

**ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ И РЕШАВАЊЕ СЛУЧАЈЕВА  
МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА – ОД БАЗИЧНЕ ИДЕЈЕ  
ДО РЕАЛИЗАЦИЈЕ СВРХЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ**

*Апстракт:* Овим чланком аутор је учинио напор да једном добро познатом и дискутованом проблему приђе аналитички. Предмет његовог интересовања биле су најчешће коришћене тачке везивања, њихов значај и домаћај у одређивању надлежног закона за регулисање односа ове гране права. Поред објективних (оне су најбројније), он указује и на тзв. субјективне факторе локализације, као што је аутономија воље страна код већине (али не и свих) уговора, у које сврстава и најближу везу као помоћно мерило за случај да, према околностима, постоји много ближа веза односа и неке друге државе, а не оне која је индикована колизионом нормом.

Посебно место припада тзв. генералним клаузулама одступања. Оне значе афирмацију темељног начела за решавање сукоба закона - принципа блискости, и требало би да допринесу проналажењу оног закона који је, с обзиром на околности, најпозванији да буде примењен, јер је у најтешњој вези са одређеним правом односно државом. Међутим, иако флексибилно, ово решење представља извор опасности од прекомерног ширења поља утицаја *lex fori*, уколико је по мишљењу судије оно „ближе“ (читај, повољније) за примену у датој ситуацији, с обзиром на то ко су стране у односу и какав је интерес за примену домаћег права у том случају.

**Кључне речи:** колизиона норма, фактори локализације, принцип најближе везе, генералне клаузуле одступања

## Уводне напомене

1. Добро је знано да је основна намена колизионих норми одређивање као надлежног оног националног закона који, по схватању домаћег законодавца, стоји у најприснијој вези са питањем на које се она односи. Опредељивањем за одређени тип контакта са правним подручјем неке, било које, домаће или стране, државе и занемаривањем других врста веза, законодавац указује на пут превазилажења евентуалног сукоба закона (интереса инволвираних држава у конкретном примеру) и показује које је национално право најпованије да буде примењено на конкретни случај.

Суштина колизионог метода у Међународном приватном праву огледа се, дакле, у настојању да се та локализација односно избор националног закона „кристализује“ помоћу једне „тачке везивања“ за одређено питање, ситуацију или читаву категорију правних односа. Разуме се да определљивање за одређену везну околност и, посредством ње, за одређено национално право као меродавно, не искључује могућност установљавања још које одлучне околности.

Ситуација је заправо супротна. Упоредна анализа колизионих норми потврђује да се поред једне, рекли би смо, главне одлучујуће чињенице, усваја надлежност закона на бази неке друге тачке везивања, при чему иста служи као алтернативно, али потпуно једнако вредно решење или као резервна варијанта, за случај да се из било којег разлога није реализовала претходна одлучна околност.

2. Концепт „најближе везе“ односа ове гране права са правним поретком одређене државе, као *ratio decidendi* за решавање случајева о којима говоримо, присутан је на сличан начин и приликом „дистрибуције“ судске надлежности у Међународном приватном праву. Том приликом државе, наиме, полазе од сличних разлога као и код определљивања за одређено решење о избору надлежног закона. Другим речима, надлежност националних судова базира, претежно, на оним истим темељима (критеријумима, основама) који су били руководни за домаћу државу када се, усвајањем одређеног колизионог решења, изјашњавала о закону који је, генерално и објективно, био најпримеренији за регулисање конкретне ситуације коју својим нормама покрива ова грана права, будући да је био у

најближем контакту са њом. Но, будући да ова проблематика излази из оквира задатка који смо себи поставили, ми се њом нећемо бавити.

3. Определивши се за ову тему као повод чланка који се налази пред вама, себи смо поставили неколико питања. Најпре, који су то и због чега су релевантни поједини фактори локализације правних ситуација из домена међународног приватног права, посредством којих се долази до решења сукоба закона., а други то нису. Друго, какав је значај „најближе везе“ као супсидијарног (резервног) решења односно тачке везивања код одређених питања и односа ове гране права. И најзад, да ли нека савремена решења о избору меродавног права, која су дошла од изражаја у новијим кодификацијама норми Међународног приватног права, и која почивају на принципу најтешњег контакта односа са одређеним националним законом (тзв. генералне клаузуле одступања), воде напуштању или само ублажавању ригидности колизионог начина уређивања тих односа и какав је њихов утицај на сигурност правног промета односно на индивидуална права и обавезе појединаца као његових непосредних актера.

## **1. Фактори локализације у Међународном приватном праву**

1.1. Односи међународног приватног права, услед њихове фактичке или правне „везаности“ за подручја најмање две државе, од законодавца захтевају да одабере онај вид контакта који му, с обзиром на врсту односа, њихов предмет, стране у њима или демографски карактер домаће државе, као и традиционална решења сукоба закона или морална схватања локалне средине, изгледа индикативнији за маркацију надлежног права (или суда) у поређењу са другим у конкретном случају. Те чињенице или фактори локализације су у великој већини случајева околности објективне природе, чињенице које се налазе у простору које се релативно лако могу идентификовати односно лоцирати.

С обзиром на врсту правних односа ове гране права, националном законодавцу стоји на располагању већи број тих

фактора. То могу бити: држављанство, пребивалиште или редовно боравиште физичког лица, територија државе у којој се налази предмет неког стварноправног односа (у вези стицања својине или неког другог стварног права, стављања хипотеке, заплене робе ради обезбеђивања наплате дуга, и сл.), место настанка уговорне облигације или штете као последица учињеног грађанскоправног деликта, држава у којој је предузет неки правни посао или у којој га треба реализовати (закључење брака, заснивање односа усвојења, састављање тестаментa, издавање менице, итд.).

1.2. Глобално узевши, све те везне околности деле се на факторе везивања објективног карактера (они су далеко бројнији у односу на остале) и на оне који су плод воље учесника у правном промету (тзв. аутономија воље страна). Постоје, међутим и такви случајеви у којим је вољом законодавца, у недостатку или због мањкавости споразума о меродавном закону (за уговорне или деликтне облигације, рецимо), органу примене колизионе нормe (суду, по правилу), дато овлашћење да се определи за неко национално право које се налази у „најближој вези“ са односом о којем је реч. Зато би ову одлучујућу чињеницу (принцип најближе везе) могли означити као објективно-субјективну, јер се до меродавног закона долази на основу низа чињеница које се објективно могу локализовати у простору, али одлуку о томе доноси суд ценећи њихову правну релевантност и потребан број.

1.3. Када говоримо о значају појединих фактора везе за одређивање меродавног закона за конкретни случај, однос или ситуацију из домена међународног приватног права, онда још једанпут подвлачимо да је ово питање условљено, у првом реду, предметом, природом и карактером односа о којем је реч. Због тога, иако сваки правни однос претпоставља постојање барем једне стране у њему (много су чешћи, ипак, они у којим се као актери појављују две стране), такви атрибути личности, какви су: држављанство, домицил или редовно боравиште физичког лица, добијају претежнији значај у односу на остале, но то само ако се ради о односима личног, породичног и, делимично, наследног права са елементом иностраности. У другим приликама, у зависности од врсте односа међународног приватног права, у први план избијају неке друге околности (н. пример, држава у којој је закључен брак, сачињен

тестамент, на чијој је територији непокретност на коју се ставља хипотека или која је предмет уговора о закупу, место у којем је штетник делао или у којем су се осетиле штетне последице истог, споразум страна уговорница, држава у којој се обавља рад, и сл.).

1.4. Пре но што се осврнемо на поједине факторе везе, њихов домаћај примене, индивидуалну вредност и могуће недостатке, рецимо и то да је приликом њихове селекције национални законодавац руковођен различитим, каткад, опречним разлозима. Полазећи од стандардне европске континенталне доктрине и преовлађујућих схватања, код избора тачке везивања води се рачуна о интересима страна у односима међународног приватног права, трећих лица, али и о потреби држава да, колико је то могуће, пронађу оправдање за ширење поља примене властитог права, а да притом озбиљно не доведу у питање шире интересе оличене у захтеву да се међународни правни промет у овом домену битно не спутава. Ово нарочито из разлога тзв. бумеранг – ефекта, који је, готово редовно, пратилац таквог ускогрудог односа, који се манифестује у ширењу обима властите законске или судске надлежности у међународном приватном праву., без обзира на одговарајући, и оправдани, интерес других земаља за применом властитих прописа у датој ситуацији.

#### **А. Тзв. објективни фактори локализације приликом конципирања колизионих норми**

1.1. У нашим претходним излагањима већ смо споменули изванредан број фактора локализације, као и њихову могућу употребу у појединим сегментима односа међународног приватног права. Такође, указали смо и на неке чиниоце од утицаја на њихов избор. У интересу добијања потпунијег увида у ову проблематику, која свакако представља основну преокупацију теорије о сукобу закона и начинима како га решити, укратко ћемо се осврнути на најчешће коришћене факторе везе и њихов опсег примене у упоредном законодавству и судској пракси неких држава.

1.2. *Држављанство* има карактер примарне одлучујуће чињенице код одређивања меродавног закона за личне, статусне, породичне и наследне односе физичких лица. У томе предњаче европске државе, као и већина земаља Азије и Африке. Притом се

обично наводи да је основни разлог за то њихов емиграциони карактер и настојање да се њихови држављани правно „вежу“ за домаће прописе и онда када се фактички налазе у домену примене страних закона државе у коју су емигрирали или се из других разлога налазе под њеном јурисдикцијом. Као додатни мотив у прилог томе наводи се да држављанство као тачку везивања одликује значајна постојаност, с обзиром на, по правилу, строге услове који се од странаца захтевају приликом стицања домаћег држављанства<sup>1</sup>.

1.3. Независно од понуђене аргументације, мислимо да се такво оправдање за место и улогу ове тачке везивања мора узети уз извесне резерве. Тврдња да је држављанство својствено искључиво емиграционим државама не важи без изузетка. Наиме, постоје државе које су задржале исти однос према њему као одлучујућој чињеници, иако су одавно престале да буду извозници дела домаће радно способне популације у економски моћне (по правилу, имиграционе) државе, постајући у међувремену и саме њихов увозник (н.пример, Италија, Немачка). Са друге стране, ова везна околност показује немоћ када треба одредити лични или наследни статут лица без држављанства (апатриди), као и оних који имају двојно држављанство, а да притом ни једно од њих није домаће. У таквим, реално могућим, случајевима, у први план избијају други фактори везе, попут пребивалишта или редовног боравишта (белгијско право, н.пример), уколико ови указују на једну од држава чији је то лице држављанин. Уколико се ни тај начин не би могла извршити његова национална „локализација“, такво лице ће из хуманих побуда и потреба решавања конкретног случаја, бити третирано као домаћи држављанин. или ће се ова одлучна чињеница дефинисати на бази низа релевантних околности које указују на ближу везу истог са неком државом (тзв. принцип ефективног држављанства).

2.1. *Пребивалиште* (домицил) физичког лица као одлучна околност представља доминанту, углавном, у државама имиграције, као и у Швајцарској, В.Британији, САД, скандинавским земљама и у већини држава латинске Америке. Та констатација вреди за она иста питања за која је такву улогу имало држављанство у претходно

---

<sup>1</sup> Потврда за то јесте и општеприхваћен принцип да је за оцену да ли једно лице поседује домаће држављанство меродавно право те исте државе (*lex fori*).

цитираним примерима. односа. међународног приватног права. Ово опредељење у пуном је складу са настојањем ових земаља да правно обавезу она лица која су трајно настањена на њиховој територији, независно од њихове националне припадности. На тај начин оне остварују потпуну правну контролу над њима још од момента уласка на домаћу територију, и без обзира на то какво је решење о избору меродавног права заступљено у домовини тих лица. у конкретном случају. Томе у прилог говори и надлежност локалних судова по критеријуму домицила туженика. (тзв.тенденција *to stay at home*).

Будући да по дефиницији домицил представља место у држави у којој је једно лице вољно и трајно настањено, то би се дало претпоставити да се у њему одвијају његове основне животне активности, да у њему живи са породицом, поседује имовину, ради, и слично. Међутим, у пракси се показало да не мора увек бити тако. Понајпре зато што је за сам појам пребивалишта у смислу међународног приватног права неопходно да постоји несумњиво изражена воља (намера) на страни оног ко претендује на његово задобијање у домаћој држави (*animus semper vivendi*). С обзиром да у националним законима, по правилу, нису садржани елементи на бази којих би се таква намера могла поуздано установити, отуд и основна слабост овог фактора везивања. О томе, уосталом, говоре примери из судске праксе једног броја држава у свету.<sup>2</sup>

2.2. Околност да у класичном појму домицила преовладавају правни, а не фактички моменти, учинила је да се догађало да једно лице само формално има пријављено пребивалиште у дотичној

---

<sup>2</sup> Полазећи од једног прецедента из далеке 1854. године, према којем ни једно лице у исто време не може имати два домицила, те за случај да има два дома (*home*) у различитим државама, треба узети да му је пребивалиште тамо где му се налази главни дом (случај *Forbes*, 1854. Кау 341,367), енглески судови изгледа нису имали једнака мерила када је ваљало утврдити где се заиста налази домицил једног лица. Тако је у случају *Ramsay* из 1830. године суд стао на становиште да једомицил једног Шкота остао у Шкотској, мада је исти 35 година живео оу Ливерпулу као подстанар, али и са својом породицом, сматрајући да је од одлучног значаја било то што је поменуто лице у тестаменту себе описало као Глазговљанина. Насупрот томе, у случају *Huntly v. Gaskell* из 1906. суд је узео да је домицил једног Шкота био у Енглеској, само зато јер би применом шкотског закона о наслеђивању некретнина (које су чиниле предмет његовог завештања и налазиле су се у Шкотској) била ограничена његова слобода тестирања.

држави, а да му се истински центар животних активности налази у другој држави. Таквог недостатка постала је свесна и правна наука која је у неким државама утицала да се донекле промени његово поимање. Тако, рецимо, у праву САД (чл.16 и 18. *Restatement-a II*) за стицање вољног домицила (*domicile of choice*) неопходно је да једно лице и физички буде присутно у једном месту, као и да постоји његова намера да га, макар и привремено, учини својим домом .

Чини се, ипак, да белгијски закон о међународном приватном праву из 2004. године најбоље одражава промену курса у дефинисању ове везне околности. У чл. 4 закона каже се се под домицилом разуме место (држава) у коме је једно лице евидентирано у посебном регистру или се налази на листи чекања странаца која је установљена у Белгији.

3.1. *Редовно боравиште* представља место у једној држави у којој је неко лице социјално интегрисано односно у којем се оно налази извесно дуже време, а да то није уједно и место његовог домицила. Као и када се ради о условима за заснивање пребивалишта у домаћој држави, тако се и за постојање редовног боравишта тражи дужи боравак, али без манифестације намере трајног живљења у њему. Другим речима, за концепт редовног боравишта није неопходан вољни моменат (*animus semper vivendi*), који представља главну карактеристику појма домицила у смислу међународног приватног права.

Међутим, ни његовом елиминацијом, чини се, није унето више правне сигурности у погледу правне ситуације једног лица, с обзиром да од праксе органа домаће државе зависи закључак о томе. Један од начина за превазилажење таквог стања ствари јесте прецизније одређење његових „градивних“ елемената у националном законодавству, управо онако како је то учинио белгијски законодавац. У смислу тог закона под редовним боравиштем разуме се „место у којем је једно физичко лице настањено, без обзира да ли је томе претходила његова регистрација или претходна дозвола боравка односно настањивања .Да би се оно утврдило односно стекло, нарочито је потребно повести рачуна о околностима које указују на трајност веза са тим местом или на његову намеру да одржава такве везе са њим.“



3.2. У критичком осврту на изложене карактеристике одлучујућих чињеница о којим је претходно било речи, посебно када се ради о домицилу, потребно је указати на неке његове специфичности и тумачење у пракси судова у Великој Британији. Право ове државе, наиме, упркос једног броја прописа који су унели значајне помаке у концепту пребивалишта (удате жене, на пример), још увек се ослања на схватања судске праксе, при чему је задржано схватање да се према овом закону цени пословна способност физичких лица, но једино код предузимања послова неимовинског карактера. Пословна способност у материји имовинских правних послова, пак, остаје потчињена закону државе у којој долази до њиховог закључивања односно предузимања.

Према неким изворима, међутим, постоји јака тенденција да се проблем пословне способности у уговорној материји реши законом који је надлежан за сам уговор (*proper law of the contract*). Разлог за то тражи се у захтевима савремене трговине (н.пример, *Charrou v. Montreee Trust Co.*, 1958). Исто образложење важи и када је реч о меничној способности, где без изузетка важи правило *lex loci actus*. Тај закон је уједно и *proper law* за меницу<sup>3</sup>.

Иако би се дало претпоставити да је способност за склапање брака у праву ове државе регулисана законом домицила вереника, с обзиром да се ради о заснивању неимовинског односа, то ипак није случај, већ се она уређује законом државе склапања брака (*lex loci celebrationis*).<sup>4</sup>

4.1. Место налажења ствари је везна околност помоћу које се долази до меродавног закона за стицање права на стварима, као што је својина, залога, службености, или друга ограничена стварна права. Држава у којој се ствар налази у одлучном тренутку представља врло чврсту тачку ослоња приликом избора реалног статута. То поготову важи када се ради о праву својине (и другим стварним правима) на непокретностима. Томе у прилог говори њихова статичност, тако да се у сваком моменту тачно зна где је њихова локација. Због тога правило *loci ubi res est* има вишевековну

<sup>3</sup> Cit. H.P.Glenn: La capacite de la persone en droit international prive fancais et anglais, Paris, Dalloz, стр. 156, 157, 159.

<sup>4</sup> Glenn, исто, стр. 225.

универзалну примену у овој области међународног приватног права. Шта више, надлежност реалног статута (*lex rei sitae*) у већем броју држава вреди и у погледу наслеђивања и садржине наследних права на овој врсти објеката. „Везивна“ снага ове чињенице имала је утицај и на нека законодавства да, без обзира на другачије одређење домаће колизионе норме у материји наслеђивања (нпр., држављанство или домицил оставиоца као тачке везивања), уваже односно поведу рачуна о прописима државе у којој се налазе непокретне ствари које чине предмет наслеђивања. У оваквом гесту треба видети доказ да ова врста ствари чини резервисани домен сваке државе, а да локални прописи о њиховом стицању, без обзира на основ, неретко спадају у област тзв. полицијских закона односно норми непосредне примене.

4.2. Упркос апсолутне правне извесности у односу на утврђивање *situsa* непокретности и непромењивост ове околности, ствари стоје другачије ако је у питању правни режим стицања стварних права на покретним стварима. Подложне премештању из једног места (државе) у друго, каткад из разлога врло практичне природе, који наликују *fraus legis*, „проналажење“ ових ствари у простору ради утврђивања реалног статута, чини да је то место оно у коме се оне налазе у датом тренутку (заснивања ових права на њима), или оно у држави у коју су упућене као њихову крајњу дестинацију (тзв. ствари у транзиту).

Према актуелном стању ствари преовладава прво решење, јер се приликом конципирања колизионе норме *lex rei sitae* дефинише као општи реални статут. Но, ако су у питању покретне ствари који транзитирају преко територије неколико држава пре него што доспеју на своје коначно одредиште, а у међувремену дође, рецимо, до њихове продаје (танкер нафте, контејнер робе укрцане на брод, шлепер јужног вођа, и сл.), могућа су два решења. Једно је надлежност закона у држави у којој су те ствари дате на превоз и друго (доминантно) оно које важи у држави у којој је њихово крајње одредиште.

4.3. У неким скорашњим кодификација норма међународног приватног права (нпр., у Белгији) посебно се правно регулише проблем надлежног закона у односу на она покретна добра која представљају културну баштину државе, а на нелегалан начин су

изашла из домаће државе. Исто тако и у односу на украдене покретне ствари које су изнете ван домаће територије: У првом случају меродаван је закон државе којој су та добра припадала у моменту њиховог илегалног изношења из ње, или, по њеном избору, закон државе у којој су тренутно лоцирана. Но, ако домаћи закон не познаје правну заштиту савесног држаоца, држава се може одредити за заштиту коју јој обезбеђује закон земље у којој се те ствари налазе у тренутку потраживања (чл.90).

У случају крађе покретних ствари њихов власник може бирати између закона државе у којој су се оне налазиле у време крађе и оног који је на правној снази у држави када се исте потражују. Опредељење за овај други закон препоручује се уколико домаћа држава не познаје било какву правну заштиту савесног држаоца, а она је иначе прописана законима државе у којој се ствар налази у тренутку истицања захтева за њен повраћај (чл.92).

4.4. У осврту на изложено констатујемо неколико ствари. Најпре, да место налажења ствари представља доминантно решење приликом одређивања реалног статута уопште, а не као некада само у вези са непокретним добрима. Друго, овом закону подвргава се читав низ питања, као што су: постојање, природа, садржина и обим стварних права, ко су њихови титулари, преносивост, као и начин стицања, преношење и гашење истих. Прописи државе у којој је непокретна ствар лоцирана искључиво су меродавни и приликом оцене форме уговора који за предмет има ова добра. И најзад, оно што још једанпут потврђује велику снагу „зрачења“ *lex rei sitae*, то је да се, према схватању дела теорије и праксе међународног приватног права у В.Британији и САД, овом закону, између осталог, подвргава и пословна способност за закључивање уговора чији предмет представљају<sup>5</sup>.

Разлози за овако широко постављену надлежност локалног права проналазе се у економској вредности и стратешком значају ове врсте ствари. Као део државне територије, оне чине елемент њеног суверенитета, због чега су страни интересенти за њихову куповину

---

<sup>5</sup> Слично поступа и Португалско право под условом да закон *situs* непокретности захтева властиту примену када је реч о самој могућности заснивања стварних права на овим објектима.

или временски ограничену експлоатацију (закуп) у томе ограничени или потпуно онемогућени. То поготову вреди ако су у близини границе или других подручја битних за државну безбедност.<sup>6</sup>

5.1. Место предузимања правног акта представља веома старо колизионо правило помоћу којег се долази до закона надлежног за облик истог (*locus regit actum*). То практично значи да се према прописима локалног закона цени да ли један уговор треба да буде закључен у некој посебној форми (и у којој), да ли је за његову формалну ваљаност нужна службена овера државног органа или да ли његове одредбе треба да буду потписане од уговорних партнера, и слично. Прописи овог закона, надаље, дају одговор на питање да ли је за склапање брака нужна цивилна форма или је, пак, довољно да то буде облик који је пуноважан по националном закону једног или оба вереника.

Прихватање ове везне околности било је мотивисано олакшавањем међународног правног саобраћаја, будући да је налагала обавезу поштовања закона у вези са формом оне државе у којој су страна лица предузимала такав акт. На тај начин био би остварен непосредан увид и контрола правног промета од стране локалних власти и избегнут ризик њихове ништавости ако би домаћи држављани у иностранству пред страним органима били обавезни да то чине искључиво поштујући захтеве о форми из њиховог *lex patriae*. Разуме се да је респектовањем облика правног акта локалног права уједно и на линији остваривања једног ширег, правнополитичког циља – заштите интереса домаће државе у којој је акт предузет, као и обезбеђивање сигурности у правном промету.

5.2. Међутим уколико се проблем посматра из перспективе актера у правном саобраћају, ствари стоје другачије. Независно од природне склоности појединца да избегне претеране формалности уопште, па и код заснивања односа међународног приватног права, сигурно је да ослобађање од сваке форме реално није могуће. Зато је решење пронађено у факултативности овог колизионог правила, што подразумева могућност коришћења још неког облика за одређени

---

<sup>6</sup> Због тога није без основа тврдња да се у надлежности *lex rei sitae* на најубедљивији начин потврђује концепт закона нужне (непосредне) примене.

правни однос. На тај начин оставило би се више простора код оцене његове формалне ваљаности, ако би истовремено била прихваћена још нека алтернатива као резервно решење.

Имајући то на уму, велик број држава, у закону или пракси, одступио је од захтева да се искључиво поштује она форма коју познаје локални закон. Разуме се, изузеци постоје у мањем броју, у закону фиксираним, примерима. Правило о факултативном карактеру форме *locus regit actum* ипак нема исти домашај у свим областима ове гране права. Оно је, сигурно, најоучљивије у области тестаментата у међународном приватном праву: Наиме, сматраће се формално ваљаним тестамент, поднет као основ за расподелу имовине једног лица, ако је сачињен у складу са прописима о форми у месту састављања, *lex nationalis*, *lex domicilii* тестатора, *lex fori* или *lex rei sitae* (само ако се завештање односи на непокретну имовину)<sup>7</sup>.

5.3. Друга област у којој је присутно такво схватање јесте материја уговорних односа. Поред основне тачке везивања, уговор је формално пуноважан и када је закључен у облику који налаже закон надлежан за његову садржину (узајамна права и обавезе уговарача). Према томе, од тога како је одређен статут уговора, избором уговарача, на бази објективних околности случаја или полазећи од критеријума најближе везе, оцена формалне пуноважности овог акта подлеже примени различитих прописа и, сходно томе, са различитим исходом.

Исти принцип заступљен је и у Римском уговору из 1980: на облик уговора примењује се закон који важи у месту у коме је између уговарача постигнута сагласност о уговору или *lex causae* (чл.9 т.1 и 2)<sup>8</sup>.

Када је реч о форми брака склопљеног у иностранству између домаћих држављана, а пред тамошњим овлашћеним органима, сем

<sup>7</sup> Ово је решење Хашке конвенције о сукобу закона код форме тестаментата из 1961.год. које је, поред већег броја држава, у важности и за Србију од 1974.год.

<sup>8</sup> Једном приликом француски Касациони суд је, ценећи форму уговора о поклону новца депонованог у једној швајцарској банци стао на становиште да то питање треба решити француским законом, сматрајући да је место закључења уговора о поклону указивало на француску, јер је ту постигнута сагласност воља о томе. Поклонодавац је била једна Белгијанка француског порекла, чији је последњи домицил био у француској (Cass., 23.1.2001.)



врло ретких изузетака, када се инсистира на стриктном поштовању домаћих прописа о томе, највећи број држава, поред надлежности *lex loci celebrationis*, усваја допунска решења, повећавајући на тај начин шансе за опстанак брака на правној снази, упркос непоштовања домаћег права у том погледу. Најчешће се предвиђа надлежност националног закона вереника или само једног од њих. У том смислу су, рецимо, одредбе аустријског и пољског закона.

5.4. За разлику од принципијелног става француске судске праксе, према коме постоји обавезност цивилне форме брака који се закључује у домаћој држави пред органом локалне заједнице (принцип датира из 1955. год. почев од случаја *Caraslanis*), италијански судови показују велику толеранцију у том погледу. Наиме, упркос правилу да религиозној форми брака нужно претходи брак склопљен у грађанској форми, признају се у Италији и бракови који су склопљени у религиозној форми националног закона вереника.<sup>9</sup>

Национална законодавства (попут грчког закона бр.1250 из 1982.) уводе право вереника да могу бирати форму брака ако до његовог склапања долази у иностранству. На тај начин створени су услови за признање цивилних бракова домаћих држављана, иако у односима чисто унутрашњег права једина допуштена форма јесте црквени брак. Слично поступа и шпанско право у односу на домаће држављане, под условом да није утврђена њихова фразулозног у односу на прописану (црквену) форму брака која важи за домаће држављане католичке вере у овој држави.

5.5. На крају, треба рећи да од питања форме брака ваља разликовати извесне формалности, које се у неким државама појављују као додатни услови. Они се, превасходно, тичу њихових властитих држављана када склапају брак у иностраној држави пред тамошњим органима (н.пример, дозвола за склапање брака, боравак у иностраној држави у одређеном трајању, нужност претходног оглашавања брачне церемоније, и сл.). У погледу тих формалности, уместо правила *lex loci celebrationis*, примењује се закон државе која то захтева (*lex fori*).

Посебан облик брака чине тзв. *common law marriages*, који почивају на простој сагласности лица да ступе у ову заједницу

---

<sup>9</sup> У питању су били вереници муслиманске вере који су определили да склопе брак у једној памији (види: Rev. Crit.de d.i.p.,1982,str.297)

живота Мада претпостављају договор о томе, с обзиром да до тога долази без присуства надлежних државних органа и без уобичајене брачне церемоније, правило је да се овакве везе не могу сматрати браком, већ обичним конкубинатом. Зато се оне не могу признати, како из формалних, тако и из суштинских разлога, у државама у којима се може поставити питање њихове пуноважности.<sup>10</sup>

6.1 Место проузроковања грађанскоправног деликта чини ослонац законодавцу када треба да одабере колизионо решење за таква питања, каква су: противправност понашања, деликтна способност или одговорност, врста и обим штете која се накнађује, разлози који доводе до деобе одговорности или умањења обавезе на страни штетника, и сл. Ситуација у вези са „локализацијом“ ове чињенице потпуно је јасна ако и радња и њена последица указују на једну исту државу Проблеми настају уколико то није случај. Отуд је на судској пракси, ако о томе нема упутства у закону, да пружи тумачење о томе где се налази место деликта и, сходно томе, одреди шта представља *lex loci delicti* у конкретном случају.

6.2. Један од основних разлога опредељивања за ову одлучну околност по схватању дела науке међународног приватног права, налази се у томе да се ради о једном недопустивом (противправном) понашању, које је веома слично кривичном делу, па је зато примена истог у функцији заштите домаћег правног поретка. Ово становиште подложно је критици из више разлога. Један од најбитнијих је тај да је сврха одговорности у материји кривичног права кажњавање појединца и превенирање будућих кривичних дела, док је у сфери одговорности за проузроковану штету акценат стављен на уштрб који трпи једно лице у његовој имовини. Осим тога, деликтна понашања, која, по правилу, нису планирана, обухватају знатно шири круг лица обавезних на накнаду штете проузроковане другима, у поређењу са починиоцима кривичних и других правно кажњивих дела, која одговарају првенствено личношћу, под условом да су кривично одговорна, а тек субсидијарно својим имовинским добрима.

6.3. Класично колизионо решење (*lex loci delicti commissi*) може се показати недовољно утемељеним, уколико се не води рачуна и о осталим елементима везивања противправног понашања за

---

<sup>10</sup> Оваква заједница живота изједначава се са браком у неким од САД, као и у Шкотској и неким латино-америчким државама (тзв. *uniones de hechos*)

другу државу, захваљујући којим се може показати да деликт има ближи однос са њом, него са оном у којој је уследила радња која је била узрок штете. Све то, свакако, утицало је на померање тежишта одређивања надлежног права ка неким другим факторима везивања, најпре у пракси судова, а потом и у националним законима.

Без намере да се детаљније бавимо одступањима или неким другим „умекшавањима“ ригидности правила *lex loci delicti*, констатујмо, најпре, да се у том поступку, који треба да исправи општост колизионе норме, акценат ставља на заједничко држављанство или редовно боравиште страна у тако насталом односу, на место (државу) у којој су наступили и узрок и последица, или, ако то не би било могуће, на примену закона по принципу блискости тако настале облигације и одређене државе (такво је, рецимо, решење белгијског закона).

6.4. Илустрације ради ту тенденцију приказаћемо и на примеру енглеског права, које је у овој материји прошло кроз три развојне фазе. Према решењима *common law* искључиво се примењивао закон државе деликта, уколико је разлог за тужбу настао у овој држави. Без икаквог утицаја на то била је чињеница да, рецимо, сви остали елементи указју на јачу повезаност случаја са неком другом државом (н. пример, *Mettal and Rohthoff AG v. Donaldons Lufkin & Janrette Inc.*, 1990). Притом, енглески закон меродаван је и за квалификацију понашања као противправног. Зато је једном приликом (*Diamond v. Bank of London and Montreal*, 1979, ₤.333) поводом штете која је настала захваљујући немарном професионалном обавештењу у држави добијања те информације, било примењено енглеско право, без обзира на чињеницу где је настала штета. Разлог за то нађен је у околности да је баш у тој држави настао разлог тужбе.

За случај да је разлог тужбе настао у некој другој држави, тужилац је морао да докаже да су чињенице које повлаче одговорност и противправност радње (или пропуштања) једнако третиране и у Енглеској и у држави у којој је деликт почињен. Другим речима, противправност мора постојати и по једном и по другом закону да би тужилац успео са својим захтевом. Само тада енглески



суд може применити страни *lex loci delicti* (*Boys v. Chaplin*, 1971, АС. 356)<sup>11</sup>.

У последњој етапи еволуције енглеске судске праксе потврђен је принцип о могућој примени страног закона, када је енглески суд примењивао страно право, без обзира на чињеницу што је деликт био почињен у иностранству (н.пример, *Red Sea Insurance Co.Ltd. v. Bouygues SA*, 1995).

6.5. Иако најновији законски прописи у овој држави из 1995.год. (*Private Int. Law – Miscellaneous Provisions Act*) не дефинишу појам деликта<sup>12</sup> генерално колизионо правило, садржано у *Sect. II* закона, указује на надлежност права државе проузроковања деликта. Проблем искрсава ако све релевантне околности не указују на исту државу. Тада уместо поузданог ослоњања добијамо правну фикцију места деликта (*A.Brigs*). У циљу превазилажења таквих случајева, предвиђа се надлежност закона државе у којој су се догодиле најзначајније околности из којих је настао деликт. Према неким схватањима, очито је у питању принцип најтешње везе, који је већ раније био постављен од стране *common law*.

Међутим, до примене страног *lex loci* не долази ако би домаћи суд морао да примени стране јавноправне прописе у области кривичног или фискалног права, норме које у енглеском праву иначе имају императивни карактер (*mandatory rules*) или стране прописе о процедури, а поступак се одвија пред домаћим судом.

## **Б. Тзв.субјективни фактори локализације**

1.1. Значајан број држава у свету допушта да посао око утврђивања индивидуално најпогоднијег права обаве сами учесници у правном промету. Таква слобода важи, по правилу, за већину

---

<sup>11</sup> Чињенично стање случаја: енглески суд применио је властито право на захтев једног енглеског војника који је страдао у саобраћајном удесу на Малти, при чему је виновник штете био, такође, енглески турист. Суд је сматрао да је примена *lex fori* умеснија од локалног права (државе удеса), јер је случај био у ближем контакту са Енглеском, него са Малтом.

<sup>12</sup> Према Brigs–у (*Conflict of Laws*, Oxford, Univ. Press., 2001, стр.180) под овим би требало разумети не само она понашања која се по енглеским законима третирају као недозвољена, већ обухвата све тужбене разлоге који су у једном општем смислу третирани као противправни.

уговора међународног приватног права, уколико таква могућност не би била искључена с обзиром на њихов предмет или значај за домаћу државу, као и с обзиром на нужност заштите темељних правних принципа *lex fori*. Стога, општи оквир страначке аутономије у смислу ове гране права, чине прописи императивног карактера и установа јавни поредак домаће државе у којој се то питање поставља. Захваљујући неким новим кодификацијама норми међународног приватног права (н.пример, белгијски закон из 2004.године), домен те слободе значајно је проширен ван уобичајених лимита, тако да им је та могућност призната и када се ради о меродавном закону за одређивање висине накнаде штете која је проистекла из грађанско-правног деликта, у материји развода брака, брачног имовинског режима, обавези издржавања, тестаменталног наслеђивања, и сл.

2.1. Осим тога, једна од одлика правног домета ове слободе страна у односима које својим нормама покрива међународно приватно право, јесте да, независно од начелно значајних могућности за њену реализацију, национални законодавац и на други начин врши њено сужавање. Дијапазон коришћених средстава у том правцу иде од поменутог условљавања поштовања императивних норми и јавног поретка *lex fori*, па до њеног ограничавања (у закону) или потпуног искључивања, уколико би избором надлежног права били повређени интереси оне од страна која се сматра „слабијом“ у датом односу (н.пример, радник у уговору о раду или потрошачи код уговора који се закључују са њима). Идентична ситуација важи и у домену одређивања надлежног закона у материји стварноправних односа поводом непокретности, уговора о обавезном осигурању, и сл.

3.1. Надаље, аутономија воље уговорних страна, као одлучна околност приликом одређивања надлежног права за оцјену права и обавеза које су постале спорне, претежно због неизвршавања или манљивог извршавања уговорних обавеза, мора да буде изражена на законом предвиђен начин. Прописи неких држава захтевају, такође, да између изабраног статута уговора (*lex autonomiae, lex contractus*) и једне државе, мора постојати одређена, стварна односно разумна веза, како би клаузула о томе била призната као ваљана односно пуноважна. (н.пример, у Пољској, САД, Енглеској, Аустрији). Право Португалије, пак, тражи да би учињени избор могао бити правноваљан, потребно је, поред осталог, и да он произилази из неког „озбиљног интереса уговарача“ (чл.41 Грађанског законика).

4.1. Још су стриктнија ограничења аутономије воље страна када домаће право допушта једино избор једног са листе закона који је садржан у њему (н.пример, избор између закона државе у којој је уговор закључен или у којој треба да буде извршен, надлежност *lex fori* односно заједничког *lex patriae* страна у односу, итд.). Тада се њихово право претвара у обавезу, уколико не желе да њихов однос буде регулисан помоћу неке из категорије објективних тачака везивања или коришћењем критеријума најближе везе на бази тих истих околности.<sup>13</sup>

Извесни практични проблеми могу настати за националне судове ако нема клаузуле о избору или услед њене непуноноважности из било ког разлога. Ово тим пре и више када у законима или у судској пракси нема редоследа у примени алтернативних решења о меродавном праву за однос у питању, што је и иначе врло чест случај. Према схватању дела доктрине у В. Британији, тада се примењује закон државе са којој је уговорни однос у најближој вези односно са којом показује *the most real connection*. (*Graveson*). Зато, тврди се, сваки уговор има свој *proper law*, чак и онда када недостаје одредба о избору. Тада се закон уговора одређује узимањем у обзир појединих околности, као што су: место закључења уговора, место његовог извршења, али учињени избор мора бити узет у обзир и тада када је он оправдан другим чињеницама објективног карактера (н.пример, *Vita Food Productions Inc.v. Unus Shipping Co.*, 1939, A.C.277).

5.1. Одређивање меродавног закона може бити учењено и помоћу принципа тзв. карактеристичне престације, која је унапред фиксирана у закону за одређену врсту уговорног односа. Такав вид одређивања меродавног закона као супсидијарног (резервног) решења познат је у неким, претежно, новијим, кодификацијама норми међународног приватног права. Он почива на ставу о томе да у сваком уговору постоји обавеза једне уговорне стране која се издваја, која је типичнија у односу на чинидбу друге. Она, дакле, даје печат конкретном правном односу и посредством ње остварује се ближа веза између конкретеног уговора и одређене државе.

---

<sup>13</sup> Тако, рецимо, право Бразила допушта избор статута уговора само ако је и место његовог извршења у Бразилу.

6.1. У критичком осврту на улогу аутономије воље као околности субјективног карактера приликом одређивања меродавног закона за уговор (или неки други однос ове гране права), треба казати следеће.

Без обзира на њен релативно значајан опсег примене, с обзиром на разноврсна ограничења која потичу из *lex fori* (попут јавног поретка и когентних норми домаће државе, које се односе на сам предмет или начин извршења уговора, монетарне прописе, и сл.), као и оних која потичу из лимитираног броја алтернатива у избору закона уколико недостаје споразум о томе, те одсуства унапред (по броју и квалитету) утврђених мерила и редоследа њиховог коришћења, чини се да све више на значају добијају неке друге околности. Иако објективне по својој природи, њихова „везивна снага“ у знатној мери зависи и од оцене судова једне државе, при чему се, по правилу, предност даје њиховом збиру, а много ређе њиховим појединачним узимањем у обзир. Таквим поступком остварује се темељно начело сукоба закона – одређивање меродавног права на основу блискости контакта између предмета колизионе норме и права неке државе.

7.1. На питање, да ли се у таквом поступању могу наслутити знаци напуштања колизионог метода, као класичног начина долажења до решења избора права у конкретној ситуацији, мислимо да се може одговорити негативно. Најпре, зато што откривање „најближе везе“ долази тек у одсуству изричите клаузуле о меродавном закону. Иако се у подлози такве солуције налазе искључиво објективни моменти (околности, фактори), као што су: држављанство, редовно боравиште или домицил физичког лица, заједничко држављанство или боравиште страна у односу, место предузимања правног акта, *lex fori*, место настанка или извршења једног уговора или другог правног акта, држава у којој се налази предмет неког стварно-правног односа, и томе слично, на тај начин није „протеран“ субјективизам из домена решења колизије закона. Ово стога што судија својом одлуком (о субсидијарно меродавном закону), на бази критеријума о степену и релевантности контакта односа са неком државом, надомешћује „мањак“ изазван непостојањем или непуноважношћу клаузуле о избору. На такву тврдњу без утицаја је различита терминологија о том феномену у појединим државама.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Тако, рецимо, француски судови често користе термин „околности случаја“, водећи притом рачуна и о поштовању принципа тзв. економије уговора. У новије

### **3. Тзв. клаузуле одступања**

1.1. Ради се о прописима који су, углавном, садржани у модерним кодификацијама норми међународног приватног права. Њихова суштина огледа се у корекцији класичног колизионог начина уређивања односа ове гране права. Њихова намена, пак, састоји се у налогу органу примене колизионе норме да одступи од примене оног националног закона на који је указала, ако утврди да се спорна ствар (питање, однос) налази у много приснијем контакту са неком другом државом, док су њене везе са државом чије је право индиковано колизионом нормом занемариве.

Таквим методом решавања питања колизије закона, међутим, није напуштен класичан начин одређивања надлежног права у односима ове гране права. Оно што се њиме врло снажно афирмише, то је принцип најближе везе и то, рекли бисмо, до крајњих граница. Једна од последица њиховог постојања јесте да колизиона норма у доброј мери губи карактер апстрактности, а избор меродавног закона све више постаје казуистичан. Ово због тога што се узимају у обзир све правно релевантне везе конкретног случаја (односа, ствари) са неком другом државом (или државама), чиме се избор *lex causae* своди на одређивање индивидуално најпогоднијег закона за примену.

2.1. Усвајањем клаузуле изузетка национални законодавац показује да овом проблему не прилази механички. За илустрацију те тврдње нека нам послужи решење белгијског закона о међународном приватном праву, који каже да се при избору меродавног закона „посебно води рачуна о предвидљивости (сазнатљивости, М.Р.) страног закона који се примењује, као и околности да је однос о коме се ради регуларно настао по одредбама међународног приватног права државе са којом показује да је у вези.“ Треба још напоменути да се ове клаузуле не примењују ако је меродавно право одређено споразумно (чл.19 закона).

Са друге стране, швајцарско право (закон из 1987. године) полази од истог концепта, али са нагласком на императивне одредбе

---

време у одређивању субсидијарно надлежног закона за уговор, домаћи судови везују се за *lex patriae communi* уговарача, а у његовом одсуству, приклањају се примени закона државе закључења или извршења уговора.

стране државе, уместо оне која је првобитно била индикована домаћом колизионом нормом: „Када легитимни и очито виши интереси са становишта швајцарске концепција права то налажу, примениће се императивне норме другог закона, а не оног на чију надлежност указује домаћа колизиона норма, под условом да ситуација има ближе везе са тим законом.“

3.1. У осврту на овај вид одступања од стандардног начина решавања сукоба закона треба указати на неколико ствари.

Најпре, да он по себи представља један много флексибилнији приступ централном питању међународног приватног права, у настојању да се дође до најприхватљивијег решења за једну или обе стране у односу. Тим поступком, чини се, покушава се оживети концепт о тзв. *the better law*, који води порекло из америчке теорије међународног приватног права. Затим, имајући у виду да се приликом одређивања „бољег права“ води рачуна једино о објективним факторима локализације односа, то овакав метод показује да ипак није сасвим ослобођен од субјективности оног чија је обавеза да открије које је то право, и које су и какве везе односа са једном државом имале одлучан значај на његову процену. Ако је овај концепт, рецимо, пожељан у области деликтних облигација (у вези са утврђивањем одговорности за наступелу штету или висином накнаде након њеног наступања), као самосталан или у комбинацији са принципом *favor victimae*, он нема једнаку применљивост у погледу неких других односа (н.пример, у домену стварноправних односа поводом непокретности, код породичних односа у ширем смислу или уговорних облигација са елементима иностраности). Ово нарочито зато што се код неких од њих обраћање класичним колизионим решењима (тачкама везивања) показује сасвим довољним и не изискује никакве корективе при избору надлежног права. Сем тога, у њима, више него другде, има места деловању закона нужне примене *lex fori*, али и за аутономију воље уговорних страна. На тај начин, рачунајући и са могућношћу позивања на институт јавног поретка, битно се смањују шансе обраћања на одредбе страних закона односно на њихову ефективну примену са једне стране, али се зато свакако проширује домашај примене домаћег права, са друге..

## Уместо закључка

1. С обзиром на сврху и крајњи циљ, колизиона норма указује на надлежност закона државе, који је, по схватању домаћег законодавца, објективно посматрано, у најближем односу са правним питањем (односом; ствари, чињеницом) које је било повод за њено доношење. Принцип најближе везе, дакле, чини основ за избор једног од више заинтересованих националних законодавстава за његово правно регулисање.

2. Независно од начина на који законодавац изражава своје поимање појединих одлучних околности, у виду одређивања само за једну од њих или, чешће, већи број истовремено, у алтернативном или кумулативном односу (ређе), утврђивање правно релевантне (довољно „тесне“) везе са подручјем једне државе, као приступ, није сасвим лишено неизвесности. Околности које му служе да право неке државе прогласи „најближим“ односу у питању, јесу чињенице објективног карактера, али је њихова оцена субјективна. Самим тим, поготово ако у закону нема одредаба којима се ближе одређује њихова појединачна вредност или недостаје постојана судска пракса о томе, питање одређивања меродавног закона према овом критеријуму постаје више фактичко, него правно.

3. Најближа веза, међутим, доживљава своју праву конкретизацију онда када јој је, вољом законодавца, признато својство резервног (помоћног) основа за одређивање надлежног права.. Сличне потешкоће као у претходном случају, када је најближа веза третирана као темељни принцип на коме почива колизиона норма, показују се нарочито приликом њене операционализације у пракси. Шта више, оне су и увећане ако се зна да је у неким случајевима, захваљујући изузетном значају конкретног питања или односа међународног приватног права за правни поредак *lex fori*, искључено обраћање на његове колизионе нормe. Наиме, за те случајеве домаћи законодавац налаже искључиву примену властитог права, независно од упутства из његове колизионе нормe (тзв. закони непосредне примене).

4. Критеријум најближе везе постаје неоперативан и онда када, помоћу колизионе нормe одређено странo право, својом евентуалном применом, доводи у питање садржину домаћег јавног

поретка. За разлику од закона који се непосредно примењују, и који стога потпуно „искључују из игре“ колизионе норме, у овом случају претпоставља се њено функционисање, али се превентивно отклањају негативни ефекти истог.

Разуме се да одређивање меродавног закона споразумом страна у односу (најчешће, уговорних) имплицира закључак да је то право „најближе“ њиховим потребама и очекивањима. Зато се у неким националним законима и изричито подвлачи да је истраживање најближег права у том случају искључено због опције неограничене аутономије воље, уколико су је стране у односу већ искористиле.



Milorad Ročkomanović, LL.D, Full Professor

**THE PRINCIPLE OF THE CLOSEST RELATION AND THE  
SOLUTION OF CASES OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW –  
FROM THE BASIC IDEA TO THE REALIZATION OF THE GOAL  
OF THE COLLISION RULES**

**Summary**

*The paper represents an attempt on the part of the author to acquaint the reader with the ways practiced by the competent law in regulating the relations in International Private Law. That is the reason the author brings forth the deciding factors and their influence upon the legislator for a concrete decision in the collision of laws. Apart from the objective, there are the subjective points of contact, at which the latter come to the surface through giving freedom to the parties in the given legal relationship (most often in the contracts with the elements of international character) to decide for themselves the law for their relationship. In addition, even when the legislator supposedly does not set any limits in that respect, the parties when choosing the law ought to take into account the cogent rules of home law, as well as the rules of public policy *lex fori*. The legislator, on the other hand, can authorize the judge not to apply the solution of the collision of laws prescribed by his collision rules, in case there is a stronger relation between that legal relation and some other country (general clause of exemption). By means of this method, which takes us to the disclosure of the closest to the relation in question, one wants to eliminate the abstractness of the collision rules, and in any concrete case, as much as it is possible, come to the individually most proper solution. However, this method has inherent dangers for the judge in charge of this matter. His decision will depend primarily on his knowledge, skill, sense of justice, but equally on the ability to be above the legal chauvinism, acknowledging the closer contact, which means “the stronger law” to the foreign law as “closer” in comparison with the home one.*

**Keywords:** *conflict of laws, localization factors, closest connection principle, general exception clauses*

