

ИМА ЛИ МЕСТА УЗАЈАМНОСТИ У ДОМЕНУ СУКОБА ЗАКОНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ?

1. Присуство реципроцитета у области сукоба закона представља изузетну појаву у законодавству и пракси међународног приватног права. О томе говори чињеница да га као елемент примене страних прописа предвиђају колизионе норме веома малог броја земаља (СР Немачка, Италија).

Овај проблем био је расматран у редовима једног броја правних писаца, од којих се већина изјаснила против овакве идеје. Са друге стране, малобројне присталице условљавања примене страног права узајамношћу сматрају да је она општи услов и претпоставка примене страних закона на домаћој територији (Niboyet).¹⁾ Luis-Lucas у тзв. општим колизионим нормама (*locus regit actum*, аутономија воље странака, *lex domicilii* код наслеђивања покретне заоставштине) види остваривање идеје узајамности у области сукоба закона.²⁾

Истицањем става да ће колизиона норма *lex fori*, која у датој ситуацији предвиђа надлежност страног закона, бити примењена само ако и страна колизиона норма под истим условима одређује надлежност домаћег права када су у питању односи међународног приватног права у којима се као једна од страна појављује лице домаћег држављанства, настојало се да се постигне компромис између два опречна захтева. Једног, који се огледа у тежњи сваке државе да на правне односе лица која се налазе на њеној територији примени сопствено право (идеја територијализма) и другог, који се очитује у виду настојања да се примена домаћих прописа прошири и на правне односе домаћих држављана који су засновани у иностранству (идеја универзализма).

2. Овакав концепт наишао је на неслагање код великог броја аутора из различитих земаља, међу којима је било и оних из земаља чије су колизионе норме снабдевене условом узајамности (н. пример, Nussbaum, Raape).³⁾ Основни приговор који му се упућује као услову за примену колизионе норме јесте да би се он на тај начин скоро у

¹⁾ В. Goldman: Réflexions sur la réciprocité en droit international, Traavaux du Comité français de droit int. privé, 1962—64, s. 65.

²⁾ Р. Luis — Lucas: L'idée de la réciprocité dans le règlement des conflits de lois, Rev. crit. de droit int. privé, 1947, str. 27.

³⁾ Цит. Л. А. Лунин: Курс Международного частного права (општа част), Москва, 1973, стр. 355.

потпуности изједначио са уставом јавног поретка у међународном приватном праву.⁴⁾ Међутим, истиче се да за разлику од клаузуле о *ordre public*, која ограничава дејство колизионе норме *lex fori*, у моменту њене примене, клаузула о реципроцитету која је у њој садржана производи своје ефекте још од момента објављивања колизионе норме домаћег права и има тенденцију да ограничи њену примену пре него што је уопште дошло до тога. Другим речима, потребно је најпре установити да ли постоји реципроцитет односно једнакост тачака везивања у колизионој норми домаће и стране државе, па тек онда применити ону прву.

Усвајајући ту аргументацију италијански писац *E. Vitta* изражава своје неслагање са ставом да колизионе норме снабдеване условом узајамности суспендују своју примену у очекивању да настане „услов” у виду истога сеће колизионе норме страног права. Страно право одн. колизиона норма не може представљати будућу неизвесну околност, пошто је она, по правилу, позната већ у тренутку када се примењује домаћа колизиона норма. Због тога би се пре за *ordre public* могло казати да представља једну условну норму, јер има на уму проверу будућег и неизвесног догађаја, пошто од тога какве ће бити практичне последице примене страног редовно надлежног права зависи да ли ће се домаћа колизиона норма уопште применити или неће.⁵⁾

3. Још на почетку истакли смо да је међу малобројним државама у свету СР Немачка једна од оних која усваја концепт о узајамности у примени својих колизионих норми и то у домену наслеђених односа са елементом иностраности. Он се манифестује у томе што до расправљања заоставштине једног страног држављанина у овој земљи долази применом његовог националног закона само ако и домовинско право тог лица на наслеђивање *de iure* немачког држављанства примењује исту колизиону норму одн. немачко материјално право.

Међутим, да би дошло до одступања од примене страног редовно надлежног закона у овом случају, није довољно да се утврди да постоји неподударност немачке и стране колизионе норме о наслеђивању. Према ставу немачких судова потребно је кумулирање следећих услова: 1.) да је страни оставилац у моменту смрти имао пребивалиште у СР Немачкој, 2.) да страни закон признаје немачким држављанима мања наследна права од оних која им припадају у смислу немачких прописа и 3.) да страна колизиона норма искључује примену немачких прописа о наслеђивању оставиоца немачког држављанства са пребивалиштем у тој страниј земљи.⁶⁾

⁴⁾ По *G. Morelli* — и реципроцитет представља посебно, а *ordre public* опште ограничење у примени колизионе норме, јер се односи на читаву материју међународног приватног права. (Cit. *E. Vitta: Le clausole di reciprocità nelle norme di conflitto*, Berlin, 1973, s. 857).

⁵⁾ *E. Vitta*, исто, стр. 860.

⁶⁾ У вези са овим последњим захтевом треба приметити да је судска пракса СР Немачке усвојила чисто објективно мерило (неподударност колизионих норми о наслеђивању) код оцене постојања узајамности. Нема података

4. Посматрана на први поглед ова одредба немачког закона (чл. 25 ст. 2 EGBGB) показује да има извесних сличности са реторзијом, али и са установом прелевмана у међународном приватном праву.

Сличност са реторзијом треба видети у томе што поменута одредба представља један вид репресије према страним наследницима већ самим тим што води примени другог, а не домовинског закона *de cuiusa* као редовно надлежног. Но да би примена немачких прописа о наслеђивању имала карактер реторзне мере у ужем смислу потребно је, по нашем мишљењу, да странци на тај начин буду хендикепирани добијањем мањег наследног дела од оног који би им припао према страном редовно надлежном наследном статуту. А то, као што ћемо одмах показати, не мора бити увек случај.

Уколико је, н. пример, један Немац умро домицилиран у Енглеској, где је уједно оставио претежни део имовине, то би његова заоставштина у овој земљи била расправљена у складу са енглеским прописима о наслеђивању који су, по правилу, неповољнији за наследнике у СР Немачкој од одговарајућих одредаба немачког закона. Због тога, ако би се пред судом у СР Немачкој поставило питање расправљања заоставштине једног држављанина Енглеске чији је последњи домицил био у СР Немачкој, немачки судија би, сходно одредби чл. 25. ст. 2, морао да примени немачко право као *lex fori*, а не енглеско као право на чију примену упућује чл. 25 ст. 1 EGBGB.

Будући да сада немачки закон постаје *lex successionis* у односу на заоставштину Енглеза у СР Немачкој, то би, између осталог, у складу са његовим одредбама био одређен и круг нужних наследника и величина њиховог законског дела. То би, пак, довело до тога да поједини наследници из Енглеске добију нужни део по немачким прописима, иако им он не би припао да се ово питање расправљало према енглеским прописима.

Овакво решење нам изгледа једино логички исправно, без обзира што је вероватна интенција чл. 25 ст. 2 била да применом немачких прописа о наслеђивању побољша наследноправни положај домаћих наследника који би могао бити угрожен ако би се применио страни закон на основу чл. 25 ст. 1 EGBGB. Уколико се, међутим, желело погодовање само наследника из СР Немачке, то се могло постићи применом реторзије, тј. давањем страним наследницима оних и оноликих права на заоставштину која су призната немачким наследницима у страниој земљи. Међутим, норма чл. 25. ст. 2 изгледа не пружа такву могућност.

Одређене додирне тачке између ове мере и права прелевмана, схваћеног на начин на који се он правно дефинише у неким европским капиталистичким земљама (Француска, Холандија, Белгија), треба видети у чињеници да примена одредбе чл. 25. ст. 2 долази у обзир ако страном редовно надлежно право, одређено у смислу чл. 25 ст. 1, признаје немачким наследницима у односу на заоставштину немачког *de cuiusa* у страниој земљи, мања наследна права од оних

о томе да су немачки судови водили рачуна о томе да би до примене немачког закона могло доћи на основу упућивања.

која би им била призната прописима о наслеђивању СР Немачке. Међутим, разлика између њих постоји и огледа се у следећем.

Док се прелевман, начелно, може вршити у корист домаћих санаследника (или оних са домицилом на домаћој територији), без обзира ко је био оставилац и где је умро, чл. 25 ст. 2 примениће се само када је у питању интерес домаћих наследника који су у тренутку смрти оставиоца имали немачко држављанство. У погледу оставиоца неопходно је да има пребивалиште у СР Немачкој у часу смрти,⁷⁾ као и да има држављанство земље која у својој колизионој норми прописује другачију тачку везивања, а не држављанство оставиоца као немачко право.

5. На питање који су мотиви који наводе законодавца да у колизиону норму унесе одредбе о узајамности, теоретичари међународног приватног права одговорали су двојачко. Једни сматрају да оваква норма у себи садржи извесну дозу притиска на друге државе да признају једнак обим одговарајућих грађанских права домаћим држављанима. По другима, прописивање оваквих колизионих норми представља својеврсну манифестацију правног национализма, при чему једна земља због престижа одбија да примени право оних држава које не усвајају истоветна решења сукоба закона као и она.⁸⁾

Не упуштајући се у детаљнију анализу и оцену аргумената којима се објашњава присуство узајамности у колизионим нормама ваља рећи да се прво гледиште тешко може прихватити. Наиме, мало је вероватно да би друге државе одступиле од својих колизионих норми само зато што постоји могућност да дође до одбијања примене њихових прописа због непостојања узајамности одн. истих тачака везивања које су прихваћене за одређено питање у домаћем и у страном закону. Уколико би до тог одступања дошло, то би једино могло бити учињено путем усвајања јединствене колизионе норме из међународног уговора, што би у односима држава уговорница практично елиминисало проблем „реципроцитета” у материји сукоба закона.⁹⁾

Ни став о томе да је основни разлог прописивања колизионих норми са условом реципроцитета питање престижа између држава, не би се, по нашем мишљењу, могло безрезервно прихватити. Ово постаје јасније ако се пође од тога да колизионе норме и поред тога што упућује на правни поредак по чијим ће се прописима расправљати један однос међународног приватног права, превасходно служе за регулисање сукоба приватних интереса субјеката у њима.¹⁰⁾ Имајући на уму пример чл. 25 ст. 2 немачког закона и његову интерпретацију

⁷⁾ Постојање обичног боравишта на територији СР Немачке није довољно. То је потврдио ВГН одлуком од 15. IV 1959. године.

⁸⁾ E. Vitta, оп. цит., стр. 860 и 862.

⁹⁾ У том смислу и Ph. Fragistas: L'execution en Grèce des sentences arbitrales et étrangères, Rev. de l'arbitrage, 1955—60, стр. 37.

¹⁰⁾ Ово мишљење може се наћи код L. Pigeonnière-а и L. Lucasa. Основна правна последица непостојања „узајамности” у овом случају била би да држава која прописује такву колизиону норму одбија да узме у обзир право замље која не признаје једнак третман њеним законима одн. која их не примењује на случајеве у којима би то прва нормално чинила са њеним законима.

у пракси судови ове земље, мислимо да се мотив престижа не би могао прихватити као одговарајући разлог одступање од примене редовно надлежног закона. Околност да немачки суд води рачуна о томе да ли би применом неког другог, а не немачког права, немачки држављани добили мање од него што им у истој ситуацији припада према немачким прописима, иде у прилог констатацији да је основни мотив уношења „реципроцитета” у колизионе норме тежња да се заштите домаћи правни субјекти и њихова права у иностранству. О томе да ли је таква правна техника увек у стању да доведе до жељеног резултата већ је било речи у нашим претходним разматрањима.

6. Друго питање које треба размотрити тиче се оцене оправданости оваквог ограничавања примене страних закона.

Своје неслагање са применом концепта узајамности у домену одређивања надлежног права правна наука заснива на разним основама. Неки аутори сматрају да законодавац једне земље не би смео да одступа од једном усвојених колизионих норми, јер се то противи појму формалне равноправности правних поредака. Услов узајамности у колизионој норми једне земље управо садржи елемент неједнакости у третману страних закона, с обзиром да долази до њихове непримене сваки пут онда када страна колизиона норма предвиђа другачију тачку везивања од колизионе норми *lex fori*. Као последицу тога треба очекивати примену реторзних мера од стране ових држава чији се закони на овај начин отклањају од примене.¹¹⁾

В. Goldman подвлачи да се оваква употреба идеје узајамности показује нарочито неоправданом у ситуацији у којој страна држава признаје сасвим задовољавајућу правну заштиту грађанских права држављана земље која прописује колизиону норму са условом реципроцитета.¹²⁾

За Лунса то би значило захтевати од других држава привилегије које оне нормално не дају држављанима других држава.¹³⁾

По нашем мишљењу основни разлог који говори против проширивања примене начела узајамности на област сукоба закона, налази се у чињеници да би на тај начин дошло до директног и недопустивог задирања у законодавну политику других земаља. Тиме би био нарушен један од фундаменталних принципа односа у међународној заједници — принцип суверене једнакости држава. Сем тога, овакво регулисање примене страних закона довело би до прекомерне употребе реторзије, што би сигурно имало штетних последица по међународно приватноправни саобраћај у областима које чине предмет регулисања међународног приватног права.

¹¹⁾ Цит. Е. Vitta, исто, стр. 863.

¹²⁾ В. Goldman, *op. cit.* стр. 66. На овај начин Goldman посредно потврђује став да је од идентитета колизионих норми две државе много важније каква и колика се приватна права признају домаћим држављанима у иностранству, те да, према томе, њихова неподударност не би требало аутоматски да доведе до одступања од колизионих норми *lex fori*.

¹³⁾ Л. А. Лунц, исто, стр. 357.

YA—T—IL UNE PLACE POUR LA RECIPROCITE DANS LE DOMAINE
DU CONFLIT DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ?

— Résumé —

L'objet de l'intérêt de l'auteur représente la question de l'application du concept de réciprocité dans le domaine des normes de collision, c'est à dire en matière du conflit de lois en droit international privé. L'auteur constate que cette idée est peu utilisée en science juridique bien qu'elle soit présente dans les lois de certains pays du monde, généralement par rapport à l'application du droit étranger aux rapports de succession avec l'élément étranger.

Après avoir exposé les positions en doctrine juridique recommandant l'idée de réciprocité appliquée dans le domaine du conflit de lois, l'auteur met en évidence les contre-arguments à cette thèse, en soulignant qu'un tel élargissement de l'institut de réciprocité, en dehors de ces domaines où la présence est la plus fréquente (droits civils des étrangers et le conflit de juridictions, c'est à dire la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères), signifierait une usurpation directe et inadmissible sur l'autonomie des états lors de la naissance des normes de collisions. Ceci aboutirait, à son avis, aux tendances négatives et aux phénomènes dans les relations parmi les états sur la plan de la réglementation de la problématique de laquelle s'occupe le droit international privé. C'est pourquoi dans l'application de ses propres normes de collisions, il faudrait aller jusqu'à la fin et indépendamment du fait si dans le cas opposé étant délibéré par un tribunal étranger le droit interne serait proclamé compétent.