора странка која обавља карактеристичну радњу има редовно боравиште или ако се ради о трговачком друштву, удружењу или правном лицу, главну управу. Ако је пак уговор закључен у обављању професионалне делатности такве странке, сматра се да уговор има најближу везу са државом у којој се налази главно пословно место, ако према уговору наведену радњу треба извршити путем тог пословног места а не главног пословног места.

3. Без обзира на став 2, ако је предмет уговора стварно право на некретнини или право коришћења непокретности важи претпоставка да је меродавно право државе у којој се некретнима налази.

4. Претпоставка из става 2 не вреди за уговорее о превозу робе. За те уговоре се претпоставља да имају најближу везу са државом у којој превозник у време закључења уговора има главно пословно место ако се у тој држави налази место укрцаја, искрцаја или главно пословно место наручиоца. Уговорима о превозу робе сматрају се за примену овог става и уговори за једно путовање, као и други уговори чији је главни предмет превоз робе.

5. Не примењује се став 2, ако се карактеристична радња не може одредити. Претпоставке из ставова 2,3 и 4. не важе, ако из свих околности произилази да уговор има ближу везу са неком другом државом.“

Реч је заправо о комбинацији темељног правила назначеног у првом ставу, опште претпоставке, посебних претпоставки за уговоре о некретнинама и уговоре о превозу робе и клаузуле изузетка којом се жели ограничити досег претпоставки.⁵⁰⁵

Шема овог правила (уз мање или веће варијације) опонашана је у многим националним кодификацијама и на европском, али и ван европског континента, као што је то случај са Интер-Америчком Конвенцијом о уговорима из 1994. године⁵⁰⁶, Кином, Јапаном⁵⁰⁷, Јужном Корејом⁵⁰⁸.

Најзначајније место у конструкцији чл.4 заузима принцип најближе везе. Формулација ст.1 указује да најближу везу треба тражити између уговора и државе (*state*), а не између уговора и правног поретка (*legal system*), што нас наводи на закључак да су се редактори конвенције определили за објективни приступ у одређивању концепта најближе везе. На основу чињенице да чл.4 подразумева чисти објективни тест у потрази за најближом везом ирелевантна је намера уговорних страна као елемент у правцу одређивања меродавног права.⁵⁰⁹

Ово тумачење имало је значаја и на практичном пољу о чему сведочи случај пред енглеским судом: у спору *James Miller & Partners Ltd v Whithworth Street Estates (Manchester) Ltd.*, чињенице случаја биле су следеће: шкотска фирма је договорила да реновира просторије једне енглеске фирме у Шкотској. Одредбе уговора (језик и стандарде форме) указивале су на правни поредак Енглеске, као поредак са којим уговор стоји у најближој вези. Међутим, географски, кључни фактори као што је на пример место извршења уговорних обавеза, указивали су на Шкотску. Суд је у овом случају исправно поступио када је као меродавно применио шкотско, а не енглеско право.⁵¹⁰

У Извештају се наводи да се у циљу одређивања меродавног права у обзир могу узети и околности које су настале након закључења уговора,⁵¹¹ што а

⁵⁰⁵ Župan M., *op.cit.* str.147-148: „*principle-presumption-back-to-principle*“.....у: Hay P., “From Rule-Oriented to “Approach” in German Conflicts Law: the Effect of the 1986 and 1999 Codifications”, *American Journal of Comparative Law*, vol.47, no.4, 1999, str.636.

⁵⁰⁶ Види: чл.9. Конвенције.

⁵⁰⁷ Види: чл.8. Закона из 2007. год.

⁵⁰⁸ Види чл.26 Закона из 2001. год.

⁵⁰⁹ Cheshire C., North P., *Private International Law*, 13th ed., London, 1999, 566.

⁵¹⁰ *Ibid.* 567.

⁵¹¹ Giuliano, Lagarde, *Report*.....

contrario наводи на закључак да су потрази за меродавним правом релевантне, пре свега околности које су постојале у време закључења уговора.

Једнако као и за примарну тачку везивања, и у случају супсидијарне тачке одобрен је институт *dépeçage*, из разлога што се меродавно право са ослоном на принцип најближе везе може одредити само за део уговора, уз услов да је тај део одвојив од остатка уговора.⁵¹²

Сложено колизионо правило даље разрађује принцип најближе везе, формулишући у ст. 2 општу претпоставку да је уговор у најближој вези са државом, у којој, у релевантно време (време закључења уговора), уговорна странка која обавља карактеристичну чинидбу има одређену територијалну везу (при томе у конвенцији се прави разлика између непословне и пословне делатности уговорних странака; код непословне делатности упућује се на редовно боравиште такве особе, а ако је она трговачко друштво или удружење, на место њене главне управе; ако се ради о пословној делатности, упућује се на место где се налази главно пословно место или у којој се налази друго пословно место, ако према уговору наведену делатност треба извршити путем тог пословног места⁵¹³).

Поставља се питање односа између темељног правила и опште претпоставке из става 2, као и посебних претпоставки из ст.3 и 4? Да је заиста реч о претпоставкама, а не о фиксним тачкама везивања, јасно је из одредбе ст.5, чл.4 којом се предвиђа могућност одступања од напред постављених решења, што у конкретном случају наводи на закључак да одредбе ст.2, 3 и 4 имају карактер оборивих законских претпоставки. Међутим, у доктрини се бележе и другачије квалификације одредби из ст. 2, 3 и 4. Према једном схватању ове одредбе имају карактер необавезујућих претпоставки, које представљају само индиције, односно смернице у правцу одређивања меродавног права.⁵¹⁴

На основу различитих квалификација наведених одредби, сасвим оправдано се поставља питање да ли ће орган примене у одређивању меродавног права приступити полазећи од претпоставки или ће прво поћи од утврђивања

⁵¹² Види: ст.1, чл.4.

⁵¹³ Sajko K., *op.cit.* str.387.

⁵¹⁴ Nederlman C., „Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations“, *American Journal of Comparative Law*, vol.24, 1976, str.10

релевантних околности које упућују на најближу везу; хоће ли се тај процес вршити у једној, две или три фазе?⁵¹⁵

Сходно Извештају уз конвенцију произилази да одређивање меродавног права треба вршити првенствено са ослоном на претпоставке. Такво мишљење је широко прихваћено како у доктрини тако и у судској пракси.⁵¹⁶

Као аргумент у прилог овог схватања истиче се захтев за правном сигурношћу, као и постизање уједначености судских одлука, што је могуће остварити једино уколико су суду дате јасне смернице у потрази за меродавним правом. Наиме, према чл.18 РК национални судови имају обавезу да приликом тумачења конвенције, имају на уму њен међународни карактер и пожељност за постизањем униформности у њеном тумачењу. Иако је овај циљ практично немогуће постићи све док не буде међународног консензуса по том питању, то не значи да судови не треба да покушавају да смање ниво различитости у националном тумачењу. Могућност да национални судови доносе сличне одлуке у сличним случајевима у многоме је већа уколико се у теорији усвоји модел „*јаке претпоставке*“⁵¹⁷ у примени чл. 4, него уколико судови олако прелазе преко њих.⁵¹⁸ Једино у изузетним случајевима када постоји врло јасна назнака да је неко друго право ближе уговору, а не право одређено претпоставком, долази у обзир процењивање објективе најближе везе.⁵¹⁹ Крајња верзија теорије „*јаке претпоставке*“, закључује да суд не може занемарити претпоставку чак и ако карактеристична престација не указује на значајну везу са уговором.

Уколико занемаримо крајње изразе овога модела као логичан намеће се закључак да правило из ст.1 не треба третирати као тачку везивања у правом

⁵¹⁵ Župan M., *op.cit.* str. 148.

⁵¹⁶ Lando O., “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *Common market Law Review*, vol.24, no.2, 1987, str.200; Visser F., “The Concept of the Characteristic Performance reviewed”, у Alegria Borrás, Struycken, Verwilghen (eds.), *E pluribus unum-liber amicorum Georges A.L. Droz-on progressive unification of private international law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996, str.514-515; Hill J., “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, str. 350; De Boer T.M., “Beyond lex loci delicti: conflicts methodology and multistate torts in American case law”, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, str.41; Forsyth C., Moser Ph., “The Impact of the Applicable Law of Contract on the Law of Jurisdiction under the European Conventions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.45, no.1, Cambridge University Press, 1996, str.194.

⁵¹⁷ За изразе „*јака и слаба претпоставка*“, види у: Atrill S., “Choice of Law in Contracts: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?,” *International and Comparative law Quarterly*, vol. 53, no.3, 2004, str.550, Hill J., *op.cit.*, стр.339.

⁵¹⁸ Hill J., *op.cit.*, str.349.

⁵¹⁹ Lando O., *op.cit.*, str.202.

смислу те речи, обзиром да онда постаје сувишна клаузула изузетка постављена у ст.5. Ова резоновања значила би да се поступак одређивања меродавног права састоји из две фазе: примена претпоставке и њена *евентуална* корекција.

Међутим, и онда када се правило из ст.1 не схвата као тачка везивања у строгом смислу те речи, део доктрине заступао је став да се поступак одређивања меродавног права са ослоном на чл.4 састоји из три фазе: прва се односи на одређивање права на које упућује карактеристична престација, потом следи фаза контроле претпоставке када се узимају у обзир све околности конкретног случаја; и на крају следи фаза процене, односно квантитативна и квалитативна анализа свих тачака везивања у потрази за правом најближе везе⁵²⁰.

Уколико наведеном проблему приђемо више аналитички, принцип најближе везе из ст.1 је нешто више од руководног начела, оно је заправо резултат компромиса између континенталне и англосаксонске традиције, која је у ст. 1 видела потврду усвајања сопствене “*proper law of the contract*” доктрине.⁵²¹

То нас доводи до другачијег сагледавања односа између одредби из чл.4, односно до мишљења да одлучивању са ослоном на претпоставке суд треба приступити тек уколико није у могућности да пронађе објективно најближу везу. Ово схватање је дедукција тезе да одредба чл.1 има карактер оквирне тачке везивања, такозваног начела-правила, и има последицу да се структура чл.4 схвата као комбинација *начело-правило*.⁵²² Ово резоновање своју потврду налази и у језичком тумачењу структуре чл.4, по коме суд прво утврђује релевантне везе уговора које ће му указати на најближе везано право, а потом утврђује исход упућивања са ослоном на претпоставке, и евентуално у последњој фази занемарује претпоставке.⁵²³

Зачетак ове својеврсне странпутице је још 1973. године иницирао један од чланова радне групе за израду конвенције, Van der Elst, износећи тезу да се правило карактеристичне чинидбе треба применити само када суд не налази

⁵²⁰ Evrigenis D., u Pamboukis Ch., *op.cit.* str. 227.

⁵²¹ Такође, да је чл.4., потврда усвајања флексибилнијег приступа, у Шведској познатог као „метод индивидуализације“, сматра и ...Göranson U., “A Swedish centre of Gravity Test?-Law, fact and fiction on the “individualizing method”, u Melander G., „Modern issues in European law:Nordic prospectives: essays in honour of Lennart Palsson“, Kluwer Law International, 1997, str.47-77.

⁵²² Dolinger, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Tort”, *Recueil des Cours*, vol.282, 2000, str.403.

⁵²³ Collins L., “Contractual Obligations/EEC Convention”, *International and Commercial Law Quarterly*, vol.25, 1976, str.48.

објективно најближу везу уговора и неке од држава.⁵²⁴ Ово мишљење заступано је махом у енглеској доктрини и пракси.⁵²⁵ У доктрини се ово тумачење назива и моделом „слабе претпоставке“, а у пракси се оно своди на примену претпоставке само у изузетним случајевима у којима су везе уговора разасуте у више држава, па се претпоставка узима као одлучујућа веза (“*tie-breaker*”).

Међутим, поред ова два крајња модела „јаке“ и „слабе“ претпоставке, може се рећи да постоји и трећи „*мешовити*“ у којем претпоставка свакако носи тежину већу него остале околности конкретног случаја, али се она може занемарити уколико остале околности указују да је право друге државе у ближој вези. Но то нас даље води до фокусирања на клаузулу изузетка из ст.5.

1.2.3. Клаузула изузетка-ст.5, чл.4 РК

Ова клаузула је по својој природи генерална (општа) обзиром да се односи на целокупно колизионо упућивање у конвенцији, са изузетком потрошачких уговора и индивидуалних уговора о раду. Она гласи:

*„Не примењује се став 2, ако се карактеристична радња не може одредити. Претпоставке из ставова 2,3 и 4. не вреде, ако из свих околности произилази да уговор има ближу везу (*more closely connected*) са неком другом државом.“*

Прва реченица наведеног става указује да је примена ст.5 оправдана у оним случајевима када се карактеристична престација не може одредити. Међутим, постоје и мишљења да суд у случају да се карактеристична престација не може одредити, објективно најближу везу уговора са одређеном државом треба да тражи са ослоном на ст.1, а не ст.5 чл. 4 РК.⁵²⁶ Поставља се питање који су то

⁵²⁴ Journal des Tribunaux, str.151, 1973. Наведено према: Župan M., *op.cit.*, str.149.

⁵²⁵ Williams P., „The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.35, no.1, 1986, str.14.; Cheshire C., North P., *op.cit.* стр.574.

⁵²⁶ Cheshire C., North P., *op.cit.*, стр. 573.

случајеви идентификовани у доктрини и вишегодишњој пракси примене решења РК од стране националних судова?

У Guiliano-Lagarde Извешају стоји да се карактеристична престација не може одредити код на пример *бартер* уговора, зато што се обавеза сваке уговорне стране код ових уговора може сматрати карактеристичном. Што је уговор сложенији теже је одредити која се престација сматра карактеристичном. У издавачком уговору рецимо, издавач се обавезује да ће штампати и понудити на тржишту пишчев рад. У одређеним случајевима издавач ће плаћати аутору, или обрнуто сам аутор издавачу. Једнако је могуће да између уговорних страна нема одговарајуће новчане чинидбе, уколико рецимо издавач намирује сопствене трошкове продајући пишчево дело. Из тог разлога поједини писци указују на неадекватност претпоставке, правдајући на тај начин одлучивање са ослоном на ст.5.⁵²⁷

Друга реченица оправдава примену клаузуле изузетка у оним случајевима „ако из свих околности произилази да уговор има ближу везу (*more closely connected*) са неком другом државом.“ Проф. Lagarde у Извештају наводи да ће такав случај постојати „.....код посебних уговора, за које се као меродавно може одредити исто право које је меродавно и за главни уговор, без обзира што боравиште/седиште подуговарача указује на неко друго право“. Слична промишљања се у пракси везују за уговоре који садрже комплексне финансијске трансакције. Такав је пример предмет *Governor and Company of the Bank of Scotland of the Mound v. Bucher*.⁵²⁸ Предмет спора је био уговор о личном јемству који су потписала два јемца, један с боравиштем у Шкотској, а други с боравиштем у Енглеској. Суд је закључио да је уговор један и недељив те да би требало применити једно право као меродавно. Одредба о карактеристичној престацији постала је непримењива, па је суд одлучивао са ослоном на клаузулу изузетка из ст.5. Правна терминологија уговора о јемству била је написана шкотским језиком, и дужник и банка били су смештени у Шкотској па је сходно тим околностима као меродавно одређено шкотско право. Сличан пример

⁵²⁷ Juenger K., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2001, str. 374.

⁵²⁸ *Governor and Company of the Bank of Scotland of the Mound v. Bucher* из 1998., Наведено према: Župan M., *op.cit.* str. 139.

налазимо и у случају *Bank of Baroda v Vysya Bank* из 1994.⁵²⁹ Чињенице овог случаја биле су следеће: Једна индијска банка издала је гаранцију. Конфирмирајућа банка која је такође била смештена у Индији, требало је да своју обавезу изврши посредством своје лондонске подружнице. Са ослоном на ст.2 дошло би до примене индијског права, на однос између издавоца и корисника гаранције. Међутим, суд је сматрао да на овај уговор, обзиром се ради о сложеној банкарској трансакцији треба применити једно право, па је са ослоном на ст.5, чл.4 РК применио и на овај уговор енглеско право које је иначе било меродавно за однос између банака.

Осим везано за категорију такозваних повезаних уговора, клаузула изузетка се примењивала и у оним уговорима где због бројности разновних контаката са различитим државама снага претпоставке слаби. У пракси је клаузула изузетка у овом погледу различито тумачена.

Рестриктивном тумачењу клаузуле изузетка била је приклоњена немачка пракса. У пресуди *Bundesgerichtshof* из 1999. године суд је у спору између италијанског грађевинског предузимача и његовог немачког кооперанта применио немачко право, зато што је карактеристичну радњу вршио Немац и зато што се градилиште налазило у Немачкој. Иако је на основу ст.2, применио немачко право, суд се на зауставља на томе, већ у образложењу поново наглашава рестриктивност тумачења одредбе чл. 4. Наиме, у пресуди се истиче да: „*код грађевинских уговора место извршења радова није само по себи довољно јак фактор да правда постојање ближе везе од оне одређене претпоставком*“.⁵³⁰

Крајњу верзију рестриктивног тумачења заступао је Холандски Врховни суд у одлуци из 1992. године у случају *Société Nouvelle des Papeterie de l'Aa SA v BV Machinefabriek BOA*.⁵³¹ У овом случају Француски купац преговарао је са заступником холандског продавца за Француску о склапању уговора о продаји машина. Преговори су вођени у Француској, куповна цена била је изражена у француској валути, уговор је писан на француском језику, понуду је сачинио заступник у Француској, продавац је робу доставио у Француској. Врховни суд је

⁵²⁹ Fawcett J., Harris J., Bridge M., *op.cit.*, str.706.

⁵³⁰ Plender, Wilderspin, "The European Contract Convention", str.121, *cit. u: Župan M., op.cit.*, str. 173-174.

⁵³¹ Struycken, "Some Dutch Judicial Reflections on the Rome convention art.4/5", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996, str.18-20.

ипак одлучио да околности случаја нису довољно јаке да надјачају претпоставку, па је закључио да је меродавно холандско право. Према схватању суда, купац је морао бити свестан чињенице да заступник није деловао самостално и да је одлука о склапању уговора заправо одлука холандског продавца коју је заступник само реализовао. Суд је рестриктивно тумачење клаузуле изузетка правдао чињеницом да управо рестриктивно тумачење доприноси уједначености одлука, као основног циља РК постављеног у чл.18. Може се закључити да се пропорционално „старењу“ РК, судска пракса залагала за све рестриктивнију примену клаузуле изузетка.⁵³²

Флексибилније тумачење клаузуле изузетка, поред Енглеске, налазимо у судској пракси Француске и Данске.⁵³³

Примена клаузуле изузетка се тако сматрала оправданом у случају *Mayer c.M. et Mme Deshoulieres*, где је био споран уговор о градњи који су склопили архитекта Mayer, Немац са боравиштем у Немачкој, и Deshoulieres. Предмет уговора био је градња виле у Француској. Суд је нашао да би примена карактеристичне престације другог става била неадекватна јер би водила примени немачког права. Остале објективне околности случаја (место где се некретнина налази, обављање рада архитекте Мауера, уговарање накнаде у францима) указивале су на Француску, па је суд у конкретном случају са ослоном на ст.5 применио француско право.⁵³⁴ У овом случају суд је (сматрамо) исправно извагао тежину дате претпоставке са тежином осталих објективних околности, које су у својој укупности оправдале његову одлуку да занемари претпоставку из ст.2, и одлуку донесе са осноном на ст.5.

Особеност енглеске судске праксе јесте да се одлучивање са ослоном на ст.5, сматрало нарочито оправданим у случајевима када је место извршења уговора указивало на државу различиту од оне на коју указују претпоставке. У пресуди енглеског суда у случају *Definitely Maybe (Touring) Ltd v Marek Lieberberg* из 2001. године, као меродавно, било је примњено немачко право, зато што је *lex*

⁵³² C-133/08, *Arret du 6 octobre 2009, Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and Mic Operations BV* (reference for a preliminary ruling from Hoge Raad der Nederlanden).

⁵³³ Lando O., Nielsen P., “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, vol.3, no.1, 2007, str. 36.

⁵³⁴ Mayer c.M. et Mme Deshoulieres, Tribunal de grande instance de Politiers, наведено према: Župan M., str.170.

loci solutionis указивао на Немачку. Резултат је био изненађујући обзиром да је једина веза са Енглеском била територијална повезаност са носиоцем карактеристичне престаације.⁵³⁵ Међутим, велики значај месту извршења уговорне обавезе давала је и енглеска доктрина, што је у крајњој линији значило малу снагу презумптивних правила и широку клаузулу изузетка.⁵³⁶

Као крајњи закључак, у примени ст.5, чл. 4 РК, стоји чињеница да се клаузула изузетка у пракси националних судова, мање или више, рестриктивно тумачила. Рестриктивно тумачење подржавала је и доктрина.⁵³⁷ Оправданост за њену примену судска пракса је налазила у следећим случајевима⁵³⁸:

- Верзија 1: претпоставка се примењује, осим уколико она као везна околност нема стварни значај (*no real significance as a connecting factor*);
- Верзија 2: претпоставка се примењује, осим уколико све околности случаја доминантно говоре у прилог другог права (*overwhelming preponderance of connecting factors in favor of another county*);
- Верзија 3: претпоставка се примењује, осим уколико не постоји јасна доминантност осталих фактора у прилог другог права (*a clear preponderance of factors in favor of another country*) и,
- Верзија 4: претпоставка се примењује, осим уколико је очигледно јасно да је уговор у знатно ближој вези са неким другим правом (*except where the evidence clearly shows that the contract is more closely connected with another country*).

⁵³⁵ Atrill S., *op.cit.* str. 553.

⁵³⁶ Collins et al., *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, 13th ed., Sweet and Maxwell, London, 2000, 32-124; Diamond A.L., "Harmonization of private international law relating to contractual obligations", *Recueil des Cours/ADIP*, vol.199, 1987, IV, str. 278; Mann F.A., "The Proper Law, of the Contract-An Obituary", *The law quarterly review*, vol.107, 1991, 357.

⁵³⁷ Bonomi A., "The Italian statute on Private International Law", *International Journal of legal Information*, vol.27, no.2, 1999, str.264; Jaffey A., "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.33, no.3, 1984, str. 554.

⁵³⁸ Hill J., *op.cit.*, str. 349-350.

2. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА УГОВОРЕ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ (1986)

2.1. Историјски осврт и основне карактеристике Хашке конвенције из 1986. године

Хашка конвенција из 1986. године је заправо ревидирана Хашка конвенција о праву које се примењује на међународну продају телесних покретних ствари из 1955. године⁵³⁹ која је како услед слабости самих решења тако и услед стицаја историјских околности доживела неуспех.⁵⁴⁰ На темељу пропуста конвенције '55, отпочео је рад на доношењу нове конвенције која је требало да има знатно више слуха за постизање компромиса међу државама континенталне правне традиције и *common law* система.⁵⁴¹

Међутим, упркос јасном опредељењу у правцу компромисног решења, конвенција '86 остала је без практичног значаја обзиром да она никада није ступила на снагу.⁵⁴² Тиме је остао и без значаја чл.28 Конвенције '86 којим је прописано да: „уколико је нека држава чланица конвенције '55, а уједно је изразила жељу да се обавезе конвенцијом '86, правила конвенције '86 замениће Конвенцију '55“.

⁵³⁹ Хашка конвенција о меродавном праву које се примењује на међународну продају телесних покретних ствари од 15 јуна 1955, ступила је на снагу 1.септембра 1964.године. На снази је у Данској, Финској, Француској, Италији, Норвешкој, Шведској и Швајцарској.

⁵⁴⁰ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр.246-250; Костић М., *op.cit.*, стр. 189. Morrisay J.F., Graves J.M., *International Sales law and arbitration: problems, cases and commentary*, Kluwer Law International, 2008, str.64.

⁵⁴¹ Измене су нарочито требале да иду у правцу промене чврстих, ригидних правила конвенције '55. У том циљу је 1982. године формирана Специјална комисија за ревизију. На састанку одржаном 1983. године комисија је усвојила Нацрт Конвенције о меродавном праву за уговоре о међународној продаји робе, који су израдиле за то формиране радне групе Комисије. На дипломатској конференцији у Хагу одржаној 14-30 октобра 1985. године формиране су две комисије у циљу израде финалног текста. Нацрт Конвенције је једногласно усвојен на пленарној седници одржаној 29 октобра, а Завршни акт, који је садржао и сам Нацрт потписан је 30 октобра, 1985. године..... Von Mehren T., *Explanatory Report to the 1986 Hague Conventions on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague, 1987, str.15.

⁵⁴² Конвенцију '86 ратификовале су само Аргентина и Молдавија, док су је Чешка, Словачка и Холандија потписале, али је нису ратификовале.

Разлози за неуспех конвенције могу се поделити у три категорије: прво, режим резерви прописан самом конвенцијом⁵⁴³; друго, успех Бечке конвенције о међународној продаји робе из 1980. године (у даљем тексту: БК), који је умногоме умањивао интересовање држава за унификацијом колизионих норми;⁵⁴⁴ и треће, генерално гледано задовољавајући резултати решењима РК.⁵⁴⁵

Редактори Конвенције указивали су на нужност паралелизма између конвенције и БК, па конвенцијом нужно провејава дух БК у многим решењима.⁵⁴⁶ Најпре, паралела постоји у чл.1 конвенције, којим се дефинише поље примене. Иако, за разлику од конвенције '55 и БК, у самом тексту није садржан придев *међународна* продаја, из одредби чл. 1 јасно је закључити да се на уму има овај аспект продаје.⁵⁴⁷ Чл.1 конвенције '86, гласи:

„ Конвенција утврђује правила на основу којих се одређује меродавно право за уговоре о продаји робе-

а) за уговоре закључене између страна које имају своја седишта у различитим државама;

б) у другим случајевима у којима може доћи до колизије закона, осим уколико до колизије долалази искључиво из стипулације странака, чак и онда када је избор меродавног права праћен клаузулом о избору суда односно арбитраже“.

⁵⁴³ За наше истраживање значајне резерве стављене на стр.3, чл.8, које се односе на клаузулу изузетка, а које су ставиле Република Чешка и Словачка.

⁵⁴⁴ Fawcett J., Harris J., Bridge M., *op.cit.*, стр.845.

⁵⁴⁵ Поред решења из БК на Конвенцију '86 битно су утицала и решења РК, па тако стоји и закључак да је ова конвенција заправо пратила тенденције у тадашњем међународном приватном праву.....Matić Ž, “ The Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods-Rules on the Applicable Law”, (Šarčević ed.), *International Contracts and Conflicts of Law, A Collection of Essays*, Graham & Trautman/Martinus Nijhoff, London-Dodrecht-Boston, 1990, стр.53.

⁵⁴⁶ Истоветност решења видљива је у чл. 2 конвенције који се односи на икључење одређених посебних врста уговора из домена конвенције, а који је скоро у потпуности истоветан чл.2 БК. Тако ван домашаја конвенције остају: а) продаје извршене од стране судских власти; б) продаја новца и хартија од вредности, ц) продаја намењена личној потрошњи и домаћинствима, уколико је продавац у моменту закључења уговора знао да се ради о продаји робе за личну или породичну употребу.

Слично је и са чл.4 конвенције којим је дефинисан појам продаје у одређеним граничним случајевима. Тако ће се уговором о продаји сматрати уговор којим се продавац обавезује да произведе или сачини одређену робу, под условом да он сам набави битан део материјала неопходног за производњу робе (чл.4, ст.1), али се уговором о продаји неће сматрати уговор ако се у њему претежни део престација стране која испоручује робу састоји у обављању неког рада или пружању неких услуга (чл.4.ст.2). У том смислу упореди чл.4 конвенције са чл.3 БК..... Von Mehren T., *op.cit.*, стр.17.

⁵⁴⁷ Упореди: чл.1 конвенције '86 и чл.1 БК.

Самом Конвенцијом није дефинисан појам продаје, али је путем негативне дефиниције он у великој мери прецизиран.⁵⁴⁸

Појам робе такође није дефинисан, али је прецизиран статус појединих ствари чија је квалификација била традиционално проблематична.⁵⁴⁹

2.2. Одређивање меродавног права

Примарна одлучујућа чињеница за одређивање меродавног права за уговоре сходно чл.7 Конвенције јесте аутономија воље странака. У самој конвенцији прецизирана су поједина значајна питања везана за аутономију воље.⁵⁵⁰ Сходно ст.1 споразум о избору меродавног права може бити учињен изричито или прећутно. Што се прећутног избора тиче формулација одредбе је знатно еластичнија у поређењу са истоветном одредбом РК, обзиром да прећутан избор постоји „*уколико он јасно произилази из одредаба уговора и понашања странака*“. У том смислу у потрази за прећутним избором суд се може позивати и на претходно понашање странака.⁵⁵¹ Међутим, јасан је и захтев да сви елементи морају бити сагледавани у целини, односно да суд не сме одлуку о прећутном избору доносити на основу појединих елемената као што су на пример: место извршења уговора, или место закључења уговора. Постојала су и мишљења да чак и постојање пророгационе клаузуле не може само по себи бити довољан основ за утврђивање прећутног избора.⁵⁵²

⁵⁴⁸ Види: чл.2, Конвенције 86.

⁵⁴⁹ Пре свега се мисли на основна средства превоза (бродове и ваздухоплове) као и електричну енергију који се укључују у појам робе.....*више* у: Кнежевић Г., *op.cit.*, стр.251-252.

⁵⁵⁰ Одговори су дати на следећа важна питања: а) избор права не условљава се конекситетом, односно странке имају потпуну слободу у избору меродавног права па тако могу бирати као меродавно и право које са уговором нема објективну везу чак и ако је то право право државе нечланице; б) дозвољена је установа *depecage* обзиром да странке могу одредити меродавно право само за део уговора, што *a fortiori* може значити и да странке могу изричито одредити и два или више права као меродавна за различите делове уговора; ц) конвенција дозвољава и накнадну промену избора меродавног права, под условом да ова измена не утиче на формалну пуноважност уговора нити на права трећих лица....Види: ст.2, чл.7 конвенције.

⁵⁵¹ Von Mehren T., *op.cit.*, str. 48.

⁵⁵² Fawcett J., Harris J., Bridge M., *op.cit.*, str. 882.

У оним случајевима где странке нису изабрале меродавно право, конвенција у чл.8 прописује супсидијарну тачку везивања, односно серију правила, означену као комбинацију једноставних и чврстих правила са флексибилним “*proper law of the contract*” приступом.

Основно правило гласи да ће у случају недостатка страначког избора „за уговор бити меродавно право државе у којој се налази седиште/пребивалиште продавца у време пријема понуде“.⁵⁵³ Избор за ову тачку везивања правдан је правном и економском комплексношћу продавчеве обавезе у односу на обавезу купца који има само да прихвати испуњење и плати купопродајну цену.⁵⁵⁴

Међутим, као изузетак од напред постављеног правила, прописује се меродавност купчевог права, уколико су испуњени услови из ст.2, чл.8:

а) уколико су преговори вођени **и** уговор закључен у седишту купца (**и**) у присуству уговарача.⁵⁵⁵ Кумулација ових услова јасно говори у прилог веома уском тумачењу овог изузетка.

б) уколико је, по **изричитом** споразуму странака, земља седишта купца уједно и земља где се **мора** извршити продавчева обавеза. У Извештају је наведено да С.I.F и С.F. уговорне клаузуле не значе да ће се меродавно право одређивати са ослоном на овај изузетак. Захтев да је реч о изричитом споразуму, и да је седиште купца место у ком се мора извршити обавеза говоре у прилог уског тумачења и овог изузетка.

ц) уколико је услове уговора углавном диктирао купац.

Уколико одредбу ст.2, чл.8 фокусирамо на тему нашег истраживања, онда наведени став можемо разумети као затворену клаузулу изузетка која је установљена у корист права купца, а која ће се активирати онда када се испуне за то правом прописани услови.

⁵⁵³ Види: чл.8, ст.1 конвенције.

⁵⁵⁴ Von Mehren T., *op.cit.*, стр.17.

⁵⁵⁵ „*inter praesentes*“ изузетак.....McLachlan, “The New Hague Sales Convention and the Limits of the Choice of Law Process”, *ILQR*, vol. 102, 1986, str.606.

2.3. Клаузула изузетка-ст.3, чл.8 конвенције '86

Клаузула изузетка из ст.3, чл.8 конвенције је отворена клаузула изузетка. Она је у конвенцији '86, прописана након енергичне дебате како на дипломатској конференцији тако и на састанку специјалне комисије. Поједини делегати су на дипломатској конференцији предлагали чак и њено брисање из Нацрта, али је са 17 гласова за, 19 против и 5 уздржаних овај предлог одбијен, па је клаузула постала саставни део коначног текста. Делегати који су се залагали за изостављање клаузуле изузетка залагали су се за то да конвенција треба да креира један јасан и предвидљив сет решења у правцу одређивања меродавног права. Постојање клаузуле изузетка би, у том контексту, по њиховом мишљењу само шкодило. Они су указивали на бојазан да ће многе судије погрешно схватити ову одредбу, сматрајући да им она даје шира дискрециона овлашћења.⁵⁵⁶

Прописивањем клаузуле изузетка у конвенцији тачке везивања означене у ст. 1 и 2 добиле су ранг оборивих претпоставки. Међутим, клаузулу изузетка треба тумачити рестриктивно⁵⁵⁷, чему у прилог говори и сама формулација наведеног става.⁵⁵⁸ Разлози правне сигурности захтевају да суд првенствено одлучује са ослоном на претпоставке. Оне могу бити оборене само *изузетно*, уколико је на основу *свих* околности случаја, *очигледно* да је уговор у *ближој вези* са другим правом. Захтеви у правцу активирања механизма специјалне клаузуле изузетка слични су захтевима прописаним у ст.5, чл.4, РК, али је формулација за нијансу оштрија из разлога што се захтева да право друге државе није само „*closely connected*” већ “*manifestly more closely connected*”.

Остаје нејасно зашто су у самом тексту, поред захтева за разматрањем *свих* околности конкретног случаја посебно издвојени „*пословни односи између странака*“. Једно од образложења јесте да се уговор посматра у склопу ширих пословних односа, па уколико за те односе постоји типичан правни оквир у

⁵⁵⁶ Von Mehren T., *op.cit.*, стр. 33.

⁵⁵⁷ Lipstein K., “One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.42, Cambridge University Press, 1993, стр.620.

⁵⁵⁸ Овај став изворно гласи:

“*By way of exception, where, in the light of the circumstances as a whole, for instance any business relations between the parties, the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraphs 1 or 2 of this Article, the contract is governed by that other law.*”

оквиру којег партнери регулишу своје пословне односе, тај оквир треба да буде примењен и на конкретан уговор у питању. Свакако, овај склоп околности може бити довољан и за одлучивање са ослоном на прећутну вољу из чл.7 конвенције.⁵⁵⁹

Да је клаузула изузетка резултат компромиса, говоре и остали ставови чл.8. Наиме, у ст.4 прописано је да се:

„клаузула изузетка се неће применити, ако у време закључења уговора, продавац и купац имају седишта у државама, које су сходно чл.21(1)б конвенције искористиле право на стављање резерве на ст.3, чл.8“.

Ова одредба уноси нејасноће и води непредвиљивости решења обзиром да одлука суда који у случају поступа, постаје зависна од става става држава (у којима се налази седиште купца и продавца), према ст.3, чл.8 конвенције.

Потом се примена клаузуле изузетка ограничава и ст.5, чл.8 конвенције. Искључења су прописана у погледу питања регулисаних Бечком конвенцијом, и то:

„ако у време закључења уговора, продавац и купац имају своја седишта у различитим државама, под условом да су обе чланице БК“. То је још једно од решења у којем се показује *„сарадња бечког и хашког текста“*.⁵⁶⁰

Једнако је и решење из ст.5 било предмет критике, уз констатовање да су колизиона правила суштински неутрална правила независна од садржине потенцијално примењивих права.

У преводу ово правило значило би сасвим супротно, односно уколико ст. 1 и 2 чл.8 воде до примене БК, такво решење сматраће се *„одговарајућим“*, и у таквим случајевима искључује се примена клаузуле изузетка, у супротном, уколико тачке везивања воде до неког другог права које није правни режим БК онда се отвара могућност за корекцију. Зачујуће је како су редактори конвенције флагагрантно абдицирали у потрази за „најближим“ правом само зато што *a priori*

⁵⁵⁹ Fawcett J., Harris J., Bridge M., *op.cit.*, str. 886.

⁵⁶⁰ Кнежевић Г., *op.cit.*, стр. 255.

имају афирмативан став према решењима БК. Међутим, и ово решење потврђује да је коначан текст Хашке конвенције резултат бројних полемика које у коначној верзији није било могуће прикрити.

3. КЛАУЗУЛЕ ИЗУЗЕТКА У ИНСТРУМЕНТИМА ЕУ

Последњих година у европској Унији бележи се драматичан пораст законодавне активности у области међународног приватног права. Овакав тренд наводи неке ауторе да постојеће стање називају процесом федерализације⁵⁶¹ или европеизације међународног приватног права, а поједине на закључак да је у питању још једна „револуција“ у области међународног приватног права.⁵⁶²

Овај процес, ма како га назвали започео је 2002. године када је Бриселска конвенција о признању и извршењу страних судских одлука из 1968. године⁵⁶³ преточена у Брисел I Уредбу⁵⁶⁴ чиме је постала непосредно примењива у свим државама чланицама. Убрзо затим, 2003. године, донета је и Брисел II Уредба која се односи на надлежност и признање и извршење одлука у брачним стварима и предметима родитељске одговорности⁵⁶⁵. Неколико година касније донета је и Уредба Брисел III која се односи на обавезе издржавања.⁵⁶⁶ У 2007. години је, након врло компликованог поступка одлучивања, донета је Рим II Уредба о меродавном праву за вануговорне односе.⁵⁶⁷ Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године замењена је 2008. године Рим I

⁵⁶¹ Lenaerts K., Gutman K., “Federal Common Law” in the European Union: A Comparative Prospective from the United States, *The American Journal of Comparative Law*, vol.54, no.1, 2006, str.1-121.

⁵⁶² Michael R., “The New European Choice of Law Revolution”, *Tulane Law Review*, no.82, 2008, str.1607.

⁵⁶³ OJ 1990, C 189, Бриселска конвенција о признању и извршењу страних судских одлука из 1968. године.

⁵⁶⁴ OJ 2001 L12/1. Уредба (ЕЦ) No.44/2001, о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима. Ступила на снагу 1. марта 2002. године.

⁵⁶⁵ OJ 2003 L338/1. Уредба (ЕЦ) No.2201/2003, о надлежности, признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељског права.

⁵⁶⁶ OJ 2009 L7/1. Уредба (ЕЦ) No.4/2009 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у стварима које се односе на обавезе издржавања. Ова уредба ступила је на снагу 2011. године.

⁵⁶⁷ OJ 2007 L199/40. Уредба (ЕЦ) No.864/2007, о меродавном праву за вануговорне односе.

Уредбом.⁵⁶⁸ На крају, 2010. године донета је и Рим III Уредба о меродавном праву за развод и раставу брака.⁵⁶⁹ Законодавна активност у оквиру ЕУ може се дефинисати као проактивна, обзиром да се у фази предлога налази неколико уредби којим ће се регулисати поједина веома значајна питања из области међународног приватног права: Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинског режима,⁵⁷⁰ Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука које се односе на имовинске последице регистрованих партнерстава,⁵⁷¹ као и Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и аутентичних инструмената у наследним стварима и стварању Европског сертификата о наслеђивању⁵⁷²

До сада је активностима у оквиру ЕУ донето укупно 14 инструмената из области међународног приватног права, тако да синтагма европско међународно приватно право данас у потпуности оправдава свој легитимитет. Напред наведени инструменти се у државама чланицама ЕУ непосредно примењују замењујући националне прописе из области међународног приватног права којима се односна материја регулише.

Правне инструменте ЕУ генерално одликују поштовање начела правне сигурности, логичка конзистентност, чврста правила, и предвидљивост резултата изнад правичности у сваком појединачном случају.⁵⁷³ Ове особености треба схватити у једном ширем контексту, из разлога што ЕУ, чине државе са више или мање хомогеном популацијом и дугом традицијом, за разлику рецимо од САД-а која је држава имиграната са различитим културама и релативно кратком историјом, па је стога и њихово друштво навикнуто на флексибилност, размену и индивидуализам што се рефлектује и на пољу права.⁵⁷⁴

⁵⁶⁸ OJ 2008 L77/6. Уредба (ЕЦ) No.593/2008, о меродавном праву за уговорне обавезе.

⁵⁶⁹ OJ 2010 L 343. Уредба (ЕЦ) No. 1259/2010, о појачаној сарадњи у области меродавног права за развод или раставу, која ће ступити на снагу 21 јуна, 2012. године.

⁵⁷⁰ COM (2011) 125, COM (2011) 127, SEC (2011) 327, SEC (2011) 328.

⁵⁷¹ COM (2011) 125, COM (2011) 126, SEC (2011) 327, SEC (2011) 328.

⁵⁷² SEC (2009) 410, SEC (2009) 411.

⁵⁷³ Currie D. *et al.*, *op.cit.*, str.854.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

Међутим, то никако не значи да су инструменти ЕУ имуни на флексибилизацију решења. Модалитет у коме се постиже флексибилност колизионих правила, у сфери уговорних и вануговорних односа, постиже се са ослоном на клаузуле изузетка, о којима ће бити речи у редовима који следе. С тога се сасвим оправдано, нарочита пажња у овом раду посвећује решењима садржаним у уредбама Рим I и Рим II, обзиром да је раније било речи о корективној функцији принципа најближе везе у сфери уговорних и вануговорних односа.

Следећи временски редослед у њиховом усвајању, најпре ћемо изложити решења Рим II Уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе, а потом ћемо анализирати и решења Рим I Уредбе о меродавном праву за уговорне обавезе.

3.1. Рим II Уредба о меродавном праву за вануговорне односе

У јулу месецу 2007. године, у оквиру Европске уније, окончан је законодавни поступак доношења Уредбе бр.864/2007 о меродавном праву за вануговорне обавезе (у даљем тексту: Рим II Уредба).

Правни основ за доношење ове Уредбе био је чл.61 (ц) Уговора о Европској заједници који овлашћује Савет да предузима мере „у циљу одржавања и разитка простора слободе, сигурности и правде“, као и чл. 65 (б) Уговора о ЕЗ који те мере дефинише. У погледу поступка доношења поштована је процедура прописана чл.251 Уговора о ЕЗ, што значи да је Уредба донета у

сложеном поступку саодлучивања.⁵⁷⁵ Инструменти донети у овом поступку називају се заједничким актима Савета и Парламента.⁵⁷⁶

Већ смо спомињали да је идеја о уједначавању колизионих правила у домену облигационих односа постојала још у оквиру ЕЕЗ. Заправо, ова идеја постојала је на наднационалном нивоу у Европи и раније. Први покушај унификације колизионих норми у области вануговорних обавеза везује се за *Benelux Uniform Law on Private International Law* из 1969. године, који никада није ступио на снагу. Иако је рад на унификацији започео давне 1951. године, овај акт био је изненађујуће модеран за тадашње време. Са аспекта нашег истраживања значајно је да је он садржао *мудро* формулисану клаузулу изузетка чији механизам ступа у дејство само у изузетним случајевима.⁵⁷⁷

На пољу вануговорних односа, све до доношења Рим II Уредбе, није постигнут значајан резултат на пољу унификације, осим уколико изузмемо Нацрт конвенције о меродавном праву за уговорне и вануговорне обавезе из 1972. године.⁵⁷⁸ Овај Нацрт никада није усвојен, из разлога што није био прихватљив новим државама чланицама након проширења ЕЕЗ 1973. године на Данску, Ирску и Уједињено Краљевство. Нацрт је за нас интересантан из разлога што указује на генезу клаузуле изузетка у деликтном статуту. Наиме, чланом 10 Нацрта, за вануговорну одговорност за штету, прихваћена је меродавност права оне државе у

⁵⁷⁵ Комисија је 2002. године објавила предходни Нацрт Предлога уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе. За јавност, то је значило покретање поступка консултација. Након пристиглих коментара, 2003. године Комисија је представила текст Предлога уредбе Европског парламента и Савета. Након првог читања у Европском парламенту, Предлог Уредбе је измењен, а нови је представљен 2006. године. Потом је уследило друго и треће читање у ЕП. Између два читања Савет је обавестио ЕП да не може да усвоји све предложене измене и допуне, па је покренуто мирење, законодавни стадијум у коме као измиритељ учествује Комисија. Поступак мирења окончан је 2007. године. Заједнички текст уредбе Савет је усвојио априла 2007, а ЕП изгласао 11. јула 2007. године.

⁵⁷⁶ Беловић Ј., „Уједначена правила Европске Уније о меродавном праву за вануговорне односе: Рим II Уредба“, *Зборник радова са међународне научне конференције „Правни систем и друштвена криза“*, Прва свеска, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2011, стр.343-359.

⁵⁷⁷”if the consequences of a wrongful act belong to the legal sphere of a country other than the one where the act took place, the obligations which result therefrom shall be determined by the law of that other country”више у: Symeonides S.C., “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.56, no.1, 2008, стр.175-176.

⁵⁷⁸ E.E.C. Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations (1972); Nedelmann K.H. Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, *AJCL*, 1976., 9-21; Collins L., “Contractual Obligations: The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.25, no.1, 1976, стр.35-57.

којој је наступио штетни догађај (*lex loci delicti commissi*). На основу ст.2⁵⁷⁹, овог члана, одступање од колизионог решења могуће је у корист *права најближе везе*, онда када између спорног правног односа и друге државе постоји ближа веза, под условом да однос који је произашао из догађаја који је проузроковао штету или повреду није у битној вези са државом у којој је догађај наступио. У ст.3⁵⁸⁰ је прецизирано да таква веза постоји, уколико постоји заједничка тачка везивања за одговорно лице и оштећеног, а када је у питању одговорност трећег за штетника, неопходно је да се ради о тачки везивања која је заједничка за треће лице и оштећеног. Радна група није навела о којим се тачкама везивања ради.

Што се тиче односа Уредбе према другим међународним конвенцијама она не спречава примену међународних конвенција којих је странка једна или више држава чланица, али у односима између држава она има предност.⁵⁸¹ У складу са чл.29, ст.1, државе чланице су (не све) доставиле Комисији попис отказа оних конвенција које прописују колизиона правила за вануговорне обавезе којима су оне биле обавезане. Комисија је попис у складу са ст.2, чл.29 објавила у службеном гласнику ЕУ.⁵⁸²

3.1.1. Поље примене

Ratione teritorii Уредба се примењује у свим државама чланицама ЕУ изузев Данске. Иако су Ирска и Уједињено Краљевство имале право на „*opt-out*“ у погледу уредбе, а на основу чл.3 Протокола уз Уговор о Европској унији и Уговор о оснивању ЕЕЗ, оне то своје право нису искористиле. Сходно томе, Уредба се као инструмент ЕУ непосредно примењује у свим државама чланицама, и национални судови су у обавези да је примењују.

⁵⁷⁹ “However, if, on the one hand, there is no significant link between the situation arising from the event which has result in injury or damage and the country in which that event occurred and, on the other hand, the situation has a closer connection with another country, than the law of that other country shall apply”.

⁵⁸⁰ “Such a connection must normally be based on a connecting factor common to the victim and the author of the damage or injury or, if the liability of a third party for the acts of the author is at issue, it must normally be based on one which is common to the victim and the third party”.

⁵⁸¹ Чл.28 Уредбе.

⁵⁸² C-343/05 od 17.12.2010. god.

Ratione temporis уредбом је постављен двоструки услов за њену примену. У чл. 31. Уредбе, стоји да се она примењује на штетне догађаје који су настали након ступања Уредбе на снагу, односно након 20. августа 2007. године.⁵⁸³ Потом у чл.32 прописано је да се Уредба примењује од 11. јануара 2009. године па надаље. То би заправо значило да су национални судови у обавези да примењују Уредбу у поступцима започетим од 11. јануара 2009. године, или касније у којима је штетни догађај наступио 20. августа 2007. године или касније.⁵⁸⁴ Међутим, ово све до недавно доктринарно питање скоро је добило и своју практичну димензију. Након што је 27-годишњи енглески туриста као пешак претрпео тешка телесна оштећена на свом одмору у Шпанији, када га је 7. септембра, 2007. године прегазео ауто на јавном путу, покренуо је у Енглеској поступак за накнаду штете против осигуравача шпанског возача. Енглески суд је у пресуди од 30. јула, 2010. године⁵⁸⁵ заузео становиште да у конкретном случају треба применити Уредбу, а не енглеско право, тумачећи одредбе чл.31 и 32 уредбе као алтернативне, а не кумулативне услове у погледу важења Уредбе.

Међутим, од веома великог значаја у погледу тумачења одредби о временском важењу уредбе јесте одлука Европског суда правде (ЕСП), у случају *Deo Antoine Homawoo v. GMF Assurances SA*⁵⁸⁶, која ће служити као упутство за националне судове приликом тумачења одредби о временском важењу уредбе. ЕСП је супротно одлуци енглеског националног суда, заузео становиште да ипак, одредбе чл.31 и 32 треба тумачити као кумулативне услове у погледу важења уредбе. Из разлога правне сигурности, као фиксни датум примене наводи се датум из чл.32 (11, јануар, 2009. године), али под условом да је штетни догађај наступио 20, августа 2007. године или касније.

Поље примене *ratione materiae* је двоструко дефинисано. Најпре позитивном формулацијом у чл.1, ст.1, стоји:

⁵⁸³ Одредба је у складу са општим правилима о ступању на снагу прописа Заједнице, сходно којима уредбе ступају на снагу двадесетог дана од објављивања у Службеном гласнику.

⁵⁸⁴ Kunda I., *op.cit.*, str.1279.

⁵⁸⁵ *Bacon v. National Suiya CIA Seguros Y Reseguros* (2010) EWHC 2017 (QB)., доступно на: www.2tg.co.uk, задња посета: 12.03.2011. године.

⁵⁸⁶ C-412/10, од 17.11.2011. године

„уредба се примењује на случајеве у којима се поставља питање одређивања меродавног права за вануговорне обавезе у грађанским и трговачким стварима у случајевима које укључују сукоб закона“.

У циљу да побољша правну сигурност законодавац у уводним рециталима аутономно тумачи основне појмове Уредбе, а између осталих у од највећег значаја је тумачење у рециталу 11, које се односи на појам вануговорне обавезе. Униформност у тумачењу ових појмова остварује се и уз помоћ Европског суда правде, који на основу чл.68 и 234 Уговора о ЕЗ има надлежност да пружи обавезујућа тумачења одредаба Уредбе онда када му се за то обрате надлежни национални судови држава чланица. У том смислу, релевантне су и одлуке ЕСПД донесене у односу на примену чл.5 раније Бриселске конвенције, односно чл.5 Брисел I Уредбе које се односе на разликовање појмова „*уговорних и вануговорних обавеза*“, али и о тумачењу појмова „*грађанске и трговачке ствари*“. У ст.1, чл.2, Уредбе, корпусом вануговорних обавеза дефинишу се обавезе које произилазе из деликата и квазиконтраката: стицања без основа, половодства без налога (*negatorium gestio*), и одговорности за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*).⁵⁸⁷

Оно што је за Уредбу несумњиво новина, јесте да је њоме, у ст.2, чл.2 појам вануговорне обавезе проширен и на оне обавезе за које је вероватно да ће настати. Појам *вероватности* настанка вануговорне обавезе може имати значај у погледу одређивања меродавног права поводом захтева за доношење привремене мере којом би се спречила штета која би могла бити проузрокована неким актом.⁵⁸⁸

Ratione materiae, поље примене је у чл.1 дефинисано и негативнао, па се тако у ст. 1 Уредбе, из поља примене искључују: пореске, царинске и управне ствари, као и питања која регулишу одговорност државе за акте или пропусте учињене у вршењу суверене власти („*acta iure imperii*“). Потом, у ст. 2 и 3 чл.1 следе искључења и у погледу других грађанских и трговачких ствари.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Идентичну енумерацију основа за вануговорне обавезе поставља и Нацрт нашег новог ЗМПП-а.

⁵⁸⁸ Грушић У., „Рим II Уредба (Регулатива) Европске уније: Меродавно право за вануговорне обавезе“, *Анали ПФБ*, година LVII, 1/2009, стр. 168.

⁵⁸⁹ а) вануговорне обавезе које настају из породичних односа и односа који, према праву које је меродавно за такве односе, имају слична дејства, укључујући обавезе издржавања. (за тумачење

3.1.2. Меродавно право за деликте

Уредба дефинише правила за одеђивање меродавног права у случајевима постојања вануговорне одговорности проистекле из деликата, као и из посебних случајева вануговорне одговорности⁵⁹⁰. Централно место заузимају колизионе норме деликтног статута.

Као полазна начела при унификацији колизионих норми, европски законодавац је, с једне стране прогласио начело правне сигурности, а с друге стране потребу за правичним решењем у појединачном случају.⁵⁹¹ Као један од конкретних циљева унификације, у доктрини се наводи и спречавање *forum shoppinga* унутар ЕУ на подручју вануговорне одговорности за штету.⁵⁹² Стога су Уредбом предвиђене најприкладније тачке везивања за постизање тих циљева:

А. опште правило као и

ове одредбе релевантан је рецитал 10, у коме је наведено да се под појмом „породични односи“ подразумевају брак, родитељство, крвно и тазбинско сродство; „односи који имају слична дејства“ требају се тумачити у складу са *lex fori*); б) вануговорне обавезе које настају из брачно-имовинског режима, и имовинских односа из заједница, које по праву меродавног за те заједнице имају слична дејства браку, као и вануговорних обавеза које настају везано за тестамент и наслеђивање; в) вануговорне обавезе које произилазе из меница, чекова, обвезница и других преносивих хартија од вредности, у мери у којој обавезе из тих других преносивих хартија од вредности произилазе из њиховог својства негоцијабилности; г) вануговорне обавезе које произилазе из права трговачких друштава или других правних лица, а које су везане за настанак, способност, унутрашњу организацију или престанак трговачких друштава или других правних лица, одговорност одговорних лица и чланова за обавезе друштва или правног лица и одговорност ревизора према друштву или његовим члановима у вези са обавезном ревизијом финансијских извештаја; д) вануговорне обавезе које настају поводом односа у добровољно успостављеном трасту; њ) вануговорне обавезе које настају из нукларне штете; е) вануговорне обавезе које настају из повреде права приватности и права везаних за личност, укључујући увреду и клевету. Ставом 3, чл.1 прописано је да се уредба не примењује на питања доказивања и поступка, изузев питања регулисаних чл.21. и 22. уредбе.

⁵⁹⁰ Колизиона правила за обавезе настале из стицања без основа, пословодства без налога (*negatorium gestio*), као и одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*), садржана су у трећем делу Уредбе. И ова колизиона правила рађена су по узору на деликтни статут, што значи да је реч о сложеним правилима која садрже каскадне тачке везивања, односно комбинацију објективних и субјективних тачака везивања, али и примену принципа најближе везе у функцији корекције постављених тачака везивања. Приликом формулисања ових колизионих правила Комисија је нарочито истакла њихову сложеност, обзиром на чињеницу да постоје веома велике разлике по питању регулисања ових института у правима држава чланица, и то како у супстанцијалном тако и у колизионоправном смислу.....”Explanatory Memorandum” to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) COM/2003/0427FINAL, стр.21.

⁵⁹¹ Види: рецитал 14 Уредбе.

⁵⁹² Bouček V., „Uredba Rim II-Komunitarizacija Europskog međunarodnog deliktneog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol.45, no.2, 2008, стр.296.

Б. посебна правила за посебне категорије деликата (одговорност за производе, нелојалну конкуренцију и акте којима се ограничава слободна тржишна утакмица, штете нанете животној средини, повреда права интелектуалне својине и прекид или успоравање процеса рада)⁵⁹³, затим, у одређеним случајевима,

Ц. „клаузула изузетка“ која допушта отклон од тих правила када је јасно из свих околности случаја да је штетна радња очигледно уже повезана са другом државом.

Овај скуп правила ствара флексибилни оквир колизионих правила, омогућавајући суду пред којим се води спор поступање у појединачном случају на најприкладнији начин.

Истичући значај правне сигурности, а као средство у правцу њеног обезбеђења, аутономија воље добија ранг примарне тачке везивања за деликте.⁵⁹⁴ Услови који се постављају у погледу страначког избора формулисани су тако да се њима првенствено ојачава положај слабије стране.

Као субјективна тачка везивања, аутономија воље тако стоји као опција у погледу чл.4 у коме је постављено опште правило за деликте, у погледу чл. 5 који се односи на одговорност за производе, чл.7 за штете нанете животној средини и чл.9 који се односи на прекид или успоравање процеса рада, али је с друге стране могућност страначког избора меродавног права изричито је искључена у односу на чл. 6 који се односи на нелојалну конкуренцију и акте којима се ограничава слободна тржишна утакмица, као и у односу на чл.8 који се односи на повреду

⁵⁹³ Као аргумент за издвајање посебних правила за поједине категорије деликата наводи се чињеница да опште правило не допушта успостављање разумне равнотеже између интереса у питању. Тако се *ratio* постављања посебних правила у погледу одговорности за производе у чл.5 Уредбе, правда правичном расподелом ризика својственим друштву савремене високе технологије, заштитом здравља потрошача, подстицањем проналазака и олакшавања трговине. Овим циљевима посебно доприноси одредба предвидљивости која је истоветна одредби Хашке конвенције о праву меродавног за одговорност за производе. У стварима нелојалне конкуренције и ограничавање слободне тржишне утакмице (чл.6 Уредбе) колизионе норме треба да штите конкуренте, потрошаче и јавност у целини. Посебна колизиона правила у погледу штете у околини (чл.7 Уредбе) треба да допринесу остваривању начела опрезности и начела предузимања превентивних мера. Норме из чл.8 које се односе на повреду права интелектуалне својине разрађују опште признато начело *lex loci protectionis*. И на крају, посебна правила за прекид или успоравање процеса рада (чл.9 Уредбе) треба да допринесу заштити права и обавеза радника и послодаваца.

⁵⁹⁴ Чл.14 Уредбе. *Prima facie* овај закључак не чини се очигледним, обзиром на место које одредба о аутономији воље заузима (иза одредби које прописују опште и посебна колизиона правила).

права интелектуалне својине. У циљу заштите слабије стране, која је по правилу жртва штетног догађаја, странке могу да постигну споразум о избору меродавног права тек након што је наступио догађај који је штету проузроковао.⁵⁹⁵ Од овог правила постоји изузетак, у случајевима када се обе стране баве комерцијалном делатношћу, онда се оне о меродавном праву могу споразумети и пре него што наступи догађај који проузрокује штету.

Аутономија воље, даље трпи ограничења у следећим ситуацијама: а) када су све околности случаја, у време настанка штете, лоциране у држави која је другачија од оне чије право странке бирају као меродавно (чл.14, ст.2), тада страначки избор не може да утиче на примену прописа *иначе* меродавног права; б) странке не могу својим избором дерогирати комунитарно право (овде се пре свега мисли на режим прописан самом Уредбом), онда када су све околности случаја, у време настанка штете, лоциране на територији једне или више држава у којима Уредба важи (чл.14., ст.3); ц) путем норми непосредне примене у складу са чл.16 Уредбе, иако у чл.14 не постоји одредба о директном упућивању на овај члан.

Упркос настојањима законодавца да прецизно регулише домашај и границе аутономије воље, поједина питања остала су без одговора. О могућности вољне мултипликације меродавних права у самој Уредби није ништа речено. Поставља се питање: да ли странке могу споразумом одредити једно право као меродавно у погледу основа одговорности, а друго право као меродавно за висину накнаде? Теоријска могућност постоји и она се правда аргументом *a maiore ad minus*, али је несумњиво да и пракса иде у правцу давања афирмативног одговора на ово питање.

Што се супсидијарног везивања тиче, можемо рећи да основно правило за деликтни статут нуди „праву меру“ флексибилности у колизионом правилу, које се као идеја у оквиру ЕЕЗ јавила веома рано. Ово правило се првенствено ослања на *locus damni*, као одлучујућу чињеницу која треба да отклони несигурност која је постојала у тумачењу повезнице *lex loci delicti commissi*, која је несумњиво била владајуће решење у правима држава чланица. Већ је речено да су национални судови под правилу *lex loci delicti commissi* подразумевали како место где се штетни догађај догодио, тако и место где су наступиле последице тога догађаја.

⁵⁹⁵ Чл.14, ст.1 (б).

Правило *locus damni* указује на примену права оне државе где је наступила непосредна штета. По мишљењу законодавца, као и дела доктрине ово правило на најбољи могући начин излази у сусрет оправданим очекивањима странака, зато што представља равнотежу између интереса особе за коју се тврди да је одговорна и особе која је претрпела штету.⁵⁹⁶ На опредељење за ово правило, на европског законодавца, на специфичан начин утицало је и тумачење израза „штетни догађај“ које је дао Европски суда правде у погледу примене чл.5, ст. 3 Брисел I Уредбе. Наиме, ЕСП је стао на становиште да термин „штетни догађај“ обухвата како штетну радњу, тако и штетну последицу (директна штета), али не и место где је оштећени претрпео финансијску штету као последицу (посредна штета).⁵⁹⁷ Према томе, у случајевима телесне повреде или имовинске штете држава у којој штета настаје треба да буде држава у којој је претрпљена повреда, односно где је оштећена имовина.⁵⁹⁸ Али, тешкоће могу настати онда када оштећени трпи директну (финансијску) штету на територији више држава. Меморандум у таквим случајевима даје оригинални предлог у складу са којим: „.....треба применити права свих заинтересованих држава на дистрибутивној основи, и то онако како је то учињено у Немачкој у случају *Mosaikbetrachtung*“.⁵⁹⁹

Избор повезнице *locus damni* критикован је од стране појединих аутора који су наводили да се ово правило усредсређује на интересе оштећеног и да не узима довољно у обзир интересе штетника, такође постојала су и схватања да ово правило занемарује основна начела облигационог права чија је главна сврха накнада штете претрпљене од стране оштећеног.⁶⁰⁰ Истичући да је један од основних разлога опредељења за ову одлучну околност, по схватању дела науке међународног приватног права, чињеница да се ради о једном недопустивом (противправном) понашању које је веома слично кривичном делу, сматра се и да је опредељење за *locus damni* подложно критици из више разлога. Један од

⁵⁹⁶ Рецитал 16 уредбе; Kramer X.E., “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, no.4, 2008, стр.13.

⁵⁹⁷ C-220/88 *Dumez France v. Hessische Landesbank* (1990) E.C.R. I-49; C-364/93 *Marinari v. Llyod Bank plc* (1995) E.C.R. I-2719...Collins L., *Dicey and Morris on the Conflicts of Law: 4th Supplement*, 2004, S35-195.

⁵⁹⁸ Види: Рецитал 17. Уредбе.

⁵⁹⁹ Види: Меморандум, коментар уз чл.3(1) Предлога Уредбе.

⁶⁰⁰ Kunda I., *op.cit.*, стр.1285.

најбитнијих је тај да је сврха одговорности у материји кривичног права кажњавање појединца и превенирање будућих кривичних дела, док је у сфери одговорности за штету акценат стављен на уштрб који трпи једно лице у његовој имовини. Осим тога, деликтна понашања, која, по правилу, нису планирана, обухватају знатно шири круг лица обавезних на накнаду штете проузроковане другима, у поређењу са починиоцима кривичних и других правно кажњивих дела, која одговарају првенствено личношћу, под условом да су кривично одговорна, а тек субсидијарно својим имовинским добрима.⁶⁰¹

Од правила *lex loci damni* постоји изузетак⁶⁰², који је и сам правило. Јер ако је обавезујућа примена изузетка, онда је несумњиво да је у питању још једно правило. Реч је о правилу *lex firmae habitationis communiss*, сходно коме се за случај да оштећени и штетник имају своје уобичајено боравиште⁶⁰³ у истој држави, у време настанка штете, примењује право те државе, а не *lex loci damni*. Иако је временска одредница веома битна, ипак у пракси она може бити извор проблема, па се тако може поставити питање: да ли је време настанка штете, време када је штета настајала или се окончала, или је у питању читаво време њеног трајања?

Правило *lex firmae habitationis communiss* је заправо еволуцијски резултат затворених клаузула изузетака садржаних у националним кодификацијама, чију је исправност потврдила како доктрина, тако и дугогодишња пракса националних судова, а која је несумњиво иницирана у сада већ револуционарном случају *Webcock v. Jakson*.

И на крају, у склопу сложеног колизионог правила из чл.4, остављен је простор за клаузулу изузетка у ст.3, која заслужује посебну пажњу.

⁶⁰¹ Рачкомановић М., „Принцип најближе везе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, L, Ниш, 2007, стр.15.

⁶⁰² Рецитал 18. Уредбе.

⁶⁰³ Како би се постигла уједначеност у одлукама, појам уобичајеног боравишта се у Уредби аутономно тумачи....види: чл.23.

3.1.3. Клаузула изузетка у Рим II Уредби

Како би удовољио захтеву за правичним решавањем појединачног случаја законодавац је у ст. 3 поставио клаузулу изузетка која омогућава одступање од у ст.1 и 2 постављених тачака везивања. Ова клаузула гласи:

„Када је из свих околности случаја јасно да је штета у очигледно ближој вези са државом различитом од оне из ставова 1 и 2, примењује се право те друге државе.

Очигледно ближа веза с другом државом може се заснивати посебно на већ постојећем правном односу између странака као што је уговор који је уско повезан са односном штетном радњом.“

Правна природа ове одредбе дефинисана је у рециталу 18 уредбе, где се наводи да одредбу ст. 3 треба схватити као клаузулу изузетка. Клаузула изузетка из овог става је генерална (општа) клаузула. Међутим, то није и једина клаузула изузетка садржана у Уредби. Њоме је прописана још једна- специјална клаузула изузетка у склопу чл.5, који се односи на одговорност за производе,⁶⁰⁴ али и још три специјалне клаузуле изузетка у погледу вануговорних обавеза које произилазе из квазиконтраката⁶⁰⁵.

У свим случајевима, без обзира да ли је реч о генералној или специјалним клаузулама, формулација је иста, али што је још важније иста је база, односно основ корекције, а то је принцип најближе везе.

На овај закључак упућује нас терминологија клаузуле изузетка из разлога што стоји да ће са ослоном на клаузулу изузетка одлучивати једино уколико

⁶⁰⁴ Чл.5, ст.2, гласи:

„Када је из свих околности случаја јасно да је штетна радња очигледно уже повезана са државом различитом од оне из ст.1, примењује се право те друге државе. Очигледно ужа веза с другом државом може се посебно темењити на предходном односу између странака, као што је уговор који је уско повезан са односном штетном радњом“.

За друге случајеве посебне одговорности законодавац није поставио посебне клаузуле изузетка, али је отишао и корак даље искључујући (изузев у погледу чл. 6 који се односи на нелојалну конкуренцију и акте којима се ограничава слободна тржишна утакмица) и могућност одлучивања са позивом на клаузулу изузетка из ст.3, чл.4. На тај начин, не дозвољавајући корекцију посебних тачака везивања, законодавац је још једном, посредно, истакао значај интереса који се овим одредбама имају заштитити.

⁶⁰⁵ Види: чл.10, ст.3; чл.11, ст.4; чл.12.ст.2(ц).

„.....све околности случаја, јасно указују да је штета у очигледно ближој вези.....“ Својеврсно упутство у потрази за ближом везом наводи се у другој реченици ст.2, у којој стоји да се: „очигледно ближа веза с другом државом може заснивати посебно на већ постојећем правном односу између странака“. У Меморандуму је појашњено да такав предходни однос, у смислу уговора који је уско повезан са односом штетном радњом, не подразумева само однос поводом актуелног (важећег) уговора, већ и однос везан за уговор који је само преговаран, или су преговори прекинути, или је дошло до поништавања уговора. Али, такође је појашњено да уколико је такав предходни однос везан за потрошачки уговор или индивидуални уговор о раду ст.3, чл.4, не може имати ефекта.⁶⁰⁶ Претходни правни однос може се заснивати и на другим чињеницама, као што су: брак, сродство, сувласништво, суседство, издржавање, и сл. Претпоставимо да особа А издржава особу Б (свог нећака), и да је за овај однос меродавно немачко право. Особа А на име издржавања уступи стан у Београду нећаку који уписује Правни факултет. Као последица журке, коју нећак организује настаје знатна материјална штета. Поставља се питање да ли је оправдано применити клаузулу изузетка и одговорност за штету процењивати према немачком праву, а не према праву Србије као *lex loci damni*?

Поред постојања предходног правног односа и друге околности могу указивати на постојање *ближе* везе. Те околности могу се тицати: странака, догађаја који је проузроковао штету и последица штете.⁶⁰⁷

Уколико се концентришемо на генералну клаузулу, можемо закључити да упутства за њену примену захтевају веома високе стандарде. Исправљање резултата упућивања постављеног са ослоном на *locus damni* и *lex firmae habitationis communitis* дозвољено је само у изузетним случајевима, па се стога ова клаузула треба рестриктивно тумачити. Текст клаузуле изузетка се може протумачити тако да се може постићи само примена права државе која није ни држава где је непосредна штета наступила ни држава заједничког уобичајеног боравишта, што ће бити, претпоставља се, врло ретко.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ “Explanatory Memorandum”, коментар уз чл.4 (3).

⁶⁰⁷ Collins L., *op.cit.*, S35-197.

⁶⁰⁸ Rushworth A., Scott A., 281, Упор. Fawcett J., 804. *cit.u:* Грушић У., *op.cit.*, fn.53.

Један од случајева када *locus damni* запада у тешкоће, је у тексту горе наведен пример случајева када оштећени трпи директну (финансијску) штету на територији више држава. Предлог у Меморандуму је да се тада примењују права (на дистрибутивној основи) више различитих права. Међутим, сматрамо да у таквим случајевима, пре има места за одлучивање са ослоном на клаузулу изузетка, која би у конкретном случају водила примени једног права као меродавног.

Уколико се определимо за уско тумачење клаузуле изузетка, вероватно се као најјаснија ситуација у којој може доћи до примене ове клаузуле јавља у случајевима када странке имају уобичајена боравишта у различитим државама, а да права држава у којима оне уобичајено бораве на једнак начин решавају спорно питање, али другачије од права државе у којој се налази *locus damni*.⁶⁰⁹ Међутим, исправно читање клаузуле изузетка не дозвољава корекцију јер она не овлашћује суд да процењује садржину правила у сукобу, нити да утврђује меродавност права везано за, на пример, основ одговорности или висину накнаде, већ јасно наглашава да је „штета у очигледно ближој вези“....

Међутим, у доктрини постоје и мишљења да треба дозволити шире тумачење клаузуле изузетка, у смислу да одлучивање са ослоном на клаузулу треба дозволити и у случајевима када она омогућава отклон у односу на *lex firmae habitationis communnis* из ст.2, у корист *lex loci damni* из ст.3.⁶¹⁰

3.2. Рим I Уредба о меродавном праву за уговорне односе

И на крају, а везано за инструменте унификације колизионих норми у оквиру ЕУ, сагледаћемо решења Уредбе о меродавном праву за уговорне односе,

⁶⁰⁹ Нпр. Претпоставимо да током лова у Кенији, француски ловац повреди белгијског ловца, и да међу њима нема претходног правног односа. Претпоставимо да Кенија ограничава износ накнаде штете до 5.000 еура, док Француска и Белгија не ограничавају износ накнаде, али га дефинишу на идентичан наћин.....Symeonides S.C., *op.cit.*, str.38; Stone P., *op.cit.*, str. 115.

⁶¹⁰ Collins L., *op.cit.*, S35-197; Stone P., „The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort“, *Ankara Law Review*, vol.4, no.2, 2007, str.104.

која представља наследницу РК, али истовремено и њену унапређену верзију која је успела да отклони бројне недоумице своје претходнице.

Принцип најближе везе је и у овом инструменту актуелан, али је његова функција знатно ограниченија, она је сведена само на корективну улогу, за разлику од РК која је овом принципу дала знатно више простора.

Основ за настанак Рим I Уредбе је *Зелена књига о претварању Римске Конвенције из 1980. године о меродавном праву за уговорне обавезе у инструмент Заједнице* коју је Савет Европске Заједнице објавио 2003. године.⁶¹¹ То је био први пут да стручна јавност преиспитује решења РК. Након спроведене јавне расправе после објављивања *Зелене књиге*, Комисија је децембра 2005. године доставила Предлог Уредбе.⁶¹² Предлог је наишао на велико интересовање у јавности, обзиром да је реч о веома значајном инструменту који унификује колизионе норме у сфери уговорних односа у Унији која броји 27 чланова, са више од 500 милиона становника и динамичном, различитом и огромном пословном заједницом.⁶¹³ О предлогу је своје мишљење дао и Европски Економски и Социјални Савет⁶¹⁴. Европски Парламент и Савет су усвојили одређени број амандмана на Предлог уредбе, тако да је верзија од 3. децембра 2007. године остала без “револуционарних” одредби које су повучене.⁶¹⁵ Уредба Рим I усвојена је од стране Европског Парламента и Савета 17. јуна 2008. године, а примењује се на уговорне односе закључене након 17. децембра 2009. године и касније.

У изради ове Уредбе, од централног значаја је поштовање начела правне сигурности.⁶¹⁶ Значај овог начела потврђен је и искључењем установе *ranvoi*⁶¹⁷, као и аутономним тумачењем основних појмова садржаних у Уредби као што је рецимо појам уобичајеног боравишта. Ради постизања униформности, а у служби

⁶¹¹ Текст Зелене књиге на енглеском језику доступан на: <http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/grp/2002/com2002/>

⁶¹² *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to Contractual Obligation (Rome I)*, COM (2005) 650 од 15. децембра, 2005. године.

⁶¹³ Lando O., Nielsen P., “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, vol.3, no.1, 2007, str.30; Беловић Ј., “Рим I Уредба Европске уније: Меродавно право за уговорне односе”, *Правна ријеч- часопис за правну теорију и праксу*, бр.29/2011, Бања Лука, 2011, стр.253-267.

⁶¹⁴ ОЈ С 318, од 23.12.2006. год.

⁶¹⁵ Види :Council of the EU, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to Contractual Obligation (Rome I)*-Outcome of the European Parliament’s First reading 1583/07, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07>

⁶¹⁶ Види: Рецитал 6 Уредбе.

⁶¹⁷ Види: чл.20 Уредбе.

правне сигурности, и за овај инструмент одлучујућа је улога Европског суда правде, који је надлежан да пружи обавезујућа тумачења одредаба Уредбе када му се за то обрате надлежни судови држава чланица. У том смислу, рецитал 17 упућује да је за тумачење појмова „пужање услуга“ и „продаја робе“ од значаја тумачење у примени чл.5 Брисел I уредбе. Уредба поред униформне, претендује и на универзалну примену, што значи да се као меродавно, примењује оно право на које укажу одредбе ове Уредбе без обзира да ли је у питању право државе чланице или не.⁶¹⁸ На основу, кратког прегледа текста Уредбе, може се закључити да је начелу правне сигурности и предвидљивости дат већи значај и улога у односу на РК.

Други угаони камен Уредбе јесте начело правичности. Оно своју разраду налази постављањем посебних колизионих норми за поједине категорије уговора, и одступањем од општег колизионог правила у циљу заштите оне стране која се у уговору перципира као слабија.⁶¹⁹ Уредба надограђује решења РК проширивањем круга посебних колизионих норми, осим за потрошачке уговоре и појединачне уговоре о раду, за још две категорије уговора: уговоре о превозу путника и уговоре о осигурању. Поред колизионих норми са материјално-правном оријентацијом, које су оријентисане на потрагу за најближом везом у функционалном смислу, начело правичности добија своју разраду и постављањем клаузуле изузетка, као механизма који даје суду дискреционо овлашћење у циљу корекције генерално-апстрактних правила онда када она не репрезентују најближу везу са конкретним случајем.

3.2.1. Поље примене

Ratione territorii Уредба се, једнако као и у случају Рим II Уредбе, примењује у свим државама чланицама, изузев Данске. Наиме, сходно чл.1 и 2 Протокола о положају Данске уз Уговор о ЕУ (верзија из Амстердама), Данска *a priori* не учествује у сарадњи на темељу Главе IV, што исто важи и за Уједињено

⁶¹⁸ Види: чл.2 Уредбе и у том смислу упореди са чл.2 РК

⁶¹⁹ Behr V., “Rome I Regulation; A mostly unified Private International Law of Contractual Relationship within most of the European Union”, *Journal of Law and Commerce*, vol.29, 2011, str.248.

Краљевство и Ирску. Међутим, за разлику од Ирске која је дала изјаву да жели да учествује у усвајању и примени Уредбе, и Уједињеног Краљевства чија је Влада, 23. јула 2008. године⁶²⁰ ипак одлучила да приступи, Данска то није учинила.

Ratione temporis, Уредба Рим I од 17. јуна 2008. године примењује се на уговоре закључене после ступања уредбе на снагу, дакле, после 17. децембра 2009. године,⁶²¹ што значи да је РК остала релевантна у прелазном периоду од усвајања ступања уредбе на снагу. Међутим, што се временског важења тиче, релевантна су још два датума, из разлога што у складу са чл.29, ст.1 Уредба ступа на снагу 20-тог дана од објављивања у службеном гласнику Уније, што значи 24. јула 2008. године, а други значајан изузетак је у погледу чл.26 који је на снази од 17. јуна 2009. године.

Позитивном формулацијом (*ratione materiae*), прописано је да се Уредба примењује на: уговорне облигације у грађанским и трговачким стварима које рађају сукоб закона (тј. избор једног од права више, најмање две, држава).⁶²² Негативном формулацијом одређена питања искључена су из поља примене Уредбе, и у том смислу, готово да постоји паралела са РК. Новина је та, да је из поља примене Уредбе експлицитно искључено питање предуговорне одговорности, односно одговорности поводом обавеза произашлих из преговора, које по мишљењу већине стручњака спада у сферу вануговорне одговорности.⁶²³

3.2.2. Мерадавно право за уговоре

Свакако примарна тачка везивања у сфери уговорних односа јесте аутономија воље. Без потребе за понављањем, навешћемо само новине које се тичу ове тачке везивања. Наиме, још је раније, у Зеленој књизи изражена забринутост због чињенице да се схватања о појму прећутне аутономије разликују

⁶²⁰ Влада Уједињеног Краљевства је 23. јула 2008. године одлучила да жели да приступи Уредби. Комисија је усвојила ову одлуку и проширила поље дејства уредбе и на територију УК 22. децембра 2008, а ова одлука је ступила на снагу 16. јануара 2009. године.

⁶²¹ Види: чл.29, ст.2

⁶²² Чл.1, ст.1 Уредбе.

⁶²³ Види: чл.1, ст. 2 и 3; са посебним освртом на ст.2 и упореди са чл.12. Рим II Уредбе.

у судској пракси држава чланица. Конкретније, немачки и енглески судови били су спремнији да констатују да овакав споразум постоји, за разлику од судова других земаља чланица.⁶²⁴ С тога је у циљу остваривања правне сигурности ближе одређен појам прећутног избора, па ће се тако сматрати да су странке пророгацијом суда или трибунала, прећутно извршиле и избор меродавног права, али под условом да је у питању суд или трибунал државе чланице. Ова претпоставка је оборива, и суд може, у одређеним случајевима, закључити и другачије.

Оно што такође претставља значајну новину је то што Уредба допушта, да се странке са ослоном на аутономију воље, одреде у корист примене правила *lex mercatoria*, као и правила у инструментима које ће Заједница у будућности доносити, а која се односе на уговорне односе.⁶²⁵

У сваком случају, а везано за аутономију воље, можемо констатовати да је видљива доследност европског законодавца, зато што у овој Уредби он следи решења претходне Рим II Уредбе.⁶²⁶

Међутим, питање како поставити решење у одсуству страначког избора отворило је бројне дилеме. Расправа након објављивања Зелене књиге, која се водила у оквиру уже и шире стручне јавности⁶²⁷ изнела је низ аргумената за и против постојећег решења (решења садржаног у РК), уз давање сопствених предлога о томе у ком правцу измене треба да иду.

Као резултат ове расправе издвојене су две опције: а) једна која је заговарала решење блиско постојећој одредби конвенције уз појашњење везано за редослед у примени ставова (што је свакако значило већу дозу флексибилности),

⁶²⁴Станивуковић М., Ђундић П., “Предлог Уредбе Европског Парламента и Савета о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)”, *Ревизија за европско право*, VI, 2-3, 2004, стр. 41.

⁶²⁵ Рецитал 13 Уредбе. На овај начин решено је контраверзно питање које је постављано у оквиру тумачења чл.3 РК. При дефинисању концепта *lex mercatoria* проф. Goldman (Голдман) истиче да је реч о правилима која су настала спонтано и која почивају на три основа: међународне трговинске конвенције, међународни трговински обичаји и општа правна начела.....Goldman B., “The Applicable Law: General Principles of Law-the Lex Mercatoria”, у J.Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, стр.113, *cit.u*: Кнежевић Г., Павић В., *op.cit.*, fn.375; Lando O., Nielsen P., *op.cit.*,30-34.

⁶²⁶ Упореди чл.3 Рим I уредбе са чл.14. Рим II Уредбе.

⁶²⁷ Max-Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Groupe Europeen de droit international prive/European Group for Private International Law, Nordic Group for Private International Law, Law Society of England & Wales.....доступно на: Replies to the Commission’s Rome I Green Paper,COM(2002)654Final,http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm.

и друга, б) која се залагала за јасно упућивање са ослоном на теорију карактеристичне престације, са врло ограниченом клаузулом изузетка.

Комисија се у Предлогу Уредбе⁶²⁸ из 2005. године очигледно приклонила другој опцији.

Коначно усвојено решење усмерено је на повећању дозе сигурности, обзиром да у том смислу, Уредба чини видљив заокрет у односу на РК.

Брисање ст.1, чл.4 РК, значило је велику новину. Да ли је разлог томе то што је судска пракса у периоду од 20-так година искристалисала шта ће се сматрати најближом везом за поједине типове уговора, или је разлог томе то што је овај принцип отварао простор арбитражности, дискутабилно је! Али, сматрамо да основни мотив ипак лежи у чињеници да ће се брисањем ст.1 отколинти нејасноће узроковане структуром чл.4 РК, што ће посредно имати за последицу већи степен правне сигурности и наглашавање изузетности у примени клаузуле изузетка.

Уместо принципа најближе везе, као руководног правила, Уредба се опредељује за *hard-and-fast rules* за седам врста уговора које наводи у ст. 1, постављајући и посебно правило за уговоре на које се посебан правни режим у складу са Директивом 2004/39/ЕС⁶²⁹. Одредба из ст.1 нуди каталог конкретних тачака везивања, следећи начело карактеристичне престације: нпр. код уговора о продаји, пружању услуга, уговора који за предмет имају стварна права на непокретности, уговора о дистрибуцији.⁶³⁰ Заокрет је начињен у погледу уговора

⁶²⁸ Предложено правило за супсидијарно везивање је гласило:

„1. Уколико странке нису изабрале меродавно право у складу са чл.3 уредбе, за уговор је меродавно право како следи:

а. за уговор о продаји-право државе у којој продавац има уобичајено боравиште,
б. за уговор о пружању услуга-право државе у којој пружалац услуга има уобичајено боравиште,
ц. за уговор о превозу-право државе у којој превозник има уобичајено боравиште,
д. за уговор о стварним правима или правима корисника непокретности-право државе у којој се непокретност налази,
е. независно од тачке (д), за привремени закуп непокретности у личне сврхе, на период не дужи од б континуираних месеци-право државе у којој власник има уобичајено боравиште, под условом да је купац физичко лице са редовним боравиштем у истој држави,
ф. за уговор о интелектуалном или индустријском власништву-право државе у којој особа која преноси права има уобичајено боравиште,
г. за уговор о франшизингу-право државе у којој прималац франшизе има уобичајено боравиште,
х. за уговор о дистрибуцији-право државе у којој дистрибутер има уобичајено боравиште.

2. За уговорне односе који нису наведени у првом ставу меродавно ће бити право државе у којој странка која врши карактеристичну чинидбу има у време закључења уговора своје уобичајено боравиште. Уколико се та обавеза не може утврдити, за уговор је меродавно право државе са којим је уговор у најближој вези.“

⁶²⁹ Чл.4, ст.1, (х) Уредбе.

⁶³⁰ Чл.4, ст.1, (а), (б),(ц) и (ф) Уредбе

о уговора о франшизингу⁶³¹ где се даје предност начелу заштите слабије стране. Посебне тачке везивања постављене су и за привремени закуп непокретности, као и код аукцијске продаје.⁶³²

Принцип карактеристичне престације садржан је и у ст.2, чл.4 и као допуна, односно општа претпоставка за случај да се ради о уговору који није наведен у тачкама од а-х.⁶³³

Уредбом се чак иде и корак даље, из разлога што је у овом ставу експлицитно наведено да се општа претпоставка односи и на категорије такозваних сложених, односно мешовитих уговора у којима су садржани елементи више различитих уговора, чиме је проширено дејство опште претпоставке и на још један веома важан сегменат уговорних односа.

Тиме је налазимо, посредно, још једном сужен значај клаузуле изузетка, обзиром да се овај корпус питања експлицитно сврстава под одредбу из ст.2, чл.4. Коначну оцену о томе ко је носилац карактеристичне престације треба да да суд, али остаје нејасно зашто је изостављена временска одредница у одређивању тачке везивања. Наиме, у Предлогу стоји да је релевантно уобичајено боравиште носиоца карактеристичне престације у *време закључења уговора* (што сматрамо исправним решењем), али у коначном тексту ова одредница не стоји?!

У даљој конструкцији у чл.4, принцип најближе везе заузима своје место. Њему су посвећена два става. У ст.4, чл.4, потврђен је континуитет у односу на РК, обзиром да се принципу најближе везе приписује улога средства које служи за попуњавање правних празнина, у случајевима када странке нису одредиле меродавно право, а оно сене може одредити са ослоном на критеријум карактеристичне престације.⁶³⁴ Ст.4, чл.4, гласи:

„Ако се меродавно право не може одредити у складу са ст.1 или 2 овог члана, за уговор је меродавно право државе са којом је тај уговор у најближој вези.“

⁶³¹ Код ових уговора тачка везивања је уобичајено боравиште примаоца франшизе; види чл.4, ст.1 (е) Уредбе.

⁶³² Чл.4, ст.1, (д) и (г).

⁶³³ Ст.2, чл.4, гласи:

„За уговоре који нису наведени у првом ставу, као и за уговоре на које би се могле применити две или више тачака из става 1 овог члана, меродавно је право државе у којој се налази уобичајено боравиште уговорне стране која дугује испуњење карактеристичне обавезе из уговора“.

⁶³⁴ Упореди: чл.4, ст.4 Уредбе и чл.4, ст.5 РК.

За нас значајна корективна функција принципа најближе везе која је прописана у ст.3, чл.4, а коју ћемо анализирати у поднаслову који следи.

3.2.3. Клаузула изузетка у Рим I Уредби

И док је улога принципа најближе везе у ст.4 била неспорна од самог почетка рада на изради Уредбе, то се исто не може рећи и за генералну (општу) клаузулу изузетка која представља резултат компромиса између држава чланица, а уједно и јасан утицај решења садржаног у Рим II Уредби.

Наиме, Предлог из 2005. године није садржао клаузулу изузетка, иако је Комисија након објављивања Зелене књиге из 2002. године као једну од могућности у правцу ревизије супсидијарног везивања видеала и модел који је нудила Рим II Уредба.

Из претходних редова јасно је да ће до активирања механизма клаузуле изузетка доћи само у изузетно ретким случајевима. Домашај клаузуле изузетка је ограничен на више начина:

а. посредно-опредељивањем за јасна и строга упутства у правцу одређивања меродавног права;

б. посредно-постављањем опште претпоставке са ослоном на принцип карактеристичне престације, као и укључивањем категорије сложених уговора у корпус питања која се овом претпоставком регулишу и

ц. директно-формулацијом клаузуле изузетка.

Прва два вида ограничавања, подробније су објашњена у горњим поднасловима. Што се тиче формулације клаузуле изузетка (а њих једнако као и у случају Рим II Уредбе има више)⁶³⁵ из ст.3, чл. 4 уредбе, она гласи:

⁶³⁵ Специјална клаузула изузетка је саставни део у структури одредаба које се односе на уговоре о превозу (ст.3, чл.5), уговоре о осигурању (ст.2, чл.7), индивидуалне уговоре о раду (ст.4, чл.8), док је у погледу потрошачких уговора остављена могућност одлучивања са ослоном на општу клаузулу изузетка из чл.4 уредбе. У формулисању специјалних клаузула изузетка законодавац се, углавном, држао обрасца који је постављен у општој клаузули. Чуди зато чињеница што је од овог обрасца одступио у формулисању специјалне клаузуле изузетка за индивидуалне уговоре о раду. Ст.4, чл.8 изворно гласи: “ *Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that country*”

„Ако из свих околности случаја проистиче да је уговор очигледно ближе везан (*manifestly more closely connected*) за државу која није наведена у ст.1 или 2 овог члана, примењује се право те друге државе“.

Формулацијом „*manifestly more closely connected*“ наглашава се изузетност у примени клаузуле, нарочито уколико се она упореди са специјалном клаузулом изузетка из ст.4, чл.8. Очигледно је да је законодавац желео да постави „виши праг“ за примену генералне клаузуле. Томе у прилог говори и чињеница да је током јавне расправе истицано више предлога⁶³⁶ у правцу моделирања клаузуле изузетка по узору на ст.3, чл.8 већ поменуте Хашке конвенције '86, чија формулација (“*by way of exception*”), изричито наглашава изузетност у примени клаузуле. Ови предлози нису прихваћени, али указују на смер у коме је флексибилизација требало да иде, а то је опредељење за ограничену и строго контролисану клаузулу изузетка.

Остаје, међутим, на пракси да одговори који су то случајеви у којима може доћи до примене клаузуле изузетка, али је једно несумњиво јасно, да ће таквих случајева бити веома мало, ако се узме у обзир чињеница да решења Рим I Уредбе означавају својеврсни повратак на чврста колизиона правила.

shall apply”. У погледу ових уговора захтевају се блажи услови за одступање од *a priori* постављених колизионих решења: најпре, у обзир се узимају околности у својој укупности (а не само околности случаја *in casu*), и захтева се слабији интензитет везе (захтева се постојање *ближе* везе, а не *значајно ближе* везе) са државом чије ће се право, са ослоном на клаузулу изузетка применити. Интенција законодавца је вероватно да у овом случају треба дозволити шире тумачење клаузуле изузетка.

⁶³⁶ Види предлог проф. Neels J.L., елаборат “*Nordic Group for Private International Law*”, такође и предлог European group for private international law/Groupe Europeen de droit international prive, више у: *Replies to the Commission's Rome I Green Paper, op.cit.*, стр.7-24.

ЗАКЉУЧАК

Скоро пола века у Европи живи идеја флексибилизације колизионих норми. Изворно настала на америчком континенту '30-тих година прошлог века, у Европи склоној традицији, утемељеној на богатој правно-цивилизацијској тековини, ова идеја опире се својој оригиналној верзији која дискреционом праву судије дозвољава знатно шири захват са ослоном на принцип најближе везе, који своје директне последице има на материјалноправном пољу.

Наиме, начело правне сигурности и генерално-апстрактна колизиона правила обележје су европске правне традиције. Међутим, модерне кодификације у области међународног приватног права воде рачуна и о другим начелима, пре свега о начелу правичности. Специфичан модел колизионих норми, који се може дефинисати и као један вид флексибилизације, настао у разради принципа правичности, јесу материјално оријентисане колизионе норме, чији је циљ постизање одређеног резултата, односно заштита појединих интереса. Ове норме налазе се у равни задовољења материјалне правде, а засноване су на потрази за најближом везом у функционалном смислу. Али и оне резултирају стварањем једног новог корпуса генерално-апстрактних правила, у погледу којих је могућност корекције у потпуности искључена. То посредно значи да између најближе везе у функционалном смислу и корективне функције принципа најближе везе не постоји компатибилност, односно да се ове две функције међусобно искључују.

Ако је корекција, сасвим оправдано, искључена када је реч о материјално оријентисаним колизионим нормама, онда је корекција осталих генерално-апстрактних правила заснованих на принципу најближе везе као основном принципу колизионог метода, у свим савременим правима је дозвољена.

Овај вид корекције налази се у равни задовољења такозване „колизионе правде“. Она следи основну нит међународног приватног права које је позвано да решава проблеме настале у вези са појавом елемента иностраности, и које треба

да омогући да се спорни однос разреши у оквиру једног националног права. Основ за корекцију јесте и основ колизионог метода, односно науци међународног приватног права иманентан принцип најближе везе.

Разлика између начелне и корективне функције принципа најближе везе је у томе што се овај принцип измешта из руку законодавца у руке примењивача, па се тако и одлучивање од *a priori* помера ка *a posteriori* одлучивању. Овај процес узрокован је чињеницом да, ма колико законодавац свестан и далекосежан био, он не може унапред да предвиди све случајеве на које се колизиона норма има применити. У том контексту и колизиона норма следи логику сваке опште правне норме. Логично, активирање механизма корекције оправдава се само у изузетним, атипичним случајевима. Коначну оцену у правцу одређивања меродавног права за атипичан случај даје примењивач из разлога што генерално-апстрактно правило не одговара околностима случаја *in casu*.

Овако описана корективна функција принципа најближе везе, има своја два изражајна облика; она се као што смо у раду и назначили, у правним системима среће као генерална (општа) и специјална (посебна) клаузула изузетка, с тим што један облик не искључује други и они се у могу паралелно јављати.

У истраживању смо настојали да укажемо на предности и мане оба вида корекције.

Уколико угао посматрања фокусирамо на српско право, опредељујемо се за специјалне клаузуле изузетка као модел флексибилизације колизионих норми.

Сматрамо, да у литератури заживела квалификација да је генерална клаузула изузетка „*излаз из кризе међународног приватног права*“, за наше право не стоји, из разлога што је клаузула изузетка по својој дефиницији „*ауторизована дозвола судије да одступи од унапред означеног меродавног права*“. Међутим, поље до кога сеже дискреционо овлашћење, је по нашем мишљењу прешироко постављено, обзиром да се односи на целокупан инструмент у коме се ова клаузула прописује. Сматрамо да наша пракса, нажалост, није спремна да се носи са овим изазовима. У том контексту, не желимо да будемо погрешно схваћени, у смислу да сав терет и кривицу пребацујемо на судску праксу, али је чињеница да у нашој држави чак ни примена колизионих норми, онда када то с правом треба очекивати, не представља уобичајену појаву. Да генерална клаузула заиста отвара

врата правној несигурности говори и чињеница да она, упркос предлозима који су постојали, није прихваћена ни у другим европским земљама, при чему пр свег мислимо на немачко право. Супротно мишљење, које овде називамо трендом, а за који је заслужан швајцарски законодавац, прихватили су законодавци *ex-uit* република, који су приликом реформе националних кодификација из области међународног приватног права увели институт генералне клаузуле изузетка. Међутим, процес реформе, по нашем мишљењу, није био по питању аргументације плодотворан, обзиром да нисмо успели да идентификујемо настојања да се овај (за наше право) нов институт прилагоди околностима нашег поднебља.

Оно што се намеће као изванзак закључак јесте да је тензија између предвидивости и флексибилности обележје свих савремених међународних приватних права. Није више спорно да ли треба пледирати и за флексибилност, али је спорна њена „доза“, односно да ли је дозволити у већем или мањем обиму.

Последњих деценија европски законодавац настојао је да да одговоре у овом правцу.

Након неколико година обележених флексибилизацијом која је значила пут у непознато, а која се слободно може окарактерисати и као „англосаксонизација“ *civil law-a*, односно покушај да се дух и смисао *common law-a* „накалеми“ на традиционално континентално право, он се опредељује за чврста генерално-апстрактна правила и ограничену и строго контролисану корекцију колизионих норми са ослоном на принцип најближе везе. Број специјалних клаузула изузетака је, у националним правима паралелно, непрестано растао, али су се и јасно идентификовале области у којима се њихова примена сматрала оправданом.

Ако се има на уму чињеница да је чланство у ЕУ стратешки циљ коме Србија тежи, одговори европског законодавца на питања о оправданости и моделирању корекције колизионих норми свакако се морају узети у обзир.

Нацрт новог ЗМПП-а Србије, представљен крајем прошле године, показује да је развој српског међународног приватног права у складу са савременим тенденцијама у Европи и свету. Томе у прилог сведочи и чињеница да се у попису извора који су послужили као узор при изради Нацрта налазе инструменти европског међународног приватног права. Како би на овом пољу ишли у корак са

светом, 2010. године формирано је и посебно Владино тело, при Министарству правде-Савет за међународно приватно, а уједно је интензивирано присуство и рад у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право.

De lege lata европска решења, а за наше истраживање нарочито значајна, у области уговорних и вануговорних односа, постала су саставни део и нашег Нацрта.

Ми смо ова решења настојали да анализирамо, пре свега из разлога што Србија на европском путу има обавезу да усклађује своје законодавство са правном тековином Заједнице (*acquis communautaire*), и што ће она бити значајна у периоду који следи, па је пожељно да се ужа и шира стручна јавност са њима ближе упозна. Период реформе националне кодификације јесте адекватни временски тренутак за преузимање тековина Заједнице, нарочито ако се има на уму ефикасност и економичност поступка доношења закона у Србији. Са становишта судске праксе, такође је исправно преузети ова решења сада, како би се судије постепено навикавале на оно шта их, надамо се, у будућности чека. Међутим, респектабилност важећег ЗРСЗ-а, потврђује се и на овом месту. Промене које ће уследити више се тичу квантитативног, него квалитативног аспекта. Многа, за наше истраживање значајна питања важећи Закон је “дотокао”, ли их није до краја разрадио и адекватно уобличио.

Но, сматрамо да европска решења нису квалитетна само зато што представљају део права Заједнице, и у том погледу наш став није априористички. Ова решења представљају правно-цивилизацијску тековину у правом смислу те речи, из разлога што су резултат вишедеценијског напора, у светским размерама, респектабилних стручњака чији је рад био посвећен постизању адекватних решавања проблема сукоба закона у сфери облигационих односа.

СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

1. АНТИЋ О., „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали ПФБ*, 2004.
2. АРИСТОТЕЛ, *Никомахова етика*, Глобус, Загреб, (превод: Томислав Ладан), 1988.
3. ATRILL S., “Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of The Article 4 JIGSAW?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.53, no.3, 2004.
4. AUDIT B., *Droit International Privé*, 3de, Paris, 2000.
5. BATIFFOL H., *Les conflicts de lois en matierie de contrats*, Paris, 1938.
6. BATIFFOL H., “Le Pluralisme des methods en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 137, 1973.
7. BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, 8ième ed., Paris, 1993.
8. BEHR V., “Rome I Regulation; A mostly unified Private International Law of Contractual Relationship within most of the European Union”, *Journal of Law and Commerce*, vol.29, 2011.
9. БЕЛОВИЋ Ј., „Уједначена правила Европске Уније о меродавном праву за вануговорне односе: Рим II Уредба“, Зборник радова са међународне научне конференције „Правни систем и друштвена криза“, Прва свеска, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2011.
10. БЕЛОВИЋ Ј., „Рим I Уредба Европске уније: Меродавно право за уговорне односе“, *Правна ријеч- часопис за правну теорију и праксу*, бр.29/2011, Бања Лука, 2011.
11. БЛАГОЈЕВИЋ Б., *Међународно приватно право*, Београд, 1950.
12. BORCHERS P.J., “Courts and the Second Conflicts Restatement: Some Observation and An Empirical Note”, *Md. L. Rev.*, 1232, 56, 1997.
13. BORCHERS P.J., „Empiricism and Theory in Conflicts Law“, *Indiana Law Journal*, vol.75, 2000.

14. БОРДАШ Б., „Колизоне норме за брак и породицу: Да ли је време за измене?“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву*, Ниш, 2004.
15. BOELE-WOELKI K., “Exception Clauses in Private International Law-Netherlands”, *XIVth International Congress of Comparative Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
16. BONOMI A., “The Italian statute on Private International Law”, *International Journal of legal Information*, vol.27, no.2, 1999.
17. BOUČEK V., „Opšte odredbe stvarnog statuta-prinos Tezama za Nacrt novog hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.52, br.1, 2003.
18. BOUČEK V., „Uredba Rim II-Komunitarizacija Europskog međunarodnog deliktneog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol.45, no.2, 2008.
19. BURMAN H., ”International Conflict of Laws, The 1994 Inter/American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.28, 1995.
20. CAVERS D., „A Critique of Choice of Law Problem“, *Harvard Law Review*, vol.47, 1933.
21. CAVERS D., *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965.
22. CASTEL J.G., “Commentaire sur certaines disposition du Code civil du Québec se rapportant ou droit international privé”, *JDI*, 1992.
23. CHESHIRE C., NORTH P., *Private International Law*, 13th ed., P.M. North and J.J. Fawcett (eds.), London, 1999.
24. CIGOJ S., *Međunarodno zasebno pravo*, Ljubljana, 1966.
25. COLLINS L., “Interaction between Contracts and Tort”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.16, 1967.
26. COLLINS L., “Contractual Obligations: The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.25, no.1, 1976.
27. COLLINS L., “Contractual Obligations/EEC Convention”, *International and Commercial Law Quarterly*, vol.25, 1976.

28. COLLINS L., (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13th ed., Sweet and Maxwell, London, 2000.
29. COLLINS L. (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws-Fourth Cumulative Supplement to the 13th Edition*, Sweet & Maxwell, London, 2004.
30. Comments on *Bebcock v. Jackson*, A Recent Development in Conflicts of Law, *Columbia Law Review*, vol.63, 1963.
31. COOK J., "Tort Liability and the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, vol.35, 1935.
32. CURRIE D., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963.
33. CURRIE D. et al., *Conflict of Laws (Cases-Comments-Questions)*, 7ed, American Casebook Series, Thomson & West, 2006.
34. ЧОЛОВИЋ В. *Практикум за међународно приватно право*, Правни факултет, Српско Сарајево, 2002.
35. ЧОЛОВИЋ В., „Одступања од редовне примене колизионих норми („корекције“ колизионих норми)-потреба за другачијим ставом“, *Страни правни живот*, бр.3, 2009.
36. DE BOER T.M., "Beyond lex loci delicti: conflicts methodology and multistate torts in American case law", Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.
37. ДЕСКОСКИ Т., "The New Macedonian Private International Law Act", *Yearbook of Private International Law*, 2009.
38. DE LY, „The Place of Arbitration in Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, An Exercise in Arbitration Planning“, *Northwestern Law Journal of International Law and Business*, 1991.
39. DIAMOND A.L., "Harmonization of private international law relating to contractual obligations", *Recueil des Cours/ADIP*, vol.199, IV, 1987.
40. DICKINSON B., "The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.34, 1985.
41. ДИКА М., КНЕЖЕВИЋ Г., СТОЈАНОВИЋ С., *Коментар закона о међународном приватном и процесном праву*, Номос, Београд, 1991.
42. D'OLIVEIRA H.U.J., "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, *American Journal of Comparative Law*, vol.25, no.2, 1977.

43. DUBLER C.E., "Les clauses d'exception on droit international prive", *Etudes suisses de droit international*, vol.35, Geneve, 1993.
44. DOLINGER, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Tort", *Recueil des Cours*, vol.282, 2000.
45. ЂОРЂЕВИЋ М., *Право у херменеутичком кругу*, Службени Лист СРЈ, Београд, 2002.
46. ЂУНДИЋ П., „Одлуке у области међународног приватног права у пракси Касационог суда у Новом Саду између два светска рата“, *Зборник Матице Српске за друштвене науке*“, Нови Сад, 125/2008.
47. EHRENZWEIG A., "Contracts in the Conflict Laws: Validy", *Columbia Law Review*, vol.59, no.7, 1959.
48. ERAUW J., "Brief description of the Draft Belgian Code of Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002.
49. EVRIGENIS D., "Tendences doctrinales actuelles en droit international privé", *Recueil des Cours*, t.118, 1966.
50. "Explanatory Memorandum" to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) COM/2003/0427FINAL.
51. FIORINI A., "The Codification of Private International Law: The Belgian Experience", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.54, no.2, Cambridge university press, 2005.
52. FAWCETT J., HARRIS J., BRIDGE M., *Choice of Law in Contract and International Sale of Goods*, Oxford Private International Law Series, 2005.
53. FORSYTH C., MOSER Ph., "The Impact of the Applicable Law of Contract on the Law of Jurisdiction under the European Conventions", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.45, no.1, Cambridge University Press, 1996.
54. FRANCESCACIS Ph., "Queques precisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Revue Critique de droit international privé*, 1966.
55. GIARDINA A., "The European Court and the Brussels Conventions on Jurisdiction and Judgments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.27, Cambridge University Press, 1978.

56. GIULIANO, LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJ C 282, 31/10/1980.
57. Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligation into a Community instrument and its modernization, COM (2002) 654 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/grp/2002/com2002/>
58. GUEDJ T., "The theory of the lois de police, a functional trend in continental private international law-a comparative analysis with modern American theories", *The American Journal of Comparative Law*, vol.39, no. 4, 1991.
59. GÖRANSON U., "A Swedish centre of Gravity Test?-Law, fact and fiction on the "individualizing method", u Melander G., *Modern issues in European law: Nordic prospective: essays in honor of Lennart Palsson*, Kluwer Law International, 1997.
60. ГРУШИЋ У., „Рим II Уредба (Регулатива) Европске уније: Меродавно право за вануговорне обавезе“, *Анали ПФБ*, година LVII, 1/2009.
61. GOLDMAN B., "The Applicable Law: General Principles of Law-the Lex Mercatoria", u J.Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, 1987.
62. ХАСАНБЕГОВИЋ Ј., *Перелманова правна логика као нова реторика*, магистарски рад, Београд, 1986.
63. HAY P., "From Rule-Orientation to "Approach" in German Conflicts Law: The Effect of the 1986 and 1999 Codifications", *The American Journal of Comparative Law*, vol.47, no.4, 1999.
64. HEINRICH D., "Hypotetischer Parteinwille", *Страни правни живот*, бр. 38, 1963.
65. HILL J., "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.53, 2004.
66. ХИНИЋ П., *Коментар Закона о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају-са судском и ваздухопловном праксом*, Сл. Гласник, Београд, 2002.
67. HORACIO A., DRIDERIA N., *Choice of Law problems in international commercial arbitration*, 1992.
68. JAFFEY A.J.E., "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.33, no.3, 1984.

69. ЈЕЗДИЋ М., *Међународно приватно право*, Књига I, Научна књига, 1973.
70. JUENGER F.K., "Choice of Law in Interstate Torts", *Pa. Law, Review*, 118, 202, 1969.
71. JUENGER F. K., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2001.
72. КАЛУЂЕРОВИЋ Ж., *Хеленско поимање правде*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад, 2010.
73. KEGEL G., "Paternal Home and Dream Home, Traditional Conflict of Laws and the American Reformers", *American Journal of Comparative Law*, vol.27, 1979.
74. KEGEL G., *Internationales Privatrecht*, 6th ed., München 1987.
75. KNEZ R., „Значај nekadašnjih rešavanja sukoba zakona za primenu Zakona o međunarodnom privatnom pravu u Sloveniji“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву*, Ниш, 2004.
76. KNOEPFLER F., *Utilité et dangers d'une clause d'exemption en droit international privé*, Hommage a R. Jeanprete, Neuchatel, 1982.
77. КНЕЖЕВИЋ Г., „Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе“, докторска дисертација, Београд, 1989.
78. КНЕЖЕВИЋ Г., *Међународна трговачка арбитража*, Правни факултет у Београду, Београд, 1999.
79. КНЕЖЕВИЋ Г., ПАВИЋ В., *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
80. КОСТИЋ М., *Генерална клаузула одступања од редовно меродавног права*, докторска дисертација, Београд, 2001.
81. КОСТИЋ-МАНДИЋ М., „The “Closest Connection Principle” in 1983 PIL Code in Theory and Practice”, *Зборник радова-Двадесет година закона о међународном приватном праву*, Правни факултет у Нишу, 2004.
82. KRAMER X.E., "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, no.4, 2008.
83. КРВАВАЦ М., „Одређивање меродавног права за уговоре“, *Актуелна питања савременог законодавства-Дванаести будвански правнички дани*, Београд, 2006.

84. КРВАВАЦ М., РИСТИЋ С., *Практикум за међународно приватно право*, Краљево, 2007.
85. KOKKINI-LATRIDOU D. (ed.), *Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity*, International Academy of Comparative Law, XIVth International Congress of Comparative Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, стр. 221.
86. KUHN A.K., *Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws*, 1937.
87. KUNDA I., „Uredba Rim II: ujednačena pravila o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v.28, br.2, 2007.
88. LAGARDE P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 196, I, 1986.
89. LANDO O., „New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts“, *The American Journal of Comparative Law*, vol.30, no.1, 1982.
90. LANDO O., “The Conflicts of laws of contracts. General Principles“, *Recueil des Cours d’Academie de droit international*, vol. 189,VI, 1984.
91. LANDO O., “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *Common market Law Review*, vol.24, no.2, 1987.
92. LANDO O., “Book Review: Dicey and Morris on the Conflict of Laws”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.47, no.2, 1988.
93. LANDO O., “On some writers on the conflict of laws of contracts, *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honor of Sir Peter North*, (ed. James Fawcett), Oxford University Press, Oxford, 2002.
94. LANDO O., NIELSEN P., “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, vol.3, no.1, 2007.
95. LALIVE T., “Tendences et methodes en droit international privé”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, III, 1977.
96. LENAERTS K., GUTMAN K., “Federal Common Law” in the European Union: A Comparative Prospective from the United States, *The American Journal of Comparative Law*, vol.54, no.1, 2006.

97. LEW D.M., "Applicable Law in International Commercial Arbitration", *New Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978.
98. LIPSTEIN K., "One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.42, Cambridge University Press, 1993.
99. LOWENFELD A., "Conflict of Laws English Style Review Essays", *The American Journal of Comparative Law*, vol.37, 1989.
100. LORENZEN E.G., "The conflict of Laws of Germany", *The Yale Law Journal*, 1931.
101. ЛУКИЋ Р., КОШУТИЋ Б., *Увод у право*, Сл. Гласник, Београд, 2006.
102. MANN F.A., "The Proper Law of the Contract", *The International Law Quarterly*, vol.3, no.1, 1950.
103. MANN F.A., "The Proper Law in the Conflict of Laws", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.36, 1987.
104. MANN F.A., "The Proper Law of the Contract-An Obituary", *The law quarterly review*, vol.107, 1991.
105. МАРКОВИЋ Б.С., "Правичност као извор права", *Архив*, књига LV, 1939.
106. МАТИЋ Ж., "Merodavno pravo za ugovore prema Zakonu o rešavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja iz 1982. godine", *Zbornik PF u Zagrebu*, br.2-3, 1985.
107. МАТИЋ Ж., "The Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods-Rules on the Applicable Law", (Šarčević ed.), *International Contracts and Conflicts of Law, A Collection of Essays*, Graham & Trautman/Martinus Nijhoff, London-Dordrecht-Boston, 1990.
108. McCAFFREY S., "The Swiss Draft Conflicts Law", *American Journal of Comparative Law*, vol.28, no.2, 1980.
109. McLACHLAN, "The New Hague Sales Convention and the Limits of the Choice of Law Process", *ILQR*, vol. 102, 1986.
110. MEYER R., "Les clauses d'exception en matiere de conflits lois et de conflits de jurisdictions- Suisse", *XIVth International Congress of Comparative Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

111. MICHAEL R., "The New European Choice of Law Revolution", *Tulane Law Review*, no.82, 2008.
112. MORRIS J.H.C., "The Proper Law of Contract: A Replay", *The International Law Quarterly*, vol.3, no.2, 1950.
113. MORRIS J.H.C., "The Proper Law of a Tort", *Harvard Law Review*, vol.64, no.6, 1951.
114. MOURA RAMOS R.M., „Les Clauses d’exeption en matiere de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions-Portugal“, *XIVth International Congress of Comparative Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
115. MORRISAY J.F., GRAVES J.M., *International Sales law and arbitration: problems, cases and commentary*, Kluwer Law International, 2008.
116. MUMINOVIĆ E., Problem najtešnje povezanosti u međunarodnom privatnom pravu, doktorska disertacija, Sarajevo, 1991.
117. NEDERLMAN C., „Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations“, *American Journal of Comparative Law*, vol.24, 1976.
118. NEDERLMAN C., "Choice of Law Resolved by rules or presumptions with an escape clause", *American Journal of Comparative Law*, vol. 33, 1985.
119. NEUHAUS P.H., „Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws- New Trends in the Conflict of Laws“, *Law and Contemporary Problems*, vol.28, no.4, 1963.
120. NORTH P., FAWCETT H., *Cheshire and North's Private International Law*, 12th ed., London, 1992.
121. O’HARA E., RIBSTEIN L.E., "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *The University of Chicago Law Review*, vol.67, no.4, 2000.
122. ОГЊЕНОВИЋ П., *Осећај и мера-о психофизичким основима сазнања*, Масовне комуникације и друштво, Глас, Београд, 1977.
123. OPREA A., "L’integration juridique Europeenne et les methodes du droit international prive", *SUBB Iurisprudentia*, no.4, 2010.
124. ПАК М., *Збирка прописа и судских одлука међународног приватног права*, Београд, 1971.

125. ПАК М., „Нове тенденције у међународном приватном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-4, 1983.
126. ПАК М., *Међународно приватно право*, Номос, Београд, 1995.
127. PALMER E., “The Austrian Codification of Conflict Laws”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.28, 1980.
128. PAMBOUKIS Ch., „Les Clauses d’exception en matiere de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions-Grece”, *XIVth International Congress of Comparative Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
129. PARRA-ARANGUREN G., “General Provisions of the Conflict of Laws in the Belgian Code of Private International Law (2004)”, *Liber Memorialist Petar Šarčević, Universalism, Tradition and the Individual*, Sellier, European Law Publishers, 2006.
130. ПЕРОВИЋ С., Скица за један портрет, Класици југословенског права-Михајло Константиновић, Београд, 1996.
131. ПЕРОВИЋ С., *Закон о облигационим односима-ЗОО са регистром појмова*, Сл.Лист СРЈ, Београд, 1998.
132. ПЕТРОВИЋ М., *Ограничење међународне судске надлежности: одабрана питања*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.
133. PILLET A., “Reproduction de diverses etudes et notes de jurisprudence”, *Recueil Sirey*, 1929.
134. POLAJNAR-PAVČNIK A., “Načelo najože koneksnosti v mednarodnem zasebnom pravu”, *Pravnik-revija za pravno teorijo in prakso*, vol.39, br.3-4., 1984.
135. PONTIER J.A., BURG E., *EU Principles on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial matters*, Asser Peen, The Hague, 2004.
136. РАДИШИЋ Ј., *Облигационо право-општи део*, 7. издање, Номос, Београд, 2004.
137. Речник правних термина (енглески-српски-француски), Савремена администрација, Београд, 2002.
138. Replies to the Commission’s Rome I Green Paper, COM (2002)654Final, http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm
139. REESE R., “Choice of Law, Rules or Approach? “, *Cornell Law Review*, vol.57, 1972.

140. ROBERTSON A.H., *Characterization in the Conflicts of Laws*, Harvard University Press, 1940.
141. РОЧКОМАНОВИЋ М., „Принцип најближе везе и решавање случајева међународног приватног права-од базичне идеје до реализације сврхе колизионих норми“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу, Зборник L, Ниш, 2007.*
142. RÜBL G., „Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective“, *Berkeley Journal of International Law*, vol.24, 2006.
143. SAJKO K., *Međunarodno privatno pravo*, 4. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2005.
144. SCHNABEL K., „Exemption clauses in conflict law and international law of procedure-Germany“, *XIVth International Congress of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
145. SIEHR K., “General Problems of Private International Law in Modern Codifications (*De lege lata and de lege Europea ferenda*)”, *Yearbook of Private International Law*, vol.7, 2005.
146. SIKIRIĆ H., “Komentar uz Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu”, u *Zbornik Radova: Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu*, Niš, 2004.
147. СТАНИВУКОВИЋ М., „Међународно приватно право на крају века-криза колизионог метода“, Правни факултет у Новом Саду, *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде*, приредио проф. Др Милијан Поповић, Нови Сад, 1998.
148. СТАНИВУКОВИЋ М., „Избор правних правила по којима ће арбитража одлучивати о меритуму спора“, *Арбитража*, бр.1/2000.
149. СТАНИВУКОВИЋ М., „Српско међународно приватно право у времену транзиције-промењен значај држављанства и пребивалишта“, *Зборник радова: Држављанство и међународно приватно право, Хашке конвенције* (приредили: Проф.др Гашо Кнежевић, Доц.др Владимир Павић), Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд, 2007.
150. СТАНИВУКОВИЋ М., ЖИВКОВИЋ М., *Међународно приватно право-општи део*, Београд, 2004.

151. СТАНИВУКОВИЋ М., ЂУНДИЋ П., “Предлог Уредбе Европског Парламента и Савета о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)”, *Ревизија за европско право*, VI, бр.2-3, 2004.
152. СТАНКОВИЋ О., „О судској пракси“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1-2, 1977.
153. СТОЈАНОВИЋ Д., „Увод у грађанско право-општи део“, 2. издање, Савремена администрација, Београд, 1979.
154. СТОЈАНОВИЋ С., „Генерална клаузула одступања-излаз из кризе међународног приватног права“, *Правни живот*, бр.1, 1982.
155. СТОЈАНОВИЋ С., „Аутономија воље странака у области уговорних обвезних односа“, *Приврета и право*, vol.27, бр.9-10, 1988.
156. STONE P., „The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort“, *Ankara Law Review*, vol.4, no.2, 2007.
157. SPEIGEL N., “Les Clauses d’exception en matiere de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions-France”, *XIVth International Congress of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
158. STRUYCKEN, “Some Dutch Judicial Reflections on the Rome convention art.4/5”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996.
159. SYMEONIDES S.C., “Exception Clauses in Conflict Laws-United States”, Congress: *XIVth International Congress of Comparative Law*, International Academy of Comparative Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.
160. SYMEONIDES S.C., “Private International Law at the End of the 20th Century Progress or Regress?”, Congress: *XV International Congress of Comparative Law in Bristol*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.
161. SYMEONIDES S.C., “Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)”, *Indiana Law Journal*, vol.75, no.2, 2000.
162. SYMEONIDES S.C., “American Choice of Law at the Dawn of the 21st Century”, *Willamete Law Review*, vol.37, no.1, 2001.
163. SYMEONIDES S.C., “Result-Selectivism in Private International Law”, *Romanian Journal of Private International Law and Comparative Private Law*, 2008.
164. SYMEONIDES S.C., “The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons”, *Tulane Law Review*, vol.82, no.5, 2008.

165. SYMEONIDES S.C., "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", *The American Journal of Comparative Law*, vol.56, no.1, 2008.
166. SYMEONIDES S.C. "Codification and Flexibility in Private International Law", *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science+Bussines Media, 2011.
167. SZÁSZY S., „The Proper Law of the Contract in Trade between Eastern Europe and the West; The Position of East European Socialist States“, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.18, no.1, 1969.
168. ŠARČEVIĆ P., "The New Yugoslav Private International Law Act", *American Journal of Comparative Law*, vol. 33, br.2, 1983.
169. ŠARČEVIĆ P.(ed.), *International contracts and conflicts of laws: a collection of essays*, Graham & Trotman, Martinus Nijhoff, London- Dodrecht- Boston, 1991.
170. THORNE R., "Sovereignty and the Conflict of Laws", u zbirci *Bartolo-Sassoferrato, Studi e documenti per il VI Centenario*, vol. II, 1962.
171. ВАРАДИ Т., „Правичност у међународном приватном праву“, *Зборник матице српске за друштвене науке*“, бр.58, 1973.
172. ВАРАДИ Т., „Напомене о правним инструментима за заштиту „слабије стране“ у уговорима међународног приватног права“, *Анали*, бр.3-4, 1985.
173. ВАРАДИ Т., БОРДАШ Б., КНЕЖЕВИЋ Г., *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад, 2003.
174. ВАРАДИ Т. *et al.*, *Међународно приватно право*, Сл. Гласник, 9. издање, Београд, 2007.
175. ВАСИЋ Р., ЧАВОШКИ К., *Увод у право II*, Београд, 1996.
176. VISCHER F., „The Antagonism Between Legal Security and Search for Justice in the Field of Contracts“, *Recueil des Cours*, vol.142, II, 1974.
177. VISCHER F., "Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience", *Law and Contemporary Problems*, vol.41, no.2, Contemporary Perspectives in Conflict Laws: Essays in Honor of David F. Cavers, 1977.
178. VISCHER F., "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours d'Academie de droit International*, vol.232, I, 1992.
179. VISCHER F., "The Concept of the Characteristic Performance reviewed" , u Alegria Borrás, Struycken, Verwilghen (eds.), *E pluribus unum-liber amicorum Georges*

- A.L. Droz-on progressive unification of private international law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996.
180. VILLANI U., „Aspetti Problematici della prestazione caratteristica“, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, no.3, 1993.
 181. ВОДИНЕЛИЋ В., *Грађанско право-уводне теме*, Номос, Београд, 1991.
 182. VON MEHREN T., „Choice of Law Theories and the Comparative Law Problem“, *American Journal of Comparative Law*, vol.23, no.4, 1975.
 183. VON MEHREN T., *Explanatory Report to the 1986 Hague Conventions on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague, 1987.
 184. VON SAVIGNY K.F., *System des heutigen römishhen rechts*, tom. VIII, 1849.
 185. VON OVERBECK A.E., „Der schweizerische Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht“, *Rabelsz*, 42, 1978.
 186. WILLIAMS P., “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.35, no.1, 1986.
 187. WOLFF M., *Private International Law*, Barcelona, 1958.
 188. WOLFF M., *Private International Law*, 2ed., Oxford, 1962.
 189. www.eur-lex.europa.eu
 190. www.hcch.net/e/conventions/index.html
 191. www.iccwbo.org
 192. www.mpravde.gov.rs
 193. www.uncitral.org
 194. www.tg.co.uk
 195. ЖИВКОВИЋ М., „Опште установе међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља-Преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву*, Ниш, 2004.
 196. ЖИВКОВИЋ М., *Еволуција идеја о решавању сукоба закона*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2004.
 197. ZHANG M., “Party Autonomy and Beyond: An International Prospective of Contractual Choice of Law”, *Emory International Law Review*, vol.20, 2006.

198. ŽUPAN M., *Pravo najbliže veze u hrvatskom i evropskom međunarodnom privatnom i ugovornom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006.
199. YNTEMA H., “Autonomy in Choice of Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.1, no.4, 1952.
200. YNTEMA H., “Book Review: Batiffol H. “Aspects philosophiques du Droit International Prive”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 6, no2/3, 1957.
201. YU Sh., XIAO Y., WANG B., “The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China”, *Chinese Journal of International Law*, 2009.

ВАЖЕЋИ ЗАКОНИ И ЗАКОНИ У ПРОЦЕДУРИ

1. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља-ЗРСЗ, “Сл.лист СФРЈ”, бр.43/82, 72/82 , “Сл.лист СРЈ”, бр.46/96 и “Службени гласник РС”, бр.46/06.
2. Zakon o mednarodnem zasebnom pravu in postopku-ZMPPP, “*Ur.l. Republika Slovenia*”, бр.56/1999.
3. Законик о међународном приватном праву и поступку Републике Македоније, “Службени Весник на РМ”, бр.87/2 од 12. јула, 2007.
4. Савезни закона о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године, (reprinted in 37 American Journal of Comparative Law, 187, 1989, translated by Jean Claude Cornu, Stephane Hankins and Symeon Symonides)
5. Bundesgesetz über das internationale Privatrech, 1978, (превод са немачког мр Милена Зарковић), Аустријски савезни службени лист, бр.304/78, 119/98, 135/00.
6. Закон о арбитражи Републике Србије, „Сл. Гласник РС“, бр.46/2006.
7. Закон о арбитражи Републике Хрватске, *Народне новине*, бр.88/2001.
8. Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године, “Сл. лист ФНРЈ”-додатак бр. 12/1963.
9. Закон о поморској и унутрашњој пловидби, “Сл.лист СРЈ”, бр.12/98, 44/99, 74/99 , 73/00 и „Сл. Гласник РС“, бр.101/2005 и 85/2005.
10. Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају, “Сл.лист СРЈ”, бр.12/98, 15/98.
11. Хашка Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба, “Сл.лист ФНРЈ”, додатак бр.11/1962.
12. Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде из 1971. године, “Сл. лист СФРЈ”, додатак бр.26/1976.
13. Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе из 1973. године, “Сл. лист СФРЈ”, Међународни уговори бр.8/1977.
14. Restatement I of the Law of Conflicts of Laws, ALI, 1934.

15. Restatement II of the Law of Conflict of Law, ALI, 1971.
16. Бриселска конвенција о признању и извршењу страних судских одлука из 1968. године, ОЈ 1990, С 189.
17. Уредба (ЕЦ) No.44/2001, о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима. ОЈ 2001 L12/1.
18. Римска Конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године, ОЈ L 266 од 9 октобра 1980. год.
19. *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, COM (2002) 654 final, Brussels, 2003, str.25. <http://eur-lex.eu>
20. Уредба (ЕЦ) No.864/2007, о меродавном праву за вануговорне односе. ОЈ 2007 L199/40.
21. Уредба (ЕЦ) No.593/2008, о меродавном праву за уговорне обавезе. ОЈ 2008 L77/6.
22. Нацрт ЗМПП-а у Републици Србији, доступно на www.mpravde.rs , 23. новембар, 2011. године.

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Јелена Беловић *мр* (девојачко: Делевић) рођена је 7. јула 1976. године у Косовској Митровици, где је завршила основну и средњу школу. Правни факултет Универзитета у Београду уписала је школске 1995/96. године, а дипломирала јуна 2000. године, са просечном оценом **9, 57**. Мастер академске студије, пословноправни смер на Правном факултету у Београду завршила је 25. октобра 2008. године, одбраном мастер рада под насловом: ***Успешно окончана медијација-уговор о поравнању***. Школске 2008/2009. године уписала је докторске студије на Правном факултету у Београду, научна област: међународноприватноправна.

По завршетку студија, радила је као адвокатски приправник, а од 17. фебруара 2004. године запослена је на Правном факултету Универзитета у Приштини-Косовска Митровица (УПКМ), као асистент на предметима: Међународно приватно право, Арбитражно право и Право Европске уније. У свом раду стекла је значајно педагошко искуство.

Учествује у имплементацији ТЕМПУС пројекта “Partnership in Quality Assurance Standards Implementation/PIQAS”, чији је носилац УПКМ. У области осигурања квалитета од септембра 2011. године она је ангажована на нивоу факултета у својству Менаџера за квалитет, али и на универзитетском нивоу, обзиром да је исте године именована за члана универзитетске Комисије за обезбеђење и унапређење квалитета.

Учесник је на домаћим и другим међународним пројектима. Објавила је око 10 научних и стручних радова. Са рефератима и саопштењима учествовала је у раду домаћих и међународних научних скупова.

Функцију секретара грађанскоправне катедре обавља у другом мандату, а од 2009. године члан је Савета факултета. Била је члан Редакционог одбора за израду јубиларне монографије поводом прославе 50 година постојања Правног факултета.

Говори енглески и француски језик.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Јелена Беловић

број индекса ДС 2008/2

Изјављујем

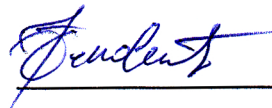
да је докторска дисертација под насловом

„Корективна функција принципа најближе везе“

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 30.10.2012. год



Прилог 2.

**Изјава о истоветности штампане и електронске
верзије докторског рада**

Име и презиме аутора _____ Јелена Беловић _____

Број индекса _____ ДС 2008/2 _____

Студијски програм _____ докторске академске студије _____

Наслов рада _____ "Корективна функција принципа најближе везе" _____

Ментор _____ Проф.др Гашо Кнежевић _____

Потписани/а _____ Јелена Беловић _____

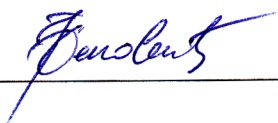
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 30. 10. 2012. год.



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Корективна функција принципа најближе везе“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 30.10.2012. год.

