

VRSTE RECIPROCITETA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

U teoriji međunarodnog privatnog prava reciprocitet se posmatra sa različitih aspekata. Neki autori, među kojima i velika većina naših pravnih pisaca, ovaj institut rasmatra sa stanovišta forme i sa stanovišta njegove pravne sadržine. U prvom slučaju vodi se računa o različitim oblicima u kojima se pojavljuje ovaj princip ili, još preciznije, uzimaju se u obzir njegovi formalni izvori. U drugom slučaju reciprocitet se tretira kao odnos na bazi koga države garantuju i daju određenu vrstu i obim građanskih prava pravnim subjektima strane nacionalnosti, pod uslovom da se isto tako postupa u odnosu na njihove pravne subjekte i sudske i arbitražne odluke u stranoj državi. Posmatran sa tog stanovišta, reciprocitet pokazuje karakteristike instrumenta podobnog da osigura, koliko-toliko, pravičnu ravnotežu između uzajamnih prava i obaveza koje nastaju u procesu oživotvorenja ovog principa predviđenog u jednom od izvora međunarodnog privatnog prava.

Osim ovog postoje i drugi kriterijumi koji služe kao principium divisionis prilikom određivanja vrsta uzajamnosti u međunarodnom privatnom pravu. Tako, na primer, francuski pravni pisci, uglavnom, razlikuju uzajamnost koja nastaje na osnovu identičnih obaveza (*la réciprocité par identité*) i ona koja je posledica ekvivalentnih prestacija (*la réciprocité par equivalent*). Drugi teoretičari, pak, stavljaju akcenat na analizu različitih klauzula međunarodnih ugovora i onoga što one stvarno pružaju državama ugovornicama odnosno njihovim državljanima u oblasti građanskopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Zbog toga se, recimo, uzajamnost predviđena odredbama o nacionalnom tretmanu stranaca i najpovlašćenije nacije redovno kvalifikuje kao formalna. Ovo dolazi otud što su ovi pojmovi (*»nacionalni tretman«* i *»najpovlašćenija nacija«*) samo indirektno podudarni, budući da nivo privatnih prava koja se priznaju državljanima zemalja ugovornica zavisi kako od njihovih unutrašnjih propisa, tako i od sadržine građanskih prava koja se priznaju ili će se tek priznati državljanima drugih stranih država. Isto tako, podvlači se da bez obzira na ovo velika većina država insistira na formalnom reciprocitetu, smatrajući da su jednakost i istovetnost obaveza, makar one bile i relativne vrednosti, neophodan uslov istinskog reciprociteta u međunarodnom privatnom pravu (M, Virally).

U rasmatranju pitanja vrsta reciprociteta u međunarodnom privatnom pravu držaćemo se podele koju je u svom udžbeniku Međunarodnog privatnog prava dao prof. M. Jezdić, s obzirom da takva kakva je pruža najviše mogućnosti za svestranu analizu instituta uzajamnosti.

1. *Diplomatski reciprocitet*

Pod ovim pojmom redovno se podrazumeva onaj vid uzajamnosti koji se zasniva na međunarodnim ugovorima (dvostranim i višestranim) i vladinim deklaracijama. Dovoljno je, stoga, konstatovati postojanje ovih međunarodnih pravnih akata, pa smatrati da je zahtev reciprociteta u određenoj oblasti odnosa ispunjen. Od ovog pravila, kao što ćemo docnije videti, sudska praksa izvesnog broja zemalja napravila je izuzetak, jer se u određenim slučajevima vrši provera da li se odredbe međunarodnih ugovora sprovode u život od strane njihovih potpisnika.

Istorijski posmatrano, diplomatski reciprocitet predstavlja najstariji pravno regulisani vid uzajamnosti koji dobija na značaju naročito u novije vreme zahvaljujući postojećim razlikama u međunarodnoj zajednici, koje se odražavaju i u oblasti međunarodnog privatnog prava. U takvim uslovima zajednička pravila međunarodnih ugovora postaju sredstvo pomoću koga se pomenute razlike nivelišu ili bar svode na najmanju meru. Predviđanjem načela uzajamnosti koje se nalazi u osnovi odnosa među državama, obezbeđuju se ne samo recipročne povlastice za državljane zemalja ugovornica, već se ostvaruje jedan mnogo širi cilj: poboljšavanje odnosa na ukupnom međunarodnom planu i eliminisanje zahteva reciprociteta u materiji regulisanoj međunarodnim ugovorima.

Razume se da su pozitivni efekti ovog procesa utoliko izrazitiji ukoliko je veći broj država obuhvaćen međunarodnim ugovorima, s obzirom da se njihove odredbe primenjuju na mesto unutrašnjih propisa *lex fori* u odnosima između zemalja potpisnica, stvarajući takvu pravnu situaciju na osnovu koje sve pogodnosti iz međunarodnog ugovora postaju jednako dostupne državljanima svih strana ugovornica. Međutim, kako ovakav metod ostvarivanja pune uzajamnosti pretpostavlja saglasnost većeg broja država, to su njegove mogućnosti relativno ograničene.¹⁾

Treba naglasiti da i same države kroz primenu međunarodnih ugovora mogu uticati na ostvarivanje principa reciprociteta na različite načine. To se vrši bilo stavljanjem rezervi na određene odredbe ugovora, njihovom neprimenom ili različitim tumačenjem, bilo upotrebom pojedinih instituta međunarodnog privatnog prava (*Ordre public*, uzvraćanje i upućivanje, itd.).²⁾

a). Kao jednostrana izjava učinjena od strane jedne države u momentu potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja međunarodnoj konvenciji, rezerva dovodi do isključivanja ili modifikovanja pravnih dejstava pojedinih odredaba iste u njihovoj primeni na tu državu. Mada se na taj način sužava polje primene međunarodnog ugovora i dovodi u pitanje ideja univerzalnosti na kojoj oni počivaju, reciprocitet ostaje neporemećen, istina sada na užem području od prvobitno predviđenog, jer stavljena rezerva automatski povlači reciprocitet bez potrebe stimuli-

¹⁾ U tom smislu i: A. von Overbeck: »L'application par le juge interne des conventions du droit international privé«, *Rec. des cours de l'Academie int. de la Haye*, 1971, I, str. 28 i 29.

²⁾ O tome opširnije: J. P. Niboyet: »La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé«, *Rec. des cours de l'Academie internationale de la Haye*, 1935.

sanja bilo kakve klauzule u tom pogledu.³⁾ U tom smislu je i odredba Bečke konvencije o pravu ugovora (čl. 21) od 23. V 1969., koja propisuje da »rezerva stavljena u odnosu na jednu stranu ugovornicu menja u odnosu na državu koja je stavila u njenim odnosima sa drugim državama one odredbe ugovora na koje se ona odnosi u meri predviđenoj rezervom i menja te odredbe u istoj meri i za druge države u njihovim odnosima sa državom koja je stavila rezervu.«

U pravnoj nauci prevladava stav da se odredbe o pravnom dejstvu rezerve iz čl. 21 jednako mogu primeniti i na svih 17 Haških konvencija donetih u razdoblju između 1951—1972. godine, a koje u svom tekstu sadrže rezervu.⁴⁾ Tako, na primer, Haška konvencija o građanskom sudskom postupku iz 1954. god. sadrži rezervu u odnosu na obavezu polaganja aktorske kaucije. Shodno čl. 31 ove konvencije njeno dejstvo može biti ograničeno samo na one državljanke zemalja ugovornica koji imaju uobičajeno boravište na teritoriji one zemlje potpisnice pred čijim se sudovima pojavljuju u ulozi tužioca ili glavnog umešača. S obzirom na recipročno dejstvo rezerve, država koja je stavila moći će da pretenduje na primenu čl. 17 ove konvencije samo u korist onih svojih državljanaka koji se pojavljuju kao tužioci u zemlji potpisnici u kojoj imaju uobičajeno boravište.⁵⁾

b). Pristupajući zaključivanju međunarodnih ugovora, posebno onih višestranih, države su, po pravilu, spremne da se u cilju postizavanja opšteg konsensusa u pogledu određenih pitanja, odreknu nekih dotadašnjih stavova i zakonskih rešenja. Ovakav postupak ima osnov u uverenju da će i druge zemlje ugovornice poštovati uniformna pravila međunarodnog ugovora i time doprineti jedinstvenom rešavanju sporova u kojima se kao jedna strana pojavljuju njihova fizička ili pravna lica.⁶⁾ Međutim, u praksi se pokazalo da ta očekivanja mogu biti izneverena.

Isključujući slučaj ratnog stanja koje dovodi do suspenzije svih ugovora međunarodnog privatnog prava između strana u sukobu,⁷⁾ kao i ekstremne primere otkazivanja ugovora koji su inicirani čisto političkim razlozima, mnogo su češći slučajevi u kojima određene teškoće nastaju usled različite interpretacije njihovih odredaba od strane nadležnih organa zemalja potpisnica. Do toga redovno dolazi usled nepotpunosti ili nedovoljne preciznosti pojedinih klauzula međunarodnih ugovora. U odsustvu jedinstvenih pravila o tumačenju istih, državni organi se, po pravilu, okreću svom pravu u stavu da je od momenta ratifikacije međunarodni ugovor postao sastavni deo pravnog poretka *lex fori* i da ga stoga treba tumačiti u duhu principa na kojima on i počiva.

U nameri da ukažemo na pravne posledice koje bi mogle da izazovu nepotpuna formulacija pojedinih odredaba u dvostranom međuna-

³⁾ D. Anzilotti: »Cours de droit international«, t. I, 1929, str. 400.

⁴⁾ F. Majoros: »Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de la Haye«, Clunet, 1/1974, str. 87 i 109.

⁵⁾ Majoros, op. cit., 91.

⁶⁾ O značaju reciprociteta u primeni međunarodnih ugovora svedoči i odredba čl. 55 francuskog Ustava od 4. X 1958. god. propisuje da »međunarodni ugovori i sporazumi regularno ratifikovani i odobreni, imaju od momenta objavljivanja jaču pravnu snagu od zakona, pod uslovom da budu izvršavani i od druge strane ugovornice«.

⁷⁾ M. Bartoš — B. Nikolajević: Pravni položaj stranaca, 1951, str. 69.

rodnom ugovoru poslužićemo se primerom holandskog prava. Prema navodima J. Audinet-a,⁸⁾ pravo Holandije uslovljava izdavanje dozvole za otvaranje trgovačke radnje u ovoj zemlji prethodnim podnošenjem uverenja o položenom ispitu iz holandskog jezika. Ukoliko bi u konvenciji o nastanjivanju zaključenoj između Holandije i neke druge države bila predviđena klauzula o nacionalnom tretmanu u oblasti vršenja trgovačke delatnosti, a da pritom nije naglašeno da svaka strana zadržava nadležnost svojih zakona koji se tiču uslova zapošljavanja stranaca, tada bi primena pomenutog propisa mogla da bude shvaćena od druge strane ugovornice kao akt nepoštovanja međunarodnog ugovora (naročito ako ona sama ne predviđa takvu normu) i ukoliko ni diplomatska intervencija ne bi dala zadovoljavajuće rezultate, može da bude razlog za preduzimanje retorzije prema holandskim građanima kada zahtevaju da im se omogući vršenje trgovačke delatnosti u drugoj državi potpisnici konvencije.

Do istih posledica dolazi i onda kada usled različite kvalifikacije predmeta regulisanja međunarodnog ugovora od strane jedne države, druga odbija da u konkretnom slučaju primeni njena pravila i umesto njih primeni propise svog unutrašnjeg prava. Ovakav slučaj dogodio se u sudskoj praksi Francuske kada je Tribunal de grande instance de Nanterre, pozivom na nepostojanje diplomatske uzajamnosti u odnosu na Švajcarsku u domenu sudske nadležnosti, oglasio sebe nadležnim i raspravio spor po tužbi za utvrđivanje očinstva, iako bi u smislu francusko-švajcarske konvencije o sudskoj nadležnosti i o izvršavanju sudskih odluka u građanskim stvarima iz 1869. godine o tome trebalo da odlučuje švajcarski sud ka forim domicila tuženika. Pomenutom odlukom koja je bila doneta 18. IX 1974., sud Nanterre-a stao je na stanovište da Švajcarska ne poštuje odredbe ove konvencije s obzirom na to da njeni sudovi odbijaju njenu primenu na statusne sporove i sporove povodom svojinskih odnosa na pokretnostima.

c). Iako veliki broj međunarodnih ugovora izričito predviđa mogućnost otklanjanja primene ugovornih odredaba u slučaju njihovog protivljenja »međunarodnom javnom poretku« zemalja potpisnica, čini se da je primena ovog instituta u postupku primene njihovih rešenja prilično retka. Poznato je koliko je potrebno zajedničkih napora i spremnosti na ustupke prilikom redakcije međunarodnih konvencija da bi se postigao rezultat koji bi zadovoljio strane ugovornice. Činjenica je da svaka država nastoji da u finalni tekst konvencije uđu što povoljnije odredbe o pitanjima koja su za nju prioritetna. Zato je normalno da bi ma kakva zloupotreba ovlašćenja koja joj po ugovoru pripadaju mogla da se okrene protiv nje same. Isto tako malo je verovatno da bi druge države ugovornice ostale ravnodušne prema postupcima koji dovedu u pitanje reciprocitet na kome počiva međunarodni ugovor. Zbog svega toga, a naročito zbog zajedničkog interesa za skladno odvijanje

⁸⁾ J. Audinet: »Le droit d'établissement dans la Communauté économique européenne«, Clunet, 1959.

međunarodnog pravnog saobraćaja, ni jedna država ugovornica neće bez preke potrebe posezati za ovim institutom u oblasti regulisanoj međunarodnom konvencijom.⁹⁾

d). Nešto je drugačija situacija sa ustavom uzvratanja i upućivanja u postupku primene međunarodnih ugovora. Ukoliko ugovor daje mogućnost državama da po slobodnom nahođenju odluče hoće li u konkretnom slučaju primeniti ustanovu »renvoi« ili ne, onda njena primena nema za posledicu principa uzajamnosti, iako se u tom slučaju opravdano postavlja pitanje korisnih učinaka konvencije. Može se dogoditi da u međunarodnom ugovoru nema ni jedne odredbe koja se odnosi na ovo pitanje, a da sudovi jedne strane ugovornice primene »renvoi« u datom slučaju, jer je to inače rešenje lex fori. Iako bi se mogao braniti stav da sudovi formalno nisu prekršili odredbe međunarodnog ugovora, ipak se čini da bi se u tim slučajevima trebalo striktno držati kolizijskih normi konvencije, s obzirom da se jedino na taj način može obezbediti autoritet njenim rešenjima. U suprotnom, po rečima Niboyet-a, reciprocitet ustanovljen na osnovu sistema enumeracije prava u međunarodnom ugovoru može biti ozbiljno poremećen, »jer nema više jedinstvenog pravila ugovora, sada postoje dva pravila.«¹⁰⁾

2. Oblici diplomatskog reciprociteta

Za razliku od ugovora unutrašnjeg prava koji počivaju na ekvivalentnosti prestacija ugovornih partnera, u materiji međunarodnih ugovora važi princip potpune simetrije obaveza strana ugovornica: zaključivanje međunarodnih ugovora kojima se reguliše oblast međunarodnog privatnog prava svaka država preuzima obavezu da prizna onaj pravni tretman državljanima drugih zemalja koga su i one spremne da daju njenim državljanima. Reciprocitet o kome je reč manifestuje se u formi klauzule o neposrednoj uzajamnosti, klauzule o nacionalnom tretmanu i klauzule najpovlašćenije nacije.

a). Klauzula o neposrednoj uzajamnosti

1. — Suština reciprociteta ustanovljenog pomoću klauzule o neposrednoj uzajamnosti ogleda se u tome što se iz samog međunarodnog ugovora vidi koja prava imaju državljanima zemalja ugovornica. U pravnoj nauci ističe se da se na taj način otklanjaju nedostaci koji se u vezi sa određenim pitanjima građanskopravnog položaja stranaca pojavljuju u različitim nacionalnim zakonodavstvima. Isto tako dodaje se da se garantija sadržana u ovakvoj odredbi ne stavlja ni u kakvu zavisnost od volje države koja se daje.¹¹⁾

⁹⁾ Treba reći da pored dvostranih međunarodnih ugovora odredbu o »ordre public« poznaju i višestranne konvencije. To je, na primer, slučaj sa čl. 1 st. 2 Kodeksa Bustamante iz 1928. godine, koji uprkos priznavanja nacionalnog tretmana, daje mogućnost svakoj državi potpisnici da može ograničiti ili isključiti vršenje nekih građanskih prava iz razloga javnog poretka.

¹⁰⁾ J. P. Niboyet, op. cit., str. 345.

¹¹⁾ Bartoš—Nikolajević, op. cit. str. 48.

Iako nema nikakve sumnje da se principom numerus clausus smanjuje neizvesnost u pogledu uživanja određenog prava od strane državljana jedne strane ugovornice na teritoriji druge, to još uvek ne znači da je sadržina ovakve klauzule lišena svake neizvesnosti. Sistemom nabiranja građanskih prava koja se daju državljanima ugovornih strana određuju se vrste istih, ali se najčešće ne precizira koliki će biti njihov obim i pod kojim uslovima će oni moći da ih uživaju. U tom pogledu ova odredba ostaje potčinjena unutrašnjem pravu zemalja vezanih međunarodnim ugovorom.¹²⁾

2. — U cilju izbegavanja negativnih posledica nedovoljne preciznosti međunarodnih ugovora o kojima je prethodno bilo reči, preporučljivo je ili kombinovati ovu klauzulu sa nekom drugom formulom diplomatskog reciprociteta,¹³⁾ ili joj, pak, dodati izvesne odredbe koje je potpunije određuju. Svi su izgledi da se i savremena praksa međunarodnih ugovora orijentiše u tom pravcu. Tako, na primer, čehoslovačko-francuska konvencija o oslobađanju dvostrukog oporezivanja prihoda od 1. VI 1973. (čl. 2) navodi vrste poreskih dažbina kojima će biti podvrgnuti državljani ovih zemalja na teritoriji druge strane ugovornice, ali istovremeno precizira »da se ova konvencija ima primeniti i na sve buduće poreze slične prirode koji se budu pojavili kao dodatak ili zamenjena postojećih poreza«.

Kombinaciju klauzule neposredne uzajamnosti i odredbe o nacionalnom tretmanu sadrži i Konvencija o trgovini i plovidbi zaključena između FNRJ i Italije 1955. godine. U čl. 3 st. 2 predviđa se da će »državljanima, pravna lica i trgovačka društva jedne od Ugovornih strana, imati slobodan i nesmetan pristup u sudovima druge strane ugovornice kako u svojstvu tužilaca, tako i tuženika. Oni će uživati u tom pogledu ista prava i prednosti kao i domoroci«.

3. — Iako je pravilo da se države strogo drže reciprociteta na bazi formalne jednakosti obaveza (izvestan izuzetak u tom pogledu predstavljaju međudržavni ugovori o trgovini), praksa pokazuje da ugovaranje klauzule o neposrednoj uzajamnosti ne mora nužno da ima za posledicu potpuni identitet obaveza preuzetih međunarodnim ugovorom. To sa jedne strane potvrđuje da reciprocitet može da postoji i onda kada odnos do ut des nije ostvaren u njegovom čistom vidu, a sa druge, da se iza formalne neravnoteže tereta ne mora uvek da krije ugovorna povlašćenost koja potiče od ekonomske nejednakosti država.

Da je zaista tako pokazuje prethodno citirana odredba čehoslovačko-francuske konvencije, koja u prvom stavu čl. 2 određuje »da ova Konvencija ima u vidu porez: a) Francusku: porez na prihod od trgovačkih društva i doprinos na patente i b). za ČSR: prelevman na prihodima, porez na prihod, porez na plate, porez na prihod od umetničke delatnosti i porez na poljoprivredno zemljište. »Već na prvi pogled za-

¹²⁾ Toga su, izgleda, bile svesne i antičke države koje su nastojale da postignu identitet sadržaja prestacija upotrebom strogo jednakih reči kojima su posebno bile precizirane obaveze svake strane. (Virally, op. cit., str. 22).

¹³⁾ Niboyet (op. cit., str. 327) navodi primer rusko-italijanske konvencije iz 1930. godine. koja u čl. 5 predviđa slobodan i lak pristup pred domaće sudove, uz napomenu »da državljani obe zemlje imaju ista prava kao i domaći državljani«.

paža se disproporcija poreskih opterećenja predviđenih u konvenciji. Međutim, iza olakšica za čehoslovačka fizička i pravna lica ne krije se nikakav altruizam, već nastojanje Francuske da utiče na što duži boravak stranaca (državljana ČSR) i potrošnju stranih i domaćih sredstava plaćanja u njoj.

b). Klauzula o nacionalnom tretmanu stranaca

1. Stimulisanjem ovakve odredbe države se obavezuju da će licima na koje se primenjuje međunarodni ugovor, u pogledu uživanja svih ili samo određenih građanskih prava, priznati jednak pravni tretman kao i sopstvenim državljanima. Budući da se na taj način strancima daje mogućnost da uživaju i ona prava koja su dotle bila rezervisana samo za domaće državljane, to ovakva klauzula nesumnjivo predstavlja jednu liberalnu odredbu u međunarodnim ugovorima. Zato je razumljivo nastojanje velike većine država da pravni status njihovih državljana u inostranstvu bude regulisan na bazi ovakve odredbe.

Istorijski posmatrano ova klauzula ušla je u praksu međunarodnih ugovora vrlo rano,¹⁴⁾ a sastavni je deo i mnogih savremenih dvostranih i višestranih međunarodnih ugovora koji regulišu različite aspekte odnosa među državama. U ugovorima koji se odnose na materiju međunarodnog privatnog prava odredba o nacionalnom tretmanu može biti formulisana na dva načina. U prvom slučaju, pravni položaj stranaca uređuje se pomoću jedne, manje-više, apstraktne norme. Tako, na primer, Ugovor između FNRJ i SSSR o pravnoj pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima od 24. II 1962. u čl. 1 predviđa »državljeni jedne Strane ugovornice uživaju na teritoriji druge Strane ugovornice istu pravnu zaštitu u pogledu svoje ličnosti i imovine kao i sopstveni državljani«. Regulišući pitanje naslednih prava čl. 36 propisuje da »državljeni jedne Strane ugovornice mogu sticati dobra i prava na teritoriji druge Strane ugovornice na osnovu zakonskog ili testamentarnog nasleđivanja pod istim uslovima i u istom obimu kao i domaći državljani«. Sličan primer pruža i Konvencija o izbegavanju duplog oporezivanja u oblasti nasleđivanja između Kraljevine Švedske i Francuske od 8. X 1937., koja u čl. 6 st. 2 predviđa: »Državljeni zemalja ugovornice uživaju na teritoriji druge u pogledu naslednih prava i poklona, pod istim uslovima kao i domaći državljani, sve izuzetke, smanjenja i redukcije koje se daju s obzirom na porodično stanje i imovinske prilike.«.

U drugom slučaju, u osnovi međunarodnog ugovora nalazi se klauzula o nacionalnom tretmanu, ali u cilju poboljšavanja njenih efekata i izbegavanja nejasnoća, njoj se pridružuje klauzula o neposrednoj uzajamnosti. Tako, recimo, čl. 3 Konvencije o nastanjivanju između SAD i Francuske iz 1959. godine priznaje državljanima ovih zemalja nacionalni tretman u pogledu pristupa pred njihove sudove i druge organe, ali se u prapratnom protokolu konvencije predviđa da se ova klauzula ne odnosi na njihove unutrašnje propise o aktorskoj kauciji.

¹⁴⁾ Cit. prema: Bartoš-Nikolajević, isto, str. 22. Batiffol, međutim, smatra da je njena upotreba počela tek u XIX. veku. (Vidi: H. Batiffol: *Droit international privé*, IV éd., 1967., str. 211).

2. — Odredba o nacionalnom tretmanu generalno je usvojena u većem broju višestranih međunarodnih konvencija, od kojih neke imaju tendenciju univerzalnog važenja. Pored Haških konvencija u oblasti međunarodnog privatnog prava koje priznaju nacionalni tretman državljanima zemalja ugovornica, izvesne konvencije prihvataju i druge kriterijume kao subsidijarne, dajući na taj način mogućnost širem krugu lica da se pozovu na njihove odredbe. Primera radi navodimo čl. 4 Berlinske konvencije o zaštiti književnih i umetničkih dela iz 1866. godine koji kao dopunski prihvata princip zemlje prvog objavljivanja dela. To znači da će u skladu sa odredbama ove konvencije biti priznat nacionalni tretman onim delima koja su prvi put objavljena na teritoriji jedne od članica Unije, bez obzira na državljanstvo autora. Isto tako i čl. 3 Pariske konvencije o zaštiti industrijske svojine iz 1883. godine proširuje primenu ove konvencije, normirajući da se njene odredbe imaju primenjivati na sva lica koja na teritoriji jedne od država potpisnica imaju domicil ili ozbiljno preduzeće.¹⁵⁾

3. — Iako pomenuta klauzula predstavlja maksimum do koga se na današnjem stupnju odnosa između država može ići u pružanju pravne zaštite strancima, reciprocitet koga ona predviđa može da se pokaže formalnim. Ne samo zato što se događa da jedna strana ugovornica u momentu redigovanja teksta međunarodnog ugovora nije upoznata sa obimom i kvalitetom prava koja stoje na raspolaganju državljanima druge, već i stoga što uživanje ovog tretmana ne isključuje primenu posebnih propisa i mera lex fori na strance. S obzirom da se uživanje konkretnog građanskog prava čini zavisnim od nacionalnih pravnih rešenja, to je razumljivo da ukoliko su nacionalna zakonodavstva sličnija u odnosnoj oblasti i mogućnosti za ostvarivanje potpunije uzajamnosti su realnije. U suprotnom, ovakva ugovorna stipulacija ostaje bez pravog smisla.¹⁶⁾

c). Klauzula najpovlašćenije nacije

To je takva odredba na osnovu koje se dve države obavezuju da će dati onaj pravni tretman državljanima druge strane koga su priznale ili će tek priznati državljanima neke druge zemlje, bez potrebe zaključivanja posebnog ugovora o tome.¹⁷⁾ Kao što se iz definicije vidi, klauzula najpovlašćenije nacije obezbeđuje državljanima zemalja koje su je predvidele u ugovoru ona prava i povlastice koje je dobila neka treća dr-

¹⁵⁾ Od uslova reciprociteta oslobođene su izbeglice na osnovu Konvencije Ujedinjenih Nacija iz 1966. godine. One uživaju nacionalni tretman i prema Univerzalnoj konvenciji o autorskom pravu koja je doneta u Ženevi 6. IX 1952. godine.

¹⁶⁾ Kao pozitivan primer nastojanja da međunarodni ugovor proizvede što efikasnija dejstva navodimo Evropsku konvenciju o trgovini od 13. XII 1955, koja predviđa nacionalni tretman, ali zahteva od zemalja potpisnica da dostave listu delatnosti koje su rezervisane samo za njihove državljanke, kako bi se rešili pravni problemi koje izazivaju unutrašnji propisi u odnosu na pravo stranaca da se bave trgovinom.

¹⁷⁾ Ova klauzula može biti predviđena i zakonom, pa čak i Ustavom jedne zemlje, kao što je slučaj sa čl. 170 Ustava Kipra iz 1960. koji priznaje tretman najpovlašćenije nacije Grčkoj, Turskoj, V. Britaniji i Severnoj Irskoj. Isto tako tretman najpovlašćenije nacije može biti dat vladinom deklaracijom ili faktičkim putem.

žava za svoje pravne subjekte (najpovlašćenija nacija) u jednoj od njih. Mehanizam primene ove klauzule pretpostavlja postojanje odnosa između najmanje tri države, pri čemu se odnos između države obećaoa ovog tretmana i najpovlašćenije nacije (ugovor ili faktički odnos) pojavljuje kao izvor prava za državu koja se koristi povlasticama datim najpovlašćenijoj državi. Međutim, kako se ova klauzula u savremenoj praksi, po pravilu, stipuliše na bazi uzajamnosti, to je država obećalac u isto vreme i beneficijar, jer je država korisnik takođe obavezna prema njoj da njenim državljanima osigura onaj pravni tretman koga je dala ili će dati za vreme trajanja međunarodnog ugovora državljanima drugih (najpovlašćenijih) država.

Zanimljiv je razvojni put ove klauzule. Istorija pokazuje da je ona na početku imala karakter jednostrane stipulacije na osnovu koje je jedna strana, zahvaljujući svojoj ekonomskoj i političkoj nadmoći, mogla iz ugovora da izvlači povlastice za svoje državljane, a da sa svoje strane ne bude u obavezi da pruži iste garantije drugoj državi ugovornici.¹⁸⁾ Docnije, u meri u kojoj su se u međunarodnoj zajednici uspostavljali pravičniji odnosi između država, ova klauzula bila je ugovarana na bazi reciprociteta. Kao takva ona se ustalila u praksi međunarodnih ugovora sredinom XIX veka,¹⁹⁾ mada se smatra da nikada nije postala sastavni deo međunarodnog prava u smislu norme običajnog prava.²⁰⁾

Iako se ova odredba i danas pojavljuje u međunarodnim ugovorima kojima se uređuje pravni položaj stranih fizičkih i pravnih lica na domaćoj teritoriji, ipak je glavno područje njenog dejstva usredsređeno na bilateralne spoljnotrgovinske ugovore u kojima se ona primenjuje na pravni tretman robe iz uvoza.²¹⁾

2. — Sama klauzula najpovlašćenije nacije može da bude ugovorena u različitim oblicima. Mi ćemo spomenuti samo one najtipičnije.²²⁾ U najvećem broju slučajeva ona garantuje državi korisniku ista ona prava i povlastice koje se daju najpovlašćenijoj državi (tzv. pozitivna klauzula najpovlašćenije nacije). U nekim ugovorima ona može da bude tako koncipirana da državi korisniku garantuje da njeni državljani neće imati nepovoljniji pravni tretman od onog koji se priznaje državljanima najpovlašćenije nacije (tzv. negativna klauzula). S obzirom na to da li se klauzula o kojoj je reč odnosi na carinski tretman uvezene robe ili se tiče pravnog položaja lica stranog državljanstva, moguće je razlikovati carinsku od pravne klauzule najpovlašćenije nacije. Ova posledica može imati različiti opseg primene. Ako u ugovoru nije ništa izričito predviđeno, smatra se da se klauzula može primeniti na sve

18) Bartoš-Nikolajević, op. cit., str. 51, kao takav primer navode ugovor između Francuske i Kine iz 1858. god. u kome je samo ova druga preuzela obavezu da garantuje tretman najpovlašćenije nacije Francuskoj.

19) B. Nolde: «Droit et technique des traités de commerce», Rec. des cours de l'Académie int. de la Haye, 1924, II, str. 303—304.

20) R. Preiswerk: «La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux», 1963, str. 32.

21) M. Virally, op. cit., str. 73.

22) Detaljnija podela prema vrstama ove klauzule može se naći, n. primer, kod R. Đurovića: Međunarodno privredno pravo, Beograd, 1977, str. 50 i dalje.

pravne odnose u kojima se kao strane pojavljuju pravni subjekti države korisnika ovog tretmana. U protivnom, njeno dejstvo iscrpljuje se u onoj oblasti pravnih odnosa koji su u njoj fiksirani.²³⁾

Ako se pođe od toga da ovom odredbom mogu da budu obuhvaćene ne samo povlastice koje su date (tzv. sadašnja klauzula), već i one koje će tek biti priznate drugim državama (tzv. opšta klauzula), vidi se da ova odredba može da ima i osobine jedne aleatorne klauzule. Aleatornost o kojoj je reč manifestuje se u tom pravcu što čak i onda kada je klauzula najpovlašćenije nacije ugovorena na bazi uzajamnosti, sadržina obaveze države obećaoaca nije unapred potpuno određena. Predviđanjem ove klauzule ni jedna se država nije, naime, garantovala da li će, kada i sa kakvom pravnom sadržinom priznati izvesna građanska prava državljanima najpovlašćenijeg naroda, na osnovu čega bi država korisnik mogla da za svoje državljane traži tretman najpovlašćenije nacije.

Sa druge strane, država korisnik nije sigurna ni da li će dobiti one povlastice koje već uživaju državljani najpovlašćenije nacije, jer se može dogoditi da država obećalac otkáže neke svoje ugovore na čiju je primenu mogla računati zemlja korisnik, tako da se i ono na šta je ova poslednja mogla realno da pretenduje u krajnjem rezultatu pokaže iluzornim.

3 — Time se, međutim, ne iscrpljuju pravni problemi u vezi sa primenom ove klauzule u odnosima između država. Praksa je pokazala da u izvesnim slučajevima njeno dejstvo može da zavisi i od ponašanja najpovlašćenije nacije. Tako, n. primer, u sporu između Francuske i SAD ove poslednje zahtevale su da se njihovim državljanima omogući uživanje svih povlastica koje je Maroko na osnovu ugovora iz 1856. godine priznao V. Britaniji, bez obzira što ih se ova poslednja docnije odrekla. U obrazloženju svog stava američka strana pošla je od toga da je klauzula najpovlašćenije nacije postojeća u čl. 24 američko-marokanskog ugovora iz 1836. i da je napuštanje povlastica iz ugovora sa Marokom stvar V. Britanije, te da može da ima posledice samo u njenim odnosima sa Marokom kao državom obećaoцем najpovlašćenijeg tretmana.

Međunarodni sud pravde, koji je raspravljao o ovom slučaju, bio je suprotnog mišljenja. U obrazloženju svoje odluke od 27. VIII 1952. godine, on je podvukao da s obzirom da klauzula najpovlašćenije nacije ima za cilj da u svako doba obezbedi osnovnu jednakost između svih zainteresovanih država, to ona ne može da garantuje povlastice državi korisniku ukoliko klauzula nije više na pravnoj snazi u odnosima između države obećaoaca i najpovlašćenije nacije.

To praktično znači da i onda kada ugovor između države obećaoaca i države korisnika pravno postoji, on je primenjiv u odnosu na ovu poslednju samo u onim teritorijalnim granicama u kojima proizvodi dejstva za najpovlašćeniju državu. Zbog toga, klauzula najpovlašćenije na-

²³⁾ Tako, n. pr., čl. 11 francusko-italijanskog ugovora iz 1930. god. propisuje da će *lex nationalis* biti primljen pod uslovom reciprociteta na nasleđivanje državljana zemalja ugovornica na teritoriji druge strane »u svim slučajevima u kojima se on bude primenjivao na državljane bilo koje evropske države u pogledu njihove zaostavštine« .

cije a priori pretpostavlja da ono što je punovažno za jednu ugovornu stranu, mora biti punovažno i za drugu, kako u vremenu, tako i u prostoru.²⁴⁾

4. — Automatsko dejstvo ove klauzule, videli smo, dovodi do toga da korisnik tretmana najpovlašćenije nacije na posredan način koristi sve pogodnosti iz međunarodnog ugovora (i inače) koje država obećalac daje ili će tek dati, ali bez ikakve neposredne obaveze bilo prema njoj, bilo prema najpovlašćenijoj državi. Sigurno da to može da proizvede posebno neopravdana dejstva u slučajevima u kojima je jedna država vezana liberalnim međunarodnim ugovorima, a ugovorna politika druge države (države korisnika) pokazuje suprotne tendencije.²⁵⁾

Sve to uticalo je da se relativno rano postavi pitanje, na koji način se zaštititi od negativnih efekata ovakve odredbe i kako omogućiti da ona proizvede najoptimalniji učinak u odnosima država koje su je predvidele u ugovoru.

Kao reakcija država na nepredvidljivost svih njenih dejstava nastala je teorija o uslovnoj klauzuli najpovlašćenije nacije.²⁶⁾ Suština ovog učenja sastoji se u tome da je država obećalac dužna da prizna zemlji korisniku tretman najpovlašćenije nacije, samo u slučaju ako joj država korisnik da istu kompenzaciju kao i najpovlašćenija država. Ukoliko to ova nije u stanju ili to ne želi, potrebno je da to i ugovori. Ukidanjem automatskog dejstva klauzule ona gubi besplatan karakter postaje jedan *pactum de contrahendo* u odnosima između ugovornih strana.²⁷⁾

Iako se na ovaj način obezbeđuje formalna ravnoteža između prava i obaveza na obe strane, ipak se ne može poreći činjenica da se ovakav reciprocitet pokazuje kao nametnut, naročito u situaciji u kojoj je nivo ekonomskog potencijala partnera različit. U tom slučaju ovako stipulisana odredba bila bi nesumnjivo na štetu ekonomski slabije države, jer bi morala da prizna sve one privilegije na koje polaže pravo druga strana iz njenog ugovornog ili faktičkog odnosa sa trećom (najpovlašćenijom) državom. Razume se da se time dovodi u pitanje osnovni cilj ove klauzule — jednaki pravni tretman stranaca na domaćoj teritoriji. I ne samo to. S obzirom da bi državljani druge zemlje ugovornice na osnovu klauzule mogli da dobiju izvesna prava koja ne postoje u domaćoj državi ili bar ne u istom obimu, to bi opredeljivanje za uslovnu klauzulu najpovlašćenije nacije moglo da postavi problem ravnopravnosti domaćih državljana u odnosu na strance. To je verovatno bio jedan od razloga zbog koga su i one države koje su među pr-

²⁴⁾ Sud je smatrao da bi tumačenje SAD značilo da bi ova država mogla da vrši konzularnu jurisdikciju u francuskoj zoni Maroka, bez obzira što je V. Britanija napustila to pravo. To bi, po mišljenju suda, bilo u očitoy suprotnosti sa ciljevima ove klauzule.

²⁵⁾ R. Preiswerk, op. cit. str. 35.

²⁶⁾ Još je trgovinski ugovor zaključen između SAD i Francuske 1778. god. sadržao uslovnu klauzulu najpovlašćenije nacije.

²⁷⁾ D. Vignes: «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté économique européenne», *Recueil des cours...*, 1970, II, str. 219.

vima proklamovale ovaj tip klauzule, napustile takvu koncepciju u njihovim docnijim bilateralnim međunarodnim ugovorima.²⁸⁾

Švedsko-francuski trgovinski ugovor od 16. II 1954. pruža još jedan primer limitiranja dejstva i nastojanja da se klauzula najpovlašćenije nacije dâ još konkretniji pravni sadržaj. Čl. 3 ugovora predviđa: »pod rezervom primene efektivnog reciprociteta, državljani Visokih strana ugovornica imaće na teritoriji svake od njih, pod istim uslovima kao i državljani najpovlašćenije nacije, pravo na obavljanje industrijske, trgovačke, i zanatske delatnosti čije vršenje nije rezervisano za njihove sopstvene državljane«.

Umetanjem uslova efektivnog reciprociteta pledira se na potpunu jednakost obaveza ugovornih strana, tako da se obe države čine podjednako odgovorni, za ostvarivanje dejstva ove klauzule. Za razliku od prethodne situacije, ovde isključivo od njih samih zavisi hoće li dobiti tretman najpovlašćenije nacije ili ne.

Iako se ne može poreći da je ovakav sistem prihvatljiv sa čisto logičkog stanovišta, kao i da ima ambiciozne pretenzije,²⁹⁾ njegova osnovna slabost leži u tome što zahteva da su pravni poreci država ugovornica na približno istim pozicijama u pogledu pravnog regulisanja oblasti na koju se klauzula odnosi. Odsustvo ove pretpostavke ima za posledicu da država koja pretenduje na dobijanje najpovlašćenijeg tretmana mora za to da plati previsoku cenu. Sa druge strane, postojanje različitih socijalnih i ekonomskih prilika u njima moglo bi da dovede do toga da reciprocitet na kome počiva ova klauzula izgubi svaki smisao. U literaturi se citira primer upotrebe ove klauzule u oblasti nastanjivanja koja se primenjuje na traženje zemlje sa jakim emigracijom. U tom slučaju, prema A. Piot, državljani druge strane ugovornice ne bi imali praktično nikakvu mogućnost da se nastane u prvoj, »jer ni ona sama nije bila u stanju da nahrani sopstvene državljane«.³⁰⁾

5. — Problem pravnih dejstava ove klauzule nametnuo se u još oštrijem vidu kada su izvesne države, rukovođene zajedničkim potrebama i ciljevima, počele da se udružuju u različite ekonomske i političke grupacije šireg ili užeg regionalnog značaja (ZET, GATT, i dr.). Budući da su prednosti ovakvog udruživanja vrlo često praćene velikim odricanjima i žrtvama, koje idu čak i do napuštanja suvereniteta u određenim oblastima,³¹⁾ to se postavilo pitanje: da li su države koje pretenduju na uživanje najpovlašćenijeg tretmana, zahvaljujući postojanju ove klauzule u njihovim bilateralnim odnosima sa nekom od država članica ovih ekonomskih integracija, ovlašćene da zahtevaju primenu ovlastica koje proizilaze iz multilateralnih konvencija na osnovu kojih su one nastale?

²⁸⁾ D. Vignes (op. cit., str. 219) navodi slučaj SAD koje su tek u trgovinskom ugovoru sa SR Nemačkom 1923. godine prihvatile безусловnu klauzulu najpovlašćenije nacije. Međutim, SAD su to učinile mnogo pre toga u Ugovoru o trgovini i plovidbi sa Srbijom 1881. (čl. I st. 2 i čl. II st. 1 i 2).

²⁹⁾ Na taj način obezbeđuje se jednakost pravnog položaja stranaca uz istovremeno izjednačavanje državljana zemalja ugovornica.

³⁰⁾ Cit. A. Piot: »La clause de la nation la plus favorisée«, Rev. crit. de droit international privé, 1956, str. 10.

³¹⁾ A. Piot, isto, str. 13.

Dati potvrđan odgovor značilo bi dovesti u pitanje ciljeve na kojima počivaju ovakve organizacije, jer bi tada svaka država koja se nalazi izvan njih mogla da za sebe izvlači prava, a da praktično ničim ne doprinosi tom zajedništvu, koje nije samo ekonomske i političke prirode, već može da bude postavljeno i na mnogo širim osnovama. Polazeći upravo od ovih argumenata, pravna nauka je gotovo bez izuzetaka bila protiv automatizma u delovanju ove klauzule.³²⁾

Nesumnjivo je da ovakav način razmišljanja ima opravdanja ukoliko se problem posmatra isključivo iz ugla zemalja koje čine ove integracije. Međutim, tendenciji zatvaranja u relativno uske ekonomske i političke okvire suprotstavlja se suština ove klauzule koja treba da dovede do izjednačavanja pravnog položaja stranaca u jednoj državi. Zbog toga su neke zemlje bile odlučno protiv ovakvih institucionalnih ograničenja dejstva ovakve klauzule.³³⁾ U praksi se, međutim, pokazalo da ovaj problem i nije jako izražen u okviru pojedinih grupacija (ZET, na primer), s obzirom da najveći broj dvostranih trgovinskih ugovora između njihovih članova sadrži rezervu carinskog jedinstva.³⁴⁾ Isto tako, moguće je da države članice ovih organizacija prilikom zaključivanja posebnih bilateralnih međunarodnih ugovora sa trećim državama, ovima priznaju samo neke povlastice koje važe za druge zemlje članice.³⁵⁾

U određenim slučajevima, pak, automatsko dejstvo ove odredbe olakšano je odredbama same konvencije. Takvu mogućnost predviđa čl. 58 st. 1 Rimskog ugovora od 13. XII 1955. kojim se ustanovljava nacionalni tretman u oblasti trgovine za fizička i pravna lica zemalja potpisnica. Pošto u pogledu osnivanja trgovačkih društava polazi od principa mesta osnivanja ovih, to državljani zemalja koje imaju zaključene ugovore na bazi klauzule najpovlašćenije nacije sa bilo kojom od zemalja članica ZET, mogu da osnivaju u njoj trgovačka društva koja će biti jednako tretirana kao i domaća. Samim tim, ona će moći da uživaju pravni status predviđen Rimskim ugovorom za trgovačka društva zemalja članica ZET.

Kada su u pitanju bilateralni ugovori koje bi docnije zaključili članovi ove ekonomske integracije, preporučljivo je ili da izbegavaju stipulisanje ove klauzule ili, pak, ako se za to odluče, da u ugovor unesu odredbu kojom se na izričit način ograničava njeno dejstvo samo na povlastice date državama koje ne ulaze u članstvo ZET. U cilju afirmisanja principa bezuslovne klauzule najpovlašćenije nacije, a naročito radi izbegavanja teorijskih kontroverzi i negativnih posledica različitih tumačenja prostornih dejstava ove klauzule, čini se da je ovaj poslednji način ujedno i najpogodniji.

³²⁾ S. Bastid: »La clause de la nation la plus favorisée. Effets en droit international privé«, 1929. Isto tako i A. Piot, op. cit., str. 14.

³³⁾ Tako je, npr., SSSR stavio do znanja članicama ZET sa kojima je vezan bilateralnim ugovorima na bazi ove klauzule, da smatra da su mu na taj način dostupne sve povlastice koje imaju i drugi članovi ove zajednice u tom svojstvu. Vidi: G. de Lacharière: »Aspects récents de la clause de la nation la plus favorisée«, *Annuaire français du droit int.*, 1961.

³⁴⁾ R. Preiswerk, op. cit., str. 37.

³⁵⁾ R. Đurović, op. cit., str. 54. Upućujemo na ovog autora i u pogledu ostalih ograničenja i izuzetaka u primeni klauzule najpovlašćenije nacije.

3. Zakonski reciprocitet

Propisujući zakonski reciprocitet jedna država podređuje svoje ponašanje u određenim oblastima međunarodnog privatnog prava zakonskim rešenjima strane države u identičnim situacijama. Zato će na primer, biti dovoljno ustanoviti da jedna (strana) država izjednačava u zakonu strance sa sopstvenim državljanima u određenoj oblasti odnosa, pa smatrati da je uslov zakonskog reciprociteta ispunjen.

Sâm zahtev zakonskog reciprociteta može biti formulisan na nekoliko načina. Tako, na primer, Code civil Monaka u svom čl. 11 sadrži odredbu prema kojoj će stranac uživati u Kneževini ista građanska prava koja su ili koja će biti priznata licima koja imaju državljanstvo Monaka zakonima strane države.

Na sličan način predviđena je zakonska uzajamnost i u čl. 1 francuskog zakona o zakupu nepokretnosti iz 1943. godine: »stranci mogu da budu zakupci nepokretnosti na domaćoj teritoriji, pod uslovom da i njihova država nudi francuskim državljanima pogodnosti analognog statuta.«³⁶⁾

Iako je pravilo da zahtev zakonskog reciprociteta proizlazi iz zakona jedne države, u izuzetnim slučajevima on može da bude fiksiran i u međunarodnom ugovoru. Takav je slučaj zabeležen u Konvenciji o nastanjivaju koju su zaključili Francuska i SAD 1959. godine. Čl. 10 dodatnog Protokola ove konvencije propisuje da »pravo zahtevanja reciprociteta u odnosu na sticanje i posedovanje nepokretnosti dopušta francuskoj Vladi da, uzimajući u obzir tretman priznat fizičkim i pravnim licima francuske nacionalnosti u jednoj od država SAD, primeni analogni tretman na fizička i pravna lica SAD koja imaju domicil u toj državi ili koja su osnovana prema njenim propisima.«³⁷⁾

Prema shvatanju nekih autora ovaj vid uzajamnosti (u američkoj doktrini poznat kao »de facto reciprocity«) nije identičan sa pojmom faktičkog reciprociteta kako navodi Preiswerk, »on pre predstavlja slučaj zakonskog reciprociteta u negativnom obliku, jer omogućava oslanjanje na diskriminatorne propise strane države da bi se na njene pravne subjekte primenio isti pravni termin.

Na kraju treba istaći da je ovaj vid uzajamnosti vrlo retko korišćen u čistom obliku. Naime, praksa jednog broja zemalja ne zadovoljava se običnom konstatacijom o postojanju zakonskog teksta u stranom pravu kojim se predviđa davanje nacionalnog tretmana strancima. U velikom broju slučajeva pokazalo se da to ujedno ne predstavlja garanciju da će strani sudovi i organi zaista postupati u skladu sa njima. Zato su domaći sudovi i drugi državni organi bili prinuđeni da pre nego što priznaju neko građansko pravo strancu ili daju egzekvaturu stranoj sudskoj odluci, provere da li je zahtev zakonskog reciprociteta ispunjen

³⁶⁾ Zanimljivo je da se po ovom zakonu kao oslobođenje od zahteva zakonskog reciprociteta smatraju međunarodni ugovori koji direktno ili indirektno proglašavaju izjednačavanje stranaca sa domaćim državljanima u oblasti privatnih prava ili bar u materiji koja je uređena zakonom čija se primena zahteva u konkretnom slučaju.

³⁷⁾ Vidi: R. Preiswerk: »La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux«, 1963. str. 43.

u datom slučaju. Ne ulazeći za sada u detaljnije rasmatranje problema utvrđivanja uzajamnosti, recimo samo toliko da je u velikoj većini zemalja ova zadatak poveren sudovima, dok je u ostalim to posao njihovih vlada i drugih najviših državnih organa.³⁸⁾

4. *Faktički reciprocitet*

1. — Za postojanje ovog oblika reciprociteta neophodno je prethodno utvrditi faktičko stanje prakse strane države povodom određenih pitanja međunarodnog privatnog prava, bez obzira da li o tome postoje zakonski propisi ili međunarodni pravni akti. Za zemlje koje su se opredelile za ovaj vid uzajamnosti manje je važno na kojim će principima počivati njihov stav prema inostranstvu (diplomatski ili zakonski reciprocitet), od činjenice kakav je faktički odnos svake od njih prema konkretnom pitanju. Kao odraz takve politike, faktički reciprocitet sigurno najpotpunije odražava aktuelno stanje odnosa u međunarodnom privatnom pravu. To je, verovatno, bio jedan od glavnih razloga zbog koga je izvestan broj autora ovaj pojam posmatrao ne sa stanovišta forme, već kroz to šta on materijalno znači, zanemarujući neke njegove aspekte, takođe, zaslužuju pažnju i teorijsko objašnjenje.

2. — Jedno od pitanja koje u teoriji nije dobilo potpuno objašnjenje tiče se formalnog izvora faktičkog reciprociteta. Konstatacija da faktički reciprocitet nije garantovan ni međunarodnim ugovorom, ni zakonom,³⁹⁾ već da može biti regulisan i faktičkim putem,⁴⁰⁾ zahteva određene dopune.

Kada se govori o bilo kojoj vrsti reciprociteta, pa i o faktičkom, neophodno je, po našem mišljenju razlikovati dve stvari. Jedno je norma koja postavlja zahtev reciprociteta u pogledu određenih pitanja građanskopravnih odnosa sa elementom inostranosti (ona može biti predviđena u zakonu ili međunarodnom ugovoru), a drugo je njena praktična realizacija. S obzirom da samo postojanje međunarodnog ugovora čini izlišnim svaku odredbu u tom smislu, jer su se države već na osnovu niega uzajamno obavezale u materiji koja čini predmet ugovornog regulisanja, to zahtev faktičke uzajamnosti kao takav može da ima izvor u zakonu jedne ili obe države. Ovu konstataciju pokušaćemo da ilustrujemo nekim primerima. Tako, recimo, francuski zakon o primeni reciprociteta u oblasti autorskog prava od 8. VII 1964. sadrži odredbu prema kojoj »u slučaju da jedna država ne obezbeđuje delima koja su prvi put objavljena u Francuskoj dovoljnu i efikasnu pravnu zaštitu, dela koja su prvi put objavljena u inostranstvu neće dobiti

³⁸⁾ Takav je, bar, slučaj u socijalističkim državama u kojima sud po službenoj dužnosti saznaie strano pravo i utvrđuje postojanje uzajamnosti prema stranoj državi. Isti sistem usvojen je i u nekim kapitalističkim državama (npr., u SR Nemačkoj u materiji priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka, u Italiji u oblasti pravnog položaja stranaca, u Francuskoj u vezi sa autorskim pravima srtanaca, itd.). U jednom broju država taj zadatak obavlja vlada ili nadležno ministarstvo (npr., u SAD u oblasti davanja egzekviture stranim sudskim odlukama, u Austriji u vezi sa naslednim pravima stranaca, u V. Britaniji u vezi sa priznavanjem i izvršavanjem stranih sudskih i arbitražnih odlukama, itd.).

³⁹⁾ M. Jezdić: Međunarodno privatno pravo, I, 1966, str. 198.

⁴⁰⁾ S. Cigoj: Međunarodno zasebno pravo, I, 1966, str. 84.

uobičajenu pravnu zaštitu koja se daje francuskim zakonom u materiji autorskog prava«. Isto tako i paragraf 48 srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine propisuje »uopšte u svim slučajevima u kojima strana država postupa sa Srbima kao sa svojim, smatraće i ovi zakoni strance kao svoje.«

Ukoliko se, međutim, problem posmatra sa stanovišta ostvarivanja načela reciprociteta u praksi, tada za utvrđivanje postojanja ove vrste uzajamnosti postaje nevažna egzistencija norme u kojoj je ovakav zahtev postavljen. Ono što je bitno za državu koja postavlja ovaj uslov, nije da li postoji međunarodni ugovor sa drugom državom ili zakonske odredbe stranog prava, već da se ustanovi da stvarna država stvarno priznaje domaćim državljanima ona privatna prava koja priznaje i drugim strancima odnosno njenim sopstvenim državljanima, da se domaće sudske i arbitražne odluke ne izvršavaju pod težim uslovima i postupku koji bi bio različit od onog koji se primenjuje na egzekvaturu stranih odluka u domaćoj državi, itd.

3. — Tako posmatrano može se smatrati da faktički reciprocitet postoji i onda kada uopšte nema nikakvog pomena o zahtevu reciprociteta u pravu ni jedne od država u pitanju. To je dokaz više da je i u oblasti međunarodnog privatnog prava značaj faktičkog ponašanja veliki, bez obzira da li je ono preduzeto u funkciji izvršavanja određene međunarodnih ugovora i nacionalnih zakona ili ne. Jer, kao što je poznato, formalno odsustvo zahteva reciprociteta u pravnom sistemu jedne države ne treba shvatiti kao odsustvo njenog interesa u odnosu na postupke drugih zemalja prema njenim državljanima i njenim sudskim odlukama.

Okolnost da faktička uzajamnost iziskuje prethodno utvrđivanje prakse u stranoj državi u određenoj oblasti odnosa, ne isključuje mogućnost postavljanja pretpostavki o reciprocitetu. Naprotiv. Pretpostavljeni reciprocitet olakšava rad sudova i u skladu je sa principima međunarodnog poverenja i saradnje.⁴¹⁾ Međutim, s obzirom da pretpostavke o reciprocitetu nisu fikcije, to zainteresovana stranka, po pravilu, može da obara takvu pretpostavku navođenjem dokaza o tome da aktuelno stanje prakse u stranoj državi nije u skladu sa pretpostavkom suda ili kog drugog organa domaće države u konkretnom slučaju.

5. Formalni reciprocitet

1. — Ovaj pojam u međunarodnom privatnom pravu redovno predstavlja sinonim za izjednačavanje stranaca sa domaćim državljanima u pogledu izvesnih pitanja njihovog građanskopravnog položaja, pri čemu se ističe da je nevažno da li je obim prava koji se u konkretnom slučaju priznaje strancima identičan u domaćoj i stranoj državi. Za postojanje ove vrste uzajamnosti bitno je da se strani pravni subjekti, strane odluke i drugi pravni akti, načelno tretiraju onako kako se to čini sa domaćim pravnim i fizičkim licima, zamolnicama sudova i drugih državnih organa, sudskim i arbitražnim odlukama drugih država, itd.⁴²⁾

⁴¹⁾ D. Mitrović: »Reciprocitet kod priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka«, Pravni život, 1/1973, str. 12.

⁴²⁾ U otm smislu i M. Jezdić, op. cit., str. 198.

S obzirom da je formalni reciprocitet ustanovljen u nacionalnim zakonima, odredbama međunarodnih ugovora ili praksom, to ima za posledicu da njegova sadržina ostaje u priličnoj meri apstraktna i zavisna od rešenja unutrašnjeg prava država u pitanju, kao i od sadržine njihovih ugovora zaključenih sa drugim državama.⁴³⁾

Ako dve države izjednačavaju strance sa domaćim državljanima u oblasti uživanja građanskih prava stranaca pod uslovom formalne uzajamnosti, koji je predviđen bilo u njihovom nacionalnom zakonodavstvu, bilo u formi klauzule o nacionalnom tretmanu iz njihovog dvostranog ugovora, zahtev formalnog reciprociteta biće ispunjen jedino ako državljanima svake od njih zaista postanu dostupna ona građanska prava koja se priznaju i domaćim državljanima u istoj situaciji. Nemoгуćnost uživanja određenog privatnog prava (privatna svojina na pojedinim objektima, bavljenje trgovinom od strane fizičkih lica, obavljanje određenih profesija, i dr.), ne predstavlja smetnju za ostvarivanje uslova formalnog reciprociteta, ukoliko ono nije priznato ni domaćim državljanima. Ako se zauzme suprotno stanovište, to bi značilo da će jedna država biti prinuđena da prizna strancima veća prava i povoljniji pravni tretman od onog koga imaju njeni sopstveni državljani, što bi bilo u suprotnosti sa načelom suvereniteta država u međunarodnom pravu.

2. — Uobičajeno shvatanje da se pomoću formalnog reciprociteta obezbeđuje načelna jednakost građanskopravnog položaja stranaca i domaćih državljana, moglo bi se, po našem mišljenju, da proširi i na slučaj reciprociteta na bazi klauzule najpovlašćenije nacije. Predviđajući izjednačavanje državljana zemlje korisnika tretmana najpovlašćenije nacije u uživanju svih ili, još češće, samo određenih privatnih prava, država obećalac na osnovu međunarodnog ugovora preuzima obavezu jednakog tretiranja stranaca različitog državljanstva na njenoj teritoriji. Budući da klauzula najpovlašćenije nacije ima dvostrani karakter u savremenoj praksi međunarodnih ugovora međunarodnog privatnog prava, to ovakva odredba stvara uzajamnu obavezu za države koje su je stipulisale. Otud i u ovom slučaju imamo simetrične obaveze dve države, a samim tim i formalnu jednakost tereta na obe strane, kao i u slučaju principijelnog izjednačavanja stranaca sa domaćim državljanima.

U toj i takvoj ravnoteži obaveza država ugovornica treba videti suštinu formalne uzajamnosti. Okolnost da se klauzulom najpovlašćenije nacije u načelu priznaje manji obim odnosno standard privatnih prava na teritoriji domaće države od onog koga stranac može da uživa na bazi formalnog reciprociteta (nacionalnog tretmana), čini se da ne može da bude dovoljan i opravdan razlog protiv ovakve šire koncepcije o sadržini i domašaju formalnog reciprociteta u regulisanju različitih vidova odnosa međunarodnog privatnog prava.

⁴³⁾ To je bio razlog zbog koga je izvestan broj autora pod pojmom formalnog reciprociteta shvatio reciprocitet predviđen u zakonima i međunarodnim ugovorima. Tako, na primer, M. Virally (op. cit., str. 32), J. P. Niboyet (op. cit., str. 288—295) i R. Preiswerk («La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents», Clunet, 1/1967, str. 9).

3. — U današnje vreme formalni reciprocitet je vrlo praktikovan kao princip na kome se osnivaju odnosi međunarodnog privatnog prava, bilo da je predviđen u zakonima i međunarodnim ugovorima ili u praksi. Nesumnjivo je da on najbolje odgovara principu suverene jednakosti država, kao i da predstavlja najviše što se formalno može pružiti strancima u oblasti uživanja građanskih prava u ovom trenutku. Međutim, dok formalni reciprocitet predviđen u nacionalnim zakonima na najopštiji način određuje politiku jedne zemlje prema inostranstvu, dotle je onaj koji je sadržan u odredbama međunarodnih ugovora ograničen na međusobne odnose strana ugovornica i odnosi se, po pravilu, na određenu materiju građanskopravnih odnosa sa elementom inostranosti.⁴⁴⁾

6. Materijalni reciprocitet

1. — Suština materijalne uzajamnosti svodi se na sledeće: da bi državljani određene strane zemlje mogli u domaćoj da uživaju izvesno građansko pravo, neophodno je da je istovrsno pravo priznato i domaćim državljanima u stranoj državi.⁴⁵⁾ Zbog toga za države koje su se opredelile za ovaj vid uzajamnosti neće biti dovoljno konstatovati da su njihovi državljani formalno izjednačeni u građanskim pravima sa državljanima odnosno strane države ili da se odluke njihovih organa u principu izvršavaju u toj zemlji. Umesto toga za njih postaje bitno da se utvrdi da pravo čije uživanje zahteva stranac istovremeno mogu uživati i domaći državljani u njegovoj domovinskoj državi odnosno da se u smislu stranog zakona ili prakse domaće sudske ili arbitražne odluke izvršavaju pod istim ili sličnim uslovima pod kojima se daje egzekvatura odgovarajućim odlukama strane nacionalnosti u domaćoj državi.

Iako se ne može poreći da se na ovaj način mnogo potpunije osnovna postavka na kojoj se temelji reciprocitet (odnos do ut des), kao i to da se još efikasnije štite interesi domaćih državljana u inostranstvu,⁴⁶⁾ ipak je ovakva koncepcija sadržine uzajamnosti naišla na neodobranje u jednom delu nauke međunarodnog privatnog prava. Tako je, naprimer, L. Pigeonnière, ustajući protiv tumačenja čl. 11 francuskog Code civile-a datog od strane francuskih sudova, podržavao ideju da bi francusko pravo trebalo da ostane verno formalnom reciprocitetu u materiji građanskih prava stranaca.⁴⁷⁾ Zbog toga nije neophodno, smatra on, da se prethodno utvrdi identična sadržina domaćih i stranih zakona u datom slučaju. Insistiranje na tome moglo bi da se okrene

⁴⁴⁾ Umesto opštih odredaba koje su bile karakteristične za starije ugovore, današnju praksu međunarodnih ugovora međunarodnog privatnog prava karakteriše mnogo veća specijalizacija.

⁴⁵⁾ Naravno, potrebno je da se zahtevano privatno pravo uopšte priznaje domaćim državljanima u domaćoj državi, jer bi bilo protivno logici priznavati strancima ona građanska prava koja inače ne postoje u domaćoj zemlji ili se uopšte ne priznaju njenim državljanima. Samo u izuzetnim slučajevima strani državljani mogu da uživaju povoljniji pravni status od domaćih državljana, posebno onda kada ekonomski ili politički interesi domaće države nameću tako nešto.

⁴⁶⁾ Lapajne smatra da se države opredeljuju za ovaj vid reciprociteta kada dođu do zaključka da određene pravne vrednosti nisu dobile odgovarajuću pravnu zaštitu u inostranstvu. (Cit: prema S. Cigoju, op. cit., str. 84.)

⁴⁷⁾ L. Pigeonnière: *Droit international privé*, VIII éd., 1962, str. 210.

protiv interesa francuskih državljana izazivajući slično tumačenje u stranim državama.⁴⁸⁾

2. — Međutim, bez obzira na ove prigovore, francuski sudovi su, izgleda, najviše insistirali na materijalnoj uzajamnosti, čak i onda kada za to nisu imali dovoljan oslonac u odredbama unutrašnjih propisa i klauzula međunarodnih ugovora. Takva situacija, u prvom redu, rezultirala je iz relativne neodređenosti zakonskih propisa kojima su bili regulisani uslovi za uživanje građanskih prava stranaca. Zato je potpuno razumljivo što su u takvim uslovima francuski sudovi odigrali ulogu kreatora stavova francuskog prava u odnosu na određena pitanja građanskopravnog položaja stranaca.⁴⁹⁾

Sledeći evolutivni put prakse francuskih sudova zapaža se ne samo iznijansirano obrazloženje njihovih presuda, već i to da su u izvesnim slučajevima oni išli u krajnost prilikom tumačenja zahteva reciprociteta. Tako je, na primer, Kasacioni sud u odluci od 27. I 1903. negirao jednoj Švajcarčinji pravo na zakonsku hipoteku na imovini njenog supruga Francuza koja se nalazila u Francuskoj, iako bi u smislu švajcarsko-francuske konvencije iz 1882. godine ona na to imala pravo. U obrazloženju odluke sud je konstatovao da zakon kantona iz koga je supruga predviđa jedno posebno obezbeđenje koje se razlikuje od zakonske hipoteke u francuskom pravu. Jednom drugom prilikom sud je konstatovao da nema uzajamnosti u odnosu na Španiju u pogledu prava na obnavljanje ugovora o zakupu zemlje, ukoliko je ono priznato francuskim državljanima za jedan kraći vremenski period od onog koji je propisan francuskim zakonom.⁵⁰⁾ Docnije izgleda da francuski sudovi nisu insistirali na strogoj jednakosti sadržine stranog i domaćeg prava. Tako je, na primer, u jednoj odluci iz 1958. godine sud stao na stanovište da postoji materijalni reciprocitet ako su zakonodavstva dve zemlje »osetno podudarna« u odnosnoj materiji,⁵¹⁾ da bi u drugoj, donetoj nekoliko godina docnije, konstatovao da »domaći sudija treba da utvrdi da li se karakterne crte koje domaćem zakonodavstvu daju osobenu fizionimiju, mogu pronaći i u stranom pravu ili ne.«⁵²⁾

3. — Praksa je pokazala da uslov materijalnog reciprociteta može da bude predviđen i u odredbama međunarodnih ugovora. To se, uglavnom, čini na dva načina. Prvi se ogleda u stipulisanju izričite odredbe prema kojoj će državljanima jedne ugovorne strane uživati ista prava i povlastice koje se na osnovu ugovora priznaju državljanima druge države ugovornice na domaćoj teritoriji.⁵³⁾ Iako je pravilo da se ovakva klauzula tiče samo određenih pitanja odnosa sa elementom inostranosti, primer nemačko-turske konvencije o nastanjivanju iz 1927. godine govori suprotno. Naime, shodno čl. 1 ove konvencije »primena svake odredbe ugovora potčinjena je davanju punog reciprociteta fizičkim i pravnim licima država ugovornica. Ukoliko bi jedna država, polazeći od

⁴⁸⁾ H. Batiffol: *Droit international privé*, 1967, str. 215.

⁴⁹⁾ Opredelili smo se za iznošenje rešenja francuske sudske prakse, jer su po svemu sudeći francuski sudovi prvi lansirali koncept o materijalnom reciprocitetu.

⁵⁰⁾ Trib. Soc., 24. XI 1955.

⁵¹⁾ Trib. Soc., 21. VII 1958.

⁵²⁾ Citirano iz obrazloženja odluke Kasacionog suda od 13. IV 1963.

⁵³⁾ Takvu odredbu sadrži čl. 3 francusko-švajcarske konvencije od 23. II 1892 (Cit. prema Niboyet-u, op. cit., str. 299).

svojih zakona ili iz drugih razloga, odbila da prizna reciprocitet u pogledu bilo koje odredbe ugovora, fizička i pravna lica te države neće moći na teritoriji druge države ugovornice da uživaju prava i povlastice koje proizilaze iz ugovora.«

Mnogo su češći slučajevi u kojima se kombinacijom različitih vrsta klauzula u međunarodnom ugovoru nastoji da postigne potpuniji reciprocitet u određenoj oblasti. Takva bi, recimo, bila odredba prema kojoj državljani zemalja ugovornica mogu da obavljaju trgovačku delatnost samo ako se ona vrši pod istim uslovom u svakoj od njih. Pridruživanjem odredbe o materijalnom reciprocitetu klauzuli o neposrednoj uzajamnosti izbegavaju se negativne pravne posledice primene unutrašnjih propisa država ugovornica, koji bi mogli da ograniče, pa čak i da ukinu ovo pravo stranaca.⁵⁴⁾

7. Efektivni reciprocitet

1. — Postavljanjem zahteva efektivnog reciprociteta ostvaruje se potpuni do ut des odnos u materiji pravnog položaja stranaca: državljani strane države moći će da uživaju na teritoriji domaće države onu vrstu i obim građanskih prava koja stvarno budu priznata domaćim državljanima u njihovoj (stranoj) domovinskoj državi. Na taj način problem postojanja reciprociteta prestaje da bude *questio iuris*, već postaje jedno faktičko pitanje.⁵⁵⁾ Umesto da se zadovolji konstatacijom o postojanju stranog propisa ili određene odredbe u međunarodnom ugovoru, domaći sudija će u svakom pojedinom slučaju u kome stranac zahteva da mu bude priznato izvesno privatno pravo, morati prethodno da utvrdi da li je i u kom obimu to isto pravo dostupno domaćim državljanima u strančevoj zemlji.

Pokušaćemo to da ilustrujemo jednim primerom. Ukoliko bi se pred domaćim sudom pojavio stranac koji treba da nasledi nepokretnosti na domaćoj teritoriji, sudija bi prethodno morao da ustanovi da li se i domaćim državljanima priznaju jednaka nasledna prava na nepokretnostima u stranoj zemlji i to kako u pogledu objekta i veličine, tako i u pogledu pravne sadržine istog. Ako bi proučavanjem strane prakse domaći sudija došao do zaključka da nepokretnosti koje čine nasledni deo domaćih državljana podležu obaveznoj prodaji, onda bi i on u identičnoj situaciji takođe trebalo da naredi njihovu prodaju. Da bi bi to bila prodaja po unapred fiksiranoj ceni ili po slobodnoj pogodbi, zavisice od toga na koji se način vrši prodaja naslednog dela u stranoj državi. Činjenica da se u ostalim slučajevima stranim naslednicima daje mogućnost otuđivanja njihovog dela slobodno ugovorenoj ceni, a da se u datom slučaju odstupa od tog principa, ne bi predstavljala diskriminaciju u odnosu na državljane strane države u pitanju. Naprotiv, na taj način postiglo bi se da strani naslednici u svakom slučaju iz nasleđa izvlače ista nasledna prava koja se priznaju i domaćim državljanima u stranoj državi.

⁵⁴⁾ O tome više: J. P. Niboyet, op. cit., str. 326 i 327.

⁵⁵⁾ M. Bartoš: »Efektivni reciprocitet«, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, 2/1955, str. 174.

2. — Ideju o efektivnom reciprocitetu prvi su proklamovali sudovi SAD upravo u vezi sa naslednim pravima državljana socijalističkih zemalja. Nastala u doba političke zategnutosti u odnosima između Istoka i Zapada ideja efektivnog reciprociteta krenula je u suprotnom smeru. Umesto da im priznaju jednaka nasledna prava koja uživaju i građani SAD u socijalističkim državama, sudovi nekih federalnih država u SAD, svojim tumačenjem reciprociteta u jednom broju slučajeva, praktično su onemogućili naslednice iz ovih zemalja da dobiju njihov deo nasledstva.⁵⁶⁾

Stav američke sudske prakse naišao je na podršku i u jednom delu zapadne pravne nauke. Neki autori, naime, utvrdili su da odredbe o nacionalnom tretmanu iz međunarodnih ugovora zaključenih sa socijalističkim državama često sadrže jednostrane povlastice za ove poslednje, pošto po njihovim unutrašnjim propisima strancima nisu dostupna sva ona građanska prava koja se priznaju njihovim državljanima u kapitalističkim zemljama. Strana država se ne može okriviti zbog toga, smatralo se u pravnoj nauci V. Britanije, ali će zato njenim državljanima biti priznata samo ona prava i u onom obimu u kome se ona priznaju strancima od strane njihove domovinske države. Recipročnost prema ovom shvatanju nije apstraktni princip odnosa između država, već načelo koje zahteva da se norme međunarodnog privatnog prava poštuju od svih zainteresovanih država na isti način.

Ovakva interpretacija pojma efektivnog reciprociteta naišla je na odlučno protivljenje u socijalističkoj nauci međunarodnog privatnog prava. Ona je osuđena kao pokušaj da se socijalističke države primoraju na ustupke prema građanima kapitalističkih zemalja. Isticalo se da ratio ustanove uzajamnosti nije da menja zakonodavstvo strane države, koje je nepovoljnije u odnosu na domaće po pitanju građansko-pravnog položaja stranaca, već da se strancu priznaju sva ona građanska prava koja nisu u suprotnosti sa domaćim »ordre public«. Stoga, ako bi jedna država davala državljanima druga izvesna prava, negirajući ih u istoj situaciji državljanima treće zemlje jedino zbog toga što ta ista prava nisu dostupna njenim građanima u toj državi, to bi predstavljalo diskriminaciju ukoliko njihovim priznavanjem ne bi bio doveden u pitanje domaći »ordre public«.⁵⁷⁾

U savremenim odnosima između država, koje karakterišu znatne, čak principijelne razlike u regulisanju ove grane prava, očigledno je da bi dosledna primena efektivnog reciprociteta mogla dovesti do retorznih mera, preduzetih od strane onih zemalja koje u praksi omogućavaju uživanje povoljnijeg pravnog tretmana državljanima zemalja u kojima je taj standard niži.⁵⁸⁾ Ako se zna da takvo ponašanje, po pravilu, ne

⁵⁶⁾ Sudovi pojedinih saveznih država SAD odbijaju da predaju novčane iznose naslednog dela sovjetskim državljanima, smatrajući da su zbog posebnog kursa rublje oni u nemogućnosti da dobiju neokrnjeni iznos nasledstva iz SAD. (O tome opširnije: A. F. Volčokov—A. A. Rubanov: »Sovjetski naslednici i američanska justicija«, Sov. gosudarstvo i pravo, 5/1963).

⁵⁷⁾ M. Bartoš, op. cit., str. 175.

⁵⁸⁾ Iako se pojam »standard« često koristi u materiji pravnog položaja stranaca, u teoriji međunarodnog privatnog prava, kao i u praksi, nema saglasnosti o tome da li on postoji i kakva je njegova konkretna sadržina.

ostaje bez odgovora zemalja čiji su državljani pogođeni retorzijom, jasno je kakve negativne pravne posledice mogu iz toga nastati za međunarodnoprivatnopravni saobraćaj.

8. Neke opšte ocene i zapažanja u vezi sa pojedinim vrstama reciprociteta

1. — Nema sumnje da je formalna uzajamnost, ukoliko se posmatra sa njene unutrašnje odn. sadržinske strane, veoma često praktikovana u savremenoj praksi međunarodnog privatnog prava. Sigurno je, takođe, da je na taj način stipulisana odredba u međunarodnom ugovoru, u izvesnoj meri u prednosti u odnosu na odgovarajuću zakonsku odredbu iste sadržine, jer se zemlje ugovornice i formalno čine jednako odgovornim za izvršenje međunarodnog ugovora. Međutim, kako se u teoriji ističe, osnovni nedostatak diplomatskog reciprociteta leži u njegovom formalizmu. Zbog toga jedna država ne može da promeni stav prema drugoj odnosno prema njenim pravnim subjektima, ukoliko ne postoji međunarodni ugovor, pa makar da su njeni državljani faktički izjednačeni u građanskim pravima sa građanima strane države. Isto to važi i za diplomatski reciprocitet ustanovljen vladinim deklaracijama: do momenta dok ne bude data ovakva izjava (pod pretpostavkom da je to potrebno), smatraće se da nema uzajamnosti u odnosima sa određenom stranom državom. Tako posmatrano, diplomatski reciprocitet pokazuje se nedovoljno fleksibilnim da prati nastale promene u praksi odnosa međunarodnog privatnog prava, koja se naročito u današnje vreme odlikuje velikom dinamičnošću.

Zakonski reciprocitet ima relativno široku primenu u odnosima zemalja u kojima je zakon glavni izvor ove grane prava. Otud je logično da se ova vrsta uzajamnosti samo izuzetno može praktikovati prema zemljama common law-a i, to u meri u kojoj je određena oblast odnosa regulisana pisanim izvorima. Okolnost da je primena domaćih zakona na strance načelno uslovljena prethodnim poznavanjem stranih propisa, kao i problemi u vezi sa utvrđivanjem zakona koji važe u datom momentu u inostranstvu, čine da je i ovaj oblik reciprociteta daleko od idealnog.

Faktički reciprocitet ne zahteva postojanje međunarodnopravnih akata i zakonskih propisa u stranoj državi, pa bi se sa te strane moglo reći da otklanja one nedostatke koji su karakterisali diplomatsku uzajamnost. Zbog toga je on primenjiv na bilo koju državu. Za samu državu koja postavlja zahtev reciprociteta mnogo je lakše da saobrazi svoj stav prema strancima opredeljivanjem za faktički reciprocitet, jer je u mogućnosti da reaguje na promene koje strana država i njeni organi čine u tom pogledu, ne vezujući se ni za jedan od napred pomenutih izvora reciprociteta. Budući da je, po definiciji, za konstatovanje postojanja faktičkog reciprociteta bitno da se utvrdi kakva je praksa u inostranstvu, to se ova vrsta uzajamnosti daleko teže dokazuje u odnosu na prethodne. Do ovog naročito dolazi zbog odsustva objavljenih sudskih odluka ili promenljivosti prakse u pojedinim zemljama. No i pored toga, naročito u novije vreme, ovaj vid reciprociteta došao je do

primene u velikom broju država u svetu. On je najviše praktikovan u oblasti građanskih prava stranaca, bilo da je fiksiran kao uslov u nacionalnim propisima ili da se zahteva u praksi.

3. — Analizom izvora međunarodnog privatnog prava većeg broja država ustanovili smo da one u najvećem broju slučajeva proklamuju princip formalnog izjednačavanja stranaca sa domaćim državljanima u oblasti uživanja građanskih prava. To se redovno vrši u odredbama njihovih zakona u vidu jedne opšte formule, koja je obično praćena nekom dopunskom odredbom kojom se dopušta mogućnost odstupanja od nacionalnog tretmana stranaca u dva slučaja. U prvom, to se čini ako se konstatuje da su domaći državljani diskriminirani u građanskim pravima u odnosu na ostale strance u nekoj državi. Takve odredbe nailazimo u pravima SSSR-a, Albanije i nekih latinskoameričkih zemalja. U drugom slučaju, retorzne mere preduzimaju se prema državljanima onih zemalja koje ne izjednačavaju državljane drugih zemalja sa svojim sopstvenim u pogledu uživanja građanskih prava (npr., Austrija, ČSR, itd.).

Ne ulazeći u ocenu kriterijuma od kojih se polazi u primeni retorzije, treba reći da se u oba slučaja ona pojavljuje kao mera koja bi trebalo da uspostavi poremećenu ravnotežu u odnosu na prava stranaca u domaćoj i stranoj državi. Za razliku od prethodnog načina, regulisanje pravnog položaja stranaca na bazi formalnog reciprociteta ima za posledicu principijelno izjednačavanje stranih državljana u građanskim pravima sa domaćim državljanima, ali pod uslovom da i strana država propisuje takav tretman za državljane domaće države. Pritom nebitno je da li su domaćim državljanima dostupna po vrsti i obimu ista građanska prava koja mogu da uživaju stranci u domaćoj državi. Načelnim izjednačavanjem stranaca i domaćih državljana ne negira se postojanje razlika u pravnom regulisanju pravnog položaja stranaca u pojedinim državama. Naprotiv. Ono što se time postiže to je eliminacija negativnih dejstava faktora nejednakosti u odnosima međunarodnog privatnog prava. Drugim rečima, želi se da spreči da ekonomske razlike u svetu postanu izvor pravne nejednakosti, do čega bi moglo da dođe ako bi privredno slabije zemlje bile prinuđene da priznaju onaj standard prava koga inače priznaju strancima njihovi ekonomski jači partneri. Razume se, opredeljivanje za princip izjednačavanja stranaca sa domaćim državljanima u oblasti građanskih prava, ne isključuje mogućnost da u posebnim slučajevima, predviđenim u zakonu ili međunarodnom ugovoru, stranci uživaju povoljniji pravni tretman od domaćih državljana. Međutim, to su izuzetne situacije koje su, po pravilu, uslovljene naročitim političkim položajem i ekonomskim prilikama i potrebama izvesnih država u određenom trenutku.

4. — Koncept o materijalnoj uzajamnosti razvila je praksa sudova. U strahu da bi formalno izjednačavanje stranaca i domaćih državljana moglo da bude na štetu interesa ovih drugih kada treba da uživaju neko građansko pravo u inostranstvu, sudovi su uveli princip da se strancu priznaje određeno privatno pravo samo ukoliko to isto pravo mogu da uživaju domaći državljani u strančevoj zemlji.

Za razliku od formalne uzajamnosti koja počiva na formalnoj simetriji tereta, materijalni reciprocitet teži da ostvari potpuniju ravno-

težu u različitim oblastima međunarodnog privatnog prava. Za državu koja se opredelila za ovu vrstu uzajamnosti odlučujuće je da se određena vrsta građanskih prava na čije uživanje pretenduje stranac, istovremeno priznaje domaćim državljanima u strančevoj državi. Samo se na taj način, smatra se u tim zemljama, ostvaruje ravnoteža u pravnom položaju domaćih i stranih državljana.

Nesumnjivo je da se ovakvim shvatanjem još potpunije izražava osnovna postavka na kojoj počiva suština uzajamnosti. Međutim, insistiranje na njemu moglo bi da pogodi pravne subjekte zemlje koja je zahteva u slučaju da strana država, koja inače predviđa povoljniji pravni položaj stranaca u određenim oblastima u odnosu na domaću, u praksi zauzme identičan stav kao i domaća država. Činjenica da jedna zemlja uslovljava pogodnost primene nacionalnog tretmana na strance prihvatanjem identičnih pravnih rešenja od strane države, u jednom delu pravne nauke osuđeno je kao apsurd. To bi, po rečima, Preiswerka, značilo da jedna država na taj način »izvozi« u inostranstvo sopstvena pravna rešenja. No bez obzira na kritike, sudovi nekih zemalja i dalje vrlo često praktikuju ovaj vid reciprociteta, kako u pogledu uživanja građanskih prava stranaca, tako i u oblasti priznanja i prinudnog izvršenja stranih sudskih i arbitražnih odluka.

Iako smatramo da bi formalni reciprocitet trebalo da važi kao princip na kome se temelje odnosi ove grane prava, čini se da zbog toga ne bi trebalo a priori odbaciti svaku mogućnost za primenu materijalnog reciprociteta u određenim slučajevima. Mišljenja smo da se on može dobro upotrebiti kao odgovor na aktuelnu praksu u stranoj državi kada to situacija nužno zahteva. Insistiranje na priznavanju istovrsnih građanskih prava u tom slučaju pojavljuje se u funkciji zaštite interesa jedne države i njenih građana. Razume se to ne daje pravo nacionalnim sudovima da se pozivaju na ovu vrstu reciprociteta kada objektivno za to nema potrebe. Jer, naglasimo to još jedanput, svaka akcija određene države, po pravilu, izaziva odgovarajuće reakcije drugih država koje su njom pogođene. One su u tome utoliko odlučnije ukoliko je praksa države koja se koristi materijalnim reciprocitetom slobodnije u širokoj interpretaciji odredaba zakona i klauzula međunarodnih ugovora. Na primerima iz francuske sudske prakse to je, videli smo, bilo vrlo uočljivo.

5. — U osnovi učenja o efektivnom reciprocitetu stoji stav da nije pravično da jedno lice ima veća građanska prava zbog toga što je neko (strano) nacionalno pravo liberalnije prema strancima od njihovog sopstvenog. Zato je za pristalice ovog vida uzajamnosti najnormalnije da građanskopravni položaj jednog lica u svemu bude zavistan od toga kakva se i kolika prava priznaju državljanima strane zemlje u datom slučaju u njegovoj domovinskoj državi.

Mada se po sebi ne može osporiti vrednost ove ideje koja se bazira na shvatanju reciprociteta kao odnosa koji se realizuje ne samo na planu uživanja, već i na planu praktičnog vršenja građanskih prava stranaca, ipak se ni ona sama ne može prihvatiti bez rezervi. Osnovni prigovor koji joj se upućuje tiče se koncepta od koga polazi. Insistiranjem na reciprocitetu u najpotpunijem obliku odn. na »razmeni« građanskih prava u njihovom integralnom vidu, ova koncepcija rizikuje da

ostane bez realnog oslonca. Ovo naročito ako se pođe od toga da mogućnost za puno ostvarivanje reciprociteta u praksi zavisi prvenstveno od stavova i pravnih rešenja pravnih sistema odnosnih država; ukoliko su oni slični u datom domenu međunarodnog privatnog prava, to su šanse za to veće i obrnuto.

Činjenica je da je ideja efektivne uzajamnosti pretrpela velike promene zahvaljujući tumačenju pravne nauke i sudske prakse izvesnih kapitalističkih zemalja (SAD, u prvom redu). Upotrebljavan kao sredstvo odmazde prema državama suprotnog »bloka«, efektivni reciprocitet još jednom je pokazao da su politika i pravo neraskidivo povezani u njihovom dejstvu prema inostranstvu. Međutim, nezavisno od toga, on se ne bi mogao prihvatiti kao rukovodni princip za regulisanje odnosa ove grane prava. Ako se imaju na umu postojeće ekonomske i socijalne razlike u svetu postaje jasno da bi pribegavanje efektivnom reciprocitetu dovelo do uspostavljanja neravnopravnih odnosa u međunarodnoj zajednici. Zbog toga i mi delimo mišljenje velikog broja autora koji se protive uvođenju ove vrste reciprociteta u praksu međunarodnog privatnog prava.

LA NOTION ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA RÉCIPROCITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En examinant la question des sortes de réciprocités dans le droit international privé, l'auteur part de la classification qui est adoptée par un grand nombre d'auteurs yougoslaves, quoiqu'il souligne que ce n'est pas la seule classification qu'on peut trouver dans les travaux de ce domaine.

Si tant est que le principe de réciprocité est considéré au point de vue de la forme, on peut distinguer: la réciprocité légale, diplomatique et effective, tandis que si on prend comme principe de division le contenu de la réciprocité on fait la différencé entre: la réciprocité formelle, matérielle et effective.

La réciprocité diplomatique peut être instituée par les dispositions des conventions internationales ou par les déclarations des gouvernements des Etats respectifs. Elle représente dans une certaine mesure un avantage par rapport à la réciprocité qui a sa source dans les prescriptions légales vu que les Etats contractants sont aussi formellement rendus responsables pour la réalisation de ce qui a été prévu et à quoi ils sont obligés par la convention internationale. Cependant, cette sorte de réciprocité n'est pas suffisamment adaptable aux changements dynamiques qui sont effectués dans les différents domaines des rapports de droit civil avec l'élément étranger et la législation et la pratique des divers Etats.

La réciprocité légale est généralement pratiquée dans les rapports des pays dans lesquels prédomine la loi comme source du droit. Or, en prenant en considération que dans la pratique peuvent se produire des difficultés en relation avec la détermination du droit positif dans les Etats étrangers, il en résulte que cette forme de réciprocité de même est bien loin d'être idéale.

La réciprocité effective n'exige pas l'existence des conventions internationales et des dispositions légales relatives à la réciprocité dans l'Etat étranger, et en ce qui concerne cette question on pourrait dire que les défauts sont éliminés qui étaient caractéristiques pour les aspects antérieurs de la réciprocité. Cependant il est beaucoup plus difficile de démontrer cet aspect de la réciprocité, vu que pour son existence il est indispensable d'établir quelle est la pratique actuelle dans l'Etat étranger dans le domaine déterminé du droit international privé. Cet aspect de la réciprocité a surtout pris toute sa portée dans la pratique contemporaine de certains Etats, particulièrement en matière de la condition de droit civil des étrangers. Dans ce fait il faut voir l'expression des efforts de chaque Etat d'assurer la protection aussi complète que possible des droits de ses citoyens à l'étranger. De même, pour des raisons essentiellement pratiques cette sorte de réciprocité a l'avantage par rapport aux autres, car un Etat peut plus facilement réagir contre les changements qui sont effectués dans la pratique des pays étrangers qu'à l'égard de la réglementation ou de la résolution des problèmes du droit international privé.

A la différence de la réciprocité formelle pour laquelle est caractéristique l'égalisation formelle des étrangers avec les citoyens du pays en matière de la jouissance des droits privés la réciprocité matérielle est réalisée si le droit civil déterminé auquel prétend l'étranger est en même temps reconnu aux citoyens de l'Etat en question dans le pays étranger. La conception relative à la réciprocité matérielle a développé la pratique des tribunaux dans le but de rendre possible la condition juridique des citoyens du pays plus fortement égale en droits par rapport au statut des étrangers dans l'Etat en question. La réciprocité effective

part de la base que la condition de droit civil d'une personne doit dépendre du fait quels sont les droits et quel est le nombre des droits qui sont reconnus aux citoyens du pays en question dans l'Etat étranger. Quoique cette insistance sur la réciprocité dans la forme la plus complète a des justifications logiques, cette conception pourrait avoir comme conséquence pour autant qu'elle est agréée, les rapports inégaux en droit dans la communauté internationale. Cela d'autant plus qu'on sait que la réciprocité complète suppose des conditions de nature économiques égales ou au moins approximativement égales. C'est pourquoi, et surtout eu égard à l'anégalité existant dans le monde, cette forme de réciprocité ne pourrait être admise comme principe pour la réglementation des droits civils des étrangers dans le droit international privé. La réciprocité complète peut être réalisée seulement dans le cas que les possibilités matérielles dont l'Etat dispose sont analogues.

