***Maja Kostić-Mandić, Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet UCG, Podgorica, 2017.***

**I Mjerodavno pravo za nasljeđivanje**

1. **Opšti pogled**

O značaju instituta nasljeđivanja govori i činjenica da se pravo na nasljeđivanje tretira kao ljudsko pravo. Ranije je nasljeđivanje najčešće bilo vezano samo za jedan pravni sistem, u savremeno doba nasljeđivanje sa stranim elementom dobija na značaju. Povećanje kupovne moći određenih kategorija stanovništva ispoljava se i kupovinom nekretnina za odmor ili povremeni boravak u inostranstvu, a i lica koja su duže zaposlena u inostranstvu nerijetko postaju vlasnici nepokretnosti i u toj zemlji.

Uporedna nacionalna prava sadrže različita materijalnopravna rješenja za regulisanje nasljednih odnosa. Razlike postoje i u najznačajnijim institutima nasljednog prava, kao što su nasljedni redovi, nužni nasljednici, razlozi za isključenje od nasljeđivanja i drugo. Kada postoji strani elemenat, pitanje mjerodavnog prava za ove odnose dobija na značaju jer od njega može da zavisi da li će, na primjer, neko uopšte moći da bude nasljednik.

Jedna od specifičnosti nasljeđivanja sa stranim elementom je i česta primjena opštih instituta međunarodnog privatnog prava u ovoj oblasti. Tako npr. na osnovu primjene kolizionih normi stranog mjerodavnog prava (kada i domaća i ta strana zemlja poznaju institut *renvoi*), može doći do uzvraćanja na domaće pravo, odnosno (pre)upućivanja na pravo treće zemlje. U oblasti nasljeđivanja sa stranim elementom javlja se i problem pravne kvalifikacije (npr. da li će se određeno raspolaganje za života lica podvesti pod kolizionu normu za nasljeđivanje ili za ugovore). Može se postaviti i pitanje primjene instituta prethodnog pitanja (npr. mjerodavno pravo za nasljeđivanje predviđa da ostavioca nasljeđuju njegova supruga i djeca, ali kao prethodno pitanje se može javiti da li je postojao valjani brak, da li su djeca bračna ili vanbračna). Kod nasljeđivanja moguća je i primjena klauzule javnog poretka kojom se želi otkloniti primjena stranog mjerodavnog prava čija su dejstva očigledno nespojiva sa domaćim javnim poretkom (npr. ako mjerodavno strano pravo isključuje kao nasljednike vanbračnu ili žensku djecu). Nadležni organ vodi računa i da nije došlo do izigravanja zakona (npr. ukoliko bi ostavilac promijenio prebivalište da bi obezbijedio primjenu određenog prava radi isključenja nužnih nasljednika). Takođe, primjenjuju se i norme neposredne primjene (npr. nezavisno od mjerodavnog prava obavezna je primjena odredaba domaćeg prava o ograničenjima u pogledu nasljeđivanja određene vrste nepokretnosti); klauzule odstupanja (ako u odnosu na redovno mjerodavno pravo za nasljeđivanje (npr. pravo uobičajenog boravišta) postoji bliža veza sa pravom državljanstva ostavioca)) i drugo.

1. **Zakonsko nasljeđivanje – sistemi jedinstvene i podijeljene zaostavštine**

Uporedna nacionalna prava za oblast mjerodavnog prava za zakonsko nasljeđivanje polaze ili od sistema jedinstvene zaostavštine ili od sistema podijeljene zaostavštine. U sistemu jedinstvene zaostavštine primjenjuje se jedno pravo na zaostavštinu u cjelini, nezavisno od toga da li se radi o pokretnim ili nepokretnim stvarima. To pravo je personalno pravo ostavioca u vrijeme njegove smrti, a javlja se u vidu jedne od tačaka vezivanja: državljanstva, prebivališta ili uobičajenog boravišta. Ipak, i ovdje može doći do primjene više prava. Najvažniji razlog koji dovodi do primjene više prava na istu zaostavštinu su norme o međunarodnoj nadležnosti. Jer čak i u sistemu jedinstvene zaostavštine jedno isto pravo se primenjuje samo na onaj dio zaostavštine za koji je sud nadležan. Ako nacionalno pravo predviđa nadležnost svojih organa i za zaostavštinu koja se ne nalazi na teritoriji domaće zemlje obezbjeđuje se primjena istog prava na cjelokupnu zaostavštinu, samo je pitanje da li će odluka koju sud donese biti priznata u inostranstvu. Ako odluka ne bi bila priznata, nema ni sistema jedinstvene zaostavštine.

U sistemu jedinstvene zaostavštine do primjene više prava može doći i primjenom nekog od opštih instituta međunarodnog privatnog prava, kao što su norme neposredne primjene ili *renvoi*.

U sistemu podijeljene zaostavštine na pokretne stvari se primjenjuje personalno pravo ostavioca (prebivalište, uobičajeno boravište, rijetko državljanstvo), a na nepokretnosti – pravo zemlje u kojoj se nepokretnost nalazi. Tako npr. u pravu Sjedinjenih Američkih Država opšte pravilo za zakonsko i testamentarno nasljeđivanje nepokretnosti je primjena prava mjesta nalaženja stvari, a skoro sve savezne države prihvataju da je za nasljeđivanje pokretne imovine mjerodavno pravo prebivališta ostavioca u vrijeme njegove smrti. Sistem podijeljene zaostavštine se primjenjuje i u Rusiji i Kini.

1. **Pravo Evropske unije - Uredba o nasljeđivanju**

Na nivou Evropske unije postoje jedinstvena koliziona pravila za nasljeđivanje sadržana u Uredbi o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u oblasti nasljeđivanja i uspostavljanju evropske potvrde o nasljeđivanju (Uredba Rim IV). Ova uredba je usvojena 2012, a njena primjena je počela 2015. godine.

1. **Izvori međunarodnog nasljednog prava u Crnoj Gori**

Mjerodavno pravo za zakonsko i testamentarno nasljeđivanje utvrđuje se, u prvom redu, na osnovu Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Pored zakona, kao osnovnog izvora, značajni su i međunarodni ugovori. Crna Gora je potvrdila dvije višestrane konvencije koje se odnose na pitanja forme testamentarnog nasljeđivanja: Hašku konvenciju mjerodavnom pravu za formu testamentarnih odredaba iz 1961. godine i Konvenciju o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta, iz 1973. godine. Iz samog naziva drugonavedene konvencije, jasno je da ona sadrži materijalnopravne odredbe koje su, kako to nalaže Konvencija, direktno preuzete u Zakon o nasljeđivanju. Opredjeljenjem za međunarodnu formu testamenta obezbjeđuje se da će se u državama članicama ove konvencije testament u pogledu forme smatrati punovažnim nezavisno od mjerodavnog prava.

Odredbe o mjerodavnom pravu Zakona o međunarodnom privatnom pravu su u značajnoj mjeri inspirisane Uredbom o nasljeđivanju, ali zakon ne sadrži odredbu, kao za uredbe Rim I i Rim II, o obavezi domaćih organa da tumače i primjenjuju odredbe ZMPP-a u skladu sa pravom Evropske unije. Kada postane punopravna članica Evropske unije, odredbe ove uredbe će se neposredno primjenjivati i na teritoriji Crne Gore.

* 1. **Pravo Crne Gore**

1. **Zakonski režim - posljednje uobičajeno boravište ostavioca**

Po Zakonu o međunarodnom privatnom pravu **opšte pravilo za nasljeđivanje je da će se na cjelokupnu zaostavštinu primijeniti pravo uobičajenog boravišta ostavioca u vrijeme njegove smrti** (član 71). Zakon o međunarodnom privatnom pravu ne sadrži posebnu definiciju uobičajenog boravišta za nasljeđivanje, već se primjenjuje opšta definicija iz člana 12 ovog zakona. Uobičajeno boravište se utvrđuje na osnovu procjene životnih okolnosti umrlog u toku posljednjih godina njegovog života i u trenutku smrti, uzimajući u obzir sve relevantne činjenice. Opredjeljujući razlog za davanje primata uobičajenom boravištu bilo je postizanje pravne sigurnosti – da se mjerodavno pravo može unaprijed odrediti i da sa tim pravom postoji bliska veza. Pri tom, ova tačka vezivanja je vremenski locirana, u cilju izbjegavanja mobilnih sukoba zakona, na uobičajeno boravište u vrijeme smrti ostavioca. Takođe, u interesu pravne sigurnosti mjerodavno pravo se odnosi na cjelokupnu zaostavštinu, bez obzira na vrstu i mjesto nalaženja stvari. Postavlja se pitanje: Kako odrediti uobičajeno boravište kada umrli zbog profesionalnih ili ekonomskih razloga živi u inostranstvu nekad i dugi niz godina, ali je zadržao blisku i stabilnu vezu sa svojom državom porijekla? U takvom slučaju, moglo bi se i dalje smatrati, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, da je umrli imao svoje uobičajeno boravište u svojoj državi porijekla u kojoj je bilo središte interesa njegove porodice i njegov društveni život. Drugi složeni slučajevi mogu se pojaviti ako je umrli živio u nekoliko država naizmjenično ili ako je putovao iz jedne države u drugu, a da se nije stalno nastanio u bilo kojoj od njih. Ako je umrli bio državljanin jedne od tih država ili ako je imao svu svoju glavnu imovinu u jednoj od tih država, državljanstvo ili mjesto te imovine mogli bi biti značajan faktor u ukupnoj procjeni svih činjeničnih okolnosti.

Opšte pravilo – posljednje uobičajeno boravište ostavioca primjenjuje se na cjelokupnu imovinu, čime se potvrđuje sistem jedinstvene zaostavštine. Naravno, opšte pravilo se primjenjuje samo ako nije iskorišćena autonomija volje ili primijenjen neki od opštih instituta međunarodnog privatnog prava koji bi doveo do primjene nekog drugog prava (npr. klauzula odstupanja).

* 1. **Autonomija volje**

U skladu sa savremenim tendencijama u domenu mjerodavnog prava za nasljeđivanje u uporednopravnom pravu, Zakonom o međunarodnom privatnom pravu dato je značajno mjesto i autonomiji volje, ali izbor prava je ograničen postojanjem značajne veze ostavioca sa državom čije pravo bira. Polazeći od principa jedinstvene zaostavštine, članom 72 ZMPP-a predviđeno je da ostavilac za nasljeđivanje svoje cjelokupne zaostavštine **može da izabere pravo države čiji je državljanin ili pravo države u kojoj ima uobičajeno boravište u vrijeme izbora mjerodavnog prava ili u vrijeme smrti.** Predviđena je i mogućnost odstupanja od pravila da se na cjelokupnu imovinu primjenjuje jedinstven režim nasljeđivanja i omogućeno da ostavilac za nasljeđivanje nepokretne zaostavštine može izabrati **pravo** **države gdje se nepokretnost nalazi**.

Izričit izbor prava mora biti učinjen u formi predviđenoj za raspolaganje imovinom za slučaj smrti (testament, zajednički testament ili ugovor o nasljeđivanju), dok prećutan izbor prava proizilazi iz odredaba takvog raspolaganja. Postojanje i materijalna punovažnost samog čina izbora mjerodavnog prava cijeni se prema izabranom pravu. Sa druge strane, postojanje i materijalna punovažnost testamenta cijene se po opštim pravilima: pravu uobičajenog boravišta ili izabranom pravu. Pravo koje je mjerodavno za postojanje i materijalnu punovažnost testamenta mjerodavno je i za sposobnost za pravljenje testamenta.

Naše pravo štiti prava nužnih nasljednika odredbama Zakona o nasljeđivanju. Ove odredbe ostavilac ne može isključiti svojom voljom, jer će sud, na zahtjev nasljednika, korigovati zavještanje, osim u slučaju ispunjenosti zakonskih uslova za isključenje iz prava na nužni dio, ili za lišenje prava na nužni dio.

* 1. **Mjerodavno pravo za formu testamenta**

U našem pozitivnom pravu odredbe o mjerodavnom pravu za formu testamenta sadrže Haška konvencija o mjerodavnom pravu za formu testamentarnih odredaba (potvrđena pod nazivom: Konvencija o sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba) i Zakon o međunarodnom privatnom pravu. Konvencija predviđa veliki broj alternativnih tačaka vezivanja u cilju da se testament održi na snazi. Zakon o međunarodnom privatnom pravu, pored tačaka vezivanja predviđenih Konvencijom, sadrži i dodatne dvije: pravo Crne Gore i pravo koje je mjerodavno ili bi bilo mjerodavno za nasljeđivanje u vrijeme raspolaganja testamentom.

Na osnovu ZMPP-a, testament je punovažan u pogledu forme ako je punovažan po jednom od sljedećih prava:

1) po pravu države gde je testament sastavljen, ili

2) po pravu države čiji je državljanin bio zavještalac u vrijeme raspolaganja testamentom ili u vrijeme smrti, ili

3) po pravu prebivališta zavještaoca u vrijeme raspolaganja testamentom ili u vrijeme smrti, ili

4) po pravu uobičajenog boravišta zavještaoca u vrijeme raspolaganja testamentom ili u vrijeme smrti, ili

5) po pravu Crne Gore, ili

6) za nepokretnost – i po pravu države gdje se nepokretnost nalazi, ili 7) po pravu koje je mjerodavno ili bi bilo mjerodavno za nasljeđivanje u vrijeme raspolaganja testamentom.

Personalne tačke vezivanja (državljanstvo, prebivalište i uobičajeno boravište) fiksirane su za dva momenta: vrijeme sastavljanja testamenta ili vrijeme smrti testatora i na taj način se sprečava i mogućnost mobilnog sukoba zakona.

Pošto se radi o alternativnim tačkama vezivanja, redosljed njihove primjene ne proizilazi iz redosljeda teksta odredbe Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Npr. ako bi testament bio punovažan po pravu Crne Gore kao pravu državljanstva ostavioca, a sačinjen je u Ujedinjenom Kraljevstvu, nije neophodno upuštati se u operaciju saznanja stranog (UK) prava, već je dovoljno konstatovati da je testament punovažan po jednom od alternativno mjerodavnih prava.

U domenu mjerodavnog prava za formu testamenta isključena je mogućnost primjene *renvoi* i po Konvenciji i po Zakonu.

**II Mjerodavno pravo za ugovorne odnose**

1. **Uvod**

U oblasti ugovornih odnosa tradicionalno se javlja kao osnovna tačka vezivanja autonomija volje stranaka. U nacionalnim zakonodavstvima precizira se da stranke slobodno mogu da biraju mjerodavno pravo za svoj ugovor. Najčešće će izbor prava biti izvršen izričito, a da bi bio valjan prećutno izražen izbor prava, potrebno je da se nedvosmisleno utvrdi da takav izbor postoji. I pored obično izuzetno široke slobode stranaka, postoje određena ograničenja, posebno kada se radi o pojedinim vrstama ugovora za koje postoji interes države, a nekada i međunarodne organizacije da se primijene njihove imperativne – prinudne norme. Ograničenja mogu postojati i s obzirom na potrebu postojanja, odnosno nepostojanja veze između izabranog prava i ugovornog odnosa, mogućnost izbora dva ili više mjerodavnih prava za regulisanje određenog ugovornog odnosa, momenat izbora prava i mogućnost naknadne promjene izabranog prava i dr.

U tačke vezivanja koje se primjenjuju kada stranke ne iskoriste mogućnost da same izaberu mjerodavno pravo za svoj ugovorni odnos spadaju: uobičajeno boravište stranke čija je obaveza karakteristična za tu vrstu ugovora, princip najbliže veze koji vodi do primjene prava zemlje kome ugovorni odnos gravitira, mjesto zaključenja, mjesto izvršenja ugovora i dr.

1. Autonomija volje kao tačka vezivanja

Autonomija volje u domenu određivanja mjerodavnog prava je ovlašćenje stranaka da same izaberu materijalno pravo neke zemlje čije će se dispozitivne i imperativne norme primjenjivati na određeni ugovor. Ovlašćenje stranke crpe iz kolizione norme koja sadrži subjektivnu tačku vezivanja da stranke mogu izjavama svoje volje birati pravo koje će se primjenjivati na njihov odnos sa stranim elementom. Stranke se mogu sporazumjeti o primjeni materijalnog domaćeg, stranog prava ili nenacionalnog prava za svoj ugovorni odnos. Ova subjektivna tačka vezivanja čija primjena zavisi od izražene volje stranaka ima dejstvo kao i sve druge tačke vezivanja koje uspostavlja zakonodavac. U opšta ograničenja u njenoj primjeni spada poštovanje domaćeg javnog poretka, prinudnih propisa ili normi neposredne primjene domaće ili strane zemlje i drugo.

* 1. **Vrste autonomije volje stranaka**

S obzirom na način na koji se ispoljava, autonomija volje kao tačka vezivanja može biti: izričita i prećutna.

Izričita autonomija volje postoji kada stranke eksplicitno odrede koje će pravo biti mjerodavno. Ovaj vid izbora prava je i najčešći. Izbor prava može biti izvršen u osnovnom ugovoru, prije nastanka spora, kada se predviđa da će u slučaju eventualnog spora biti mjerodavno određeno pravo ili može biti sadržan u opštim uslovima poslovanja. To se postiže direktnim navođenjem prava određene države, npr. mjerodavno će biti materijalno pravo Crne Gore ili pozivanjem na konkretan izvor prava (npr. Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore). Izbor prava može biti izvršen i naknadno, nakon nastanka spora, u posebnom pismenu. Čest je slučaj da se zajedno ugovara primjena mjerodavnog prava i da se vrši izbor pravosuđa ili međunarodne trgovinske arbitraže za rješenje spora iz ugovornih odnosa.

Kod prećutne autonomije volje stranke nijesu izričito odredile koje će pravo biti mjerodavno, ali se iz ugovora vidi da su one imale u vidu jedno pravo kao mjerodavno i da su htjele da se primijeni to pravo. Razlika između izričite i prećutne autonomije volje se sastoji samo u potrebi dokazivanja postojanja prećutno izabranog prava. Najlakše je dokazati situaciju kada je omaškom klauzula o izboru prava izostavljena iz ugovora. Dokaz prećutno izražene volje može biti okolnost da se stranke u svom ugovoru pozivaju na zakonske odredbe iz određenog prava ili koriste termine koji ukazuju na pravo određene zemlje Ipak, u svakom slučaju treba ustanoviti da li se na nedvosmislen način može utvrditi postojanje namjere stranaka da se na njihov ugovor primijeni neko pravo iako su propustile da to izraze u pisanoj formi. Tako, na primjer, činjenica da je ugovor sačinjen na engleskom jeziku, ako nema dodatnih indicija, neće predstavljati dovoljan dokaz o prećutnom izboru engleskog prava kao mjerodavnog jer se najveći broj ugovora u međunarodnoj trgovini sačinjava upravo na tom jeziku.

* 1. **Ograničenja autonomije volje**

Autonomija volje se, načelno, može koristiti kod svih građanskopravnih i privrednopravnih ugovora, ali i pored toga postoje određena ograničenja za neke vrste ugovora zbog postojanja posebnog interesa društva ili u cilju zaštite slabije ugovorne strane. Tako, u oblasti međunarodnog transporta, najstriktnija ograničenja postavlja Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu robe drumom iz 1955. godine, koja izričito predviđa da stranke ne mogu da ugovore primjenu pravila drugačijih od normi koje su sadržane u Konvenciji. Takođe, izbor prava kod ugovora o cesiji, zastupništvu i posredništvu ne može da proizvodi dejstva prema trećim licima. U nekim pravnim sistemima, ograničenja se uspostavljaju i u pogledu mogućnosti izbora mjerodavnog prava za ugovore povodom nepokretnosti. Ograničenja u interesu zaštite slabije ugovorne strane javljaju se kod ugovora sa potrošačima i individualnim ugovorima o radu, o kojima će detaljnije biti riječi u nastavku.

Jedno od najznačajnih pitanja u ovoj oblasti je pitanje potrebe postojanja, odnosno nepostojanja veze između izabranog prava i ugovornog odnosa. U savremenom uporednom međunarodnom privatnom pravu pravilo je da se za ugovorne odnose ne traži postojanje povezanosti i da su stranke slobodne da izaberu mjerodavno pravo u skladu sa svojim interesima.

Jedno od značajnih pitanja kod autonomije volje jeste i mogućnost izbora dva ili više mjerodavnih prava za regulisanje određenog ugovornog odnosa. Ovaj institut u međunarodnom privatnom pravu se naziva „cijepanje ugovora“. Dešava se da stranke izaberu jedno mjerodavno pravo za npr. punovažnost ugovora, a drugo mjerodavno pravo za njihova prava i obaveze. Ili da izaberu mjerodavno pravo samo za jedan segment ugovora (npr. za prava i obaveze), a da se na ostala pitanja primjenjuju tačke vezivanja u slučaju kada stranke nijesu izabrale mjerodavno pravo.

Ograničenja autonomije volje mogu se javiti i po pitanju momenta izbora prava i mogućnosti naknadne promjene izabranog prava. Najjednostavnije je da ugovorne strane izaberu mjerodavno pravo u vrijeme zaključenja ugovora jer ovakvo rješenje doprinosi pravnoj sigurnosti i stranke od zasnivanja pravnog odnosa znaju kakva su im prava i obaveze. U savremenom međunarodnom privatnom pravu prihvata se i izbor prava učinjen nakon zaključenja ugovora i nakon izbijanja spora. Isto važi i za naknadnu izmjenu izabranog prava, s tim što se garantuje da promjena mjerodavnog prava poslije zaključenja ugovora ne utiče na formalnu punovažnost ugovora i na prava trećih lica.

Jedna od specifičnih karakteristika autonomije volje je i ta da ona može biti validan osnov za isključenje primjene međunarodne konvencije ili pojedinih njenih odredaba, ako je takva mogućnost predviđena tom konvencijom. Ovakav izbor prava mora biti izričit jer potvrđene (ratifikovane) međunarodne konvencije čine dio unutrašnjeg pravnog sistema zemlje čije se pravo ugovora kao mjerodavno. Takva mogućnost je predviđena Bečkom konvencijom o međunarodnoj prodaji robe..

1. **Pozitivno pravo Crne Gore – Zakon o međunarodnom privatnom pravu**

Članom 49 Zakona o međunarodnom privatnom pravu je izričito predviđeno da se tumačenje i primjena odredaba koje se odnose na ugovorne obaveze vrši u skladu sa Uredbom o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 2008. (Uredba Rim I), što znači da su naši organi primjene prava već sada dužni da neposredno primjenjuju pravne tekovine Evropske unije u oblasti mjerodavnog prava za ugovorne odnose.

Na osnovu ZMPP-a, za najveći broj ugovora primjenjivaće se pravilo o autonomiji volje stranaka (član 38), za koje važi gore navedeno, odnosno, ako ugovorne strane nijesu izabrale mjerodavno pravo, koliziono pravilo o primjeni uobičajenog boravišta dužnika karakteristične obaveze, a u krajnjem slučaju primijeniće se princip najbliže veze (član 39).

**3.1. Supsidijerne tačke vezivanja – uobičajeno boravište, najbliža veza**

Ako stranke nijesu izabrale mjerodavno pravo, kao supsidijerna tačka vezivanja javlja se uobičajeno boravište dužnika karakteristične obaveze u vrijeme zaključenja ugovora. Karakteristična obaveza je ona koja čini suštinu određenog ugovora, na osnovu koje se taj ugovor razlikuje od drugih vrsta ugovora i nije izražena u novčanoj obavezi (npr. kod ugovora o prodaji karakteristična je obaveza prodavca, kod ugovora o špediciji – špeditera). Zakon o međunarodnom privatnom pravu sadrži i posebnu definiciju uobičajenog boravišta za ugovorne odnose, pa se uobičajenim boravištem privrednih društava smatra mjesto gdje se nalazi njihova glavna uprava, a za fizička lica koja obavljaju poslovnu djelatnost – njihovo glavno mjesto poslovanja. Ako se radi o poslovanju ogranka, zastupništva ili druge poslovne jedinice, smatraće se da imaju uobičajeno boravište u mjestu nalaženja te jedinice.

Zakon o međunarodnom privatnom pravu članom 39 predviđa da, ako stranke nijesu izvršile izbor prava, mjerodavno je pravo dužnika karakteristične obaveze:

1) za ugovor o prodaji robe – pravo države uobičajenog boravišta prodavca;

2) za ugovor o pružanju usluga – pravo države uobičajenog boravišta pružaoca usluge;

3) za ugovor o stvarnom pravu na nepokretnosti, kao i zakupu nepokretnosti – pravo mjesta gdje se nepokretnost nalazi;

4) za zakup nepokretnosti za najduže šest uzastopnih mjeseci koji je zaključen za privremenu privatnu upotrebu – pravo države u kojoj vlasnik ima uobičajeno boravište, ako je zakupac fizičko lice i ima uobičajeno boravište u istoj državi;

5) za ugovor o franšizingu – pravo države uobičajenog boravišta primaoca franšizinga;

6) za ugovor o distribuciji – pravo države uobičajenog boravišta distributera;

7) za ugovor o prodaji robe na aukciji – pravo države gdje se aukcija održava, ako se to mjesto može odrediti.

Pored uobičajenog boravišta, i princip najbliže veze se javlja kao supsidijerna tačka vezivanja (naravno, samo kada stranke nijesu izvršile izbor prava), i to u dva slučaja. U prvom slučaju ovaj princip se javlja kao dio posebne klauzule odstupanja. Član 39 ZMPP-a predviđa da ako je iz svih okolnosti slučaja jasno da je ugovor u očigledno bližoj vezi sa nekom drugom državom od one gorenavedene, mjerodavno je pravo te druge države.

U drugom slučaju princip najbliže veze se javlja i ako se ne može utvrditi mjerodavno pravo na osnovu pravila o primjeni prava dužnika karakteristične obaveze, kada se predviđa da je za ugovor mjerodavno pravo države sa kojom je u najbližoj vezi.

**4. Forma ugovora**

Zakon o međunarodnom privatnom pravu, kao i u oblasti određivanja mjerodavnog prava za prava i obaveze iz ugovora, preuzima rješenja Uredbe Rim I.

Opšte pravilo koje važi za ugovore nezavisno od toga da li su zaključeni između prisutnih i odsutnih lica je da će ugovor u pogledu forme biti punovažan ako je punovažan po pravu koje se primjenjuje na sadržaj tog ugovora (na osnovu autonomije volje stranaka ili supsidijernih tačaka vezivanja). Ako ugovor ne bi bio punovažan u pogledu forme po tom pravu, predviđene su alternativne tačke vezivanja koje imaju za cilj da u pogledu forme osnaže što veći broj ugovora. Tada će se punovažnost ugovora cijeniti po pravu države gdje je zaključen, odnosno, za ugovor između odsutnih lica, po pravu države u kojoj se u vrijeme zaključenja ugovora bilo koja strana ili njen zastupnik (ako ugovor zaključuju zastupnici), nalazila ili u kojoj je jedna od strana imala uobičajeno boravište.

Pravilo koje se uspostavlja za formu potrošačkih ugovora da je mjerodavno pravo države uobičajenog boravišta potrošača ima drugi cilj: zaštitu slabije ugovorne strane. Samim tim, potrošački ugovor će u pogledu forme biti punovažan samo ako je punovažan po pravu uobičajenog boravišta potrošača i ovdje nema konvalidacije forme po bilo kom drugom pravu.

Posebno pravilo postavljeno je i za ugovor čiji je predmet stvarno pravo na nepokretnosti ili zakup nepokretnosti. Kod ovih ugovora forma je bitan uslov punovažnosti pravnog posla. Predviđa se da je ugovor punovažan u pogledu forme ako ispunjava uslove u pogledu forme propisane pravom države u kojoj se nepokretnost nalazi (*lex situs*), ako po tom pravu ti uslovi: 1) važe bez obzira na to u kojoj je državi ugovor zaključen i koje je pravo mjerodavno za ugovor; 2) spadaju u prinudne propise.

1. **Posebna pravila za neke vrste ugovora**

Uredbom Rim I, kao i Zakonom o međunarodnom privatnom pravu posebna zaštita pruža se potrošačima i zaposlenima kao slabijim ugovornim stranama. To se postiže tako što se ograničava autonomija volje da bi se smanjila mogućnost da ekonomski jača strana, koja se bavi određenom profesionalnom djelatnošću, nametne primjenu prava koje njoj odgovara potrošaču ili zaposlenom. Takođe, predviđa se i primjena prava strane koja se želi posebno zaštititi (primjena uobičajenog boravišta potrošača, odnosno prava zemlje u kojoj ili iz koje zaposleni uobičajeno obavlja posao).

**5.1. Potrošački ugovori**

Za potrošački ugovor kao osnovno rješenje predviđa se primjena prava države uobičajenog boravišta potrošača, ako trgovac obavlja svoju poslovnu djelatnost ili djelatnost nezavisne profesije u državi uobičajenog boravišta potrošača, ili na bilo koji način takvu djelatnost usmjerava prema toj državi ili prema više država, uključujući tu državu, a ugovor spada u područje te djelatnosti. Ipak, ugovorne strane mogu izabrati neko drugo pravo kao mjerodavno, ali takvim izborom ne može se uskratiti zaštita potrošaču koju ima po prinudnim propisima prava koje bi bilo mjerodavno za slučaj da izbor prava nije izvršen.

Bitno je da je aktivnost trgovca usmjerena na tržište određene zemlje u cilju zaključivanja ugovora a to se u prvom redu odnosi na reklamiranje. Pored oglašavanja, na primjer, u medijima, na bilbordima ili na domaćim internet stranicama navodi se da i one aktivnosti koje i posredno utiču na to da se potrošač odluči da zaključi ugovor (na primjer, kada strani avio-prevoznik sponzoriše sportski događaj ili koncert u zemlji u kojoj potrošač živi) treba tumačiti kao usmjeravanje djelatnosti. Ako nije ispunjen jedan od navedenih uslova za primjenu prava uobičajenog boravišta potrošača (obavljanje trgovinske djelatnosti u državi uobičajenog boravišta potrošača ili usmjeravanje djelatnosti prema toj državi, a to vodi zaključenju ugovora iz te djelatnosti), primijeniće se opšta pravila o mjerodavnom pravu za ugovore (pravilo o autonomiji volje ili o supsidijernim tačkama vezivanja). Tako, francuski turista koji živi u Parizu prilikom trgovine na godišnjem odmoru na grčkom ostrvu Mikonosu neće uživati zaštitu francuskog prava kao prava svog uobičajenog boravišta na osnovu Uredbe Rim I, dok može uživati zaštitu po grčkom pravu koje sadrži materijalnopravne odredbe implementiranih direktiva o zaštiti potrošača[[1]](#footnote-1).

Uobičajeno boravište se predviđa kao jedina tačka vezivanja i za punovažnost forme potrošačkog ugovora.

**5.2. Individualni ugovori o radu**

Zakon o međunarodnom privatnom pravu sadrži poseban član (član 43) o mjerodavnom pravu za individualne ugovore o radu sa stranim elementom. Pravila koja uspostavlja preuzeta su iz člana 8 Uredbe Rim I.

Zakon o međunarodnom privatnom pravu predviđa autonomiju volje stranaka, kao osnovnu tačku vezivanja i upućuje na primjenu opšte odredbe o autonomiji volje za ugovore. Precizira se i da se izborom prava ne može zaposlenom uskratiti zaštita koju ima po prinudnim propisima prava koje bi bilo mjerodavno u slučaju nepostojanja izbora prava. Dakle, stranke nijesu ograničene u pogledu prava koje kao mjerodavno mogu da izaberu, ali se uspostavlja ograničenje da se izborom prava ne može izbjeći primjena nacionalnih prinudnih propisa prava koje bi bilo mjerodavno na osnovu objektivnih tačaka vezivanja, da nije iskorišćena autonomija volje. Kod ove vrste ugovora, treba upoređivati materijalnopravna rješenja prinudnih propisa izabranog prava i prava koje bi bilo mjerodavno u odsustvu autonomije volje, i treba primijeniti pravo koje je povoljnije za zaposlenog.

Ako ugovorne strane nijesu izabrale mjerodavno pravo, za ugovor o radu mjerodavno je:

1. Pravo države **u** kojoj zaposleni, ispunjavajući ugovor o radu, uobičajeno obavlja svoj posao ili, ako to nije slučaj, iz koje zaposleni, ispunjavajući ugovor o radu, uobičajeno obavlja svoj posao. U slučaju kad je zaposleni privremeno angažovan u drugoj državi, smatra se da je na radu u državi u kojoj uobičajeno obavlja svoj posao.
2. Ako se mjerodavno pravo ne može odrediti primjenom prethodno navedenog pravila, za ugovor je mjerodavno pravo države u kojoj se nalazi poslovna jedinica preko koje je zaposleni angažovan.

Zakon o međunarodnom privatnom pravu ne sadrži posebnu klauzulu odstupanja kao Uredba Rim I, ali se u slučaju potrebe može primijeniti opšta klauzula odstupanja iz člana 8 Zakona.

**III Mjerodavno pravo za vanugovorne odnose**

1. **Opšti pogled**

U savremeno doba, tehničko-tehnološki napredak, intenziviranje svih vrsta saobraćaja na teritoriji više zemalja, razvijena razmjena dobara na osnovu koje potrošači konzumiraju robu koja potiče sa udaljenih destinacija i globalni i prekogranični ekološki problemi doprinose stalnom povećanju broja slučajeva u kojima nastupa šteta i za koje treba utvrditi deliktnu odgovornost. Od kolizionopravnih unifikacija vanugovorne odgovornosti najznačajnija je Uredba o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze iz 2007. godine (Uredba Rim II) koja se primjenjuje u svim članicama Evropske unije, osim Danske i konvencije donijete pod okriljem Haške konferencije za međunarodno privatno pravo: Konvencija o mjerodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode iz 1971. i Konvencija o mjerodavnom pravu za odgovornost proizvođača za svoje proizvode iz 1973. godine.

1. **Pravo Crne Gore**

Kao i kod ugovornih odnosa, Zakon o međunarodnom privatnom pravu preuzima osnovna rješnja iz prava EU i predviđa da će se njegove odredbe o mjerodavnom pravu za vanugovorne odnose tumačiti i primjenjivati u skladu sa Uredbom Rim II.

Mjerodavno pravo po se određuje na osnovu: a) opšteg pravila (član 52), koje je složeno i sadrži tri stava: osnovno rješenje (mjesto nastupanja štete), odstupanje od osnovnog rješenja (kada oštećeni i štetnik imaju uobičajeno boravište u istoj zemlji) i klauzulu odstupanja koja se može primijeniti i na osnovno i na drugo rješenje; b) autonomije volje (član 63), a za neke vrste odnosa postoje i posebna pravila.

* 1. **Opšte pravilo**
     1. **Osnovno pravilo – mjesto nastanka direktne štete**

Mjerodavno pravo za vanugovornu obavezu proizašlu iz štetne radnje je pravo države u kojoj je šteta nastala, bez obzira na to u kojoj državi je nastupio događaj koji je prouzrokovao nastalu štetu i bez obzira na državu ili države u kojima su nastale indirektne posljedice tog događaja. Dakle, od tri elementa vanugovorne obaveze: mjesta nastanka direktne štete, mjesta nastupanja događaja (izvršenja radnje) koji je prouzrokovao nastalu štetu i mjesta nastupanja indirektne posljedice tog događaja, od značaja je jedino mjesto nastanka direktne štete. U slučajevima fizičkih povreda ili materijalne štete, država u kojoj je došlo do štete trebalo bi da bude ona država u kojoj je zadobijena fizička povreda ili ona država gdje je nastala materijalna šteta. Za drumske saobraćajne nezgode to je mjesto gdje je došlo do sudara, nezavisno od mjesta nastupanja finansijske ili nematerijalne štete. Dakle, indirektne posljedice (npr. troškovi bolničkog liječenja u drugoj zemlji) ne potpadaju pod mjesto gdje je posljedica nastupila za potrebe određivanja mjerodavnog prava, a irelevantno je i mjesto izvršenja štetne radnje.

Kod naknade štete zbog nezakonitog lišenja slobode i oduzimanja imovine – direktna šteta nastupa u toj zemlji, bez obzira na to što je materijalna finanasijska šteta nastupila u zemlji gdje lice ima boravište, a u slučaju primaoca robe koja je oštećena u toku kombinovanog prevoza robe morem i kopnom, direktna povreda nastaje na mjestu gdje je pomorski prevoznik imao obavezu da isporuči robu i gdje je na kraju operacije prevoza ustanovljeno da je ona oštećena.

|  |
| --- |
|  |
|  |

* + 1. **Uobičajeno boravište u istoj zemlji**

Osnovno pravilo o određivanju mjerodavnog prava za građanskopravne delikte predviđa da je mjerodavno pravo za vanugovornu obavezu proizašlu iz štetne radnje pravo države u kojoj je šteta nastala. Stavom 2 predviđa se odstupanje od primjene prava države u kojoj je šteta nastala u situaciji kada lice za koje se tvrdi da je odgovorno i lice koje trpi štetu imaju svoje uobičajeno boravište u istoj državi u vrijeme nastanka štete, i tada će se primijeniti pravo države njihovog istog uobičajenog boravišta.

Na osnovu Zakona o međunarodnom privatnom pravu, kao i kod ugovornih obaveza, privredna društva imaju uobičajeno boravište u mjestu njihove glavne uprave. Ali, ako štetni događaj nastupi ili šteta nastane u okviru poslovanja ogranka, zastupništva ili druge poslovne jedinice, uobičajeno boravište je mjesto gdje se ta jedinica nalazi (član 51).

Kada do građanskopravnog delikta dođe između lica koja imaju uobičajeno boravište u istoj zemlji a nemaju prethodni pravni odnos (npr. u zemlji A, ispred diskoteke u gradu na primorju jedno lice nanese fizičku povredu drugom licu, a oba lica imaju uobičajeno boravište u istoj, zemlji B), na naknadu štete primijeniće se njihovo zajedničko pravo. Ipak, sama činjenica da štetnik i oštećeni imaju uobičajeno boravište u istoj zemlji ne znači da će se uvijek i primijeniti to pravo jer može doći do primjene klauzule odstupanja. To bi bio slučaj kada, na primjer, državljanin države A kao turista u drugoj zemlji iznajmljenim automobilom izazove saobraćajnu nesreću u kojoj povrijedi pješaka koji je slučajno i sam turista, a državljanin države A, i tada bi primjenom klauzule odstupanja trebalo dati prednost primjeni prava koje se inače primjenjuje na ugovorni odnos nastao iznajmljivanjem automobila, u odnosu na pravo istog uobičajenog boravišta.

* + 1. **Klauzula odstupanja**

Klauzula odstupanja je sadržana u stavu 3 koji predviđa da kada je iz svih okolnosti slučaja jasno da je štetna radnja u očigledno bližoj vezi sa nekom drugom državom od one navedene u stavovima 1 (pravo države u kojoj je šteta nastala) i 2 (zajedničko uobičajeno boravište), mjerodavno je pravo te druge države. Takođe se precizira da se očigledno bliža veza sa drugom državom može zasnivati posebno na prethodnom odnosu između stranaka, kao što je ugovor koji je blisko povezan sa štetnom radnjom. U prethodno zasnovane odnose spadaju i dejstva braka, odnosi između roditelja i djece, pa čak i oni koji se odnose na drugi delikt.

Pri odmjeravanju da li postoji očigledno bliža veza delikta sa pravom druge zemlje, treba voditi računa o okolnostima koje povezuju delikt sa tom zemljom, o trajnosti ili kratkotrajnom karakteru povezanosti, prirodi okolnosti u pitanju, kao i šteti koju trpi lice ili imovina u zemlji čije je pravo mjerodavno na osnovu stava 1 ili stava 2. Ne treba voditi računa o subjektivnim očekivanjima stranaka ili o materijalnopravnom rezultatu primjene jednog ili drugog prava. Bližu vezu treba utvrđivati na osnovu povezanosti u vrijeme utvrđivanja mjerodavnog prava.

* 1. **Autonomija volje**

Zakon predviđa i mogućnost izbora mjerodavnog prava koji mora biti izričit ili da jasno proizilazi iz okolnosti slučaja. Predviđeno je kao osnovno pravilo da se stranke mogu sporazumjeti o pravu mjerodavnom za vanugovornu obavezu poslije nastupanja događaja koji je prouzrokovao nastalu štetu. Međutim, u slučaju da sve stranke obavljaju privrednu djelatnost, sporazum o izboru prava je moguć i prije nastupanja događaja koji je prouzrokovao nastalu štetu. Ovo vremensko ograničenje je postavljeno u cilju zaštite slabije strane.

Što se tiče izbora konkretnog prava, ne traži se postojanje veze između izabranog prava i ostalih činjenica tog odnosa (štetnog događaja, stranaka i dr.), tako da ako su stranke sa tim saglasne, mjerodavno pravo može biti i neko neutralno pravo za koje stranke smatraju da najbolje odgovara njihovim interesima. Ali, ako su svi drugi elementi činjeničnog stanja u vrijeme kad je nastupio događaj iz kojeg je proizašla šteta vezani za drugu državu, a ne za državu čije je pravo izabrano, izborom prava se ne može isključiti primjena prinudnih propisa prava te druge države

Ipak, stranke ne mogu vršiti izbor prava u slučaju vanugovornih obaveza nastalih na osnovu povrede konkurencije na tržištu, kao ni zbog povrede prava intelektualne svojine.

1. **Posebna koliziona rješenja**

Posebne kolizione norme sadrže pravila za: povrede i ograničenje konkurencije, štetu po životnu sredinu, povrede prava ličnosti, industrijsku akciju, kao i za: sticanje bez osnova, poslovodstvo bez naloga i predugovornu odgovornost. Za razliku od Uredbe Rim II, Zakon o međunarodnom privatnom pravu reguliše mjerodavno pravo za povrede prava ličnosti, kao i za štetu na brodu na otvorenom moru ili u vazduhoplovu. Zakon ne sadrži posebna pravila za odnose regulisane Konvencijom o mjerodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode i Konvencijom o mjerodavnom pravu za odgovornost proizvođača za svoje proizvode.

* 1. **Šteta po životnu sredinu**

Osnovna tačka vezivanja je mjesto nastupanja štete, a oštećeni može da, umjesto toga, izabere primjenu prava zemlje u kojoj se desio događaj koji je prouzrokovao štetu. Razlog zašto se ovdje daje mogućnost oštećenom da bira pravo koje je povoljnije za njega je taj što kada bi važilo samo osnovno pravilo, moglo bi doći do situacije da zagađivači namjerno lociraju svoja postrojenja u pograničnom pojasu i da, na primjer, ispuštaju štetne materije u rijeku i na taj način umanjuju potencijalnu opasnost i odgovornost u svojoj zemlji. Takođe, primjena samo mjesta nastupanja štete značila bi da oštećeni u zemlji sa niskim nivoom zaštite ne bi uživao ​​viši nivo zaštite dostupan u susjednim zemljama. Mogućnost primjene prava zemlje u kojoj se desio događaj koji je prouzrokovao štetu je u skladu i sa osnovnim principima zaštite životne sredine: principima predostrožnosti i prevencije (zaštite životne sredine vremenski prije nastanka zagađenja koje prouzrokuje štetu i prostorno na izvoru mogućeg zagađenja) i principom zagađivač plaća (zagađivač snosi odgovornost i dužan je da obezbijedi otklanjanje štete). Ovi principi međunarodnog prava životne sredine na kojima počiva i crnogorsko pravo životne sredine sadržani su u međunarodnim konvencijama, uporednim nacionalnim pravima i, naravno, pravu Evropske unije.

Pored mogućnosti da jedna strana – oštećeni – izabere mjerodavno pravo, postoji mogućnost i da se obje strane saglase o izboru mjerodavnog prava, a na osnovu opšteg pravila o autonomiji volje iz člana 63 ZMPP-a.

* 1. **Povrede prava ličnosti**

Zakon o međunarodnom privatnom pravu sadrži i posebno koliziono pravilo za mjerodavno pravo u slučaju povreda prava ličnosti, dok ovo pitanje nije regulisano Uredbom Rim II jer nije mogla biti postignuta saglasnost država članica Evropske unije, čija nacionalna prava imaju različita rješenja i polaze od različitih interesa. Koliziono pravilo se odnosi na povrede prava ličnosti putem medija (posebno novina, radija, televizije ili drugih sredstava informisanja) i povrede prava povezanih sa zaštitom podataka o ličnosti. Klasičan primjer povrede ovih prava je objavljivanje fotografije poznate ličnosti snimljene na njenom imanju dok se sunča u toplesu. Fotografija koje je neovlašćeno napravljena bude objavljena u štampanom izdanju novine koja se bavi životom slavnih ličnosti a ima distribuciju u cijelom svijetu. Uz to, slika postane dostupna i putem interneta. U skladu sa uporednom praksom, Zakonom o međunarodnom privatnom pravu (član 55) predviđeno je da povrijeđeni može da bira kao mjerodavno pravo države u kojoj se nalazi njegovo uobičajeno boravište, ili na čijoj teritoriji je nastupila šteta, ili u kojoj se nalazi uobičajeno boravište, odnosno mjesto stanovanja odgovornog lica. Mogućnost da oštećeni bira mjerodavno pravo između tri varijante koje uspostavlja Zakon ima za cilj da u najvećoj mjeri zaštiti oštećenog i da mu omogući da izabere primjenu za njega najpovoljnijeg prava. Interesi druge strane, štetnika, štite se time što se predviđa da u prva dva slučaja, ako oštećeni izabere pravo uobičajenog boravišta oštećenog ili mjesto nastanka štete, preduslov da bi se kao mjerodavno primijenilo jedno od navedenih prava je da je štetnik razumno mogao da računa da će u tim državama nastati šteta.

Zakon o međunarodnom privatnom pravu za pravo na objavljivanje ispravke kod povrede prava ličnosti putem medija predviđa posebno rješenje: mjerodavno je pravo države u kojoj je putem medija izvršena povreda prava ličnosti.

1. Za odnos ovih izvora prava Evropske unije vidi: P. Stone, *EU private international law*, Edward Elgar, 2010, str. 354–355. [↑](#footnote-ref-1)