

Јелена М. Беловић¹
Универзитет у Приштини с привременим
седиштем у Косовској Митровици,
Правни факултет
Косовска Митровица (Србија)

341.948
Прејледни научни рад
Примљен 15/04/2021
Измењен 31/05/2021
Прихваћен 30/06/2021
doi: [10.5937/socpreg55-31862](https://doi.org/10.5937/socpreg55-31862)

О ИДЕЈИ ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА

Сажетак: Еволуција идеје о примени страног права везује се за рад постглосатора у XIV и XV веку. Циљ рада је да укаже на корене ове идеје, као и на друштвене околности које су допринеле њеном рађању. Данас у пракси неспорна оправданост примене страног права је кроз векове брањена и критикована различитим аргументима. Хронолошки приказ захтева примену историјскоправног метода, док се компаративни метод захтева у анализи упоредно правних решења. Примена страног права диктирана је захтевом за уважавањем туђих легитимних интереса, који за циљ има исходовање реципрочне акције. У условима глобализације и повећане интеракције у друштвеним односима, примена страног права је редовна појава. У извесном смислу она за циљ има и своју негацију која се огледа у глобалној и регионалној унификацији правних прописа.

Кључне речи: партикуларизам, унификација, примена страног права, међународно приватно право

Увод

Међународно приватно право је засебна грана права која правно регулише приватноправне односе са елементом иностраности, односно приватноправне односе који се везују за више суверенитета. *Conditio sine qua non* за дефинисање њеног предмета је постојање елемента иностраности у једном од три елемента приватноправног односа (у субјекту, објекту или у правима и обавезама). Област која регулише ове односе назива се сукоб закона (*conflict of laws*). Поред специфичног предмета, ова грана права је особена и по методу правног регулисања који се не може наћи ни у једној другој грани права. Решавање правног проблема који се јавља приликом појаве елемента иностраности, међународно приватно право решава путем колизионог метода. Структура колизионог правила битно одступа од класичне структуре правног правила; структуре диспозиција-санкција, која је иманентна свим осталим правним нормама. Колизиона норма има два особена елемента: правну категорију и

¹ jelena.belovic@pr.ac.rs

тачку везивања. Правну категорију најшире можемо дефинисати као правно питање, правни проблем који да је повода спору. Задатак колизионе нормe није да мериторно реши правни проблем, већ да уз помоћ тачке везивања упути на меродавно право (домаће или странo) у оквиру кога ће се спорно правно питање решавати. Тиме се за поступајући орган отвара могућност да одступи од примене домаћег права и да примени странo право као меродавно, уколико га тачка везивања садржана у домаћој колизионој норми на то право упути и уколико се примена страног права, у конкретном случају, не коси са установом домаћег јавног поретка. Суд који одлучује, по правилу, тражи решење са ослоном на колизионе нормe домаћег права (*lex fori*).

Поставља се питање зашто су баш приватноправни односи ти у којима нема апсолутну примену принцип да сваки орган примењује само домаће право (Varadi i др., 2012, стр. 30). Деценијама уназад глобално се бележи све већи проценат кретања људи и добара ван граница своје земље. Правна сигурност била би угрожена у темељима ако би ова кретања доводила у питање статусна, стварна, породична, наследна и друга приватна права појединаца, односно стварна и имовинска права на роби и поводом робе која је предмет међународне трговине. Подела права на јавно и приватно потиче још из римског права: „*Ius publicum est quod ad statum rei publicae spectat, privatum autem quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim, publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*”²

Економски и друштвени услови диктирају шта ће се у конкретном друштву и у конкретном времену сматрати приватном, а шта сфером јавног права. Подела правних норми на јавну и приватну сферу је динамична категорија, која не значи нужно и јасно подвлачење граница између њих. Управо подвлачење ових граница, од значаја за примену страног права, резултат је друштвено-политичких прилика и околности. Сфера јавног права остаје резервисана за строгу примену принципа територијалности који налаже да сваки орган примењује само домаће право.

Зачеци примене страног права у античко доба

Робовласнички систем друштвеног уређења у државама античког доба негирао је могућност примене страног права, чак је и уживање домаћих права било условљавано статусом грађанина. Грчке државе су љубоморно чувале грађанску част и привилегије за тзв. грађане по рођењу, мада су извесне повластице касније давале и странцима (метеци) који су могли да стичу грчко држављанство. Посебан слој становништва чинили су робови који, као што наводи Аристотел у својој *Полијици* нису били ништа друго до „живо оруђе”, „активно и другачије оруђе” на располагању свом господару (Enciklopedija, 2008, стр. 167). Међутим, постојање полиса (градова-држава), њихова блискост и специфични правосудни систем који је постојао у хеленским државама изнедрио је правнике који су познавали прописе различитих градова-држава. Свест и знање о постојању различитости није значила и могућност примене страног права. Елеменат иностраности се у распореду оваквих друштвених

² „Јавно право је оно које се односи на положај Римске државе, а приватно оно које се односи на интересе појединца: неки интереси су дакле јавни, а неки приватни”. Улријан, D. 1,1,1,2.

околности могао наћи само у могућности да арбитар из неког другог полиса буде ангажован да донесе непристрасну одлуку у спору међу грађанима другог полиса.

У античком Риму постојале су две категорије слободних грађана: римски грађани и остали слободни људи који су имали статус перегринина. Примена римског права *ius civile* представљала је привилегију римских грађана. За перегрине је важио други правни систем, *ius gentium*, систем који је настао активношћу претора. Приликом издавања едикта дешавало се да је претор узимао у обзир и обичајно или писано право неке од провинција. Међутим, чешћа је била ситуација да је креирао сасвим нова другачија правила. У том циљу, могао је у *ius gentium* унети и поједина решења из локалног перегринског права (Вујклић, 2018, стр. 80). Строго узевши, у таквим околностима не можемо говорити о примени страног права онако како га данас схватамо, јер су лица на која се ово право примењивало била везана за један суверенитет. Претор који је стварао ово право имао је слуха за разлике и особености које су у Римску државу уносили покорени народи. Римско право је кроз *ius gentium* настојало да помири политичке, културне и верске разлике између Римљана и становника освојених провинција. Метод је претеча идеје о хармонизацији и унификацији правних правила какву данас познајемо. Када је Каракалиним едиктом с почетка III века (212. г. н. е.) право римског грађанства додељено и перегринима, *ius gentium* постаје опште право за све народе који су живели у римској држави.

Римљани нису познавали колизиони метод, и то је један од ретких појмова који није настао у римском праву, које са правом ужива епитет највеличанственијег правног система. Такво мишљење о свом праву имали су и сами Римљани, па стога не чуде Цицеронове речи (Јездић, 1960, стр. 21): „*Incredibile est qem sit omnia ius civile praetor, hoc nostrum incoditum as paene ridiculum*”.³

У светлости размишљања неких теоретичара о европској правној култури, римско право има двоструку улогу. Делатност римских јуриспрудената се може сматрати исходиштем „класичне” европске културе захваљујући интелектуализму класичних римских правника. Истовремено, римско право је отворени систем и показује специфичне особине различите од европске правне традиције (Пољојас, 2015, стр. 177). Тако се може закључити и да је стварање наднационалног права у оквиру Европске уније имало своју претечу вековима уназад у римском праву, у оквиру кога је настајало *ius gentium* које је у каснијем периоду добило епитет општег права које се примењивало на све грађане римске државе. Стога стоји тврдња како право Европске уније није нешто сасвим ново, него представља својеврсну обнову једне јединствене правне културе која је некада обухватала целу Европу (Stein, 2007, стр. 144).

Средњовековни партикуларизам

Друштвене прилике у средњем веку који обухвата доба феудализма и период стварања апсолутистичких монархија биле су различите. Након пада Западног римског царства 476. године и инвазије варварских народа, могућности за појаву сукоба закона нису се увећале. Разлог томе је најшира примена принципа персоналитета

³ „Невероватно је колико је свако грађанско право поред нашег неупоредиво и чак и смешно”.

– право етничке заједнице којој је лице припадало примењивало се на све његове правне односе (Živković, 2004, str. 10). Некада је могућност за примену страног „права” директно зависила од моћи заједнице која је продирала на страну територију. Тако су, рецимо, Викинзи који су углавном били Данци, пустошећи Енглеску у IX веку населили и већину енглеске територије северно од Темзе. Област коју су населили била је позната под називом *Danelaw* (Дејнло – дански закон). Ту је и енглеско стaновништво морало да живи по данским обичајима (Rutherford, 2009, str. 186).

Средњовековни партикуларизам огледао се у различитим државама које су створене на територији некадашњег Западног римског царства што је за последицу имало различиту племенску припадност која је често давала повода питању: које обичаје и која правила треба применити приликом регулисања статуса лица? Занимљива је појава *professiones iuris*, које се јављају у VIII веку и доста се широко користе у IX и X веку (Varadi i dr., str. 232). *Professiones iuris* је изјава коју странка у спору даје везано за питање према ком праву живи: *Qua lege vivis?* У литератури се ова изјава види и као прва појава аутономије воље у смислу могућности да странка сама бира меродавно право.

Јачањем моћи феудалаца и феудалних односа, територијални принцип потискује персонални принцип и на феуду се, по правилу, примењује једно право за све његове становнике. Тек са ренесансом и ширењем трговачких веза и либералнијим правним схватањима, територијални принцип се постепено напушта (Pak, 1995, str. 219). Ренесанса у праву значила је враћање ауторитета римског права, а нарочито ауторитета Јустинијанове кодификације из 533. године, као најзначајније и најутицајније правничке кодификације. Правне школе настале у периоду ренесансе дале су прве доктринарне расправе посвећене сукобу закона и креирале колизиони метод као метод својствен проблематици одређивања меродавног права. Заправо, у овом периоду реч је о интерлокалном сукобу закона, који се појављује на једном релативно уском простору, између ентитета који су блиски по културним, социјалним и економским критеријумима. Сама могућност примене права другог ентитета се, у оваквим околностима, није доводила у питање.

Најзначајнији допринос теорији међународног приватног права дале су три школе статута у раздобљу између XII и XVII века (Varadi i dr., str. 233).

Рад прве, италијанске школе статута, везује се за два периода: рад глосатора (XII и XIII век) и рад постглосатора (XIV и XV век). Ова школа проучавала је сукоб између обичајних правила у појединим градовима. Политичке прилике с почетка XII века, настале уговором о Констанци из 1183. године, створиле су погодно тле за настанак сукоба закона и примену страног права. Наиме, овим уговором је италијанским градовима призната независност од стране немачког цара. У тадашњим друштвеним приликама трговци из градова северне Италије веома често су закључивали послове са трговцима са других подручја Царства (Фландрије, Фламанске, из ханзеатских градова итд.), па је било потребно решавати спорове и применити обичајна правила која су важила на једном од тих подручја (Pak, str. 219). Питање примене права постављало се и када је долазило до сукоба правила између различитих градова, што се услед близине простора веома често дешавало. Позивајући се на ауторитет римског права, глосатори су креирали догму која је омогућавала примену статута, односно закона,

неког другог града. Догму је у форми глосе први конструисао Акурзије са ослоном на прву конституцију Јустинијановог кодекса која је гласила: „*Cunctos populos quos clementie nostre regit imperium...*”⁴, из које је извучен *a contrario* закључак да постоје „они народи над којима царство не влада” и за које важе неки други прописи.

Догма је представљала теоријску основу за рад постглосатора, који су познати по томе што су први креирали колизиони метод. Међу најзначајнијим постглосаторима истичу се имена Цинуса (Cynus), Бартолуса (Bartolus de Sassoferrato) и Балдуса (Baldus). Метод постглосатора састојао се у груписању статута под које потпадају одређени правни односи. Сви статuti били су груписани у три категорије: реални, персонални и мешовити (Živković, str. 17). Природа статута служила је као критеријум њиховог важења: реални су се примењивали само на територији града који их је до-нео, персонални су имали и екстериторијално дејство, а мешовити су се примењивали на све правне послове који су се закључивали у оквиру града (екстериторијалност је за ове статуте постојала у случају када се спор решавао у граду другачијем од онога у коме је правни посао закључен).

Партикуларизам је био обележје и Француске у XVI веку. Држава је била подељена на неколико засебних провинција, односно правних подручја која су представљала збир *coutumes*-а (обичаја) карактеристичних за свако одређено подручје. С друге стране, јачање буржоазије значило је и опирање строгој примени месних обичаја и настојања за широм применом париских обичаја што је одговарало и монарху. И у овом периоду не можемо говорити о сукобу закона и примени страног права онако како га данас схватамо. Једнако као и у италијанским градовима, и у Француској XVI века може се говорити о сукобу система правила, статута, односно обичаја који се не могу изједначити са сукобом закона различитих суверенитета. За рад француске школе статута значајна су имена Димулена (Dimoulin) и Даржантреа (D’Argantré). Припадништво различитим друштвеним слојевима обележило је и теоријски рад ових писаца. Димулен се као припадник буржоазије залагао за примену персоналног принципа, а познат је и као творац концепта аутономије воље. Даржантре се као бретонски барон залагао за аутономију Бретање и самим тим и за ширу примену територијалног принципа.

Настанак апсолутистичких монархија представљао је период националног уједињења и стварања јединственог националног тржишта. Поједини аутори везују настанак међународног приватног права управо за овај период. Друштвени односи који правно оформљују настанак сукоба закона између различитих суверенитета настали су у овом раздобљу. Први пут долази до сукоба закона између домаће и стране земље. Развој трговине, посредничка улога у трговини коју је имала Холандија (XVII век) и постојање колонијалних територија захтевали су другачији приступ проблему примене страног права. Правни основ за примену страног права нађен је у принципу „међународне учтивости” (*comitas gentium*). Први пут је овај принцип споменут од стране холандског правника Хуга Гроцијуса (Hugo Grotius). Гроцијус се сматра зачетником нововековне школе природног права и утемељивачем међународног јавног права лишеног религијског утицаја. Према његовом мишљењу, постоји Божанско

⁴ „Они народи над којима царство наше милости влада...”

право (*ius divinum*), које проистиче из Божјег разума, и људско право (*ius humanum*) са три своја облика: право природе (*ius naturae*), грађанско право (*ius civile*) и међународно право (*ius gentium*) (Lukić, Košutić, 2006, str. 92.). Ако је Гроцијус значајно име у теорији међународног јавног права, холандско-фламманска школа тога доба је дала једно значајно име и за теорију међународног приватног права. Полазне принципе за примену страног права дао је Улрикус Хубер (Ulrikus Huber). Трећа аксиома у поглављу његовог чувеног дела *Praelectiones iuris* из 1689. године, која се односи на сукоб закона, дозвољава проширење дејства страног права из разлога куртоазије. Он је сматрао да се целокупно право дели на: природно (*ius naturae*) и позитивно (*ius voluntarium*). Позитивно се даље дели на: божанско (*ius divinum*) и људско (*ius humanum*); људско се даље дели на: грађанско право (*ius civile*) и међународно право (*ius gentium*). Још је у то време изражен став да *ius gentium* апстрахује принципе који се односе на социјалне нужности – потребу за кохабитацијом (Zadorozhna, 2019, str. 161).

Comitas gentium

Првобитна доктрина института *comitas gentium* почива на претпоставци апсолутног територијалног суверенитета државе и њеног унутрашњег права (Ђајић, 2006, str. 114). Ако се и примењује страно право, по учењу холандско-фламманске школе, то се чини на основу одлуке домаћег суда који на ову могућност пристаје *ex commodis et tacito populorum consensu* (у складу са заједничким интересом и на основу прећутне сагласности). Апсорбујући достигнућа глосатора и постглосатора, најпре је природноправна школа инсистирала на изградњи система и системског начина мишљења, чије је централно место заузимао дедуктивни начин закључивања. Поред система правних правила, постоје и природне облигације и моралне обавезе којима се регулише међусобно понашање. Хуберов концепт *comitas gentium*-а је скуп правила о којима државе воде рачуна у својим међусобним односима на основу прећутног споразума. Примена страног права не заснива се на правно обавезујућем правилу. Иако строги позитивиста, он је сматрао да је могућност примене страног права зависна од обзира међународне учтивости, љубазности, односно куртоазије, и да одлука о примени страног права представља акт добре воље држава. Развијајући Хуберов принцип „међународне учтивости”, амерички теоретичар Стори (*Joseph Story*) је сматрао да прави основ примене права стране државе лежи у обостраном интересу и корисности (Dornis, 2017, str. 4). Приближавање концепта *comitas gentium* правно обавезујућем правилу први пут је потврђено у одлуци америчког Врховног суда у случају *Hilton v. Guyot* (Joel, 2008, 27).

Comitas gentium је правило које уноси равнотежу у друштвене односе. Данас, *comitas gentium* има ранг начела међународног јавног права које намеће обавезу сарадње и пријатељских односа између држава. Посматрајући са становишта примене права, ова сарадња свакако није неки морални луксуз или екстравагантно скретање са главног тока решавања односа који се везују за више суверенитета. Напротив, могућност примене страног права у одређеним случајевима је предуслов стабилности односа са елементом иностраности (Varadi i dr., str. 105). Реч је о правилу које се може назвати и правилом тзв. „меког права” (*soft law*).

Класичне доктрине XIX и XX века

Либералистичке идеје Француске буржоаске револуције из 1789. године покретиле су клупко догађаја које је представљало потпуни раскид са феудалним друштвеним системом. С друге стране, развитак производних снага доводи до свестране међународне размене роба и услуга, што изискује потребу да новонастали односи буду правно регулисани. На почетку XIX века, у области грађанског права, извршене су прве велике кодификације прописа.

Теоријски правци настали у овом периоду могу се сврстати у два концепта: универзалистички и позитивистички. Универзалисти су сматрали да регулисање сукоба закона мора бити једнообразно у свим земљама, што би се постигло поступањем у складу са заједничким моделом створеним априористичким путем. Свакако најзначајнији представник овог концепта је немачки писац историјскоправне школе Савињи (Savigny), чије се априористичко решење концентрисало на тражење решења у правном односу који се везује за више суверенитета. Наиме, према Савињију, сваки правни однос има своје тежиште и седиште (*Sitz*), и управо место ка коме однос гравитира треба да послужи као тачка везивања за одређивање правног оквира сходно чијим правним правилима ће се спорни правни однос решити. Једнако као и по Гроцијусу и Хуберу, и по Савињију се примена страног права може означити као пријатељско допуштање (*comitas*).

Период јачања националних држава значио је и јачање суверености и држављанства. Манчини (Mancini) је као представник универзалистичког концепта снажно подржавао ове атрибуте и своје решење за сукоб закона базирао је на принципу *lex nationalis*. Свака би држава морала признати специфичност права, културе, навика и морала, који везују лице за његову националну државу (Batiffol, Lagarde, 1981, str. 268).

Трећа теорија која нуди универзалистичко решење јесте теорија „стечених права“ (*vested rights*), чији је творац познати француски теоретичар Пиле (*Pillet*). Ова теорија налази решење у примени принципа територијалности. У свом раду Пиле полази од две тезе: о трајности и општости поља примене прописа (*permanence et la généralité*) (Sajko, 2005, str. 37). Могућ је парадокс, према Пилеу, у моменту непоштовања, тачније немогућности поштовања стеченог права у земљи у којој то право или не постоји или је оно супротно њеном поретку. Проблем је првенствено у граници, тј. мерилу докле допире ограничење стечених права на територији држава које треба да га поштују и до које границе те државе треба да поштују таква права, јер их на то обавезују међународно прихваћене и установљене обавезе према другим државама (Ћорић, 93).

Позитивистичке концепције не трагају за универзалним решењима која би признале све земље или пак велика већина земаља. Суштину ове концепције изразио је италијански научник Анцилоти (Anzilotti) који каже да су правила сукоба закона по свом деловању међународна, али су формално унутрашња (Pak, str. 223). Став да су норме о примени права строго националног карактера заступали су и француски теоретичари Бартен (Bartin) и Кан (Kahn). Њихови радови били су побуна против спекулативног учења универзалистичке школе и забуне коју је она стално стварала разликама између идеалног модела колизионих норми и стварног стања позитивног права у појединим земљама (Živković, str. 73).

Унификација правних правила

Центрифугалне силе снажно су деловале на тлу Европе с почетка овог миленијума. Економско, културно и политичко уједињење у једном моменту је резултирало и идејом о потреби доношења јединственог устава за Европу. Овај пројекат је пропао у процесу ратификације на референдуму 2004. године. Уговор о Уставу је одбачен на референдумима у Француској (54,68% против, уз излазност од 69,34%) и Холандији (61,7% против, уз излазност од 63%) (Borhart, 2013, стр. 12). Међутим, неvezано за аспекте политичког уједињења, процес унификације међународних приватноправних прописа на тлу Европе текао је мање-више несметано. У фази комунитаризације приватног права (правно омогућена склапањем Амстердамског уговора 1997. године) донет је низ уредби којима су унификоване колизионе норме у различитим областима приватног права. Унификација колизионих прописа извршена је са циљем постизања међународне хармоније у одлучивању, под којом се подразумева да ће примена јединствених колизионих правила довести до једнаких решења, односно до примене правних правила истог правног оквира на идентичне чињеничне околности и ситуације. Међународна хармонија одлучивања је начело успостављено од Савињија и уједно представља идеал међународног приватног права. (Meškić, Đorđević, 2016, стр. 25). Овај вид унификације не угрожава постојање међународног приватног права као засебне правне гране и уједно води рачуна о потреби за постојањем различитости између појединачних националних система правила. Међутим, процеси који се односе на унификацију материјалноправних правила, не само у оквиру ЕУ већ и у светским размерама, свакако то чине.

Један од видова регулисања приватноправних односа са елементом иностраности јесте и њихово директно регулисање (непосредним путем, за разлику од посредног колизионог метода) унификацијом материјалноправних прописа која у крајњој линији отклања сукоб закона и потребу за њиховим регулисањем. Историјски посматрано, метод није нов. *Ius gentium*, односно право које су стварали претори у другој половини Републике одиграло је веома важну улогу у повезивању народа веома различитих култура, вера и правних традиција (Bujuklić, стр. 80). Свакако не исте, али сличне друштвене околности постоје и данас, само је питање ко је ауторитет који ове процесе покреће. Намеће се одговор да центрима економске моћи одговара правна извесност по питању размене добара и услуга у светским размерама. Свакако да партикуларизам решења у овим питањима није пожељан из разлога што успорава међународну трговину. Питање је, међутим, да ли је ова унификација оправдана и пожељна када је реч о строго личним правима појединаца.

Закључак

За схватање односа између права и друштва неопходно је разумевање природе права и правног развоја. Како то наводи проф. Вотсон (Watson), „развој права је веома сложен, и један од веома честих чинилаца у том развоју јесте позајмљивање, трансплантација правних установа, решења, па и система”. Право као друштвена надградња зависно је од своје базе, односно друштва које је такође динамична категорија.

У социологији значајне теорије друштвених промена и друштвеног развоја јесу циклизам, еволуционизам и историцизам (Šljukić, Šljukić, 2013, str. 474).

Рецепција римског права управо је доказ динамичних и цикличних промена које се дешавају на пољу права. Многе установе и институти римског права и данас су део позитивних европско-континенталних правних система, мада их познаје и англосаксонски правни систем. Систем правила *ius gentium*-а указује на корене рецепције савремених међународних начела. Такође, *comitas gentium* као еволуирано начело и данас чини основ примене страног права.

Ово правило се више не сматра само гестом добре воље путем кога једна држава примењује право друге државе. Реч је о међународној обавези која је основ међународне сарадње и која се не може просто свести на једноставну базу реципрочног понашања по правилу *do ut des*. Ради се заправо о сложеним и динамичним уступцима које државе чине једне другима, међусобно уважавајући легитимне интересе за применом права друге државе уз очекивање да ће те државе поштовати и уважавати њене легитимне интересе за применом домаћег права.

Иако се примена страног права сматра цивилизацијским достигнућем, у раду је указано и на интегративне процесе који се у праву појављују у форми унификације правних правила. Појава економске глобализације у светским размерама давно је закорачила и у друге сфере друштвеног живота. Глобално повећан степен миграција доводи до бројних контаката који задиру не само у имовинска и радна права, већ и у друга приватна права појединаца (статусна, породична, наследна итд.). Сматрамо да је брисање разлика, које су одраз вековима ствараног културног идентитета појединих народа, неоправдано и непожељно и да је потребно неговати различитости и у савременом праву и друштву.

Jelena M. Belović¹
University of Priština, Kosovska Mitrovica,
Faculty of Law
Kosovska Mitrovica (Serbia)

SOME REMARKS ON THE IDEA OF THE FOREIGN LAW APPLICATION

(*Translation In Extenso*)

Abstract: The evolution of the idea of the foreign law application is connected to the work of post-glossators in the 14th and 15th centuries. The aim of this paper is to present the roots of the idea, but also to point out the social circumstances enabling its development. Today's indisputable justification of the foreign law application has been advocated and criticized through various arguments for centuries. The chronological presentation requires the application of the historical law method, while the comparative method is necessary in analyzing comparative law solutions. The foreign law application is dictated by the requirement for observing legitimate interests of others that is aimed at reciprocal action. In the age of globalization and increased interaction in social relations, the application of foreign law is a regular occurrence. However, in certain terms, the global and regional unification of legal regulations could be seen as the negation of the foreign law application.

Keywords: particularity, unification, foreign law application, private international law

Introduction

Private international law is a separate branch of law that regulates private law relations with a foreign level, i.e. private law relations connected to several sovereignties. *Conditio sine qua non* for defining its subject is the existence of the foreign level in one of three elements of private law relationship (in the subject, object or in rights and obligations). The field regulating these relations is called the conflict of laws. Apart from the specific subject, this branch of law is also characteristic by the method of legal regulation that cannot be found in any other branch of law. Private international law resolves the legal problem arising with the emergence of the element of foreignness with the aid of the collision method. The structure of the collision rule significantly deviates from the classical structure of the legal rule, i.e. the disposition-sanction structure that is immanent to all other legal norms. The

¹ jelena.belovic@pr.ac.rs

collision norm has two specific elements: the legal category and the connection point. The legal category may be most broadly defined as a legal issue or problem that gives rise to a dispute. The task of the collision norm is not to resolve the legal problem in a meritorious manner, but to use the connection point to refer to governing law (domestic or foreign) within which the contentious legal issue will be resolved. In that way, there is a possibility for the acting authority to deviate from the domestic law application and to apply foreign law as governing, if the connection point contained in the domestic collision norm refers it to that law and if the foreign law application, in this specific case, is not opposed to the institute of the domestic public order. The decision-making court, as a rule, seeks a solution relying on the collision norms of domestic law (*lex fori*).

A question arises whether private law relations are the ones in which the principle of every authority exercising only domestic law cannot be absolutely applied (Varadi et al., 2012, p. 30). During several past decades there has been an increasing percentage of people and goods moving outside the boundaries of their own countries. Legal security would be threatened in its roots if these movements brought to question status, real, family, inheritance and other private rights of individuals, i.e. real and property rights to goods and in relation to goods that are the subject of international trade. Division of law into public and private originates from Roman law: “*Ius publicum est quod ad statum rei publicae spectat, privatum autem quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim, publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*”²

Economic and social conditions dictate what will be considered a private or a public sphere of law in a specific society at a specific time. The division of legal norms into public and private spheres is a dynamic category that does not necessarily mean the drawing of clear boundaries between them. This very drawing of boundaries, significant to the foreign law application, results from social and political conditions and circumstances. The public law sphere remains reserved for the strict application of the principle of territoriality that calls for every authority to apply only domestic law.

Beginnings of the foreign law application in ancient times

The slave society as the social order in ancient states denied the possibility of the foreign law application while even the domestic law exercise depended on the citizen's status. Greek states jealously guarded their civil honour and privileges for the so-called citizens by birth, although at a later stage they granted certain privileges to foreigners (*metics*) who could gain Greek citizenship. A special stratum of population was made of slaves who, as Aristotle states in his *Politics*, were nothing but “live tools”, “active and different tools” available to their master (Encyclopaedia, 2008, p. 167). However, the existence of *polises* (city-states), their closeness and specific judicial system in Hellenic states gave rise to jurists who were familiar with the regulations of different city-states. The awareness and knowledge about the existence of diversity did not also imply the possibility of the foreign

² “Public law is the one that refers to the status of the Roman state, while private law is the one that refers to the interests of the individual: some interests are, therefore, public, and some are private.” Ulpian, D. 1,1,1,2.

law application. In the set of these social circumstances, the element of foreignness could be found only in the possibility of an arbitrator from another polis being engaged to make an impartial decision in a dispute between the citizens of the original polis.

In ancient Rome there were two categories of free citizens: Roman citizens and other free people with the status of peregrines. The application of Roman law *ius civile* constituted a privilege of Roman citizens. A different legal system, or *ius gentium*, applied to peregrines – a system that was created through the action of praetors. When issuing edicts, a praetor sometimes happened to take into account customary or written law of one of the provinces. However, it was much more common for a praetor to create completely new and different rules. To that end, he could introduce some rules from local peregrine law in *ius gentium* (Bujuklić, 2018, p. 80). Strictly speaking, in such circumstances we cannot refer to the foreign law application as we see it today because the people who were subject to this law were bound to a single sovereignty. The praetor who created this law paid attention to the differences and specifics brought to the Roman state by the oppressed nations. Through *ius gentium*, Roman law attempted to bridge political, cultural and religious differences between Romans and the residents of the occupied provinces. This method is a predecessor of the idea of the harmonization and unification of legal rules as we know it nowadays. When the Edict of Caracalla from the beginning of the 3rd century (212 AD) granted the rights of Roman citizens to peregrines, *ius gentium* became general law for all the nations living in the Roman state.

Romans were not familiar with the collision method, so it is one of the few concepts that were not created in Roman law, rightfully seen as the most magnificent legal system. Romans themselves had such a high opinion about their law that the following statement by Cicero comes as no surprise (Jezdić, 1960, p. 21): “*Incredibile est qem sit omnia ius civile praetor, hoc nostrum incoditium as paene ridiculum*”.³

In the light of some theoreticians’ thoughts about the European legal culture, Roman law has a two-fold role. The activity of Roman jurists can be seen as the outcome of the “classical” European culture due to the intellectualism of Roman jurists. At the same time, Roman law is an open system demonstrating specific features that differ from the European legal tradition (Polojac, 2015, p. 177). It can also be concluded that the establishment of supranational law in the European Union had its predecessor dating centuries back to Roman law, within which *ius gentium* emerged and at a later stage got the attribute of general law applied to all citizens in the Roman state. Therefore it is reasonable to claim that the European Union law is not something completely new, but it constitutes a specific revival of a unique legal culture that used to cover whole Europe in the past (Stein, 2007, p. 144).

Medieval particularity

Social circumstances in the Middle Ages that cover the age of feudalism and the period of the establishment of absolutist monarchies were quite different. After the fall of the Western Roman Empire in 476 AD and the invasion of barbarians, there was no increasing probability of new conflicts. The reason for that is the broadest application of the principle of personality – the law of an ethnic community to which a person belonged was applied

³ “It is incredible how every civil law is unrivalled and even ridiculous in comparison to our civil law”.

to all legal relationships of that person (Živković, 2004, p. 10). Sometimes the possibility of the foreign “law” application directly depended on the power of the community penetrating into a foreign territory. For example, the Vikings who were mostly Danes, while ravaging England in the 9th century, settled in the greatest part of the English territory north of the Thames River. The area they settled in was known as *Danelaw*. In it, the English population also had to abide by Danish customs (Rutherford, 2009, p. 186).

Medieval particularity was reflected in different countries founded in the territory of the former Western Roman Empire, the consequence of which was different tribal affiliation that often gave rise to the question of what customs and rules should be applied when regulating a person’s status. An interesting phenomenon is *professiones iuris* that emerged in the 8th century and was quite widely used in the 9th and 10th centuries (Varadi et al., p. 232). *Professiones iuris* is a statement made by the party in a dispute as an answer to the question what law he/she lives in: *Qua lege vivis?* In literature, this statement is also seen as the first appearance of autonomy of the will in terms of the possibility given to the party to choose governing law.

With the strengthening power of feudal lords and feudal relations, the principle of territoriality suppresses the principle of personality and, as a rule, the same law is applied in the feud to all its residents. It was only with the Renaissance, the expanding trade relations and more liberal legal attitudes that the principle of territoriality was gradually abandoned (Pak, 1995, p. 219). In law, the Renaissance marked the recovery of the authority of Roman law, and in particular the authority of the Code of Justinian from 533 AD as the most important and influential legal codification. Law schools founded in the Renaissance period gave rise to the first doctrinarian debates dedicated to the conflict of laws, and created the collision method as a method specific to the problems of the governing law determination. In fact, during this period there was an interlocal conflict of laws that emerged in a relatively narrow area between the entities close to cultural, social and economic criteria. The very possibility of applying another entity’s law was not brought to question in these circumstances.

The most significant contribution to the theory of private international law was made by three schools in the period from the 12th to the 17th century (Varadi et al., p. 233).

The work of the first one – the Italian statute school – is associated with two periods: the work of glossators (the 12th and 13th centuries) and the work of post-glossators (the 14th and 15th centuries). This school studied the conflict between customary rules in certain towns. The political circumstances at the beginning of 12th century, created by the Peace of Constance from 1183, made fertile soil for the emergence of the conflict of laws and the foreign law application. Namely, by the Peace of Constance, the German Emperor recognized the autonomy of Italian cities. In the social circumstances of the time, the merchants from the cities of North Italy quite often made business deals with the merchants from other parts of the Empire (Flanders, the Hanseatic League cities etc.), so it was necessary to resolve disputes and apply customary rules applicable in one of those territories (Pak, p. 219). The question of law application was also posed in the event of the conflict of rules between different cities, which occurred quite often due to spatial propinquity. Citing the authority of Roman law, the glossators created a dogma that enabled the application of the statute and/or law of another city. The dogma in the form of a gloss was first constructed by Accursius relying on the first constitution of the Code of Justinian that read: “*Cunctos*

*populos quos clementie nostre regit imperium...*⁴, from which a *contrario* conclusion was drawn that there are “those people over which the empire does not rule” and for which there are some other applicable regulations.

The dogma constituted the theoretical basis for the work of post-glossators, well-known for being the first to create the collision method. The most outstanding post-glossators are Cynus, Bartolus de Sassoferrato and Baldus. Their method consisted of grouping the statutes which covered certain legal relationships. All statutes were grouped into three categories: real, personal and mixed (Živković, p. 17). The nature of the statute served as a criterion of their validity: the real ones were applied only in the territory of the city that had adopted them, the personal ones had an extraterritorial effect as well, while the mixed ones were applied to all legal matters concluded within the city (extraterritoriality existed for these statutes in case a dispute was resolved in the city different from the one in which the legal matter was originally concluded).

Particularity also characterized France in the 16th century. The state was divided into several separate provinces, i.e. legal regions that constituted a sum of customs (*coutumes*) characteristic for each given region. On the other hand, the strengthening of bourgeoisie also meant resistance to the strict application of local customs and efforts for the broader application of Parisian customs, which also suited the monarch. We cannot speak of the conflict of laws and the foreign law application in this period the way we see them today. Just like in Italian cities, in France of the 16th century we can speak of the conflict of the systems of rules, statutes and/or customs that cannot be equalized to the conflict of laws of different sovereignties. The names of Dumoulin and D'Argantré are important for the work of the French school. The affiliation to different social strata also marked the theoretical work of these writers. Dumoulin as a member of bourgeoisie strived for the application of the personality principle and is also known as the creator of the “autonomy of the will” concept. As a Breton baron, D'Argantré fought for the autonomy of Brittany and, accordingly, for the broader application of the territoriality principle.

The emergence of absolutist monarchies constituted the period of national unification and creation of a single national market. Some authors connect the establishment of private international law to this very period. Social relations that legally constitute the emergence of the conflict of laws between various sovereignties were created in this period. For the first time the conflict of laws arose between the domestic and the foreign country. Trade development, the intermediary role of the Netherlands in trade (17th century) and the existence of colonial territories called for a different approach to the problem of the foreign law application. The legal basis for the foreign law application was found in the principle of “international comity” or “comity of nations” (*comitas gentium*). This principle was first mentioned by Dutch jurist Hugo Grotius. Grotius is considered to be the father of the new-age school of natural law and the founder of public international law deprived of the religious influence. In his opinion, there is Divine law (*ius divinum*) deriving from Divine reason, and human law (*ius humanum*) in its three forms: natural law (*ius naturae*), civil law (*ius civile*) and international law (*ius gentium*) (Lukić, Košutić, 2006, p. 92.). If Grotius is an important name in the theory of public international law, the Dutch-Flemish school of the time gave

⁴ “Those nations over which the empire of our mercy rules...”

another outstanding name for the theory of private international law too. Namely, the starting principles for the foreign law application were established by Ulrik Huber. The third axiom in the chapter of his famous work *Praelectiones iuris* from 1689, which refers to the conflict of laws, allows the expansion of the effect of foreign law for reasons of courtesy. He believes that entire law is divided into: natural (*ius naturae*) and positive (*ius voluntarium*). Positive law is subdivided into: Divine (*ius divinum*) and human (*ius humanum*); human law is further divided into: civil (*ius civile*) and international law (*ius gentium*). Even at that time there was a pronounced attitude that *ius gentium* abstracted the principles referring to social necessities – the need for cohabitation (Zadorozhna, 2019, p. 161).

Comitas gentium

The original doctrine of the institute of *comitas gentium* is founded on the assumption of absolute territorial sovereignty of the state and its internal law (Đajić, 2006, p. 114). If foreign law is also applied, according to the teaching of the Dutch-Flemish school, it is done on the basis of the decision of a domestic court which accepts this possibility *ex commodis et tacito populorum consensu* (in line with the mutual interest and based on tacit agreement). Absorbing the achievements of the glossators and post-glossators, first the natural law school insisted on building the system and systemic manner of thinking, the central place in which was taken by the deductive manner of conclusion. Apart from the system of legal rules, there are also natural obligations and moral duties that regulate mutual behaviour. Huber's concept of *comitas gentium* is a set of rules the states take into account in their mutual relations based on tacit agreement. The foreign law application is not based on a legally binding rule. Although a strict positivist, Huber believed that the possibility of the foreign law application depended on the concerns of international comity, kindness and/or courtesy, and that the decision about the foreign law application constituted an act of goodwill of the states. Developing Huber's principle of "international comity", American theoretician Joseph Story believed that the real basis for the application of a foreign country's law lay in mutual interest and usefulness (Dornis, 2017, p. 4). Bringing the concept of *comitas gentium* closer to the legally binding rule was first confirmed in the decision of the US Supreme Court in the case *Hilton v. Guyot* (Joel, 2008, 27).

Comitas gentium is a rule that brings balance to social relations. Nowadays, *comitas gentium* is ranked as a principle of public international law imposing the obligation of cooperation and friendly relations between countries. Looking from the perspective of law application, this cooperation is definitely not a moral luxury or an extravagant deviation from the main course of resolving relations that are associated with more sovereignty. On the contrary, the possibility of the foreign law application in certain cases is the prerequisite for the stability of relations with the element of foreignness (Varadi et al., p. 105). It is a rule that may also be labelled as the rule of so-called "soft law".

Classical doctrines of the 19th and 20th centuries

The liberalist ideas of the French Bourgeois Revolution from 1789 triggered a series of events that constituted a complete break with the feudal system. On the other hand, the development of production forces led to the all-round international exchange of goods and services, which demanded the legal regulation of newly-formed relations. At the beginning of the 19th century, first great codifications of the regulations were conducted in the field of civil law.

Theoretical trends created in this period may be classified into two concepts: universalist and positivist. Universalists thought that the regulation of the conflict of laws had to be uniform in all countries, which could be achieved by acting in line with the common model created *a priori*. The most important representative of this concept is definitely Savigny, a German writer from the historical law school whose *a priori* solution was focused on looking for solutions in a legal relationship that is associated with more sovereignty. Namely, according to Savigny, every legal relationship has its centre of gravity and seat (*Sitz*) and this very place towards which such relationship gravitates should serve as a connection point for determining the legal framework with the legal rules according to which the contentious legal relationship will be resolved. Just like Grotius and Huber, Savigny also thinks that the foreign law application may be labelled as friendly comity (*comitas*).

The period of the strengthening of national states also implied the strengthening of sovereignty and citizenship. As a representative of the universalist concept, Mancini strongly supported these attributes and based his solution to the conflict on the principle of *lex nationalis*. Every state should recognize the specific features of law, culture, customs and morality that bind a person to his/her national state (Batiffol, Lagarde, 1981, p. 268).

The third theory that offers a universalist solution is the theory of vested rights created by the renowned French theoretician Pillet. This theory finds a solution in the application of the principle of territoriality. In his work Pillet starts from two theses: about the permanence and generality of the application field of the regulations (Sajko, 2005, p. 37). According to Pillet, a paradox is possible at the moment of disrespect or, more precisely, impossibility to respect vested rights in the country in which such rights either do not exist or are contrary to its social order. The problem is primarily in the boundary, i.e. the measure reached by the restriction of the vested rights in the territory of the states obliged to observe it and to which those states should observe such rights, because they are bound to it by internationally accepted and established obligations towards other states (Čorić, 93).

Positivist concepts do not search for universal solutions that would be recognized by all or the majority of countries. The essence of this concept was expressed by the Italian scholar Anzilotti, who believes that the rules of the conflict of laws are international in their effect, but formally internal (Pak, p. 223). The attitude that the norms about law application are of a strictly national character was advocated by French theoreticians Bartin and Kahn. Their works were a rebellion against the speculative teaching of the universalist school and the confusion it kept creating by the differences between the ideal model of collision norms and the actual status of positivist law in some countries (Živković, p. 73).

Unification of legal rules

Centrifugal forces had a strong effect in the territory of Europe at the beginning of this millennium. Economic, cultural and political unification at one moment also resulted in the idea of the necessary adoption of a unique constitution for Europe. This project failed in the ratification process at the 2004 referendum. The Treaty Establishing a Constitution for Europe was declined at the referendums in France (54.68% votes against, with the turnout of 69.34%) and the Netherlands (61.7% votes against, with the turnout of 63%) (Borhart, 2013, p. 12). However, irrespective of the aspects of the political unification, the unification process of the private international law regulations in the territory of Europe proceeded more or less smoothly. In the stage of private law communitarization (legally ensured by the signing of the Treaty of Amsterdam in 1997), a series of regulations was adopted that unified collision norms in different fields of private law. The unification of collision regulations was conducted with the aim of achieving international harmony in decision-making, which implies that the application of unique collision rules will lead to equal solutions, i.e. the application of the legal regulations of the same legal framework to identical factual circumstances and situations. International decision-making harmony is a principle established by Savigny and it is also the ideal of private international law (Meškić, Đorđević, 2016, p. 25). This form of unification does not threaten the existence of private international law as a separate legal branch and it also takes care of the need for diversities existing between individual national systems of rules. However, the processes referring to the unification of material law rules, not only inside the EU, but also on a global scale, definitely do that.

One of the forms of regulating private legal relationships with the element of foreignness is also their direct regulation (in a direct manner, unlike the indirect collision method) by the unification of material law regulations that ultimately eliminates the conflict of laws and the need for their regulation. In historical terms, this method is not new. *Ius gentium*, i.e. law created by the praetors in the second half of the Republic period played a very important role in connecting nations with quite different cultures, religious and legal traditions (Bujukić, p. 80). Even nowadays there are similar, although definitely not the same circumstances, but what matters is which authority initiates these processes. An answer is imposed that legal certainty suits the centres of economic power when it comes to the exchange of goods and services on a global scale. Naturally, particularity of the solution to these matters is not desirable because it slows down international trade. However, a question arises whether this unification is justified and desirable when it comes to strictly personal rights of individuals.

Conclusion

To understand the relation between law and the society, it is necessary to understand the nature of law and legal development. According to Professor Watson, “the development of law is quite complex and one of very common factors in that development is borrowing or transplanting legal institutions, solutions and even systems”. Law as a social upgrade depends on its base, i.e. the society that is also a dynamic category. Important theories of social changes and social development in sociology are cyclism, evolutionism and historicism (Šljukić, Šljukić, 2013, p. 474).

The reception of Roman law is proof in itself of dynamic and cyclic changes occurring in the field of law. Many institutions and institutes from Roman law are even today part of positive European-continental legal systems, although they are familiar in the Anglo-Saxon legal system too. The system of rules of *ius gentium* points to the roots of the reception of modern international principles. Moreover, *comitas gentium* as an evolved principle still constitutes the basis of the foreign law application today.

This rule is no longer considered only a gesture of goodwill through which one country applies the law of another country. It is an international obligation that is the foundation of international cooperation and that cannot be reduced to a simple basis of reciprocal behaviour by *do ut des*. In fact, those are complex and dynamic concessions made by countries to one another, while mutually observing legitimate interests in the application of other country's law and expecting that those countries will observe and respect its own legitimate interests in the domestic law application.

Although the foreign law application is seen as a civilization accomplishment, the paper also refers to integrative processes that appear in law in the form of the unification of legal rules. The emergence of economic globalization on a worldwide scale has already entered other spheres of social life. The globally increasing level of migrations has led to numerous contacts that do not penetrate only property and labour rights, but also other private rights of individuals (status, family, inheritance etc.). We believe that erasing differences as a reflection of the century-old cultural identity of certain nations, is unjustified and undesirable and that diversity should be pursued both in modern law and society.

REFERENCES / ЛИТЕРАТУРА

- Batiffol, H., Lagarde, P. (1981). *Droit International Privé*. Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- Basedow, J., et al. (eds.), (2017), *Encyclopaedia of Private International Law*. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2992808
- Borhart, K. D. (2013). *The ABC of EU Law*. Luksemburg: Kancelarija za publikacije Evropske unije. Available at: http://euinfo.rs/files/Publikacije-srp/10_Abeceda_prava_EU.pdf [In Serbian]
- Bujuklić, Ž. (2018). *Roman Private Law*. 8th edition. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [In Serbian]
- Ćorić, D. (2011). *The principle of acquired rights and the retroactive effects of law* (doctoral dissertation). Available at: http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Dragana_Coric_princip_stecenih_prava.pdf [In Serbian]
- Đajić, S. (2006). *Comitas gentium*. *Evropski pravnik*, 2/2006, 113–121. [In Serbian]
- The History of Civilization*, Encyclopaedia, (2008). Beograd: Mono i Manjana. [In Serbian]
- Jezdić, M. (1960). *Private International Law*. Beograd: Naučna knjiga. [In Serbian]
- Joel, P., (2008). The Transformation of International Comity, *Law & Contemporary Problems*, Vol. 71:19, 19/38, Available at: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1628&context=faculty_scholarship
- Lukić, R., Košutić, B. (2006). *Introduction to Law*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [In Serbian]

-
- Meškić, Z., Đorđević, S. (2016). *Private International Law I*. Sarajevo: Privredna štampa. [In Serbian]
- Pak, M. (1995). *Private International Law*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [In Serbian]
- Polojac, M. (2015). *Lex Aquiliae and Legal Tradition*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [In Serbian]
- Rutherford, E. (2009). *London*. Beograd: Laguna. [In Serbian]
- Sajko, K. (2005). *Private International Law*. 4^{ed}, Zagreb: Narodne novine. [In Croatian]
- Stein, P. (2007). *Roman Law and Europe*. Zagreb: Golden marketing – Tehnička knjga. Available at: <https://fdocuments.in/document/peter-stein-rimsko-pravo-i-evropa-golden-marketing-zagreb.htm> [In Croatian]
- Šljukić, S., Šljukić, M., (2013). Cyclical theories and social conflicts, *Sociološki pregled*, 47 (4), 473–487. DOI: [10.5937/socpreg1304473S](https://doi.org/10.5937/socpreg1304473S) [In Serbian]
- Varadi, T., Knežević, G., Bordaš, B., Pavić, V. (2012). *Private International Law*. 14th edition, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [In Serbian]
- Watson, A. (2010). *Legal Transplants*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. [In Serbian]
- Zadorozhna, S. (2019). Ius Gentium and the Primary Principles of International Law. *European Journal of Law and Public Administration*, 6 (2), 157–166.
- Živković, M. (2004). *The Evolution of the Idea of Resolving Conflicts of Law*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu. [In Serbian]