

СТРУЧНИ РАД

УДК 342.71:347.62

Владимир Чоловић

Институт за упоредно право, Београд

ПРИМЕНА *LEX NATIONALIS* КАО ТАЧКЕ ВЕЗИВАЊА У БРАЧНИМ ОДНОСИМА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ

Држављанство се у брачним односима са елементом иностраности примењује као примарна тачка везивања, као и у свим статусним односима. Међутим, то доводи до проблема у ситуацијама када брачни другови имају различита држављанства. Због тога, дефинишу се супсидијарне тачке везивања, које се примењују када држављанство не доводи до резултата. Аутор у раду анализира одредбе домаћег законодавства које се примењују на закључење брака, форму брака, неважност брака, развод брака, дејства брака, као и ванбрачну заједницу, и долази до закључка да се држављанство, као правило за одређивање меродавног права, мора примењивати уз примену других тачака везивања, као и уз већу слободу брачних другова код избора права. Аутор се у раду осврће и на најважније појмове о држављанству, као и на поједина решења у упоредном законодавству. У раду, дају се и предлози за измене домаћег законодавства у наведеној области.

Кључне речи: Брак, Држављанство, Пребивалиште, Тачка везивања, Меродавно право.

1. УВОД

Примена држављанства као тачке везивања у брачним односима са елементом иностраности поставља одређена питања везана за једну карактеристику поменуте тачке везивања, а то је њена примарност у односу на друге тачке везивања. Наиме, *lex nationalis* или држављанство се у свакој одредби која регулише наведене односе ставља на прво место, тј. одређује се као правило од којег треба полазити у одређивању меродавног права у брачним односима са елементом иностраности. Држављанство као тачка везивања се, као примарна поставља и у породичним односима са

елементом иностраности, о чему неће бити речи у овом раду. Но, рећи ћемо, само, да је примарна примена *lex nationalis* и код породичних односа под знаком питања.

Као брачне односе у којима се *lex nationalis* поставља као примарно правило, разликујемо закључење брака, неважност или ништавост брака, развод брака, дејства брака, као и ванбрачне односе са елементом иностраности. Сваки од наведених односа се регулише и другим тачкама везивања, а не само држављанством.

Питања, која смо напред поменули, у вези са одређивањем меродавног права по држављанству брачних другова су следећа: Да ли постоји реалан проблем код кумулативне примене права у случају различитих држављанстава брачних другова; Да ли се о наведеном проблему може говорити код свих брачних односа; Да ли је заблуда говорити о држављанству као примарној тачки везивања, ако постоји низ супсидијарних правила за одређивање меродавног права?

Ово су главна питања о којима ће бити речи у оквиру поменутих брачних односа. Још једно питање, коме ће се посветити пажња, тиче се примене другачијег правила на форму брака, односно, због чега се овде одступа од наведеног примарног правила.

Пре него што пређемо на анализу правила о брачним односима са елементом иностраности која су дефинисана Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља,¹ анализираћемо основне појмове везане за место које држављанство заузима у међународном приватном праву, као и улогу те тачке везивања не само у брачним и породичним односима, већ и у статусним, наследним и другим односима уопште, које проучава наведена научна дисциплина. Значи, држављанство се као тачка везивања примењује у низу области. Тако је, и у домаћем, и у упоредном праву.² Иначе, проблем код примене наведене тачке везивања може да буде велики, имајући у виду велике разлике у регулисању ове области у различитим државама, а имајући у виду и различито схватање брака, као и различито регулисање његових последица и његовог престанка. Наравно, тај проблем, самим тим, везујемо и за признање одлука донесених у овој области у другим државама.

¹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – Закон о МПП-у, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, и *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

² К. Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб 2005, 113.

2. ДРЖАВЉАНСТВО СА СТАНОВИШТА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

Држављанство везујемо, увек, за суверенитет једне земље. Сваки закон једне државе пружа свој суверенитет у два правца. С једне стране, он влада територијом дотичне државе, а с друге, закон влада лицима, становницима те државе, па и када напусте њену територију.³

С обзиром на то да нас, пре свега, интересује одређивање меродавног права по држављанству у односима са елементом иностраности, покушаћемо да одредимо дефиницију те тачке везивања са становишта тих односа. Не само то, кратко ћемо анализирати и све аспекте држављанства који су битни за статусне, а, самим тим, и брачне односе.

Држављанство се са становишта међународног приватног права може дефинисати као правна целина, тј. као скуп норми којима се решава питање држављанства, и као правна веза, тј. правна везаност једног физичког лица са одређеном државом, на основу које оно добија најшири статус у тој држави.⁴ Затим, држављанство је правни однос извесног лица према држави.⁵ Држављанство је битна веза на основу које се одређује припадност једног лица једној држави.⁶ Од ових издвојених дефиниција, као најпотпунију можемо сматрати дефиницију проф. Михаила Јездића јер је скуп норми којима се регулише ово питање на неки начин и сама дефиниција. У области међународног приватног права, држављанство је претходно квалификационо питање за одређивање обима уживања одређеног права. Држављанство везујемо за физичка, а државну припадност, као посебан појам, за правна лица. Државна припадност је одлучујућа чињеница, која се примењује на односе правних лица.⁷

2.1. Сукоб држављанства

Сукоб држављанства настаје, када једно лице стекне више држављанстава. Он може бити позитиван и негативан. Позитиван,

³ Н. Перић, *Територијални сукоб закона*, Београд 1922, 5.

⁴ М. Јездић, *Међународно приватно право I*, Београд 1976, 47.

⁵ Б. Благојевић, *Држављанство*, Београд 1947, 11.

⁶ Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1983, 167.

⁷ Д. Китић, *Сукоб закона код међународних правних лица* (магистарски рад), Београд 1983, 56.

када у односу на једно лице постоје два или више држављанстава, а негативан, када у односу на једно лице не постоји никаква веза држављанства.⁸ Тај сукоб може бити решен ако се одабере једно држављанство (меродавно право). Постоје различита решења, помоћу којих се долази до тог одговора. Вишеструким држављанином сматра се подједнако држављанин сваке државе, чије држављанство има. А, у трећој држави, вишеструки држављанин, биће третиран као да има само једно држављанство. Уобичајено је, да трећа држава признаје таквом држављанину ефективно држављанство.⁹ Различити су критеријуми, међу којима бисмо поменули критеријум држављанства земље чије је лице било држављанин пре остајања без држављанства (било којег, за апатриде). Затим, мора се прибећи супсидијарним правилима, као што су домицил, место задржавања или место закључења правног посла, као и др.¹⁰

Мислимо, да би се требало задржати на следећа три решења. Пре свега, примениће се држављанство земље, у којој физичко лице има пребивалиште. Али, ово решење не би се могло користити, уколико лице у питању има пребивалиште у некој трећој држави. Друго, утврдила би се „тесна веза“ између лица и једне од земаља његовог држављанства, према одређеним околностима. Овакво држављанство зовемо ефективно држављанство. Трећи критеријум узима у обзир касније стечено држављанство, али је оно тешко примењиво, у случају да је лице стекло оба држављанства истовремено, у моменту рођења.¹¹

У случају кумулације домаћег и страног држављанства, а питање се поставља пред домаћим органима, закон даје, искључиво, превагу домаћем држављанству.¹² Уколико се пред неким органима појави лице са оба страна држављанства, предност ће се дати земљи, у којој лице има домицил, а у супротном, примениће се ефективно држављанство.¹³ Једно од гледишта заступа Франкенштајн, који сматра да за давање предности једном од држављанстава је увек одлучујућа чињеница психолошке заједнице између лица са више држављанства и односног правног поретка,

⁸ Б. Благојевић, (1947), 126.

⁹ Г. Б. Трајковски, *Вишеструко држављанство* (докторски рад), Београд 1965, 271–272.

¹⁰ Б. Благојевић, (1947), 129–130.

¹¹ М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 1991, 277.

¹² Б. Благојевић, (1947), 131.

¹³ М. Пак, 277.

тј. земље. За Бартена, битно је да суд констатује за које се лице у питању, од тих држављанства, везује.¹⁴

Међутим, неки аутори праве разлику између случаја, кад су држављанства стечена у различито време, и кад су стечена у исто време. Ако су стечена у различито време, треба дати предност држављанству, које је спојено са домицилом лица, а ако је у питању други случај, исто је, критеријум домицил, али уколико су држављанства стечена *ius soli* и *ius sanguinis*, онда се даје предност држављанству пред чијим властима се поставља питање. Питамо се, да ли лице са више држављанстава, које се налази у трећој земљи, ужива дипломатску заштиту свих земаља, чијих је држављанства носилац. Мислим, да би ово питање требало решавати по критеријуму ефективног држављанства, које се и одређује по појединим околностима. Исто тако, и право ефективног држављанства примењиваће се на правне односе тог лица.¹⁵

3. УОПШТЕ О СТАТУСНИМ, БРАЧНИМ И ПОРОДИЧНИМ ОДНОСИМА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНСТИ

Решавање статусних односа са елементом иностраности је најосетљивије. Два су основна критеријума, која су у прошлости служила, а и данас служе, за одређивање личног закона, а то су држављанство и домицил (пребивалиште, боравиште). *Lex personalis*, као лични закон, јавља се и као *lex nationalis (lex patriae)*, односно, закон државе.¹⁶ Добре стране држављанства као института су, да показује стабилност односа одређеног лица са правом државе којој припада. Странка лако промени свој домицил другим, па тако може да поремети и решавање односа у питању.¹⁷ Опште је правило у домаћим колизионим правилима међународног приватног права, да се на статусне предмете странаца, у основи, примењује право њихове државе.¹⁸ Значи, у европском континенталном праву, као основни принцип је прихваћен принцип држављанства за решавање статусних односа.¹⁹ Нарочито, у решавању

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Г. Б. Трајковски, 274.

¹⁶ Б. Благојевић, *Међународно приватно право*, Београд 1950, 208.

¹⁷ S. Cigoj, *Mednarodno zasebno pravo*, Ljubljana 1966, 34–39

¹⁸ К. Сајко, *Међународно приватно право и право које уређује ситуације са међурепубличким и међупокрајинским обележјем*, Београд 1981, 261.

¹⁹ A. Schnitzer, *Handbuch des Internationalen Privatrecht I*, Basel 1950, 147.

статусних односа има великих разлика између правних система.²⁰ Меродавно право за правну и пословну способност физичких лица одређује се према држављанству тих лица. За правна лица, меродавно право се одређује по државној припадности тих лица.

Такође, и појам пребивалишта је веома битан у статусним односима. Неки писци дефинишу и неколико критеријума за одређивање пребивалишта, и то од личних података, преко радног места и места становања, до порекла.²¹ Као један изузетак од принципа држављанства и пребивалишта, навео бих да је за форму и формалне услове за закључење брака са елементом иностраности, меродавно право места закључења, тј. *locus regit actum*, ако се брак склапа пред надлежним органом у домаћој земљи²², о чему ће бити речи.

Видимо, да су за статусне односе примарна правила, примарне „тачке везивања“, држављанство и пребивалиште. Разлика у сукобу са јединственим правним подручјем је велика. Сасвим је различит систем у Швајцарској и у Немачкој, иако су обе државе са федералним јединицама (кантонима).²³ У овим односима, карактеристично је да се, више него у другим областима сукоба закона, појављују кумулативне колизионе норме, што се, опет, доводи у везу са држављанством субјеката статусних односа.²⁴ По домаћем међународном приватном праву, ако се ради о статусним питањима лица различитог држављанства, не даје се предност ниједном држављанству, већ се, најчешће, упућује на примену права државе с којом лице има најближу заједничку територијалну везу, а то је право државе у којој оба лица пребивају.²⁵

4. БРАЧНИ ОДНОСИ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ

Као што смо на почетку рада рекли, правила за одређивање меродавног права за брачне односе са елементом иностраности,

²⁰ М. Пак, 311.

²¹ Smolle, *Internationales un Ausländisches Personenrecht*, Berlin 1936, 45.

²² М. Пак, 311.

²³ А. Schnitzer, 181.

²⁴ М. Пак, 308.

²⁵ К. Сажко (1981), 261.

одликују примарни карактер држављанства²⁶ као тачке везивања, и принцип супсидијарности²⁷. Управо, принцип супсидијарности доводи у питање примарни карактер *lex nationalis*. Но, можемо додати да то питање поставља и проширена примена права по *lex fori*. Примарни карактер држављанства, у многим случајевима, непотребно доводи до примене страног права пред домаћим надлежним органом, као што је, на пример, случај када су страни држављани домаћег порекла који су се вратили у земљу порекла или када имају имовину на домаћој територији.²⁸ Но, то су изузетни случајеви. Основни проблем је у чињеници да, у многим случајевима, брачни другови имају различита држављанства и да је немогућа кумулативна примена права у многим односима.

4.1. Закључење брака

Законом о МПП-у јасно се одређује примена права по држављанству у условима примене материјалноправних правила за закључење брака. У погледу услова за закључење брака, меродавно је, за свако лице, право државе чији је оно држављанин у време ступања у брак. Овде, јасно се види да се законодавац одлучио за кумулативну примену права, односно за дистрибутивну кумулацију тих права. То значи, да ће се на сваког брачног друга применити право по његовом држављанству. Наиме, разликујемо обичну и дистрибутивну кумулацију. Код обичне кумулације би се применила оба права на сваког од брачних другова који закључују брак, што би, у многим случајевима, довело до немогућности његовог склапања. Но, може се поставити питање примене и дистрибутивне кумулације, уколико би, нпр., један од брачних другова долазио из земље у којој се примењује шеријатско право, што значи да би он (мислимо на мушкарца) могао закључити вишеструки брак. То, наравно, није дозвољено у земљама као што је наша, и због тога се проширено примењују правила по *lex fori*, односно примењују се правила која уређују брачне сметње. Има их три, а то су: постојање ранијег брака, сродство и неспособност за

²⁶ Б. Бордаш, „Колизоне норме за брак и породицу: да ли је време за измене?“, *Двадесет година Закона о МПП*, Правни факултет, Ниш 2007, 178.

²⁷ Б. Бордаш, 179.

²⁸ М. Станивуковић, „Српско Међународно приватно право у времену транзиције – промењен значај држављанства и пребивалишта“, *Држављанство и међународно приватно право; Хашке конвенције*, Београд 2007, 66.

расуђивање²⁹. То, практично, значи да кад постоје услови за закључење брака по праву државе чији је држављанин лице које жели да закључи брак пред надлежним органом домаће државе, неће се дозволити закључење брака, ако у погледу тог лица постоје по праву те државе, наведене брачне сметње.

Правила која се примењују по *lex fori*, односно брачне сметње, можемо схватати и као коректив држављанства као тачке везивања у смислу заштите јавног поретка домаће државе. Дистрибутивна кумулација има задатак да спречи манљиве бракове, односно да омогући дејства тог брака у земљи порекла брачног друга, као и у другим земљама.

4.2. Неважност (поништај) брака

Једна од контроверзних одредаба, односи се на правило за одређивање меродавног права за неважност, односно непостојање и ништавост брака. Законом о МПП-у регулише се да ће се меродавно право одредити по правилу по коме је одређено меродавно право за закључење брака.³⁰ Због чега је ово правило контроверзно? Наиме, правило које смо дефинисали за одређивање меродавног права код закључења брака, односи се на материјалноправне услове, а не и на форму брака.³¹ Форма брака се регулише, односно правило по коме се одређује меродавно право за начин закључења брака одређује се по месту закључења брака, тј. по месту свечаности (*lex loci celebrationis*). По одредби Закона о МПП-у, предвиђена је могућност поништаја из разлога који је предвиђен у праву по држављанству брачног друга или брачних другова. Поставља се питање, која ће се тачка везивања применити ако дође до повреде права одређеног по *lex loci celebrationis*.

Да се форма брака регулише по праву места закључења, односно по *lex loci celebrationis*, говори следећи пример. Земаљски суд у Хановеру донео је пресуду којом је огласио непостојећим брак закључен на египатској територији у исламској религиозној форми између Немеце и држављанина Египта. Суд је сматрао да се према чл. 3 Уводног закона за немачки Грађански законик, у Немачкој не може признати брак закључен по исламском праву. Признање је забрањено, нарочито због тога, што мухамеданци

²⁹ Закон о МПП-у, чл. 32.

³⁰ Закон о МПП-у, чл. 34.

³¹ Б. Бордаш, 182.

могу закључивати полигамијске бракове, што је жена у таквом браку јако потчињена мужу, и што брак може престати по споразуму супруга или неформалном изјавом мужа. Главни јавни тужилац уложио је против ове пресуде жалбу Вишем земаљском суду са предлогом да се пресуда укине. Суд је усвојио захтев, са образложењем да је захтев тужиље да се утврди да брак не постоји неоснован. Према члану 11, ст. 1 Уводног закона за Грађански законик, за пуноважност форме правног посла довољно је да је испуњена форма оног места у коме је посао предузет. Овај се пропис примењује и на форму закључења брака. Дејства закључења брака и последице, које он треба да произведе на територији Немачке, процењују се према чл. 30 Уводног закона, и у том случају може се одбити признање, на пример једностране изјаве о престанку брака дате пред египатским верским органом, као противне добрим обичајима и циљу немачког закона, односно јавном поретку. У конкретном случају, реч је о признању пуноважности верске форме брака, а не о његовим дејствима.³² С овим, не бисмо се могли сложити, с обзиром на то да признање брака који је закључен пред страним надлежним органом или по страном праву, представља признање дејстава страног брака на територији друге земље. Но, ако је у питању даљи статус тог брака, односно, евентуални престанак, држава која је признала тај брак, могла би се позвати на институт јавног поретка.

4.3. Развод брака

Код развода брака, не можемо рећи да је држављанство примарна тачка везивања, иако је законодавац одређује као прву, односно она ће се примењивати ако су брачни другови који се разводе држављани исте државе у време подношења тужбе. Но, ако су брачни другови који се разводе држављани различитих држава, тада настаје проблем. Иако законодавац одређује кумулативну примену права, она би изазвала многе тешкоће у случају када права различитих држава на различит начин регулишу последице развода брака, које не могу бити исте, као и код закључења брака. Због тога, законодавац предвиђа и друге, супсидијарне тачке везивања, које се примењују уколико се испуне одређени

³² G. Veitzke, „Пуноважност мешовитог брака закљученог на египатској територији у религиозној форми“, *Ehe und Familie* 1958, *Страни правни живот* 12/1958, 30–31.

услови везани за држављанство домаће земље или пребивалиште у домаћој земљи, односно нашој земљи.³³

Неки аутори предлажу да се тачке везивања, које су предвиђене у Закону о МПП-у, измене у том смислу што би се меродавно право одређивало по најближој вези, односно по праву државе са којом су брачни другови најближе повезани,³⁴ ако они немају исто држављанство. Касније, даћемо предлог за измене одредбе Закона о МПП-у која се односи на развод брака, али ћемо овде рећи да се не би могли у потпуности сложити са наведеним предлогом, имајући у виду да примена права државе са којом су супружници најближе повезани, може довести до истог резултата као и кумулација права, ако имају различита држављанства. Но, чињеница је да би се наведени предлог могао дефинисати као опција брачних другова, о чему ћемо касније говорити. У сваком случају, најближа веза брачних другова са неком земљом могла би се дефинисати као њихово заједничко пребивалиште или место налажења имовине, итд.

Навешћемо случај, у коме је суд одлучио да ће се код развода брака надлежност одредити по заједничком пребивалишту брачних другова, када они имају различита држављанства. Наиме, г. Левандовски (*Lewandowski*), који је имао држављанство Пољске, затражио је од француског суда развод од своје жене Францускиње, која га је вређала, напустила, однела сав намештај и одбила да се врати ради продужења заједничког живота. Суд је донео одлуку да је у овом случају надлежан суд последњег заједничког домицила супружника, тј. француски суд, јер је брачни пар Левандовски од закључења брака стално живео у Француској. Случај Левандовски је показао да је заједнички домицил одлучујућа чињеница, онда када супружници имају различита држављанства.³⁵ Овде, можемо поставити питање на основу чега је суд одлучио да се надлежност одреди на наведени начин, имајући у виду да у моменту постављања питања развода није постојао заједнички домицил. У сваком случају, иако се овде ради о надлежности, видимо да један од критеријума за одређивање најближе везе може бити и заједничко пребивалиште брачних другова.

³³ Закон о МПП-у, чл. 35.

³⁴ Б. Бордаш, 185.

³⁵ G. Weitzke, „Развод брака супруга са различитим држављанством“, *Journal du Droit International LXXXIII/1956, Страни правни живот* 3/1956, 147–151.

4.4. Лична законска и уговорна дејства брака

Једно од осетљивих питања, везаних за уређење брачних односа, тиче се и одређивања тачака везивања код дејстава брака. Законодавац разликује, с једне стране, лична и законска дејства, а с друге стране, уговорна дејства брака, те за њих постаља различита правила за одређивање меродавног права. Кад су у питању лична и законска дејства брака, на првом месту се одређује да ће се она решавати по држављанству брачних другова ако се ради о истом држављанству. Но, с обзиром на природу дејстава брака, односно да се ради, између осталог, и о имовинским дејствима, законодавац је одредио да, овде, не може бити кумулативне примене права, што је и логично, с обзиром на различита регулисања. Због тога, као друго правило је одређено да ће се меродавно право одредити по заједничком пребивалишту брачних другова, у моменту постављања питања ако брачни другови имају различита држављанства.

Но, ако се деси да у моменту решавања дејстава брака брачни другови немају ни заједничко држављанство ни заједничко пребивалиште у истој земљи, тада ће се меродавно право одредити по месту њиховог последњег заједничког пребивалишта. Ово ће се примењивати, нарочито, у случају када је дошло до решавања дејстава брака након фактичког престанка заједничког живота. На крају, законодавац је предвидео и евентуалну могућност, да се ни један од ових услова не испуни, па је предвидео и одређивање меродавног права по *lex fori*³⁶.

Код уговорних дејстава брака, законодавац је, можемо слободно рећи, на непотребно компликован начин регулисао тачке везивања. Наиме, за уговорне имовинске односе брачних другова меродавно је право, које је у време закључења уговора било меродавно за личне и законске имовинске односе. Ако то меродавно право, одређено по наведеним тачкама везивања, предвиђа да брачни другови могу изабрати право које је меродавно за брачно-имовински уговор, меродавно је право које су они изабрали.³⁷ Законодавац је овде, не само компликовано регулисао наведена дејства брака, већ је и одступио од основних принципа и карактеристика института аутономије воље.

³⁶ Закон о МПП-у, чл. 36.

³⁷ Закон о МПП-у, чл. 37.

Сматрамо, да није требало везивати решавања уговорних дејстава брака за правила која се примењују код личних и законских дејстава. И, овде ћемо представити предлог наведеног аутора, за регулисање уговорних дејстава брака. Он предлаже ограничену аутономију воље, односно да брачни другови могу бирати између тачно одређених права. Наиме, по том предлогу, аутономија воље не би била везана за право које регулишу лична и законска дејства брака, већ би брачни другови могли да бирају између права државе, чији је држављанин један од њих, затим, права државе у којој један од брачних другова има редовно бораваиште, као и права државе са којом су у најближој вези. Аутор не наводи на који начин би се дефинисала најближа веза. Осим тога, предлаже да би се дејства брака, ако се односе на непокретности из којих се састоји имовина брачних другова, регулисала по месту њиховог налажења³⁸. Но, касније ћемо дати предлог по коме би аутономија воље брачних другова била слободна, имајући у виду општа правила ове области, укључујући и конкеситет изабраног права и предмета уговора.

Оно што још треба напоменути, односи се на примену ових правила и у случају неважности, престанка или развода брака, мада се развод посебно не помиње. Исто, односи се и на уговорна дејства брака³⁹.

4.5. Ванбрачна заједница

Кад говоримо о ванбрачној заједници, говоримо само о њеним имовинским дејствима. Наиме, овде није дошло до закључења брака, тако да не можемо говорити о личним дејствима, као и о другим питањима везаним за брак. Но, ванбрачна заједница подразумева и евентуалне имовинске односе партнера у тој заједници, тако да је законодавац и овде одредио правила, али на непотпун начин. На првом месту, наравно, као тачка везивања је одређено држављанство лица која живе у ванбрачној заједници. Но, ако та лица немају исто држављанство, меродавно је право државе у којој имају заједничко пребивалиште. Међутим, даље се не предвиђају правила за решавање имовинских дејстава ових лица. Законодавац није предвидео ситуације, када се о тим односима расправља након фактичког престанка ванбрачне заједнице,

³⁸ Б. Бордаш, 190.

³⁹ Закон о МПП-у, чл. 38.

што се може догодити. Наравно, тачка везивања, по праву места где се питање поставља, није предвиђена и не може се предвидети, имајући у виду природу ванбрачне заједнице. Исто правило је предвиђено за решавање уговорних имовинских односа између лица која живе у ванбрачној заједници, што значи да ће се ме-родавно право одредити по тачкама везивања које су одређене за имовинске односе тих лица, у време закључења уговора⁴⁰.

4.6. Дипломатско-конзуларни бракови

Кад говоримо о држављанству и о брачним односима, морамо да поменемо и могућност закључивања дипломатско-конзуларних бракова. Ради се о могућности да наши држављани могу закључивати брак у дипломатско-конзуларним представништвима наше земље у другим државама. Но, за то морају бити испуњени одређени услови који се односе на следеће. Дипломатско-конзуларно представништво мора бити овлашћено. То овлашћење се добија од Министарства иностраних послова наше земље. Оно мора одредити и представништва наше земље, пред којима се у другим земљама могу закључивати бракови између држављана домаће земље. Закључењу дипломатско-конзуларних бракова се не сме противити држава пријема. Закључење ових бракова је могуће само између држављана домаће земље, односно, државе акредитације. Осим тога, могућност закључивања дипломатско-конзуларних бракова може бити предвиђена и међународним уговорима⁴¹.

Када говоримо о међународним уговорима, морамо рећи да се њима може одредити да наведене бракове могу закључивати држављани домаће земље и држављани других земаља, осим земље пријема. Значи, да би таква могућност постојала, потребно је да буде предвиђена међународним уговором. Раније, бивша СФРЈ закључила је такве уговоре са Норвешком и Шри Ланком. И код дипломатско-конзуларних бракова, основни критеријум за закључење брака је држављанство, односно брачни другови морају имати наше држављанство да би закључили брак на наведени начин.

*
* *
*

⁴⁰ Закон о МПП-у, чл. 39.

⁴¹ Закон о МПП-у, чл. 102.

У свим брачним односима, које смо анализирали и који су регулисани Законом о МПП-у, држављанство је као тачка везивања одређена на првом месту у колизионим нормама. То, произлази и из саме природе држављанства, као и из односа који се регулишу. Иако је значај држављанства несумњиво велики, може се поставити питање примарног значаја овог правила за одређивање меродавног права, као што је и речено у питањима која су наведена на почетку рада.

5. РЕГУЛИСАЊЕ БРАЧНИХ ОДНОСА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНСТИ У ДРУГИМ ЗЕМЉАМА

Представићемо одредбе законодавстава Швајцарске, Мађарске и Румуније којима се регулишу брачни односи са елементом иностраности. Као што ћемо видети, швајцарско законодавство на другачији начин регулише ову област, у односу на друга два, која се незнатно разликују у односу на наше законодавство.

5.1. Швајцарска

Савезни закон о међународном приватном праву Швајцарске од 18. децембра 1987. године, регулише брачне односе у већем броју одредаба у односу на Закон о МПП-у. Поменућемо неке од њих. Пре свега, када говоримо о надлежности за закључење брака, швајцарски органи су надлежни за закључење брака ако бар један о будућих брачних другова има швајцарско држављанство или пребивалиште у Швајцарској. Швајцарски органи могу закључити брак и када су у питању вереници страног држављанства, ако би се тај брак признавао у земљи њиховог држављанства или пребивалишта.⁴² Кад је у питању примена меродавног права, ако се брак закључује у Швајцарској, примењиваће се швајцарско право. С друге стране, ако услови за закључење брака нису испуњени, тада се може применити и страно право, право једног од вереника ако се по том праву може закључити брак. Наравно, ово се примењује само у случају да су оба вереника страни држављани. Кад је у питању форма брака који се закључује у Швајцарској, примењује се право те земље.⁴³ За развод брака, меродавно је, на првом месту, швајцарско право. Но, ако

⁴² Савезни закон о међународном приватном праву Швајцарске, чл. 43, ст. 1 и 2.

⁴³ Савезни закон о међународном приватном праву Швајцарске, чл. 44.

брачни другови имају заједничко страно држављанство, а само један од њих има пребивалиште у Швајцарској, тада ће се применити право по њиховом заједничком страном држављанству. Ако је брак немогуће развести по наведеном праву, тада ће се применити швајцарско право ако један од брачних другова има швајцарско држављанство или ако борави најмање две године у Швајцарској. Код регулисања дејства брака, швајцарско законодавство регулише посебно општа дејства брака и брачно-имовински режим. Морамо рећи, Закон о МПП-у има либералније одредбе у односу на швајцарско законодавство. То се, нарочито, односи на одредбе за развод брака.

5.2. Мађарска

Мађарска Уредба са законском снагом о међународном приватном праву од 31. маја 1979. године (даље: Уредба) регулише материјалноправне услове за закључење брака, тако што се на првом месту одређује да ће се меродавно право одредити по заједничком држављанству будућих брачних другова. Ако они немају исто држављанство, тада ће се применити дистрибутивна кумулација права, као и у Закону о МПП-у. На форму брака, примењује се право места закључења.⁴⁴ Оно што је интересантно, односи се на чињеницу да мађарски законодавац одређује да страни држављанин, који жели да закључи брак у Мађарској, мора доказивати да по његовом праву не постоје сметње за закључење брака у његовој земљи. Од доказивања га може ослободити министар правде.⁴⁵ На развод брака се, по Уредби, примењује, на првом месту, право заједничког држављанства брачних другова. Но, ако они немају исто држављанство, тада се не предвиђа кумулативна примена права, већ се предвиђа примена њиховог последњег заједничког персоналног права, што се односи и на пребивалиште. Таква одредба би требало да буде предвиђена и у нашем законодавству. Дејства брака се регулишу на сличан начин као и у Закону о МПП-у.

5.3. Румунија

Законом о регулисању односа међународног приватног права Румуније (даље: Закон) предвиђено је да ће се на закључење

⁴⁴ Уредба, чл. 37, ст. 1 и 2.

⁴⁵ Уредба, чл. 38, ст. 1.

брака применити право по држављанству сваког од брачних другова. Из ове одредбе, може се закључити да је у питању дискрибутивна кумулација права. Но, у Закону се предвиђа да, ако једно од тих страних права предвиђа брачну сметњу која је неспојива са слободом закључења брака, тада се она неће применити ако је један од будућих брачних другова румунски држављанин и брак се закључује у Румунији.⁴⁶ Кад су у питању лична и имовинска дејства брака, тада ће се, пре свега, применити право по заједничком држављанству. Ако брачни другови немају исто држављанство, тада ће се применити право по њиховом заједничком пребивалишту. Ова права ће се примењивати и у случају промене држављанства или пребивалишта од стране једног брачног друга. Но, ако брачни другови немају ни заједничко држављанство, а ни заједничко пребивалиште, тада ће се применити право по њиховом заједничком боравишту или по праву земље са којом имају најближу везу.⁴⁷ Интересантно је, да ће се на развод брака применити право које је предвиђено за лична и имовинска дејства. Но, ако страном праву, које је одређено на наведени начин, не дозвољава развод или га дозвољава под отежаним условима, тада ће се применити право Румуније, али ако је један од брачних другова држављанин те земље у време подношења захтева за развод.⁴⁸ Остали брачни односи се на исти или сличан начин регулишу као и у Закону о МПП-у.

6. ПРЕДЛОЗИ ЗА ИЗМЕНЕ ЗАКОНА О МПП-У У ОБЛАСТИ БРАЧНИХ ОДНОСА

Потреба за изменама Закона о МПП-у је велика, и то не само у области брачних односа. Овде, ћемо изнети неке предлоге за измену правила која регулишу форму брака, развод брака, уговорна дејства брака и ванбрачну заједницу.

Кад је у питању начин закључења брака, сматрамо да би у случају када брак закључују лица истог држављанства, требало предвидети избор између права места свечаности, односно закључења брака и права по држављанству брачних другова. Наравно, тај избор би вршили будући брачни другови. Овде се намећу и друге опције, које би, такође, одступале од *lex loci cele-*

⁴⁶ Закон, чл. 18.

⁴⁷ Закон, чл. 20.

⁴⁸ Закон, чл. 22.

brationis, али се оне своде на чињеницу закључења брака од стране лица која немају држављанство земље у којој се закључује брак. У вези с тим, требало би изменити и одредбу која се односи на меродавно право за неважност и непостојање брака.

Кад је у питању развод брака, сматрамо да би требало предвидети могућност да брачни другови који немају држављанство земље у којој се брак разводи, односно земље у којој је поднесена тужба за развод или захтев за споразумни престанак брака, могу захтевати да се брак разведе по правилима домаће земље, односно по правилу *lex fori*, без обзира на то што нису испуњени услови везани за домаће држављанство или пребивалиште у домаћој земљи. Наравно, ово би било могуће само у случају да брачни другови имају различита држављанства. С друге стране, могао би да се појави проблем признања развода у земљи порекла брачних другова.

Код уговорних дејстава брака, сматрамо да не би требало везивати аутономију воље брачних другова са меродавним правом за законска дејства брака. Тиме, у потпуности би се поштовали принципи избора меродавног права од стране уговорних странака. Кад су у питању дејства ванбрачне заједнице, сматрамо да би их на исти начин требало регулисати као и дејства брака, што сада није случај, као што смо видели.

Ово су само неки од предлога за измену Закона о МПП-у, који би допринели већој слободи брачних другова у уређењу њихових односа, као и лакшем доношењу одлука од стране надлежних органа у овој области. Наравно, та слобода би морала бити ограничена, како правилима јавног поретка земље у којој долази до остварења једног од брачних односа, тако и правилима која регулишу аутономију воље.

7. ЗАКЉУЧАК

На почетку, поставили смо три питања везана за примену држављанства као тачке везивања у брачним односима са елементом иностраности. Наравно, имајући у виду све, напред наведено, истаћи ћемо следеће. Можемо рећи да постоји реалан проблем код кумулативне примене права, ако брачни другови имају различито држављанство. Наиме, проблем је везан за различито регулисање ове области. Као што смо већ рекли, различито схватање брака, његових последица и престанка, управо доводи до немогућности сталне кумулативне примене права. Да није тако, не

би се предвиђала друга правила односно супсидијарне тачке везивања које омогућују одређивање меродавног права.

Проблем кумулативне примене права постоји код свих брачних односа, што значи и код закључења брака. То се односи и на дистрибутивну кумулацију, што значи да обична кумулација не би довела од резултата, односно до закључења брака у многим случајевима, као и на проширену примену права места где се питање поставља, односно на брачне сметње. Затим, кумулација права је немогућа код развода брака, дејстава брака или ванбрачне заједнице, што лако може довести до закључка да је примена држављанства могућа само када брачни дугови имају исто држављанство. Али, не можемо се, у потпуности, сложити са тим.

По нашем мишљењу, примена држављанства као тачке везивања код брачних, као и код других поменутих односа, је логична, имајући у виду њене карактеристике о којима је било речи. Физичка и правна лица су најчвршће везана за једну државу, чији су држављани, односно те везаности нема код пребивалишта или боравишта. Самим тим, не можемо рећи да је заблуда говорити о *lex nationalis* као примарној тачки везивања у овој области. Међутим, можемо слободно рећи да је њена примена немогућа без других тачака везивања, као и без других правила која омогућују одређивање меродавног права. Од држављанства полазимо у решавању брачних односа у којима је присутан елемент иностраности, и у великој већини случајева то ће довести до резултата. Али, због разлика у различитим правним системима, неопходно је присуство и осталих, допунских правила.

На крају, морамо рећи, да се одредбе које регулишу одређивање меродавног права у брачним односима са елементом иностраности морају изменити на тај начин, што би држављанство добило другачије место у тим одредбама, тј. требало би да се изврши извесно прилагођавање савременом начину регулисања ове области,⁴⁹ као и либералном начину регулисања ове области, што и јесте присутно у нашој земљи. Рекли смо „извесно прилагођавање“, с обзиром на то да се, по нашем мишљењу, не би смело потпуно одустати од примарне примене *lex nationalis*.

⁴⁹ М. Жупан, „Повезница држављанства и флексибилизација Међународног приватног права“, *Држављанство и међународно приватно право; Хашке конвенције*, Београд 2007, 135

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Beitzke, G., „Развод брака супруга са различитим држављанством“, *Journal du Droit International* LXXXIII/1956, *Страни прани живот* 3/56;
2. Beitzke, G., „Пуноважност мешовитог брака закљученог на египатској територији у религиозној форми“, *Ehe und Familie* 1958, *Страни правни живот* 12/58;
3. Благојевић, Борислав, *Држављанство*, Београд 1947;
4. Благојевић, Борислав, *Међународно приватно право*, Београд 1950;
5. Бордаш, Бернадет, „Колизоне норме за брак и породицу: да ли је време за измене?“, *Двадесет година Закона о МПП*, Правни факултет, Ниш 2007;
6. Варади, Тибор, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1983;
7. Жупан, Мирела, „Повезница држављанства и флексибилизација Међународног приватног права“, *Држављанство и Међународно приватно право; Хашке конвенције*, Београд 2007;
8. Јездичић, Михајло, *Међународно приватно право I*, Београд 1976;
9. Китић, Душан, *Сукоб закона код међународних правних лица* (магистарски рад), Београд 1983;
10. Пак, Милан, *Међународно приватно право*, Београд 1991;
11. Перић, Нинко, *Територијални сукоб закона*, Београд 1922;
12. Сајко, Крешимир, *Међународно приватно право и право које уређује ситуације са међурепубличким и међупокрајинским обележјем*, Београд 1981;
13. Sajko, Krešimir, *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb 2005;
14. Schnitzer, Adolf, *Handbuch des Internationalen Privatrecht I*, Basel 1950;
15. Smolle, *Internationales un Ausländisches Personenrecht*, Berlin 1936;
16. Станивуковић, Маја, „Српско Међународно приватно право у времену транзиције – промењен значај држављанства и пребивалишта“, *Држављанство и међународно приватно право; Хашке конвенције*, Београд 2007;
17. Трајковски, Георги Б., *Вишеструко држављанство* (докторски рад), Београд 1965;
18. Cigoj, Stojan, *Mednarodno zasebno pravo*, Ljubljana 1966.

Правни прописи

1. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96;
2. Савезни закон о међународном приватном праву Швајцарске, од 18. децембра 1987. год.;
3. Мађарска Уредба са законском снагом о међународном приватном праву, од 31. маја 1979. год.

Vladimir Čolović, LL.D.

Senior research associate
Institute of Comparative Law, Beograd

APPLICATION OF THE *LEX NATIONALIS* AS THE RULE OF
DETERMINING THE APPLICABLE LAW IN THE MARITAL
RELATIONSHIPS WITH A FOREIGN ELEMENT

Summary

In the marital relationships with a foreign element, the citizenship is applied as the primary point of attachment, as in any status relations. But, this leads to the problems in situations where spouses have different citizenships. Therefore, the legislator defines the secondary points of attachments, which are applied when the citizenship does not lead to the result. In the paper, the author analyzes the rules of the domestic legislation that apply to the marriage, a form of marriage, nullity of marriage, divorce, effects of marriage, and cohabitation and concludes that the citizenship, as a rule for determining the applicable law, must be applied with the application of other points of attachment, and with greater freedom of spouses in the choice of law. In this paper, the author also represents the most important notions of the citizenship, as well as some solutions in the comparative legislations. The paper presents the proposals for changes of the domestic legislation in this field.

Key words: *Marriage; Citizenship; Residence; Point of attachment; Applicable law.*