

Андреа НИКОЛИЋ

студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРОБЛЕМАТИКА РЕГУЛИСАЊА НОРМИ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ*

Резиме

У раду ће бити описана проблематика норми непосредне примене, чија је примена неспорна када су у питању норме које припадају домаћем правном поретку, док се, са друге стране, приликом примене норми непосредне примене страног права јављају одређене дилеме. Аутор ће анализирати под којим условима се поменуте норме могу применити или узети у обзир, као и да ли постоји потреба законске регулације овог института, с обзиром да ове норме саме претендују да буду примењене, те у пракси до тога и долази без експлицитног прописивања у закону. Такође, биће представљена тренутна законска решења норми непосредне примене у земљама у региону, као и у Европској унији, са освртом на тренутно стање у Србији и предложене измене нашег закона који регулише односе са елементом иностраности.

Кључне речи: *норме непосредне примене, принудни прописи у међународном смислу, императивни прописи, одступање од примене страног права, Рим I Регулатива, ЗМПП.*

I Уводна разматрања

Индиректан начин регулисања међународног приватног права је општеприхваћен и одабир меродавног права у односима са елементом иностраности данас скоро да је тешко замислив без примене колизионоправне технике.¹ Колизионим нормама, одређујући тачке везивања у

* Овај рад је настао као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“.

1 Више о могућности замене постојећег колизионоправног метода са супстанцијалним видети у: Маја Станивуковић, „Међународно приватно право на крају века – криза колизионог метода“, 121-128, доступно на <http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/15.pdf>, 15.04.2017.

оквиру одређених правних категорија, законодавац се опредељује за примену оног права које је у најближој вези са чињеничним скупом.² Ипак, у неким ситуацијама није примерена примена материјалних норми страног права, до којих се дошло путем колизионоправне методе. Из тог разлога су почеле да се развијају идеје о могућим инструментима одступања од примене страног меродавног права како би се дошло до права које је више повезано са спором или како би се кориговали други недостаци примене колизионоправне технике. Искристалисало се да ће до употребе тих института, на пример доћи када страног право вређа домаћи јавни поредак, када долази до преварног поступања ради примене неког повољнијег права, а не оног које би требало да буде меродавно, када постоје императивни прописи који штите битне вредности домаћег јавног поретка. У складу са реченим, допуштени, и у многим законима предвиђени, механизми корекције колизионоправне технике су институт јавног поретка (*ordre public*), клаузула одступања (*escape clause, exception clause*), изигравање закона (*fraus legis*) и норме непосредне примене (*overriding mandatory rules, peremptory rules, lois de police* или *lois d'application immédiate*). У овом раду, аутор ће се посветити последњем механизму – проблематици норми непосредне примене. Пре свега, биће описани сам појам и значај овог института (II), а потом ће више речи бити о нормативном оквиру у Европској унији, земљама у региону, као и у Србији (III), те ће се изложити дилеме са којима легислативни органи могу да се суоче приликом регулисања норми непосредне примене (IV).

II Појам и значај норми непосредне примене

Начело аутономије воље је једно од најзначајнијих начела које је општеприхваћено у уговорним односима, како унутрашњим, тако и оним са елементом иностраности.³ Тако су уговорним странама често на располагању диспозитивне одредбе, чију садржину оне могу да мењају, као и да избегавају њихову примену. Међутим, некада законодавац има интерес да пропише обавезну примену одређених правних правила, која се морају применити без обзира на вољу странака. Те норме представљају императивне, принудне прописе, који најчешће штите неки важан дру-

2 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2012, 87.

3 Јелена Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, 137.

штвени или економски интерес државе.⁴ Никакве дилеме се не постављају када је реч о примени ових прописа у чисто унутрашњим односима, јер постоји видан интерес њихове примене, који је изражен кроз значај вредности које се њима штите. Са друге стране, неће сви императивни прописи домаћег правног поретка бити од толиког значаја, да ће се обавезно примењивати и у односима са елементом иностраности.⁵ Из тог разлога, свака држава треба да дефинише обим примене норми, којима она сама придаје изузетан значај, да би оне у домену сопствене примене регулисале део приватноправног односа са елементом иностраности, без обзира на право које као меродавно за конкретан однос одређује домаћа колизиона норма. Дакле, тада ће се у неким ситуацијама, поред колизионоправног метода, изузетно применити и непосредни начин регулисања односа са елементом иностраности – када се одређени принудни прописи непосредно примењују на дати однос.

Иако је израз *норме непосредне примене*, израз који најчешће везујемо за институт о коме расправљамо у овом раду, у теорији не постоји потпуна сагласност око његовог назива, те се могу наћи различити, такође описни термини који га представљају. Тако, на пример, званични превод Рим I Регулative на хрватски језик прихвата термин „*превладавајуће обавезне одредбе*“.⁶ Између осталог, може се срести и назив „*принудни прописи у међународном смислу*“, са образложењем да је он погоднији од израза *норме непосредне примене*, јер више одговара прихваћеној терминологији у домаћим законима.⁷ Међутим, видећемо да ће се тај аргумент изгубити ступањем на снагу новог закона⁸ који ће регулисати односе са елементом иностраности и који ће заменити постојећи – Закон о ре-

4 Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, 127.

5 Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право*, Београд, 2015, 384.

6 Текст Рим I Регулative преведен на хрватски језик је доступан на <http://ccvista.taie.be/showDoc.asp?celex=32008R0593&country=53>, 15.04.2017.

7 Таква терминологија се, на пример користи у Закону о облигационим односима и Закону о парничном поступку. Нав. према: М. Станивуковић, М. Живковић, 385.

8 Према Нацрту Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља биће унета нова одредба под називом „норме непосредне примене“. Вид. чл. 44 главе II коначне верзије Нацрта Закона о међународном приватном праву Републике Србије из 2014. године доступан на сајту Министарства правде Републике Србије, <http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>, 15.04.2017 (у даљем тексту: Нацрт).

шавању сукоба закона са прописима других земаља⁹ (у даљем тексту: ЗМПП). Такође, у литератури се могу наћи енглески израз „*directly applicable rules*“¹⁰ и француски израз „*lois d'application immédiate*“,¹¹ који одговарају нашем преводу и прихваћеном изразу – норме непосредне примене. Најзад и само језичко тумачење овог појма јасно сугерише његово значење, те не видимо простор за недоумице и могуће неконзистентности општеприхваћеног, а и већ одомаћеног појма и сврхе регулисања овог института.

Даље, дејство норми непосредне примене се разликује у зависности од ситуација у којима се поставља питање њихове примене, односно од околности којем праву припадају. На основу тога норме непосредне примене делимо на оне које припадају домаћем праву и на оне које су део неког другог правног поретка, које може бити и меродавно за конкретан однос или може представљати поредак неке треће државе. У овом раду, ћемо се највећим делом посветити истраживању везаном за примену, односно узимање у обзир норми непосредне примене страног права, јер сматрамо да је примена норми непосредне примене домаћег права у односима са елементом иностраности логична последица тежње за заштитом неких државних принципа земље суда и да је примена тих правила скоро неспорна, док се могу јавити безбројне дилеме приликом примене норми непосредне примене страног права, које ће у наставку бити изложене.

III Нормативни оквир норми непосредне примене у праву Европске уније, у земљама у региону и у домаћем праву

1. Регулисање норми непосредне примене на нивоу Европске уније

У последњих неколико деценија, један од примарних циљева, како правника теоретичара, тако и практичара, јесте унификација норми на међународном плану, како би се постигла већа правна сигурност и предвидивост. Тако, се јавља и тежња за постизањем једног наднационалног система међународног права на нивоу Европске уније, која све чешће користи директиве и уредбе као правне инструменте, којима покушава да уједначи норме у својим државама чланицама. Када је међународно при-

9 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗМПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

10 Крешимир Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб, 2009, 279.

11 Phocion Francescakis, „*Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles des conflits de lois*“, *Revue critique de droit international privé*, 1966, 2.

ватно право у питању, доста је урађено на том пољу, те постоје уредбе које регулишу одређена питања из области одређивања меродавног права, надлежности, признања и извршења судских одлука, као и међународног грађанског поступка.¹²

Прво кодификовање норми непосредне примене се везује за Конвенцију о меродавном праву за уговорне односе, познатију као Римска конвенција (*Convention 80/934/ECC on the law applicable to contractual obligations*) из 1980. године, која је прва у оквиру европске заједнице унификовала колизионе норме за уговоре. Она, па потом и њена наследница – Уредба бр. 593/2008 о меродавном праву за уговорне обавезе, познатија као Рим I Регулатива (*Regulation on the law applicable to contractual obligations – Rome I Convention*), постају значајан извор европског права. Наиме, поменути прописи су покренули тенденцију регулисања норми непосредне примене и постали модел закони који уређују ову материју у домену одређивања меродавног права за уговорне односе, а који су послужили као инспирација многим модерним националним кодификацијама. Међутим, још се у Римској конвенцији, одредба о нормама непосредне примене сматрала једном од најконтроверзнијих.¹³ Пре свега, вреди споменути и да је у Рим I Регулативи измењен чак и назив члана, те се више не користи општи термин принудни прописи (*mandatory provisions*), већ ближе одређујући – превађавајуће принудне норме (*overriding mandatory provisions*), односно норме непосредне примене. Даље, члан 7 Римске конвенције је предвиђао давање дејстава нормама непосредне примене како земље форума тако и неке треће државе, уз испуњен услов да је право те треће државе у блиској вези са конкретном ситуацијом. Тиме је долазила у обзир примена принудних прописа било ког права, што је могло да утиче и на сигурност правног посла. Из тог разлога је неколико држава ставило резерву на поменути члан,¹⁴ да би се Рим I Регулативом ова одредба модификовала тако да ближе одређује критеријуме примене, од-

12 За више о овим уредбама вид. М. Станивуковић, М. Живковић, 80-81.

13 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 414; Laura Maria van Bochove, „Overriding mandatory rules as a vehicle for weaker party protection in European private international law“, *Erasmus Law Review*, no. 3/2014, 150.

14 Државе које су ставиле резерву на члан 7 Римске конвенције су: Немачка, Ирска, Луксембург, Велика Британија, Португал, Летонија и Словенија.

носно тако да сужава круг норми непосредне примене које се могу применити у конкретном случају.¹⁵

Чланом 9 Рим I Регулative је исправљен још један недостатак Римске конвенције – непостојање критеријума који би помогли судијама да идентификују норме непосредне примене, те се новом уредбом и ти критеријуми ближе дефинишу. Норме непосредне примене су одређене као принудне одредбе чије је поштовање од суштинског значаја за неку земљу ради заштите њеног јавног интереса, као што су политички, друштвени или економски.¹⁶ Ипак, и поред оваквог дефинисања, не отклањају се све несигурности које су постојале у Римској конвенцији. Наиме, и даље остаје питање чему се све може приписати суштински значај за неку земљу и како се он одређује, те шта се сматра јавним интересом, јер се у поменутом члану само врши набрајање *exempli causa*.¹⁷ Ипак, циљно тумачење члана 9 Рим I Регулative води до јасног сужавања саме дефиниције кроз ефекат који норма може да постигне.

Даље, што се тиче примене норми непосредне примене, у Рим I Регулative се наглашава да се норме непосредне примене државе суда *морају применити* на сваку ситуацију која потпада под њихово поље примене без обзира које је право иначе меродавно.¹⁸ То су, дакле, правила од којих се не може чак ни уговором одступити, тако да не постоји никаква препрека примени правила која су део домаћег правног поретка. Међутим, за разлику од Римске конвенције која није правила разлику између норми непосредне примене домаћег и страног права, Рим I Регулative одређује другачију судбину за норме непосредне примене које су део страног права. Наиме, сада се прописује да се може „...дати дејство нормама непосредне примене државе у којој треба извршити или су извршене обавезе које проистичу из уговора, уколико ове норме непосредне примене сматрају испуњење уговора незаконитим“.¹⁹ Како се види из цитиране норме, европско право не ограничава норме непосредне примене само на домаће принудне прописе од којих се не може одступити, већ дозвољава и могућност дава-

15 Вид. више Mario Giuliano, Paul Lagarde, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 27, доступан на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1980:282:0001:0050:EN:PDF>, 15.04.2017.

16 Вид. члан 9 Рим I Регулative.

17 L. M. van Vochove, 148.

18 Члан 9 став 2 Рим I Регулative гласи: „Одредбама ове уредбе се не може ограничити примена примарних принудних одредаба које су део права земље суда“.

19 Члан 9 Рим I Регулative.

ња дејства нормама непосредне примене права које није домаће, а чак не мора да буде ни меродавно, већ може припадати било ком другом праву. Међутим, дејство норми тог другог права је ограничено по више основа. Пре свега, формулацију „дати дејство“ („*effect may be given to...*“) можемо да поистоветимо са формулацијом „узимати у обзир“ о којој ће у наставку бити више рећи,²⁰ те ћемо овде само подвући да примена норми непосредне примене страног права није обавезна, већ зависи од дискреционе одлуке суда.²¹ Ово је и била намера законодавца, јер он у претходном ставу истог члана очигледно свесно истиче да се неће ограничити примена норми непосредне примене домаћег правног поретка („...*shall not restrict the application...*“), док истовремено лимитира примену норми страног права. Тиме закључујемо да је циљано остављена могућност екстензивне дискреционе оцене суда у којим ће ситуацијама узети у обзир норме непосредне примене страног права, а у којим не.²² Друго, не могу се разматрати норме непосредне примене било ког права, већ само оног права земље у којој треба испунити уговорну обавезу или у којој је та обавеза испуњена. Ипак, овде остаје нејасно шта се све може подразумевати под местом извршења обавезе, да ли се оно треба тумачити екстензивно, па у том случају обухвата и свако место које долази у контакт са радњом испуњења или не.²³ Мишљења смо да овај критеријум треба рестриктивно тумачити, јер је он и постављен да би олакшао идентификацију норми непосредне примене, те је нецелисходно омогућавати судијама да га екстензивно тумаче. Према томе, релевантно треба да буде законско место испуњења, односно само оно које се одређује меродавним правом. И најзад, треће ограничење представља обим у коме се може дати дејство нормама непосредне примене страног права. Наиме, овим нормама се може признати дејство само у мери у којој оне чине извршење уговора противзаконитим. Такође, Рим I Регулатива прописује да се приликом одлучивања да ли нормама непосредне примене страног права треба дати дејство или не, као критеријум узимају у обзир њихова природа и циљ, као и последице које би проистекле из њи-

20 Вид. одељак IV тачка 2. који се бави проблематиком терминолошке разлике између примене и узимања у обзир норми непосредне примене.

21 Vladimir Pavić, „Application of the foreign public law and article 7(1) of the Rome I Convention“, *ELSA Selected Papers on European Law*, no. 2/1998, 8; Ivana Kunda, *Internationally mandatory rules of a third country in European contract conflict of laws – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007, 241.

22 I. Kunda, 242.

23 Andreas Köhler, „Узимање у обзир страних норми непосредне примене у европском међународном уговорном праву“, *Нова правна ревија – часопис за домаће, немачко и европско право*, бр. 1/2014, 9.

хове примене или непримене. Оно што се под тим подразумева су између осталог: територијални домашај норми, приватни или јавни интерес који се њима штити, могући конфликти са принудним нормама неке друге државе и др.²⁴

Може се закључити да је Рим I Регулатива поставила нове оквире дефинисања и начина примене норми непосредне примене. Она узимање у обзир норми непосредне примене страног права покушава да ограничи само на ситуације у којима се пуноважност уговора доводи у питање, те прописује узимање у обзир императивних норми само права државе у којој треба извршити или у којој су извршене обавезе које проистичу из уговора. Дакле, и поред неких нејасноћа која оставља, Рим I Регулатива несумњиво сужава дејство примене норми непосредне примене и олакшава судији да идентификује оне норме које могу имати ефекат на доношење одлуке у спору.

2. Регулисање норми непосредне примене у државама у региону

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља је донет 1982. године и његов успех је неспоран – он се у Србији примењује већ више од 30 година, а то је један од ретких закона СФРЈ који су преузеле и друге државе сукцесори и који у већини од њих и данас важи.²⁵ Овде, пре свега, треба нагласити да ЗМПП као механизме одступања од примене страног права помиње само институт јавног поретка и изигравање закона, те да не прописује услове за примену или узимање у обзир норми непосредне примене, нити уопште познаје овај термин. То се међутим мења доношењем нових закона, те ће у наставку бити описано какво је тренутно стање законског прописивања норми непосредне примене у земљама у региону и до каквих је измена дошло у односу на одредбе ЗМПП.

24 Нав. према: Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 415.

25 Прва од новонасталих држава, која је донела свој закон који регулише материју односа са иностраним елементом је била Словенија, која је још 1999. године донела нови закон, а затим су то урадиле и Македонија, која нови закон доноси 2007. године, а 2016. нацрт новог закона, и Црна Гора, која нови закон доноси 2013. године. У Босни и Херцеговини се и даље примењује ЗМПП, а у теорији се наводи да је целисходније сачекати доношење новог српског и хрватског закона, те да се онда могућа решења у закону Босне и Херцеговине ускладе са њима. Вид. Сања Марјановић, „Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege feranda*“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 65/2013, 400.

Аутори новог црногорског закона – Закона о међународном приватном праву,²⁶ полазе од одредаба ЗМПП и велики број одредаба преузимају у неизмењеном облику, али врше и одређене измене и допуне у односу на стари закон. Између осталог, чланом 10 црногорског закона прописује се и до тада нерегулисан институт – нормe непосредне примене. Прецизира се да је *обавезна примена* норми које су везане за заштиту јавног интереса Црне Горе, као што су заштита политичког, друштвеног и економског система државе. Затим се прописује да изузетно могу да се *узму у обзир* и нормe непосредне примене друге државе са којом је однос блиско повезан. Ситуације када то изузетно треба учинити се цене према природи и сврси норми, као и последицама њихове примене или непримене.²⁷ Такође, црногорским законом је прописано да се одредбе које регулишу уговорне односе тумаче и примењују у складу са Рим I Регулацивом,²⁸ те свака нејасноћа може да се разреши ослањајући се на тумачења овог европског извора права, што представља корак ка даљој унификацији међународног права.

Занимљиво је поменути и да црногорски закон више не садржи одредбу којом се санкционише изигравање закона. То брисање, односно изостављање се правда постојањем општих правних начела (као што су принцип забране злоупотребе права) и других института (као што су нормe непосредне примене) којима се постиже исти циљ, те се сматра да је непотребно регулисати и *fraus legis*.²⁹ Овим се избегава тешко доказивање намере изигравања домаћих прописа, али се истовремено омогућава другачији вид коректива колизионоправне технике кроз регулисање норми непосредне примене. Потреба увођења нових института МПП који регулишу општа питања и помажу судији да што прецизније дође до меродавног права путем самосталних колизионих норми тренд је који се може уочити и у нацрту новог закона о међународном приватном праву Републике Србије. Наиме, законодавац тежи да предвиди нове механизме којима ће кориговати дејство непосредне тачке везивања и доћи до права које је више одговарајуће датом односу.³⁰

26 Закон о међународном приватном праву, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2014.

27 Члан 10 црногорског Закона о међународном приватном праву.

28 Члан 49 црногорског Закона о међународном приватном праву.

29 Маја Костић-Мандић, „Осврт на ново међународно приватно право Црне Горе“, *Нова правна ревија – часопис за домаће, немачко и европско право*, бр. 2/2011, 73.

30 На пример Нацртом новог закона о међународном приватном праву Србије се уводи институт опште клаузуле изузетка, чија је сврха да у изузетним околностима дозволи поступајућем органу да одступи од колизионе нормe, односно одступи од примене права на

Словенија и Хрватска, сада већ чланице Европске уније, су у специфичној ситуацији у односу на друге земље из региона. Наиме, обе државе имају националне законе,³¹ чији су текстови израђивани по узору на европске прописе, и који се примењују за сва она питања која нису регулисана европским правом.

У новом закону Македоније³² чланом 14 се регулишу норме непосредне примене. Међутим, македонски законодавац само прописује да ће се обавезно примењивати императивна правила Републике Македоније, која су предвиђена законом који регулише међународно приватно право или неким другим законом ове земље. Тиме се очигледно избегава примена норми непосредне примене страног права. Ипак, у изради је и нови македонски закон који ће уређивати односе са елементом иностраности и који уноси неке измене у досадашње уређење института норми непосредне примене. Наиме, чланом 13 Нацрта новог закона се дозвољава и примена норми непосредне примене другог права које је тесно повезано са датим уговорним односом, а не само примена ових норми искључиво домаћег права. Усвајањем поменутог нацрта, Македонија ће се своје право усагласити са европским трендовима у регулисању норми непосредне примене.

Након представљених решења у различитим правним системима у региону, можемо уочити тенденцију регулисања норми непосредне примене, али не на један једнообразан начин. Како смо видели, неке земље дозвољавају и узимање у обзир норми непосредне примене страног права, а неке се заустављају само на прописивању примене ових норми које искључиво припадају домаћем поретку. Ипак, руководећи се европским прописима, национална законодавства на себи својствен начин прописују примену или узимање у обзир норми непосредне примене и теже унификацији начина регулисања норми непосредне примене, што је случај и са Србијом.

које колизиона норма упућује и примени неко друго право које је тешње повезано са конкретним случајем. Више о општој клаузули изузетка вид. Маја Костић-Мандић, *Општа клаузула одступања од мјеродавног права*, Подгорица, 2012.

31 У Хрватској је и даље на снази ЗМПП, док је израда новог закона у току. Вид. нацрт новог закона Хрватске на <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=3787>, 15.04.2017, а у Словенији примењује нови закон који је донет 1999. године.

32 Закон о међународном приватном праву, *Службени Весник Републике Македоније*, бр. 87/07 и бр. 156.

3. Регулисање норми непосредне примене у српском праву

С обзиром да је у Србији и даље у примени ЗМПП, у нашем праву норме непосредне примене нису експлицитно регулисане законом. Изастанак одредбе о нормама непосредне примене у ЗМПП може се оправдати чињеницом да је наш закон писан крајем седамдесетих година, односно у исто време када је писана Римска конвенција, која је овај институт прва регулисала.³³ Као што је то био случај и у неким поменутих земљама из региона, и код нас ће се ствари променити доношењем новог закона, чији је Нацрт објављен. Поред норми непосредне примене, Нацртом новог закона се предвиђа и регулисање још неких института који су до сада били непознати нашем праву.³⁴

Израда Нацрта новог домаћег закона је, као што је то случај и са другим земљама из региона, у великој мери била под утицајем европског права, односно Рим I Регулative. Можемо рећи и да се на овај начин тежило усклађивању националног права са правом Европске уније у области међународног приватног права, из разлога што ће се уредбе Европске уније непосредно примењивати и код нас, ако и када Србија постане пуноправна чланица Европске уније.

Према Нацрту, норме непосредне примене ће се детаљно регулисати чланом 44 новог закона, који и носи назив – *норме непосредне примене*. Тим чланом се само прописује када ће се овај институт применити, док дефинисање норми непосредне примене изостаје. Наиме, пописује се да ће се норме непосредне примене права Републике Србије *применити* на све случајеве који улазе у њихово поље примене, без обзира на право које је иначе меродавно. То је неспоран став, који је, како смо и из раније реченог могли да видимо, оправдан и очекиван, с обзиром да свака држава жели да обезбеди примену сопствених принудних прописа на својој територији. Штавише, на тај начин се и до сада несумњиво поступало у домаћој пракси, иако институт норми непосредне примене није био изричито регулисан. То даље значи да се предложеним изменама само уноси јасноћа у примени норми непосредне примене, а не прописује приме-

33 Вид. М. Драшкић, М. Станивуковић, 132.

34 То су на пример општа клаузула изузетка, уобичајено боравиште, лично име и др. Такође, поред уношења нових института који прате развој међународног приватног права и нове тенденције на плану међународног права, предлог новог закона олакшава примену и омогућава бољу преглесност груписањем одељака, те давањем наслова члановима.

на потпуно непознатог инструмента међународног приватног права до сада непознатог домаћим правницима.

Поред могућности примене норми непосредне примене домаћег права, по угледу на Рим I Регулативу, наш законодавац предлаже и *примену или узимање у обзир* норми непосредне примене друге државе са којом је однос блиско повезан. Дакле, допуштена је примена норми непосредне примене меродавног права, као и било ког другог права под условом да је оно блиско повезано са уговорним односом. Критеријуми о којима се води рачуна приликом одлучивања о примени или узимању у обзир норми непосредне примене, су исти као у Рим I Регулативи, што значи да је релевантна њихова природа и сврха, као и последице њихове примене или непримене. Ипак, морамо приметити да се српски законодавац определио за ширу одредницу од оне прописане у Рим I Регулативи, те да у обзир долази примена, односно узимање у обзир норми непосредне примене било ког права, а не само оне државе у којој треба извршити или су извршене обавезе које проистичу из уговора, уколико норме непосредне примене тог права сматрају испуњење уговора незаконитим.

IV Могуће дилеме законодавца приликом регулисања и примене норми непосредне примене

1. Потреба законског регулисања норми непосредне примене као општег института међународног приватног права

Још је у 19. веку Фридрих Карл вон Савињи³⁵ (*Fridrich Carl von Savigny*) развио концепт норми чија је примена обавезна и које се морају применити без обзира на колизионоправну методу,³⁶ а пре скоро 60 година, Фосион Франсескакис (*Phocion Francescakis*) је такође уочио проблем норми непосредне примене и детаљно га обрадио у својој књизи.³⁷ То значи да ова проблематика није новијег датума, али је, међутим, законско регулисање ових норми почело тек седамдесетих година прошлог века. Зато се у теорији исправно наводи да се данас у први план ставља прак-

35 Он је овај концепт развио у својој књизи „Систем савременог римског права“ (*„System des heutigen römischen rechts“*).

36 Вид. више у L. M. van Vochove, 148; Александар Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2008, 341.

37 Његова студија под називом „Теорија ранвоа и сукоб система у међународном приватном праву“ (*„La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé“*) је објављена 1958. године.

тични значај овог института, а не теоријске концепције, које су давно постављене.³⁸

Као што смо видели из раније изложеног, након доношења Римске конвенције, а затим и Рим I Регулative, који представљају значајне аутономне изворе права Европске уније, покренута је тенденција регулисања норми непосредне примене. Међутим, може се поставити и питање да ли је заиста неопходно прописивати примену норми непосредне примене, јер како из њиховог самог назива и дефиниције закључујемо, оне саме себи одређују поље примене, те саме претендују да буду примењене у одређеним ситуацијама. Овде желимо да скренемо пажњу и на разлику између дефинисања и регулисања института норми непосредне примене у кодификацијама, међународним уговорима, уредбама или законима који се баве одређивањем меродавног права са једне стране и уређивања одређене материје која је предмет заштите норми непосредне примене са друге стране. Кодификовање општег института међународног приватног права свакако да није исто што и прописивање конкретне норме непосредне примене (на пример регулисање неког девизног прописа, фитосанитарног, прописа заштите конкуренције и сл.). Многим националним законима којима се регулишу специфичне области права се прописује примена норми непосредне примене³⁹ и те одредбе се онда обавезно примењују у складу са вољом законодавца. Такве одредбе, које саме одређују критеријуме за своју примену су ретке, јер законодавац не може да предвиди све последице закона које доноси, као ни све потенцијалне ситуације у којима може доћи до његове примене. Из тог разлога, и у оним случајевима када није изричито прописано поље примене неког закона или одредбе, остављена је могућност судијама да испитују намеру законодавца у погледу њеног домашаја.⁴⁰ У том случају, ако судија дође до закључка да постоји норма непосредне примене која регулише дати однос, он ће је применити и поред правила о одређивању меродавног права. Дакле норме непосредне примене заправо јесу материјалноправне норме, које се примењују на основу експлицитне воље законодавца. Стога је оправдано поставити питање да ли је уопште сврсисходно прописивати примену норми непосредне примене регулишући на тај начин норме чија се при-

38 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 166.

39 У Србији се, на пример, норме непосредне примене регулишу Законом о страним улагањима, Законом о раду, Законом о заштити конкуренције, Законом о девизном пословању и др, који одређују њихово поље примене.

40 М. Станивуковић, М. Живковић, 386; Ph. Francescakis, 10.

мена, начелно речено, подразумева и у пракси спроводи без изричитог законског регулисања, односно кодификовања општег института као таквог.

Као један од полазних аргумената у прилог законском регулисању норми непосредне примене треба узети и општи став да је боље прописати законску одредбу која неко питање експлицитно регулише, него свесно остављати правну празнину, која може водити различитим тумачењима. Регулисањем одређеног правила се обезбеђује правна сигурност и предвидљивост конкретног правног поретка, а његовим јасним прописивањем се избегавају потенцијална различита тумачења и гарантује адекватно поштовање датог прописа.

Даље, сматрамо да је у конкретном случају норми непосредне примене веома важно регулисати их законом, нарочито због спречавања судија и арбитра да арбитрарно тумаче да ли су уопште у обавези да примене норме непосредне примене или не, и у којим ситуацијама су то дужни да чине. Такође, може се поставити дилема да ли су у обавези да примене норме непосредне примене само домаћег права или су дужни да исто учине и са нормама непосредне примене страног права.⁴¹ Затим, ако треба применити норме страног права, може се поставити питање да ли се примењују норме непосредне примене било ког повезаног страног права или само меродавног и под којим условима.

Поред тога, и тренутно стање у пракси говори у прилог кодификовању норми непосредне примене као општег института међународног приватног права. Оне представљају један веома контроверзан институт између осталог и због тога што ограничавају слободу уређивања уговорних односа, односно нарушавају принцип аутономије воље који представља један од главних принципа уговорног права. Стога, скоро сви закони који регулишу материју међународног приватног права који су донети у скорије време, угледавши се на европски пропис, садрже одредбу која детаљно регулише примену норми непосредне примене као општег инсти-

41 На примеру тренутно важећег македонског закона можемо да видимо да је изричито законско регулисање норми непосредне примене ипак пожељно. Наиме, уношењем у закон правила о нормама непосредне примене и прописивањем случајева када се оне примењују, македонски законодавац не оставља дилему да ли треба применити или узети у обзир и норме непосредне примене страног права. Он, прописивањем да се само норме непосредне примене домаћег права примењују, може указивати на намеру законодавца да се искључи примена ових норми страног права.

тута међународног приватног права. Закључујемо да је законско регулисање норми непосредне примене веома пожељно, ако не и неопходно.

2. Примена или узимање у обзир норми непосредне примене?

Када се законодавац одлучи за регулисање института норми непосредне примене, он се сусреће са још неким недоумицама везаним за начин регулисања њихове примене. Наиме, постоје две формулације, које се разликују по обавезности примене, односно по ефектима примене. Једна од могућности је да се пропише да ће се норме непосредне примене *примењивати* у одређеним ситуацијама, док друга формулација предвиђа њихово *узимање у обзир*. Даље, остаје питање када је оправдано, односно када је целесходније прописати *примену*, а када *узимање у обзир* норми непосредне примене.

а) (Не)постојање разлике у дејствима између примене и узимања у обзир норми непосредне примене

Овде бисмо, пре свега, указали на једну недоследност тренутно важећег ЗМПП-а. Наиме, анализирајући одредбу која регулише узвраћање и преупућивање – ранвоа (*renvoi*), може се доћи до закључка да је у нашем праву изједначено дејство *примене* и *узимања у обзир*. У члану 6 ЗМПП, наш законодавац наводи „...узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права [односно колизионе норме меродавног страног права].“⁴² Иако из ове формулације може произићи да примена колизионих норми меродавног права није обавезна, јер се говори само о *узимању у обзир*, а не о обавезној *примени*, у теорији је начелан став да је овим предвиђена *обавеза* суда да, приликом упућивања на страног право, *примени* колизиону норму стране државе на коју је упутила наша колизиона норма.⁴³ Овакав став је у складу и са осталим одредбама ЗМПП-а, прецизније у складу са чланом 9 ЗМПП, који прописује да се право стране државе примењује према смислу и појмовима које садржи. Аналогно

42 Члан 6 ЗМПП у целости гласи: „Ако би по одредбама овог закона требало применити право стране државе, *узимају се у обзир* његова правила о одређивању меродавног права. Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Савезне Републике Југославије, примениће се право Савезне Републике Југославије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.“

43 Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, *Коментар закона о међународном приватном праву и процесном праву*, Београд, 1991, 27; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 146; А. Јакшић, 301.

са тим тумачењем, у контексту норми непосредне примене се може закључити да је неважно коју формулацију ће законодавац употребити, јер чак и ако је употребљена формулација „узети у обзир“, може се тумачити да судија има обавезу да примени норме непосредне примене. Ова опсервација, односно дилема везана за термилошку разлику постоји само када се ради о нормама непосредне примене страног права, јер како смо видели из раније изложеног норме непосредне примене домаћег права се без изузетка обавезно примењују од стране домаћег судијског органа.

Ипак, мишљења смо да *примена* и *узимање у обзир* имају различита дејства, те да се значење ове две формулације мора другачије интерпретирати. На примеру једног другог општег института МПП, овакав став у тумачењу заузима неколико аутора у погледу изложене одредбе о узвраћању и преупућивању (*renvoi*). Аутори се у овој ситуацији воде стриктним тумачењем законског текста и сматрају да израз „узимају у обзир“ употребљен у члану 6 ЗМПП, не води обавезној, већ факултативној примени узвраћања и преупућивања.⁴⁴ Дакле, по овом схватању, тумачећи члан 6 ЗМПП, колизионе норме страног права треба увек само *узети у обзир*, али не и *применити*, чиме се подвлачи јасна разлика између ове две формулације. Шта више, неки аутори су исправно поистоветили значење израза *узимати у обзир* код установе ранвоа и института норми непосредне примене,⁴⁵ те констатовали да је, у складу са употребљеним изразом у оба случаја, њихова примена факултативна, а не обавезна.⁴⁶ У случају норми непосредне примене, то би даље значило да је судији остављена слобода да на основу своје слободне оцене одлучује да ли ће конкретну норму применити или не.

Међутим, по Нацрту новог закона није могуће направити аналогно тумачење са одредбом која регулише ранвоа, с обзиром да наш законодавац у Нацрту није предвидео могућност узвраћања и преупућивања.⁴⁷ У случају црногорског закона, можемо упоредити одредбе које уређују ранвоа и одредбе које се баве регулисањем норми непосредне примене, те доћи до закључка шта се заправо подразумева под *применом*, односно

44 М. Станивуковић, М. Живковић, 285; К. Сајко, 203.

45 Поређење је направљено са некадашњим чланом 7 Римске конвенције, а садашњим чланом 9 Рим I Регулative.

46 Вид. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, 27.

47 Видети члан 37. Нацрта новог закона, који регулише установу ранвоа и који прописује да се право стране државе примењује уз искључење његових правила о одређивању меродавног права, осим ако је ЗМПП-ом или другим законом другачије одређено.

под *узимањем у обзир*. Наиме, иако се црногорски законодавац доста угледао на ЗМПП, закључујемо да је он пазио и на могуће нејасне формулације које су у њему постојале и трудио се да их измени. Пример за то је управо одредба новог црногорског закона, која се односи на узвраћање и (пре)упућивање, која више не прописује могућност *узимања у обзир* права стране државе, већ говори о *примени* страног права.⁴⁸ Тиме је јасно постављена разлика између две поменуте законске формулације, јер се законодавац у случају ранвоа и норми непосредне примене определио за ону коју сматра прихватљивијом за дату ситуацију.

Како наш ЗМПП до сада није регуисао норме непосредне примене, изложена дилема није имала озбиљне практичне импликације на примену овог института. Међутим, из предложеног члана 44 новог закона, видимо и да се Нацртом води рачуна о формулацији када је реч о начинима употребе норми непосредне примене и да је јасно постављена разлика између *примене* и *узимања у обзир*, а да наш законодавац прописује обе могућности. Наиме, Нацрт предлаже *примену* или *узимање у обзир* норми непосредне примене друге стране државе са којом је однос блиско повезан. Дакле, у случају норми непосредне примене страног права, остаје на пракси да покаже како ће судија да цени природу и сврху ових норми и када ће у складу са тим сматрати целисходним да норме непосредне примене страног права узме у обзир, а када да их примени.

б) *Спремност државе да примени односно узме у обзир норме непосредне примене*

Сматрамо да је *примена* норми непосредне примене општеприхваћена када се ради о принудним прописима *lex fori*. Ово закључујемо, јер се без изузетка у свим законима или конвенцијама којима су норме непосредне примене регулисане, као и у теорији, говори о примени норми непосредне примене домаћег правног поретка. То даље значи да се домаће норме које штите важне друштвене и економске интересе *морају применити* у сваком случају и то чак и пре одређивања меродавног права. Такође, норме непосредне примене ће се увек применити када се предвиђа грађанскоправна последица у случају њене повреде.⁴⁹ Овде је видан интерес државе да заштити вредности које она сматра изузетно битним, те ће настојати да сачува вредности које она својим правним поретком прописује. На пример, домаћи суд ће увек поништити уговор

48 Члан 4 црногорског Закона о међународном приватном праву.

49 А. Јакшић, 346.

уколико он није у складу са домаћим прописима о антимонополском законодавству, које год право да је меродавно. Са друге стране, ситуација је другачија када се ради о нормама непосредне примене које су део страног права, чији основ за примену лежи у принципу екстратериторијалности, а некада се оправдава и начелом заштите националних интереса у иностранству.⁵⁰ У тим ситуацијама долазимо до дилеме да ли је целисходније прописати примену или узимање у обзир ових норми.

Пре свега, када се разматра целисходност регулисања норми непосредне примене, треба имати у виду да је већа спремност државе да узме у обзир, па чак и да примени норме непосредне примене меродавног права (*lex causae*), него норме непосредне примене неког трећег права. Штавише, већина земаља у потпуности забрањује *непосредно примењивање* норми непосредне примене страног права, уколико то право није меродавно.⁵¹ У неким правним системима се тада евентуално дозвољава *узимање у обзир*, односно *давање дејства* тим нормама под одређеним условима, о којима ће више речи бити касније у оквиру излагања о регулацији на нивоу Европске уније. Дакле, норме непосредне примене страног меродавног права, а нарочито права неке треће државе, се најчешће *само узимају у обзир*, док се примењује домаће или друго страно право. У том случају се норма непосредне примене третира као било која друга чињеница, а не примењује се непосредно на конкретан однос. Она се посматра само као оперативни елемент по коме се случај решава у складу са правилима меродавног права.⁵² Додатно, норме непосредне примене се у сваком случају *узимају у обзир* када се њихова правна последица састоји у казненој санкцији или се ради само о *lex imperfecta*, када судије или арбитражи одлучују само о грађанскоправним последицама постојања тих норми.⁵³

После наведених тумачења и предочених разлика у дејствима између *примене* и *узимања у обзир*, још једном видимо да је боље јасно и недвосмислено у закону прописати примену норми непосредне примене и отклонити могуће недоумице, него оставити овај институт нерегулисан. На крају, сугеришемо да је из перспективе домаћег правног поретка боље прописати само *узимање у обзир* норми непосредне примене страног права, него њихову примену. Са друге стране, у судском поступку се узимање у обзир неке чињенице свакако не може забранити, па се тако не

50 М. Станивуковић, М. Живковић, 382-383.

51 *Ibid.*, 395

52 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 174; V. Pavić, 4.

53 А. Јакшић, 345.

може забранити ни судији да *узме у обзир* норме непосредне примене било ког права. Из реченог произлази да ће и у случају када норме непосредне примене нису експлицитно регулисане законом, увек бити допуштено и прикладно *узети их у обзир*, када околности случаја указују на то и када судија то сматра сврсисходним, те их приликом решавања сваког конкретног случаја *може имати у виду*.

V Закључна разматрања

До скоро, мали број закона је регулисао норме непосредне примене, али се у последње време доносе нови закони, који уносе новине у пређашњи начин регулисања материје међународног приватног права. Како је објашњено у раду, и поред тога што норме непосредне примене саме претендују да буду примењене, веома је пожељно, ако не и неопходно, детаљно регулисати овај институт. Ово пре свега треба учинити из разлога правне сигурности, да би се са сигурношћу знало када је примена норми непосредне примене обавезна, ком праву треба да припадају те норме, под којим условима ће се оне применити. У раду је уочено да скоро сва законска решења европских и других регионалних држава помињу примену норми непосредне примене домаћег права, те да је она неспорна. Са друге стране, код примене норми непосредне примене које припадају неком другом, страном праву могу се јавити одређене недоумице, а неке државе чак изостављају њихово регулисање. Судија или арбитар у том случају пред собом има отворено питање да ли је уопште дозвољена примена принудних прописа страног права и ако јесте, да ли је он дужан да их примени или не. У складу са тим, законодавац може прописати примену или узимање у обзир норми непосредне примене, те прописати дужност судијском органу да примени ове норме или само да их посматра као још једну чињеницу приликом решавања спора. Обично се предвиђа само узимање у обзир норми непосредне примене страног права, с обзиром на спремност државе да примени неки императивни пропис стране државе на својој територији.

На крају треба нагласити да је видан тренд регулисања норми непосредне примене како на нивоу Европске уније, тако и у земљама у региону где је у складу са развојем међународног приватног права значај регулације ових норми препознат. У Србији тренутно норме непосредне примене нису регулисане, али је у Нацрту новог закона о међународном приватном праву предложено њихово ближе одређивање, којим се дозвољава примена или узимање у обзир норми непосредне примене и до-

маћег права и страног права које је блиско повезано са уговорним односом.

Andrea NIKOLIĆ

PhD student at Faculty of Law University of Belgrade

POTENTIAL DILEMMAS REGARDING THE REGULATION OF OVERRIDING MANDATORY RULES – CURRENT STATUS AND PERSPECTIVES

Summary

This paper will describe the issue of overriding mandatory rules, whose application is indisputable when it comes to mandatory rules that are the part of the domestic legal system, while on the other hand, application of overriding mandatory rules of the foreign law brings certain dilemmas. The author will analyze the conditions under which the mentioned rules may be applied or taken into account and examine whether there is need to regulate this institute, given that overriding mandatory rules tend to be directly applied by themselves, and that is exactly the case in practice, where those rules are applied even without explicit regulation in laws. Furthermore, the current status of overriding mandatory rules in national laws in the region and the European Union will be presented, as well as the current status in Serbia and its recommended changes in the law that regulates relations with foreign element.

Key words: *overriding mandatory rules, foreign public law, directly applicable rules, exceptions of application of the foreign law, Rome I Regulation, ZMPP.*