

PRILAGOĐAVANJE, TRANSPOZICIJA I SUPSTITUCIJA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Docent dr Slavko Đorđević
Pravni fakultet u Kragujevcu

Prilagođavanje

- Pojam: metodološko sredstvo međunarodnog privatnog prava kojim se, modifikovanom primenom merodavnih ili stvaranjem novih kolizionopravnih ili materijalnopravnih normi, koriguje rezultat primene različitih pravnih poredaka na slučaj sa elementom inostranosti.
- Nastao u nemačkoj teoriji i praksi
- EU Uredba u naslednim stvarima – prilagođavanje nepoznatih stvarnih prava (transpozicija) i ostali oblici prilagođavanja
- Metod prilagođavanja je *terra incognita* za domaće sudove
- Nedostatak detaljne diskusije u domaćoj literaturi

- Tri osnovna pitanja:

1. Kada se primenjuje prilagođavanje? –
Rezultat primene različitih pravnih poredaka:
Protivrečnost pravnih normi ili neželjeni
nejednaki tretman
2. Zašto? – Dopuštenost i opravdanost primene
prilagođavanja
3. Kako? – Principi korigovanja (prilagođavanja)
pravnih pravila

Protivrečnost pravnih normi

- Pojam: Materijalnopravni rezultat kombinovane (fragmentarne) primene dva ili više različitih merodavnih pravnih poredaka koji odstupa od rezultata koji bi se dobili, kada bi se bilo koji od njih u celini primenio na slučaj sa e.i. u pitanju.
- Posledica analitičke prirode kolizionog metoda
- Uzroci su opšte ustanove MPP: kvalifikacija, prethodno pitanje, renvoi, mobilni sukob zakona

- Tzv. Slučaj udovice – kombinovanom i fragmentarnom primenom naslednog i bračnoimovinskog statuta supruga dobija manje/ništa (pravna praznina) ili više/sve (kumulacija normi) nego što bi dobila kada bi se bilo koji od ovih merodavnih prava u celini primenio na slučaj.
- Čuveni slučaj, a redak u praksi.

- Primer 1. (udovica): Ostavilac, nemački državljanin srpskog porekla, oženio se Austrijankom sa kojom ima jedno dete. Svi žive u Austriji. U Srbiji se nalazi veliki deo njegove imovine, kao i nepokretnosti koje kupovao u toku trajanja braka. Nakon njegove smrti, pred našim sudom se postavi pitanje koliko supruga treba da dobije. Prema čl. 30 ZRSZ, nasledni statut je nemačko pravo koje nadživeloj supruzi daje $\frac{1}{4}$ zaostavštine (par. 1931 st. 1 BGB), a bračnoimovinski statut, shodno čl. 36 st. 2 ZRSZ, jeste austrijsko pravo prema kojem supruga ne dobija ništa od bračne imovine (austrijske norme o podeli bračne imovine se primenjuju kada brak prestane razvodom). Rezultat fragmentarne primene glasi: supruga dobija $\frac{1}{4}$ zaostavštine.
- Međutim, kada bi se na ceo slučaj primenilo nemačko pravo, supruga bi dobila $\frac{1}{2}$ zaostavštine, s obzirom da bi joj se, shodno par. 1371 st. 1 BGB, uvećao nasledni deo za još $\frac{1}{4}$. S druge strane, kada bi se u celini primenilo samo austrijsko pravo, supruga bi prema austrijskim naslednim normama dobila $\frac{1}{3}$ zaostavštine.
- Prema tome, fragmentarnom primenom austrijskog i nemačkog statuta, udovica dobja manje ($\frac{1}{4}$), nego što bi dobila samostalnom primenom bilo jednog ($\frac{1}{3}$) bilo drugog ($\frac{1}{2}$) pravnog poretka.

Primer 2. (uzrok-prethodno pitanje).

- Državljanica Engleske poginula u jednoj saobraćajnoj nesreći u Beogradu. Njen mlađi maloletni brat, takođe engleski državljanin, podiže tužbu pred beogradskim nadležnim sudom i zahteva od štetnika naknadu imovinske štete zbog smrti bliskog lica.
- Prema čl. 28. st. 1. ZRSZ za naknadu vanugovorne štete merodavno je pravo Republike Srbije, kao pravo mesta delikta. Prema čl. 194. st. 1. ZOO, brat ima pravo na naknadu štete, ali samo ukoliko je imao i pravo na zakonsko izdržavanje prema preminuloj sestri. Kao prethodno se, dakle, javlja pitanje postojanja prava na zakonsko izdržavanje. Prema čl. 42. ZRSZ, za izdržavanje je merodavno englesko pravo, prema kojem brat nema pravo na zakonsko izdržavanje prema poginuloj sestri.
- Rezultat fragmentarne primene: Brat nema pravo na naknadu štete.

- Primena prava Srbije u na celokupno činjenično stanje ovog slučaja (i na glavno i na prethodno pitanje): Brat ima pravo na naknadu štete shodno čl. 194. st. 1. ZOO, jer prema PZ Republike Srbije ima pravo na izdržavanje.
- Primena engleskog prava u celini: brat ima pravo da zahteva naknadu štete, pošto englesko pravo posebnim zakonom (sec. 1 (3)(g) Fatal Accidents Act 1976) daje pravo na naknadu štete bratu stradalog lica, ne uslovljavajući pri tom njegovo pravo na naknadu postojanjem prava na zakonsko izdržavanje.

Tzv. Neželjeni nejednaki tretman

- Kritika termina i pojma „protivrečnost pravnih normi“ – višeznačnost (teleološke i logičke protivrečnosti), nepreciznost (pravna praznina), uzak pojam
- Danneman – Neželjeni nejednaki tretman
nastaje kada se rezultat rešavanja slučaja sa elementom inostranosti razlikuje od rezultata koji bi se dobili kada bi se ovaj slučaj (ali bez elementa inostranosti) rešavao prema pravu svakog od pravnih poredaka sa kojim je sporno činjenično stanje u vezi ponaosob, s tim da nijedna merodavna pravna norma ne želi ovaj nejednaki tretman činjeničnog stanja sa elementom inostranosti i istih (nacionalnih) činjeničnih stanja bez elementa inostranosti.

- Neželjeni nejednaki tretman je širi pojam od protivrečnosti pravnih normi
- U ovaj pojam su uključeni i rezultati kombinovanog (fragmentarnog) odlučivanja o činjeničnom stanju sa elementom inostranosti od strane sudova i organa u različitim pravnim porecima (uzrok nastanka: procesnopravne norme, pre svega norme o međunarodnoj nadležnosti)
- Nejednaki tretman mora da budu slučajan (neželjen).

Primer 3:

- Ostavilac, američki državljanin poreklom iz Srbije, testamentom je ostavio ćerki nepokretnost u Kaliforniji u vrednosti od 100 000 dolara, a sinu nepokretnost u Srbiji takođe u vrednosti do 100 000 dolara. Prema čl. 72 st. 1 ZRSZ, naš sud je isključivo nadležan za raspravljavanje nepokretne zaostavštine koja se nalazi u Srbiji, dok je njegova nadležnost za nasleđivanje nepokretnosti koje se nalaze u inostranstvu potpuno isključena. To znači da mi prepuštamo kalifornijskom sudu da raspravi nepokretnu zaostavštinu koja se tamo nalazi.
- U ovom slučaju dolazi do fragmentarnog odlučivanje našeg i kalifornijskog suda o različitim delovima zaostavštine jednog lica.
- Rezultat fragmentarnog odlučivanja: ćerka dobija 100 000 od kalifornijskog suda i 25 000 od srpskog suda na ime nužnog dela, a sin 75 000 od srpskog suda

- Primer 4: Izvršenje engleske sudske odluke o izdržavanju koja ne stiče svojstvo izvršnosti
- Primeri negativnog i pozitivnog sukoba nadležnosti

Dopuštenost prilagođavanja

- Dva oprečna stanovišta u domaćoj literaturi
- Stanivuković/Živković: prilagođavanje kolizionih i merodavnih materijalnopравnih normi, tj. njihova modifikacija ili neprimena u konkretnom slučaju, u suprotnosti je sa načelom zakonitosti.

Moj stav

- Prilagođavanje je neophodno i dopušteno u našem MPP-u

Razlozi:

- Upućivanje na pravo sa kojim postoji prostorno najbliža veza (tzv. ostvarenje MPP pravičnosti) i primena materijalnopравnih normi tog pravnog poretka (tzv. materijalnopравna pravičnost) ne mogu se „odvijati“ strogo odvojeno, jer se cilj kolizionopravnog upućivanja jedino može ostvariti, ako se ostvaruje i cilj merodavnog materijalnog prava (jednog ili više prava) prilikom donošenja meritorne odluke.
- Nastanak neželjenog nejednakog tretmana predstavlja jasan signal da se ovi ciljevi nisu ostvarili.
- Prilagođavanjem je potrebno uspostaviti pravičnost in concreto

- Povreda ustavnog principa jednakosti (čl. 21 Ustava) – zabrana nejednakog tretmana istih ili sličnih slučajeva, odnosno jednakog tretmana različitih slučajeva, bez opravdanog i legitimnog razloga.
- Uloga ovog principa je, između ostalog, da obezbedi pravednu i pravičnu primenu pravnih normi in concreto
- Pozivajući se na ovaj princip, sudija može da koriguje pravno pravilo, ako njegova primena vodi očigledno nepravičnom rezultatu.
- Neželjeni nejednaki tretman vređa princip jednakosti (zabrane diskriminacije).

- Princip vladavine prava (čl. 3 Ustava) je osnovna pretpostavka ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima.
- Njegova uloga je da obezbedi pravnu sigurnost unutar pravnog sistema koja strankama pruža mogućnost da predvide posledice svog ponašanja.
- Ova predvidivost može izostati kada nastane neželjeni nejednaki tretman odnosno protivrečnost pravnih normi, tj. rezultat koji obezvređuje opravdana očekivanja stranaka.
- NPR: Maloletni brat legitimno očekuje da dobije naknadu imovinske štete zbog smrti svoje sestre, što mu svakako obezbeđuju i srpski i engleski pravni poredak, ali to se zbog kombinovane primene ova dva pravna poretka ne događa!
- Povreda ostalih normi o ljudskim pravima (pravo na nasleđivanje, pravo na pristup sudu itd.).

- Ustavnopravni principi jednakosti i vladavine prava čine temelj ljudskih i manjinskih prava koja su garantovana čl. 18 Ustava
- Neželjeni nejednaki tretmani vređaju norme o ljudskim pravima.
- Prema čl. 18 Ustava, pravne norme o ljudskim i manjinskim pravima (bez obzira iz kog izvora potiču – Ustava, zakona, međunarodnog ugovora) imaju „rang ustavnopravnih normi“ i direktno se primenjuju.
- Sve ostale pravne norme odnosno rezultati njihove primene moraju da budu u skladu sa njima – tzv. pravilo lex superior derogat legi inferiori.

- Dužnost sudova da korekcijom pravnih normi uklone neželjeni nejednaki tretman proističe iz pravila lex superior derogat legi inferiori, koje je samo jedno od onih kojima se štiti načelo ustavnosti i zakonitosti.
- Prilagođavanje pravnih normi nije u suprotnosti sa načelom zakonitosti, već služi njegovom ostvarenju.
- Prilagođavanje treba smatrati sredstvom zaštite ljudskih prava

Kako prilagođavati pravna pravila

- Kolizionopravno prilagođavanje – modifikacija kolizione norme (ekstenzija odnosno redukcija pravne kategorije) ili stvaranje nove
- Materijalnopravno prilagođavanje – modifikacija merodavnih materijalnopravnih normi ili stvaranje novih
- Princip zakona najmanjeg otpora (Prof. G.Kegel)
- U osnovi, izbor načina prilagođavanja zavisi od konkretnog slučaja.
- Cilj prilagođavanja - ostvarivanje ciljeva koji su zajednički svim merodavnim pravnim porecima, a koji se nisu mogli ostvariti zbog njihove fragmentarne (kombinovane) primene.

- Rešenje primera 1: ekstenzija kolizione norme za dejstva braka ili „pozajmljivanje“ austrijskih normi o podeli bračne imovine (mat. pril.)
- Rešenje primera 2: ekstenzija kolizione norme za vanugovornu odgovornost za štetu – primena deliktneog statuta i na pitanje postojanja prava na izdržavanje
- Rešenje primera 3: uzimanje u obzir rezultata odlučivanja pred kalifornijskim sudom
- Rešenje primera 4: Ignorisanje (neprimena) čl. 97 st. 3 ZRSZ koji zahteva podnošenje potvrde o izvršnosti.

Transpozicija

- Metodološko sredstvo kojim se odgovarajući pravni institut, koji je nastao pod okriljem stranog pravnog poretka, transponuje (pretvara, transformiše) u pravne institute domaćeg pravnog poretka čije su norme merodavne za rešenje slučaja sa elementom inostranosti, pri čemu domaći pravni poredak uopšte ne poznaje taj strani pravni institut ili ga ne poznaje u tom obliku.
- Do transponovanja će doći samo ukoliko u merodavnom domaćem pravnom poretku postoji pravni institut koji je funkcionalno ekvivalentan institutu stranog prava.

- Moblini sukob zakona kod stvarnih prava na pokretnim stvarima – nepoznata stvarnopravna sredstva obezbeđenja
- Primer: italijanska auto hipoteka pred našim sudom – transformacija u domaću registrovanu zalogu
- „Ponašanje u skladu sa pogrešnim pravom“ („Handeln unter falschem Recht“) – testament napisan na engleskom jeziku u SAD u kome je imenovan „executor“ zaostavštine koja se nalazi u Srbiji – transformacija u „izvršioca zaveštanja“.

- Transpozicija se ne može odrediti kao posebna vrsta (oblik) prilagođavanja, s obzirom da ne podrazumeva modificovanu primenu merodavnih pravnih normi.
- Transpoziciju treba poimati kao poseban oblik tumačenja.
- „Posebnost“ – prilikom tumačenja merodavnih domaćih normi moraju se uzeti u obzir pravne norme nemerodavnog pravnog poretka, pod čijim „okriljem“ je nastao transponovani institut

Supstitucija

- Supstitucija predstavlja supsumiranje pravnih odnosa ili pravnih radnji stranog pravnog poretka pod dispoziciju merodavne domaće materijalnopravne norme.
- Primenjuje se kada se utvrdi da je u dispoziciji merodavne domaće pravne norme sadržan pravni odnos (ili pravna radnja) koji je u konkretnom slučaju nastao u istom ili sličnom obliku pod okriljem stranog prava.
- Supstitucija je dopuštena ako između stranog i domaćeg pravnog odnosa postoji funkcionalna ekvivalentnost.

- Primer: Da li se usvojenik iz usvojenja koje punovažno zasnovano u inostranstvu može smatrati naslednikom prema našem ZON-u?
- Supstitucija nije oblik prilagođavanja, jer se ne primenjuje u situacijama u kojima nastaju neželjeni nejednaki tretmani i ne podrazumeva korekciju pravnih normi.
- Supstitucija se razlikuje od transpozicije, zato što prilikom njene primene ne dolazi do pretvaranja stranog pravnog odnosa u domaći pravni odnos.