

др Славко ЂОРЂЕВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## СПОРАЗУМНИ ИЗБОР МЕРОДАВНОГ ПРАВА (АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА) ЗА СТВАРНА ПРАВА НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА

### Резиме

У овом раду се испитије ојравданост и доуштеност аутономије воље странака у стварноправним односима са елементом иностраности који за предмет имају покрећне ствари. Аутор, најпре, полази од владајуће сјановишћа у лијератури које у први план ставља разлоје у прилој искључиве примене правила *lex rei sitae* (заштита интереса прометта и очување међународне хармоније одлучивања) и залаже се за забрану аутономије воље у стварноправним односима. Након тога, аутор износи сјановишће које афирмише аутономију воље у овој материји и као главне разлоје у прилој њене доуштености истиче заштитну интереса странака и сјечавање настанка мобилној сукоба закона. Аутор, зајим, поклања пажњу решењима закона о међународном приватном праву Швајцарске и Холандије који представљају рејке примере законској уређења аутономије воље за стварна права на покрећним стварима у уредном праву. Анализирајући сујроствављене ставове у лијератури и поменућа законска решења, аутор детаљно образлаже свој став о аутономији воље у стварноправним односима, истичући да правило *lex rei sitae* и даље треба да буде примарно колизионо правило, а да се аутономији воље може дајти уско поље примене – она мора бити ојрана, како у поједу круја изаберивих меродавних права тако и у поједу ситуација у којима се примењује (*res in transitu*), и треба да има *inter partes* дејство. На крају, аутор анализира нова колизиона прави-

ла за стварна права на покретним стварима из Нацрџа новој Закона о међународном приватном праву Србије којима се уводи аутономија воље стварања за *res in transitu*.

**Кључне речи:** *lex rei sitae*, ограничена аутономија воље, интереси правној промени и стварања, мобилни сукоб закона, раслојавање пословима међународној промени, *res in transitu*, Нацрџ ЗМПП.

## I Увод

*Lex rei sitae* представља општеприхваћено колизионо правило за стварноправне односе са елементом иностраности и често се означава међународним обичајним правилом у овој материји.<sup>1</sup> Чини се да то никада није било спорно када су у питању стварна права на непокретностима.<sup>2</sup> Када је, пак, реч о покретним стварима, дуго је, историјски посматрано, владала максима *mobilia sequuntur personam* – покретне ствари прате лице, тако да се на стварна права на покретним стварима примењивало персонално право власника (обично право његовог пребивалишта).<sup>3</sup> Тек од средине 19. века место налажења покретне ствари „пробија се“ као тачка везивања под утицајем вон Савињја<sup>4</sup> и данас представља уврежено колизионо правило у упоредном праву за стварна права на покретним стварима.<sup>5</sup> Изузеци од овог правила предвиђају се, углавном, за стварна права на стварима у превозу (*res in transitu*) и транспортним средствима.<sup>6</sup>

1 Тако J. Von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht*, 13. Bearbeitung von Hans Stoll, München, 1996, стр. 69.

2 Примена *lex rei sitae* на стварна права на непокретностима спомиње се још у 13. веку у време постглосатора и важила је пре Бартолусове школе статута. Види Christine Paffenholz, *Die Ausweichklausel des Art. 46 EGBGB*, Jena, 2006, стр. 26–27.

3 Види Piere Lalive, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Law*, Darmstadt, 1977 (reprint of the edition Oxford 1955), стр. 34 и даље; Alexander Lüderitz, „Die Beurteilung beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht“, у: Wolfgang Lauterbach (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts*, Tübingen, 1972, стр. 186–187.

4 Fridrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, 1848, стр. 169 и даље.

5 Готово да се на прстима једне руке могу набројати законодавства која не примењују *lex rei site* на покретне ствари (нпр. пар. 946 Калифорнијској Грађанског законика следи принцип *mobilia sequuntur personam* и још неколико америчких закона, види C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 40).

6 Тако је, примера ради, у нашем међународном приватном праву – види чл. 18 ст. 2 и 3 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (*Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982; даље у фуснотама: ЗРСЗ).

Међутим, последњих деценија у литератури се све чешће јављају ставови да аутономија воље странака – споразумни избор меродавног права – треба да буде допуштена у стварноправним односима са елементом иностраности који за предмет имају покретне ствари.<sup>7</sup> Наравно, то се односи на ситуације у којима се стварна права на покретним стварима стичу односно преносе двостраним правним пословима, јер су само тада странке у могућности да споразумно изаберу меродавни стварноправни статут. Истиче се да је примена *lex rei sitae* неадекватна када се покретне ствари (роба) извозе/увозе из једне у другу државу (и долази до мобилног сукоба закона) и када се тргује са стварима у транзиту код којих је место налажења покретне ствари у тренутку располагања обично случајно или чак странкама непознато.<sup>8</sup> У новијој литератури се, чак, распламсала дискусија о „увођењу“ аутономије воље као основног колизионог принципа за стварноправне односе са елементом иностраности у међународно приватно право Европске уније.<sup>9</sup> Изнет је став да странкама у прекограничним трговачким трансакцијама треба допустити да изаберу стварноправни режим било које државе чланице, а да њихов избор једино може бити ограничен нормама непосредне примене и националним јавним поретком.<sup>10</sup>

Ипак, треба истаћи да, према још увек владајућем становишту, аутономију воље странака не треба допустити у стварноправним односима са елементом иностраности. Већина законодавстава у свету уопште не предвиђа могућност избора меродавног права за стварноправне односе са елементом иностраности, док мали број законодавстава допушта ограничену аутономију воље у посебним случајевима (Швајцарска<sup>11</sup> и Холандија<sup>12</sup>), а ниједно законодавство на свету не предвиђа неограниче-

7 Ulrich Drobnig, „Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachrechts“, *FS Kegel*, Frankfurt am Main, 1977, стр. 150–151; Rolf H. Weber, „Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?“, *RabelsZ* бр. 44/1980, стр. 510 и даље; Pius Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte an Farnis im Internationalen Sachenrecht der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs*, Entlebuch, 1985, стр. 27 и даље; H. Stoll, *нав. дело*, стр. 159, 169; Dorothee Einsele, „Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht“, *RabelsZ*, бр. 60/1996, стр. 435 и даље.

8 Види *ibid.*

9 Види зборник радова са конференције која је одржана 2010. године на Erasmus Law School у Холандији: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011.

10 Axel Flessner, „Choice of Law in International Property Law – New Encouragement from Europe“, у: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, стр. 11 и даље (нарочито стр. 38–39).

11 Чл. 104 Закона о међународном приватном праву Швајцарске (превод овог закона видети код Мирко Живковић, *Међународно приватно право – националне кодификације*, Београд 1996, стр. 551 и даље).

12 Види чл. 128, 129, 132 и 133 Закона о међународном приватном праву Холандије.

ну аутономију воље у овој материји. У страниј литератури, међу ауторима који се залажу за споразумни избор меродавног стварноправног ста-тута, преовлађује становиште да он мора да буде ограничен.<sup>13</sup> Наш Закон о решавању сукоба закона (даље у тексту: ЗРСЗ) чврсто се држи правила *lex rei sitae* (чл. 18 ст. 1), уз изузетке у погледу ствари у транзиту (*lex loci destinationis*, чл. 18 ст. 2) и превозних средстава (*lex banderae*, чл. 18 ст. 3), и не пружа могућност странкама да бирају меродавно право за стварна права, нити је таква могућност икада разматрана у домаћој литератури. С друге стране, Нацрт новог Закона о међународном приватном праву Србије (у даљем тексту: Нацрт ЗМПП) предвиђа ограничену аутономију воље за стварна права на стварима у транзиту (*res in transitu*).<sup>14</sup>

Циљ нашег истраживања у овом раду јесте да заузмемо сопствени став о оправданости аутономије воље у стварноправним односима са елементом иностраности и одредимо границе њене допуштености. Зато је неопходно да приступимо анализи супростављених ставова у страниј литератури и ретких законских решења о аутономији воље која у овом тренутку постоје у упоредном међународном приватном праву (ЗМПП Швајцарске и ЗМПП Холандије). На крају, анализирамо и нова колизи-она правила за стварна права на покретним стварима из Нацрта ЗМПП којима се уводи аутономија воље за стварна права на *res in transitu*.

## II Искључива примена *lex rei sitae* и забрана аутономије воље

### I. Аргументи у прилог искључиве примене *lex rei sitae*

Противници аутономије воље разлоге за њену недопуштено-ност првенствено виде у снажним аргументима којима се образлаже искључива примене правила *lex rei sitae*.

Као главни разлог у прилог примене права државе у којој се покретна ствар налази наводи се да је ово колизионо решење у интересу заштите правног промета.<sup>15</sup> Истиче се да је ствар (било покретна било

13 Види Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–170; U. Drobnig, *нав. чланак*, стр. 150; P. Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte*, стр. 28; Jan von Hein, „Party Autonomy in International Property Law – German Perspective“, у: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, стр. 117.

14 Текст коначне верзије Нацрта Закона о међународном приватном праву може се наћи на вебсајту Министарства правде Републике Србије (вид. <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 1.9.2014).

15 Gerhard Kegel, Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, 2006, стр. 121 и 661; Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2001, стр. 520; C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95.

непокретна) суштински најближе повезана са правним прометом места где се она физички налази, а то место (место физичке присутности ствари) је, по правилу, лако утврдити, тако да се постиже правна сигурност за учеснике промета.<sup>16</sup> Из тог разлога се свако може ослонити на то да се стварна права једино могу стећи и преносити у складу са правом државе у којој се ствар налази, тј. трећа лица могу рачунати само са оним стварним правима на ствари које предвиђа право ове државе.<sup>17</sup> То значи да се у правном промету нарочито води рачуна о принципу *numerus clausus* стварних права и захтевима публицитета (нпр. упис права у регистар) које предвиђа право државе у којој се ствар налази. Имајући ово у виду, место налажења ствари је најпогоднија тачка везивања за стварноправне односе са елементом иностраности, јер се њоме обезбеђује правна сигурност како у националном тако и у међународном правном промету.<sup>18</sup>

Такође, наводи се да је правило *lex rei sitae* у интересу остварења међународне хармоније одлучивања, јер је реч о правилу које је у већини законодавстава у свету прихваћено као основно (и неретко једино) колизионо решење у овој материји.<sup>19</sup> Отуда, без обзира у којој држави се води стварноправни спор, може се препоставити да ће се увек примењивати *lex rei sitae* – што води остварењу међународне хармоније одлучивања. Странке и трећа лица се могу поуздати у примену овог правила.

## 2. Недопуштеност аутономије воље

Управо због аргумената којима се образлаже нужна примена *lex rei sitae* сматра се да аутономија воље треба да буде забрањена у стварноправним односима са елементом иностраности – тј. њено увођење би водило повреди интереса промета (у првом реду, интереса трећих лица) и неостварењу међународне хармоније одлучивања.

Наиме, истиче се да би давање слободе странкама да изаберу мерило стварноправни статут који се разликује од *lex rei sitae* грубо повредило интересе правног промета и правне сигурности, и то нарочито интересе трећих лица, с обзиром да она не могу предвидети

16 C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95; G. Kegel, K. Schurig, *нав. дело*, стр. 121.

17 C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 520.

18 C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95.

19 G. Kegel, K. Schurig, *нав. дело*, стр. 123. Нарочито видети дискусију о међународној хармонији одлучивања код Karl Kreuzer, „Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts – Sachverrechtliche Bestimmungen“, у: Dieter Henrich (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts*, Tübingen, 1991, стр. 75–81.

које ће право странке изабрати – за њих овај избор није видљив и не могу се поуздати у изабрано право.<sup>20</sup> Ово је посебно важно за повериоце као трећа лица чија се заштита аутономијом воље може озбиљно угрозити. Место налажења ствари је чврста тачка везивања, видљива и лако утврдива, док споразумни избор меродавног права није (осим самим странкама које су вршиле избор права). Поред тога, истиче се да аутономија воље подрива принцип *numerus clausus* стварних права, јер интереси промета налажу да се може искључиво рачунати са врстама стварних права које допушта право државе у којој се ствар налази. Ако би странке изабрале неки други правни поредак и у складу са његовим одредбама креирале неко непознато стварно право, могло би доћи до повреде овог принципа, тј. до повреде императивних норми којима се у праву места налажења ствари уређују врсте стварних права.<sup>21</sup>

Такође, ако би се допустила аутономија воље странака, одступило би се од универзално прихваћеног правила *lex rei sitae* и нарушила би се међународна хармонија одлучивања. Износећи своје ставове против увођења аутономије воље у међународно стварно право Немачке, професор Кројцер је истакао да би пружање могућности странкама да изаберу меродавни стварноправни статут довело до настанка „храмућих“ стварних права.<sup>22</sup> Ово из разлога што би немачки правни систем био једини или један од веома ретких правних система који допуштају странкама да изаберу стварноправни статут другачији од *lex rei sitae*, па када би покретна ствар прешла у другу државу пре него што су се стекли сви услови за стицање стварног права, судија те државе не би узео у обзир споразумни избор права које су странке закључиле, већ би се стриктно држао примене права места налажења ствари, јер то колизионо правило важи у његовом међународном приватном праву. Право места налажења ствари може сматрати да стварно право није стечено и тога би се судија држао, иако су према споразумно изабраном праву услови за стицање испуњени. У резултату настаје „храмуће“ стварно право.<sup>23</sup> Такав резултат није у интересу странака и вређа њихова оправдана очекивања. Зато Кројцер сматра да аутономију воље у стварноправним односима има једино смисла увести, ако је она прихваћена у већини законодавства у Европи и свету, те предлаже њено једнообразно уређење на нивоу Европске уније.<sup>24</sup>

20 A. Lüdriz, *нав. чланак*, стр. 188 и даље.

21 У том смислу види *ibid.*

22 K. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 76–81.

23 *Ibid.*, стр. 78–79.

24 *Ibid.*, стр. 80–81.

### III Становиште о допуштености аутономије воље

С друге стране, присталице аутономије воље као главни аргумент у прилог својих ставова наводе недостатке примене правила *lex rei sitae* на покретне ствари. Најпре, истиче се да при дубљој анализи постаје очигледно да интереси промета и правне сигурности не би били у толикој мери угрожени, ако би се одступило од примене *lex rei sitae* и допустило странкама да споразумно изаберу стварноправни статут.<sup>25</sup> Такође, сматра се да странке могу аутономијом воље да предупредe настанак мобилног сукоба закона.<sup>26</sup> Ипак, ретки су ставови да аутономија воље у стварноправним односима треба да буде основни колизионоправни прицип – међу присталицама аутономије воље преовлађује становиште да она треба да буде ограничена (као што је то на пример предвиђено у ЗМПП Швајцарске).

#### 1. Аргументи (разлози) у прилог аутономије воље

##### a) *Интереси странака испред интереса промета*

Присталице аутономије воље сматрају да је увођење аутономије воље за стварна права на покретним стварима пре свега у интересу самих странака који мора имати предност у односу на „апстрактне“ интересе промета.<sup>27</sup> То нарочито долази до изражаја приликом закључивања међународних трговачких трансакција где ствари (роба) често мењају место налажења које услед тога постаје случајно. За ствар су примарно заинтересоване странке које правним послом располажу са том ствари (стварним правом на ствари). Оне желе да знају под којим условима се преноси односно стиче стварно право на ствари и да ли су они испуњени према меродавном праву. Зато оне треба да буду овлашћене да споразумно изаберу меродавни стварноправни статут, а не да се примењује *lex rei sitae* који им може бити потпуно непознат. Отуда, како се истиче, очување интереса промета и тврдња да промету треба објективна и лако утврдива тачка везивања као што је место налажења ствари представља потпуно „празан“ аргумент против допуштености аутономије воље,<sup>28</sup> с обзиром да би странкама било далеко једноставније да улазе у пословне трансакције, ако би имале јасно видљив стандард за одређивање меродавног стварноправног статута као што је принцип аутономије воље.<sup>29</sup>

25 Види А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 21–23; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–171.

26 Тако Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170.

27 *Ibid.*, стр. 169, 175.

28 А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 21.

29 *Ibid.*, стр. 22–23.

Затим, истиче се да у међународном промету ниједна држава не може свој систем стварних права држати затвореним и очекивати да се на њеној територији искључиво стичу и важе стварна права која је она, у складу са принципом *numerus clausus*, предвидела.<sup>30</sup> У новије време „пробило“ се правило да стварно право која је стечено према праву једне државе, може произвести дејства у другој држави, уколико њено право познаје исту или сличну врсту стварног права или, пак, врсту стварног права које је функционално упоредиво и еквивалентно стварном праву стеченом у иностранству (тзв. метод транспозиције). Шта више, предлаже се да страна стварна права треба увек признавати, осим ако су њихова дејства „нетолерантна“ у домаћем правном поректу (теорија прихватања, метод интеграције).<sup>31</sup> На овај начин се заобилазе препреке које поставља принцип *numerus clausus*, што значи да заиста постаје излишно истицати да је његово очување у праву државе где се ствар налази сметња аутономији воље за стварна права са елементом иностраности.<sup>32</sup>

Најзад, сматра се да споразумни избор меродавног стварноправног статута не може штетити интересима трећих лица,<sup>33</sup> јер се располагање стварним правима одвија према нормама материјалног стварног права без пристанка трећих лица, па се не види разлог због чега би у односима са елементом иностраности трећа лица имала бољи статус. Када је реч о (необезбеђеним/не-заложним) повериоцима као трећим лицима њихови интереси не могу да буду угрожени, јер наплата њихових потраживања није везана за конкретну ствар него за комплетну имовину дужника,<sup>34</sup> а он може слободно располагати својом имовином. Наравно, повериоцу стоје на располагању правна средства у извршном и стечајном поступку која се, по правилу, одвијају у држави где се налази имовина дужника и процесна правила ове државе одређују права и ранг поверилаца (*lex*

30 *Ibid.*, стр. 23.

31 Ово становиште полако постаје владајуће у немачкој литератури која сматра да управо на такав начин треба тумачити чл. 43 ст. 2 ЕГБГБ. Види Christiane Wendehorst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–46), Internationales Privatrecht*, München 2006, Art. 43, Rn 152–154; Thomas Rauscher, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2009, стр. 328; Max Johann Lipsky, *Statuenwechsel im italienischen Sachenrecht – Auswirkungen auf den Im- und Export von Mobiliarsicherheiten*, Frankfurt am Main, 2011, стр. 141 и даље.

32 A. Flessner, *нав. чланак*, стр. 24–25.

33 *Ibid.*, стр. 26.

34 Ако поверилац жели да се намира из конкретне ствари, он мора на тој ствари стећи право обезбеђења (нпр. залога). Флеснер истиче да намирање из заложне ствари не представља саставни део правила о општој заштити поверилаца (A. Flessner, *нав. чланак*, стр. 27).



*loci concursus*). За право принудног извршења и стечајно право, којима се на општи начин штите и остварују права повериоца, потпуно је ирелевантно питање где је и према ком праву имовина дужника стечена. Зато се не види ваљан разлог због којег би странкама било забрањено да споразумно изаберу стварноправни статут.<sup>35</sup>

### б) Спречавање мобилној сукоба закона

У прилог аутономије воље у стварноправним односима са елементом иностраности њене присталице наводе и да се споразумним избором стварноправног статута може избећи мобилни сукоб закона.<sup>36</sup> Пре свега, мисли се на спречавање тзв. квалификованог мобилног сукоба закона – тј. када покретна ствар мења место (државу) налажења пре него што су се остварили сви неопходни услови за стицање или престанак стварног права, па се поставља питање према ком праву, старом или новом *lex rei sitae*, треба окончати започето стицање (престанак) стварног права или, пак, треба оба статута сукцесивно примењивати.

Овај облик мобилног сукоба закона редовно се доводи у везу са стицањем стварних права на покретним стварима закључивањем послова међународног трговачког промета код којих роба (покретне ствари) треба да буде испоручена из једне у другу државу, а притом у тренутку преласка ствари преко границе стицање стварног права још није окончано према праву државе извоза (државе отпремања ствари). У литератури се дуго сматрало да је најправичније сукцесивно примењивати ранији и нови *lex rei sitae*, тј. сваки стварноправни статут треба применити само на оне чињенице које су се оствариле док се покретна ствар налазила под његовим окриљем,<sup>37</sup> док у новије време преовлађује становиште (које је потврђено и у упоредном законодавству<sup>38</sup>) да на све чињенице треба примењивати актуелни *lex rei sitae* (дакле, и чињенице настале под окриљем ранијег статута сматрати као да су остварене у актуелном месту налажења ствари).<sup>39</sup> Ипак, још увек постоје извесне разлике међу државама у приступу решавања мобилних сукоба закона, тако да се дилеме и проблеми у примени правила *lex rei sitae* и

35 А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 26–29.

36 Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170 (Rn 283); R. H. Weber, *нав. чланак*, стр. 519.

37 Види нпр. Р. Lalive, *нав. дело*, стр. 150.

38 Види чл. 102 ст. 1 ЗМПП Швајцарске; чл. 43 ст. 3 Уводног закона за Грађански законик СР Немачке (ЕГБГ).

39 Вид. К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 54–55; Ј. Kropholler, *нав. дело*, стр. 527; Abbo Junker, *Internationales Privatrecht*, München, 1997, стр. 410; G. Kegel, К. Schurig, *нав. дело*, стр. 668; Поликсена Гавроска, Тони Дескоски, *Мејународно приватно право*, Скопје, 2011, стр. 300.

даље могу јавити.<sup>40</sup> Зато, да странке не би размишљале и стрепеле да ли нови *lex rei sitae* уважава чињенице које су настале под окриљем ранијег стварноправног статута и бавиле питањем „накнадно“ решавања мобилног сукоба закона, сматра се да оне својим споразумним избором меродавног права за стицање стварног права решавају овај проблем и за себе стварају правну сигурност (у литератури се предлаже да могу изабрати инцијални или нови *lex rei sitae* или право меродавно за правни посао).<sup>41</sup>

## 2. Ограничена аутономија воље

Присталице аутономије воље углавном се залажу за ограничену аутономију воље у овој материји.<sup>42</sup> Предлаже се да се странкама допусти ограничен избор права у две ситуације: када располажу стварним правима на стварима пословима међународног промета и када располажу стварним правима на стварима у транзиту.<sup>43</sup>

### а) Располагање пословима међународног промета

„Располагање покретним стварима пословима међународног промета“ означава ситуацију у којој се покретне ствари (роба), на којима се стиче или преноси стварно право, испоручују из једне у другу државу<sup>44</sup> (било да је у питању роба било индивидуално одређена ствар, било да је реч о правном послу између привредних субјеката или лица грађанског права). Дакле, није довољно да правни посао (уговор) којим се преноси стварно право буде на било који начин повезан са неким страним правним поретком, већ он мора имати за предмет ствари које се извозе из једне, а увозе у другу државу. Притом, ову ситуацију треба строго разликовати од *res in transitu* (којима се такође располаже прекогранич-

40 О евентуалним разликама у поједним државама види више код P. Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte*, стр. 27 и даље.

41 У том смислу Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–170, 175.

42 Упореди Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 175; U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150; P. Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte*, стр. 28; J. von Hein, *нав. чланак*, стр. 117; D. Einsele, *нав. чланак*, стр. 437 и даље; R. H. Weber, *нав. чланак*, стр. 528–529.

43 Постоји (додуше усамљен) предлог да се аутономија воље за стварна права допусти и када припадници одређене групе, која има снажну везу са државом која није држава у којој се ствар налази, међусобно располажу својим покретним стварима (тако Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 157–158 и 172, који, додуше, говори о претпостављеној аутономији воље у прилог државе заједничког уобичајеног боравишта припадника групе).

44 У том смислу и С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 134; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 173.

ним правним пословима), јер овде долази до располагања са ствари пре њеног транспорта, тј. док се она још увек налази у држави отпремања (држави извоза).<sup>45</sup>

Међу присталицама аутономије воље влада, готово, неподељено мишљење да споразумни избор меродавног права треба да буде допуштен за стицање и престанак стварних права пословима међународног промета,<sup>46</sup> а као један од главних разлога наводи се спречавање мобилног сукоба закона, с обзиром да се избором једног меродавног права овај проблем избегава, а странке са сигурношћу могу очекивати да се услови за стицање стварног права оцењују према изабраном праву.<sup>47</sup> Што се тиче круга изаберивих права, сматра се да странкама треба допустити да као стварноправни статут изаберу право државе извоза, право државе увоза или право меродавно за правни посао на основу кога се стиче стварно право.<sup>48</sup> Избором права меродавног за правни посао странке могу усагласити стварноправни статут са уговорним статутом, с обзиром да је располагање покретним стварима, са својим облигационим и стварноправним дејствима, јединствени подухват на који би ваљало применити један правни поредак.<sup>49</sup> Када је реч о стварним правима обезбеђења, у новијој литератури има мишљења да кругу изаберивих права треба додати и право које меродавно за уговор о кредиту, јер је, како се истиче, стварно право обезбеђења у суштински блиској вези са уговором о кредиту који представља трајнији однос, а не са основим правним послом (нпр. уговором о продаји) који престаје чим странке испуне своје обавезе.<sup>50</sup>

Подељена су мишљења, да ли аутономија воље треба да има *inter partes* или *erga omnes* дејство, премда у последње време све више преовлађује становиште да јој треба дати *erga omnes* дејство (тј. да има

45 Тако јасно С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 134.

46 А. Flessner, *нав. дело*, стр. 21; D. Einsele, *нав. дело*, стр. 441–442; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 175; U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150–151; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 523.

47 Тако пре свих Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170 (284). Код послова међународног промета до мобилног сукоба закона може доћи, примера ради, због дивергенције услова за стицање и престанак стварних права које предвиђају правни системи државе извоза и државе увоза – нпр. једна држава предвиђа систем традиције за стицање својине, а друга консенсуални систем или државе предвиђају различите услове за стицање неког стварног права обезбеђења, нпр. задржавање права својине.

48 Тако Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 175; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 523. Дробних сматра да треба ограничити избор само на право државе отпремања и право државе одређишта (U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150).

49 D. Einsele, *нав. чланак*, стр. 438; R. Н. Weber, *нав. чланак*, стр. 519–520; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170, 175.

50 Тако А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 35.

дејство и према трећим лицима).<sup>51</sup> Поједини аутори који се залажу за *erga omnes* дејство сматрају да ипак треба одступити од аутономије воље у случајевима када интереси промета и заштите трећих лица то нужно захтевају и применити право места где се ствар налази. То би, примера ради, био случај када право места налажења ствари захтева регистрацију стварног права (нпр. упис у регистар задржавања права својине које од момента уписа производи дејства према трећим лицима).<sup>52</sup> Поборници *inter partes* дејства, пак, сматрају да се у односу на трећа лица, ради заштите њихових интереса, увек мора примењивати *lex rei sitae*.<sup>53</sup>

Најзад, подељена су мишљења да ли аутономија воље мора да буде изричита или је довољна и прећутна аутономија. Чини се да преовлађује становиште да аутономија воље може бити и прећутна.<sup>54</sup>

### б) *Res in transitu*

Присталице аутономије воље предлажу споразумни избор права и за стицање и престанак (односно пренос) стварних права на стварима у превозу (*res in transitu*). Истиче се да је допуштање споразумног избора стварноправног статута у овом случају првенствено у интересу странака, с обзиром да се овим стварима располаже у тренутку када се оне налазе у транзитној држави (место налажења ствари) са којом ствар нема довољно снажну везу или чак на отвореном мору када уопште и нема места налажења ствари.<sup>55</sup> Исто као и код послова међународног трговачког промета, избор треба ограничити на право државе отпремања ствари или право државе одредишта, а према појединим ауторима треба као алтернативу додати и право меродавно за правни посао на основу кога се стиче стварно право. Избор права може бити и прећутан.<sup>56</sup>

51 Упореди А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 26 и даље, стр. 38–39; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170–171; D. Einsele, *нав. чланак*, стр. 437 и даље; U. Drobnig, *нав. чланак*, стр. 150–151; за *inter partes* дејство види Н. G. Gottheimer, „Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen“, *RabelsZ*, бр. 18/1953, стр. 356 и даље; К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 81–82.

52 Упореди Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170–171.

53 Тако Н. G. Gottheimer, *нав. чланак*, стр. 356 и даље; К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 81–82.

54 За изричиту и прећутну се залаже Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–171, 175; А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 38–39, R. H. Weber, *нав. чланак*, стр. 528, а за искључиво изричиту U. Drobnig, *нав. чланак*, стр. 150–151; J. von Hein, *нав. чланак*, стр. 117.

55 Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 234, 236; С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 155.

56 Види *ibid.*

в) *Врсте стварних права и обим аутономије воље*

Присталице аутономије воље сматрају да ограничена аутономија воље странака (у обе горе описане ситуације) важи како за право својине тако и за стварна права обезбеђења на покретним стварима која настају на основу правног посла (задржавање права својине, ручна залога и разни облици бездржавинских заложних права која се уговарају у прекограничном трговачком промету).<sup>57</sup> Ипак, важно је указати (што неретко чине и саме присталице аутономије воље) да код стварних права обезбеђења може настати проблем, ако странке за стицање овог права изаберу право државе одредишта које захтева да се ово право упише у јавни регистар. Да ли странка која треба да стекне стварно право обезбеђења може да захтева да се оно упише у регистар државе одредишта, пре него што је ствар доспела на њену територију, зависи искључиво од међународног приватног права ове државе, тј. њених правила о мобилном сукобу закона и њеног става према аутономији воље, тако да се странке морају унапред обавестити о садржини овог правног система.<sup>58</sup>

На крају, такође ваља нагласити да није спорно да се споразумни избор меродавног стварноправног статута односи на услове за стицање и престанак стварних права. Међутим, питање је, да ли избор права важи и за њихову садржину и дејства. Када је реч о праву својине на покретној ствари, ово питање не изазива полемике, с обзиром да су својинскоправна овлашћења и њихова „реализација“ у великој мери уједначена у различитим правним системима. Стога, када се утврди да је право својине стечено према споразумно изабраном меродавном праву, постаје готово свеједно да ли ће се својинскоправна овлашћења ценити према овом статуту или према праву места где се покретна ствар у том тренутку налази. Међутим, када је реч о стварним правима обезбеђења, питање добија на значају, јер се облици и врсте ових стварних права различито уређују од државе до државе и свака држава настоји да у оквирима свог правног система очува свој *numerus clausus* стварних права обезбеђења. Проблем, заправо, настаје када дође до тзв. простог мобилног сукоба закона, тј. када се покретна ствар на којој је стечено стварно право обезбеђења премести из једне државе у другу државу (актуелни *lex rei sitae*) у којој се постави питање његовог дејстава. Ако је актуелном *lex rei sitae* непознато страно стварно право обезбеђења, у први план избија питање признања његових дејстава у овом прав-

57 Упореди U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150; H. Stoll, *нав. дело*, стр. 171 (Rn 285); A. Flessner, *нав. чланак*, стр. 33–38.

58 На ове проблеме нарочито указују Anton Heini, *IPRG Kommentar*, Art. 104, Zürich, 1993, стр. 831–832; K. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 103.

ном поретку (метод транспозиције и прилагођавања). Из ових разлога већина присталица аутономије воље сматра да споразумни избор права за питања садржине и дејстава стварних права обезбеђења има мало смисла (па чак и када би се изабрало право државе одредишта као *lex futuri sitae* које касније постаје актуелни статут), јер се она готово увек решавају у оквиру материјалног права актуелног стварноправног статуса (права државе у којој се ствар налази у тренутку када се ова питања постављају).<sup>59</sup>

### 3. ЗМПП Швајцарске

Прва национална кодификација међународног приватног права (до недавно и једина) која је странкама допустила да споразумно бирају меродавно право за стварноправне односе са елементом иностраности јесте швајцарски Закон о међународном приватном праву из 1987. године. Као и остале кодификације у упоредном праву, и швајцарски ЗМПП предвиђа примену *lex rei sitae* као опште правило за стварна права на покретним стварима (чл. 100), као и неколико посебних колизионих правила,<sup>60</sup> укључујући и правила за решавање мобилног сукоба закона (чл. 102). Ипак, оно што овај закон издваја од осталих јесте давање слободе странкама да, под одређеним условима, изаберу меродавни стварноправни статут. Према одредби чл. 104 ст. 1 швајцарског ЗМПП, „за ствари и имовина и ствари на покретној ствари странке моју изабрати право државе одређеног места или право државе одређеног места или право државе одређеног места“. У ст. 2 овог члана изричито се наводи да „избор права не може утицати на трећа лица“. Као што се може видети швајцарски законодавац је предвидео ограничену аутономију воље за стварноправне односе са елементом иностраности која има *inter partes* дејство.

Из одредбе чл. 104 ст. 1 проистиче да је споразумни избор права могућ само у ситуацијама у којима се покретним стварима располаже правним пословима и то тако да се оне извозе/увозе (отпремају/допремају) из једне у другу државу. То значи да се ова одредба примењује на ситуацију коју смо у овом раду назвали „располагање покретним

59 С. Raffenholtz, *нав. дело*, стр. 77. Ипак, у литератури има мишљења да, ако се уведе као јединствено правило у право ЕУ, аутономија воље треба да обухвати и питања садржине и дејстава стварних права обезбеђења (тако А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 34).

60 Ствари у транзиту (чл. 101), средстава превоза (чл. 107), задржавање права својине на покретној ствари намењеној извозу (чл. 103) и робне хартије од вредности (чл. 106).

стварима пословима међународног промета“, као и на *res in transitu*.<sup>61</sup> Странке могу бирати право државе одашиљања, право државе одређишта или право меродавно за правни посао. Избор права може бити изричит или прећутан. Прећутан избор значи да из околности случаја мора јасно да произилази да су странке желеле примену одређеног правног поретка за своје стварноправне односе.<sup>62</sup> Изабрани стварноправни статут примењује се на стицање и престанак стварног права, док се на садржину и вршење (дејства) примењује право које се одређује на основу објективне тачке везивања (тј. право које је меродавно у одсуству аутономије воље – а то је *lex rei sitae* или *lex loci destinationis*).<sup>63</sup>

Према одредби чл. 104 ст. 2, споразумни избор меродавног права делује искључиво *inter partes* и не може утицати на права трећих лица. За права трећих лица важи право које је меродавно у одсуству избора (то може бити *lex rei sitae*, али и *lex loci destinationis* када је реч о *res in transitu*), а швајцарски коментатори се слажу да се трећа лица могу једнако позивати како на право које је меродавно у одсуству избора и тако и на право које су странке изабрале.<sup>64</sup> У једном делу швајцарске литературе ограничавање на *inter partes* дејство наишло је на критике.<sup>65</sup> Наводи се да *inter partes* дејство доводи до тога да странке морају да воде рачуна, не само о праву које су изабрале, већ и о праву које би било меродавно у одсуству њиховог избора, као и да испуне услове за стицање стварног права које ово право предвиђа. То за њих представља додатно оптерећење и ствара правну несигурност, јер оне често не могу унапред предвидети да ли ће се уопште појавити треће лице, те да ли ће се оно позвати на неко друго право, а не на оно које су оне изабрале.<sup>66</sup> Према томе, ово становиште сматра да је *inter partes* дејство у супротности са интересима странака.

Швајцарски аутори истичу да аутономија воље важи за све врсте стварних права на покретним стварима, али да је њена примена ипак најзначајнија код стицања и престанка права својине на покретним стварима које су намењене међународном трговачком промету или се налазе у транзиту.<sup>67</sup> Када је реч о стварноправним средствима обезбеђења, странке такође могу користити могућност избора права, али може настати проблем да ли такво стварно право може бити при-

61 Види Anton Heini, *IPRG Kommentar*, Art. 104, Zürich, 1993, стр. 831; Pius Fisch, *Internationales Privatrecht – Basler Kommentar*, Art. 104 IPRG, Basel, 2007, стр. 718.

62 P. Fisch, *нав. дело*, стр. 719.

63 A. Heini, *нав. дело*, стр. 831; P. Fisch, *нав. дело*, стр. 718.

64 A. Heini, *нав. дело*, стр. 832; P. Fisch, *нав. дело*, стр. 721.

65 P. Fisch, *нав. дело*, стр. 720–722.

66 *Ibid.*, стр. 721.

67 A. Heini, *нав. дело*, стр. 832; P. Fisch, *нав. дело*, стр. 718.

знато у новом месту налажења ствари, што редовно зависи од његових материјалноправних прописа (*numerus clausus* принципа) и важећих метода признања страних стварних права (нпр. методе транспозиције).<sup>68</sup> Ипак, истиче се да, свакако, има смисла да странке за своје стварно право обезбеђења изаберу право државе одредишта, јер у тој држави оно треба да произведе дејства и да, евентуално, буде извршено (осим ако се ствар не премести даље, у неку трећу државу).<sup>69</sup> Међутим, већ смо видели да и у овом случају може настати проблем, уколико право државе одредишта захтева да се стварно право обезбеђења упише у јавни регистар.<sup>70</sup>

Као једна од главних предности аутономије воље наводи се да странке могу изабрати швајцарско право, уколико оно спада у једну од понуђених опција (нпр. Швајцарска је у конкретном случају држава увоза или извоза), и да притом пророгирају надлежност швајцарског суда за евентуалне спорове.<sup>71</sup> На овај начин оне обезбеђују да њихов споразумни избор меродавног стварноправног статута буде пуноважан, јер ће швајцарски суд сходно чл. 104 ЗМПП уважити избор странака. У супротном, ако би за евентуалне спорове био надлежан страни суд, допуштеног споразумног избора права би зависила од међународног приватног права те државе (које вероватно не дозвољава аутономију воље у стварноправним односима са елементом иностраности).<sup>72</sup>

#### 4. ЗМПП Холандије

Друга, такође једна од ретких, кодификација која предвиђа могућност споразумног избора стварноправног статута јесте Закон о међународном приватном праву Холандије из 2011. године.<sup>73</sup> Холандски ЗМПП такође поставља примену права места налажења ствари као основно колизионо правило за стварна права на покретним стварима,<sup>74</sup>

68 А. Heini, *нав. дело*, стр. 832.

69 Р. Fisch, *нав. дело*, стр. 720.

70 Исто тако *ibid.*, стр. 720.

71 *Ibid.*, стр. 719, 720.

72 На проблем допуштености аутономије воље у страном међународном приватном праву указује и Hans Hansich, „Besitzlose Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland“, у: *FS Rudolf Moser – Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*, Zürich, 1987, стр. 31.

73 Превод Закона о међународном приватном праву Холандије на енглески језик објављен је у *Yearbook of Private International Law*, Volume 13/2011, стр. 657–694 (текст су превели проф. др М. Н. ten Wolde, др J.G. Knot и др N. A. Vaarsma). Превод овог закона на немачки језик објављен је у *RabelsZ*, бр. 78/2014, стр. 615–665 (текст је превео проф. др Kurt Siehr).

74 Чл. 127 ст. 1 ЗМПП Холандије.



али поред тога садржи одредбе које прецизирају примену општег правила (решавање мобилног сукоба закона<sup>75</sup>), одредбе које предвиђају одступања од примене општег правила (средства превоза,<sup>76</sup> ствари у превозу<sup>77</sup> итд.), као и одредбе које допуштају странкама да под одређеним условима изаберу меродавни стварноправни статут.

Споразумни избор меродавног права за стварна права на покретним стварима изричито је предвиђен у холандском ЗМПП-у за задржавање права својине на ствари која је намењена извозу.<sup>78</sup> Према чл. 128 ст. 1 ЗМПП Холандије, за стварноправна дејства задржавања права својине меродавно је право државе у којој се ствар налази у време испоруке. Ипак, странке могу, сходно ст. 2 овог члана, за стварноправна дејства задржавања права својине на покретној ствари која је намењена извозу изабрати право државе одредишта (државе увоза), под условом да према том праву задржавање права својине не губи дејства све док купопродајна цена не буде у потпуности исплаћена, као и да ствар заиста буде увезена у државу одредишта (ако ствар не доспе у државу одредишта, избор меродавног права је непуноважан). Приликом редиговања ове одредбе холандски законодавац је, како се истиче, првенствено имао у виду холандске извознике који би, када робу извозе у Немачку, могли да изаберу за задржавање права својине немачко право и тиме себи обезбеде шири концепт задржавања права својине које познаје немачки правни поредак, а то је задржавање права својине са производном клаузулом.<sup>79</sup> Овај облик задржавања права својине проширује ово право и на ствари (робу) које су произведене од ствари које су предмет уговора о продаји, тако да избором немачког права холандски извозници могу бити у бољој позицији.<sup>80</sup>

Иако холандски законодавац није изричито предвидео каква дејства има споразумни избор права из чл. 128 ЗМПП, у литератури се

75 Чл. 127 ст. 5 и чл. 130 ЗМПП Холандије.

76 Чл. 127 ст. 2 и 3 ЗМПП Холандије.

77 Чл. 133 ЗМПП Холандије.

78 Холандски законодавац предвиђа и могућност тзв. посредног избора меродавног права за стварна права, предвиђајући да се на стицање стварног права у појединим ситуацијама примењује право које је меродавно за правни посао за који странке могу споразумно изабрати меродавно право. Чл. 129 ЗМПП Холандије предвиђа такву могућност за право ретенције, чл. 132 ЗМПП за пренос права својине путем *cessio vindicationis* на укреденој осигураној ствари (примењује се право меродавно за уговор о осигурању) и чл. 133 ЗМПП за ствари у транзиту.

79 Jeroen van der Weide, „Party Autonomy in Dutch International Property Law“, у: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, стр. 51–52.

80 *Ibid.* О установи задржавања права својине у Немачкој види више код Hansjörg Weber, Jörg-Andreas Weber, *Kreditsicherungsrecht*, München, 2012, стр. 151 и даље, посебно 168–175.

могу наћи мишљења да ова аутономија воље има *inter partes* дејство, али да то није много видљиво, пошто ће се на дејства и евентуално извршење овог стварноправног средства обезбеђења примењивати право државе одредишта.<sup>81</sup> Бирањем права државе одредишта странке заправо бирају право будућег (следећег) места налажења ствари које ће се примењивати на садржину, дејства и извршење задржавања права својине (у том месту ће се највероватније и водити спор и тамошњи суд ће примењивати своје право као *lex rei sitae*). Ипак, проблем може настати, ако право државе одредишта захтева да се задржавање права својине упише у регистар.

### 5. Заузимање сопственог става о аутономији воље странака за стварна права на покретним стварима

Дискусија о аутономији воље у стварноправним односима са елементом иностраности започета је пре више деценија и може се рећи да тек у новије време постаје заокружени концепт који би могао бити општеприхваћен како у литератури тако и у кодификацијама посвећеним међународном приватном праву. Ипак, чини се да још увек није дошло време за такав корак (чак ни за комунитарно међународно приватно право).

Код располагања покретним стварима пословима међународног промета (укључујући и располагање са *res in transitu*) заиста избија у први план интерес странака односно стицаоца стварног права да са сигурношћу зна када и према ком праву су испуњени услови за стицање стварног права на покретној ствари која „путује“ из државе у државу. Споразумни избор стварноправног статута (права државе отпремања/одашиљања, права државе одредишта или права меродавног за правни посао) омогућава странкама да префектно уреде своју трансакцију, предупреду проблем мобилног сукоба закона и унесу правну сигурност у свој однос. С друге стране, чини се да су интереси заштите правног промета помало „прецењени“, ако се има у виду да се права обичних (необезбеђених) поверилаца као трећих лица заиста не односе на конкретну ствар него на целокупну имовину дужника којом он у принципу, сходно правилима било ког националног материјалног стварног права, може слободно располагати. Међутим, иако се понекад преувеличава значај интереса трећих лица, не може се занемарити чињеница да се њима мора у одређеним ситуацијама дати примарни значај. Такође, када им се придода интерес очувања међународне хармоније одлучивања и оправданих очекивања странака, остаје мало наде (што ћемо видети у

81 J. van der Weide, *нав. чланак*, стр. 56.

наредним пододељцима) да аутономија воље заиста може спречити настанак мобилног сукоба закона и остварити интересе странака.

### а) *Заштита интереса трећих лица и аутономија воље*

Присталице аутономије воље с правом истичу да се, понекад, заштити интереса трећих лица даје превелики значај у стварноправним односима са страним елементом који за предмет имају покретне ствари. Међутим, чињеница је да они постоје и да могу играти важну улогу, тј. да постоје ситуације у којима се овим интересима мора дати предност.

Најпре, кад год се располаже туђим стварима, аутономијом воље странака (неовлашћеног продавца и купца) могла би се исходити примена стварноправног статута који је садржи повољнија правила за стицање својине од невласника. Овај избор не само да није видљив за оригиналног власника ствари (који је у односу на неовлашћеног продавца и купца треће лице), већ га може ставити у неповољнији положај него што то предвиђа *lex rei sitae*, нарочито ако се има у виду да многа национална права предвиђају да се савесност стицаоца (купца) претпоставља док се супротно не докаже.<sup>82</sup> Поред тога, могућност избора меродавног стварноправног статута који садржи повољнија правила може у овим ситуацијама представљати индицију да је купац био несавестан, што изостаје код примене објективног колизионог правила (*lex rei sitae*) које штити и интересе савесног купца као трећег лица (он представља треће лице у односу на неовлашћеног продавца и власника ствари).

Поред тога, према нашем мишљењу, заштита интереса трећих лица не подразумева стављање у први план интересе необезбеђених поверилаца који своја права остварују према правилима стечајног и извршног поступка. У односу на њих се и не поставља питање да ли је и према ком националном праву дужник (над чијом имовином је отворен стечајни или покретнут извршни поступак) стекао стварно право на некој покретној ствари која чини саставни део његове имовине, нити они могу (тј. нити су могли) на то утицати. У први план треба ставити интересе оних трећих лица која истичу да имају неко стварно право на ствари. То могу бити лица која сматрају да су власници ствари, као што је то у горе поменутој ситуацији неовлашћеног располагања туђом ствари (стицање од невласника) где се, зависно од аспекта посматрања, и савесни купац и оригинални власник ствари јављају као трећа лица. Такође, ако продавац два пута прода исту покретну ствар различитим купцима, они се јављају као трећа лица која претендују на ствар (други купац је треће лице у односу на продавца и првог купца односно

82 Слично и С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 168.

први купац је треће лице у односу на продавца и другог купца). У овој консталацији чињеница не би имало елементарне логике да споразумни избор стварноправног статута који су учинили продавац и први купац обавезује и другог купца као треће лице. Ако би се то допустило, озбиљно би се нарушила правна сигурност правног промета. Најзад, и заложни односно обезбеђени поверици представљају трећа лица о чијој се заштити свакако мора водити рачуна.

Имајући ово у виду, чини се да има потпуног оправдања да приме-на *lex rei sitae* и даље представља примарно колизионо правило за стварна права на покретним стварима. Ако би се допустила, аутономија воље странака би морала да има *inter partes* дејство, јер јој је оно иманентно – реч је споразуму странака о меродавном праву који нужно важи *inter partes*, јер је у питању споразум (уговор). Странка, која на основу права изабраног овим споразумом сматра да је стекла стварно право на ствари, може то без икакве сумње да истиче према свим трећим лицима. Али, сам споразум о избору права не може да обавезује трећа лица, већ она заштиту својих права заснивају на основу правног поретка који је меродаван за та њихова права.

б) *Међународна хармонија одлучивања и ојравдани интереси странака – „мала нада“ за сјречавање мобилној сукоба закона*

Чини се да у овом тренутку аргументи у прилог аутономије воље у приличној мери губе на значају када се размотри интерес за остварењем међународне хармоније одлучивања и принцип оправданих очекивања странака који је са њиме уско повезан. Притом, међународну хармонију одлучивања у овом случају не треба посматрати као апстрактни идеал коме се (додуше, неретко) прибегава да би се теоријски утемељила поједина становишта (па чак и поједини институти у међународном приватном праву – на пример, *renvoi*), већ је треба посматрати практично, како из угла државе која допушта аутономију воље, тако и из угла самих странака које користе ово субјективно овлашћење.

Наиме, ако би се у међународном приватном праву Србије допустила могућност да странке споразумно изаберу меродавни стварноправни статут за стицање стварног права на покретној ствари, може се поставити питање да ли ће овај избор бити допуштен и пуноважан у страној држави у коју је покретна ствар доспела (држава одредишта) и где се поводом ове ствари води стварноправни спор? Ако се имају у виду колизиона решења у страним међународним приватним правима, лако је уочити да аутономија воље у овој материји у принципу није допуштена. Видели смо да су веома ретки правни пореци у Европи чија

колизиона правила допуштају споразумни избор права, тј. то чине само Швајцарска и Холандија у ограниченом обиму са *inter partes* дејством. Због тога ће одговор на постављено питање често бити негативан, тј. споразумни избор меродавног стварноправног статута (које би допуштало српско право) не би се уважио пред страним судом, јер његово међународно приватно право (највероватније) не допушта аутономију воље код стварних права са елементом иностраности – страни суд би пошао од правила *lex rei sitae*. То значи да се странке не могу поуздати у то да ће својим избором меродавног права избећи проблем мобилног сукоба закона. С друге стране, могло би се, барем на први поглед, рећи да странке неће бити у проблему, ако изабрани статут у конкретном случају коинцидира са *lex rei sitae*, тј. са правом државе одредишта. Међутим, и ту могу настати проблеми, јер ће суд државе одредишта, с обзиром да не уважава споразумни избор права, применити сопствена правила о решавању мобилног сукоба закона која могу указати не примену ранијег или актуелног *lex rei sitae* или чак налагати сукцесивну примену оба *lex rei sitae*, тако да странке ни тада нису у пуно бољој позицији нити могу избећи накнадно решавање мобилног сукоба закона. Из тог разлога се потпуно оправдано у литератури истиче да увођење споразумног избора стварноправног статута у један правни систем, који је у већини правних система у Европи и свету недопуштен, нарушава међународну хармонију одлучивања и ствара привид за странке да се могу поуздати у колизиона правила тог правног система, не узимајући у обзир право државе у којој се ствар налази.<sup>83</sup> Имајући у виду да се „опстанак“ споразумно изабраног меродавног стварноправног статута доводи у питање чим ствар „пређе“ границу, може се рећи да се на овај начин вређају оправдана очекивања странака.<sup>84</sup> Ипак, као контрааргумент могло би се навести да странке могу, уз избор меродавног права, да изаберу и надлежност суда који допушта аутономију воље и тако обезбеде пуноважност свог споразумног избора стварноправног статута. Ова могућност би могла функционисати, уколико би држава пророгираног суда (која допушта аутономију воље) истовремено била и држава одредишта чије су право странке изабрале.

#### в) Посебно о стварним правима обезбеђења

Важно је још једном напоменути да споразумни избор стварноправног статута за стицање стварних права обезбеђења може бити проблематичан. Чак и ако изаберу право државе одредишта (што је

83 Видети пре свих К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 76–81.

84 *Ibid.*, стр. 77.

често најлогичнији избор), странке не могу бити сигурне да ли ће ово право (*lex situs futuris*) уважити правне радње које су оне предузеле за креирање стварног права обезбеђења док се покретна ствар налазила у држави одашиљања. А уколико се за пуноважно стицање стварног права обезбеђења тражи упис у регистар државе одредишта, спорно је да ли је овај упис могућ пре него што ствар доспе на територију државе одредишта (пре него што се уопште испуне услови за примену права ове државе – услов је да се ствар налази на њеној територији), па чак и ако ствар доспе проблем може настати у погледу рокова за упис који су редовно кратки.<sup>85</sup> Према томе, проблем квалификованог мобилног сукоба закона се никако не може са сигурношћу избећи, осим ако међународно приватно право државе одредишта такође допушта аутономију воље у овој материји.

Када је реч о једноставном мобилном сукобу закона који рађа проблем признања непознатих страних стварних права обезбеђења, колизионоправна аутономија воље постаје беспредметна, с обзиром да признање страног стварног права обезбеђења представља материјалноправни проблем који се решава у оквира актуелног стварноправног статута.

### *i) Закључна оцена*

Имајући у виду претходно речено, можемо закључити да аутономија воље у материји стварноправних односа са елементом иностраности још увек не представља колизионо решење које у сваком случају погодује странкама, а да истовремено није претња за интересе трећих лица, нити може представљати гаранцију да ће проблеми мобилних сукоба закона бити предупређени. Главни разлог за овакав став јесте њена веома слаба прихваћеност у упоредном међународном приватном праву.

Међутим, мишљења смо да би се ограниченој аутономији воље са *inter partes* дејством могао дати простор код стицања и престанка стварних права на стварима у транзиту, с обзиром да је место налажења ових ствари често случајно и без значаја, а истовремено постоји мали простор за евентуално изигравање интереса трећих лица. С друге стране, сматрамо да аутономији воље никако не би требало дати шире поље примене и дејства него што је то предвиђено у швајцарском ЗМПП. Уједно, то би, према нашем мишљењу, била горња граница у овом тренутку, јер сматрамо да швајцарски ЗМПП нуди избалансирано решење, ако се у упореде предности и мане ограничене аутономије воље у овом правном поретку.

85 Тако *ibid.*, стр. 103.

## IV Нацрт ЗМПП

### 1. Увод

Чини се да је наш став о аутономији воље на неки начин дошао до изражаја у колизионим правилима за стварна права на покретним стварима која се налазе у Нацрту новог ЗМПП Србије.<sup>86</sup> Као што смо већ на самом почетку навели, Нацрт ЗМПП садржи правило о аутономији воље за стварна права на стварима у превозу (*res in transitu*) које разматрамо у овом одељку. Ипак, да би се стекла каква-таква слика о колизионоправном режиму стварних права на покретним стварима у Нацрту новог ЗМПП и разумео домашај правила о аутономији воље, потребно је осврнути се, на кратко, и на општа колизиона правила за стварна права на покретним стварима из овог нацрта.

Ако се упореди са важећим ЗРСЗ, Нацрт ЗМПП доноси велике промене у погледу колизионих норми за стварна права.<sup>87</sup> Једна од најзначајних промена јесте одвојено колизионоправно уређење стварних права на непокретним стварима од стварних права на покретним стварима. Колизиона правила за стварна права на покретним стварима, која можемо означити општим, налазе се у чл. 128 и 129 Нацрта ЗМПП. Према чл. 128 ст. 1, за стицање и престанак стварног права на покретној ствари меродавно је право државе у којој се ствар налази у тренутку остварења последње чињенице на којој се заснива стицање или престанак стварног права – примењује се, дакле, актуелни (нови, последњи) *lex rei sitae*. Одредба става 2 овог члана садржи специјалну супстанцијалну норму која има карактер „помоћног“ правила у тумачењу меродавног права одређеног ставом 1. Овим правилом је постављена фикција да се чињенице или радње непоходне за стицање или престанак стварног права, које су наступиле док се ствар налазила у једној држави, сматрају оствареним и у држави у којој је наступила последња чињеница на којој се заснива стицање или престанак стварног права. На овај начин су чланом 128 успостављена јасна правила за решавање квалификованог мобилног сукоба закона.<sup>88</sup> С друге стране, одредбе чл. 129 Нацрта ЗМПП

86 Текст коначне верзије Нацрта Закона о међународном приватном праву може се наћи на вебсајту Министарства правде Републике Србије (вид. <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-projisa.php>, 1.9.2014).

87 Иако је у основи је задржан исти колизионоправни принцип као и у ЗРСЗ – примена права места налажења ствари, Нацрт ЗМПП посвећује стварноправним односима са елементом иностраности укупно 11 чланова (чл. 123–134).

88 Детаљније о квалификованом мобилном сукобу закона и тумачењу чл. 128 Нацрта ЗМПП види Славко Ђорђевић, „Решавање квалификованог мобилног сукоба закона у стварноправним односима са елементом иностраности“, *Право и њиврега*, бр. 7–9/2013, стр. 417 и даље.

уређују примену методе транспозиције када покретна ствар на којој је у иностранству пуноважно стечено стварно право доспе на територију Републике Србије. У том случају страном стварно право може бити признато у Републици Србији, уколико право Републике Србије уређује облик стварног права које по садржини и дејствима одговара (тј. које је еквивалентно) страном стварном праву (чл. 129 ст. 1). Признање се врши тако што се страном стварно право претвара у еквивалентно домаће стварно право, па се на његову садржину и дејства примењује српско право (чл. 129 ст. 2). Одредбе чл. 129 ст. 3 и 4 садрже посебна правила о транспозицији страних стварних права обезбеђења у домаће регистровано заложно права на покретној ствари којима се уређују дејства уписа у регистар залог.<sup>89</sup>

Као што се може видети, одредбе чл. 128 и 129 Нацрта ЗМПП садрже јасна правила о решавању мобилног сукоба закона која, у приличној мери, умањују потребу за увођењем односно коришћењем аутономије воље. Ово се нарочито може рећи за одредбу чл. 128 ст. 2. Нацрта ЗМПП која предвиђа да се чињенице непоходне за стицање или престанак стварног права које су наступиле док се ствар налазила у једној држави (ранији стварноправни статут) сматрају оствареним и у држави у којој је наступила последња чињеница на којој се заснива стицање или престанак стварног права (актуелни стварноправни статут). То значи да се на све чињенице односно услове за стицање или престанак стварног права (без обзира где су се догодиле) примењује актуелни (нови) стварноправни статут. Ако се има у виду да странке у међународном трговачком промету желе да осигурају да стицање стварног права буде пуноважно и да евентуално произведе дејства у држави у којој покретне ствари треба да буду коначно испоручене<sup>90</sup> (држава одредишта), сасвим је логично да би оне желеле да за своје стварно право изаберу право државе одредишта, уколико им је допуштена могућност избора. Међутим, управо правило из чл. 128 ст. 2 Нацрта ЗМПП обезбеђује примену права државе одредишта и пружа странкама сигурност, тако да се потреба за увођењем аутономије воље у приличној мери умањује када се стварима располаже пословима међународног промета. С друге стране, када је реч о простом мобилном сукобу закона и питању признања

89 О признању и транспозицији непознатих стварних права и тумачењу и примени чл. 129 Нацрта ЗМПП види Славко Ђорђевић, „Транспозиција страних стварних права на покретним стварима према Нацрту Закона о међународном приватном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2013, стр. 149 и даље.

90 Овде се искључиво мисли на „доспеће“ ствари (робе) на територију државе која представљају њихову дестинацију (одредиште), а не на испоруку ствари као уговорноправног појма. Уговорне стране могу уговорити испоруку на различите и начине и она се може извршити и у држави одашиљања (нпр. уговоре *ex works* клаузулу).



непознатих стварних права у новом месту налажења ствари, очигледно је да је посреди материјалноправни проблем који се решава у оквиру супстанцијалног права актуелног стварноправног статута (српског права), тако да за колизионоправну аутономију воље нема простора.

## 2. Споразумни избор меродавног права за стварна права на ствари у превозу (*res in transitu*)

Чл. 130 Нацрта ЗМПП садржи колизиона правила за стицање и престанак стварних права на стварима у превозу, међу којима се налази и правило о аутономији воље. Дакле, творци Нацрта ЗМПП су се одлучили да „пруже шансу“ аутономији воље за стварна права на *res in transitu*, а разлог за ову одлуку треба тражити у чињеници да ове ствари немају стално место налажења или се оно чак уопште не може утврдити, као и да ствари у транзиту могу мењати дестинацију (државу одредишта), ако се у току превоза више пута располаже овим стварима.

Одредба чл. 130 ст. 1 Нацрта ЗМПП предвиђа да странке за стицање и престанак стварног права на ствари у превозу могу изабрати право које је меродавно за правни посао на основу кога се стиче или престаје то стварно право или право државе отпремања ствари. Овај споразумни избор права има *inter partes* дејство и не утиче на права трећих лица (чл. 130 ст. 3 Нацрта ЗМПП). Ако странке не изаберу један од два понуђена правна поретка, на стицање односно престанак стварног права примењује се, сходно чл. 130 ст. 2 Нацрта ЗМПП, право државе одредишта.

Као што се може видети, Нацрт ЗМПП прихвата ограничену аутономију воље странака за стицање и престанак стварних права на *res in transitu*. Избор права је ограничен на право државе отпремања и право меродавно за правни посао на основу којег се стиче или престаје стварно право. Творци Нацрта ЗМПП су сматрали да није потребно у понуђене опције уврстити и право државе одредишта, с обзиром да се ово право примењује увек у одсуству избора. Заправо, примена *lex loci destinationis* је овде опште колизионо правило, а споразумни избор права представља изузетак (изузетно/посебно правило) којем странке могу прибећи, ако је то у њиховом интересу. Ипак, до споразумног избора права државе одредишта може се доћи „преко“ избора права меродавног за правни посао (на посредан начин): ако странке изаберу да се на стицање и престанак стварног права примењује право меродавно за њихово правни посао које је истовремено и право државе одредишта, то значи да су оне својом вољом дошле до примена права које би било меродавно и на основу објективне тачке везивања.

Споразумни избор стварноправног статута важи само између странака и не може имати утицаја на права трећих лица. Треће лице је свако лице које се налази изван правног посла странака, укључујући и њихове повериоце. Она се, у интересу заштите правног промета, могу позивати на примену објективног колизионог правила.

Одредбе чл. 130 Нацрта ЗМПП ништа не говоре о томе да ли аутономија воље мора бити изричита или је довољна и прећутна аутономија. Ову „ћутњу“ законодавца треба тумачити тако да је допуштен и прећутан споразумни избор стварноправног статута, тј. да из околности случаја јасно произилази да су странке желеле примену одређеног правног поретка за пренос стварног права на покретној ствари. Ипак, само на основу чињенице да су странке изабрале меродавно право за свој уговорни однос не може се тврдити да су исто право желеле и за пренос односно стицање и престанак стварног права на покретној ствари која је предмет тог уговора. Потребно је да постоје и друге индиције које се утврђују разматрањем свих околности конкретног случаја.

Споразумни избор права из чл. 130 Нацрта ЗМПП важи за све врсте стварних права на покретним стварима у транзиту. Ипак његова примена је најзначајнија код стицања и престанка права својине, јер ту изазива најмање проблема. Наравно, странке могу изабрати и меродавно право за стварна права обезбеђења, али тада могу настати познати проблеми о којима смо већ говорили у овом раду. Ако странке изаберу право државе отпремања за своје стварно право обезбеђења, проблем настаје када ствар доспе у право државе одредишта које не познаје овај облик стварног права. Да ли ће непознато страно стварно право обезбеђења производити дејства, тј. бити признато у држави одредишта, зависи од њених материјалноправних прописа (принципа *numerus clausus*) и важећих метода признања страних стварних права. Зато, када је реч о стицању стварних права обезбеђења на *res in transitu*, препоручује се да се странке држе права државе одредишта (које је може бити меродавно на основу објективног колизионог правила из чл. 130 ст. 2 Нацрта или на основу посредне аутономије воље странака „преко“ избора права меродавног за правни посао), да одаберу облик стварног права обезбеђења који овај правни поредак познаје и да испуне услове за његово стицање. Ипак, и тада може настати проблем ако право државе одредишта захтева да се стварно право обезбеђења упише у јавни регистар.

Најзад, треба истаћи да је за странке у већини случајева најпогоднија примена права државе одредишта. Када је право државе одредишта Србија, странкама се може препоручити да изаберу примену права Србије за свој правни посао које је истовремено меродавно и за

пренос стварног права (било на основу објективне тачке везивања било на основу аутономије воље) и да пророгирају надлежност српског суда за своје евентуалне уговорноправне и стварноправне спорове. Ипак, странке могу имати интереса да изаберу друго право, а не право државе одредишта. На пример, продавац и купац су из Србије, а продавчева роба која се превози из Немачке (поручена је од немачког произвођача) у Србију налази се у тренутку располагања у транзиту у Словенији. Продавац и купац уговоре да се роба има испоручити у складиште купца у Босни и Херцеговини (која је, дакле, постаје држава одредишта), а за свој уговор као и за пренос права својине на роби уговоре примену права Србије. Нама се чини да је избор права Републике Србије у овом примеру сасвим логичан и да одговара интересима странака, с обзиром да се трговина робом одвија између страна које имају своја седишта (уобичајена боравишта) у Србији и које најбоље познају српско право.

### 3. Значај чл. 130 Нацрта ЗМПП

Практични значај колизионих правила за стварна права на *res in transitu* одувек је био мали и то не само у нашем, већ и у упоредном међународном приватном праву.<sup>91</sup> У важећем ЗРСЗ за стицање и престанак стварних права на *res in transitu* предвиђена је примена *lex loci destinationis* (чл. 18) и до сада нема ниједне домаће судске одлуке која се односи на примену овог правила. Нема сумње да учесници у међународном промету углавном не размишљају пуно о преносу права својине на роби у транзиту којом тргују и често уопште не долазе у контакт са њом. Приликом трговине овом робом странкама је најважније да одреде када је прешао ризик за случајну пропаст и штету на ствари, ко плаћа превоз, да ли се плаћа и ко плаћа осигурање робе у транспорту исл. Питање својине на роби може се, углавном, поставити када једна страна падне у стечај односно када над њеном имовином треба спровести принудно извршење (па треба утврдити да ли у његову имовину улази и ова роба) или када продавац истом робом тргује два или више пута. Када је реч о стицању стварних права обезбеђења на *res in transitu*, може се рећи да је њихов практични значај још мањи, с обзиром да се стварна права обезбеђења неретко морају унети у регистар једне државе или закључити у посебној форми да би могла производити *erga omnes* дејства (нпр. према нашем ЗОО задржавање права својине има *erga omnes* дејство само ако је насталу у форми јавно оверене исправе; у

91 Види К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 162, који је 1991. г. тврдио да се немачка судска пракса није до тада уопште изјашњавала о томе шта се сматра стварима у превозу и да ли је неопходно формулисати посебну тачку везивања за стицање и престанак стварних права на овим стварима.

Италији мора бити унето у регистар; у Немачкој, пак, задржавање права својине на роби делује *erga omnes* и када је усмено настало).

С обзиром на претходно речено, можемо рећи да увођење аутономије воље за стицање и престанак стварних права на *res in transitu* неће изазвати ни промене ни „потресе“ у пракси. Што се тиче самих странака, оне ће се вероватно субјективно осећати сигурније у правном промету, с обзиром да имају могућност да своју трансакцију и све њене правне последице подвргну једном праву, док се с друге стране правни положај трећих лица неће променити (на њихова права не може утицати аутономија воље).

Ипак, упркос малом практичном значају колизионих правила за стварна права на *res in transitu*, треба поздравити одлуку твораца Нацрт ЗМПП да се уведе аутономија воље, па макар имала веома ограничено поље примене и мали практични значај. Ако овај нацрт постане закон, то ће бити тек трећа кодификација међународног приватног права која предвиђа ограничену аутономију воље у материји стварноправних односа са елементом иностраности. Само оваквим храбрим потезима аутономија воље може у будућности постати општеприхваћени принцип и у овој материји. Када се то догоди, њено поље примене ће се постепено проширивати. У европској литератури није спорно да она треба да буде прихваћена као колизионоправни принцип у комунитарном међународном приватном праву, али још увек постоје несугласице каква аутономија воље треба да буде (ограничена или не, са *inter partes* или *erga omnes* дејством итд.).

**Slavko ĐORĐEVIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

## **PARTY AUTONOMY TO CHOOSE THE LAW GOVERNING PROPRIETARY RIGHTS IN MOVABLE TANGIBLE ASSETS**

### **Summary**

*In this paper author deals with questions of justification and determination of parties' freedom to choose the law governing proprietary rights in movables assets. Author starts his research with presentation of doctrinal view that considers that party autonomy has to be prohibited because the interests*

*of commercial intercourse and protection of the rights of third parties imply the exclusive application of lex situs rule. After that, author represents another doctrinal view that supports party autonomy in this field of private international law, emphasizing the benefit of contracting parties and evasion of conflict mobile problem as main reasons for permitting the party autonomy, and analyses the conflict rules of Netherland PIL Act and Swiss PIL Act that contain the special rules for party autonomy in international property law. Analysing the different views in literature and the rules of forementioned acts author forms his own view on permission of party autonomy in international property law with the conclusion that lex situs rule must be the primar conflict rule and party autonomy may have the limited scope of application with inter partes effects. At the end, author deals with the conflict rules of the Serbian Draft of new Code on Private International Law that introduce the party autonomy for proprietary rights in res in transitu.*

**Key words:** *lex situs, limited party autonomy, interests of commercial intercourse and interests of parties, conflict mobile, cross-border disposals of movable property, res in transitu, Serbian Draft PIL Code.*