

## **IZIGRAVANJE ZAKONA (*FRAUS LEGIS*) U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU**

***“Ius est ars boni et aequi”***  
*(Pravo je veština dobrog i jednakog)<sup>1</sup>*

REZIME: Izigravanje prava kao pojava i borba protiv nje, stari su koliko i samo pravo. Međunarodno privatno pravo je oblast koja pruža široke mogućnosti za izigravanje zakona. Izigravanje zakona se sastoji iz tri elementa: materijalnog (promena činjenica i promena merodavnog prava), moralnog (namera izigravanja) i zakonskog (predmet izigravanja).

Kriterijum na osnovu koga se razlikuje uobičajeno delovanje stranaka od njihovog fraudoloznog delovanja, odnosno da li je primena drugog merodavnog prava prosta posledica promene činjenica ili je upravo cilj te promene jeste name-ra izigravanja (*animus fraudis*).

Predmet izigravanja zakona su, po pravilu, imperativne norme koje nameću obavezu određenog ponašanja i isključuju mogućnost stranaka da sporazumno uređuju međusobne odnose. Iz razloga pravne sigurnosti i obezbeđivanja pravnih dejstava građanskopravnih odnosa u inostranstvu, preporučuje se da nadležni domaći sud ili organ uprave, ukoliko se pojavi sumnja da stranke pokušavaju da izbegnu primenu stranog prava, zastane sa postupkom dok se ne reši ovo prethodno pitanje. Da bi po dobijanju obaveštenja od strane nadležnog organa u postupku međunarodne pravne pomoći o tome, postupak nastavio i doneo odluku u zavisnosti od pozitivnog ili negativnog odgovora.

Specifičnost izigravanja zakona sastoji se u formalnopravnom postupanju stranaka po slovu zakona, ali protivno njegovom duhu. Ako tome dodamo element inostranosti i potencijalnu primenu odredbi različitih pravnih sistema, dobijamo novu, međunarodnu dimenziju i mogućnost sagledavanja problema *fraus legis* u svojoj kompleksnosti.

*Ključne reči: izigravanje zakona, izigravanje prava, imperativne norme, nadležnost organa, različiti pravni sistemi*

Izigravanje prava kao pojava i borba protiv nje, stari su koliko i samo pravo. Još su pravnici iz klasičnog perioda razvoja rimskog prava, doba koje se označava kao vreme procvata pravne nauke i privatnog prava (prva tri veka nove ere), došli do pojma “izigra-

\* Docent na Pravnom fakultetu za obrazovanje diplomiranih pravnika za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

\*\* Saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu za obrazovanje diplomiranih pravnika za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Malenica, A., *Rimsko pravo*, Novi Sad, 1999, str. 103.

vanje zakona”. Jasno praveći razliku između postupanja pojedinca suprotno zakonu, “*contra legem*” i formalnog pridržavanja reči zakona, ali ne i njegovog smisla, postupanja “*in fraudem legis*”.

Pokušaji zakonodavca da spreče pojavu izigravanja zakona bili su različiti. S jedne strane, metodom detaljnog predviđanja svakog pojedinačnog slučaja zakonskom normom i njegovim primerenim sankcionisanjem čije je oličenje Pruski civilni zakon iz XVII veka sa preko 17 hiljada normi. Ili pak, u drugoj krajnosti, metodom apstraktnog regulisanja putem gipkih direktiva, koji je obeležilo francusko zakonodavstvo nakon sprovedene buržoaske revolucije i dostigao vrhunac u čuvenom Code-civil-u, sa težnjom da važi za sva vremena.

Fenomen izigravanja zakona može se zapaziti u svakom pravnom sistemu i metodu regulisanja društvenih odnosa, čak i u tzv. najstrožim sistemima. Nije pronađena formula za neizostavno poštovanje i ostvarivanje cilja zakona što nam govori, ne o nemoći nauke, zakonodavca ili sudije, već o kompleksnosti pomenute pojave.

Međunarodno privatno pravo je oblast koja pruža široke mogućnosti za izigravanje zakona. Zakonodavac svake zemlje, vodeći računa o ciljevima i načelima sopstvene zakonodavne politike, utvrđuje tačku vezivanja kolizione norme na osnovu kriterijuma koji, iz njegovog aspekta, izražavaju najtešnju vezu sa jednim pravnim odnosom. Drugačije vrednovanje veza jednog pravnog odnosa sa porecima različitih država ima za posledicu različito definisanje tački vezivanja na osnovu kojih se određuje merodavno pravo u pojedinim pravnim sistemima.

Primena merodavnog prava na osnovu apstraktno određene najtešnje veze ne dovodi uvek do rešenja koje subjekti konkretnog pravnog odnosa priželjkuju. Razlike koje postoje u nacionalnim pravnim sistemima privatnog prava, kolizionim normama i normama o sudskoj nadležnosti predstavljaju izazov za pojedince da smišljenim menjanjem inostranog elementa ili njegovim unošenjem u činjenično stanje ishode primenu drugog prava, umesto prava koje bi bilo merodavno. Kombinovanjem i manipulacijom činjenicama koje predstavljaju tačke vezivanja provlačeći se kroz okvire koje postavlja nacionalni zakonodavac spretni pojedinci, odnosno njihovi pravni savetnici, usmeravaju pravac kolizionih normi ka željenom supstancijalnom pravu u slučajevima u kojima je autonomija volje isključena. Rešavanje složenih kombinacija sa inostranim elementom osloncem na slovo kolizione norme, ali protivno *ratio legis* neki autori porede sa partijom šaha (M. Stanivuković, M. Živković) ili pak svojevrsnom pravnom alhemijom (P. Louis-Lucas). Nesumnjivo, reč je o sofisticiranom vidu izigravanja zakona koji se može ostvariti samo u razvijenim sistemima međunarodnog privatnog prava, u kojima sudovi nisu skloni zanemarivanju elementa inostranosti.

Stavovi o izigravanju zakona su se menjali kroz istoriju. Uprkos opštem uverenju da ono predstavlja specifičan vid zloupotrebe prava, u nekim razvojnim trenucima pojedinih društava od oštrog reagovanja, preko tolerancije dolazilo se do otvorenog podstrekavanja navedene pojave (i na našem području poznat je pojam “korisnih malverzacija”). Savinji je otvoreno zagovarao izigravanje prava u slučajevima njegovog zaostajanja za društvenim razvojem, te je u pomenutom kontekstu razlikovao dozvoljeno i nedozvoljeno izigravanje. Ovde se, međutim, mora biti oprezan. Neophodno je da zakonski propisi prate društveni, socijalni i privredni razvoj, ali orijentiri pravne sigurnosti mogu biti narušeni ukoliko bi ocena progresivnosti pojedinih propisa bila prepuštena individualnim kriterijumima.

Istorija ustanove izigravanja zakona u međunarodnom privatnom pravu, koja je bogata i zanimljiva, beleži primere promene domicila, državljanstva i sl. radi izbegavanja nazad-

nih normi koje nisu bile u skladu sa promenjenim shvatanjima i potrebama ljudi, kao što su npr. zabrane sklapanja brakova između pripadnika različitih rasa ili veroispovesti, te omogućavanja primene progresivnijih prava. Učestalost izigravanje nekog propisa, svakako, treba da ukaže domaćem zakonodavcu na eventualnu potrebu korekcije odnosne norme.

Izigravanje prava je moguće u svim segmentima međunarodnog privatnog prava, bilo u neposrednom obliku – zloupotrebom kolizionih normi, bilo posredno – zloupotrebom normi o međunarodnoj nadležnosti i o priznanju i izvršenju stranih odluka.

Najčuveniji pojedinačni slučaj izigravanja prava, zbog društvenog ugleda i značaja učesnika u sporu, koji je skrenuo pažnju na problem *fraus legis* u međunarodnom privatnom pravu je slučaj belgijske grofice Valentine Karaman Šimej koja se 1861. godine udala za generala princa Pola Bofrmona i postala princeza Bofrmon. Po tadašnjim zakonima obeju država, grofica je zaključenjem braka izgubila svoje ranije i stekla francusko državljanstvo svoga muža. Kada je princeza nakon izvesnog vremena, nezadovoljna zajedničkim životom, htela da zatraži razvod braka sa razočarenjem je otkrila da je francusko pravo toga doba zabranjivalo razvod braka, a za pitanje dopuštenosti razvoda braka francuske kolizione norme upućivale su na primenu nacionalnog prava bračnih drugova. Nakon odluke Apelacionog suda u Parizu iz 1874. godine o rastavi od stola i postelje, princeza živi odvojeno od muža u Francuskoj. Potom sa decom odlazi u inostranstvo i posle devet meseci naturalizacijom stiče državljanstvo vojvodstva Saxon-Altenburg, prema čijem pravu se odluka o rastavi od stola i postelje smatrala ekvivalentnom odluci o razvodu. Prema izdejstvovanom merodavnom saksonskom pravu princeza je dobila razvod od princa Bofrmona i sedam dana kasnije u Berlinu zaključila građanski brak, a potom i crkveni u Drezdenu sa Žoržom Bibeskom, rumunskim princem. Princeza je zaključenjem drugog braka, u skladu sa pravima obeju zainteresovanih država, izgubila državljanstvo vojvodstva Saxon-Altenburg i stekla rumunsko državljanstvo. Na zahtev njenog prvog muža Apelacioni sud u Parizu je 17. jula 1876. godine poništio naturalizaciju i drugi brak proglasio ništavim i bez dejstva u Francuskoj. Apelacioni sud je, takođe, opozvao odluku o poveri dece princezi i odlučio da obe ćerke budu predate princu Bofrmonu, u suprotnom princeza je bila dužna da plati visok iznos naknade štete koji se izračunavao po dnevnoj osnovici. Kako princeza nije postupila po naredbama suda princ Bofrmon je postao poverilac skoro 900.000 franaka. Kako imovina koju je princeza posedovala u Francuskoj nije bila dovoljna za namirenje duga, princ je pokrenuo postupak u Belgiji i uspeo da zapleni neke delove njene imovine. Međutim, belgijski sud je 1880. godine odlučio da je naturalizacija punovažna, kao i njen drugi brak sa princem Bibeskom, te je odbio da prizna svojstvo izvršnosti francuskim odlukama, poništio odluke o zapleni princezine imovine u Belgiji i obavezao princa Bofrmona da princezi naknadi štetu i troškove postupka u visini od 15.000 franaka. Iste godine Apelacioni sud u Briselu nije priznao punovažnost drugog braka, dok se belgijski Kasacioni sud u svojoj odluci donetoj dve godine kasnije nije izjašnjavao niti o punovažnosti drugog braka niti o pitanju sukoba državljanstava.

Slavna operna diva, Marija Kalas se, nakon upoznavanja grčkog brodovlasnika Aristotela Onazisa, odriče američkog državljanstva kako bi, budući da je imala dvojno državljanstvo, izdejstvovala primenu grčkih propisa i razvod braka od italijanskog industrijalca Meneginija. Dakle, brojni su primeri izigravanja nehumanih zabrana za sklapanje braka, ali nije ništa manji broj onih koji su nastojali da izbegnu norme određenog prava u suprotnom cilju – radi razvoda braka. Motivi organa pred kojima se sklapaju ili razvode brakovi nakon veštački stvorene tačke vezivanja nisu ni najmanje romantični. U pojedinim provincijama Meksika ili federalnim jedinicama SAD prihodi od “brakorazvod-

nog turizma” predstavljaju značajnu stavku u strukturi nacionalnog dohotka. Putem interneta se sa lakoćom mogu pronaći agencije koje nude informacije, usluge i putne aranžmane pojedincima koji žele svoj brak da okončaju razvodom na brži način i pod lakšim uslovima od onih koji su propisani u pravu država čiji su oni građani. Takođe su česti primeri osnivanja pravnih lica, odnosno premeštanja njihovih sedišta u države koje predstavljaju “poreski raj” (npr. Panama, Liberija, Kajmanska Ostrva, država Delaver u SAD). Interesantan je podatak da na teritoriji Lihtenštajna, u kome živi oko 30.000 stanovnika, deluje oko 80.000 kompanija.

Izigrovanje zakona se sastoji iz tri elementa: materijalnog (promena činjenica i promena merodavnog prava), moralnog (namera izigrovanja) i zakonskog (predmet izigrovanja).

Osnovni element kroz koji se ostvaruje *fraus legis* je pravno dozvoljena i stvarna promena činjenica radi postizanja posrednog cilja, nametanja primene prava koje pod redovnim okolnostima ne bi bilo merodavno. Pravna radnja ili pravni posao koji stranke, odnosno jedna od njih preduzima je pravno dopušten. Dakle, ne radi se o protivpravnim ili fiktivnim radnjama ili poslovima. Promena činjenica je uvek pravno perfektna, zakonita. Na primer, stiće se državljanstvo druge države u skladu sa njenim zakonodavstvom, a ne na osnovu falsifikovanja isprava ili simulacije pravnog posla.

*Fraus legis* se oslanja na promenljive tačke vezivanja, odnosno tačke vezivanja na čiju sadržinu stranke mogu uticati, kao što su državljanstvo, prebivalište, redovno boravište, boravište, mesto nalaženja pokretnih stvari i slično. Međutim, dok se promena izvesnih činjenica relativno lako može ostvariti (npr. mesto nalaženja stvari), promena drugih (npr. sticanje državljanstva naturalizacijom), podrazumeva komplikovaniju i dugotrajniju operacionalizaciju kojom se dovodi u pitanje i sama mogućnost izigrovanja zakona.

Pored promene činjenica u okviru iste tačke vezivanja i svesnog preusmeravanja pravca klizione norme (npr. ista tačka vezivanja – prebivalište sticanjem prebivališta stranke u drugoj državi ne ukazuje više na domaće već na strano pravo) stranke mogu menjanjem činjenica postići i primenu druge tačke vezivanja unutar kolizione norme sa supsidijarno postavljenim tačkama vezivanja. Konačno, promena materijalnog elementa, na šta se retko ukazuje, može se ticati i drugog elementa kolizione norme – pravne kategorije. “Naime, stranke mogu svoju delatnost usmeriti ka drugačijoj kvalifikaciji, i tako stići do željenog materijalnog prava. U literaturi se navodi slučaj oca koji je svoje vlasništvo na nepokretnosti koja se nalazila u Francuskoj pretvorio u deo imovine trgovačkog društva i tako sebi omogućio da njom slobodno raspolaže, budući da je za raspolaganje imovinom trgovačkog društva bilo merodavno pravo koje nije predviđalo nikakvu zaštitu dece (nužni deo) prilikom nasleđivanja.”<sup>2</sup>

Kriterijum na osnovu koga se razlikuje uobičajeno delovanje stranaka od njihovog fraudoloznog delovanja, odnosno da li je primena drugog merodavnog prava prosta posledica promene činjenica ili je upravo cilj te promene jeste namera izigrovanja (*animus fraudis*). Promena činjenica je sama po sebi, a priori dopuštena i zakonita. Tehničko-tehnološki razvoj i globalizacija koja ga prati čine promene državljanstva, prebivališta, zaključivanje ugovora u mestima izvan svoje države, prenos stvari iz jedne države u drugu ne tako retkim pojavama. Dakle, kako se utvrđuje *animus fraudis*? Objektivne okolnosti koje ukazuju da u konkretnom slučaju postoji namera izigrovanja su sledeće. Prvi signal za domaćeg sudiju jeste pozivanje stranke na pravo koje joj po domaćem pravu ne pripada. Zatim, neprihvatanje

<sup>2</sup> Stanivuković, M., Živković, M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2004, str. 331.

svih posledica promene činjenica (npr. stranka se nije stalno nastanila u državi novog državljanstva) i suprotno - ako stranka bezrezervno prihvata sve posledice, odnosno ispunjava obaveze koje joj novo pravo nameće i ponaša se kao državljanin te države ne vidi se namera izigravanja, te se može reći da je reč o stvarnoj promeni životne situacije. Izigravanje zakona, nesumnjivo postoji u slučajevima kada se pravo stečeno na osnovu propisa drugog pravnog poretka, merodavnog nakon promene izvesnih činjenica, vrši u okviru države prvobitno merodavnog prava. Na primer, stvar koja je bila premeštena u drugu državu kako bi njeno pravo bilo primenjeno (kao tada aktuelni *lex rei sitae*) biva vraćena u državu iz koje je izneta, odnosno u izigrani (prvobitni) pravni sistem. Na nameru izigravanja jasno ukazuje još jedna okolnost – kratak vremenski razmak između promene činjenica i pokušaja ostvarivanja nameravane koristi primenom prava koje je postalo merodavno nakon promene. Da je princeza Bofrmon, hipotetički posmatrano, pet godina nakon sticanja državljanstva vojvodstva Saxon-Altenburg zatražila razvod prvog braka, a potom posle pet godina stupila u novi brak nameru izigravanja bilo bi izuzetno teško utvrditi.

Predmet izigravanja zakona su, po pravilu, imperativne norme koje nameću obavezu određenog ponašanja i isključuju mogućnost stranaka da sporazumno uređuju međusobne odnose. Međutim, u određenim slučajevima i dispozitivne norme mogu biti predmet izigravanja. Naime, ukoliko su se stranke saglasile da primene izvesnu dispozitivnu normu, ona postaje obavezna za njih, te postoji mogućnost da se protekom vremena jedna strana predomisli i pokuša da promenom činjenica ishodi primenu drugog, za nju povoljnijeg prava. Dakle, svaka norma koja je obavezna za stranke pogodna je da bude predmet izigravanja.

Postoje različita shvatanja da li predmet izigravanja zakona mogu biti norme stranog materijalnog prava. Šire je prihvaćeno mišljenje da sud nije dužan da vodi računa da li su izigrane materijalne norme stranog prava, iako poslednjih godina sve više pristalica dobija shvatanje da domaći sudija podjednako treba da sankcioniše slučajeve izigravanja stranog kao i domaćeg prava. "...Mora se zaključiti da je svako propuštanje ili pogrešno primenjivanje stranog zakona u slučajevima gde je domaći zakonodavac naredio ili odobrio primenu stranog zakona, povreda domaćeg zakona, jer se u tome slučaju izopačava domaći zakonski propis i ne upotrebljava u onom smislu u kome glasi."<sup>3</sup> Organ primene prava može, u cilju prevencije izigravanja stranog prava, odbiti svoju nadležnost u slučajevima u kojima ne postoje značajne veze sa domaćom državom (npr. odbiti da zaključi ili razvede brak stranaca koji kratko borave na domaćoj teritoriji).

Iz razloga pravne sigurnosti i obezbeđivanja pravnih dejstava građanskopravnih odnosa u inostranstvu, preporučuje se da nadležni domaći sud ili organ uprave ukoliko se pojavi sumnja da stranke pokušavaju da izbegnu primenu stranog prava zastane sa postupkom dok se ne reši ovo prethodno pitanje. Da bi po dobijanju obaveštenja od strane nadležnog organa u postupku međunarodne pravne pomoći o tome, postupak nastavio i doneo odluku u zavisnosti od pozitivnog ili negativnog odgovora.

U uporednom pravu postoje različita shvatanja o izigravanju zakona kao posebne ustanove međunarodnog privatnog prava. U državama anglo-američkog i germanskog pravnog kruga dominira shvatanje da ne postoji potreba za njenim posebnim normiranjem, jer je ona obuhvaćena širom ustanovom javnog poretka. Međutim, treba imati u vidu, da se izjednačavanjem izigravanja zakona i povrede javnog poretka u pravnim posledicama i proceni činjenica gubi subjektivni element izigravanja zakona, *animus fraudis*.

<sup>3</sup> Bartoš, M., *Povreda stranog zakona kao osnov za kasiranje*, Beograd 1928, str. 18.

Nasuprot navedenom shvatanju, sankcionisanje *fraus legis* ima snažne korene u francuskoj teoriji i praksi.

“Razlike između evropskog i anglosaksonskog shvatanja ove ustanove”, prema M. Paku, “dolaze do izražaja u sledećem: 1. u evropskim zemljama postojanje izigravanja utvrđuje se po službenoj dužnosti, a u anglosaksonskim po zahtevu stranaka; 2. u evropskim zemljama postoji samo izigravanje domaćeg prava, a u anglosaksonskim zemljama je potrebno da izigravanjem zakona bude naneta (u SAD samo imovinska) šteta; 3. u prvom sistemu je posledica izigravanja primena domaćeg prava, a u drugom i domaćeg i domaćeg i stranog; 4. u evropskim zemljama dolazi do proširenja principa teritorijalite- ta, a u anglosaksonskim se menja ili dopunjuje način rešavanja sukoba zakona, ali se ne remete kolizionni princip i sistem.”<sup>4</sup> Tako dolazimo do jedne naizgled paradoksalne situacije, da države *common law* sistema ne poznaju ustanovu *fraus legis*, iako lični status vezuju za prebivalište, koja tačka vezivanja je pogodna za izigravanje, dok istu poznaju države koje za statusne odnose prihvataju državljanstvo, iako ono uživa reputaciju tačke vezivanja koja je teška za izigravanje.

Pomenute razlike u shvatanjima odrazile su se i na postupanje nacionalnih zakonodavaca, tako da samo pojedini zakonski tekstovi posvećuju posebnu odredbu izigravanju zakona. U našem međunarodnom privatnom pravu odredbu o izigravanju zakona sadrži član 5. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (u daljem tekstu: ZRSZ) koji glasi: “*Ne primenjuje se pravo strane države koje bi bilo merodavno po odredbama ovog ili drugog saveznog zakona, ako bi njegovo primenjivanje imalo za cilj izbegavanje primenjivanja prava Savezne Republike Jugoslavije.*”

Nema, dakle, nikakve dileme da je izigravanje zakona opšta ustanova našeg međunarodnog privatnog prava budući da iz zakonskog teksta proizilazi da se sankcionisanje *fraus legis* proteže i na odnose koji nisu regulisani u ZRSZ, već i u “drugom saveznom zakonu”. Zatim, formulacija člana 5. ZRSZ jasno ukazuje da je zakonodavac prilikom određivanja ove ustanove smatrao relevantnim subjektivni faktor - “cilj izbegavanja primene prava SRJ”. Posledica izigravanja zakona sastoji se u “neprimenjivanju prava strane države”, odnosno stranog prava na koje pokazuje fraudolozno stvorena tačka vezivanja i primeni domaćeg prava koje bi bilo merodavno da nije došlo do manipulisanja relevantnim činjenicama. U članu 5, kao ni u članovima 86-101 ZRSZ koji se odnose na uslove priznanja i izvršenja stranih odluka ne pominju se situacije u kojima se veštački stvorenom tačkom vezivanja utiče na donošenje strane odluke. Jedino sredstvo kojim se u ovoj situaciji može sprečiti izigravanje zakona jesu odredbe ZRSZ (član 93) koje se tiču stranih odluka o ličnom stanju (statusu) državljana Srbije, jer u tom slučaju domaći sud u postupku priznanja strane odluke proverava saobraznost stranog prava koje je primenjeno sa našim. Za ostale odluke, sud se može pozvati jedino na ustanovu javnog poretka, ukoliko su norme čija je primena izbegnuta toliko važne u našem pravnom sistemu da čine sastavni deo javnog poretka.

Postoje, međutim, različita tumačenja intencije našeg zakonodavca u pogledu sankcionisanja izigravanja stranog prava. Član 5. ZRSZ nigde izričito ne propisuje da se od izigravanja štite isključivo supstancijalne norme našeg prava, već “pravo Savezne Republike Jugoslavije (Srbije)”. Dok jedna grupa autora smatra da pomenuta formulacija jasno ukazuje da se domašaj ove ustanove svodi na slučajeve izbegavanja domaćeg materijalnog prava, tim pre što su u svetu podeljena mišljenja treba li uopšte sankcionisati *fraus legis*. Druga grupa autora pristupa širem tumačenju, te smatra da se primena stranih

<sup>4</sup> Pak, M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2000, str. 348.

supstancijalnih normi obezbeđuje indirektno, usled neophodnosti zaštite pravilne primene naših kolizionih normi kao sastavnog dela prava Srbije. Kako se ne bi pojavljivale ovakve ili slične dileme, bilo bi bolje da zakonodavac koristi neutralnu formulaciju u kojoj se ne spominje ni domaće ni strano pravo ili kada bi izričito predviđao da će naši sudovi voditi računa o izigravanju i domaćeg i stranog prava.

Dakle, možemo zaključiti da se izigravanje zakona ispoljava na dva osnovna načina: u prvom slučaju (koji se u teoriji naziva neposredno izigravanje ili izigravanje zakona u užem smislu) odluku koju stranke očekuju donosi domaći sud ili drugi nadležni organ primenjujući domaću kolizionu normu; dok u drugom slučaju (posredno izigravanje, kompleksnije izigravanje ili indirektno izigravanje zakona) odluku koju su stranke žele donosi strani sud, pa stranke, pošto nameravaju da odluku upotrebe u domaćoj državi, traže njeno priznanje i izvršenje. U uporednom zakonodavstvu, kao što smo videli, u sistemima koji poznaju ustanovu *fraus legis* šire je prihvaćeno njeno definisanje u smislu koji smo označili kao neposredno izigravanje zakona. Međutim, posredno izigravanje zakona predstavlja znatno suptilniji vid *fraus legis* koji strankama pruža veće mogućnost ostvarivanja željenog cilja budući da postoji odluka stranog nadležnog organa (koja je meritorno različita i povoljnija od one koju bi doneo domaći sud primenom domaćeg prava) na čiji će se autoritet stranka pozvati u postupku priznanja ili izvršenja. Slučajevima indirektnog izigravanja zakona neretko su kombinovani sa manipulacijama u sferi stranih normi o sudskoj nadležnosti kojima se vrši “izbor suda” – forum shopping.

Današnja shvatanja o sankcionisanju *fraus legis* udaljila su se od ranijih, motivisanih željom za kažnjavanjem lica koje je pribeglo izigravanju, a koja potiču još iz rimskog principa - *fraus omnia corrumpit* (prevara sve kvari). Poništavanje svih pravnih radnji i pravnih poslova koje je pojedinac preduzeo u ostvarivanju fraudoloznog poduhvata više se ne praktikuje. U konkretnom slučaju domaći sud ne poništava akte stranog nadležnog organa već ih ostavlja bez dejstva u domaćoj državi. Tako se domaći sud neće izjašnjavati o punovažnosti novostečenog državljanstva ili prebivališta budući da ne može u ime strane države odlučivati ko su njeni državljani ili kome treba izdati dozvolu stranog boravka. Na druge odnose lica u pitanju za koje je merodavna ista tačka vezivanja, a koji nisu bili obuhvaćeni namerom izigravanja, domaći sud može primeniti pravo novog državljanstva ili prebivališta.

Svaka država samostalno uređuje postupak i uslove sticanja njenog državljanstva. Odlučivanje da li će neko lice dobiti državljanstvo u ingerenciji je organa odnosno države. Ukoliko pojedinac stekne državljanstvo izvesne države suprotno njenim propisima to je unutrašnja stvar te države. Međutim, situacija se menja kada sticanje tog državljanstva ima određene međunarodnopravne implikacije, odnosno ako je uslov za vršenje nekog međunarodnopravnog ovlašćenja države. Međunarodni sud pravde implicitno primenjuje pravilo po kome akti države preduzeti na osnovu unutrašnjeg prava podležu međunarodnopravnoj kontroli u pogledu savesnosti i dobronamernosti ukoliko proizvedu međunarodnopravna dejstva. Država ne može da se pozove na unutrašnje pravo kao opravdanje za nevršenje međunarodnih obaveza, kao ni da se služi pravnim ovlašćenjima koja ima na osnovu unutrašnjeg prava radi izigravanja pravila međunarodnog prava.

Kao ilustraciju situacije kada sticanje državljanstva pojedinca nije samo unutrašnja stvar odnosno države osvrnućemo se na presudu Međunarodnog suda pravde donetoj 1955. godine u slučaju Notebom. Notebom je bio rođen u Hamburgu 1881. godine čime je stekao nemačko državljanstvo. 1905. godine naselio se u Gvatemalu gde je započeo poslovne aktivnosti. Međutim, pred početak Drugog svetskog rata doputovao je u Lihtenštajn i

mesec dana posle početka Drugog svetskog rata zatražio je i vrlo brzo dobio lihtenštajnsko državljanstvo. Državni organi Lihtenštajna su mu dali državljanstvo na način koji, izgleda, nije bio u skladu sa lihtenštajnskim propisima. Notebom se potom vraća u Gvatemalu početkom 1940. godine i nastavlja svoje poslovne aktivnosti. Na molbu vlade SAD, gvatemalske vlasti ga hapse 1943. godine i predaju vojnim vlastima SAD koje ga deportuju u SAD gde je bio interniran do kraja rata. Tokom 1944. godine u Gvatemali je povedeno više postupaka radi eksproprijacije Notebomove imovine. Kao razlog eksproprijacije navođeno je njegovo izdajničko ponašanje prema Gvatemali. Nakon oslobađanja, 1946. godine, pošto mu vlasti Gvatemale nisu dozvolile povratak u tu državu, Notebom se vraća u Lihtenštajn. Decembra 1951. godine, Lihtenštajn je, pružajući diplomatsku zaštitu svom državljaninu, pokrenuo postupak pred Međunarodnim sudom pravde iznoseći da je vlada Gvatemale hapseći, zadržavajući, proterujući i odbijajući da ponovo primi Noteboma i eksproprijujući njegovu imovinu bez naknade, prekršila svoje međunarodnopravne obaveze, te je dužna da naknadi štetu. Vlada Gvatemale je u odgovoru iznela prigovor u pogledu dopuštenosti podnetog zahteva ističući, između ostalog, da je Notebom tražio državljanstvo Lihtenštajna bez iskrene namere stvaranja trajne veze između kneževine i sebe, jedino s ciljem sticanja državljanstva neutralne države i obezbeđivanja međunarodnopravne zaštite Lihtenštajna, računajući da Nemačka kao zaraćena strana neće biti u mogućnosti da mu je pruži. Sud je prihvatio prigovor Gvatemale i odlučio da zahtev Lihtenštajna nije dopušten.

Specifičnost izigravanja zakona sastoji se u formalnopravnom postupanju stranaka po slovu zakona, ali protivno njegovom duhu. Ako tome dodamo elemenat inostranosti i potencijalnu primenu odredbi različitih pravnih sistema, dobijamo novu, međunarodnu dimenziju i mogućnost sagledavanja problema *fraus legis* u svoj njegovoj kompleksnosti. Smisao kolizionih normi nije da se strankama omogući izbegavanje zakona koji im ne odgovara, nego da se obezbedi međunarodna saradnja i pravično rešavanje slučajeva sa realno, objektivno postojećim (a ne ciljno kreiranim) inostranim elementom primenom pravnih pravila države sa kojom je dati odnos najtešnje povezan. Razvoj međunarodnog privatnog prava koji se kreće u pravcu unifikacije, prvenstveno kroz aktivnosti Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, učiniće manipulisanje činjenicama koje predstavljaju tačke vezivanja bespredmetnim. Međutim, od nastanka prava ljudskoj prirodi je svojstvena težnja ka izigravanju pravila kojima se, u krajnjoj liniji, ograničava sloboda pojedinca, stoga je gotovo sigurno da će fenomen izigravanja zakona u međunarodnom privatnom pravu dobiti nove oblike, ali kao što kaže Ivo Andrić: “.. 1) sve su Drine ovog sveta krive; 2) nikad se one neće moći svekolicke ni potpuno ispraviti; 3) nikad ne smemo prestati da ih ispravljamo.”<sup>5</sup>

**Biljana Petrović Ph.D.\***  
**Snežana Prelević**

### *Evading the law (fraus legis) in international private law*

#### *A b s t r a c t*

The matters of evading the law are, usually, imperative norms that impose certain ways of behavior and exclude a possibility of the parties to regulate their relationships through an agreement. For the sake of regulative security and providing legal effect of

<sup>5</sup> Andrić, I., *Znakovi pored puta*, Beograd 2005, knjiga I, str. 45.

civil-legal relationship in foreign countries, it is recommended that the national court or the administrative authority, if there is a suspicion that some parties try to evade the foreign law, stop the process until the matter is not solved. After receiving a notification from a foreign organ on the procedure in international legal aid regarding this matter, the process may continue and a decision can be brought up depending on positive or negative answer.

Specificity of evading the law consists in formal and legal proceeding of a client according to the letter of the law, but against the spirit of the law. If we add the fact that this is the matter for a foreign country and that application of different legal systems may be applied, we get an international dimension and a possibility of viewing the problem of *fraus legis* as a complex problem.

Key words: evading the law, evading the justice, imperative norms, jurisdiction of authorities, different legal systems

### Literatura

1. Andrić I., *Znakovi pored puta*, Narodna knjiga, Beograd, 2005.
2. Bartoš M., *Povreda stranog zakona kao osnov za kasiranje*, Narodna misao, Beograd, 1928.
3. Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 2001.
4. Stanivuković M., Živković M., *Međunarodno privatno pravo*, Službeni list SCG, Beograd, 2004.
5. Etinski R., Prilog raspravi o zabrani zloupotrebe prava u međunarodnom pravu, *Zbornik radova*, XVI/2, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1982.
6. Jezdić M., *Međunarodno privatno pravo*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1963.
7. Malenića A., *Rimsko pravo*, Novi Sad, 1999.
8. Matić Ž., Kratak pregled nekih osnovnih teoretskih i praktičnih pitanja unifikacije međunarodnog privatnog prava u radu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, *Sastanak stručnjaka i naučnih radnika iz oblasti međunarodnog privatnog prava*, Beograd, 1976.
9. Marković D., *Međunarodno privatno pravo*, Privredni savetnik, Beograd, 2003.
10. Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 2000.
11. Salma J., Odgovornost za izigravanje prava, *Zbornik radova*, XVIII/1-3, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1984.
12. Stanivuković M., *Praktikum za međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004.
13. <http://www.projuris.org> (21. januar 2008).