

Бојана Д. Ристић, сарадник у настави  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
B.Ristic@pf.uns.ac.rs

## УЛОГА КЛАУЗУЛЕ ЈАВНОГ ПОРЕТКА КОД УГОВОРА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

**Сажетак:** Једна од основних функција јавног поретка код уговора са међународним елементом јесте улога предмета заштитне клаузуле јавног поретка, инстинктивна међународно приватног права који омогућава суду да одбије право меродавно према колизионој норми уколико је резултат примене тог права супротиван јавном поретку. Део јавног поретка који је неопходно заштити у материји уговора односи се на начела као што су начело слободе уговарања, начело савесности и поштења или начело равноправности учесника у уговорним односима. Несумњиво је да се клаузулом јавног поретка штити јавни поредак државе суда, што се може видети и у чињеници да је ова усвојена заснувана у већини националних и међународних извора релевантних за одређивање меродавног права за уговоре. Међутим, отвара се питање да ли се клаузулом јавног поретка може заштити и јавни поредак пређе државе са којом је уговор повезан (нпр. са државом места извршења уговора). У доктрини су присутни ставови како за, тако и против оваквог посматрања и они су изложени у овом раду.

**Кључне речи:** уговор са међународним елементом, клаузула јавног поретка, јавни поредак државе суда, јавни поредак пређе државе.

### 1. УВОД

Код уговора са међународним елементом јавни поредак може да игра двоструку улогу. Са једне стране, као део права које је меродавно за уговор (*lex contractus*) може да представља ограничење слободе уговарања, а са друге стране да путем клаузуле јавног поретка буде алат за одбрану од одредби страног права чијом применом би се повредила фундаментална начела

правног поретка државе суда или неке треће државе са којом је конкретан уговорни однос повезан.

Према речима једног аутора: „[ј]авни поредак примењен кроз клаузулу јавног поретка супротставља се примени сваког страног меродавног права које повређује основна начела права, док се јавни поредак меродавног права за уговор супротставља свакој уговорној одредби која повређује меродавно право за уговор“.<sup>1</sup>

У домаћој доктрини, једну од најзначајнијих и најсвеобухватнијих дефиниција јавног поретка дао је професор Слободан Перовић, према којој је јавни поредак скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које странке у својим односима морају поштовати.<sup>2</sup> У суштини, јавни поредак представља „множину принципа различитог карактера и порекла, економских, моралних и принципа који произлазе из одређеног политичког и филозофског опредељења“.<sup>3</sup> Клаузула јавног поретка је, са друге стране, правно средство којим суд који одлучује приликом сусрета са страним правом штити домаћи правни систем на тај начин што не примењује редовно меродавно страно право уколико је резултат његове примене у датом случају неприхватљив из угла домаћег права.<sup>4</sup> На неки начин, када се до меродавног права за уговор долази путем избора уговорних страна, а када је то меродавно право супротно јавном поретку, те се не примењује, јавни поредак представља истовремено и ограничење слободе уговарања, зато што се онемогућава пружање дејства избору уговорних страна, односно уважавање колизионоправне аутономије воље.

Циљ овог рада је да се изврши преглед одговарајућих позитивноправних извора и доктрине који се баве питањима и проблемима који се јављају у погледу друге функције јавног поретка, односно института клаузуле јавног поретка, како када је предмет заштите јавни поредак државе суда, тако и када је предмет заштите јавни поредак треће државе. Треба нагласити да се у раду анализира примена клаузуле јавног поретка у судском поступку, те није обрађена њена примена у арбитражном поступку и теорији арбитражног права.

---

<sup>1</sup> Pascal de Vareilles-Somière, „Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts“, *Yearbook of Private International Law* 17/2015-2016, 79.

<sup>2</sup> Слободан Перовић, „Утицај јавног поретка на пуноважност облигационих уговора“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1982, 311-312.

<sup>3</sup> Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда* 7-9/2016, 48.

<sup>4</sup> Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право, ојшти део*, Службени гласник 2015, 347.

## 2. САДРЖИНА ЈАВНОГ ПОРЕТКА КОД УГОВОРА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Јавни поредак у међународном приватном праву представљају основне вредности и начела домаћег правног система које је неопходно заштитити приликом контакта са страним меродавним правом.<sup>5</sup> Када је у питању материја у којој јавни поредак може да игра улогу, нема ограничења. Међутим, треба нагласити да је много већи број случајева позивања на ову установу у материји статусних или наследних односа, него у материји уговора са иностраним елементом.<sup>6</sup> Но, без обзира на тај податак, јавни поредак и даље има утицаја и када је у питању ова област. Циљ јавног поретка у материји уговора јесте да се заштите начела која представљају његове темеље, као што су: принцип слободе уговарања, начело *pacta sunt servanda*, начело савесности и поштења, начело равноправности учесника у уговорним односима и принцип еквивалентности узајамних чинидби.<sup>7</sup> Ова начела отелотворена су у домаћем праву пре свега у Закону о облигационим односима. Већина наведених начела присутна је и у страним правним системима. Разлика између тих правних система и нашег, самим тим, није у томе да ли ти принципи постоје или не постоје, већ у схватању шта све могу да значе, односно који је домет њихове примене.<sup>8</sup>

Несумњиво је да се поједини уговори чији предмет или кауза<sup>9</sup> вређају основне вредности домаћег права и који су самим тим или непознати или забрањени домаћим правом сматрају супротним домаћем јавном поретку, као што су нпр. уговор о трговини људима, о продаји новорођенчади, о ангажовању некога ради извршења кривичног дела и уговор са адвокатом о откупу парнице.<sup>10</sup> Међутим, поставља се питање шта је са оним уговорима који не вређају на тако флагрантан начин фундаментална начела. Примера ради, може бити неизвесна судбина уговора о продаји људских органа или алкохола који нису ништави по праву које их регулише, али јесу у држави суда где се питање поставља, иако је веза са том државом слаба. У таквим ситуацијама до повреде јавног поретка може да дође<sup>11</sup>, али са друге стране

<sup>5</sup> М. Станивуковић, М. Живковић, 348.

<sup>6</sup> Милорад Рочкомановић, *Јавни поредак у међународном приватном праву*, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш 1988, 57.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 116-117.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 118.

<sup>9</sup> О каузи вид. Атила Дудаш, „Схватања о каузи уговора у домаћој цивилистици по усвајању Закона о облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 475-490.

<sup>10</sup> М. Рочкомановић, 118.

<sup>11</sup> Michael Bogdan, *Private international law as component of the law of the forum: general course*, Recueil des cours, vol. 348, Hague Academy of International Law 2010, 177.

постоје мишљења да је код уговора са иностраним елементом потребан један разуман и еластичан став судске праксе о томе шта се сматра супротним, односно сагласним домаћем јавном поретку.<sup>12</sup> Уколико се оде корак даље, могу се наћи још екстремнији ставови извесних аутора који негирају значај клаузуле јавног поретка у материји уговора и који указују на то да би коришћење клаузуле јавног поретка у овој области могло довести до правне несигурности, што би требало избећи<sup>13</sup>, јер би то био резултат супротан основном циљу међународног приватног права.

### 3. ЈАВНИ ПОРЕДАК ДРЖАВЕ СУДА

Да би суд користио клаузулу јавног поретка како би заштитио основне вредности и начела домаћег, односно јавног поретка државе суда, морају да буду испуњене одређене претпоставке за њену примену. У питању су следећи услови: неопходно је да је за уговор меродавно страног право, затим, потребно је да оно што је неспојиво са домаћим јавним поретком буде резултат примене страног права, а не апстрактна оцена садржине страног права и најзад, да постоји одређена веза између случаја и државе суда.<sup>14</sup> Оно што се често наглашава је да у случају сумње да ли је меродавно право у супротности са јавним поретком државе суда, треба одлучити у корист права које је одређено као меродавно.<sup>15</sup> Када је у питању веза са државом суда, та веза постоји нпр. уколико уговорне стране имају држављанство или пребивалиште у држави суда, док не постоји уколико је једина веза надлежност суда који поступа.<sup>16</sup> Треба нагласити да очигледна повреда фундаменталних начела и вредности захтева мању повезаност између уговорног односа и државе суда и обрнуто.<sup>17</sup>

У одељцима који следе биће приказано на који начин је клаузула јавног поретка државе суда заступљена у домаћим, међународним и упоредноправним изворима права који су релевантни за уговорне односе.

Што се тиче домаћих извора права, за сад је најзначајнији Закон о решавању сукоба закона, чији чл. 4 представља клаузулу јавног поретка и

<sup>12</sup> М. Рочкомановић, 117.

<sup>13</sup> Matthew Kruger, „The Role of Public Policy in the Law of Contract, Revisited“, *South African Law Journal* 128/2011, 712.

<sup>14</sup> М. Станивуковић, М. Живковић, 354-356.

<sup>15</sup> *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* – Коментар Хашких начела, The Hague Conference on Private International Law, The Hague 2015, 77.

<sup>16</sup> Ragne Piir, „Application of the Public Policy Exception in the Context of International Contracts – The Rome I Regulation Approach“, *Juridica International* 23/2015, 31.

<sup>17</sup> *Ibid.*

предвиђа да се неће применити право стране државе уколико би његово дејство било супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.<sup>18</sup> Дакле, домаћи суд је овлашћен да се позове на домаћи јавни поредак како би отклонио примену страног права чији резултат је супротан фундаменталним вредностима домаћег правног система.

У Нацрту нашег новог Закона о међународном приватном праву, такође је предвиђена клаузула јавног поретка, с тим да су услови за њену примену прецизније регулисани него у тренутно важећем закону. Ова норма прописује да се одредба страног права неће применити ако је њено дејство *очигледно* супротно јавном поретку Републике Србије.<sup>19</sup> Додаје се да се приликом примене овог института нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довела примена одредбе страног права.<sup>20</sup> Коначно, као супсидијарно решење, предвиђа се да ће се на дати однос уместо одредбе страног права применити одредба домаћег права.<sup>21</sup>

Када су у питању међународни извори, најзначајнији извор за уговорне односе је Прва римска уредба о праву меродавном за уговорне обавезе. Иако је формулација из Уредбе слична формулацији из Нацрта нашег новог Закона о међународном приватном праву, уочавамо да је наш Нацрт богатији за два става која на детаљнији начин разрађују примену клаузуле јавног поретка државе суда. Клаузула јавног поретка Прве римске уредбе предвиђа само да се одредба страног права неће применити ако је њено дејство очигледно супротно јавном поретку државе суда.<sup>22</sup>

Слично решење предвиђено је и у Интерамеричкој конвенцији о меродавном праву за међународне уговоре, чија клаузула јавног поретка прописује да се право меродавно за уговор неће применити уколико је очигледно супротно јавном поретку државе суда.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 49/96, чл. 4.

<sup>19</sup> Нацрт Закона о међународном приватном праву – Нацрт ЗМПП, јун 2014, доступно на <http://www.mpravde.gov.rs>, чл. 43 ст. 1.

<sup>20</sup> Нацрт ЗМПП, чл. 43 ст. 2.

<sup>21</sup> Нацрт ЗМПП, чл. 43 ст. 3.

<sup>22</sup> Уредба (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17. јуна 2008. о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I) – Прва римска уредба, *Службени гласник Европске уније*, бр. L 177/10 од 4. јула 2008., чл. 21. Овај извор права примењује се на нивоу Европске уније у области одређивања меродавног права за уговоре. Прва римска уредба заменила је Римску конвенцију о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године која се односила на исту материју.

<sup>23</sup> Интерамеричка конвенција о меродавном праву за међународне уговоре од 17. марта 1994. године – Интерамеричка конвенција, чл. 18. Интерамеричка конвенција као значајан инструмент унификације колизионог права у области уговора усвојена је у оквиру Организације америчких држава.

Клаузулу јавног поретка државе суда садрже и нова Хашка начела о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре, која у чл. 11 наводе да суд може да не примени одредбу права изабраног од стране уговорних страна само ако и у мери у којој је резултат примене тог права неспојив са фундаменталним вредностима јавног поретка државе суда.<sup>24</sup>

Када је у питању упоредноправна регулатива и заступљеност клаузуле јавног поретка државе суда, аутор овог рада је на бази узорка прописа из области међународног приватног права<sup>25</sup> спровео истраживање и дошао до следећих закључака. Од законских текстова из 80 држава, њих 50 садржи одредбу која се односи на клаузулу јавног поретка, и то на ситуацију када суд може да се позове на сопствени јавни поредак (јавни поредак државе суда).<sup>26</sup> Од тих 50 прописа, 40 се недвосмислено односи на ситуацију када се суд позива на сопствени јавни поредак, док њих осам садржи формулацију да суд може да не примени редовно меродавно право ако је оно супротно јавном поретку уопште (дакле, без означавања да је реч о јавном поретку државе суда)<sup>27</sup>, један<sup>28</sup> садржи формулацију да суд може да одбије примену меродавног права ако је оно супротно јавном поретку у међународним односима и један садржи формулацију да се суд може позвати на овај институт ако је меродавно право супротно међународном јавном поретку.<sup>29</sup>

Аутор овог рада сматра да је број закона који садрже клаузулу јавног поретка којом се штити јавни поредак државе суда релативно мали, с обзиром на значај овог института и на чињеницу да он на извршан начин посто-

<sup>24</sup> Хашка начела о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре – Хашка начела, од 19. марта 2015., чл. 11 ст. 3. Овај инструмент донет је у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право и регулише превасходно начело аутономије воље код избора меродавног права за уговоре. Није обавезујућег карактера, већ служи као модел који може да се користи у националним правним системима за одређивање меродавног права за уговоре, и то за уговоре трговачког карактера са иностраним елементом. Основни циљ Начела је промоција аутономије воље, те се у њима не налази решење за ситуацију када уговорне стране нису изабрале меродавно право.

<sup>25</sup> У питању су прописи међународног приватног права сакупљени у следећем извору: *Encyclopedia of Private International Law, Vol. 4 Legal Instruments A-Z*, Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing 2017.

<sup>26</sup> Реч је о законима следећих држава: Албанија, Аргентина, Аустрија, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Венецуела, Вијетнам, Грузија, Грчка, Египат, Естонија, Италија, Јапан, Јужна Кореја, Казахстан, Канада, Кина, Куба, Летонија, Литванија, Лихтенштајн, Луксембург, Мађарска, Македонија, Макао, Мексико, Немачка, Парагвај, Перу, Пољска, Португал, Румунија, Руска Федерација, Словачка, Словенија, Србија, Тајван, Тајланд, Тунис, Турска, Украјина, Уругвај, Холандија, Хрватска, Црна Гора, Чешка Република, Швајцарска, Шпанија.

<sup>27</sup> У питању су закони следећих држава: Белгије, Грчке, Италије, Јапана, Макао, Парагваја, Холандије и Шпаније.

<sup>28</sup> Пропис Канаде.

<sup>29</sup> Пропис Перуа.

ји од самог настанка међународног приватног права у 14. веку, а у данашњем облику још од почетка 19. века.<sup>30</sup> Поред тога, чињеница је да је у свим међународним изворима права релевантним за уговорне односе заступљен, те да тенденција коришћења ове установе не опада. Српско право, како тренутно важеће, тако и будуће, као што смо видели, не касни у том погледу.

#### 4. ЈАВНИ ПОРЕДАК ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ

Када се говори о клаузули јавног поретка, као установи којом се штите основе правног система једне државе, најчешће се под јавним поретком који се штити подразумева јавни поредак државе суда, на начин објашњен у одељку 3. овог рада. Овакво решење не чуди ако се има у виду да је клаузула јавног поретка институт националног права, установљен ради заштите оних принципа на којима је оно утемељено.<sup>31</sup> Међутим, иако често оспоравана, постоји могућност да се клаузула јавног поретка користи и за заштиту јавног поретка треће државе која је са конкретним уговорним односом повезана, а не само за заштиту јавног поретка државе суда.

Клаузула јавног поретка којом би се штитио јавни поредак треће државе подразумевала би да се у конкретном случају не примењује редовно меродавно право за уговор уколико је оно супротно јавном поретку треће државе са којом је уговорни однос у вези. Прво питање које се поставља јесте шта се подразумева под правним системом треће државе са којом је уговорни однос у вези. Одговор на то питање је да би то могло бити право места закључења уговора, право држављанства/пребивалишта/редовног боравишта/седишта уговорних страна или право места извршења уговора.<sup>32</sup> Прве две могућности, тј. право места закључења уговора и право држављанства/пребивалишта/редовног боравишта/седишта уговорних страна према претежном мишљењу теорије и праксе нису од значаја, те кључно место заузима право места извршења уговора, као средиште уговорног односа и као право које има интереса да се примени у конкретном случају иако није меродавно за сам уговорни однос.<sup>33</sup> То даље значи да ће суд који одлучује имати могућност да у случају који има пред собом узме у обзир не само сопствени јавни поредак, већ и јавни поредак државе места извршења уговора, пре

<sup>30</sup> Борислав Благојевић, *Међународно приватно право (Сукоб (избор) закона код грађанско-правних односа са елементом иностраности)*, Универзитет у Београду, Научна књига, Београд 1950, 144.

<sup>31</sup> М. Рочкомановић, 50.

<sup>32</sup> Adeline Chong, „The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts“, *Journal of Private International Law* vol. 2, issue 1, 2006, 45.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 45-46.

свега у погледу пуноважности самог уговора. Потребно је нагласити да се јавни поредак треће државе може узети у обзир само посредством правила међународног приватног права државе суда, што значи да држава суда за држава потпуну контролу над целим процесом – другим речима, уколико би резултат примене јавног поретка треће државе био у супротности са јавним поретком државе суда, неће му бити признато дејство.<sup>34</sup>

Следеће питање јесте због чега би требало допустити суду једне државе да узме у обзир јавни поредак треће државе. Један од одговора од кога се у доктрини полази јесте да свака држава има интерес да се примени њено право.<sup>35</sup> Ово становиште потиче још од Керијеве интересне анализе (енгл. *governmental interest analysis*) која предвиђа да је примена страног права (у овом случају страног јавног поретка) оправдана када то право изражава одређене интересе саме државе, када је веза са том државом одговарајућег интензитета да оправдава позивање на поменути интерес и када не постоји сукоб интереса са државом суда.<sup>36</sup> Други одговор који оправдава узимање у обзир страног јавног поретка јесу захтеви правде и међусобног поштовања држава, односно учтивости (енгл. *comity*). Ови захтеви обухватају у себи следеће: потребу одржавања добрих односа са пријатељским страним државама, међународну сарадњу, могућност евентуалне реципрочне акције и узимања у обзир јавног поретка државе суда од стране те треће државе у аналогном случају, спречавање *forum shopping*-а, униформност одлучивања, чињеницу да се страном праву свакако индиректно пружа дејство кроз поступак признања и извршења страних одлука и коначно, потреба правне сигурности и оправданих очекивања странака.<sup>37</sup> У прилог становишту да треба допустити позивање на страни јавни поредак иде и чињеница да су француски судови у прошлости узимали у обзир јавни поредак страних држава без обзира на то чије право је било меродавно за уговор: познати су случајеви поништавања уговора о кријумчарењу различите врсте робе који нису били супротни француском јавном поретку, али у којима су се судови позивали на јак интерес државе која је била одредиште кријумчарења да регулише конкретан однос.<sup>38</sup>

Додатни аргумент који би могао да иде у прилог мишљењу да треба дозволити узимање у обзир страног јавног поретка, јесте чињеница да је у одређеним ситуацијама, посматрано из другачијег угла, то већ дозвољено.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 46; M. Bogdan, 186.

<sup>35</sup> A. Chong, 35-36.

<sup>36</sup> Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press 1963, 48, наведено према: A. Chong, 36.

<sup>37</sup> A. Chong, 37-40.

<sup>38</sup> Andrea Bonomi, „Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules“, *Harvard Law Review* 114/2001, 2471.



У случају када домаћи суд треба да се изјасни о пуноважности, односно непуноважности неког уговорног односа који је постао такав позивом на јавни поредак стране земље, иако је иначе био важећи, односно неважећи према редовно меродавном праву за тај уговор – у питању је рефлексно дејство клаузуле јавног поретка.<sup>39</sup> У тој ситуацији, суд који одлучује свакако узима у обзир страни јавни поредак и пореди га са сопственим како би одлучио да ли да му омогући дејство или не. Треба нагласити да је узимање или неузимање у обзир страног јавног поретка у оваквом случају увек у служби задовољавања интереса права државе суда, а не страног права.<sup>40</sup> На основу чињенице да је рефлексно дејство клаузуле јавног поретка дозвољено и да претпоставља узимање у обзир страног јавног поретка, како би се на основу тога евентуално активирао домаћи јавни поредак и одређени однос огласио пуноважним или непуноважним, односно признао или не, може се закључити да судовима није у потпуности стран процес узимања у обзир страног јавног поретка, те да би стога требало размотрити омогућавање таквог поступања и у ситуацијама када би домаћи суд директно водио рачуна о страном јавном поретку.

Када су питању разлози који иду у прилог узимању у обзир јавног поретка треће државе, остаје отворена још једна могућност. Наиме, у време када се у теорији јавила слична расправа у вези са принудним прописима<sup>41</sup> треће државе (расправа о томе да ли треба дозволити узимање у обзир принудних прописа треће државе), било је аутора који су предлагали решење по коме би се принудним прописима треће државе требало пружити дејство посредством јавног поретка државе суда. Аутори који су покретали ово питање сматрали су да није искључена опција по којој је јавни поредак државе суда тај који заправо омогућава узимање у обзир страних принудних прописа, јер процес уважавања страних принудних прописа заправо представља уважавање страних правних правила, а сам тај процес уважавања страних правних правила представља саставни део јавног поретка државе суда.<sup>42</sup> На пример, енглески судови су се у појединим случајевима позивали на захтеве правде и међусобног поштовања држава (који представљају део јавног поретка) као разлог одбијања извршења уговора који су у супротности са основним законима страних пријатељских држава.<sup>43</sup> Користећи овакво

<sup>39</sup> М. Рочкомановић, 50.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Принудни прописи у међународном смислу или норме непосредне примене су норме таквог значаја да се морају применити без обзира на то које право је меродавно. Вид. Маја Станивуковић, „Уговори са потрошачима са иностраним елементом – меродавно право и надлежност“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2003, 193.

<sup>42</sup> А. Bonomi, 2474.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 2472.

резоновање, по аналогiji, могло би се доћи до сличног решења и када је реч о страном јавном поретку – узимање у обзир страног јавног поретка, односно уважавање интереса државе чији је јавни поредак, могло би се у ширем смислу подвести под јавни поредак државе суда и на тај начин омогућити.

Међутим, без обзира на аргументе који иду у прилог узимању у обзир јавног поретка треће државе, чињеница је да би омогућавање оваквог процеса ослабило ефикасност судског поступка. Наиме, у таквом случају, суд који одлучује узимао би у обзир не само сопствени јавни поредак, већ и јавни поредак свих оних држава са којима је одређени уговорни однос повезан. То би даље значило да би у сваком конкретном случају судија морао да примени или узме у обзир норму јавног поретка бар две различите државе (јавни поредак државе суда и јавни поредак бар једне државе која није држава суда). Ситуација би се додатно компликовала уколико би у случају који судија има пред собом постојало више од једног места извршења уговора (или уколико би се прихватило узимање у обзир и права места закључења уговора или права држављанства/пребивалишта/редовног боравишта/седишта уговорних страна) – тада би се број норми различитих правних система могао знатно повећати. Свако узимање у обзир страног права или његова примена подразумева утврђивање садржине страног права, поступак који је сам по себи сложен и подложен грешкама. У оваквој ситуацији, проблем утврђивања садржине страног права се усложњава, зато што судија мора да установи да ли је нека норма страног права део јавног поретка стране државе или није, а након тога да концепт јавног поретка те државе и примени на начин како би га применио судија државе чији јавни поредак је у питању да се случај нашао пред њим. Јавни поредак је непрецизан и тешко одредив појам, чак и када је реч о домаћем јавном поретку, у чијим оквирима се судије крећу свакодневно, а камоли када домаћи судија треба да се „стави у ципеле“ страног судије и поступа по правилима страног правног система, који му је стран и често фундаментално другачији од оног у коме се сам налази. Због свега наведеног, сматра се да симултано узимање јавних поредака више различитих правних система чини судски поступак сложеним и коначан исход тежим за предвидети, а самим тим, по мишљењима многих, није ни прикладан ни подобан процес.<sup>44</sup>

Још једна слабост узимања у обзир страног јавног поретка састоји се у томе што се сматра да се тиме нарушава суверенитет државе суда – становиште које се заступа је да суд не треба да узима у обзир јавни поредак ниједне друге државе осим своје.<sup>45</sup>

Коначно, предности и мане узимања у обзир страног јавног поретка у овом контексту могу се свести на следеће. Са једне стране, простор за при-

<sup>44</sup> М. Bogdan, 189.

<sup>45</sup> А. Chong, 68.

мену оваквог института је мали, те се дејство јавном поретку треће државе у највећем броју случајева пружа само онда када се његова садржина поклапа са садржином јавног поретка државе суда, што суштински чини позивање на јавни поредак треће државе сувишним. Поред тога, чак и у ситуацијама када би за пружање дејства одређеним нормама страног права од изузетног значаја било места, најједноставнији и правно најсигурнији начин би био преко принудних прописа треће државе. Такође, треба водити рачуна да је клаузула јавног поретка институт који је предвиђен као изузетак и корективни фактор оном решењу које је предвиђено колизионом нормом, те је њена примена и када је у питању јавни поредак државе суда рестриктивна. Увођење могућности позивања на јавни поредак треће државе било би у директној супротности са таквом карактеристиком ове установе. Насупрот овим аргументима, са друге стране, може се нагласити да иако је простор за примену института мали, он и даље постоји. То даље значи да је неопходно регулисати оне ситуације за које није предвиђено решење постојећим „алатима“. Наиме, потребно је омогућити узимање у обзир јавног поретка у оним ситуацијама када неком правилу страног права треба пружити дејство, а оно није одређено као принудни пропис у најужем смислу речи, већ је одређено начело или је правило настало у судској пракси, а са дејством принудног прописа. Тада нам институт принудних прописа треће државе није од помоћи. Треба нагласити и то да институт принудних прописа иако несумњиво има бројне предности, није још увек широко прихваћен. На крају, иако клаузулу јавног поретка треба уско тумачити, не значи да би се нужно узимање у обзир страног јавног поретка косило са тим циљем. У ситуацији када би постојала изразито јака веза са одређеном државом (најчешће са државом места извршења уговора), примена ове клаузуле би значила да се уместо једног страног меродавног права последично примењује друго страно меродавно право. Може се замислити ситуација у којој је меродавно право за уговор, право седишта продавца у време пријема понуде и да је то право супротно јавном поретку права места извршења уговора. У том случају, право места извршења уговора односи превагу и примењује се на уговор. Лако је замисливо да је у конкретном случају то право оно са којим је уговор у најближој вези. Самим тим, овај институт би постигао управо онај циљ коме тежи поступак одређивања меродавног права за уговоре – проналажењу права најближе везе.

Противници могућности позивања на јавни поредак треће државе као аргумент могу да наведу и веома слабу регулисаност овог института у позитивноправним изворима права како домаћим, тако и међународним и упоредноправним.

Када је реч о изворима права Републике Србије, ни у тренутно важећем Закону о решавању сукоба закона, ни у Нацрту Закона о међународном при-

ватном праву није регулисана ситуација када се судија може позвати на јавни поредак треће државе. У оба прописа, изричито се помиње могућност позивања на јавни поредак државе суда, те се *argumentum a contrario* може доћи до закључка да је изостављање јавног поретка треће државе учињено са намером. Такав приступ нарочито се може прихватити код Нацрта Закона о међународном приватном праву због тога што се у њему помиње и могућност позивања на норму непосредне примене државе са којом је однос блиско повезан<sup>46</sup>, при чему се не помиње могућност истог поступка када је у питању јавни поредак државе са којом је однос блиско повезан.

До истог закључка може да се дође и анализом Прве римске уредбе и Интерамеричке конвенције о меродавном праву за међународне уговоре. У оба извора права експлицитно се помиње клаузула јавног поретка и то јавног поретка државе суда, као и установа принудних прописа треће државе<sup>47</sup>, док нема помена могућности позивања на јавни поредак треће државе.

Међутим, до извесног преокрета долази у Хашким начелима о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре, који уводе новину у овом погледу. У чл. 11 ст. 4 ових Начела предвиђено је да право државе суда одређује када суд може или мора да примени или узме у обзир јавни поредак државе чије право би било меродавно у случају да уговорне стране нису учиниле избор меродавног права.<sup>48</sup> Уочавамо да је формулација предвиђена Начелима уже постављена него формулација која би била очекивана када говоримо о јавном поретку треће државе, због тога што се не помиње могућност позивања на јавни поредак државе са којом постоји „блиска веза“ или државе „места извршења уговора“. Упркос томе, може се рећи да је решење које је предвиђено у потпуности на линији узимања у обзир јавног поретка треће државе. Разлог оваквом становишту је то што се у ситуацији када се примењују Начела меродавно право одређује као право које су уговорне стране изабрале. То даље значи да је свако друго право, па и оно до ког се долази путем колизионих норми државе суда за случај да нема избора уговорних страна, у највећем броју случајева, заправо право треће државе. У том случају, свакако можемо рећи да је у питању право државе са којом је однос у извесној вези јер се у супротном до примене тог права не би ни могло доћи посредством колизионе норме. Но, без обзира на овакво тумачење чл. 11 ст. 4 Хашких начела, треба бити обазрив и не проширити тумачење ван онога што је предвиђено самим Начелима. Чињеница је да приликом израде овог члана, услед бојазни да би се тиме нарушио принцип правне сигурности, није било сагласности да се он прошири и на могућност пози-

<sup>46</sup> Нацрт ЗМПП, чл. 44 ст. 2.

<sup>47</sup> Прва римска уредба, чл. 9 ст. 3; Интерамеричка конвенција, чл. 11 ст. 2.

<sup>48</sup> Хашка начела, чл. 11 ст. 4.

вања на јавни поредак било које треће државе већ само оне чије право је меродавно у одсуству избора уговорних страна.<sup>49</sup> Такође, када се говори о томе да Хашка начела једина изричито помињу могућност узимања у обзир јавног поретка који није јавни поредак државе суда, треба имати у виду и циљ ове одредбе који се састоји у томе да се на изванредан начин спречи и отклони злоупотреба аутономије воље на тај начин што ће се суду омогућити да уместо изабраног права примени оно право, односно начела и норме јавног поретка тог права које би било редовно меродавно да до избора уговорних страна није дошло.

Конечно, анализом упоредноправне регулативе, на бази узорка од 80 прописа из области међународног приватног права<sup>50</sup>, аутор овог рада дошао је до закључка да ниједан од закона не помиње изричито могућност позивања на јавни поредак треће државе. Међутим, мишљења смо да у прописима 10 од ових 80 држава има простора за евентуално екстензивно тумачење клаузуле јавног поретка која је њима предвиђена. Прво, у законским текстовима осам од ових 10 држава (закони Белгије, Грчке, Италије, Јапана, Макао, Парагваја, Холандије и Шпаније), клаузула јавног поретка предвиђа да се страном праву неће применити уколико је супротно јавном поретку, без означавања да је реч о јавном поретку државе суда. То би даље значило да макар теоријски није искључена могућност да се под јавним поретком подразумева не само јавни поредак државе суда, већ и јавни поредак треће државе са којом је уговорни однос у вези. До таквог закључка може да се дође нарочито с обзиром на чињеницу да је у законима осталих 40 држава које имају клаузулу јавног поретка<sup>51</sup> коришћено изричито позивање на јавни поредак државе суда. Даље, прописи Канаде и Перуа садрже одредбу која дозвољава судији да одбије примену меродавног права уколико је оно супротно међународним односима (пропис Канаде) или међународном јавном поретку (пропис Перуа). Коришћење одреднице „међународно“ указује на то да се употреба јавног поретка не ограничава само на јавни поредак државе суда, иако је вероватније да се овај израз односи на јавни поредак који обухвата *ius cogens* норме међународног права. Међутим, узевши у обзир да је број држава у чијим прописима можемо наћи овакве одредбе и даље мали (представља једну осмину укупног узорка и једну петину оних закона који уопште регулишу клаузулу јавног поретка), као и да је у питању екстензивно тумачење

<sup>49</sup> Andrew Dickinson, „Oiling the machine: overriding mandatory provisions and public policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts“, *Uniform law review* vol. 22, issue 2, 2017, 407.

<sup>50</sup> У питању су прописи међународног приватног права сакупљени у следећем извору: *Encyclopedia of Private International Law, Vol. 4 Legal Instruments A-Z*, Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing 2017.

<sup>51</sup> Видети одељак 3. овог рада.

чење текста ових одредби, може се рећи да у упоредноправним изворима не постоји тенденција омогућавања узимања у обзир јавног поретка треће државе са којом је уговорни однос повезан.

На основу свега претходно наведеног, аутор овог рада сматра да би у будућности, и у домаћим и у међународним и у упоредноправним изворима права требало увести одредбу која би омогућила суду да одбије примену страног права уколико је оно супротно не само праву државе суда, већ и праву треће државе са којом је уговорни однос повезан. При томе, става смо да би та одредба требала за почетак да буде факултативног карактера, и да представља само могућност, а не и обавезу за суд. При таквом стању ствари, суду би стајала на располагању таква могућност, а он би могао да је искористи онда када би околности конкретног случаја упућивале на целисходност таквог поступања. Отворено питање остаје да ли би требало дозволити узимање у обзир јавног поретка било које треће државе са којом постоји одговарајућа, односно блиска веза или само оне где се налази место испуњења уговорне обавезе. Вероватно је ближе реалности омогућити узимање у обзир јавног поретка државе места испуњења уговорне обавезе, узвешти у обзир искуства са институтом принудних прописа треће државе, с обзиром на то да код уговора најчешће блиска веза управо и постоји са том државом.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Када су у питању уговори са иностраним елементом, јавни поредак има две функције. Једна је да представља границу слободе уговарања, а друга да представља део клаузуле јавног поретка, алата међународног приватног права којим се штити јавни поредак одређене државе од фундаментално различитих норми страног права које треба да се примени на одређени уговорни однос. Друга функција јавног поретка је да представља предмет заштите установе клаузуле јавног поретка. Клаузула јавног поретка је одредба која представља овлашћење судији да не примени редовно меродавно право ако је оно у супротности са јавним поретком. У погледу овог института треба разликовати две ситуације – ситуацију где се клаузулом штити јавни поредак државе суда и ситуацију где се клаузулом штити јавни поредак треће државе са којом је однос повезан.

Да би се клаузула јавног поретка применила и да би се јавни поредак државе суда заштитио неопходно је да је за уговор меродавно страног права, да је оно што је неспојиво са јавним поретком резултат примене страног права, а не његова апстрактна оцена и да постоји одговарајућа веза са државом суда.

Фокус овог рада и основна проблематика јесте да ли треба дозволити да клаузула јавног поретка поред јавног поретка државе суда служи и заштити

јавног поретка треће државе. У питању је држава са којом постоји одређена веза, као што је нпр. држава места испуњења уговорне обавезе или држава места закључења уговора. Аргументи који иду у прилог оваквом решењу позивају се на интерес сваке државе да се примени њено право, на захтеве правде и међусобног поштовања држава, на чињеницу да се тај процес већ одвија кроз рефлексно дејство клаузеле јавног поретка, као и на то да би се сам поступак узимања у обзир страног јавног поретка могао подвести под јавни поредак државе суда (јер представља уважавање страног права, једну од вредности на којима почива готово сваки правни систем). Насупрот томе, аргументи који не иду у прилог оваквом резонувању су да тај процес компликује и чини неефикасним судски поступак, да ствара потешкоће приликом утврђивања садржине страног права, поготово када постоји више држава са којима постоји веза, те да нарушава суверенитет државе суда јер само њен јавни поредак треба да буде узет у обзир, да се дејство пружа заправо посредством јавног поретка државе суда или да би се исти циљ могао постићи применом принудних прописа треће државе. На линији ових становишта је и чињеница да јавни поредак треће државе није регулисан ни у једном домаћем нити међународном извору права. Хашка начела о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре помињу јавни поредак државе чије право би било меродавно за уговор у одсуству избора уговорних страна, али је и та формулација сувише рестриктивна да бисмо могли да кажемо да је тиме дозвољено заштитити јавни поредак треће државе. Међутим, због свега претходно наведеног, става смо да би ово питање како у домаћим, тако и у међународним и упоредноправним изворима требало изричито регулисати, на један еластичан начин, тако да се судијама омогући да узму у обзир јавни поредак државе са којом постоји изразито јака веза, у оним ситуацијама када би то било целисходно.

*Bojana D. Ristić, Teaching Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
B.Ristic@pf.uns.ac.rs*

## **The Role of Public Policy Reservation in International Contracts**

***Abstract:** Among the main roles of public policy in the field of international contracts is its role of the object of protection of the public policy reservation, one of the most important tools of private international law, which enables the forum to refuse application of the foreign law whenever the result of that application is manifestly incompatible with the public policy. Public policy which is protected in regards to contracts encompasses principles such as party autonomy, bona fides and equality of the parties. It is beyond doubt that public policy reservation refers to the protection of the public policy of the forum country, since most of the national and international acts regarding applicable law for international contracts contain explicit provisions that enable the forum to use this reservation. Nevertheless, the question arises whether public policy reservation can also be used for the protection of public policy of third countries with which contract has certain connections (e.g. the country of performance). Doctrine provides arguments both in favor and against such possibility and those are presented in the paper.*

***Keywords:** international contract, public policy reservation, public policy of the forum country, public policy of third country.*

Датум пријема рада: 14.09.2018.