

др Марија КРВАВАЦ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

УСТАНОВА ЈАВНОГ ПОРЕТКА – У СУСРЕТ НОВОЈ КОДИФИКАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Национални закони и међународне конвенције, по правилу, предвиђају механизме заштите и поштовања јавног поретка државе у којој се решава приватноправни спор са елементом иностраности, односно признаје дејство стране одлуке. Нема изгледа да би се доктрина и пракса могле усалисати око садржаја јавног поретка, еластичној и важној правној стандарда. У домену националној домаћеј поретка одређене државе јавни поредак би требало да обухвати империјална правила чију повреду је нужно квалификовати као ону која угрожава његова битна начела, принципи и физиономију. Уколико би се јавни поредак посматрао само као део подручја међународног права тада би његова примена била неоправдана у стварима које не излазе из оквира националног правног поретка.

У сфери приватноправних односа кроз које се манифестује конкуренција правних поредака различитих земаља катезорија јавног поретка остварује своју функцију у ситуацијама када се остварује примена стране права, меродавној по колизионим нормама права земље суда, уколико би примена тог права била сувројна основним начелима домаћеј права, као и када треба признати и извршити страну одлуку у земљи признања ако би последице екекватуре биле сувројне основним начелима и принципима домаћеј права или правилима нејосредне примене домаћеј права.

У нашем Закону о решавању сукоба закона са њојисима других земаља клаузула јавној њоретика се њозива на „Устјавом ујврђене вредности друштвеној уређења“. Ради се о догајку на који су њеоретичари међународној њривајној њрава указивали да је сувишан и без некој нарочитој значаја, ње су њредложена решења новој законској њтекстја у складу са значењем и функцијом јавној њоретика као ојшјте устјанове у међународном њривајном њраву.

Кључне речи: јавни њоредак, ојшјта начела, сјрано меродавно њраво, сјрана одлука.

I Увод

Држава обезбеђује примену домаћег права на приватноправне односе са елементом иностраности класичним правним инструментима од којих јавни поредак, као и изигравање закона, потичу из унутрашњег права. Јавни поредак представља еластичан и важан правни стандард у свим подручјима правног система, чији је део и међународно приватно право. Регулатива ове гране права предвиђа да се приватно право може примењивати и изван државе порекла. Реч је о колизионоправној регулативи која може да упути на примену страног права пред надлежним домаћим форумом. Обим примене страног права одређен је императивним прописима домаће земље. Питање граница примене страног меродавног права нужно се поставља уколико оно доводи до меродавности права које се умногоме разликује од полазног права. У доктрини долазе до изражаја два значења јавног поретка и то, оно по коме је то скуп принципа којима се обезбеђује заштита основних права човека и других вредности у друштвеној заједници у једној земљи и који утврђују мерила морала, добрих обичаја, савесности и поштења, и као посебна императивна правила која обезбеђују поштовање тих принципа у одређеним областима друштвеног живота. Велики је број научних студија у којим је посвећена пажња његовом појму, али јавни поредак је до данашњег дана остао непрецизан и прилично нејасно дефинисан.¹

Питање примене меродавног страног права које је слично, другачије или противно праву земље упућивања, издвојено је од стране правне науке још пре неколико векова. Одговор на то питање тражили су пост-гласатори као и теоретичари школа статута, међу којима и представник холандско-фламманске школе статута Урликус Хубер. Он је разрађивао

1 Simon, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941; Dorat des Monts, *La cause immorale*, Paris, 1956; Darbellay, *Théorie générale de l'illicéité*, Fribourg, 1955; Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, 1962, и др.

идеје постглосатора и одредио границе примене страног права. Модерно учење о јавном поретку оправдано се везује за 18. век и немачког теоретичара Савињија, који указује на то да до одступања долази због принудних домаћих прописа *lex fori* заснованих на моралу или они који су донети у јавном интересу. Према Савињију нема места примени страног меродавног права уколико оно садржи институте непознате домаћем праву.² Италијански теоретичар Манцини у свом учењу истиче утицај различитости принудних прописа полазног права на примену или непримену меродавног страног права, говорећи о два различита појма *ordre public interne* и *ordre public international*. Разликовање два могућа облика јавног поретка, унутрашњи и међународни, оставило је трага на учење и саму терминологију значења јавног поретка у међународном и међународном приватном праву уопште, посебно у француском праву. Термини који су прихваћени за више установа у међународном приватном праву, међу њима и „јавни поредак“, потичу управо из француског права. На то указује упоредни преглед законских решења националних права као и стање правне науке.³

У савременом праву јавни поредак се уобичајено дефинише као институт којим се штити домаћи правни систем од примене страног права у супротности са основним правним начелима домаћег права.⁴ Сходно томе, уколико су одредбе страног меродавног права битно различите у односу на домаће право тј. уколико су решења страног материјалног права противна темељним начелима домаћег правног система и стога потпуно неприхватљива, орган примене права ће помоћу установе јавног поретка одбити да послуша „заповест домаће колизионе норме“ и, у крајњем исходу, обезбедити примену *lex fori* уместо страног меродавног закона, уколико је то захтев јавног поретка у конкретном случају.

Одредити појам јавног поретка спада у сложен и нимало лак задатак. У својству установе међународног приватног права јавни поредак се може схватити двојачко: као скуп темељних принципа друштвеног и државног уређења једне земље који морају бити очувани, без обзира на колизионе (и остале) норме међународног приватног права *lex fori* и као специфичан институт који доприноси остваривању тог задатка наређујући надлежном органу да од њих одступи, када се негативне последице њихове примене не би могле отклонити на други начин.⁵ У

2 K. F. Savigny, *System des heutigen Reomischen Rechts*, VIII, 1849, стр. 32.

3 Израз „јавни поредак“ в. чл. 6 француског Грађанског законика.

4 A. Busher, *Lordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des Cours, Academie de droit international de la Haye 1993, стр. 22-27.

5 М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, Ниш, 2006, стр. 116.

најширем смислу јавни поредак би се могао посматрати као скуп принципа на којима се заснива постојање и трајање једне правно организоване друштвене заједнице испољених у одређеним друштвеним нормама које странке морају поштовати. Реч је о сложеној и специфичној друштвеној појави чија садржина и оквир зависе од природе и карактера основних принципа на којима почива једна друштвена заједница. Јавни поредак, по правилу, обухвата позитивноправне норме којима се штите темељна начела домаћег правног поретка, али и друга правила понашања као што су моралне норме или добри обичаји.

Принципи јавног поретка најчешће се изражавају кроз принудне прописе у контексту гарантованих вредности домаћег друштвеног уређења. Из тога произлази његова заштитна функција у сврху спречавања уношења у домаћи правни поредак страног права или дејства стране одлуке које би било супротно темељним начелима домаћег правног система, било да се ради о страном материјалном било да су у питању колизиона правила неприхватљива за полазну државу у случају узвраћања и упућивања на даље право.⁶

II Јавни поредак и међународни јавни поредак

Национални јавни поредак у сфери правних односа без страног обележја чине императивне норме полазног, домаћег права којим се штите његова темељна начела садржаних у законима. У литератури међународног приватног права често се говори о „међународном“ јавном поретку, подразумевајући под тим национални јавни поредак који се превасходно примењује у области сукоба закона.⁷ Ово схватање се везује за француску теорију међународног приватног права и неке националне законе.⁸ Међутим, већина националних норми прихвата термин „јавни поредак“ тако да акти као што је француски Законик о грађанском поступку представљају изузетак.⁹ Сваки јавни поредак је увек национални имајући у виду његов национални карактер. Јавни по-

6 Узвраћање и упућивање на даље право (*renvoi*) представља установу међународног приватног права која доводи до одступања од примене редовно меродавног права на које је упутила домаћа колизиона норма, с обзиром на начелно – теоријску претпоставку да се упућивање колизионе норме полазног права односи на право у целини те је суд у обавези да консултује и колизионе норме страног меродавног права.

7 Тако М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 200, стр. 596; М. Јездић, *Међународно приватно право*, Београд, 1980, стр. 202.

8 Н. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, 1984, стр. 414; Mayer, *Droit international privé*, Lion, 1981, стр. 154.

9 J. Robert, *L'arbitrage droit interne, droit international privé*, Dalloz, Paris, 1993, стр. 311.

редак је одређен као установа помоћу које се раздваја поље дозвољеног и недозвољеног понашања у односима међународног приватног права при чему се националним нормама не даје њена ближа конкретизација. Разликовање домаћег и међународног јавног поретка утемељено је на становишту да присилна правила домаћег права имају различиту важност када се ради о приватноправној ситуацији која је по својим карактеристикама повезана с домаћим правним поретком, у односу на противправну ситуацију која у себи укључује страно обележје, на основу којег је повезана с више правних поредака. Због тога оно што припада јавном поретку у ситуацијама без страног елемента, не мора нужно припадати и међународном јавном поретку у ситуацијама са међународним елементом.¹⁰

Паралелно са националним прописима заштиту јавног поретка предвиђају и међународни правни документи. Оквири примене страног права постављени су императивним нормама *lex fori* а ограничења се тичу општег начела међународног приватног права да изабрано право не може дерогирати примену принудних правила *legis fori* и примену норми које чине тзв. међународни јавни поредак. У области сукоба закона, тј. у домену у којем је његово функционисање најизразитије јавни поредак се може посматрати као установа на бази које долази до примене основних принципа материјалног *lex fori*. Доктрина излази са тврдњом да је реч о офанзивној тј. допуштајућој улози овог института. С друге стране, да би оправдао атрибут „међународни“ јавни поредак мора бити део тзв. транснационалног поретка, којег чине кодификовано међународно право, унификације на бази међународних конвенција, препоруке невладиних организација, као и основни принципи прихваћени од стране просвећених народа. Принципи као што је забрана ропства или забрана корупције у процесу закључења уговора, забрана дискриминације према полу, раси, вери или боји коже учесника међународног правног промета, представљају општа начела међународног права на чијим темељима треба градити основне вредности и принципе националног права. Они неизоставно чине битну садржину универзалног односно међународног јавног поретка, чије функционисање не треба територијално везивати тј. ограничавати.

III Садржинско одређење јавног поретка

Одредбе које регулишу јавни поредак врло ретко ближе одређују његову садржину, те се овај задатак по правилу преваљује на надлежан

10 X. Сикирић, „Arbitral proceedings and public policy“, *Arbitration Croatian Yearbook*, br. 7/2000, стр. 85–114.

орган. Национални законодавац полази од карактеристика јавног поретка као категорије кроз коју се рефлектују основне економске, правне, моралне, политичке, социјалне и друге вредности једног друштва.¹¹ Управо је то разлог што апстрактне законске дефиниције не пружају прецизан одговор на питање где потражити повод за стављање у функцију јавног поретка. У националним оквирима садржинско одређење се углавном своди на налог надлежном органу примене полазне колизионе норме да одступи од одредби редовно меродавног страног права, ако би резултат његове примене био неспојив са темељним принципима и вредностима *lex fori*. Са тог становишта је пошао и аустријски законодавац, који у савезном ЗМПП предвиђа да се одредба страног права неће применити ако би њена примена имала резултат који је неспојив са основним вредностима аустријског права,¹² као и немачки, пољски и др.¹³

Прописи других земаља говоре само о томе да се страно право неће применити ако је у супротности са домаћим јавним поретком. На тај начин се искључује примена страног права ако би она довела до резултата неспојивог са домаћим јавним поретком. Швајцарски Закон о међународном приватном праву у потпуности искључује примену страног права ако би његова примена довела до повреде швајцарског јавног поретка.¹⁴ Сви правни системи неспорно штите јавни поредак, без обзира да ли о томе постоји законска одредба или не. Тако, енглеска судска пракса стоји на становишту да се страно право неће применити ако би тиме био повређен основни појам енглеске правде или морала, енглески појам људских права или слобода као и ако би посао у питању нанео штету држави или добрим односима са другим државама.¹⁵

Мултилатералне конвенције, донете у процесу унификације колизионог права, прихватају да се меродавно право не примењује само онда када је очигледно супротно домаћем јавном поретку. Реч је пре свега о конвенцијама донетим од стране Хашке конференције за Међународно приватно право као што су Конвенција о меродавном праву у погледу тестаменталних одредаба,¹⁶ Конвенција о меродавном праву за друмске

11 J. Law, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, стр. 532.

12 Пар. 6 ст. 1 аустријског Закона о међународном приватном праву (ЗМПП) из 1979. године.

13 Чл. 6 пољског Закона о међународном приватном праву.

14 Чл. 17 швајцарског савезног ЗМПП из 1987.

15 Ближе: G. C. Cheshire, P. M. North, *Private International Law*, 1992, стр. 128 и даље.

16 Чл. 7 конвенције предвиђа да се неће применити неки од закона који су конвенцијом одређени као меродавни ако је очигледно супротан јавном поретку (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 10/62).

саобраћајне незгоде, Конвенција о одговорности произвођача за недостатке својих производа¹⁷ и др.

Бројност испољених мишљења о појму јавног поретка ствара тешкоће у стварању прецизне слике и одређивања његове садржине. Једна група аутора полази од става да јавни поредак не треба дефинисати, те суд приликом решавања конкретног случаја има задатак да формулише границе јавног поретка, односно да одреди његову садржину и оквире. Притом, присталице ове теорије указују на поједине опште принципе, као што су „јавно мишљење“, „друштвена корисност“ и др. у покушају да олакшају ближе одређење јавног поретка.¹⁸ Друга група аутора указује на циљ и оквире јавног поретка, дајући суду само опште смернице, ближе препоруке за препознавање сфере јавног поретка. Реч је о покушају правне доктрине да суд задржи слободу у примени установе јавног поретка уз истовремено истицање опасности од произвољности, када би једино суд одређивао садржину и оквире јавног поретка.¹⁹ Бројна су и схватања која су пошла од набрајања закона јавног поретка, чинећи попис тих закона без заједничког становишта о садржини и границама примене. Карактеристична за деветнаести век оваква истраживања без општих закључака о појму и садржини јавног поретка позната су као метод анализе и енумерације законских прописа који треба да буду део сфере јавног поретка.²⁰

Јавни поредак чине императивне норме, али покушаји њихове енумерације у сврху издвајања у мноштву друштвених правила понашања нису дали задовољавајући резултат. Најпознатији такав покушај садржан је у Кодексу Бустаманте на основу учења кубанског професора Бустамантеа. Овакав начин одређивања круга норми које чине јавни поредак показао се као неадекватан и несврсисходан, узимајући у обзир чињеницу променљивости јавног поретка односно његове садржине (начела, морална схватања, циљ закона и др.) у времену и простору.²¹

Најзад, извесни аутори су покушали да помоћу синтетичког метода одреде појам јавног поретка општом дефиницијом. У одређивању

17 Службени лист СФРЈ, бр. 26/76; Службени лист СФРЈ, бр. 8/77.

18 Тако Josserand, *Cours de Droit Civil positif Français*, Paris, 1939, стр. 86. Ближе: С. Перовић, „Слобода уређивања обавезних односа и јавни поредак“, *Зборник ПФЗ*, стр. 402 и даље.

19 Тако Planiol, Ripert, Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, стр. 35-42.

20 Toullier, *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*, Paris; Laurent, *Principes de droit Civil Français*, t. 3, Paris, 1878.

21 Ближе о томе Р. Kahn, „Die Lehre vom ordre public“, *Iher JB*, бр. 39/1898, стр. 1. Kahn је истицао да се иза опште одредбе о јавном поретку скрива „још непознати и назавршени део међународног приватног права“.

појма и садржине јавног поретка на уопштен начин изражена мишљења су прилично различита, али у већини аутори полазе од заједничког друштвеног интереса израженог у императивним прописима.²² Јавни поредак представља установу која је много сложенија од законског одређења, односно чини скуп елемената правног и друштвеног поретка у целини.²³

IV Функција јавног поретка

Примена установе јавног поретка мора задовољити два битна захтева: да не допусти правно дејство аката (правних односа) у супротности са нормама које штите општи интерес и које су обухваћене појмом јавни поредак, али и да не буде инструмент у рукама суда који би га одвео у произвољност, што би довело у питање правну сигурност. Надлежни орган који треба да примени страног право, после оцене да је одређени принцип, правило или установа тог права у супротности са домаћим јавним поретком, може одступити од његове примене и најчешће, применити домаће право. Примена јавног поретка није уперена против садржине страног права, односно стране сустанцијалне норме, већ против њене конкретне примене на тлу домаћег правног суверенитета.

До одступања од примене редовно меродавног страног права може доћи и у ситуацији када надлежни форум треба да примени правила која уређују установу непознату домаћем праву, уколико се њиме обезбеђује заштита јавног поретка са територијалним дејством у иностраној земљи и ако је санкционисање повреда страних прописа неприхватљиво по домаћем праву. Само мали број националних права у том случају изричито упућује на *lex fori*, али се у пракси оно најчешће примењује. У неким случајевима нема места примени домаћег, полазног права, онда када се ради о ситуацијама насталим на основу страног права којима треба признати правно дејство.

Позивање на заштитну функцију јавног поретка може да зависи и од тога каква је веза приватноправног односа са домаћом земљом и *lex fori*. Чвршћа повезаност са нормама којима се штите интереси друштвеног подразумева обавезу надлежног органа да о њему води рачуна и обавезу поштовања од стране странака у међусобним односима.

Примена домаћег права у ситуацијама када је страног меродавно право на које је упутила домаћа колизиона норма, повлачи задатак поштовања начела правичности у оквиру полазног материјалног права, односно настојање за домаћи надлежни орган да „прилагоди“ решење

22 Тако: Capitant, *Introduction l'étude du droit civil*, 5. éd, Paris, 1927, стр. 60.

23 Ближе С. Перовић, *нав. pag*, стр. 410.

ситуацији са страним елементом и у најмањој мери „дира“ у страно право.

Теорија међународног приватног права износи аргументе за и против примене јавног поретка. Позивајући се на општост појма јавног поретка, несигурност у примени овог правног стандарда, несврсисходност и немогућност дефинисања у тој мери да се може свакојачко посматрати, неки од аутора указују да уместо да буде „чувар“ начела правне сигурности јавни поредак има управо обрнуту функцију. Форум је везан сопственим схватањем појединих општих начела која се могу претворити у неограничену вољу и моћ, што представља крупан корак ка негирању начела правне сигурности.²⁴ Насупрот оваквим становиштима стоје преовладавајућа, према којим јавни поредак који прати друштвене промене и захтеве представља инструмент неопходан у заштити основних друштвених и моралних принципа, који кроз теоретско уобличавање предмета и суштине добија конкретан правни изглед. Могућност позивања на јавни поредак у функцији заштитне установе вредности домаћег правног система једна је од претпоставки за успостављање међународне правне сарадње на подручју колизионог и процесног права.

V Јавни поредак у области признања дејства стране одлуке

У савременом међународном приватном праву установе јавног поретка омогућује државном суду да заштити домаћи правни систем од примене страног права, меродавног по колизионим нормама права суда ако би примена страног права била супротна основним правним начелима домаћег права (колизионоправни јавни поредак), али и да одбије признање и извршење стране судске или арбитражне одлуке ако би дејство признања и извршења био супротан правилима непосредне примене домаћег права (јавни поредак у области признања).²⁵

24 Тако: Б. Еизнер, *Међународно приватно право*, Загреб, 1953, стр. 205 тврди да је „све препуштено слободној оцени суда, што значи да су отворена врата вољи несавесних судија. Тиме је дата могућност да се злоупотребом начела јавног поретка искључи страно право или не призна страна одлука која није у функцији привредних односа политичких интереса одређене земље.“ Само дефинисање појма јавног поретка за поједине ауторе означава „ход по живом песку“ (Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, 1953, стр. 3), мучење за интелект (Vareilles-Sommières, „Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois“, *Revue de Lille*, 1899, стр. 674). Енглеска судска пракса је јавни поредак упоредила са дивљим коњем за којег, када је једном оседлан не знате куд ће вас одвести (одлука Richardson v. Mellich (1824) 2 Bing. 228 (1824–34 (all ER Rep. 258))).

25 R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Verlag Otto Schmidt, Köln, 2005, стр. 8–11. Аутор говори о потреби разликовања колизионоправног јавног поретка и јавног поретка за потребе признања.

Примену института јавног поретка код признања и извршења страних судских одлука савремено законодавство уређује као инструмент помоћу којег се има ценити могућност уподобљавања стране одлуке у домаћи правни систем. Страна одлука се преиспитује у држави признања полазећи од потребе заштите домаћег јавног поретка. Концепција о нужности подвргавања страних одлука ограниченој контроли поводом одлучивања о захтеву за признање и извршење страних одлука учврстила је спремност за признањем страних одлука у супротности са принудним нормама земље признања, али само због повреде оних добара која нису сврстана у ред неприкосновених. Наиме, реч је само о контроли основних претпоставки за поштовање процесноправне праведности изражених у основним, битним начелима процесног права државе признања.

Одредбе о процесном јавном поретку садржане су у националом праву великог броја држава, међународним конвенцијама и наднационалним изворима међународног приватног права. Швајцарски законодавац је пре свих разлога за одбијање признања стране одлуке предвидео очигледну неспојивост одлуке са швајцарским јавним поретком, док норме немачког права полазе од тога да је одредба домаћег права повређена када признање одлуке доводи до исхода који је неспојив са његовим основним начелима, поготову ако је усклађена са основним правима.²⁶

Клаузулу јавног поретка садрже и релевантни секундарни извори комунитарног права. Уредба бр. 44/2001 о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима (Брисел I) прописује да се одлука не признаје ако би признање било очигледно у супротности са јавним поретком државе у којој се оно тражи (чл. 34 ст. 1).²⁷ Уредба бр 2201/2003 (Брисел II) о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним предметима и поступку о родитељској одговорности допринела је даљем успостављању „јединственог европског судског простора“ али је задржала одредбу о „манифестној“ повреди јавног поретка земље у којој се признање тражи, као сметњу за признање.²⁸ Претпоставке за примену установе јавног поретка подлежу *lex fori*.

26 Чл. 27 ст. 1 швајцарског ЗМПП; пар. 328 I Нр. 4 немачког Закона о грађанском поступку тј. 16а Нр. 4 Закона о питањима добровољне судске надлежности, која садржи клаузуле о резервама за јавни поредак у правном поступку.

27 OJ L 012 16.1.2001, стр. 1.

28 OJ L 160 30.6.2000, стр. 19. Чл. 22, 23 Уредбе.

VI Јавни поредак у међународном приватном праву Србије

Домаће право дуго није имало постојана и јасна становишта о питањима јавног поретка што се може тумачити и као последица нестабилног стања нашег послератног законодавства. Јавни поредак није искључиво установа међународног приватног права али је тек Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима добила законско одређење под тим термином.²⁹ Након тога и новелирани Закон о облигационим односима предвиђа да странке могу, између осталог, у границама јавног поретка да уређују међусобне односе, чиме се вратио у ред модерних европских кодификација. Наш Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (познатији као Закон о међународном приватном праву) прописује да се „не примењује право стране државе ако би његово дејство било супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења“.³⁰ Законодавац је исту правну последицу примене установе јавног поретка предвидео и у материји признања и извршења страних судских одлука, сврставајући повреду јавног поретка у сметње признању и извршењу.

Домаће међународно приватно право прихвата израз „јавни поредак“ везујући га за конкретан правни систем и законодавство једне земље. У том смислу се чине напори да наше законодавство буде кохерентно и приближно другим правним системима. Члан 4 ЗМПП којом се уређује клаузула јавног поретка везује се изричито за поштовање Устава, односно уставних начела и основних правила,³¹ али је ову норму нужно тумачити у складу са савременим општим принципима међународне заједнице у погледу заштите људских права и слобода, права човека и грађанина.³²

Примена јавног поретка је законом ограничена само на случајеве у којима су повређене основне, Уставом гарантоване, вредности друшт-

29 *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982, са исправкама у *Службеном листу СФРЈ*, бр.72/82. Из оригиналног назива закона је избрисан део „у одређеним односима“, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

30 Чл. 4 ЗМПП.

31 Критику формулације чл. 4 даје М. Живковић, „Опште установе међународног приватног права и ЗРСЗ: преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*“, *Зборник радова Двадесет година ЗМПП*, Ниш, 2004, стр. 26; Г. Кнежевић, В. Павић, „Хомосексуални бракови у међународном приватном праву Србије“, *Европски содни њор*, Марибор 2005, стр. 79, 81.

32 К. Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб 2005, стр. 254. Из домаће судске праксе в. Пресуда Врховног суда Србије Пев. 229/04 од 21. априла 2004. године. „Сви људи имају право на заштиту права личности без разлике на расу, боју, национално или етничко порекло. Дискриминација по било ком основу вређе људско достојанство чије су компоненте част, углед, лични интегритет и слично и таква повреда ужива судску заштиту...“

веног уређења онда када примена норми, правила страног права има за ставрни ефекат повреду тих вредности. У складу са тим, домаћа судска пракса стоји на становишту да повреда јавног поретка не постоји уколико је повређена било која императивна норма домаћег права. Потребно је и нешто више и то да се садржином стране норме погађају неке основне вредности.³³

На повреду јавног поретка у колизионој сфери међународног приватног права, судови пазе по службеној дужности у моменту одлуке о примени страног права. Јавни поредак се у модерном, па и у нашем праву, рестриктивно тумачи као скуп темељних правних принципа које, начелно, изражавају императивни прописи државе. У области сукоба закона домаћа судска пракса се најчешће позивала на заштитну функцију јавног поретка код брачних и породичних односа са елементом иностраности, што је разумљиво када се зна да је реч о областима у којима се манифестују највеће разлике упоредноправне (не само колизионе) регулативе. Оне нужно произилазе из различитих друштвено-економских услова појединих земаља и плод су деловања других ванправних чинилаца, као што су религија, традиција и др. Тако, наши судови неће примењивати правила шеријатског права према којим се деца из разведеног брака могу доделити на чување и васпитање само оцу, као ни страни пропис којим уместо алиментације ванбрачној мајци припада право на накнаду штете, одредбе страног права по којим се ванбрачној деци не признају наследна права и сл. Одступања од примене редовно меродавног права због повреде домаћег јавног поретка могуће су, знатно ређе, и у другим областима материје сукоба закона као што су уговорни односи са елементом иностраности коју у том случају остају без правног дејства упркос овлашћењу вољног одређивања уговорног статута (нпр. уговори о недозвољеним пословима, као што је трговина људима, људским органима, продаја дроге, шверц оружја и др.). Правни посао који је у супротности са домаћим јавним поретком не може се пуноважно засновати у нашој земљи, а уколико је пуноважно настао у страни неће производити никакве правана дејства (тзв. забрањујуће дејство јавног поретка). Изузетно ако се ради о намераваном правном односу који није могао настати зато што у страном закону постоје разлози који су у колизији са домаћим јавним поретком такав однос ће се остварити у домаћој држави јер је то захтев јавног поретка *legis fori*.

У предложеним решењима Закона о међународном приватном праву Републике Србије и његове хармонизације са правом ЕУ клаузуле јавног поретка напушта се додаток „Уставом утврђене“ као сувишан и ограничавајући, па се у чл. 28 предвиђа да се неће применити одред-

33 Пресуда Врховног суда Србије Прев. 22/99 од 6. децембра 2000. године.

бе страног права чије је дејство *очигледно* супротно јавном поретку Р. Србије, при чему треба нарочито узети у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком и значај последица до којих би довела примена страног права.³⁴ Уместо одредбе страног права, уколико је потребно, треба применити домаће, српско право. Дакле, приликом регулисања јавног поретка предлагач је учинио оно што је било нужно тј. вратио се формулацији која је уобичајена како у националним законодавствима, изворима права ЕУ тако и у међународним уговорима. У истом духу и смислу у одељку под насловом Признање и извршење страних одлука, у чл. 175 ст. 3 предлагач предвиђа да се страном одлуци не признају дејства која су *очигледно* супротна јавном поретку Републике Србије. Наиме, предлажу се услови за признање или оглашавање извршном страном одлуком међу којима се у чл. 177 под г) поставља и услов да одлука није очигледно супротна јавном поретку Републике Србије. Важећи ЗРСЗ предвиђа да се страна судска одлука неће признати ако је у супротности са Уставом утврђеним основама друштвеног уређења³⁵ тако да суд у поступку признања може оцењивати евентуалну битну повреду домаћег материјалног и процесног права позивајући се на заштиту јавног поретка. Установа јавног поретка има функцију флексибилног механизма преиспитивања целине предмета, али никако не сме постати инструмент негације самог признања и извршења стране одлуке.

Примена јавног поретка у погледу усклађености стране одлуке са основним вредностима нашег друштвеног поретка односи се на страну одлуку у целини. Домаћи суд у поступку признања на свеобухватан начин преиспитује предмет и евентуална решења меритума спора. Констатација суда у погледу сагласности стране одлуке са домаћим јавним поретком може представљати разлог за одбијање признања дејства стране одлуке, али не и средство преиспитивања њене садржине или евентуално њене измене. Установа јавног поретка се има примењивати према правилима и принципима у време доношења одлуке о признању тако да се не узимају у обзир накнадне или претходне измене садржине јавног поретка. На сагласност одлуке са битним начелима процесног права домаћи суд признања пази по службеној дужности. Законодавац говори само о супротности са јавним поретком, што поставља еластичне оквири у којима судија може утврђивати повреду основних вредности домаћег друштвеног уређења. Ипак прешироко постављен домашај установе јавног поретка у материји признања и извршења страних одлука водио би ка непризнавању већине одлука судова различитих правосуђа, чиме би се довело у питање остваривање једне од најважнијих задата-

34 Текст Закона о међународном приватном праву републике Србије за јавну расправу.

35 Чл. 92 ЗМПП.

ка међународног приватног права, успостављање међународне правне сарадње и правног саобраћаја међу државама.

VII Закључак

Јавни поредак је институт којем је у међународном приватном праву посвећена изузетна пажња, било да се истиче као разлог за одступање од редовне примене меродавног страног права било као разлог за одбијање признања и извршења страних судских, као и арбитражних одлука. Међутим да би примена овог института остварила свој циљ и сврху неопходно је утврдити разлике које између правних поредака постоје у његовом самом значењу и примени. Ово тим пре када се зна да је реч о институту зависном од времена у којем се примењује и простора на који се односи. Јавни поредак сваке земље је специфичан и карактеристичан, чинећи целину без обзира на правну грану или област, на бази начела на којима је заснован. То никако не значи да може бити изолован у постављању и прихватању савремених општих међународних принципа. На тај начин национални јавни поредак стреми ка квалитативном и квантитативном проширењу уносећи савремене међународне правне стандарде.

Marija KRVAVAC, PhD

Professor at Faculty of Law, Kosovska Mitrovica

PUBLIC ORDER – AWAITING THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

National laws and international conventions provide, as a rule, the mechanisms of protection and compliance with legal order of the forum state competent for resolving a legal dispute with a foreign element i.e. the recognition of the effect of the judgment of foreign sovereignty. However, there is no chance that theory and practice could be harmonised regarding this elastic and important legal standard. In the domain of the national legal order of a particular state public order ought to include imperative rules whose infringement needs to be qualified as the one that endangers its important principles, i.e. its

physiognomy. If public order is considered a part of international law, its application would be unjustified in the matters that do not leave the framework of the national legal order.

In private law relations in which the competition of legal order is manifested, the category of public order has its function in the situations when there is a question of the effects of the judgement rendered in one country in accordance with the applicable law of that country, recognition and execution of the judgment in the country of recognition if, according to its rules, the request for recognition ought to be rejected, as the law applied in rendering the judgment is in contravention of the public order of the country of recognition. According to the applicable clause of public order of the domestic codification of international private law, we have to consider “the values of the social system defined by the constitution...”, but in practice it has been indisputably proved that this addition is unnecessary and without any particular significance, thus the proposed solutions of the Serbian introducer of the bill are in accordance with the institution of legal order in international private law.

Key words: *public order, general principles of law, foreign applicable law, recognition, mandatory rules.*