

Др Мирко Живковић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-24464

UDK: 341.9(497.11)
Рад примљен: 16.12.2019.
Рад прихваћен: 25.12.2019.

ОСВРТ НА НЕКА ПИТАЊА СРПСКОГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА**

Апстракт: Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982/3) на снази је у Републици Србији готово четири деценије. О њему и решењима која садржи написана су два Коментара (још за време постојања бивше СФРЈ), као и велики број монографија и чланака. Судска пракса је такође доступна у појединим електронским базама података. Тако се готово стиче утисак да је о њему све речено и да су све дилеме у његовој примени отклоњене. Међутим, увек се може бацити нови поглед на поједине установе, судску праксу или литературу и још једном размислити о већ устаљеним схватањима и тумачењима. Управо томе је посвећен овај чланак. Поједина питања се поново разматрају, с једином намером да се евентуално да допринос будућој кодификацији српског МПП-а, која несумњиво предстоји.

Кључне речи: нејединствени правни поредак, утврђивање садржине страног права, меродавно право за развод брака, формални претпостављени реципроцитет и права странаца, реторзиона надлежност.

* raklestica@yahoo.fr

** Рад је резултат ангажовања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број 179046 D).

1. Увод

Правна литература о питањима међународног приватног права у нашој земљи је прилично богата. Наравно, у тај корпус уџбеника, монографија и чланака сврставамо и радове аутора из бивших југословенских република, сада самосталних држава. Разлог томе је што је Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља донет 1982. године (ЗРСЗ),¹ у време постојања СФРЈ, а исто тако, што је и након распада заједничке државе релативно дуго важио и био примењиван као закон сваке од новостворених држава. Данас, овај закон је на снази у Републици Србији и Босни и Херцеговини (као закон ентитета, Републике Српске и Федерације БиХ).

О закону је, дакле, доста писано, и у време постојања СФРЈ и касније, у новоствореним државама. Међутим, како то већ бива, увек се може неко питање сагледати из новог угла, одређеној дилеми дати неко другачије тумачење или се могу преиспитати нека већ уврежена схватања. Руководећи се таквим размишљањем, покушаћемо да се у овом раду осврнемо на нека питања нашег међународног приватног права.

1.1. Да ли држава са сложеним правним поретком може бити без унутрашњих колизионих норми?

Када се ради о примени домаће колизионе норме на право државе са сложеним (нејединственим) правним поретком, познато је да то питање уређује члан 10 ЗРСЗ. Реч је о томе да је у страниој држави, на чију примену указује домаћа колизиона норма, законодавац овластио одређене територијалне јединице да самостално уређују материју приватног права (нпр., статусне, наследне, породичне односе). По правилу, територијалне јединице, користећи законодавна овлашћења која су добиле од централне власти, доносе своје прописе у одређеним доменима, често међусобно веома различите. Зато је за судију који примењује домаћу колизиону норму (у овом случају нашег) важно да зна начин на који ће у конкретном случају изабрати меродавно право ужег правног подручја унутар такве државе.

Правни писци су, тумачећи члан 10 ЗРСЗ, дали прихватљиво и поједностављено објашњење. Они истичу да се приликом решавања овог проблема најпре примењује „принцип једноступености“ (или „непосредног избора“), што значи да домаћи судија користи (наставља да примењује) домаћу колизиону норму и за одређивање ужег правног подручја унутар државе са сложеним правним поретком (Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 43; Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, 2011; 203; Đorđević, Meškić, 2016: 58).

1 Сл. лист СФРЈ, 43/82, 72/82, Сл. лист СРЈ, 46/96.

Домаћа колизиона норма, дакле, не указује само на државу са сложеним правним поретком, већ и на уже правно подручје унутар ње. То је могуће због тога што је највећи број тачака везивања територијалног карактера и погодан да изврши и непосредну локализацију и одреди релевантно уже правно подручје (Станивуковић, Живковић, 2015: 317). Притом, наш судија у овом случају не води рачуна о унутрашњим колизионим нормама државе са сложеним правним поретком. Међутим, ако је тачка везивања садржана у колизионој норми држављанство, тешко је на овај начин доћи до решења. Најчешће, не постоји држављанство ужих правних подручја (нпр., ако су у питању провинције, кантони), а ако и постоји (нпр., када се ради о федеративно уређеним државама), већински је став да то држављанство није истог ранга као и држављанство саме државе са сложеним правним поретком и да се не може користити за одређивање меродавног права. У таквој ситуацији треба применити „принцип двостепености“ („посредног избора“), односно одређивање релевантног ужег правног подручја (те тиме и меродавног права унутар сложене државе) треба препустити њеним унутрашњим колизионим нормама. Према томе, домаћа колизиона норма доводи судију до прага државе са сложеним правним поретком, а избор ужег правног подручја врше њене унутрашње колизионе норме. Уколико ни на овај начин не може одредити меродавно право, како предвиђа став 2 члана 10 ЗРСЗ „... меродавно је право подручја у тој држави са којим постоји приближа веза“.

На овај начин стигли смо до критичног места. Питање је када ће се уистину применити ово треће решење (принцип најближе везе)?! Законодавац наводи да ће то бити случај „Ако се меродавно право државе чији правни поредак није јединствен не може утврдити на начин предвиђен у ставу 1. овог члана...“. То управо значи када „принцип једностепености“ и „принцип двостепености“ не дају жељени резултат, односно не указују на право ужег правног подручја. Но, када ће се то практично догодити када се ради о „принципу двостепености“? Навешћемо објашњења дата у два приручника за полагање Правосудног испита. У првом приручнику, читамо (да је) „...проблем са овим решењем у томе што многе земље, иако имају нејединствен правни поредак, немају своје унутрашње колизионе норме“, тако да „ако нема унутрашњих колизионих норми или оне не пружају решење, меродавно је право подручја унутар државе са којим постоји најближа веза“ (Кнежевић, Павић, 2008: 30–31). У другом приручнику, наведено је (да се) „... може догодити да држава на коју упућује колизиона норма међународног приватног права нема сопствена правила о решавању унутрашњег сукоба закона“ (Марковић Бајаловић, 2014: 57). Следствено томе, „ако се меродавно право не може одредити на описани начин (држава

у питању нема норме о решавању унутрашњег сукоба закона), примениће се право подручја у тој држави са којим постоји најближа веза (члан 10 став 2 ЗМПП)² (Марковић Бајаловић, 2014: 58).

Питамо се сада да ли је стварно могуће да нека држава са сложеним (нејединственим) правним поретком нема норме о решавању унутрашњег сукоба закона? Очигледно је да то није могуће. Таква држава мора да решава унутрашње сукобе закона да би уопште могла да функционише. Чињеница да на њеној територији постоји више правних поредака и да грађани који живе у сваком од њих свакодневно ступају у најразличитије приватноправне односе јасно говори у прилог постојања унутрашњих колизионих норми. Таква држава мора имати унутрашње колизионе норме због себе саме, како би омогућила нормални живот својих грађана са различитих правних поредака и нормално одвијање правног саобраћаја између њих. Не доноси она унутрашње колизионе норме због страних држава чије колизионе норме међународног приватног права могу упутити на примену њеног права, а она им олакшала одређивање ужег правног подручја.

Друго је питање на који ће начин држава са сложеним правним поретком регулисати проблем унутрашњег сукоба закона на својој територији. Она одлучује да ли ће донети *посебне* колизионе норме намењене решавању само унутрашњих сукоба закона (као што је то био случај у бившој СФРЈ² или сада у Босни и Херцеговини³) или ће колизионе норме међународног приватног права, намењене решавању сукоба закона са међународним елементом *истовремено* користити и за решавање унутрашњих сукоба закона (као што је то случај са колизионим нормама садржаним у шпанском Грађанском закону). Исто тако, одлучује да ли ће унутрашње колизионе норме бити јединствене за територију целе државе или ће бити донете на нивоу правних подручја, или пак, да ли ће бити садржане у законским текстовима или судској пракси. У сваком случају, унутрашње колизионе норме морају постојати и служити за нормално одвијање правног саобраћаја у држави са сложеним правним системом.

Наравно, ако је таква ситуација, логично се поставља питање зашто је онда наш законодавац предвидео треће решење (примену принципа најближе везе)? Другачије речено, ако већ тврдимо да унутрашње колизионе

2 Закон о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима, *Сл. лист СФРЈ*, 9/79 и 20/90, *Сл. лист СРЈ*, 46/96 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља.

3 У питању је исти Закон који је наведен у фусноти 3. Преузет је Уредбом са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у Босни и Херцеговини примјењују као републички прописи, *Сл. лист РБиХ*, 2/92. Мешкић, 2017: 63.

норме сигурно постоје, када оне неће бити у стању да укажу на примену норми конкретног ужег правног подручја, те се помоћ мора потражити у принципу најближе везе?

То се може десити уколико унутрашња колизиона норма садржи тачку везивања која у датом случају не указује ни на једно правно подручје унутар сложене државе, већ преупућује на право неке треће државе. Такво преупућивање се у овом случају не може прихватити јер унутрашња колизиона норма (чак и ако се ради о колизионој норми МПП-а, али овде у функцији унутрашње колизионе норме) не може остварити *renvoi* ефекат. Исто тако, унутрашње колизионе норме које су донете на нивоу правних подручја (а не целе државе) неће омогућити одређивање конкретног правног подручја јер једноставно не знамо колизионим нормама ког правног подручја дати предност и зашто, тј. којима се обратити за одређивање меродавног права. У оба ова случаја, дакле, треба утврдити *најближу везу* са одређеним правним подручјем унутар државе са сложеним правним поретком (не и изван ње) и применити право тог правног подручја.

На крају, треба рећи да је добро што наше међународно приватно право у члану 10 ЗРСЗ⁴ прихвата „принцип једностепености“ као прво решење (за разлику од других држава које комбинују „принцип двостепености“ и принцип најближе везе). Разлог томе је што држављанство као тачка везивања губи примат и битку са уобичајеним боравиштем, те ће примена „принципа једностепености“ бити све учесталија. Притом, предност „принципа једностепености“ у односу на „принцип двостепености“ је очигледна – приликом његове примене, судија треба да утврди садржину само страног меродавног права (релевантног ужег правног подручја), док приликом примене „принципа двостепености“ треба најпре да сазна како гласи страна унутрашња колизиона норма, а потом да утврди и садржину страног меродавног права (релевантног ужег правног подручја).

2. Ко треба да преведе обавештење о садржини страног права и о чијем трошку?

Када се ради о утврђивању садржине страног (меродавног) права, познато је да у нашем међународном приватном праву то питање уређују Европска конвенција о обавештењима о садржини страног права из 1968. године („Лондонска конвенција“)⁵ и члан 13 ЗРСЗ. У смислу Конвенције (члан 2), Министарство правде је централни орган (односно, и „агенција за пријем“

⁴ Треба рећи да је ово једно од ретких решења ЗРСЗ које је у целости преузео Нацрт новог ЗМПП Републике Србије (уз побољшање саме формулације).

⁵ *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 7/91.

и „агенција за пренос“) који, између осталог, прибавља обавештења о садржини страног права. У пракси виших судова (а и у домаћој литератури) често се превиђа члан 8 Конвенције, према коме обавештења о садржини страног права дата у одговору *не обавезују* правосудни орган државе из које је захтев потекао. Насупрот томе, исто решење се (оправдано) наглашава када је реч о члану 13 ЗРСЗ, који иначе предвиђа да суд или други надлежни орган може затражити обавештење о страном праву од Министарства правде, као и да странке у поступку могу поднети јавну исправу о садржини страног права (Dika et al. 1991:50; Станивуковић et al. 2105: 308–309; Ђорђевић et al. 2016: 120–121; Varadi et al. 2011: 115; Јакшић, 2016: 333).

Не улазећи у бројна питања везана за ову тему, на овом месту истакли бисмо једно које се често појављује у пракси, а на које ни Конвенција ни члан 13 ЗРСЗ не пружају (добар) одговор. Реч је о следећем. Када Министарство правде од надлежног иностраног органа прибави обавештење о садржини страног права, то обавештење је, по правилу, састављено на језику те стране државе (замољене државе). Такво решење изричито предвиђа члан 14 Лондонске конвенције. Како се у том члану наводи, *одговор* на захтев за обавештење о садржини страног права биће састављен *на језику замољене државе*. Ово решење свакако није најбоље и у приличној мери умањује практичну вредност Конвенције. Додуше, у даљем тексту предвиђено је да се две или више држава уговорница могу договорити да у међусобним односима примењују другачије решење, али је јасно да се тиме основна идеја не доводи у питање. Одговор (обавештење о садржини страног права) је, дакле, састављен на језику замољене државе, а изузеци од тога могу се установити закључењем двостраних или нових вишестраних уговора.

Слична је ситуација и када се ради о примени члана 13 ЗРСЗ – осим ако двостраним уговором није предвиђено да се обавештење саставља на језику државе молиће, Министарство правде, које је проследило захтев нашег суда, добиће, по правилу, обавештење о садржини страног права на језику замољене државе или евентуално на француском или енглеском језику.

С тим у вези, поставља се питање ко треба да преведе ово обавештење на српски језик. Да ли то треба да учини Министарство правде и да онда суду пошаље обавештење о садржини страног права преведено на српски језик? Или би било довољно да Министарство пошаље суду обавештење на страном језику, у облику у коме га је добило, а да суд обезбеди превод на српски језик? Или превод треба да обезбеди странка у чијем је интересу да страно право буде примењено?

У разговору са представницима Министарства правде обавештени смо да је у неколико наврата Министарство, на поновљене захтеве суда, обезбеђивало превод обавештења на српски језик. Међутим, сматрамо да оно то не мора да чини. Из обавезе суда да по службеној дужности утврди садржину страног права (став 1 члана 13 ЗРСЗ) *следи да је то обавеза суда и да трошкови превођења страних текстова падају на терет судског буџета.*

Сматрамо, такође, да исто решење важи и ако је суд наложио странци да поднесе јавну исправу о садржини страног права.⁶ Међутим, уколико странка самоиницијативно одлучи да поднесе јавну исправу, у циљу скраћивања поступка сазнања или доказивања да обавештење Министарства правде није тачно, трошкове прибављања и превођења стране јавне исправе сноси она сама. Уколико добије спор, странка би могла да затражи од суда да јој у оквиру парничних трошкова, које је друга странка дужна да јој надокнади, досуди и оправдане трошкове које је имала око прибављања и превођења јавне исправе о садржини страног права.

3. О конструкцији колизионе норме из члана 35 ЗРСЗ

Опште је познато да члан 35 ЗРСЗ одређује меродавно право за развод брака. Само решење је подуже,⁷ али би се могло свести на следеће: за развод је меродаван, најпре, заједнички *lex nationalis* супружника, а ако су они различитог држављанства, онда се врши (обична) кумулација њихових националних права. Уколико се брак не би могао развести на тај начин, меродавно је право Републике Србије уколико један од супружника има пребивалиште на њеној територији или ако га нема, уколико је српски држављанин.

6 О томе да ли у овом случају суд може наложити странци да поднесе јавну исправу или она то једино може урадити на сопствену иницијативу, мишљења у доктрини су подељена. (Станивуковић et al. 2015: 309; Јездић, 1980: 50; Јакшић, 2016: 333)

7 Члан 35 ЗРСЗ гласи: „За развод брака меродавно је право државе чији су држављани оба брачна друга у време подношења тужбе. Ако су брачни другови држављани различитих држава у време подношења тужбе, за развод брака меродавна су кумулативно права обе државе чији су они држављани. Ако се брак не би могао развести по праву одређеном у ставу 2. овог члана, за развод брака меродавно је право Србије, ако је један од брачних другова имао у време подношења тужбе пребивалиште у Републици Србији. Ако је један од брачних другова држављанин Републике Србије који нема пребивалиште у Републици Србији, а брак се не би могао развести по праву одређеном у ставу 2. овог члана, за развод брака меродавно је право Републике Србије.“ ЗРСЗ, нажалост, није усклађен са Уставом Србије (2006), те смо цитирајући наведену одредбу назив СР Југославија заменили са Република Србија.

Ова одредба сигурно не спада у ред успешнијих решења ЗРСЗ. Најпре, о његовој анахроности говори временска одредница у колизионој норми намењена избегавању проблема мобилног сукоба закона. Спомине се само „време подношења тужбе“ јер у моменту његовог доношења тадашње породично право није познавало установу споразумног развода брака. Зато би данас, по аналогiji, ту одредницу требало тумачити тако да се односи и на „време подношења предлога за споразумни развод“. Такође, доста мастила у нашој доктрини потрошено је на објашњење значења почетне реченице у ставу 3 истог члана: „Ако се брак *не би могао* развести по праву одређеном у ставу 2. овог члана...“. У покушајима да се докучи смисао ових речи, створене су тзв. ужа и и шира концепција, у зависности од тога да ли треба сматрати да се оне односе на ситуацију када је један од супружника држављанин државе чије право не познаје установу развода или пак о томе да се брак не може развести обичном кумулацијом националних права због дивергенције бракоразводних узрока.

Осим тога, ради се о једном од ретких закона (по нашим истраживањима – једином) који допушта примену *два* права на развод брака, што је у супротности са решењима у упоредном међународном приватном праву која предвиђају примену само једног права.⁸ У том смислу заиста не треба завидети нашем судији који треба да разведе брак применом става 2 члана 35 ЗРСЗ (кумулятивно, *lex nationalis* супружника), односно да брак разведе према различитим националним правима супружника.

Зато не чуди превише што је у пракси то довело до прескакања прагова на (Кегеловој) лествици колизионе норме из члана 35 ЗРСЗ. Наиме, с обзиром да се у огромној већини случајева ради о бракоразводним парницама између нашег и страног држављанина, *пошло се од претпоставке да се брак не би могао развести* (без утврђивања садржине страног меродавног права, супружника странца) и брак се разводио применом нашег права будући да је један од супружника држављанин Републике Србије.

8 На пример, (последњег) заједничког пребивалишта/уобичајеног боравишта, *lex fori*. У 17 држава ЕУ примењује се Уредба 1259/2010 о појачаној сарадњи у материји меродавног права за развод и законску раставу (*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, ОЈ. L. 343710 of 29. 12. 2010. Реч је о Белгији, Бугарској, Немачкој, Шпанији, Француској, Италији, Летонији, Луксембургу, Мађарској, Малти, Аустрији, Португалији, Румунији, Словенији, Литванији, Грчкој и Естонији. У члану 8 Уредбе предвиђена је примена једног права и одредбе ове Уредбе се универзално примењују (колизионе норме важе и према државама које нису чланице ЕУ). Видети такође и члан 61 Закона о међународном приватном праву Швајцарске.

Наравно, овакво прескакање прагова на колизионој лествици не може се оправдати. Чињеница да се радило о избегавању примене анахроног става 2 члана 35 и примене два национална права (обичном кумулацијом, за утврђивање бракоразводног узрока), може измамити зрно разумевања, али не и више од тога. У том смислу, управо желимо да укажемо на специфичност конструкције колизионе норме из члана 35 ЗРСЗ и потребу избегавања доношења сличних норми у будућности.

Специфичност члана 35 ЗРСЗ састоји се у томе што он на лествици предвиђа најпре два прага која су уобичајена у ЗРСЗ (примену *lex nationalis*), с тим што примена другог прага (обична кумулација у случају различитог држављанства супружника) није нимало једноставан задатак. Након тога, члан 35 ЗРСЗ предвиђа трећи и четврти праг који воде примени домаћег права под изразито лаким условима, посебно када је реч о услову да је један од супружника српски држављанин. Наиме, као што смо напоменули, највећи број развода са међународним елементом односи се на разводе бракова између наших и страних држављана. Отуда је искушење за судије да се прескакањем другог прага домогну *лагодне примене* домаћег права заиста велико. Дакле, у начелу, ради се о сугестији да у домаћем систему међународног приватног права не треба прописивати колизионе норме које најпре предвиђају уобичајену (или отежану) примену меродавног права, а након тога, ако се претходна решења не могу применити, примену домаћег права под условима које је лако испунити. Надамо се да је сугестија добро схваћена и да је јасно да се она не односи на класичне колизионе лествице које као последњи праг предвиђају примену *lex fori*, али без споменутих уобичајених/тежих/лакших услова примене.

На крају, изнели бисмо и мишљење да је добро што је Нацртом новог ЗМПП Републике Србије⁹ предвиђена и аутономија воље као могући начин одређивања меродавног права (члан 90). То значи да је супружницима омогућено да, уколико желе, могу да изаберу меродавно право за свој развод. Наравно, такав избор реално је очекивати у случају споразумног развода брака. Истовремено, ту отприлике лежи и објашњење за увођење оваквог решења – ако супружници својом вољом могу одлучивати о судбини самог брака, односно ако могу поднети предлог за споразумни развод, онда могу изабрати и меродавно право по коме ће брак бити разведен.

⁹ Нацрт новог Закона о међународном приватном праву Републике Србије (2014). Преузето 22. 11. 2019. <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>.

4. Формални претпостављени реципроцитет и права странаца да наслеђују у Републици Србији

Када је реч о реципроцитету као услову за уживање приватних права странаца, у домаћој литератури може се прочитати да треба сматрати да законодавац има у виду формални реципроцитет и, посебно, да се тај реципроцитет претпоставља. Конкретно, ова идеја често се наводи када се ради о праву странаца да наслеђују у Републици Србији (Varadi et al. 2011: 469). На тај начин конструише се „теорија првог корака“, која значи да наши органи треба странцу, држаљанину државе са којом до тада нисмо имали правни саобраћај по том питању, да признају право да наслеђује, „у нади да ће нам бити узвраћено реципрочним гестом уважавања“ (Varadi, Bordaš. Knežević, 2005: 449). Поред тога, када је реч о праву апатрида да наслеђују у Републици Србији, доминантно је схватање да им то право треба признати као опште право. Како се наводи, „замисливе су две солуције“ (Varadi et al. 2011: 469). С обзиром да се „не може говорити о реципроцитету са земљом њиховог држављанства“, ¹⁰ прва би била да им то право буде апсолутно недоступно, док би друга значила да им право да наслеђују буде доступно без икаквих услова, односно да се сматра општим правом. Ово последње становиште, изнето још 1964. године у познатом Коментару (Крећ, Рајић, 1964: 24) савезног Закона о наслеђивању (1955)¹¹, и данас се брани истим аргументима. Позива се на Конвенцију УН о правном положају лица без држављанства (1954)¹², која налаже да апатриди не буду третирани неповољније од странаца уопште (члан 13). Дакле, сматра се да би због непостојања државе у односу на коју би се утврђивало постојање реципроцитета, апатриди били у горем правном положају од странаца који имају држављанство одређене државе.

Наше је мишљење да ове ставове, иако прилично етаблиране међу генерацијама правника, ипак треба преиспитати. Када је реч о праву странаца да наслеђују у Републици Србији, можемо размишљати и на другачији начин. Најпре, можемо се запитати да ли је увек реч о формалном реципроцитету, па још и претпостављеном. Законодавац се о томе не изјашњава, мада би било добро да наведе о којој врсти реципроцитета по правној садржини се ради када је реч о материји приватних права странаца (или да донесе посебан закон о утврђивању узајамности). Можда би било добро разликовати да ли се ради о законском или тестаменталном наслеђивању, и у овом другом случају, да ли су тестаментални наследници

10 Varadi, 2005: 450.

11 Службени лист ФНРЈ, 20/55.

12 Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, 9/59.

из круга законских наследника или нису. Ако се ради о законским или тестаменталним наследницима из круга законских наследника, постојање узајамности могло би се претпостављати до доказа о супротном. Уколико је реч о тестаменталним наследницима изван круга законских наследника, та лица би требало да затраже од Министарства правде потврду о постојању узајамности. Притом се (у оба случаја) не мора радити о формалној, већ се може захтевати материјална узајамност.¹³ Зато треба напустити идеју о претпостављеном формалном реципроцитету као важном правилу у материји приватних права странаца. Илузорно је чекати на „реципрочни гест уважавања“ стране државе чији органи неће ни знати да смо учинили „први корак“. Овај проблем не треба решавати у судској пракси, већ доношењем закона или закључивањем двостраних међународних уговора.

Када су у питању *апатриди*, и овде је могуће изменити вишедеценијско становиште. Конвенција о правном положају лица без држављанства инсистира да они од стране држава уговорница буду третирани на што повољнији начин, а у сваком случају на начин који неће бити неповољнији од оног који је под истим условима предвиђен за странце уопште (члан 7, ст. 1). То практично значи да би апатриди били строже третирани од категорије странаца (држављана одређене стране државе) уколико би им право да наслеђују било апсолутно недоступно због немогућности утврђивања реципроцитета. Они немају држављанство, па, дакле, нема ни државе у односу на коју би се утврђивало постојање реципроцитета. Друга крајност је, како смо видели, да им ово право буде признато као опште право, и у том случају они су третирани на повољнији начин него странци држављани одређене државе. Међутим, питамо се, постоји ли неко средње решење које апатриде не ставља ни у гори ни у повољнији положај, већ у положај који је разумно близак оном у коме се налазе странци држављани одређене државе? Може ли се постојање реципроцитета у овом случају утврђивати у односу на неку државу са којом је апатрид у одређеној вези – државу у којој има пребивалиште или у којој је рођен? Сматрамо да може и зато указујемо на решење словеначког законодавца у ставу 3 члана 7 *Zakona o ugotavljanju vzajemnosti* (2017). Како је у тој одредби предвиђено, у случају да је наследник лице без држављанства, постојање узајамности се утврђује, према његовом избору, у односу на државу његовог рођења или у односу на државу у којој има пребивалиште. Ако је стекло пребивалиште у Републици Србији, то може бити и држава у којој је пре тога имало пребивалиште. Овим решењем нису повређене конвенцијске одредбе и лице без држављанства се уистину налази у добром положају, сигурно

¹³ Ово су решења која предвиђа словеначки *Zakon o ugotavljanju vzajemnosti* (ZUVza-1), *Uradni list RS*, št. 27/17. Члан 4 и члан 7 тог Закона.

бољем него странци уопште. Њему је дата могућност избора државе у односу на коју ће се утврђивати постојање узајмности и оно може бирати између две, односно три државе. Ипак, та ограничена аутономија воље не иде до екстрема и управо се избегава да му се конкретно право призна као опште право. Ово зато што у случају да има пребивалиште на домаћој територији, постојање реципроцитета могло би се утврђивати у односу на државу у којој је имало пребивалиште пре него што га је стекло у домаћој држави. И у овом случају, према решењу словеначког законодавца, реч је о материјалној узајмности.

Сугестија би, дакле, била, начелно посматрано, да се посвети још више пажње материји права странаца, посебно када се ради о стицању својине на непокретностима, било правним пословима *mortis causa* или *inter vivos*. Услов узајмности који фигурира у оба случаја треба ближе одредити и сагледати последице решења. То је посебно важно у ситуацији када још увек немамо закон о стицању својине на непокретностима у посебним подручјима, тако да се све чешће дешава да странци постају власници непокретности у непосредној близини границе или у другим важним подручјима. Услов претпостављеног формалног реципроцитета свесрдно томе доприноси. Зато би још требало размислити и о експропријацији по правичној накнади непокретности у таквим посебним подручјима (када она законом буду успостављена), уз каснију могућност странаца да наслеђују само *in numerario* у тим подручјима, и то уз другачије схваћен услов реципроцитета.

5. Уместо закључка

У овом тексту осврнули смо се на нека питања нашег међународног приватног права. Наравно, има их још. Пре свега, на начелном нивоу, потребно је донети нови Закон о међународном приватном праву. Нацрт је завршен још јула 2014. године и нужно је извући га из фиоке у Министарству правде и евентуално уз одређене измене (мање или веће, ствар је правне политике) упутити га Народној скупштини. Осим тога, у циљу заокруживања система, било би добро да наша земља постане чланица Хашке конвенције о изабраном суду (2005), као и Хашке конвенције о признању и извршењу страних одлука у грађанској или трговачкој материји од 2. јула 2019. године.

Поред тога, када се ради о ужим питањима, ваља размотрити и на који начин уредити проблем судског имунитета стране државе. Да ли приступити Конвенцији УН о судском имунитету држава и њиховој имовини (2004), којој сада недостаје још осам од потребних 30 ратификација да би ступила

на снагу, или донети посебан закон, по угледу на поједине државе са репрезентативним правним системима. У сваком случају, садашње одредбе о судском и извршном имунитету стране државе, садржане у члану 25 ЗПП и члану 22 ЗИО, заиста су анахроне и допуштају извршној власти (Министарству правде, код судског, и Министарству спољних послова, код извршног имунитета) да утичу на доношење одлука о питањима која су *par excellence* судског карактера.

Исто тако, треба размотрити и потребу даљег постојања појединих установа. Ту у првом реду мислимо на реторзиону судску надлежност из члана 48 ЗРСЗ. Њена правна природа је спорна (Vuković, Kunštek, 2005: 65), а сама идеја не доприноси улози међународног приватног права као инструмента сарадње међу државама. Наиме, наш суд може да заснује надлежност на основу критеријума које домаће право иначе не познаје, ако је тужени држављан државе чије право предвиђа тај критеријум, тако да српски држављанин (као и држављани других држава) у тој држави може на основу њега бити тужен. Питање је, наравно да ли се ради о прекомерном основу надлежности или о основу који наш законодавац није сматрао довољно важним да га предвиди и тако омогући нашим судовима заснивање надлежности. Но, било да се ради о једном или о другом, чињеница је да наш суд није надлежан према критеријумима које је за ту врсту спорова предвидео наш законодавац и сада, путем реторзионе надлежности, настоји „на мишиће“ да заснује своју надлежност.¹⁴ Притом се може десити да страни суд никада није засновао своју надлежност против српског држављанина по том критеријуму. Притом, намера исказана у наведеној пресуди (а она, вероватно и јесте суштина ове установе), да наш суд сваки пут када није надлежан према нормама нашег права, покуша да ипак испослује своју надлежност путем установе реторзионе судске надлежности (провером критеријума надлежности у праву страног држављанина), заиста не оставља добар утисак. То би представљало тежњу ка некој врсти *осветничког* проширења надлежности у односу на државе света које предвиђају другачије критеријуме надлежности. Сасвим је нормално, наиме, да у одређеним споровима наш суд није надлежан зато што је законодавац сматрао да је прописао довољне основе надлежности који указују на повезаност са нашим државом, а у конкретном спору то није случај. С друге стране, ако се ради о прекомерном основу надлежности, не треба их примењивати, јер наши судови не треба да на тај начин штите наше држављане. Уосталом, методи борбе против прекомерних основа

14 Види једину одлуку о томе (са погрешком у делу тумачења) објављену на *Paragraf lex-у* – Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 2 322/2013 од 5. 6. 2013.

надлежности су ипак другачији (непризнавање стране судске одлуке, успостављање „система огледала“ и сл.).

На крају, још да напоменемо да је важан сегмент развоја нашег међународног приватног права и едукативни део. Младим правницима треба пажљиво објашњавати материју међународног приватног права, што подразумева како *разбијање стереотипа* (на пример, увреженог тумачења да двострани међународни уговори као *lex specialis* увек имају примат над вишестраним међународним уговорима),¹⁵ тако и објашњавање одређених *финеса*. На пример, објаснити им да код укидања сваке формалности код легализације постоји разлика када се то укидање чини путем двостраног уговора (који се, по правилу, односи на све јавне исправе, дакле, на општи начин) и вишестраног уговора (који има у виду само јавне исправе које се подносе у оквиру предмета уговора, ради остварења циљева који су њиме постављени).

Имајући у виду све претходно речено, може се изградити модеран систем српског међународног приватног права које ће млади правници знати да примењују у пракси.

Литература/References

Бечка конвенција о уговорном праву. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 30. 1972.

Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V. (2011). *Međunarodno privatno pravo*. Beograd: Pravni fakultet

Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G. (2005). *Međunarodno privatno pravo*. Novi Sad: Forum.

Vuković, Đ., Kunštek, E. (2005). *Međunarodno građansko postupovno pravo*. Zagreb: Zgombić i partneri.

Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S. (1991). *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd: Nomos.

Đorđević, S. Meškić, Z. (2016). *Međunarodno privatno pravo I, opšti deo*. Kragujevac: Pravni fakultet.

Јакшић, А. (2016). *Међународно грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет.

15 Овај став нема утемељење у Бечкој конвенцији о уговорном праву. Видети члан 30 „Примена узастопних уговора о истом предмету“ Бечке конвенције о уговорном праву, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 30/72.

- Јездић, М. (1980). *Међународно приватно право* I. Београд: Научна књига.
- Кнежевић, Г., Павић, В. (2008). *Приручник за полагање правосудног испита – Међународно приватно право – 11*. Београд: Службени гласник.
- Крећ, М., Павић, Ђ. (1964). *Komentar Zakona o nasleđivanju*. Zagreb: Narodne novine.
- Марковић Бајаловић, Д. (2014). *Приручник за полагање Правосудног испита, Међународно приватно право*. Београд: Пројурис.
- Меškić, Z. (2017) Rješenja unutrašnjeg (interlokalnog) sukoba zakona u građanskopravnim stvarima u BiH s obzirom na nepostojanje državljanstva Distrikta Brčko. U XII Савјетовање из области грађанског права (Зборник радова). *Актуелна питања из области грађанског права у Босни и Херцеговини, теорија и пракса*. Република Српска. 61–73.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2 322/2013 од 5. 6. 2013.
- Станивуковић, М., Живковић, М. (2015). *Међународно приватно право, општи део*. Београд: Службени гласник.
- Европска конвенција о обавештењима о садржини страног права. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр 7. 1991.
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља. *Сл. лист СФРЈ*, 43/82, 72/82, *Сл. лист СРЈ*, 46/96.
- Закон о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 79 и 20. 1990. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 46. 1996 и *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1. 2003 – Уставна повеља.
- Закон о наслеђивању. *Сл. лист ФНРЈ*. Бр. 20. 1955.
- Конвенција о правном положају лица без држављанства. *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 9. 1959.
- Federal Act on Swiss Private International Law of 18 December 1987 in effect as from 1st January 2017.
- Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ. L. 343710 of 29. 12. 2010.

Prof Mirko Živković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

REVIEW OF CERTAIN ISSUES IN SERBIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

The Act concerning the Resolution of Conflict of Laws with the provisions of other states (1982/3) has been in force in the Republic of Serbia for almost four decades. Two Commentaries have been written about this Act and the legal solutions contained therein, as well as a large number of monographs and scientific articles. Case law is also available in electronic databases. Although it seems that everything has been said about it and that all dilemmas related to its application have been eliminated, there is always room for casting a new light on particular institutes, reviewing Private International Law literature and case law, and rethinking the well-established conceptions and interpretations. In this paper, the author reviews certain PIL issues which are considered to have been resolved. The discussion tackles specific narrow topics pertaining to non-unified legal systems, the procedure for establishing the content of foreign law, the issue of law applicable to divorce, the problem of reciprocity regarding the aliens' right to inherit, and the procedural institute of reciprocal jurisdiction. The proposed solutions are not intended to be the final ones. On the contrary, they are intended to contribute to the future codification of Serbian PIL, which would align it with the prominent national PIL systems in the comparative Private International Law.

Keywords: *non-unified legal system, content of foreign law, law applicable to divorce, presupposed formal reciprocity, rights of aliens, reciprocal jurisdiction*