

PRIMJENA KOLIZIJSKIH PRAVILA I STRANOG PRAVA U SUDSKOM POSTUPKU

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić*

UDK 341.948
Izvorni znanstveni rad

Autor razmatra položaj kolizijskih pravila i primjenu stranog prava u sudskom postupku. Analizira četiri pravna sustava: njemački, francuski, engleski i hrvatski. Kod svake od navedenih jurisdikcija autor odgovara na četiri pitanja: i) primjenjuje li sud strano pravo po službenoj dužnosti ili na zahtjev stranke, odnosno smatraju li se kolizijska pravila domaćeg prava prisilnim propisima ili ne; ii) utvrđuje li sadržaj stranog prava sud po službenoj dužnosti ili teret dokaza leži na stranci koja se na njegovu primjenu poziva; iii) koje će se pravo primijeniti u slučaju ako se ne može utvrditi sadržaj stranog prava; iv) mogu li se zbog neprimjene ili pogrešne primjene stranog prava ulagati pravni lijekovi.

Analiza pokazuje da između razmatranih pravnih sustava postoje znatne razlike. Najvažnije nastaju u situacijama kada stranke nisu svjesne da se mora primijeniti strano pravo, kad je strankama sadržaj stranog prava nepoznat ili kad ga nisu sposobne dokazati. Prema mišljenju autora razlike su posljedica različitih pravnih tradicija koje postoje između analiziranih pravnih sustava.

Ključne riječi: kolizijska pravila, primjena stranog prava u sudskom postupku, pravni lijekovi

I. UVOD

Primjena stranog prava u sudskom postupku jedno je od pitanja u kojima se dotiču postupovno pravo i međunarodno privatno pravo. Zbog toga smo ga i izabrali u radu koji sa zahvalnošću posvećujemo akademiku Trivi, osobi od koje smo stjecali ne samo stručna znanja nego i vrijedna životna iskustva.

* Dr. sc. Hrvoje Sikirić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

U doktrinarnom razmatranju primjene stranog prava¹ radi rješavanja sporova s međunarodnim obilježjem² izdvajaju se dva temeljna pitanja: i) mora li sud strano pravo primijeniti po službenoj dužnosti ili njegova primjena ovisi o volji stranaka, tj. jesu li kolizijska pravila po svojoj pravnoj prirodi prisilna, imperativna, ili su dispozitivna, permisivna?, ii) kako mora utvrditi sadržaj stranog prava, mora li to učiniti sud po službenoj dužnosti ili ga mora dokazati zainteresirana stranka?³

S ta dva pitanja koja se u doktrini, možda (i) zbog edukativnih razloga jasno razlikuju, ali koja su u praksi vrlo isprepletena, usko su povezana još ova

¹ Pod izrazom “strano pravo” razumiju se materijalna pravila stranog prava, osim ako nije izričito navedeno da se pojam odnosi na cjelokupni strani pravni poredak.

² Premda se pitanje koja se privatnopravna situacija smatra situacijom bez međunarodnog obilježja, a koja s njime, odnosno koji je spor domaći spor, a koji međunarodni može činiti akademskim, u teoriji međunarodnog privatnog prava na to se pitanje ne odgovara jedinstveno. U biti tog pitanja jest određivanje polja primjene kolizijskog pravila, tj. na koje se situacije to pravilo primjenjuje. Tako *de Boer*, u izvrsnoj studiji posvećenoj upravo problemu primjene stranog prava, u određivanju polja primjene kolizijskog pravila, odnosno razlikovanju slučaja s međunarodnim obilježjem i bez njega razlikuje: 1) neograničeno polje primjene kolizijskog pravila - svaki se slučaj podvrgava testu kolizijskog pravila i nakon toga sud zaključuje mora li primijeniti domaće ili strano pravo, 2) polje primjene kolizijskih pravila određeno je kolizijskopravnom konvencijom, 3) “strani domaći slučajevi” (*foreign domestic cases*) - slučajevi u cijelosti povezani s jednom zemljom, ali se o njima odlučuje u drugoj zemlji, 4) “ugovori međunarodnog tržišta” (*international market contracts*) - ugovori koji su sklopljeni između multinacionalnih kompanija koje djeluju na međunarodnom tržištu, dok ugovori sami po sebi ne sadržavaju međunarodno obilježje, 5) slučajevi koji su kao međunarodni određeni s gledišta kolizijskih pravila prava suda - ne daje se opća definicija međunarodnog slučaja, pojedini slučaj smatra se međunarodnim ako su ispunjene pretpostavke određene kolizijskim pravilom, 6) slučajevi koji su kao međunarodni određeni po kriterijima navedenim u kolizijskim pravilima suda (*multistate cases defined in terms of the forum's choice-of-law criteria*) - ovdje se razlika između domaćeg i međunarodnog slučaja temelji na ocjeni polja primjene svakog prava na koje činjenice slučaja upućuju. Kad iz činjenica slučaja slijedi da dva ili više prava (pravo suda i neko drugo pravo) mogu zahtijevati svoju primjenu, 7) činjenično određenje međunarodnog slučaja (*factual definition of multistate cases*) - posebno u sustavima u kojima “sud poznaje pravo”. Nakon utvrđenja činjenica sud određuje pod koju se grupu pravnih pravila one moraju podvesti. - Th. M. de Boer, *Facultative Choice of Law - The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and foreign law*, *Receuil des cours*, 1996-I, Vol. 257, str. 235-427.

³ L. Sass, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*, *Am.J.Comp.L.* XVI (1968) 3, str. 332-371, 335.

dva pitanja: iii) mogu li se zbog neprimjene ili pogrešne primjene stranog prava ulagati pravni lijekovi? te iv) kako mora postupiti prvostupanjski sud kad ne može utvrditi sadržaj stranog prava na koje ga je uputilo domaće kolizijsko pravilo?⁴

U odgovoru na ta pitanja u poredbenom pravu - doktrini, zakonodavstvu i sudskoj praksi - razlikuju se tri gledišta, i to:

a) Prema prvom, načelo *iura novit curia* vrijedi i za strano pravo, što znači da bi sudac po službenoj dužnosti morao poznavati i primjenjivati strano pravo. Proširenje tog načela i na strano pravo moguće je samo onda ako se to načelo odnosi, bez iznimaka, i na primjenu kolizijskih pravila prava suda. To znači da su kolizijska pravila, kao sastavni dio domaće prava, u pogledu njihove primjene ili neprimjene prisilni propisi i da ih je domaći sud, kao i svako drugo prisilno pravno pravilo unutarnjeg prava, dužan primijeniti.⁵ Prema tome, sud je onaj koji mora, prvo, prepoznati da je riječ o privatnopravnoj situaciji s međunarodnim obilježjem i, drugo, sam odrediti mjerodavno pravo na način i po kriterijima koji su predviđeni kolizijskim pravilima prava suda. Dakle, sud mora poznavati i kolizijska pravila *legis fori*. Iz dužnosti suda da primijeni kolizijsko pravilo i tako utvrdi koje je pravo mjerodavno slijedi i njegova dužnost da utvrdi i sadržaj stranog prava. Međutim, dok je u pogledu utvrđivanja sadržaja domaće prava sud potpuno nezavisan od stranaka, kad je riječ o utvrđivanju stranog prava, ako ocijeni da je to potrebno, može prepustiti inicijativu i strankama. tj. pozvati ih da i one pridonose utvrđivanju njegova sadržaja, ili može na neki drugi način utvrditi sadržaj stranog prava.

Ovo gledište ima ishodište u *Savignyjev*u učenju, prema kojem su sva svjetska prava jednakovrijedni članovi zajednice nacionalnih prava.⁶ To znači da se od domaćem i stranom pravu mora pristupiti na jednak način, odnosno da se od suca može zahtijevati da poznaje kako domaće, tako i strano pravo.

b) Potpuno suprotno upravo navedenom stavu koje strano pravo smatra pravom i čija primjena ne ovisi o volji stranaka jer ga sudac treba primijeniti po službenoj dužnosti, po drugom se gledištu strano pravo smatra činjenicom na

⁴ Sass, *supra*, bilj. 3, str. 334.

⁵ Načelo *iura novit curia* pravno se ne shvaća u doslovnom značenju "sud zna pravo", tj. da sudac zna sve domaće pozitivne propise. Ono znači da je sudac dužan primijeniti odgovarajuće pravno pravilo, a ako ne zna koje bi pravilo morao primijeniti, sam mora utvrditi koje pravilo mora primijeniti. Bit načela jest, dakle, da je sudac u ocjeni koje pravno pravilo mora primijeniti samostalan i da nije vezan prijedlogom stranaka o tome.

⁶ C.F. Savigny, *System Des Heutigen Römischen Rechts*, 1849, str. 24-28.

koju se, ako se želi njegova primjena u sporu s međunarodnim obilježjem, treba pozvati i koju činjenicu sucu, uz pomoć vještaka ili nekog drugog dokaznog sredstva, treba, na za suca zadovoljavajući način, i dokazati. Ako se stranka ne pozove na primjenu stranog prava, sud će o predmetu odlučiti na temelju domaće prava. Prema tome, na postojanje međunarodnog obilježja i potrebu primjene stranog prava moraju upozoriti stranke, a ne sud. Kako dakle sud nije dužan uočiti da je pravni odnos u vezi s više pravnih poredaka niti da mora primijeniti strano pravo, tako nije dužan utvrđivati niti sadržaj stranog prava. Dužnost tog utvrđivanja u cijelosti je na strankama. Mora se napomenuti da u poredcima u kojima je taj stav prihvaćen navedena pravila vrijede za primjenu mjerodavnog prava, a ne i za utvrđivanje međunarodne nadležnosti sudova tih poredaka. Nadalje, jasno je da je u tim pravnim poredcima načelo *iura novit curia*, ne samo u postupku s međunarodnim obilježjem, već i u potpuno unutarnjem postupku, potpuno nepoznato. To znači da stranke same moraju protumačiti domaće pravo, i to putem precedenata, kako onih koji im idu u prilog, tako i onih koji im ne idu. To će biti njihova dužnost i onda kad ne zahtijevaju primjenu stranog prava, pa se primijeni domaće pravo.

c) Stavu između navedenih gledišta priklanjaju se pravni poredci koji ostavljaju sucu da sam odluči hoće li uzeti u obzir mogućnost da mora primijeniti strano pravo i hoće li tražiti dokaz o mjerodavnom stranom pravu. Prema tome, kolizijska pravila nisu prisilni propisi, ali je - u pravilu - na sucu da ocijeni hoće li kolizijsko pravilo primijeniti ili ne. Kad odluči primijeniti kolizijsko pravilo i bude upućen na strano pravo, pri njegovoj primijeni i u pogledu utvrđivanja njegova sadržaja može od stranaka zatražiti pomoć, tj. da mu dokažu sadržaj stranog prava.

Zanimljivo je, u ovom uvodnom dijelu rada, podsjetiti na stav o položaju kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku koji je izrazio Institut za međunarodno pravo u rezoluciji usvojenoj na 64. zasjedanju održanom 1989. pod predsjedanjem *Juana Manuela Castra-Rial y Canose* u Santiagu de Camposteli.⁷ U drugom dijelu rezolucije, pod naslovom: Primjena kolizijskih pravila, određuje se: "a) pridajući prisilnopravnu prirodu kolizijskim pravilima, koja određuju bilo strano pravo bilo pravo suda kao mjerodavno, preporučuje se da države, u mjeri u kojoj to dopuštaju opća pravila postupka, zahtijevaju od svojih nadležnih organa da pitanje primjene kolizijskog pravila postavljaju po

⁷ Cjelovit tekst rezolucije u: *RabelsZ* 54 (1990), str. 160-175 - prikaz F. Rigaux, str. 139-142.

službenoj dužnosti; i - u slučaju kad se to pravilo primjenjuje, po službenoj dužnosti primijene strano pravo koje je odredilo to pravilo.”⁸ Rezolucija je bliska prvom od navedenih gledišta o pravnoj prirodi kolizijskih pravila i primjeni stranog prava. Iz nje se može iščitati stav o jednakovrijednosti mjerodavnog stranog prava i prava suda, a u njoj je sadržan zahtjev za pojačanim sudskim nadzorom nad primjenom kolizijskih pravila i stranog prava.

U ovom radu razmotrit ćemo poredbenopravna rješenja o položaju kolizijskih pravila i primjenu stranog prava u sudskom postupku rješavanja sporova s međunarodnim obilježjem u Njemačkoj (1), Francuskoj (2) Engleskoj (3) i Hrvatskoj (4).

II. POREDBENI PRIKAZ

I. Njemačka

U njemačkim područjima Svetog Rimskog Carstva, koje je obnovilo političku ideju o Rimskom Carstvu i čiji su se carevi (*Kaisern*) smatrali nasljednicima rimskih cezara, doktrina *iura novit curia* dobila je zakonsku snagu u Ordonansi iz 1495. kojom se uređivalo postupanje tada ustanovljenog suda *Reichskammergericht*. Taj je sud svoje odluke morao po službenoj dužnosti temeljiti na općem pravu Carstva koje je zapravo bilo osuvremenjeno rimsko pravo i njegov sadržaj suci su morali znati *ex officio*. Suci su mogli suditi i po njemačkom običajnom pravu i statutima, i to pod dva uvjeta: prvo, ako su to stranke od njih zahtijevale, i u

⁸ “II. Primjena kolizijskih pravila

a) dajući prisilnopravnu prirodu kolizijskim pravilima, koja određuju bilo strano pravo bilo pravo suda kao mjerodavno, preporučuje se da države, u mjeri u kojoj dopuštaju opća pravila postupka, zahtijevaju od svojih nadležnih organa da pitanje primjene kolizijskog pravila postavljaju po službenoj dužnosti; i - u slučaju kad se to pravilo primjenjuje, po službenoj dužnosti primijene strano pravo koje je odredilo to pravilo; b) preporučuje se da sudski organi, pomoću sredstava koja su im na raspolaganju prema procesnim pravilima njihovih zemalja, budu sposobni poduzeti pomorne inicijative radi utvrđivanja sadržaja stranog prava na način kako se ono primjenjuje u stranoj zemlji, posebno zahtijevajući suradnju stranaka; c) preporučuje se da se zbog primjene stranog prava mogu izjavljivati pravna sredstva koja odgovaraju onima koja su moguća kad se primjenjuje pravo suda; d) preporučuje se da se strano pravo koje se mora primijeniti može odbiti samo ako je njegov učinak očito suprotan javnom poretku.” - *Rabelsz* 54 (1990), str. 169.

tom je slučaju na strankama ležao teret dokaza njihova postojanja i njihova sadržaja; drugo, takvo je pravo sud, da bi ga primijenio, morao ocijeniti kao “pravedno, pravično i razumno”.⁹ Zanimljivo je da je takvo shvaćanje, po kojem su se nekodificirano domaće običajno pravo ali i strano pravo smatrali činjenicama i na koje se stranka koja je u postupku željela njihovu primjenu morala pozvati i njihovo postojanje i sadržaj dokazati, prevladavalo u Njemačkoj do četrdesetih godina prošlog stoljeća. Stranka koja se pozivala na primjenu običaja ili stranog prava bila je oslobođena tereta dokazivanja ako je suprotna stranka njihovu primjenu prihvatila, ili ako je bila riječ o općepoznatoj činjenici.¹⁰

U njemačkoj doktrini prvi je shvaćanje o stranom pravu kao činjenici osporio *Puchta*.¹¹ Njegovo shvaćanje prihvatio je, usavršio i doveo do konačne pobjede *Savigny*.¹² Obojica polaze od pretpostavke da su običajno i strano pravo jednako pravila ponašanja kao što je to i pisano domaće pravo i da njihovo postojanje ne može biti predmet privatnog interesa. Jedina razlika između tih pravnih pravila jest u tome što se ne može očekivati od suca da zna običaje i strano pravo, koje mu zbog toga stranke moraju predočiti i dokazati. Premda, dakle, običaji i strano pravo pokazuju određene sličnosti s činjenicama kad je riječ o njihovu položaju u postupku, ipak se s obzirom na njihovu prirodu moraju različito tretirati. Dok činjenice sudac ne može sam nadomještati, običaje i strano pravo valja uzeti u obzir čak i onda kad sudac slučajno zna za njih. Nadalje, dok se činjenice mogu vremenski ograničeno iznositi tijekom postupka i u skladu s pravilima dokazivanja, dotle u pogledu utvrđivanja običaja i stranog prava, budući da mogu postati bitni za vrijeme bilo kojeg stadija postupka, sudac mora imati slobodne ruke u pogledu njihova dokazivanja.¹³ *Puchtina*, a posebno *Savignyjeva*, gledišta bila su ne samo prihvaćena u njemačkoj doktrini već i unesena u odredbu čl. 265. njemačkog Zakona o građanskom postupku iz 1877. (*Zivilprozessordnung* - ZPO). U postojećoj verziji tog zakona prvotnom §

⁹ V. pobliže L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 350, bilj. 55.

¹⁰ O povijesnom razvoju shvaćanja o stranom pravu kao činjenici u kontinentalnom europskom pravu i razlozima napuštanja tog shvaćanja v. pobliže L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 347-351.

¹¹ Puchta, *Das Gewonheitsrecht*, I. dio, 1828, str. 150; II. dio (1837), str. 151 - navod prema: L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 357 i bilj. 86.

¹² C. F. Savigny, *supra*, bilj. 6, str. 186 - navod prema: L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 357 i bilj. 87.

¹³ L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 357.

265. odgovara § 293. koji ćemo u nastavku naših razmatranja o njemačkom pravu detaljnije analizirati.

1.1. Pravna priroda kolizijskih pravila - utvrđivanje primjene stranog prava

U skladu s načelom *iura novit curia* njemački sudac mora znati njemačko pravo, tj. mora ga samostalno utvrditi, tumačiti i primijeniti. To znači da i kolizijska pravila kao dio unutarnjeg njemačkog prava njemački sudac mora primjenjivati po službenoj dužnosti. On mora, dakle, sam postaviti pitanje radi li se o privatnopravnom odnosu s međunarodnim obilježjem, mora znati ta pravila i po službenoj dužnosti mora utvrditi mjerodavnost stranog prava.¹⁴ U smislu takvog doktrinarnog stava judikatura tumači odredbu čl. 3. st. 1. reč. 1. Zakona o novom uređenju međunarodnog privatnog prava iz 1986. kojom se određuje da će se pravila tog zakona primijeniti na činjenično stanje koje je u vezi s pravom neke strane države. Tako je Savezni sud (*Bundesgerichtshof*), koji je najviša sudska instancija u Njemačkoj, u svojim odlukama izričito prihvatio da se kolizijska pravila moraju primjenjivati po službenoj dužnosti. U presudi od 7. 4. 1993. Savezni je sud naveo:¹⁵

“Ako prilikom ocjene činjeničnog stanja mora primijeniti strano pravo, njemačko međunarodno privatno pravo mora primijeniti po službenoj dužnosti. Kolizijska pravila Uvodnog zakona za Građanski zakon jesu zakon i zbog toga su općeobvezna. Zbog toga nije važno je li se makar jedna od stranaka pozvala na primjenu stranog prava. Zakonodavac prilikom reforme međunarodnog privatnog prava Zakonom od 25. srpnja 1986. (BGBl I 1142) namjerno nije slijedio suprotna stajališta koja zastupaju fakultativno kolizijsko pravo. Zbog toga mora temeljem njemačkog privatnog prava provjeriti mora li se na postavljeni zahtjev primijeniti njemačko ili strano materijalno pravo.”¹⁶

¹⁴ G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 7. izd. 1995, § 15 II, str. 363; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3. izd., 1997, § 59 I 2, str. 539; R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3. izd., 1997, r.br. 2571, str. 646.

¹⁵ BGBl I 142; H. Sikirić, prijevod na hrvatski u: *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno pravo*, 21-22 (1991-1992), str. 102-135.

¹⁶ BGH RIW 1993, str. 586.

Podsjećanjem u citiranom obrazloženju da je zakonodavac tijekom izrade zakona namjerno odbacio stavove o fakultativnosti kolizijskih pravila,¹⁷ Savezni je sud samo potvrdio već otprije zauzeti stav kojim je osporio gledište po kojem bi njemački sudac morao u situacijama s međunarodnim obilježjem primjenjivati njemačko pravo sve dok jedna stranka ili neki drugi sudionik u postupku ne bi istaknuo primjenu stranog prava.¹⁸ Štoviše, pravila kolizijskog prava su prisilna pravila, u smislu da sudac tijekom cijelog postupka mora provjeravati propisuje li njemačko međunarodno privatno pravo primjenu njemačkog ili stranog prava.¹⁹

Stav o prisilnopravnoj prirodi kolizijskih pravila Savezni sud ponovo je zauzeo i u presudi od 21. rujna. 1995. u kojoj je samo kratko utvrdio da se “njemačko kolizijsko pravo u slučajevima s međunarodnim obilježjem primjenjuje po službenoj dužnosti”.²⁰

1.2. Utvrđivanje sadržaja stranog prava

Utvrđivanje i primjena stranog prava u postupku uređeni su § 293. njemačkog Zakona o građanskom postupku. Taj članak nalazi se u dijelu Zakona kojim se uređuje prvostupanjski postupak. § 293. ZPO glasi:

“[Strano pravo; Običajno pravo; Statuti] Pravo koje važi u nekoj stranoj državi, običajno pravo i statuti, moraju se dokazati samo ako su nepoznati sudu. Prilikom utvrđivanja pravnih pravila sud nije ograničen na dokaze koje su pribavile stranke; on je ovlašten koristiti se i drugim izvorima saznanja i radi takve upomore naložiti pomorno”.

Strana pravna pravila za njemačkog su suca pravo, a ne činjenice. Zbog toga njemački sudac mora i sadržaj stranog prava utvrđivati po službenoj dužnosti.²¹

¹⁷ Učenje o fakultativnom kolizijskom pravu u njemačkoj je doktrini manjinsko mišljenje. O toj teoriji vidi pobliže: A. Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht*, *RabelsZ* 34 (1970), str. 547-584; D. Körner, *Fakultatives Kollisionsrecht In Frankreich Und Deutschland*, *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, 44, 1995; D. EINSELE, *Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht*, *RabelsZ* 60 (1996), str. 417-447.

¹⁸ BGH JZ 1985, str. 951.

¹⁹ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2572, str. 646.

²⁰ BGH NJW, 1996, str. 54.

²¹ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2577, str. 648.

Njemački Savezni sud jasno se opredijelio za stav da je sud dužan utvrđivati strano pravo. Tako u presudi od 16. listopada 1986. navodi:

“U okviru § 293. ZPO dužnost je suda da po službenoj dužnosti utvrdi sadržaj stranog prava. Povreda § 293. ZPO jest revizibilna. Samo ako sudac postupa u okviru obveznog dužnog ocjenjivanja, njegova odluka nije podložna reviziji.”²²

Jednak stav zauzeo je Savezni sud u presudi od 29. lipnja 1987. u kojoj je utvrdio:

“Sud ipak ima dužnost da prema § 293. ZPO utvrdi po službenoj dužnosti pravo mjerodavno za odlučivanje u sporu. Ako ne izvrši tu za njega obvezujuću ocjenu u skladu s tom dužnošću i ne ispuni dužnost utvrđivanja, te okolnosti mogu se napadati revizijom.”²³

Svaki je sudac, jasno, školovan samo da zna nacionalni pravni sustav. Premda mu se nameće dužnost utvrđivanja stranog prava, od njega se ne može očekivati da u jednakoj mjeri u kojoj poznaje domaće pravo poznaje i strano pravo i da ga tumači i primjenjuje jednako suvereno kao i domaće pravo. Njemački sudac, stoga, svoju dužnost da utvrdi i donese sud o sadržaju stranog prava na koje upućuju kolizijska pravila njemačkog međunarodnog privatnog prava može ispuniti samo na temelju spoznajnih mogućnosti koje mu stoje na raspolaganju i na njemu je da ocijeni na koji će način to izvršiti.²⁴ Ne bi se, međutim, morao zadovoljiti time što bi utvrdio strani zakonski tekst, već bi morao istražiti i stranu doktrinu i sudsku praksu koja se na pravno pravilo koje primjenjuje odnosi. Na takvo postupanje upozorio je Savezni sud u presudi od 30. ožujka 1976. navodeći u obrazloženju:

“Istina je da je sudac u smislu § 293. ZPO ne samo ovlašten nego i dužan utvrditi strano pravo i iskoristiti mu dostupne izvore saznanja. Njegova odluka podliježe koliko je moguće naknadnom ispitivanju revizijskog suda. Sudac se pri tome ne smije koristiti samo pozitivnim pravnim pravilima, već mora uzeti u obzir pravnu doktrinu i sudsku praksu. Pri tome, načelno, o njegovoj dužnoj ocjeni ovisi na koji će način steći saznanje o stranom

²² BGH NJW 1987, str. 591.

²³ BGH NJW 1988, str. 647.

²⁴ G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 II, str. 363; R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2579, str. 648; BGH NJW 1976, str. 1581.

pravu. Žalbeni je sud postupao u skladu s ovom dužnom ocjenom. On se pri utvrđivanju turskog prava savjetovao s prof. dr. H. i prof. dr. K. kao vještacima.”²⁵

Sud je dužan uzeti u obzir stranu sudsku praksu na koju ga je upozorila jedna stranka u sporu. Ako tako ne postupi, postupa suprotno § 293. ZPO, što predstavlja revizijski razlog. Takvo shvaćanje izraženo je u presudi Saveznog suda od 24. ožujka 1987.

“Doista je u sklopu dužne ocjene suca *kako* će steći spoznaju o sadržaju stranog prava. Iz obrazloženja presude mora se, međutim, moći utvrditi da je doista i izvršio dužnu ocjenu stranog prava. Strano pravo mora utvrditi po službenoj dužnosti. Pri tome se nije dovoljno pozvati na konkretne pravne izvore, već i na konkretno tumačenje stranog prava u pravnoj praksi, posebno mora uzeti u obzir stranu sudsku praksu. ... U pobijanoj presudi obrazloženi su razlozi za ocjenu bolnine po austrijskom pravu; u pogledu visine dugovanih iznosa ne navodi se, međutim, ništa. Šutnja žalbenog suda o tome može značiti da dužnosti utvrđivanja stranog prava sud nije udovoljio. ... Žalbeni je sud u svakom slučaju dužan dati u presudi obrazloženje o utvrđivanjima predložene strane pravne prakse, ako su stranke, kao u predmetnom sporu, na nju uputile, budući da se u suprotnom otežava ili postaje nemoguće naknadno ispitivanje iz razloga povreda postupka iz § 293. ZPO.”²⁶

Savezni sud može provjeravati je li strano pravo bilo procesnopravno ispravno utvrđeno.²⁷ Revizibilno je i pitanje je li sud prilikom utvrđivanja stranog prava iskoristio sva spoznajna sredstva koja mu stoje na raspolaganju.²⁸

U pogledu utvrđivanja sadržaja stranog prava vrijedi načelo slobodne ocjene dokaza. Sud nije obvezan slijediti opća pravila o izvođenju dokaza propisana u §§ 355-370. ZPO. O njegovoj ocjeni ovisi kad će dokaze izvoditi u formalnom obliku. Ako ocijeni potrebnim provesti formalno izvođenje dokaza, neovisno o tome što strano pravo nije činjenica, u tom slučaju mora primjenjivati odredbe ZPO kojima je formalni dokazni postupak uređen. Utoliko je prostor za njegovu ocjenu ograničen.²⁹ Premda načelo *iura novit curia* vrijedi i za primjenu stranog

²⁵ BGH NJW 1976, str. 1583.

²⁶ BGH NJW 1988, str. 648.

²⁷ BGH NJW 1975, str. 2143.

²⁸ BGH NJW 1961, str. 411.

²⁹ BGH NJW 1975, str. 2143.

prava i ne smatra ga činjenicom, u praksi do utvrđivanja stranog prava dolazi najčešće putem formalnog dokaznog postupka na temelju odluke o izvođenju dokaza.³⁰ Pri tome sud može zatražiti pomoć stranaka. Rječnikom teorije procesnog prava to zapravo znači da se istražno načelo koje vrijedi bez iznimaka kad je riječ o utvrđivanju, tumačenju i primjeni domaćeg prava, u pogledu stranog prava nadopunjuje raspravnim načelom, tj. da se i strankama dopušta inicijativa dokazivanja stranog prava, ako to one žele i mogu učiniti.

Pri utvrđivanju stranog prava njemački sudac, načelno, ima tri mogućnosti.³¹ On može:

- sam utvrditi strane pravne izvore, protumačiti ih i primijeniti;
- zatražiti obavijest o stranom pravu prema Europskoj konvenciji o obavijestima o stranom pravu od 7. lipnja 1968;³²
- odrediti izvođenje dokaza vještačenjem, tj. zatražiti od određene osobe da da svoj nalaz i mišljenje o stranom pravu.

Samostalno utvrđivanje suca u praksi je vrlo često. U Njemačkoj će to ponajčešće biti ako je riječ o sporu iz obiteljskog ili nasljednog prava jer o tim pitanjima postoji obilna literatura koja sadržava poredbenopravne prikaze.³³

Premda se Evropska konvencija o obavijestima o stranom pravu na prvi pogled čini obećavajućim međunarodnim instrumentom za utvrđivanje prava u zemljama koje su teško dostupne ili čiji su pravni izvori promjenljivi, ona se u pravnoj praksi nije pokazala takvom. Kao nedostatak konvencijskih rješenja ističe se da je postupak koji ona predviđa dugotrajan i pomalo nespretnan. Naime, pomora da se zahtjev prevede na službeni jezik zemlje o čijem se pravu traže

³⁰ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2585, str. 649.

³¹ A. Heldrich, *Probleme bei der Ermittlung ausländisches Rechts in der gerichtlichen Praxis*, FS Hideo Nakamura, Tokyo, 1996, str. 244-252, 245.

³² Konvencija je na snazi u sljedećim državama članicama Vijeća Europe: Austriji, Albaniji, Azerbejdžanu, Belgiji, Bugarskoj, Cipru, Češkoj, Danskoj, Estoniji, Finskoj, Francuskoj (uklj. prekomorska područja), Grčkoj, Gruziji, Islandu, Italiji, Latviji, Lihtenštajnu, Luksemburgu, Mađarskoj, Malti, Moldaviji, Nizozemskoj (uklj. Arube), Norveškoj, Njemačkoj, Poljskoj, Portugalu, Rumunjskoj, Ruskoj Federaciji, Sloveniji, Srbiji i Crnoj Gori, Švedskoj, Švicarskoj, Španjolskoj, Turskoj, Ukrajini i Ujedinjenom Kraljevstvu. Konvencija je na snazi i u državama koje nisu članice Vijeća Europe, i to: Bjelarusiji, Kostariki i Meksiku - podaci prema: <http://conventions.coe.int/treaty> - posjet stranici: 10. 12. 2005.

³³ A. Bergmann/M. Ferid/D. Heinrich, *Internationales Ehe- Und Kindschaftsrecht*, 1983; M. Ferid/K. Firsching/Lichtenberger, *Internationales Erbrecht*, 1996.

podaci može uzrokovati teškoće u oblikovanju tog zahtjeva i nesporazume u njegovoj interpretaciji. Nadalje, zahtjev mora sadržavati konkretna pravna pitanja. Njihovo formuliranje ovisi ponajviše o sucu koji ih postavlja, a on je školovan u duhu svojeg pravnog poretka i u svojem se zahtjevu logično koristi pravnim pojmovima u značenju koje im se daje u njegovu pravnom poretku. Oni se, međutim, ne moraju nužno poklapati sa značenjem i sistematizacijom pravnog poretka o kojem se traže podaci. Zbog toga stalno postoji opasnost da izostane odgovor na probleme koji su sadržani u predmetu o kojem mora odlučiti.³⁴

Sud može i sam odrediti izvođenje dokaza o sadržaju stranog prava putem nalaza i mišljenja vještaka. Vještačenje se, dakle, ne odnosi na okolnost mora li ili ne primijeniti strano pravo, jer je to pitanje, budući da u sebi uključuje primjenu njemačkog kolizijskog pravila, u isključivoj nadležnosti suca i on po službenoj dužnosti, kako je to već objašnjeno, mora odgovoriti na to pitanje. Ako je odgovor pozitivan, može se, radi utvrđivanja sadržaja tog prava, obratiti za pomoć i vještaku, tj. odrediti provođenje vještačenja. U Njemačkoj je takav način saznanja o sadržaju stranog prava vrlo prihvaćen. Ovo tržište u svojem najvećem dijelu dijele četiri poznate ustanove: Max -Planck institut za inozemno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu, Institut za inozemno i međunarodno privatno i gospodarsko pravo Sveučilišta u Heidelbergu, Institut za međunarodno i strano privatno pravo Sveučilišta u Kölnu te Institut za međunarodno i usporedno pravo Sveučilišta u Münchenu.³⁵ Stav je sudske prakse da znanstveno vještačenje može dati samo osoba koja ima posebno znanje o stranom pravu i o stranoj pravnoj praksi.³⁶

Ako nema specijalističkog znanja o stranom pravu, sud je, ako stranka predloži izvođenje dokaza o sadržaju stranog prava vještačenjem, takav prijedlog dužan prihvatiti. U protivnom krši dužnost utvrđivanja stranog prava koju mu nalaže § 293. ZPO i takva povreda postupka je revizibilna. Takav stav jasno je zauzeo Savezni sud u presudi od 10. svibnja 1984.

“Povreda § 293. ZPO je revizibilna. Svakako, u pravilu je u okviru dužne ocjene suca koji utvrđuje činjenice (*Tatsachenrichter*) kako će steći znanje o sadržaju stranog prava; ako djeluje u okviru te ocjene, tada odluka nije podložna reviziji. Međutim, ocjena je pogrešna ako žalbeni sud koji ‘očito

³⁴ A. Heldrich, *supra*, bilj. 31, str. 246.

³⁵ A. Heldrich, *supra*, bilj. 31, str. 247.

³⁶ BGH NJW 1991, str. 1419; A. Heldrich, *supra*, bilj. 31, str. 247 i sl.

nema specijalističkog znanja' koje se tiče spornog pravnog područja, ne slijedi poticaj da odredi izvođenje vještačenja. I u spornom predmetu ne može se zaniijekati takva pogrešna ocjena. Žalbeni sud očito nije u mogućnosti utvrđivati pravo države New York. On je, međutim, upućen na moguće spoznajno sredstvo (vještačenje Max-Planck instituta). Pod takvim okolnostima kao ocjena koja se duguje pokazuje se samo izvođenje dokaza vještačenjem jer bilo kakav drugi postupak ne udovoljava dužnosti suda da utvrdi sadržaj stranog prava."³⁷

Sud ne obvezuje suglasno izlaganje stranaka o stranom pravu. Strano pravo nije činjenica, već ima kvalitetu pravnog pravila. Iz suglasnosti stranaka sud ne može zaključiti da su navodi o sadržaju stranog prava istiniti.³⁸ Ako su, međutim, obje stranke iz zemlje koje pravo treba utvrditi, pretpostavlja se da navodi stranaka odgovaraju stranom pravu, i da u tom slučaju sud ne bi povrijedio svoju dužnost utvrđivanja stranog prava ako više ne bi izvodio daljnje dokaze.³⁹ Kada se navodi stranaka o stranom pravu međusobno razlikuju, sud bi trebao poduzeti opsežna istraživanja radi utvrđivanja pravog pravnog stanja. Opseg i intenzitet dužnosti utvrđivanja stranog prava ovisit će o okolnostima pojedinog slučaja, npr. o ugledu i praktičnom iskustvu autora čijeg će se prikaza stranog prava sud držati.⁴⁰

Stranke ne moraju sudu pri utvrđivanju stranog prava samo pomagati, npr. time da podnesu vlastita utvrđivanja o stranom pravu. U određenom opsegu na njima je, zapravo, teret suradnje u razjašnjenju stranog prava. Istina je da sudac sam mora utvrđivati strano pravo, no stranke bi ga u tome morale podržati, posebno onda ako su im izvori stranog prava relativno lako dostupni. U tom je smislu i Savezni sud, u već navedenoj presudi od 30. ožujka 1976, izrazio svoj stav.

"Pri utvrđivanju stranog prava stranka je dužna surađivati u okviru onoga što se može zahtijevati. To naročito vrijedi onda kad ona bez posebnih poteškoća može doći do spoznajnih izvora o stranom pravu."⁴¹

Ako jedna od stranaka ne pridonese onoliko koliko se od nje moglo očekivati,

³⁷ BGH IPRax 1985, str. 159.

³⁸ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2586, str. 649; LG Hamburg, BB 1989, str. 2191.

³⁹ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2586, str. 649.

⁴⁰ A. Heldrich, *supra*, bilj. 31, str. 245.

⁴¹ BGH NJW 1976, str. 1581.

sud može samo iznimno odustati od daljih utvrđivanja i zaključiti da se ne mogu steći nova saznanja o stranom pravu. U pravilu, u nepostojanju objektivnog tereta dokaza niti jedna stranka ne bi morala pretrpjeti štetu.⁴²

I kad je riječ o saslušanju svjedoka, sud nije oslobođen dužnosti utvrđivanja stranog prava. On se mora sam uvjeriti u ispravnost sadržaja prava koje mora primijeniti.⁴³

Kad treba primjenjivati strano pravo, treba ga primjenjivati na način kako ga tumači i primjenjuje sudac te strane zemlje, u mjeri u kojoj je to uopće moguće zbog razlika u organizaciji sudstva, pravilima postupka i inih drugih razlika. Tumačenje i primjena na način kako to čini strani sudac jest, dakle, cilj primjene stranog prava. Taj cilj često se iskazuje metaforom da je "sudac u primjeni domaćeg prava arhitekt, a u primjeni stranog fotograf".⁴⁴ Na taj način postiže se međunarodna ujednačenost rješenja, tj. da se strano pravo primjenjuje jednako, neovisno o tome sud koje ga zemlje primjenjuje. Treba se, dakle, suzdržati tumačiti strano pravo i pojmove koje ono sadržava u skladu s domaćim pravom. I stranu sudsku praksu i doktrinu mora uzeti u obzir u mjeri u kojoj je uzima i strani sudac.⁴⁵ Trgovačke običaje također mora tumačiti na način kako se to čini u stranom pravu.

Prilikom primjene stranog prava njemački je sudac ovlašten ispitivati i ustavnost stranog zakona koji primjenjuje sa stranim ustavom, ako je na takvo ispitivanje ovlašten ili obvezan i odgovarajući sud u stranoj zemlji.⁴⁶ Ako u toj stranoj zemlji nije poznato sudsko ispitivanje ustavnosti određenog zakona, ni njemački sud ne bi mogao odbiti primjenu stranog zakona pozivom na protivnost ustavu strane zemlje. Ako se u odnosnoj zemlji ustavnost može ispitivati *incidenter*, takvo ispitivanje može izvršiti i njemački sud. Protivnost stranom ustavu imala bi prednost pred utvrđenjem protivnosti njemačkom ustavu. Ako je u stranoj zemlji kontrola ustavnosti pridržana određenom sudu, njemački bi sud takve odluke morao poštovati. U slučaju da takva odluka u vezi s konkretnim zakonom nije donesena, moralo bi se smatrati da je taj zakon u skladu s ustavom strane zemlje.⁴⁷

⁴² R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2589, str. 651; BGH RIW 1982, str. 199.

⁴³ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2592, str. 652.

⁴⁴ Metafora se pripisuje Werneru Goldschmidt. Usp. G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 III, str. 367; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 I, str. 192.

⁴⁵ G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 III, str. 366.

⁴⁶ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2597, str. 653; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 III, str. 366; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 II 1, str. 193.

⁴⁷ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 II 1, str. 193.

U doktrini se ističe da je javnopravni legitimitet vlade koja je donijela strani zakon bez utjecaja, posebno pak činjenica priznaje li je ili ne zemlja koje sud primjenjuje strano pravo. Isto tako nije važno postoje li sa stranom zemljom koje bi pravo trebalo primijeniti diplomatski odnosi. Smatra se da je pomorno da režim koje se pravo mora primijeniti ima određenu stabilnost.⁴⁸

Smatra se, također, da se određeno pravno pravilo koje je na snazi u stranoj zemlji, a koje je suprotno prisilnim propisima njemačkog javnog prava (npr. pravila o državljanstvu, izvlaštenju i sl.) ne bi moralo primijeniti.⁴⁹

Primjenjujući strano pravo, njemački bi ga sudac, kako se to u komentarima ističe, mogao i razvijati, i to kad odlučuje o onim slučajevima o kojima još ne postoji sudska praksa u zemlji koje se pravo primjenjuje. I ovdje to pravo mora tumačiti i primjenjivati u duhu i na način kako odgovara tom pravu uz pomoć sveg dostupnog mu materijala i ne udahnjivati mu duh njemačkog prava.⁵⁰

1.3. Pravo koje se primjenjuje ako sud ne može utvrditi sadržaj stranog prava

Ako se u konkretnom slučaju ne može utvrditi sadržaj stranog materijalnog prava, mora se primijeniti neko pravo koje će nadomjestiti pravo koje se nije moglo utvrditi - "nadomjestno pravo" (*Erstzrecht*). Općenito govoreći, ne bi se smjelo prebrzo odustati od primjene mjerodavnog prava u korist prava kojim bi se ono nadomjestilo. Međunarodnom obilježju konkretnog slučaja više odgovara da se primijeni strano pravo kad god je to moguće nego da se zbog svake poteškoće ili nesigurnosti u pronalaženju tog prava poseže za nadomjestnim pravom.⁵¹

Prema praksi Saveznog suda to pravo kojim bi trebalo nadomjestiti strano pravo jest njemačko pravo. U svojim presudama Savezni je sud različito obrazlagao zbog čega bi njemačko pravo trebalo primijeniti umjesto stranog prava.

⁴⁸ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 II 2, str. 194.

⁴⁹ G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 III, str. 366; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 II 3, str. 194.

⁵⁰ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2597, str. 653; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 I, str. 192.

⁵¹ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III, str. 195.

Tako je u presudi od 26. listopada 1977. u obrazloženju naveo sljedeće:

“Ako se strano pravo na koje je upućeno ne može utvrditi ili se može utvrditi, ali samo uz nerazmjerne troškove i uz znatno odugovlačenje postupka, tada se mogu, posebno ako postoji jaka veza s tuzemstvom i ako ne postoji prigovor stranaka, primijeniti materijalna pravila njemačkog prava.”⁵²

U presudi od 23. prosinca 1981. Savezni je sud primjenu njemačkog prava obrazložio na ovaj način:

“Kada se o sadržaju stranog prava koje treba primijeniti na temelju njemačkog kolizijskog pravila ne mogu donijeti nikakva sigurna utvrđenja, morala bi se načelno primijeniti materijalna pravila njemačkog prava. U slučajevima u kojima bi primjena domaćeg prava bila iznimno nezadovoljavajuća, može biti opravdana i primjena prava koje je najsirodnije pravu koje je bilo pozvano ili primjena vjerojatno važećeg prava.”⁵³

U doktrini je takav stav Saveznog suda naišao na kritiku. Ako se uvijek mora postići sigurno, čvrsto utvrđenje sadržaja stranog prava, primjena stranog prava, kao što to može biti i s domaćim pravom, bit će u vrlo velikom broju slučajeva neuspješna. Naime, kada je neko pravo koje se stalno razvija “sigurno”? Često se može kasnijim vještačenjem ranije vještačenje učiniti upitnim, pa se može, i to ne samo kod materije koja nije kodificirana nego i kod starih zakonskih tekstova, koji su sve više i više potiskivani novom sudskom praksom, dokazati ili barem dati naslutiti da nove okolnosti slučaja valja drugačije ocijeniti nego što je to u prvom vještačenju. Osim toga, domaći sudac nije nikada *up to date* s najnovijim stanjem iz možda i najobičnijeg razloga što strani službeni listovi dolaze u njegovu zemlju sa zakašnjenjem. Zašto od njega tražiti više nego što se traži od njegovog stranog kolege? Zašto od njega tražiti da njegova utvrđenja o stranom pravu budu sigurna kad je iz sudske prakse drugostupanjskog suda svake zemlje jasno da utvrđenja prvostupanjskog suca o pravu često nisu bila sigurna, premda ih je on takvima možda i smatrao? Prema tome, moralo bi se primijeniti strano pravo čak i kad su utvrđenja o njemu “nesigurna”.

⁵² BGH NJW 1978, str. 496; Usp. čl. 4. st. 2. austrijskog ZMPP i čl. 16. st. 2. švicarskog ZMPP.

⁵³ BGH NJW 1982, str. 1215.

Neželjeni učinak stranog prava na domaći pravni poredak uvijek se može ispraviti pozivom na odredbu o javnom poretku.⁵⁴

Kolizijskopravno primjena domaćeg prava ne smatra se toliko štetnom ako postoji jaka veza s tuzemstvom. To će biti posebno kad je domaće pravo podredno mjerodavno ili bi to moglo biti temeljem podredne poveznice.⁵⁵

Međunarodna ujednačenost može, ali ne mora biti ugrožena tim rješenjem. Naime, premda većina pravnih poredaka prilikom priznanja stranih odluka ne provjerava koje je pravo primijenjeno kao mjerodavno, priznanje strane odluke i u državi koje je pravo po njezinim kolizijskim pravilima trebalo biti mjerodavno bit će odbijeno samo ako primjena domaćeg prava države odluke dovodi do učinka koji je suprotan javnom poretku zemlje priznanja.⁵⁶

Ako je veza s domaćim poretkom vrlo slaba, onda bi se, zbog razloga kolizijskoppravne pravičnosti i međunarodne ujednačenosti rješenja, domaće pravo moralo primijeniti samo iznimno.

Savezni je sud dao primjer takve iznimke od primjene domaćeg prava. Ono se neće primijeniti ako bi njegova primjena bila "iznimno nezadovoljavajuća".⁵⁷ To će biti u situacijama kad s domaćim pravom ne postoji nikakva ili postoji sasvim zanemariva veza. Pri tome se misli posebno na slučajeve kad domaće kolizijsko pravilo i putem podredne poveznice ne upućuje *in casu* na domaće pravo kao mjerodavno, već opet na neko strano pravo. Nadalje, to bi moglo biti i onda kad materijalno domaće pravo nudi rješenja koja su u poredbenom pravu već odbačena, ili kad ono - u slučaju samo djelomične nemogućnosti utvrđivanja sadržaja stranog prava - nije u skladu s utvrđenim pravilima stranog prava.⁵⁸ U tom slučaju nekoliko je mogućnosti koje bi se pravo moglo primijeniti.

a) Savezni je sud u presudi od 23. prosinca 1981, koju smo već naveli, uputio na mogućnost primjene "prava koje je najsirodnije stranom pravu ili prava koje vjerojatno važi."⁵⁹ Dobra strana tog rješenja jest u tome što se najmanje udaljuje od kolizijskopravnog upućivanja, dok mu je loša strana u nepredvidljivosti.⁶⁰ Spekulativnost takvog upućivanja podcrtao je i Savezni sud u obrazloženju već navedene presude od 26. listopada 1977. dajući prednost primjeni domaćeg prava.

⁵⁴ A. Wengler, *Das deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischem Recht*, JR 1983, str. 221-227.

⁵⁵ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 1, str. 195.

⁵⁶ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 1, str. 195.

⁵⁷ BGH NJW 1982, str. 1215.

⁵⁸ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 2, str. 196.

⁵⁹ BGH NJW 1982, str. 1215.

⁶⁰ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 2a, str. 196.

“Stav koji zastupa primjenu prava koje je srodno pravu na primjenu kojeg se pozvalo ili prava koje vjerojatno važi može biti opravdan u pojedinačnim slučajevima u kojima bi primjena vlastitog prava bila iznimno nezadovoljavajuća. Međutim, ne bi bilo prikladno da taj stav vrijedi kao opće načelo. On znači upućivanje na nepoznato pravo i u bitnom usložuje postupak odlučivanja. Zbog toga se, kad napori da se utvrdi strano pravo ne dovedu ni do kakvog uspjeha ili kada iz znanstvenih publikacija proizlazi nejasnoća odnosnog pravnog pitanja, primjena materijalnih pravila vlastitog prava pokazuje kao najpogodnije rješenje. Vijeće je stoga smatralo potrebnim da u predmetnom slučaju zbog postojećeg unutarnjeg obilježja primijeni materijalna pravila njemačkog prava.”⁶¹

Čini se da je rješenje o primjeni srodnog prava najmanje zlo kad je riječ o pravima koja pripadaju istoj pravnoj obitelji.⁶² Rješenje je pogodno i kad se radi o osobama koje pripadaju sličnim vjerskim zajednicama.⁶³ Suprotno tome, ako je riječ o pravu zemlje u razvoju, ne bi bilo prikladno da se rješenje traži u zemlji koje je pravni poredak zemlja u razvoju preuzela.⁶⁴

b) Daljnja mogućnost jest primjena neke pomoćne poveznice koju poznaje domaće kolizijsko pravo. U Njemačkoj bi se tako moralo postupiti u slučaju kad primjena srodnog prava ili vjerojatno važećeg prava ne bi bila zadovoljavajuća. Prednost tog rješenja, jednako kao i primjena *legis fori*, jest u njegovoj praktičnosti i pravnoj sigurnosti. Njime se postiže izjednačenost rješenja između država koje poznaju istu poveznicu. Tom rješenju trebalo bi dati prednost pred promjenom domaćeg prava jer ono upućuje na pravo s kojim po ocjeni kolizijskih pravila prava suda postoji bliža veza nego što postoji s pravom suda i koje se zbog toga pokazuje kao proizvoljno i nezadovoljavajuće rješenje.⁶⁵

⁶¹ BGH NJW 1978, str. 498.

⁶² G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 V 2, str. 372; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 2a, str. 196; npr. za Belgiju na francusko pravo (RG 163, 367), za Luksemburg na Francusku i Belgiju (OLG Bremen, MDR 55, 427), za Siriju na Francusku i Egipat (BGH 49, 50 [53-55]); pravo jedne američke savezne države umjesto druge (LG Hamburg, IPRspr. 1976, r.br. 160).

⁶³ BayObLG IPRspr. 1970, r.br. 65. O jakobitskom obiteljskom pravu zaključeno je na temelju prava druge istočne crkve.

⁶⁴ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 2a, str. 196.

⁶⁵ G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 V 2, str. 372; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 2b, str. 197.

c) Rješenja koja su se još predlagala, kao npr. primjena “općih pravnih načela” ili “međunarodno ujednačenog prava sadržanog u konvencijama”, nisu prikladna. Mogućnost utvrđenja, tumačenja i primjene općih pravnih načela pretpostavlja veliko poredbenopravno iskustvo i stručnost koju nije moguće očekivati kod redovnog suda. Možda bi se primjena općih pravnih načela mogla prihvatiti kod međunarodnih trgovačkih arbitraža.

Primjena međunarodnih ujednačenih pravila u slučajevima kad nisu ostvarene pretpostavke za primjenu odgovarajućih konvencija s obzirom na osobe ili na prostor nije moguća.

Primjena domaćeg prava umjesto stranog prava koje se ne može utvrditi opravdana je u hitnim sudskim postupcima,⁶⁶ npr. kod privremenih mjera u predmetima starateljstva i skrbništva⁶⁷ ili u bračnim sporovima.⁶⁸

1.4. Pravni lijekovi i primjena stranog prava

Prema § 133. Zakonu o sudovima (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*) Savezni sud je revizijski sud u građanskim stvarima.⁶⁹

Prema § 549. i § 550. ZPO koji se nalaze u dijelu Zakona kojim su uređena pravna sredstva, revizija se ne može temeljiti na prigovoru da strano pravo nije utvrđeno ili je pogrešno primijenjeno.

§ 549. ZPO

“[Revizijski razlozi] (1) Revizija se može poduprijeti samo time da je odluka utemeljena na povredi saveznog prava ili propisa kojeg se područje primjene proteže izvan područja jednog višeg suda.

⁶⁶ J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 31 III 2c, str. 198.

⁶⁷ § 24 III EGBGB.

⁶⁸ §§ 14, 19 II EGBGB u vezi s § 620 ZPO.

⁶⁹ GVG = *Gerichtsverfassungsgesetz* - Zakon o sudovima od 27. siječnja 1877. (RGI. str. 41); sada u tekstu od 9. svibnja 1975 (BGBl I, str. 1077).

§ 133 GVG

“ [Nadležnost u građanskim stvarima] U građanskim pravnim sporovima nadležan je Savezni sud za raspravljanje i odlučivanje o pravnim sredstvima:

1. reviziji protiv konačne presude višeg zemaljskog suda kao i protiv konačne presude zemaljskog suda u slučaju iz § 566a ZPO;
2. žalbama protiv odluka zemaljskih sudova u slučajevima iz § 519b. st. 2, iz § 542. st. 3 u vezi s § 341. st. 2, iz § 568a. i iz § 621e. st. 2 ZPO.”

(2) Revizijski sud ne ispituje je li sud prvog stupnja bio stvarno ili mjesno nadležan ili je li bila utemeljena nadležnost suda za radne sporove ili je li se radilo o obiteljskoj stvari.”

§ 550 ZPO

“[Značenje povrede zakona] Zakon je povrijeđen kad jedno pravno pravilo nije primijenjeno ili nije pravilno primijenjeno.”

Nerevizibilnost stranog prava temelji se na gledištu da zadatak revizijskog suda nije ispravno odlučivanje o konkretnom slučaju, već osiguranje pravnog jedinstva u zemlji.⁷⁰ Neki tome dodaju i stav po kojem bi Savezni sud pogrešnim odlukama o stranom pravu mogao naškoditi svojem ugledu. Tom se stavu odmah suprotstavlja stav *de lege ferenda* da je revizijski sud od svih sudova najsposobniji da ispravno primjenjuje strano pravo i da bi u situaciji kad ima toliko stranih utjecaja koje mora uzeti u obzir bilo korisno da najviši sud predvodi sudsku praksu u stvarima s međunarodnim obilježjem. Ako je, dakle, zakonodavac već propisao da njemački sudac mora primjenjivati strano pravo, nije morao isključiti mogućnost njegove primjene od sudaca najvišeg suda.⁷¹

U praksi se, ipak, u nekoliko slučajeva odstupilo od načela da Savezni sud ne ispituje utvrđenja o stranom pravu suda koji je odlučivao o činjenicama.

a) Savezni sud ispituje strano pravo, i to primjenu njegova kolizijskog pravila kad do primjene njemačkog prava dolazi zbog upućivanja stranog kolizijskog pravila natrag na njemačko pravo.⁷²

b) Nadalje, primjena stranog prava ispituje se i kad međunarodna nadležnost njemačkog suda ovisi o pravilnoj primjeni stranog prava.⁷³ To će biti npr. kad stupanje na snagu sporazuma o nadležnosti njemačkog suda (prorogacija nadležnosti njemačkog suda) ovisi o tome jesu li stranke imale poslovnu odnosno parničnu sposobnost, a na ta pitanja treba odgovoriti po stranom pravu.⁷⁴ Isto

⁷⁰ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2602, str. 655; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 369; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 59 I 3, str. 540.

⁷¹ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2602, str. 655; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 369; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 59 I 3, str. 541.

⁷² BGH NJW 1980, str. 532; R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2612, str. 656; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 369; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 59 I 3, str. 541.

⁷³ BGH NJW 1984, str. 1302; R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2606, str. 655; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 369.

⁷⁴ BGH NJW 1991, str. 1420; R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2607, str. 656.

vrijedi i za sporazum o nadležnosti suda strane države ili stranog izbranog suda (derogacija nadležnosti njemačkog suda).

c) Primjena stranog prava ispituje se i u slučaju kad prema § 328. st. 1. t. 5. ZPO priznanje strane odluke ovisi o postojanju uzajamnosti.⁷⁵

d) Savezni sud ispituje strano pravo kad se iz obrazloženja odluke suda koji je odlučivao o činjenicama ne vidi je li taj izvršio svoju dužnost utvrđivanja stranog prava.⁷⁶ Tako je u presudi od 29. lipnja 1987. Savezni sud naveo:

“Žalbeni je sud detaljno naveo razloge zbog kojih nije prihvatio prigovor tuženika iz čl. 1965. Code civil. Iz njegove se odluke, međutim, ne može spoznati da je on pri utvrđivanju pravne osnove koju je naveo ispunio dužnost ocjenjivanja koja ga tereti. Ne vidi se je li i na koji način pokušao objasniti postoji li pravna osnova koju je primijenio u belgijskom pravu, koji su propisi za to mjerodavni i koji se stavovi o tome zastupaju u sudskoj praksi i pravnoj literaturi. Njegova odluka s tog gledišta nema nikakvu podlogu.”⁷⁷

e) Savezni sud nadzire primjenu prava kad utvrdi da je u odluci donosenoj u povodu žalbe žalbeni sud previdio određeno strano pravno pravilo.⁷⁸

f) Savezni će sud primijeniti strano pravo ako se nakon odluke suda koji je odlučivao o činjenicama promijenilo strano pravo s retroaktivnim učinkom.⁷⁹

Savezni sud može ispitivati je li sudac koji je utvrđivao činjenice povrijedio njemačka postupovna pravila na način da nije u dovoljnoj mjeri izvršio svoju dužnost iz § 293. ZPO da utvrdi strano pravo. To će biti onda kad nije iskoristio sve dostupne mu izvore o stranom pravu⁸⁰ ili je propustio da pored zakonskog teksta uzme u obzir i stranu sudsku praksu.⁸¹ Sud postupa protivno dužnosti

⁷⁵ § 328 ZPO

“[Priznanje stranih odluka] Priznanje odluka stranih sudova isključeno je:

...

5. ako se ne jamči uzajamnost.”

R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2609, str. 656; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 369; J. Kropholler, *supra*, bilj. 14, § 59 I 3, str. 541.

⁷⁶ G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 369-370.

⁷⁷ BGH NJW 1987, str. 648.

⁷⁸ BGHZ 40, 200; R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2610, str. 656; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 IV, str. 370.

⁷⁹ BGHZ 36, 348; BGH RIW 1986, str. 218; R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2610, str. 656; G. Kegel, *supra*, bilj. 14, § 15 I, str. 370.

⁸⁰ BGH NJW 1961, str. 411.

⁸¹ BGH NJW 1976, str. 1583; BGH NJW 1987, str. 648; BGH NJW 1988, str. 648.

utvrđivanja sadržaja stranog prava ako povrijedi pravila o izvođenju dokaza vještačenjem.⁸² Odlukom u povodu revizije može se isto tako ispitivati unutarnja koherentnost sudske odluke, odnosno je li napadana odluka proturječna sama sebi. Proturječnost postoji kad činjenice koje jesu, prema utvrđenju suda o sadržaju stranog prava (koje utvrđenje nije podložno reviziji), bitne nisu dovoljno utvrđene ili nisu uopće utvrđene.

Općenito, granice ocjenjivanja suca i utvrđivanja stranog prava ovise o okolnostima konkretnog slučaja. Dužnosti utvrđivanja stranog prava postavljaju se to veći zahtjevi što je to pravo složenije i različitije od domaćeg prava. Ako se određeno pravilo stranog prava poklapa s pravilom domaćeg prava, ili ako je možda čak preuzeto iz domaćeg prava, neće biti rijetko da se to pravilo može tumačiti na jednak način kako se ono tumači u domaćem pravu. To, međutim, ne mora uvijek biti tako jer se svako zakonsko pravilo mora tumačiti u skladu s cjelokupnim pravnim poretom kojeg je ono dio. Zbog toga ne moraju nužno i dva istovjetna pravila koja su sadržana u dva različita poretka, domaćem i stranom, dovesti do istih pravnih posljedica.⁸³

1.5. Zaključak

Zaključujući možemo ponoviti da se u njemačkom pravu kolizijska pravila smatraju prisilnim propisima, da je njemački sudac dužan po službenoj dužnosti primijeniti strano pravo i utvrditi njegov sadržaj. Načelo *iura novit curia* u primjeni stranog prava ublaženo je na taj način što stranke mogu pomoći sudu pri utvrđivanju sadržaja stranog prava. Ako sud ne može utvrditi strano pravo, u pravilu će se strano pravo nadomjestiti njemačkim pravom. Neutvrđenje ili pogrešna primjena stranog prava nije razlog za reviziju. Međutim, podložna je reviziji ocjena je li sud koji je odlučivao o činjenicama u skladu sa § 293. ZPO ispunio svoju dužnost utvrđivanja stranog prava.

2. Francuska

Za primjenu stranog prava, povijesno gledano, za Francusku je karakteristično da su do kodificiranja francuskog prava, u nedostatku zakonskog pravila, pravila

⁸² BGH IPRax 1985, str. 159.

⁸³ R. Geimer, *supra*, bilj. 14, r.br. 2618, str. 658.

o položaju stranog prava u sudskom postupku stvarali sudovi. Oni su zahtijevali od stranaka da dokažu strano pravo, jer su smatrali kako se od domaćih sudova ne može očekivati da poznaju strano pravo. Početkom 19. stoljeća, kodifikacijom građanskog prava, u prilog te prakse dodani su novi razlozi, koji su dijelom psihološke, a dijelom političke prirode. Naime, nakon Napoleonovih kodifikacija Francuska je postala prva kontinentalna zemlja koja je stvorila unificiran nacionalni pravni sustav, cjelovito uobličen u različitim zakonicima. Sudovi su stoga smatrali francuski pravni sustav superiornim u odnosu prema nekodificiranim ili djelomično kodificiranim pravnim sustavima drugih zemalja. Polazeći od takve usporedbe, prenaplašavali su poteškoće na koje su nailazili pri utvrđivanju stranog prava i moguću veliku opasnost da se zbog nepravilne primjene stranog prava naruši ugled francuskih sudova. Ne samo da su francuski sudovi smatrali nekodificirano strano pravo inferiornim svojim zakonicima već su ga izjednačivali s činjenicama. U tome su sudovi imali podršku doktrine *comity*, koja je strano pravo smatrala izrazom volje stranog suverena, pa je ono imalo obvezujuću snagu samo na području na kojem se prostirala vlast tog suverena. Iz svih tih razloga francuski sudovi strano su pravo smatrali činjenicom. Pri tome, međutim, nisu slijedili jedinstvenu liniju u pogledu položaja kolizijskih pravila i primjene stranog prava.

2.1. Pravna priroda kolizijskih pravila - utvrđivanje primjene stranog prava

Stav francuskog prava o pravnom položaju kolizijskih pravila⁸⁴ u sudskom postupku razmotrit ćemo na temelju prakse Kasacijskog suda (*Cour de cassation*). U svojim odlukama o tom iznimno važnom pitanju Kasacijski je sud zauzimao različita gledišta.

U tom nizu odluka kao prva ističe se odluka u predmetu *Bisbal* iz 1959. Radilo se o zahtjevu za pretvaranjem rastave od stola i postelje između španjolskih supružnika u rastavu braka. U to vrijeme po španjolskom pravu nije bila moguća rastava braka, dok je francusko pravo rastavu dopuštalo. Sudac koji je odlučivao o biti spora (*juge au fond*), premda je očito bio upoznat s činjenicom da su oba supružnika španjolski državljani, primijenio je francusko pravo. Naime, niti jedan od supružnika nije pred sudom koji je odlučivao o biti spora

⁸⁴ U Francuskoj je sustav međunarodnog privatnog prava stvoren sudskom praksom utemeljenom na vrlo malom broju kolizijskih pravila.

zahtijevao primjenu španjolskog prava kao *lex nationalis commune*. Tek je u žalbi supruga prigovorila da je sudac koji je odlučivao o biti spora morao po službenoj dužnosti primijeniti španjolsko pravo, koje je po francuskim kolizijskim pravilima bilo mjerodavno, a koje, kao što je navedeno, nije dopuštalo rastavu braka. Kasacijski sud taj je prigovor odbio s obrazloženjem:

“Francuska kolizijska pravila, u mjeri u kojoj propisuju primjenu stranog prava, nemaju karakter javnog poretka (*ordre public*), što znači da je stvar stranaka da zahtijevaju primjenu stranog prava. Ne može se, prema tome, prigovoriti sucu koji je odlučivao o biti spora što nije po službenoj dužnosti primijenio strano pravo, i što je, u ovom slučaju, primijenio francusko unutarnje pravo, koje je pozvano da uređuje sve privatnopravne odnose.”⁸⁵

Odluka je u doktrini primljena vrlo kritički. Izraženo je neslaganje sa shvaćanjem o dvostrukoj prirodi djelovanja francuskog kolizijskog pravila, koje bi “poput Janusa imalo dva lica”, ovisno o tome upućuje li na francusko ili na strano pravo. Zatim, rješenje iz odluke *Bisbal* omogućuje žaliteljima da sporazumno izbjegnu primjenu prava koje bi bilo mjerodavno temeljem kolizijskih pravila. Rezultat toga, u konkretnom slučaju, bio je posebno neprihvatljiv, budući da je omogućeno pretvaranje rastave od stola i postelje u rastavu braka, premda je bilo jasno da pravo njihova zajedničkog državljanstva rastavu zabranjuje. Konačno, gledište koje je bilo prihvaćeno bilo je dvosmisleno. Opravdavano formulom koja je bila prilagođena više obveznoj snazi kolizijskoj pravila negoli njegovoj primjeni po službenoj dužnosti, činilo se da ona zabranjuje sudu koji odlučuje o biti spora primjenu stranog prava po službenoj dužnosti u slučaju šutnje stranaka.⁸⁶

Godinu poslije, 1960, Kasacijski je sud u predmetu *Compagnie algérienne de Crédit et de Banque c. Chemouny* donekle izmijenio ovo gledište. Sud je odbio prigovor da sud koji je odlučivao o biti spora nije smio po službenoj dužnosti primijeniti strano pravo, određujući da je:

⁸⁵ Cass. civ., 12.5.1959, *Bisbal*, *Rev.crit.dr.int.pr.* (1960), str. 62, s komentarom H. Batiffol, str. 63-66; B. Ancel/y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 1992, odluka br. 32, str. 248-250.

⁸⁶ H. Batiffol/P. Lagarde, *Traite de droit international privé*, I, 1993, r.br. 329, str. 531; Y. Loussouarn/P. Bourel, *Droit international privé*, 1993, r.br. 241, str. 247; P. Mayer, *Droit international privé*, 1987, r.br. 147, str. 97.

“... umjesno (*loisible*) da sudovi koji odlučuju o biti spora sami pristupe istraživanju i da utvrde pravila nadležnog stranog prava na koje se stranke nisu pozvale”.⁸⁷

Prema tome, premda se ne može prigovoriti sucu koji je odlučivao o biti spora da nije po službenoj dužnosti primijenio strano pravo, u slučaju kad se na to stranke nisu pozvale, on je posve slobodan to učiniti. Primjena stranog prava, dakle, nije obveza, ali nije više ni zabranjena, ona je ovlast (*faculté*) kojom raspolaže sud. Sud koji odlučuje o biti spora stoga može po službenoj dužnosti primijeniti kolizijsko pravilo i strano pravo na koje ono upućuje i može istraživati sadržaj tog prava. Nije mu *a fortiori* zabranjeno istraživati sadržaj pravila na koje su se pozvale stranke. No čak i u tom slučaju na to nije obvezan.⁸⁸ Kasacijski je sud tom prilikom odlučio i to da nije ovlašten ocjenjivati je li sud koji je odlučivao o biti spora pogrešno primijenio strano pravo.⁸⁹

Premda je rješenje *Bisbal* bilo na taj način izmijenjeno, doktrina i nadalje nije prihvaćala stav da bi primjena francuskog kolizijskog pravila kojim se upućuje na strano pravo ovisila o inicijativi stranaka ili o dobroj volji suca koji odlučuje o biti spora. Ako se već ustraje na takvom stavu, on bi morao biti ograničen na ona pravna područja u kojima ne postoje prisilna pravila.⁹⁰

Kasacijski sud dugo je vremena zastupao stav zauzet u predmetu *Bisbal*, ali ga je u osamdesetim godinama u određenoj mjeri promijenio. Naime, zauzeo je gledište da u nekim posebnim slučajevima sudovi koji odlučuju o biti spora moraju po službenoj dužnosti primjenjivati kolizijska pravila, odnosno strano pravo. Prvo je Kasacijski sud odstupio u korist primjene po službenoj dužnosti kolizijskih pravila koja su sadržana u međunarodnim konvencijama.⁹¹ To je bila logična primjena načela koje je već dugo bilo usvojeno i prema kojem se međunarodni ugovori moraju primjenjivati po službenoj dužnosti.⁹² Nadalje,

⁸⁷ Cass. civ., 2.3.1960, *Compagnie algérienne de Crédit et de Banque c. Chemouny*, Rev.crit.dr.int.pr. 1960, str. 97, s komentarom H. Batiffol, str. 97-98; B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 33, str. 250-251.

⁸⁸ P. Mayer, *supra*, bilj. 86, r.br. 193, str. 121.

⁸⁹ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 329, str. 532; Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 241, str. 248; P. Mayer, *supra*, bilj. 86, r.br. 146, str. 96.

⁹⁰ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 241, str. 248.

⁹¹ Cass. civ. 9.3.1983, J.C.P. 1984.II.20.295, s komentarom P. Courbe.

⁹² Cass. civ. 15.7.1811, chron 1811.I.377; Cass. crim. 18.2.1971, Rev.crit.dr.int.pr. 1973, str. 571.

ocijenio je ispravno postupanje suda koji je odlučivao o biti spora da ne primijeni strano pravo po službenoj dužnosti jer se radilo o materiji u kojoj su stranke slobodno raspolagale svojim pravima.⁹³ Iz takvog stava nametnuo se *a contrario* zaključak da bi po mišljenju Kasacijskog suda, kad bi odlučivao o materiji u kojoj stranke ne mogu slobodno raspolagati svojim pravima, sud koji odlučuje o biti spora morao po službenoj dužnosti primijeniti kolizijsko pravilo i strano pravo na koje to pravilo upućuje.⁹⁴ Osim toga, Kasacijski je sud zauzeo stav da sud koji odlučuje o biti spora mora po službenoj dužnosti istraživati učinak stranog prava na koje se bilo unaprijed izričito pozvalo.⁹⁵

Do bitne izmjene stava Kasacijskog suda došlo je 1988. godine. Svojim odlukama od 11. i 18. listopada 1988. ukinuo je dvije odluke u kojima je sud koji je odlučivao o biti spora primijenio francusko pravo u slučajevima kad je francusko kolizijsko pravilo upućivalo na mjerodavnost stranog prava. Kasacijski sud prigovorio je sudu koji je odlučivao o biti spora da nije po službenoj dužnosti istraživao koja bi bila posljedica primjene stranog prava na postavljeni zahtjev. Pri tome se pozvao na članak 12. stavak 1. Novog zakonika o građanskom postupku (*Nouveau Code de procedure civile* - NCPC) prema kojem "sudac odlučuje u postupku prema pravnim pravilima koja on mora primijeniti".⁹⁶ U pravila koja sud mora primijeniti Kasacijski je sud ubrojio i kolizijska pravila. I u jednom i u drugom slučaju stranke nisu zahtijevale primjenu stranog prava.

Tako je u predmetu *Rebouh c. Bennour* Kasacijski sud zauzeo ovaj stav:

"Odbijajući primjenom francuskog prava zahtjev alžirske majke za utvrđivanjem očinstva, a da nije po službenoj dužnosti istražio koji bi se učinak moralo priznati tom zahtjevu primjenom alžirskog prava, osobnog statuta majke, premda je taj nadležan prema članku 311-14. Građanskog zakonika, a kako članak 12. stavak 1. Novog zakonika o građanskom postupku

⁹³ Cass. civ. 24.1.1985, *Sté Thinet et Dumez c. Sté des Etablissements Roque et autres*, Rev. crit. dr. int.pr. 1985, str. 89-92, s komentaram P. Lagarde, str. 92-98; Cass. civ. 25.11.1986, *Abdallah*, Rev.crit.dr.int.pr. 1987, str. 383-384, s komentaram B. Ancel/Y. Lequette, str. 384-395.

⁹⁴ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 241, str. 248.

⁹⁵ Cass. civ. 25.11.1986, *Abdallah*, Rev.crit.dr.int.pr. 1987, str. 383-384, s komentaram B. Ancel/Y. Lequette, str. 384-395.

⁹⁶ Čl. 12. st. 1. NCPC - "*Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*"

obvezuje suca da u postupku odlučuje prema pravnim pravilima koje treba primijeniti, žalbeni sud je povrijedio navedene tekstove.”⁹⁷

U predmetu *Schule c. Philippe Kasacijski* sud je odlučio:

“Poništavajući primjenom francuskog prava skriveno darovanje na koje je pristao *de cuius* s prebivalištem u Švicarskoj, a da nije po službenoj dužnosti istražio koji bi se učinak moralo priznati tom zahtjevu primjenom švicarskog prava, budući da je u skladu s načelima međunarodnog privatnog prava za raspolaganja između živih mjerodavno nasljedno pravo, što znači, s obzirom na to da se radilo o nasljeđivanju pokretnina, pravo posljednjeg prebivališta pokojnika za sve ono što se tiče pravila kojima se štite nasljednici, posebno onih koja se odnose za nužni dio, a kako članak 12. stavak 1. Novog zakonika o građanskom postupku obvezuje suca da u postupku odlučuje prema pravnim pravilima koja treba primijeniti, žalbeni sud je povrijedio navedene tekstove i načela.”⁹⁸

U doktrini je istaknuto da te odluke znače odstupanje od doktrine prihvaćene u predmetu *Bisbal*⁹⁹ i da iz njih slijedi da sud koji odlučuje o biti spora mora, općenito, po službenoj dužnosti primjenjivati kolizijska pravila, neovisno o kakvom je kolizijskom pravilu riječ i neovisno o pravnom sadržaju koji je predmet spora. Što se tiče kolizijskog pravila, ne razlikuju se kolizijska pravila s obzirom na porijeklo ili pravnu prirodu. S obzirom na porijeklo nije važno radi li se o zakonskom kolizijskom pravilu ili o kolizijskom pravilu stvorenom u sudskoj praksi. Kad je riječ o pravnoj prirodi kolizijskog pravila, ne razlikuje se konvencijsko kolizijsko pravilo od kolizijskog pravila unutarnjeg prava.¹⁰⁰

Međutim, 1990. Kasacijski sud ponovo je izmijenio stav. Naime, u predmetu *Sté Coveco et autres c. Sté Vesoul transports et autres* zauzeo je ovo gledište:

⁹⁷ Cass. civ. 11.10.1988, *Rebouh c. Bennour*, B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 71, str. 565-569.

⁹⁸ Cass. civ. 18.10.1988, *Schule c. Philippe*, B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 72, str. 565-568 i 569-570.

⁹⁹ Y. Lequette, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988)*, Rev.crit.dr.int.pr. 1989, str. 277-339; D. Bureau, *L'application d'office de la loi étrangère - Essai de synthèse*, J.D.I. 1990, str. 317-364, 341-359; H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 239, str. 534.

¹⁰⁰ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 242, str. 250.

“... budući da se stranke nisu pozvale na druge zakone, osim na one na koje je uputilo francusko pravo, u materiji za koju ne vrijedi niti jedna međunarodna konvencija i u kojoj one mogu slobodno raspolagati svojim pravima, nije se moglo prigovoriti sucu koji je odlučivao o biti spora da nije po službenoj dužnosti pristupio istraživanju prava mjerodavnog za bit spora.”¹⁰¹

Prema tome, moglo bi se zaključiti da je u pogledu primjene kolizijskih pravila i stranog prava u Francuskoj sadašnje stanje sljedeće. Francuski sud primjenjuje po službenoj dužnosti kolizijska pravila i strano pravo u dva slučaja. Prvo, kad je riječ o materiji koja je uređena međunarodnim konvencijama koje sadržavaju kolizijska pravila, i drugo, kad se radi o materiji u kojoj stranke ne mogu raspolagati svojim pravima (*une matière ou les parties ne peuvent disposer de leurs droits*).¹⁰² Pojam “materije u kojoj stranke ne mogu raspolagati svojim pravima” kvalificira se po polaznom pravu, pravu suda, dakle po francuskom pravu.¹⁰³ Primjer takve materije jest obiteljsko pravo.¹⁰⁴ U ostalim slučajevima sud može, ali na to nije obvezan, po službenoj dužnosti primijeniti kolizijska pravila. Nadalje, sud će po službenoj dužnosti primijeniti strano pravo ako je ono pretpostavka za primjenu francuskog prava. To će biti npr. pri utvrđivanju državljanstva ili u kaznenopravnoj materiji.¹⁰⁵

U doktrini se smatra, pozivom na stav Kasacijskog suda iznesen u predmetu *Roho c. Caron et autres*, koji se odnosio na primjenu Haaške konvencije o pravu mjerodavnom za prometne nezgode na cesti iz 1971, da stranke mogu zahtijevati primjenu francuskog prava ako je riječ o materiji u kojoj mogu slobodno raspolagati svojim pravima, a postoji konvencijsko kolizijsko pravilo.¹⁰⁶ Naime, Kasacijski sud je odredio:

¹⁰¹ Cass. civ. 4.12.1990, *Sté Coveco et autres c. Sté Vesoul transports et autres*, Rev.crit.dr.int.pr. 1991, str. 558-560, s komentarom M-L. Niboyet-Hoegy, str. 560-569; B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 73, str. 567-568 i 571-581.

¹⁰² Cass. civ. 10.5.1995, *Mme F.M.-C. c. M. STR. M.*, Rev.crit.dr.int.pr. 1996, str. 330-331, s komentarom B. Audit, str. 331-332; H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 330, str. 535; Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 244, str. 253.

¹⁰³ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 330, str. 537; P. Mayer, *Le juge et la loi étrangère*, SZIER 1991, str. 481-499, 489.

¹⁰⁴ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 330, str. 535.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 244, str. 253.

“... stranke mogu, za prava kojima mogu slobodno raspolagati, zahtijevati primjenu nekog drugog prava, a ne prava koje je određeno na temelju konvencije”.¹⁰⁷

Kasacijski sud pozvao se na članak 12. stavak 3. Novog zakonika za građanski postupak koji ovlašćuje stranke da svojim izričitim sporazumom vežu suca “pravnim pitanjima na koja one žele ograničiti raspravljanje”, pod pretpostavkom da se radi o pravima kojima one mogu slobodno raspolagati.¹⁰⁸

Zahtjev za primjenom francuskog prava jasno je dopušten u ugovornoj materiji, pri čemu je potrebno da sporazum o tome bude izričit. Pri tome nije potrebno da bude u pisanom obliku, ali sporazum mora biti jasan i očit.¹⁰⁹

2.2. Dokazivanje odnosno utvrđivanje sadržaja stranog prava

Između dokazivanja stranog prava i ovlasti suca da ga primijeni po službenoj dužnosti postoji uska veza. Posljedica stavova koje je francuska judikatura zauzimala do 1988. bila je da je praktično prisiljavala one koji su zahtijevali primjenu stranog prava da dokazuju njegov sadržaj i stranu sudsku praksu jer sud nema sredstva da ga upozna na način kao što poznaje francusko pravo. Načelo *jura novit curia* vrijedi samo za francusko pravo i stranke nemaju pravo, premda za to imaju interes, zahtijevati od suda da on sam istražuje strano pravo. Nakon 1988. nije toliko izmijenjen položaj stranaka u pogledu dokazivanja, koliko je sudu omogućeno da u dokazivanju ima aktivniju ulogu.

Tradicionalni stav francuskog prava u pogledu tereta dokazivanja sadržaja stranog prava zauzeo je Kasacijski sud u predmetu *Laotour c. Guiraud* prema kojem je teret dokazivanja stranog prava na onoj stranci koje se zahtjev temelji na tom pravu. Radilo se o zahtjevu za naknadu štete zbog prometne nezgode koja se dogodila u Španjolskoj između francuskih državljana, i to na temelju odgovornosti počinitelja bez njegove krivnje. Tuženici su prigovorili da je na temelju španjolskog prava koje je bilo utvrđeno kao mjerodavno potrebno dokazati krivnju. Prvostupanjski i žalbeni sud osudili su tuženike na naknadu štete

¹⁰⁷ Cass. civ. 19.4.1988, *Roho c. Caron et autres*, Rev.crit.dr.int.pr. 1989, str. 68-69, s komentarom H. Batiffola, str. 69-71.

¹⁰⁸ P. Mayer, *supra*, bilj. 103, str. 488.

¹⁰⁹ Cass. civ. 19.4.1988, *Roho c. Caron et autres*, Rev.crit.dr.int.pr. 1990, str. 320-322.

s obrazloženjem da nisu dokazali svoju tvrdnju (da španjolsko pravo zahtijeva postojanje krivnje). Odlučujući u povodu žalbe protiv drugostupanjske odluke, Kasacijski je sud utvrdio da su sudovi koji su odlučivali o biti spora preokrenuli teret dokazivanja. Prema tome, kad se zahtjev tužitelja na naknadu štete temelji na *lex loci delicti commissi*, i za njega je zbog toga mjerodavno španjolsko pravo, na tužitelju je, ako nije drugačije određeno, da podnese dokaz o tome da mu španjolsko pravo dopušta da očekuje onaj rezultat koji zahtijeva. To jasno slijedi iz stava koji je zauzeo Kasacijski sud:

“Na tužitelju koji potražuje naknadu štete jest teret dokaza stranog prava koje je mjerodavno za naknadu štete iz prometne nezgode koja se dogodila u inozemstvu, a ne na tuženiku koji zahtijeva njegovu nadležnost.”¹¹⁰

Rješenje *Lautour* često se ponavljalo, a doručeno je u predmetu *Thinet*. U tom je predmetu Kasacijski sud dopustio, da je - u slučaju kad se tuženik u svojoj obrani koristi prigovorom koji je odvojiv od glavnog zahtjeva i za koji je mjerodavno drugo strano pravo (u konkretnom slučaju nedopustivost zahtjeva zbog materijalnih nedostataka) - na tuženiku da pridonese dokaz o tom stranom pravu. Kasacijski sud je ustvrdio:

“... ako niti jedna stranka nije iznijela da je glavni zahtjev podložan stranom pravu i ako je jedino pravno pitanje za koje je zahtijevano strano pravo bio prigovor nedopustivosti koji je izjavila stranka tužena u glavnom zahtjevu, na njoj je teret dokaza”.¹¹¹

Prema tome, po rješenju *Lautour-Thinet* teret dokaza stranog prava bio je na stranci koja je postavila zahtjev, a ne na stranci koja je zahtijevala primjenu stranog prava. Kad strano pravo ne bi bilo dokazano, posljedice su ovisile o razlogu zbog kojeg je strano pravo ostalo nedokazano. Ako je do toga došlo zbog propuštanja stranaka ili zbog nehata stranke na kojoj je bio teret dokaza, zahtjev je bio odbijen. Ako se strano pravo pak jednostavno nije moglo utvrditi, sud bi primijenio francusko pravo.

Doktrinu *Lautour-Thinet* napustio je Kasacijski sud 1993. godine, kako bi stav o teretu dokazivanja uskladio sa stavom zauzetim u vezi s primjenom

¹¹⁰ Cass. civ. 25.5.1948, *Lautour c. Guiraud*, B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 19, str. 145-155.

¹¹¹ Cass. civ. 24.1.1984, *Sté Thinet*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1985, str. 89.

kolizijskih pravila po službenoj dužnosti. U predmetu *Sté Amerford et autres c. Cie Air France et autres* prihvatilo je ovaj stav:

“U materijama u kojima stranke mogu slobodno raspolagati svojim pravima, tereti stranku, koja smatra da bi primjena stranog prava mjerodavnog temeljem kolizijskog pravila dovela do rezultata različitog od onog do kojeg bi se došlo primjenom francuskog prava, da pokaže postojanje te razlike dokazivanjem sadržaja stranog prava na koje se poziva, a u čijem se nedostatku francusko pravo primjenjuje kao ono koje je pozvano da se primijeni kao podredno.”¹¹²

Radilo se o predmetu u kojem je osiguratelj robe, ostvarujući svoje pravo regresa za štetu koju je roba njegova osiguranika pretrpjela u zračnom prijevozu, tužio prijevoznika osigurane robe zbog povrede ugovora. Zahtjev je morao biti riješen po francuskom pravu, no tuženik je smatrao da je mjerodavno pravo američke savezne države Illinois, pravo koje je bilo ugovoreno u ugovoru o prijevozu robe. Mjerodavnost prava države Illinois tužitelj nije osporio. Prema rješenju *Lautour-Thinet*, teret dokaza o sadržaju prava države Illinois bio bi na tužitelju jer se ono odnosi na njegov zahtjev. Po novom rješenju, međutim, tuženik - stranka koja je zahtijevala primjenu stranog prava - morao je dokazati da je sadržaj prava države Illinois različit od francuskog prava. Budući da tuženik nije uspio dokazati različitost, predmet je riješen po francuskom pravu.

U usporedbi s prethodnim rješenjem, prednost je rješenja u predmetu *Amerford* posebno u tome što više nije potrebno razlikovati slučajeve u kojima strano pravo nije dokazano zbog propusta ili nehata stranke na kojoj je bio teret dokaza njegova sadržaja od onih kad strano pravo nije bilo dokazano zbog stvarne nemogućnosti dokazivanja sadržaja stranog prava. Sada je rezultat isti. U oba slučaja primjenjuje se francusko pravo.

Novo pravilo o teretu dokazivanja dobro se uklapa u pravila o primjeni kolizijskih pravila jer se u oba slučaja primjenjuje načelo o “materiji u kojoj stranke mogu slobodno raspolagati svojim pravima” koja se kvalificira s gledišta *legis fori*. U takvim situacijama sud nije obvezan po službenoj dužnosti utvrđivati primjenu stranog prava i, ako strano pravo ne bude dokazano, umjesto njega primjenjuje pravo suda.

¹¹² Cass. civ. 16.11.1993, *Sté Amerford et autre c. Cie. Air France et autres*, B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 77, str. 607-609; Rev.crit.dr.int.pr. 1994, str. 332.

Premda je teret dokazivanja sadržaja stranog prava na stranci koja njegovu primjenu zahtijeva, doktrina smatra da sud ne bi smio ostati nezainteresiran i pasivan, već da bi bilo umjesno da sud u tome pomogne uz poštovanje načela kontradiktornosti.¹¹³ Judikatura takvu ulogu suda vidi npr. u odobravanju određenog roka koji je stranci potreban radi utvrđivanja sadržaja stranog prava,¹¹⁴ prihvaćanju inicijative za utvrđivanje sadržaja stranog prava i određenja stručnog vještačenja¹¹⁵ ili konzultacija.¹¹⁶ Na taj se način izražava posebnost stranog prava pred francuskim sucem, različitost njegova položaja prema pravu suda, pa se ono tako, po svom položaju, približuje činjeničnom elementu. *Da mihi factum, dabo tibi jus.*¹¹⁷ Smatra se da se sudac u utvrđenju sadržaja stranog prava može koristiti svojim znanjem, posebno za ocjenu ponuđenih mu dokaza o sadržaju stranog prava.¹¹⁸ S obzirom na to da je Francuska stranka Europske konvencije o obavijestima o stranom pravu iz 1968, sudac bi se mogao poslužiti i jednostavnim, nepristranim, vrlo pouzdanim, relativno brzim i za stranke besplatnim mehanizmom određenim u toj konvenciji.¹¹⁹

Stranke su slobodne u izboru načina dokazivanja sadržaja stranog prava. Najčešće će se pravo ipak dokazivati putem *certificat de coutume* - pisanog iskaza o sadržaju stranog prava koji je dala osoba koja ima spoznaju o tom pravu. Ta osoba može biti organ (često konzul strane države o pravu koje se radi), pravnik iz strane države (odvjetnik, profesor prava) ili čak i francuski pravnik koji je specijalist za određeno strano pravo.¹²⁰ Sudac bi morao s obzirom na njihovu kvalitetu smatrati podnesene isprave jednakovrijednima, neovisno o tome jesu li one javne ili privatne, neovisno o njihovu autoru. Isto tako, u pogledu dokazne snage, ne bi morao davati prednost ispravama pred drugim načinima dokaziva-

¹¹³ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 331-1, str. 540; Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-2, str. 255.

¹¹⁴ Visoki sud Avesnes sur Helpe, 3.6.1970; Visoki sud Le Mans, 13.12.1983; Visoki sud Dunquerque, 30.5.1990. - navod prema: H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 331-1, str. 540.

¹¹⁵ Cass. civ. 19.10.1971, Rev.crit.dr.int.pr. 1973, str. 70.

¹¹⁶ Paris, 25.11.1975, Rev.crit.dr.int.pr. 1978, str. 76.

¹¹⁷ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br.331-1, str. 541.

¹¹⁸ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 331-1, str. 541; Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-2, str. 255.

¹¹⁹ Konvencija se vrlo malo koristi, manje od deset zahtjeva godišnje - P. Mayer, *supra*, bilj. 103, str. 493.

¹²⁰ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 331-1, str. 542.

nja. Sudac nije vezan za dokumente koji su mu predloženi jer će oni često biti međusobno suprotni. On bi morao dati vlastito tumačenje u njima sadržanih tekstova ili judikature. Kasacijski je sud ulogu suca izrazio u stavu da je u ostvarenju svoje uloge ovlašten "provjeriti smisao i važnost stranog prava".¹²¹ To znači da sudac može, u slučaju kad tekst stranog prava nije jasan, utvrditi stav judikature u mjeri u kojoj je on određen, a ako stav judikature nije određen, predvidjeti na temelju postojećih podataka koje bi bilo rješenje stranog prava kad bi se ono odredilo prema tom pitanju.¹²²

2.3. *Pravo koje se primjenjuje ako stranka ne dokaže ili ako sud ne može utvrditi sadržaj stranog prava*

Ako se strano pravo ne dokaže, moguća su dva rješenja. Prvo, odbijanje zahtjeva one stranke na kojoj je bio teret dokaza. Ako se naime razmišlja s gledišta dokazivanja, i ako se strano pravo smatra kao podatak iz postupka o kojem stranke moraju podnijeti dokaz - to je slučaj u francuskom pravu, onda je razumno da nedostatak dokaza bude sankcioniran odbijanjem zahtjeva.¹²³ Dakle, to se rješenje temelji na izjednačivanju stranog prava s činjenicom.¹²⁴ Drugo rješenje, koje je prikladnije za situacije kad sudac mora po službenoj dužnosti primijeniti strano pravo i utvrditi njegov sadržaj, u slučajevima kad sudac ne utvrdi strano pravo, podnositelj zahtjeva ne smije biti sankcioniran, tj. zahtjev se ne smije odbiti.¹²⁵ U prilog ovog drugog rješenja ističe se da predmet privatnopravnog postupka nije određivanje mjerodavnog prava, već uređivanje odnosa između zainteresiranih osoba i da bi odbijanje podnositelja zahtjeva moglo dovesti do povrede njegova prava na pružanje pravne zaštite, tj. do uskraćivanja pravne zaštite (*déni de justice*). U tom bi se slučaju strano pravo moralo nadomjestiti francuskim pravom, u skladu s načelom da je pravo suda podredno ili općenito pozvano da bude mjerodavno.¹²⁶

¹²¹ Cass. req. 29.6.1929, J.D.I. 1930, str. 680.

¹²² H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 331-1, str. 543.

¹²³ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 332, str. 545.

¹²⁴ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 343-4, str. 256.

¹²⁵ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 332, str. 544.

¹²⁶ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 343-4, str. 256.

Kasacijski sud se u predmetu *Lautour* priklonio prvom rješenju. Naime, ukinuo je presudu suda koji je odlučivao o biti spora zbog toga što je taj sud presudio na temelju francuskog prava odgovornost za prometnu nezgodu u Španjolskoj zato što se tuženik pozivao na primjenu španjolskog prava, ali nije utvrdio njegov sadržaj. Sudu koji je odlučivao o biti spora prigovoreno je da je primijenivši francusko pravo iz tog razloga “preokrenuo teret dokaza”. Smisao odluke bio je u tome da je sud koji je odlučivao o biti spora morao od tužitelja zahtijevati podnošenje dokaza o stranom pravu i, kao posljedicu toga, zbog nedostatka tog dokaza, trebao je zahtjev odbiti.¹²⁷

U predmetu *Ferkane* iz 1980. Kasacijski se sud, međutim, pozvao i na drugu moguću sankciju nedokazivanja stranog prava. Naime, druga je sankcija primjena francuskog prava pozivom na načelo da je ono podredno mjerodavno. Kasacijski sud je naveo:

“Tako je žalbeni sud, ne povrijeđivši pravila o dokazivanju, mogao odlučiti da, u nedostatku bilo kakvih obavijesti o sadržaju alžirskog prava o rastavi, ima mjesta primjeni unutarnjeg francuskog prava na koje se pozvala samo supruga.”¹²⁸

U predmetu *Thinet*¹²⁹ Kasacijski je sud pokušao dati ključ za primjenu jedne od tih dviju sankcija nedokazivanja stranog prava. Zadržavajući načelo da je teret dokaza stranog prava na stranci koje se zahtjev temelji na tom pravu, uveo je razlikovanje između “nedostatka dokaza stranog prava koje je posebno pozvano” (*le défaut de preuve de la loi étrangère spécialement invoquée*) i “nedostatka stranog prava u njegovu općem sadržaju” (*la défaillance de la loi étrangère dans son contenu général*). U prvom slučaju nedostatak se odnosi na posebnu odredbu stranog prava i posljedica nedostatka dokaza te odredbe jest odbijanje zahtjeva. Drugi slučaj odnosi se na opći sadržaj stranog prava koji nije mogao biti utvrđen, kad se svaki pokušaj istraživanja stranog prava pokazao neuspješnim. Posljedica nedokazivanja stranog prava jest nadomještanje stranog prava primjenom francuskog prava.¹³⁰ Ideja je bila da se u prvom slučaju neuspio dokaz stranog prava može pripisati stranci na kojoj je bio teret dokaza, da se nedostatak

¹²⁷ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 332, str. 545.

¹²⁸ Cass. civ. 22.10.1980, *Ferkane c. Dame Ferkane*, Rev.crit.dr.int.pr. 1981, str. 94-96, s komentarom P. Lagardea, str. 96-101.

¹²⁹ Cass. civ. 24. 1. 1984, *Sté Thinet*, Rev.crit.dr.int.pr. 1985, str. 89.

¹³⁰ Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 343-4, str. 256.

zalaganja smatra dovoljno sumnjivim da bi se opravdalo odbijanje zahtjeva. U drugom slučaju radi se o stvarnoj nemogućnosti dokazivanja stranog prava, ili bi u svakom slučaju nastali troškovi nerazmjerni vrijednosti postupka, pa se zbog toga mora nadomjestiti podrednom primjenom francuskog prava.¹³¹

Taj dualitet napušten je u novijim odlukama. U predmetu *U.A.P. c. Mainier* iz 1991. godine navodi se:

“Ako je točno da dokaz stranog prava tereti onu stranku koje je zahtjev podložan tom pravu, ne slijedi da ta stranka mora biti odbijena u slučaju ako nije moguće utvrditi sadržaj tog prava.

Žalbeni sud, koji je utvrdio da točan sadržaj mjerodavnog stranog prava nije bio predočen, opravdano ga je nadomjestio primjenom francuskog prava suda pozivom na njegovu podrednu primjenu i odbio je, a da nije preokrenuo teret dokaza, prigovor tuženika koji je morao dokazati posebnu odredbu stranog prava na koju se posebno pozvao.”¹³²

Odatle se vidi da primjena francuskog prava nije više vezana isključivo za stvarnu nemogućnost utvrđenja sadržaja stranog prava. Prema tome, podrednom primjenom francuskog prava želi se potisnuti odbijanje zahtjeva kao sankcija za neuspjelo dokazivanje stranog prava.

Već smo naveli da je u predmetu *Amerford* Kasacijski sud zauzeo stav prema kojem “u materijama u kojima stranke mogu slobodno raspolagati svojim pravima, tereti stranku, koja smatra da bi primjena stranog prava mjerodavnog temeljem kolizijskog pravila dovela do rezultata različitog od onog do kojeg bi se došlo primjenom francuskog prava, da pokaže postojanje te razlike dokazivanjem sadržaja stranog prava na koje se poziva, a u čijem se nedostatku francusko pravo primjenjuje kao ono koje je pozvano da se primijeni kao podredno.”¹³³ Stav je nadopunjen u predmetu *Sté Agora Sopha c. Barokas* 1996. godine u kojem je odlučeno:

“Kad se radi o pravima kojima se može raspolagati a koja nisu uređena međunarodnom konvencijom, tereti stranku koja zahtijeva primjenu stranog

¹³¹ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 332, str. 545.

¹³² Cass. civ. 8.1.1991, Rev.crit.dr.int.pr. 1991, str. 569-571, s komentarom H. Muira Watta, str. 571-579.

¹³³ Cass. civ. 16.11.1993, *Sté Amerford et autre c. Cie. Air France et autres*, B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 77, str. 607-609; Rev.crit.dr.int.pr. 1994, str. 332.

prava da utvrdi razliku u njegovu sadržaju u odnosu prema francuskom pravu, a u čijem se nedostatku francusko pravo primjenjuje kao ono koje je pozvano da se primijeni kao podredno.”¹³⁴

Na taj način jasna je podudarnost između rješenja o primjeni kolizijskih pravila po službenoj dužnosti i rješenja koje se odnosi na teret dokazivanja. Ako je pravo koje je predmet spora, s gledišta francuskog prava, pravo kojim se može slobodno raspolagati i ako je riječ o materiji koja nije uređena međunarodnim konvencijama, s jedne strane, sudac koji odlučuje o biti spora ne mora po službenoj dužnosti primjenjivati kolizijska pravila, a s druge strane, stranka koja unatoč tome zahtijeva primjenu stranog prava, mora dokazati da je njegov sadržaj različit od sadržaja francuskog prava.¹³⁵

Ako je riječ o pravima kojima se ne može raspolagati ili o materiji koja je uređena međunarodnim konvencijama, moralo bi se postupiti suprotno. To znači da bi sudac trebao po službenoj dužnosti primijeniti kolizijska pravila i utvrđivati sadržaj stranog prava. Međutim, takvog izričitog stava Kasacijskog suda o tome nema. Treba li sudac koji odlučuje o biti spora po službenoj dužnosti utvrđivati sadržaj stranog prava koje je primijenio, premda na primjenu kolizijskog pravila odnosno stranog prava nije bio obvezan, ali je to ipak učinio? Ni na to pitanje Kasacijski sud nije dao jasan odgovor. Međutim, iz stava koji je taj sud zauzeo u predmetu *Sté Demart Pro Arte BV c. Mme Carrasset-Marillier* iz 1994. godine moglo bi se zaključiti da bi sadržaj stranog prava u tom slučaju sudac koji odlučuje o biti spora trebao utvrđivati po službenoj dužnosti. U navedenom predmetu Kasacijski je sud zauzeo ovaj stav:

“Krši članak 3. Građanskog zakonika i načela međunarodnog privatnog prava koja se odnose na primjenu stranog prava žalbeni sud koji proglasi da je ugovor o ustupanju autorskih prava u korist društva nizozemskog prava podvrgnut španjolskom pravu i koji istakne isprave podnesene u raspravi da je španjolska država priznala tom društvu svojstvo cesionara prava korištenja djela, a da nije pokušao primijeniti strano pravo koje je proglašeno mjerodavnim.”¹³⁶

¹³⁴ Cass. civ. 11.6.1996, *Sté Agora Sopha c. Barokas*, Rev.crit.dr.int.pr. 1997, str. 65-66, s komentarom P. Lagarde, str. 66-72.

¹³⁵ P. Lagarde, *supra*, bilj. 134, str. 71.

¹³⁶ Cass. civ. 5.10.1994, *Sté Demart Pro Arte BV c. Mme Carrasset-Marillier*, Rev.crit.dr.int.pr. 1995, str. 60, s komentarom D. Bureau, str. 61-67.

Konačno, kako bi morao postupiti sudac koji odlučuje o biti spora u slučaju kad se radi o pravnim materijama u kojima stranke mogu slobodno raspolagati svojim pravima, ali su kolizijska pravila sadržana u konvencijama? U doktrini se ističu dva odgovora. Prema prvom, sud bi morao utvrditi da je mjerodavno strano pravo, premda se njegova primjena nije zahtijevala, ali bi onda trebao primijeniti pravo suda ako se strano pravo ne dokaže. Prema drugom, sud je obvezan utvrditi sadržaj stranog prava po službenoj dužnosti.¹³⁷

2.4. Pravni lijekovi i primjena stranog prava

Za vrijeme važenja stava prihvaćenog u predmetu *Bisbal* smatralo se da stranka primjenu stranog prava može zahtijevati uvijek pred sucem koji odlučuje o biti spora. Budući da se radilo o novom pravnom sredstvu (*moyen*), a ne o novom zahtjevu (*demande*), to se moglo učiniti i u žalbi. Smatralo se nadalje da se zahtjev za primjenom stranog prava ne može prvi put istaknuti pred Kasacijskim sudom. Takav se navod smatrao s jedne strane nepravovremenim jer suci koji su odlučivali o biti spora nisu morali po službenoj dužnosti primijeniti strano pravo kojeg je primjenu stranka propustila zahtijevati, a s druge strane Kasacijski sud nije mogao sam ocijeniti dokaznu snagu navoda ni tumačiti odredbe koje su bile iznesene.¹³⁸ Kasacijski sud odbio je pravno sredstvo s obrazloženjem da se radi o mješavini činjenice i prava, kao što je to npr. učinio u predmetu *Dame Bertoncini c. Bertoncini* iz 1961.

“Budući da stranke u postupku rastave braka nisu niti u jednom trenutku, pred sucem koji je odlučivao o biti spora, naglasile svoje zajedničko strano državljanstvo ni zahtijevale primjenu prava njihova državljanstva koje ne dopušta rastavu braka, zahtjev za nadležnošću tog prava radi rješavanja spora zbog njegova sadržaja koji je različit od francuskog prava, iznesen prvi put pred Kasacijskim sudom, jest mješavina činjenice i prava i zbog toga nedopustiv.”¹³⁹

¹³⁷ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 331, str. 540; Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-2, str. 254.

¹³⁸ Cass. soc. 25.11.1948, Rev.crit.dr.int.pr. 1949, str. 308 - prema: Y. Loussouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-5, str. 258.

¹³⁹ Cass. civ. 11.7.1961, *Dame Bertoncini c. Bertoncini*, Rev.crit.dr.int.pr. 1962, str. 124, s komentarom H. Batiffola, str. 124-126.

Nakon napuštanja doktrine *Bisbal* 1988. godine takvo obrazloženje više nije bilo prihvatljivo jer je prema stavu Kasacijskog suda u točno određenim slučajevima sudac koji je odlučivao o biti spora po službenoj dužnosti morao odrediti mjerodavno pravo, pa je zbog toga to obrazloženje bilo nespojivo s takvom obvezom.¹⁴⁰

Preokret iz 1988. međutim nije utjecao na stav Kasacijski suda prema kojem on ne prihvaća nadzor nad tumačenjem koje je stranom pravu, mjerodavnom na temelju francuskog kolizijskog pravila, dao sudac koji je odlučivao o biti spora.¹⁴¹

Ako se, međutim, u pravnom sredstvu ističe pogreška koja se tiče kolizijskog pravila, tj. ako se ističe da napadnuta odluka nije primijenila pravo koje je bilo mjerodavno na temelju razumnog tumačenja kolizijskog pravila, pravno sredstvo se prihvaća jer se radi o tumačenju francuskog pravila. U mjeri u kojoj je sudac koji odlučuje o biti spora obvezan primijeniti po službenoj dužnosti kolizijsko pravilo, takav se prigovor može prvi put iznijeti pred Kasacijskim sudom.¹⁴²

U doktrini se navode vrlo pragmatični razlozi na kojima se temelji stav Kasacijskog suda da ne nadzire tumačenje stranog prava koje su dali sudovi koji su odlučivali o biti spora. Ti se razlozi mogu sažeto izraziti da postoji "strah da se stranom pravu ne bi dalo tumačenje koje nije u skladu s tumačenjem stranih sudaca".¹⁴³ Ako bi se strano pravo tumačilo drukčije nego u zemlji porijekla, to bi bilo protivno ideji da strano pravo koje je primijenjeno u Francuskoj mora biti ono koje je zapravo na snazi u stranoj zemlji. Ako bi istraživao tumačenje koje je u toj zemlji prihvaćeno, Kasacijski sud preuzeo bi ulogu koja ne odgovara njegovu stvarnom položaju. Naime, on isključivo ispituje jesu li suci na pitanja koja su im bila postavljena dali odgovore koji su u skladu s pravom koje on poznaje ili ima zadatak da ga objasni, ali kojeg sadržaj nije na

¹⁴⁰ Y. Lousouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-5, str. 258.

¹⁴¹ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 335, str. 551; Y. Lousouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-6, str. 258 - Cass. civ. 7.3.1938, *De Marchi della Costa c. époux de Bagneux*, Rev.crit.dr.int.pr. 1938, str. 472 i B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 16, str. 125-127, s komentarom, str. 127-132; Cass. civ. 27.6.1950, Rev.crit.dr.int.pr. 1951, str. 277; Cass. civ. 11.12.1951, *Ghattas*, Rev.crit.dr.int.pr., 1953, str. 83; Cass.civ. 20.3.1978., Rev.crit.dr.int.pr., 1979, str. 837; Cass.civ. 13.6.1978, Rev.crit.dr.int.pr. 1979, str. 838. - odluke navedene prema: Y. Lousouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-7, str. 258, bilj. 4.

¹⁴² H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 336, str. 552-553.

¹⁴³ Y. Lousouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 243-7, str. 259.

njemu da istražuje.¹⁴⁴ “Tumačenje vlastitog prava koje čini sudac jest istraživanje onoga što je pravedno, razumno, korisno, ukratko onog što *mora (doit)* biti; njegovo tumačenje stranog prava jest istraživanje onog o čemu se sudi ili će se možda suditi u inozemstvu, drugim riječima ono što *jest (est)* ili će biti, a ne ono što mora biti. Radi se, dakle, s tog gledišta o činjenici (*point de fait*).”¹⁴⁵

Kasacijski sud iznimno prihvaća nadzor nad tumačenjem stranog prava kad postoje pretpostavke za primjenu doktrine o promjeni stvarnog značenja (*dénaturation*), u ovom slučaju stranog prava. Prema doktrini o promjeni stvarnog značenja, denaturaciji, Kasacijski sud može ukinuti odluku suda koji je odlučivao o biti spora u slučaju kad taj sud nije ispravno protumačio odredbe nekog dokumenta, prvenstveno ugovora ili oporuke, koje su potpuno jasne i izričite. Prema tome, sud koji odlučuje o biti spora ovlašten je tumačiti ugovor odnosno oporuku, ali Kasacijski sud pridržava ovlast da ukine odluku kojom je promijenjeno značenje jasne i izričite odredbe nekog ugovora odnosno oporuke. Prvi put je Kasacijski sud izričito prihvatio mogućnost denaturacije stranog prava u odluci koju je 1961. donio u predmetu *Montefiore c. Colonie belge du Congo*. Kasacijski sud prihvatio je ovaj stav:

“Treba ukinuti presudu koja zanemaruje i mijenja smisao jasnog i izričitog stranog zakonodavnog dokumenta, u konkretnom slučaju belgijskog, koji je bio podnesen u raspravi.”¹⁴⁶

¹⁴⁴ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 337, str. 553.

¹⁴⁵ H. Batiffol/P. Lagarde, *supra*, bilj. 86, r.br. 337, str. 553-554.

¹⁴⁶ Cass. civ. 21.11.1961, *Montefiore c. Colonie belge du Congo*, B. Ancel/Y. Lequette, *supra*, bilj. 85, odluka br. 36, str. 268-270, s komentaram, str. 270-277.

Povijest predmeta *Montefiore* seže u doba nastanka kolonije Belgijski Kongo. Belgijski kralj Leopold II. utemeljio je 1876. Međunarodno društvo Kongo (*Association internationale du Congo*) koje je ovlastilo istraživača *Stanleyja* da u njegovo ime uđe u posjed doline istoimene rijeke. Nakon što je međunarodni kongres u Berlinu, 1885, tom društvu priznao upravu nad tim područjem, društvo je nestalo, prepuštajući mjesto nezavisnoj državi za koju se smatralo da joj je dana međunarodna osobnost i koje je suveren bio Leopold II, temeljem osobnog naslova, pa se tako ta država našla u personalnoj uniji s Belgijom. Kralj Leopold II. ustupio je 1907. međunarodnim sporazumom tu državu Belgiji, koja je od nje stvorila koloniju Belgijski Kongo. Nezavisna država Kongo podigla je 1901. zajam, francuski zajmodavci podnijeli su, temeljem članka 14. Građanskog zakonika, protiv kolonije Belgijski Kongo 1952. tužbu pred belgijskim sudom radi isplate zajma. Belgijski Kongo, pravnu osobu po belgijskom pravu, zastupao je ministar za kolonije u Belgiji. Kolonija, potpomognuta državom Belgijom kao umješačem, istaknula je prigovor imuniteta

Da bi obrazložio svoj nadzor nad denaturacijom stranog prava, Kasacijski sud se pozvao na članak 1134. Građanskog zakonika (*Code civil*).¹⁴⁷ U doktrini se ističe da je bilo logičnije da je za svoju ovlast nadzora iskoristio kolizijsko pravilo. Budući da kolizijsko pravilo propisuje primjenu stranog prava, ono propisuje sucu da njegov sadržaj točno primijeni i da ne mijenja njegovo stvarno značenje. Razumno je dakle zaključiti da je, budući da je sudac promijenio stvarno značenje stranog prava, istovremeno povrijedio, neizravno, i (francusko) kolizijsko pravilo.¹⁴⁸ U predmetu *Montefiore*, kao i u kasnijim odlukama, Kasacijski je sud nadzor nad denaturacijom stranog prava ograničio samo na zakonodavni dokument, dakle na strani zakon *stricto sensu*.¹⁴⁹

od jurisdikcije stranih država. Kolonija Belgijski Kongo istaknula je da je cesijom osobnost stare države Kongo apsorbirana u osobnost države Belgije, pa da je ona time postala jedini dužnik iz zajma. Osnovni problem bio je, dakle, u tome da se odredi tko je, država Belgija ili kolonija Belgijski Kongo, dužnik iz zajma u trenutku postupka. Dva teksta mogla su se uzeti u obzir radi određivanja tko je dužnik: a) Sporazum o cesiji od 20. studenoga 1907, kojeg je članak 3. određivao: "Cesija obuhvaća cjelokupnu pasivu i sve financijske obveze nezavisne države"; između tih obveza bio je izričito naveden predmetni zajam; b) belgijski zakon od 18. listopada 1908, kojeg je članak 1. određivao: "Belgijski Kongo ima osobnost različitu od osobnosti metropole. Aktiva i pasiva Belgije i kolonije ostaju razdvojene. Kao posljedica, isplata kongoanske rente ostaje isključivo na teret kolonije, osim ako posebni zakon ne odredi drukčije." Nije donesen nikakav zakon koji bi to drukčije uredio.

Sud u Parizu, odlukom od 31. listopada 1956, dao je prednost sporazumu nad zakonom i proglasio se nenadležnim.

Uložen je pravni lijek Kasacijskom sudu. U njemu je istaknuto, prvo, da se nije morao primijeniti sporazum jer on isključivo s gledišta međunarodnog javnog prava rješava pitanje sukcesije država, drugo, da je francuski sudac koji je odlučivao o biti spora izmijenio pravo značenje zakona od 18. listopada 1908. kojim se uređivalo što je bila javna imovina koju je teretio zajam.

Kasacijski sud, nakon što je prešutno prihvatio razloge koji su dani u obrazloženju za prvi navod, odlukom utvrđuje potpuno jasno dopustivost prigovora promjene stvarnog značenja stranog prava.

¹⁴⁷ Članak 1134. Građanskog zakonika:

"Sporazumi koji su zakonito sklopljeni nadopunjuju se po zakonu onih koji su ih učinili. Mogu biti opozvani samo zajedničkim sporazumom ili iz razloga predviđenog u zakonu. Moraju biti izvršeni u dobroj vjeri."

¹⁴⁸ Y. Lousouarn/P. Bourel, *supra*, bilj. 86, r.br. 245, str. 262.

¹⁴⁹ Cass. soc. 10.5.1972, *Bastia*, Rev.crit.dr.int.pr. 1974, str. 321; Cass. civ. 2.2.1982, *Olivier*, Rev.crit.dr.int.pr. 1982, str. 706; Cass. civ. 19.3.1991, *Buzyn*, Rev.crit.dr.int.pr. 1992, str. 88.

Odlukom u predmetu *Africatours c. M. Issa Diop* iz 1997. godine Kasacijski sud izmijenio je pravnu osnovu svoje ovlasti nadzora nad promjenom stvarnog značenja stranog prava. Umjesto na članak 1134. Građanskog zakonika, Kasacijski sud se pozvao na članak 3. Građanskog zakonika.¹⁵⁰

“Izlaže se ukidanju odluka koja zanemaruje doslovno značenje stranog prava u korist tumačenja danog u unutarnjem francuskom pravu, a da se pri tome ne poziva niti na jedan izvor pozitivnog stranog prava koji spornoj odredbi daje značenje koje mu ono daje, mijenjajući tako stvarno značenje stranog prava.”¹⁵¹

U komentaru uz tu odluku naglašava se važnost izmjene temelja nadzorne ovlasti Kasacijskog suda, koji sada prihvaća članak 3. Građanskog zakonika kao “osnovni tekst koji obuhvaća cjelokupno francusko pravo o sukobu zakona”.¹⁵² Prema tome, sada se izuzetnim nadzor Kasacijskog suda nad primjenom stranog prava temelji na gledištu da je promjenom stvarnog značenja stranog prava, njegovom denaturacijom, povrijeđeno francusko kolizijsko pravilo koje je na to pravo uputilo.

2.5. Zaključak

Prema tome, francuski stav je sljedeći. Sud koji odlučuje o biti spora mora primijeniti kolizijsko pravilo ako je ono sadržano u međunarodnoj konvenciji koja je na snazi u Francuskoj ili ako se radi o sporu u vezi s pravima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati. U ostalim slučajevima ovisi o slobodnoj ocjeni suca hoće li primijeniti ili ne kolizijska pravila. Stranka koja u situacijama kad primjena kolizijskog pravila nije obvezna zahtijeva primjenu stranog prava

¹⁵⁰ Članak 3. Građanskog zakonika:

“Policijski zakoni i zakoni o sigurnosti obvezuju sve one koji borave na državnom području. Na nekretnine, čak ako ih posjeduju inozemci, primjenjuje se francusko pravo. Zakoni o osobnom stanju i poslovnoj sposobnosti primjenjuju se na Francuze čak i kad borave u inozemstvu.”

¹⁵¹ Cass. civ. 1.7.1997, *Africatours c. M. Issa Diop*, J.D.I. 1998, str. 98-99, s komentarom I. Barrierea Brousea, str. 99-110.

¹⁵² Y. Loussouarn, *Le contrôle par la Cour de cassation de l'application des lois étrangères*, Travaux comité fr. DIP, str. 146 - citat prema: I. Barriere Brouse, *supra*, bilj. 151, str. 101.

mora dokazati da je njegov sadržaj različit od francuskog prava. U situaciji kad je sud dužan primijeniti strano pravo, a ne uspije utvrditi njegov sadržaj, odnosno kad stranka ne uspije dokazati da je sadržaj stranog prava različit od francuskog prava, primjenjuje se francusko pravo. Kasacijski sud nije ovlašten za nadzor nad tumačenjem stranog prava koje je utvrdio sud koji je odlučivao o biti spora, osim ako je tom prilikom sud koji je odlučivao o biti spora promijenio stvarno značenje stranog prava (denaturacija stranog prava).

3. Engleska

3.1. Pravna priroda kolizijskih pravila - utvrđivanje primjene stranog prava

U Engleskoj se, za razliku od Njemačke, a u određenim slučajevima i Francuske, kolizijska pravila ne smatraju prisilnim pravilima i njihova primjena ne smatra se pitanjem javnog poretka. Nadalje, u engleskom se pravu, za razliku od njemačkog prava, ne polazi od pretpostavke da su sva svjetska prava jednakovrijedna, odnosno da se domaće i strano pravo moraju promatrati na istoj razini.

Strano pravo u Engleskoj smatra se činjenicom (*fact*). Učenje o stranom pravu kao činjenici (*fact doctrine*) temelji se, dijelom, na razlikovanju koje potječe iz srednjeg vijeka, između *common law* sudova i *admiralty* sudova.¹⁵³ Nadležnost prvih bila je ograničena na unutarnje sporove, i to prvenstveno zbog toga što je porota (*jury*) prvotno predstavljala način dokazivanja, a ne suđenja. Naime, porotnici su bili birani iz članova lokalne zajednice i odluku su mogli donositi samo na temelju vlastitog znanja o događajima u toj zajednici. Tako oni nisu imali spoznaje o događajima izvan te zajednice, a posebno ne o događajima izvan Engleske. Uz to, budući da se *common law* razvijalo kao pravo feudalnog društva, ponajviše zemljoposjednika, ono nije sadržavalo odredbe koje bi se odnosile na trgovce. Zbog toga u nadležnost sudova *common law*, osim sporova koji su svoje porijeklo vukli izvan Engleske, nisu ulazili ni sporovi koji su se odnosili na trgovce. Tijekom 14. stoljeća nastali su *admiralty* sudovi i oni su s vremenom pod svoju nadležnost preuzeli rješavanje svih sporova stranog porijekla i sporove između trgovaca. Ti su sudovi primjenjivali "*general*" *law of nations*, pomorsko pravo, pravo trgovaca (*law merchant*), dakle sva prava koja su

¹⁵³ V. pobliže, L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 335-342.

po svojem porijeklu bila strana.¹⁵⁴ Nakon 16. stoljeća zbog geografskih otkrića i razvoja trgovine porastao je broj “stranih slučajeva” i samim time i važnost *admiralty* sudova, tako da je nadmoć *common law* sudova bila ozbiljno ugrožena. Da bi se to spriječilo, nadležnost *common law* sudova proširena je, između ostalog, i tako da je početkom 17. stoljeća izmijenjena priroda porote. Od svjedoka o činjenicama odnosno osobnog saznanja o događajima, porota je postala ispitivač činjenica odnosno svjedočenja o njima. Time je otpala temeljna smetnja da se o slučajevima stranog porijekla odlučuje pred *common law* sudovima. Ta promjena u nadležnosti nužno je kao posljedicu stvorila problem primjene prava. Koje pravo, ako ne *common law*, treba primijeniti? S obzirom na pravo trgovaca napravljen je ustupak. Budući da *common law* nije imalo odredaba za sporove između trgovaca, prihvatilo se da na njih mora primijeniti pravo trgovaca. No, kako to pravo *common law* sudovi do tada nisu primjenjivali, ono je za te sudove bilo “strano”. Zbog toga su se njegove odredbe smatrale kao činjenice, što znači da se na njih morala pozvati i dokazati ih zainteresirana stranka. Situacija s primjenom stranog prava bila je bitno različita jer se ono nikad nije primjenjivalo pred engleskim sudovima, čak niti pred *admiralty* sudovima koji su rješavali strane slučajeve. *Common law* sudovi, koji su stoljećima primjenjivali vlastito pravo odbijajući prihvatiti bilo kakve pravne ideje koje su dolazile iz inozemstva, odlučili su se protiv primjene stranog prava uopće. Oni su ili odbijali nadležnost u slučajevima u kojima se pojavljivalo strano pravo ili su primjenjivali *common law* koristeći se različitim fikcijama, npr. kod ugovora koji je bio sklopljen u inozemstvu fingiralo se da je mjesto sklapanja u Engleskoj i primjenjivalo *common law*. Tako se postupalo do sredine 18. stoljeća kad se, pod utjecajem lorda *Mansfielda*, odstupilo od navedenog čvrstog stava i dopustila primjena stranog prava u slučajevima kad se smatralo da je ono mjerodavno *ex comitate et iure gentium*. U pogledu načina utvrđivanja sadržaja stranog prava od početka je prihvaćen stav lorda *Mansfielda* iznesen u predmetu *Mostyn v. Fabrigas* 1774. godine:

“Način saznavanja stranog prava jest da se dopusti da se ono dokazuje kao činjenica, a sud će pomoći poroti u utvrđivanju onoga što je pravo.”¹⁵⁵

Tako se od vremena kad se prihvatila njegova primjena pred *common law* sudovima strano pravo smatralo činjenicom. Izjednačivanje stranog prava s

¹⁵⁴ L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 336.

¹⁵⁵ 1 Cowp. 161, 174, 98 Eng. Rep. 1021, 1028 (K.B. 1774) - navod prema L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 338.

činjenicom imalo je kao posljedicu i to da se sud nije smio upuštati u utvrđivanje njegova sadržaja jer bi time povrijedio pravilo o svojoj neutralnosti. Učenje o stranom pravu kao činjenici odgovaralo je i ulozi koju engleski sudac ima u postupku, a koja je potpuno različita od one koju sudac ima u postupku utemeljenom na njemačkom modelu. Prema njemačkom modelu, sudac je zaštitnik pravnih pravila za koja moral i javni poredak zahtijevaju da se primijene, te u toj ulozi on može i sam nastupati kao istraživač onoga što smatra potrebnim. Engleski sudac tradicionalno se doživljava kao *umpire*. Njegova uloga, kako to navodi *Pollock*, "nije da istražuje, niti da čini bilo što svojevoljno, već da sasluša i presudi između stranaka prema dokazima koje su mu stranke podnijele".¹⁵⁶

Učenje o stranom pravu kao činjenici teorijski je prvotno bilo utemeljeno na učenju o učtivosti (*comity - comitas*) nizozemskog teoretičara *Hubera* iz druge polovine 17. stoljeća, koje je u Englesku bilo preuzeto sredinom 18. stoljeća. Na to se učenje pozivao i lord *Mansfield*. Prema toj doktrini pravo svake nacije vrijedi samo unutar nacionalnih granica, a izvan njih može se primijeniti samo iz učtivosti prema stranom suverenu, a ne temeljem njegove ovlasti jer se ta ovlast proteže samo nad područjem nad kojim on ima suverenu vlast. To je omogućilo ne samo da se ograniči primjena stranog prava već da se ono može primijeniti samo ako se zainteresirana stranka na nj pozove i njegov sadržaj dokaže.¹⁵⁷ Time je riješen položaj stranog prava u postupku. Kasnije, početkom ovog stoljeća, prihvaćena je *Diceyjeva* teorija stečenih prava (*vested rights theory*), prema kojoj engleski sudovi ne primjenjuju strano pravo, već samo priznaju i izvršavaju prava koja su stečena po stranom pravu. Pitanje je li pravo na koje se stranka poziva stečeno po pravu strane zemlje jest činjenično pitanje i na tu činjenicu stranka se mora pozvati i njezino postojanje dokazati.¹⁵⁸ Prema tome, stav o stranom pravu kao činjenici ima u engleskom pravu dugu tradiciju. Kao što se to može zaključiti iz dosadašnjih izlaganja, dvije su posljedice tog stava. Prvo, na strano pravo mora se pozvati, i drugo, strano pravo mora se dokazati.

Opće je pravilo da se stranka koja želi primjenu stranog prava na nj mora pozvati, i to na način na koji se poziva i na ostale činjenice. Ako to ne učini, sud ga neće primijeniti, premda je očito da se radi o slučaju s međunarodnim obilježjem, i odlučit će kao da se radi o potpuno unutarnjem, engleskom, slučaju.

¹⁵⁶ F. Pollock, *Expansion Of The Common Law*, 1904, str. 33-34 - navod prema: L. SAAS, *supra*, bilj. 3, str. 338.

¹⁵⁷ L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 338.

¹⁵⁸ A. V. Dicey, *Conflict Of Laws*, 2. izd., 1908, str. 23.

Sud neće primjenjivati strano pravo čak ni u slučaju kad se spor odnosi na ugovor u kojem postoji odredba o izboru stranog prava.¹⁵⁹ Iz takvog *laissez faire* voluntarizma slijedi da je pozivanje na strano pravo privatna stvar između stranaka, odnosno da je strankama u postupku omogućeno da slučaj s međunarodnim obilježjem pretvore u slučaj s unutarnjim obilježjem. Pravni učinak jest da se kolizijska pravila smatraju dispozitivnim pravilima.¹⁶⁰ Stranke su slobodne u odluci hoće li ili ne u spor uvesti strano pravo, vodeći pri tome računa o pravnim posljedicama, načelu ekonomičnosti i troškovima koji bi primjenom i utvrđivanjem sadržaja stranog prava bili prouzročeni. Samo je jedan zakonski izuzetak. U skladu s *British Law Ascertainment Act* iz 1859, ako se radi o primjeni prava neke od zemalja *Commonwealtha*, sud može utvrđivati strano pravo, premda se niti jedna stranka na njegovu primjenu nije pozvala, ako njegovo utvrđivanje smatra "potrebnim ili učinkovitim za ispravno rješenje" zahtjeva.¹⁶¹

Strano pravo mora se dokazati. To znači da se sud ne smije koristiti s *judicial notice* - neformalnom metodom spoznaje sadržaja koji su mu predstavljeni, odnosno utvrđivanjem koje je oslobođeno od striktnih pravila formalnog dokazivanja,¹⁶² kao što je to slučaj kad se radi o engleskom pravu ili o notornim činjenicama.¹⁶³ Strano pravo ne može se deducirati iz ranije odluke engleskog suda u kojoj se odlučivalo o istom pravnom pravilu istog stranog prava,¹⁶⁴ premda se na takvu odluku može pozvati radi dokazivanja stranog prava. Na primjer, ako se isto pravno pitanje koje se tiče istog stranog prava javlja u dvije tužbe o kojima se odlučuje pred istim sudom, ne smije se sud pri raspravljanju o drugoj

¹⁵⁹ *Aluminium Industrie Vaasen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.*, W.L.R. 1976, str. 676; *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.R.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* (1967) 1. A. C., str. 361.

¹⁶⁰ Usp. R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts*, L.Q.Rev. 1992, str. 142-156, 150.

¹⁶¹ *Topham v. Duke of Portland* (1863) 1 De G.J. & STR. 517 (različito, ali ne s pozivanjem na to pod imenom *Duke of Portland v. Topham* (1864) 11 H.L.C. 32; *Eglinton v. Lamb* (1867) 15 L. T. 657 - prema A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *The Conflict Of Laws*, 12. izd. 1993, str. 226.

¹⁶² L. Saas, *supra*, bilj. 3, str. 342.

¹⁶³ A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 227.

¹⁶⁴ *M'Cormick v. Garnett* (1854) 5 D. M. & G. 278; *Re. Marseilles Extension Railway and Land Co.* (1885) 30 Ch. D. 598, 602; *Lazard Brothers & Co. v. Midland Bank Ltd.* (1933) A.C. 289, 297-298; *Schneider v. Jaffe* (1916) 7 C.P.C. 696 - prema: A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 227.

tužbi pozvati na ono što je doznao iz rasprave i svjedočenja vještaka u prvoj tužbi.¹⁶⁵

Ipak, u nekim slučajevima sud po službenoj dužnosti uzima na znanje strano pravo, pa se strano pravo tada iznimno ne mora dokazivati.¹⁶⁶

a) Ako je to predviđeno zakonom, npr. kao prema čl. 22(2) *Maintenance Orders Act* iz 1950. ili čl. 4(2)-(5) *Civil Evidence Act* iz 1972. Posljednje navedenim člankom predviđa se da u slučaju kad je o nekom pitanju stranog prava (uključujući škotsko i sjevernoirsko pravo), prije ili poslije stupanja na snagu tog zakona, bilo odlučeno u građanskom ili kaznenom postupku u prvom stupnju pred *High Court*, pred *Crown Court*, još nekim drugim sudovima, ili u žalbenom postupku u povodu tih odluka, ili u postupku pred *Judicial Committee of the Privy Council*,¹⁶⁷ ili u žalbenom postupku pred nekim stranim sudom,¹⁶⁸ bilo koji nalaz ili odluka iz tog postupka, ako su predočeni u obliku pogodnom za navođenje,¹⁶⁹ dopušteni su kao dokaz o stranom pravu u kasnijem postupku. Taj članak ima značenje pravila o kvaziprecedentu jer odluka donesena u ranijem postupku nije obvezujuća za sud u kasnijem postupku. Ona samo stvara pretpostavku koja se može oboriti.¹⁷⁰ Smatra se da je strano pravo takvo kakvo slijedi iz nalaza ili odluke, osim ako se ne dokaže suprotno, pod uvjetom da to ne proturječi nalazima o stranom pravu do kojih je sud došao u tijeku postupka.¹⁷¹ Na raniji nalaz ili odluku koja se tiče stranog prava može se pozvati samo ako je stranka koja se na njih poziva, u skladu s pravilima suda, obavijestila drugu stranku o svojoj namjeri da se na njih pozove.¹⁷² Smatra se da su nalaz ili odluka o stranom pravu u obliku pogodnom za navođenje ako je o njima izviješteno ili su navedeni u pisanom izvještaju, prijepisu ili nekom drugom dokumentu na koji bi se, kao na autoritet, moglo pozvati u postupku koji se vodi u Engleskoj kad bi se raspravljalo o pitanju iz engleskog prava.¹⁷³

¹⁶⁵ *Re. Marseilles Extension Railway and Land Co.* (1885) 30 Ch. D. 598, 602; *Lazard Brothers & Co. v. Midland Bank Ltd.* (1933) A.C. 289, 297-298.

¹⁶⁶ A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 227-230.

¹⁶⁷ Čl. 4(2) *Civil Evidence Act*.

¹⁶⁸ Čl. 4(4) *Civil Evidence Act*.

¹⁶⁹ Čl. 4(5) *Civil Evidence Act*.

¹⁷⁰ T. C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*, Int. Comp.L.Q. (1996) 2, str. 271-292, 283, bilj. 59.

¹⁷¹ G. C. Cheshire/P. M. North, *Private International Law*, 12. izd., 1992, str. 108.

¹⁷² Čl. 4(3) *Civil Evidence Act*.

¹⁷³ A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 236.

b) U nekim slučajevima kad postoji znanje suca o tome kao o notornoj činjenici. Kao primjer navodi se da je igranje ruleta u Monte Carlu zakonom dopušteno.¹⁷⁴

c) Sud se može pozvati na svoje znanje o stranom pravu ako je njegov sadržaj, barem djelomično, određen pravilima engleskog prava, i ako je prema engleskom pravu strano pravo isto ili bitno slično engleskom pravu. Tako se u kolonijalnom razdoblju smatralo da su doseljenici "donijeli sa sobom" englesko pravo u kolonije, pa da onda engleski sud ima *judicial notice* o *common law* određene engleske kolonije, i može odlučiti, kao o pravnom pitanju, primjenjuje li se englesko pravo u toj koloniji.¹⁷⁵ Dakako, to se nije moglo primijeniti na dio prava koje predstavlja zakonodavstvo koje je donio zakonodavac te kolonije.

d) Smatra se da apelacijski sud koji je nadležan za rješavanje pravnih lijekova protiv odluka sudova više zemalja ima znanje o pravu bilo koje od tih zemalja kad odlučuje o pravnom lijeku protiv odluke suda iz jedne od tih zemalja. Tako Kuća lordova (*House of Lords*), kao najviša sudska instancija Velike Britanije, kad odlučuje o škotskom slučaju, smatra se da ima znanje (*judicial notice*) o npr. engleskom ili sjevernoirskom pravu,¹⁷⁶ i obrnuto, kad odlučuje o engleskom ili sjevernoirskom predmetu, može se pozvati na znanje (*judicial notice*) o škotskom pravu.¹⁷⁷ U takvim slučajevima strano pravo, koje je pred nižim sudom bilo činjenično pitanje, pred Kućom lordova postaje pravno pitanje. Naime, za niže, engleske sudove pravo Škotske strano je pravo. No za Kuću lordova pravo zemlje koja je sastavni dio Velike Britanije, škotsko pravo, nije strano pravo.

e) Strano pravo ne mora se dokazivati ako se njegova primjena prihvaća.¹⁷⁸ Pristanak mora biti izričit. Međutim, o pristanku se može zaključiti kad stranka u svojim navodima prihvaća strano pravo na koje se u svojim navodima pozvala njezina protustranka.¹⁷⁹

f) Sud može odlučiti o stranom pravu bez dokazivanja ako to zahtijevaju obje stranke. Međutim, sudovi su skloni takvom postupanju samo kad se radi o tumačenju stranog zakona.¹⁸⁰

¹⁷⁴ *Saxby v. Fulton* (1909) 2 K.B. 208, 211; R. Fentiman, *supra*, bilj. 160, str. 147.

¹⁷⁵ *Limerick v. Limerick* (1863) 4 Sw. & Tr. 252, 253.

¹⁷⁶ *Douglas v. Brown* (1831) 2 Dow. & Cl. 171 (H.L.); *Cooper v. Cooper* (1888) 13 App. Castr. 88.

¹⁷⁷ *De Thoren v. Att.-Gen.* (1876) App. Cass. 686; *Elliot v. Joicey* (1935) A.C. 209, 306; *Mac-Shannon v. Rockware Glass Ltd.* (1978) A.C. 795, 815, 821.

¹⁷⁸ *Moulis v. Owen* (1907) 1 K.B. 746 (C.A.).

¹⁷⁹ *Prowse v. European and American Steam Shipping Co.* (1860) 13 Moo. P.C. 484.

¹⁸⁰ *Beatty v. Beatty* (1924) 1 K.B. 807 (C.A.); *F & K. Jabbour v. Custodian of Israeli Absentee Property* (1954) 1 W.L.R. 139, 147-148; *Re Marshall* (1975) Ch. 507 (C.A.); *Wilson, Smithett & Cope Ltd. v. Terruzzi* (1976) Q.B. 683, 692.

g) U nekim slučajevima sud je riješio pitanje stranog prava, premda se iz sudskog spisa ne vidi da postoji dokaz o stranom pravu.

3.2. Dokazivanje sadržaja stranog prava

Niti jedan svjedok ne može iskazivati o pravu kao o činjenici. On samo može izraziti svoje mišljenje o njemu. Da bi to mogao, on mora biti stručnjak za to pravo. Zbog toga je uobičajeni način dokazivanja stranog prava dokazivanje putem iskaza svjedoka-vještaka (*expert-witness*). Vještak svjedoči, u pravilu, usmeno na raspravi da bi se sud odgovarajućim pitanjima mogao uvjeriti je li svjedok-vještak zaista stručan za vještačenje o odnosnom stranom pravu. Dakako, svjedoka-vještaka može ispitivati suprotna stranka (*cross-examination*). Samo iznimno dopušta se pismeno svjedočenje uz ponudu zakletve (*affidavit*).¹⁸¹ Premda je judikatura o *expert evidence* obilna, nema jasnog i cjelovitog odgovora na to tko se smatra dovoljno stručnim da bi mogao biti pozvan radi izvođenja dokaza o stranom pravu. Sud ima diskrecijsko pravo u odlučivanju posjeduje li određena osoba takvo stručno znanje ili ne. Načelno, uvijek se kompetentnim stručnjakom smatra sudac ili pravnik praktičar, uključujući i javne bilježnike, iz te strane zemlje.¹⁸² U građanskom postupku više nije pravilo, ako je uopće i bilo, da stručnjak-vještak mora biti pravnik praktičar ili osoba ovlaštena na pravnu praksu u stranoj zemlji. Naime, člankom 4, stavkom 1. već spomenutog *Civil Evidence Act* iz 1972. određuje se da je u građanskim postupcima “osoba koja je odgovarajuće kvalificirana temeljem svojeg znanja ili iskustva kompetentna svjedočiti kao vještak o stranom pravu, neovisno o tome djeluje li ili je ovlaštena da djeluje kao pravnik praktičar u stranoj zemlji”.¹⁸³ U skladu s tim deklaratornim načelom stručnim se može smatrati osoba koja je obavljala pravnu praksu u toj zemlji,¹⁸⁴ koja je bila ovlaštena na praksu u stranoj zemlji, ali je nije obavljala,¹⁸⁵ koja u stranoj zemlji nije obavljala

¹⁸¹ G. C. Cheshire/P. M. North, *supra*, bilj. 171, str. 111.

¹⁸² G. C. Cheshire/P. M. North, *supra*, bilj. 171, str. 108; A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 230.

¹⁸³ Čl. 4(1) *Civil Evidence Act*.

¹⁸⁴ *Re Duke of Wellington* (1947) Ch. 506, 514-515; *Re Banque des Marchands de Moscou* (1958) Ch. 182; *Rossano v. Manufacturers' Life Insurance Co.* (1963) 2 Q.B. 352, 373; *Kertesz v. Kertesz* (1954) V.L.R. 195.

¹⁸⁵ *Barford v. Barford* (1918) p. 140; *Perlak Petroleum Maatschappij v. Deen* (1924) 1 K.B. 111 (C.A.).

praksu niti je na nju bila ovlaštena, ali je obavljala praksu u drugoj stranoj zemlji koje je pravo isto kao i pravo prve strane zemlje.¹⁸⁶ Stručnom se smatra i osoba koje posao uključuje vezu sa stranim pravom, premda nema nikakvog znanja ili iskustva o stranom pravu utemeljenog na studiju ili praksi.¹⁸⁷ Stručnim se smatra i profesor prava koji je specijalizirao određeno strano pravo.¹⁸⁸ Ukratko, mora se raditi o osobi “koja je dovoljno kvalificirana temeljem svojeg znanja ili iskustva”.

Budući da se strano pravo smatra činjenicom, a kako se smatra da suci ne znaju za činjenice dok im nisu dokazane, slijedi da suci ne znaju strano pravo koje im nije dokazano. To znači da primjena stranog prava u slučajevima s međunarodnim obilježjem u Engleskoj ovisi, zapravo, o pravilima postupka i dokazivanju. Posljedica takvog stava može ugroziti rezultate unifikacije koja je među europskim zemljama postignuta donošenjem Rimske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze iz 1980. Konvencija je postala dijelom engleskog prava temeljem *Contracts (Applicable Law) Act* iz 1990. Naime, prema članku 3. Konvencije “na ugovor se primjenjuje pravo koje stranke izaberu”. Takav ugovor u kojem su stranke izabrale mjerodavno pravo može biti predmet spora pred engleskim sudom. Premda bi se, pozivom na članak 3. Konvencije, moglo zaključiti da bi sud u takvom slučaju morao primijeniti strano pravo koje su stranke izabrale, članak 1, stavak 2 (b) Konvencije, koji se odnosi na polje primjene Konvencije, izričito određuje da se odredbe konvencije, uz ograničenja iz članka 14. Konvencije,¹⁸⁹ ne primjenjuju “na dokaze i postupak”. Odnosi li se pojedino pravilo na pitanja dokaza i postupka, kvalificira se po pravu suda. Prema tome, budući da englesko pravo pitanje primjene stranog prava smatra činjeničnim pitanjem, a ona su podvrgnuta pravilima o dokazivanju i postupku, slijedi da je to pitanje isključeno iz polja primjene Konvencije. U

¹⁸⁶ *Reinblatt v. Gold* (1928) Que.R. 45 K.B. 136.

¹⁸⁷ *Assosiated Shipping Services Ltd. v. Department of Private Affairs of H. H. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nahayan*, (1990) C.A.

¹⁸⁸ *Bodley Head v. Flegon* (1972) 1 W.L.R. 680; *R. v. Registrar-General of Births, Deaths and Marriages, ex p. Minhas* (1977) Q.B. 1; *X.A.G. v. A Bank* (1983) 2 All E.R. 464.

¹⁸⁹ Članak 14. - Dokaz

“(1) Pravo mjerodavno za ugovor prema ovoj konvenciji primjenjuje se u mjeri u kojoj sadrži pravila o zakonskoj presumpciji ili utvrđuje teret dokaza.

(2) Za dokazivanje ugovora ili pravnog čina dopuštene su sve vrste dokaza koje predviđa pravo države suda ili bilo koje od prava na koje se upućuje po članku 9, po kojemu je ugovor ili pravni čin formalno valjan, ako se dokaz takve vrste može izvesti pred sudom”.

navedenom primjeru, ako se niti jedna od stranaka ne pozove na primjenu stranog prava, predmet će biti riješen isključivo na temelju engleskog prava, budući da je postupovna i dokazna priroda engleskog pravila o pozivanju na strano pravo i njegovu dokazivanju ostala izvan Rimske konvencije.

Postupak dokazivanja stranog prava obvezuje stranke da strano pravo dokažu kao i svaku drugu činjenicu i spriječava engleskog suca da sam istražuje strano pravo. Strano pravo ne može se dokazivati samim predočenjem stranih zakonskih tekstova, navođenjem odluka stranih sudova ili upućivanjem na stavove zauzete u doktrini.¹⁹⁰ Sve to može biti predočeno sudu samo kao dio iskaza svjedoka-vještaka i sud to može ocjenjivati ili tumačiti samo uz njegovu pomoć, a ne samostalno. Tako, ako se svjedok-vještak pozvao samo na dio zakona, na dio zakonskog članka, na dio odluke ili na odlomak iz određene knjige, sudac se ne može pozivati na one dijelove zakona, članka, odluke ili odlomke iz knjige na koje se svjedok-vještak nije pozvao, niti može samostalno istraživati strano pravo.¹⁹¹

Strano pravo mora se dokazati u dovoljnoj mjeri. Ocjenu o tome je li strano pravo dovoljno dokazano samostalno donosi sud. Ako iskaz svjedoka-vještaka nije osporen, sud ga u pravilu mora prihvatiti, budući da ne raspolaže podatkom na temelju kojega bi ga osporio.¹⁹² On će ga odbiti tek ako je iskaz "očito lažan",¹⁹³ "sumnjiv",¹⁹⁴ "neumjeren",¹⁹⁵ ili kad je svjedokovo prikazivanje stranog prava suprotno sa svim engleskim prijevodima stranog teksta kojima sud raspolaže, a nije objašnjeno pozivanjem na neko posebno pravilo o konstrukciji stranog prava.¹⁹⁶ Na sudu je da stvori vlastito mišljenje o značenju predočenog

¹⁹⁰ *Nelson v. Bridport* (1845) 8 Beav. 527, 542; *Buerger v. New York Life Assurance Co.* (1927) 96 L.J.K.B. 930, 940, 942 (C.A.); *Bumper Development Corp. Commissioner of Police of the Metropolis* (1991) 1 W.L.R. 1362, 1371 (C.A.).

¹⁹¹ *Nelson v. Bridport* (1845) 8 Beav. 527, 542; *Bumper Development Corp. Commissioner of Police of the Metropolis* (1991) 1 W.L.R. 1362, 1371 (C.A.); A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, 230; R. Fentiman, *supra*, bilj. 160, str. 147; T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 284.

¹⁹² *Buerger v. New York Life Assurance Co.* (1927) 96 L.J.K.B. 930, 940, 942 (C.A.); *Koechin & Cie v. Kestenbaum Brostr.* (1927) 1 K.B. 616, 622; *Re Banque des Marchands de Moscou* (1958) Ch. 182; *Sharif v. Azad* (1967) 1 Q.B. 605, 616 (C.A.).

¹⁹³ *O'Callaghan v. O'Sullivan* (1925) 1 I.R. 90, 119.

¹⁹⁴ *Allen v. Hay* (1922) 69 D.L.R. 193, 195-196.

¹⁹⁵ *Buerger v. New York Life Assurance Co.* (1927) 96 L.J.K.B. 930, 941 (C.A.).

¹⁹⁶ *A/S Tallinna Laevauhisus v. Estonian State Steamship Line* (1947) 80 Ll.L.R. 99, 108 (C.A.).

materijala o stranom pravu koji mu je predložen u dokaz stranog prava, čak i u slučaju kad iskaz svjedoka-vještaka nije osporen. Ako se iskazi svjedoka-vještaka koje su pozvale stranke razlikuju u pogledu pravnih učinaka stranih pravnih izvora, sud je ovlašten da uvidom u te izvore, ali samo u one dijelove na koje su se svjedoci-vještaci pozvali, sam razriješi suprotnosti u iskazima i na temelju predloženih mu dokaza dađe vlastito tumačenje stranog prava.¹⁹⁷ U svim slučajevima, dakle, sud ima pravo i dužnost ispitati i kritički se osvrnuti na predložene mu dokaze.¹⁹⁸ Rezultat te ocjene može biti da će ponekad sud primijeniti strano pravo ne kako je ono *per se*, već onako kako ga on vidi. On može dati prednost jednom od iskaza, ili uzeti ponešto iz svakog od iskaza, pa tako njegova ocjena može predstavljati svojevrsnu mješavinu danih iskaza. Takva sudska ocjena može, dakako, iznenaditi stranke i ne zadovoljiti niti jednu od njih.¹⁹⁹

Poželjno je da svjedok-vještak, kad dokazuje strano pravno pravilo, podnese dokaze i o njegovu tumačenju s gledišta stranog prava. Ako je strano pravno pravilo dovoljno dokazano, a pravila o tumačenju stranog pravnog pravila nisu dovoljno dokazana, sud će tumačiti strano pravno pravilo u skladu s engleskim pravilima o tumačenju i konstrukciji pravnog pravila.²⁰⁰

Teret dokazivanja stranog prava je na onoj stranici koja se na njegovu primjenu poziva, koja dakle svoj zahtjev ili obranu temelji na stranom pravu.²⁰¹

¹⁹⁷ *Concha v. Murrieta* (1889) 40 Ch.D. 543 (C.A.); *Guaranty Trust Corporation of New York v. Hannay* (1918) 2 K.B. 623 (C.A.); *Russian Commercial and Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mullhouse* (1923) 2 K.B. 631; *Paley (princes Olga) v. Weisz* (1929) 1 K.B. 718 (C.A.); *Re Duke of Wellington* (1947) Ch. 506.

¹⁹⁸ *Tallina Laevaushisus A/S v. Estonian State SS Line* (1947) 80 Ll.L.R. 99, 108 (C.A.); *Rouyer Guillet et Cie v. Rouyer Guillet & Co Ltd* (1949) 1 All ER 244; *Re Fould's Estate (no 3) Hartley v. Fuld* (1968) P 67, 700-703.

¹⁹⁹ *Dubai Bank v. Galadari*, The Times, 26. lipnja 1990.

²⁰⁰ *Baron de Bode's Case* (1845) 8 Q.B. 208, 251, 265-266; *Castrique v. Imrie* (1870) L.R. 4 H.L. 414, 430; *Higgins v. Erwing's Trustees* 1925 STR.C. 440; *Allen v. Standard Trusts Co.* (1919) 49 D.L.R. 399; G. C. Cheshire/P. M. North, *supra*, bilj. 171, str. 111; A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 232-233; R. Fentiman, *supra*, bilj. 160, str. 149. T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 84.

²⁰¹ *Brown v. Gracey* (1821) Dow. & Ry.N.P. 41n; *Dynamit A.G. v. Rio Tinto Co.* (1918) A.C. 260, 295, 301; *Guaranty Trust Corporation of New York v. Hannay* (1918) 2 K.B. 623 (C.A.); *Schapiro v. Schapiro* (1904) T.S. 673; *Rodden v. Whatlings Ltd.* 1961 S.C. 132.

3.3. Pravo koje se primjenjuje ako stranka ne dokaže sadržaj stranog prava

Ako stranka ne podnese dokaze o stranom pravu, ili su ti dokazi prema mišljenju suda nedovoljni, sud primjenjuje englesko pravo.²⁰²

3.4. Pravni lijekovi i primjena stranog prava

Istaknuto je da se strano pravo smatra činjenicom. Praksa žalbenih sudova pokazuje da pitanje stranog prava ti sudovi smatraju “činjeničnim pitanjem posebne vrste”.²⁰³ Posebnost te činjenice očituje se u tome što su žalbeni sudovi, za razliku od ostalih činjenica, skloni da ga ocjenjuju. “Opisati strano pravo kao jednu od činjenica je nesumnjivo primjereno, u smislu da strano pravo mora biti utvrđeno iskazom svjedoka, međutim nema nikakve sumnje da je ono o čemu se radi na kraju ipak pravno pitanje. To su priznali sudovi. Pravilo je, na primjer, da će žalbeni sud, u potpuno domaćem sporu, s velikom odbojnošću provjeravati nalaz o činjenicama suda koji o njima odlučuje, ali to nije tako kad je “činjenica” koju je utvrdio sud koji je odlučivao o činjenicama relevantno pravilo stranog pravnog poretka.”²⁰⁴ U takvom slučaju *sir Jocelyn Simon P.* opisao je ulogu žalbenog suda na sljedeći način:

“Istina je da se strano pravo pred engleskim sudom smatra činjeničnim pitanjem; žalbeni sudovi se s oprezom upleću sudovima koji su odlučivali o činjenicama u činjenična pitanja; ali to se samo primjenjuje s posebnom snagom u pogledu ocjene relativne istinitosti i procjene stupnja uvjerenosti. Tamo gdje zaključivanje o činjenicama ovisi o razmatranju pisanog materijala,

²⁰² *Lloyd v. Guibert* (1865) L.R. 1 Q.B. 115, 129; *Nouvelle Banque de l'Union v. Ayton* (1891) 7 T.L.R. 377; *Hartmann v. Konig* (1933) 50 T.L.R. 114, 117 (H.L.); *Re Tank of Oslo* (1940) 1 All E.R. 40, 42 (C.A.); *Re Parana Plantations Ltd* (1946) 2 All E.R. 214, 217-218; *Schetzer v. Schetzer* (1971) P. 286, 296; *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis* (1991) 1 W.L.R. 1362, 1369 (C.A.); G. C. Cheshire/P. M. North, *supra*, bilj. 172, str. 106; A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 226; R. Fentiman, *supra*, bilj. 160, str. 148; T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 283.

²⁰³ *Parkasho v. Singh* (1968) P. 233, 250; *Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan* (1978) L.R. 223, 286 (C.A.); *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis* (1991) 1 W.L.R. 1362, 1369 (C.A.).

²⁰⁴ G. C. Cheshire/P. M. North, *supra*, bilj. 171, str. 106.

žalbeni sud nije u posebno nepovoljnijem položaju u usporedbi sa sudom koji je odlučivao o činjenicama i sebe će smatrati toliko slobodnim da ponovo razmotri odluku suda koji je odlučivao o činjenicama Ja smatram da je naša dužnost ispitati dokaz o stranom pravu koji je bio pred sucima i za sebe odlučiti opravdava li taj dokaz zaključak do kojeg su suci došli.”²⁰⁵

Prema tome, kad se radi o stranom pravu, žalbeni sudovi smatraju da su slobodni da u tim slučajevima ocjenjuju dokaze i pitanje stranog prava riješe iznova.

Naveli smo da engleski sud, dakle, po službenoj dužnosti ne utvrđuje strano pravo, na koje upućuje englesko kolizijsko pravilo, osim ako se stranka koja temelji svoj zahtjev na tom stranom pravu na nj ne pozove. Ako se nije pozvalo na strano pravo, ili se ono ne dokaže, engleski sud primjenjuje vlastito pravo (*lex fori*). To pravilo po kojem do primjene domaćeg prava dolazi zbog nepozivanja na strano pravo ili njegova nedokazivanja naziva se i *default rule*.²⁰⁶ Ipak, navodi se vrlo ograničen broj situacija kod kojih se *default rule* ne primjenjuje. U tim situacijama sud neće sam utvrđivati strano pravo, već će odlučiti protiv stranke na kojoj je teret njegova dokazivanja.

Ono se ne primjenjuje u kaznenom postupku. Premda se u tom postupku u pravilu ne utvrđuje strano pravo, iznimka je kazneno djelo bigamije. U tom slučaju, ako je optuženi navodni prvi brak sklopio u inozemstvu, tužiteljstvo mora dokazati valjanost tog braka po stranom pravu i ne može se pozivati na primjenu *default rule*. Ako ne uspije s dokazom, izriče se oslobađajuća presuda.²⁰⁷

Pravilo se ne primjenjuje u slučajevima kad se od suda traži odluka o statusnim pitanjima koja će obvezivati treće osobe. Tako npr. u slučaju kad se od suda traži da utvrdi ništavost braka ili valjanost braka i kad je za pitanje valjanosti braka po engleskim kolizijskim pravilima mjerodavno strano pravo, podnositelj zahtjeva ne može pozivom na navedeno pravilo svoj zahtjev obrazlagati temeljem engleskog prava. Ako ne uspije dokazati nevaljanost odnosno valjanost braka po stranom pravu, njegov će zahtjev biti odbijen. To

²⁰⁵ *Parkasho v. Singh* (1968) P. 233, 250 - citat prema: G. C. Cheshire/P. M. North, *supra*, bilj. 171, str. 106 i 111.

²⁰⁶ T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 285.

²⁰⁷ *R. v. Povey* (1852) Dearstr. C.C.32; *R. v. Savage* (1876) 13 Cox C.C. 178; *R. v. Lindsay* (1902) 66 J.P. 505; *R. v. Naguib* (1917) 1 K.B. 359; A. V. Dicey/J. H. C. Morris, *supra*, bilj. 161, str. 238; T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 286.

se obrazlaže time što u bračnim stvarima podnositelj zahtjeva mora dokazati osnovanost svog zahtjeva i ne može se osloniti na propust tuženika da se protivni zahtjevu. Ne može se tužitelj, dakle, pozivati na tužnikovo nepozivanje na strano pravo ili na tužnikov neuspjeli dokaz stranog prava.²⁰⁸

Default rule ne primjenjuje se u odlukama koje su donesene u sumarnom postupku (*summary judgment*) prema *Order 14 of the Rules of the Supreme Court*. Tako je u predmetu *National Shipping Corporation v. Arab lord Buckley* prihvaćanje žalbe protiv odluke donesene u sumarnom postupku obrazložio:

“Zahtjevi istaknuti u ime tužitelja - s velikom jasnoćom - temelje se na pretpostavci - koja je nesumnjivo priznata u našem pravu - da je pravo strane države isto kao i englesko, osim ako se ne podnese dokaz o tome da je različito. Međutim, ne čini mi se zadovoljavajućim da bi tužitelji morali dobiti odluku u sumarnom postupku u slučaju u kojem je strano pravo jasno uključeno na temelju navedene pretpostavke.”²⁰⁹

Pravilo se ne primjenjuje ako primjena stranog prava slijedi temeljem obveza preuzetih međunarodnim sporazumom, kao što je to Sporazum o međunarodnom monetarnom fondu. U predmetu *UCM v. Royal Bank of Canada lord Diplock* odlučio je:

“Ako za vrijeme raspravljanja o tužbi sudu postane poznato da je ugovor na temelju kojeg stranka tuži jedan od onih za koje je ova zemlja prihvatila međunarodnu obvezu da ih smatra neizvršivima, sud mora sam taj stav prihvatiti, premda to tuženik nije zahtijevao, i mora odbiti pružiti svoju pomoć izvršenju²¹⁰ ugovora.”²¹¹

Prema tome, ako se u Engleskoj vodi postupak radi izvršenja ugovora koji po stranom pravu koje je mjerodavno temeljem međunarodnog sporazuma nije

²⁰⁸ T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 286 i 287.

²⁰⁹ *National Shipping Corporation v. Arab* (1971) L.I.R. 363, 366 (C.A.); T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 287.

²¹⁰ Pod izvršenjem se razumije odluka o *specific performance* ili presuda na naknadu štete.

²¹¹ *UCM v. Royal Bank of Canada* (1983) A.C. 168, 189; T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 288.

U ovom predmetu bila je podnesena tužba zbog povrede ugovora koji je bio suprotan deviznom zakonodavstvu strane zemlje. “Međunarodna obveza” na koju se sud pozvao sadržana je u čl. VIII, st. 2 (b) Sporazuma o međunarodnom monetarnom fondu, prema kojem su takvi ugovori neizvršivi u zemljama članicama Međunarodnog monetarnog fonda.

moguće izvršiti, a niti jedna od stranaka se ne pozove na neizvršivost ugovora po stranom pravu, sud će to pitanje razmotriti po vlastitoj inicijativi, dakle po službenoj dužnosti. Ako tužitelj ne uspije s dokazom da je ugovor po stranom pravu moguće izvršiti, sud neće dopustiti njegovo izvršenje.²¹² U doktrini se, međutim, ističe da se taj stav ne bi morao primijeniti kad bi se radilo o kolizijskom pravilu koje je sadržano u nekom od međunarodnih sporazuma kojima je unificirano međunarodno privatno pravo.²¹³

Čak i kad to ne slijedi iz međunarodnih sporazuma, smatra se da se iz učtivosti (*comity*) ne smije dopustiti izvršenje ugovora koji je nezakonit po stranom pravu. Tako je u predmetu *Regazzoni v. Senthia* odlučeno da engleski sud neće izvršiti ugovor ili dodijeliti naknadu štete zbog povrede ugovora koji podrazumijeva izvršenje neke radnje u stranoj zemlji a koja je po pravu te zemlje nezakonita.²¹⁴ Pravilo se temelji na javnom poretku i primjenjuje se neovisno o ugovornom statutu, tj. bez obzira na to koje je pravo mjerodavno za ugovor, strano ili englesko. Prema tome, budući da se to pravilo primjenjuje u javnom interesu, kad sud sazna za činjenicu na koju se odnosi ovo pravilo, razmotrit će samoinicijativno postoji li nezakonitost po stranom pravu, čak i u slučaju kad se niti jedna od stranaka nije pozvala na primjenu stranog prava. Naime, ako bi se dopustilo izvršenje ugovora koji u sebi uključuje radnju koja je nezakonita po pravu određene strane zemlje, to bi bilo suprotno dužnosti učtivosti i narušili bi se dobri odnosi s tom zemljom. To se ne smije dovesti u pitanje samo zbog toga što tuženik nije zahtijevao primjenu stranog prava.²¹⁵ Kao dodatni razlog zbog čega bi sud u ovom slučaju morao *ex officio* tako postupiti jest i taj što se pravilo iz predmeta *Regazzoni v. Senthia* smatra pravilom engleskog materijalnog prava. U skladu s time smatra se da je ugovor nezakonit po engleskom materijalnom pravu, ako se u ugovoru zahtijeva izvršenje neke radnje u stranoj zemlji koja u toj zemlji predstavlja kazneno djelo. Zbog toga engleski sudac mora pitanje nezakonitosti, ako za njega sazna, sam razmotriti čak i u slučaju kad se stranke na nezakonitost nisu pozvale.²¹⁶

²¹² T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 288.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Regazzoni v. Senthia* (1958) A.C. 301.

²¹⁵ T. C. Hartley, *supra*, bilj. 170, str. 289.

²¹⁶ *Ibidem*.

3.5. Zaključak

Prema tome, možemo zaključiti. Strano pravo u engleskom se postupku smatra činjenicom na postojanje koje se pomorno pozvati i njezino postojanje dokazati. Ako se na strano pravo ne pozove, ili njegov dokaz pomoću svjedoka-vještaka ili drugim sredstvima ne zadovolji sud, sud će primijeniti englesko pravo. Zaključci o stranom pravu suda pred kojim se na postojanje stranog prava pozvalo i pred kojim se strano pravo dokazivalo, premda zaključci o činjeničnim pitanjima, podložni su ocjeni žalbenog suda budući da se strano pravo smatra činjenicom posebne vrste.

4. Hrvatska

4.1. Pravna priroda kolizijskih pravila - utvrđivanje primjene stranog prava

Hrvatska doktrina o međunarodnom privatnom i međunarodnom procesnom pravu jednoglasno smatra da sudovi moraju kolizijska pravila primjenjivati po službenoj dužnosti. Kolizijska pravila su, prema tome, "prisilni propisi i njihovu primjenu ne može zaobići nadležno tijelo. Ta primjena, dakle, ne ovisi o volji zainteresiranih stranaka".²¹⁷ Da se kolizijska pravila kao pravna pravila domaćeg prava "moraju uzimati u obzir i utvrđivati po službenoj dužnosti"²¹⁸ slijedi i iz načela *jura novit curia* izraženog u članku 117, stavku 3. Ustava Republike Hrvatske temeljem kojeg "sudovi sude na temelju ustava i zakona".²¹⁹ "Pravno pravilo, apstraktni pravni imperativ o tome kako mora regulirati pravne odnose, sud mora poznavati.... Svojim procesnim dispozicijama stranke ne mogu spriječiti sud da po zakonu i svojoj savjesti primijeni mjerodavno pravno pravilo."²²⁰ Smatramo da ovaj stav u cijelosti vrijedi i za kolizijsko pravilo. Prema tome, kolizijsko pravilo se, s obzirom na njegovu pravnu prirodu, u hrvatskom pravu mora smatrati prisilnim propisom.

²¹⁷ K. Sajko, Međunarodno privatno pravo - opći dio, 4. izd., 2005, str. 223.

²¹⁸ N. Katičić, Ogleđi o međunarodnom privatnom pravu, 1971, str. 404.

²¹⁹ Članak 117, stavak 3. Ustava Republike Hrvatske - Nar. nov. 56/90, 135/97, 8/98 - pročišćeni tekst, 113/2000 I 124/2000 - pročišćeni tekst.

²²⁰ S. Triva/M. Dika, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004, § 29/8, str. 183.

U hrvatskom pravu strano pravo smatra se pravom, a ne činjenicom. Hrvatski zakonodavac jasno se odredio u pogledu dužnosti suda da utvrdi sadržaj stranog prava. Prema članku 13, stavku 1. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (ZRS):

“Sud ili drugi nadležni organ po službenoj dužnosti će utvrditi sadržaj stranog mjerodavnog prava.”²²¹

Prema tome, opći je stav zakonodavca da je položaj stranog prava jednak položaju domaćeg prava. Taj stav vrijedi ne samo za parnični postupak već i u drugim postupcima u kojima sud, ili drugi organ, primjenjuje strano pravo. Sud ili drugi nadležni organ utvrđuje ga po službenoj dužnosti.

4.2. Utvrđivanje stranog prava

Ipak, stav o odnosu suda prema pravnim izvorima izražen u načelu *iura novit curia*, kad se radi o pravnim izvorima stranog prava na koje upućuju hrvatska kolizijska pravila, zakonodavac je u određenoj mjeri ublažio. Jasno je, naime, da sudac ne može poznavati strano pravo u jednakoj mjeri kao i domaće pravo, odnosno da sudac ne može poznavati sva strana prava na koja kolizijska pravila prava suda u konkretnim slučajevima mogu uputiti. Priznajući te faktične poteškoće, zakonodavac je predvidio načine kojima se omogućuje sudu da, ako u konkretnom slučaju ne može utvrditi sadržaj stranog prava, dođe do relevantnih podataka o stranom pravu.

Stranke su ovlaštene podnijeti sudu javnu ispravu o sadržaju stranog prava²²² koju je izdao ovlaštenu strani organ (*certificat de coutume*). I sam sud može od stranaka zahtijevati podnošenje takvih isprava. Te isprave moraju sadržavati objektivne, od izdavatelja isprave nekomentirane, podatke o stranom pravu, posebno o relevantnom pozitivnopravnom izvoru tog prava, o mjerodavnoj sudskoj praksi i o gledištima prihvaćenima u pravnoj doktrini. Prema toj ispravi moralo bi se postupati kao i prema drugim ispravama javnog karaktera. To znači da se temeljem nje pretpostavlja, prvo da je ona autentična i drugo, da je sadržaj koji se u njoj navodi istinit.²²³ Pretpostavlja se, dakle, da ju je izdao

²²¹ Zakon o preuzimanju Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Nar. nov. 53/91.

²²² Čl. 13, st. 3. ZRS.

²²³ Čl. 230. i 231. ZPP.

organ koji je naveden u ispravi te da postoje propisi sa sadržajem koji je u ispravi naveden, da postoji judikatura i pravna literatura koji se u ispravi spominju. Nadalje, moralo bi se pretpostaviti da ono što je u ispravi navedeno predstavlja relevantnu osnovu za stvaranje stava o sadržaju stranog prava. Sud bi, međutim, bio ovlašten na temelju podataka koji su sadržani u javnoj ispravi izvesti odgovarajući zaključak o sadržaju stranog prava.

Ako stranke ne uspiju pribaviti takvu javnu ispravu, to ne oslobađa sud dužnosti da na neki drugi odgovarajući način utvrdi sadržaj stranog prava. Zakonodavac je u tom smislu predvidio da sud, odnosno organ koji mora utvrditi sadržaj stranog prava, uvijek može zatražiti obavijest o stranom pravu od Ministarstva pravosuđa.²²⁴ Obavijest koju bi sud na taj način dobio od Ministarstva ne obvezuje sud. Naime, jasno je da naš upravni organ ne može dati obvezno tumačenje stranog prava, kao što ne može zamijeniti sud u tumačenju i primjeni stranog prava. Ta obavijest, jednako kao i javna isprava koju su sudu podnijele stranke, nije ništa drugo nego pomoć pružena sudu. Obavijest stoga ima samo informativno-indicijski karakter o sadržaju stranog prava.²²⁵ Sud radi utvrđivanja sadržaja stranog prava može saslušati eksperte za određeno pravno područje.²²⁶

Sudska praksa zauzela je stav da stranke ne bi mogle pobijati valjanost strane javne isprave o sadržaju stranog prava koju je pribavio sud.²²⁷ U doktrini je takav stav izložen kritici s obrazloženjem da je suprotan članku 230, stavku 3. ZPP prema kojem je dopušteno dokazivati da su činjenice u javnoj ispravi neistinite utvrđene.²²⁸ To slijedi iz činjenice da su navedene pretpostavke koje se vežu uz javnu ispravu oborive pretpostavke (*praesumptio iuris*). Prema tome, “u postupku bi se moglo osporiti autentičnost strane javne isprave, istinitost njezinog sadržaja, posebno okolnost da su u njoj navedeni podaci potpuni, da predstavljaju potpuno relevantnu osnovu za utvrđivanje sadržaja stranog prava”.²²⁹

²²⁴ Čl. 13, st. 2. ZRS.

²²⁵ M. Dika, u: M. Dika/G. Knežević/S. Stojanović, Komentar zakona o međunarodnom privatnom pravu, 1991, str. 50.

²²⁶ S. Triva/M. Dika, *supra*, bilj. 220, § 29/8, str. 184.

²²⁷ VpsH Pž 1308/82 - NZp 24/84-232; VSH Rev 39/83 - NZp 24/84-232.

²²⁸ S. Triva/M. Dika, *supra*, bilj. 220, § 29/8, str. 184.

²²⁹ M. Dika, *supra*, bilj. 225, str. 50.

U komentarima uz Zakon o parničnom postupku jasno se podvlači da utvrđivanje stranog prava u postupku pred sudom, čak ako se ono utvrđuje i na raspravi, i to uz pomoć određenih dokaznih sredstava, nema pravnotehnički karakter izvođenja dokaza, niti strano pravo ima karakter pravno relevantne činjenice.²³⁰ Radi se o pravnom pitanju procesne građe. Posljedica takvog stava je da: “(a) na strankama ne leži teret dokazivanja sadržaja stranog prava, (b) neuspjeh stranaka da pomognu sudu u utvrđivanju sadržaja stranog prava ne može dovesti do zaključka da određena strana pravna norma ne postoji, (c) i u pravnim lijekovima u kojima nije dopušteno pobijanje odluke zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja može se napadana odluka kritizirati zbog pogrešne primjene stranog materijalnog (supstancijskog i kolizijskog prava).”²³¹

4.3. Pravo koje se primjenjuje ako sud ne može utvrditi sadržaj stranog prava

Članak 13. ZRS ne sadržava odredbu o tome kako bi hrvatski sud morao postupiti ako se strano mjerodavno pravo ne može primijeniti. Zanimljivo je podsjetiti da su u tezi 12, prema verziji nacrtu zakona iz 1973. bila predviđena alternativna rješenja.²³² Prva mogućnost upućivala je na primjenu prava najbliže veze, podredno prava SFRJ. U obrazloženju se isticalo da je to u skladu s općim načelom određivanja mjerodavnog prava u međunarodnom privatnom pravu. Ako se pravo najbliže veze ne bi moglo utvrditi, podredni statut bilo bi jugoslavensko pravo. Prema drugoj mogućnosti upućivalo se odmah na podrednu primjenu jugoslavenskog prava. Drugonavedena mogućnost bila je u skladu sa

²³⁰ N. Katičić, *supra*, bilj. 218, str. 396-400; K. Sajko, *supra*, bilj. 217, str. 273; S. Triva/M. Dika, *supra*, bilj. 220, § 29/8, str. 184.

²³¹ S. Triva/M. Dika, *supra*, bilj. 220, § 29/8, str. 184.

²³² Teza 12. - *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo* 6 (1973), str. 14.

“Utvrđivanje stranog prava

(1) Organ primjene mora da se služi svim sredstvima koja mu stoje na raspolaganju za utvrđivanje stranog prava.

(2) Ako se strano pravo ne može utvrditi, primjenjuje se pravo koje se s mjerodavnim pravom nalazi u najužoj (najbližoj) vezi, ako se ni to pravo ne može utvrditi, primjenjuje se pravo SFR Jugoslavije.

(2) Ako se strano pravo ne može utvrditi, primjenjuje se pravo SFR Jugoslavije.”

stavom da se u slučaju kad se pojave poteškoće u primjeni stranog prava mora apriorno odbaciti primarna primjena prava najbliže veze.²³³

U svakom slučaju, sud ne može odbaciti tužbu, budući da bi se u tom slučaju radilo o neopravdanoj *uskrati pravde* (*denegatio iustitiae, deni de justice, denial of justice*).²³⁴ Naime postoji dužnost nadležnog organa da riješi svaki privatnopravni predmet, pa i onda kad npr. ne postoje izričiti propisi pod koje može podvesti relevantne činjenice.²³⁵

U našoj teoriji zastupana su odnosno zastupaju se različita rješenja. *Eisner* je smatrao da mora “naći rješenje u pravnom poretku, koji je srodan s onim, na koji upućuje kolizijska norma, na primjer za slučaj, koji nije riješen u turskom građ. zakoniku, tražiti rješenje u švicarskom, koji je služio turskom kao uzor, ili za slučaj, za koji se nije našlo rješenje u nizozemskom, tražiti u *code civil-u*, koji je nizozemskom služio kao uzor, it.d. Tek kad se ni ovim putem ne bi moglo doći do rješenja, imalo bi se pribjeći *legi fori*.”²³⁶ *Katičić* dopušta mogućnost “primjene prava koje je slično prvobitno određenom pravu”, a primjenu “*legis fori* kao krajnju mogućnost”.²³⁷ Nasuprot tome, *Sajko* smatra da “zbog pravne sigurnosti i predvidljivosti, u pravilu mora dati prednost primjeni *legis fori*. Radi se uz to o rješavanju situacije koja je gotovo uvijek usko povezana s pravnim poretkom polaznog prava, jer u suprotnom ne bi postojala međunarodna nadležnost hrvatskih tijela”.²³⁸ U prilog primjene domaćeg prava kao pragmatičnog rješenja izjašnjava se i *Dika*, koji smatra da “u slučaju u kojem bi bilo nerazumno očekivati da bi se sadržaj stranog prava mogao utvrditi, odluku mora donijeti primjenom *legis fori*.”²³⁹ *Triva*, ne opredjeljujući se, napominje da postoje dva rješenja, i to “primjena prava koje po svojem sadržaju najviše odgovara prilikama konkretnog slučaja, odnosno, primjena domaćeg materijalnog prava”.²⁴⁰ Od autora s područja bivše Jugoslavije izdvajamo i gledište *Varadyja*, koji, tumačeći citirani stavak 1. članka 13. ZRS, smatra da se mora zauzeti

²³³ *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo*, 6 (1973), str. 15.

²³⁴ N. Katičić, *supra*, bilj. 218, str. 403; Sajko, *supra*, bilj. 217, str. 228.

²³⁵ Usp. čl. 4. francuskog Građanskog zakonika:

“Sudac koji odbija suditi pod izgovorom šutnje, nejasnoće ili nedostatnosti prava može biti pozvan na odgovornost zbog uskrate pravde.”

²³⁶ B. Eisner, *Međunarodno privatno pravo*, dio I, 1953, str. 108.

²³⁷ N. Katičić, *supra*, bilj. 218, str. 403.

²³⁸ K. Sajko, *supra*, bilj. 217, str. 229.

²³⁹ M. Dika, *supra*, bilj. 225, str. 50.

²⁴⁰ S. Triva/M. Dika, *supra*, bilj. 220, § 29/8, str. 184.

čvrsti stav o tome “da se mjerodavno strano pravo ima utvrditi čak i ako to pretpostavlja savlađivanje ozbiljnih teškoća”²⁴¹, zagovarajući dakle stav da bi nadležni organ u svakom slučaju morao utvrditi sadržaj stranog prava, jednako kao što je dužan utvrditi i sadržaj domaćeg prava.

Premda doslovno tumačenje citiranog teksta članka 13, stavka 1. ZRS upućuje na to da bi hrvatski sud u svakom slučaju kad je temeljem hrvatskog kolizijskog pravila mjerodavno strano pravo morao utvrditi sadržaj stranog prava, takav rigidan stav ne možemo prihvatiti. Primijenjen *ad absurdum* on vodi do uskraćivanja pravne zaštite, a to sigurno nije bio cilj koji je zakonodavac imao kad je donosio pravilo po kojem je stavio u dužnost sudu da utvrdi sadržaj stranog prava. Uostalom, dopuštajući da sudu u saznanju sadržaja stranog prava pomognu i stranke, zakonodavac je priznao da, za razliku od primjene na domaće pravo, načelo *iura novit curia* nije tako monolitno, odnosno da je zamisliv i slučaj da sud ne sazna sadržaj stranog prava.

Jasno je da se sud pri utvrđivanju sadržaja stranog prava suočava s mnogobrojnim preprekama. Utvrđivanje sadržaja nekih stranih pravnih poredaka može biti veoma teško, iziskivati mnogo vremena i uzrokovati vrlo velike troškove. Strano pravo, jednom utvrđeno, može se pokazati nepotpunim. Tumačenje i popunjavanje praznina na koje se naišlo u stranom pravu sigurno je povezano s velikim rizikom. To su sve objektivne poteškoće s kojima se može suočiti hrvatski sudac u izvršenju svoje dužnosti da utvrdi sadržaj stranog prava i da to strano pravo primijeni. Zbog toga nam se čini razumnim da bi odgovor na pitanje kako mora postupiti hrvatski sudac u slučaju kad nije mogao utvrditi sadržaj stranog prava moralo tumačiti po uzoru na rješenje koje prevladava u poredbenom kodificiranom međunarodnom privatnom pravu, a to je u prilog podredne primjene prava suda,²⁴² dakle hrvatskog prava. U prilog tog rješenja

²⁴¹ T. Varady, *Međunarodno privatno pravo*, 3. izd., 1993, str. 117; 5. izd., 2001, str. 194.

²⁴² Primjenu domaćeg prava propisuju npr.: čl. 7. poljskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1965; čl. 4, st. 1. austrijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1978; čl. 5, st. 3. mađarske Uredbe sa zakonskom snagom br. 13 o međunarodnom privatnom pravu iz 1979; čl. 16, st. 2. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1987; čl. 7, st. 3. rumunjskog Zakona br. 105 o Uređivanju privatnopravnih odnosa međunarodnog privatnog prava iz 1992. Prema čl. 15, st. 2. talijanskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1995. prvo se primjenjuje podredno kolizijsko pravilo, a ako podredno kolizijsko pravilo ne postoji, primjenjuje se talijansko pravo.

prvenstveno govore razlozi pravne sigurnosti, predvidljivosti i ekonomičnosti u postupku.

Zbog toga se i mi opredjeljujemo za pragmatičan stav prema kojem bi hrvatski sud, nakon što je bez uspjeha iscrpio sve uobičajene načine utvrđivanja sadržaja stranog prava, odluku morao donijeti na temelju hrvatskog prava.

Primjena hrvatskog prava predviđena je i u Tezama za zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2000. Prema tezi 14, stavku 1. "strano se pravo utvrđuje po službenoj dužnosti. Pri tome nadležno tijelo može tražiti suradnju i obavještenja o sadržaju prava od stranaka, Ministarstva pravosuđa ili od znanstvenih pravnih ustanova." U stavku 2. određuje se da se, ako se na taj način sadržaj stranog prava u razumnom roku ne može utvrditi, primjenjuje hrvatsko pravo.²⁴³

Ipak treba upozoriti na svu složenost problema koji nastaju uslijed nemogućnosti utvrđivanja sadržaja stranog prava mjerodavnog po kolizijskim pravilima foruma. Posebno je to važno u onim slučajevima kad je radi primjene kolizijskih pravila nužno utvrditi sadržaj stranog prava. Primjere za to nalazimo kako u nesamostalnim, tako i u samostalnim kolizijskim pravilima.

Od nesamostalnih kolizijskih pravila izdvajamo ona koja se tiču problema kvalifikacije, instituta javnog poretka i instituta *renvoi*.

Kvalifikacijom se u međunarodnom privatnom pravu obrazlaže koji se strani pravni institut i koje strano pravilo može podvesti pod kolizijsko pravilo prava suda. Radi se, dakle, o tome koja se strana pravna pitanja mogu podvesti pod polazno kolizijsko pravilo. U našoj doktrini zastupa se stav da bi hrvatski sud, rješavajući problem kvalifikacije, morao primijeniti metodu kvalifikacije u dva stupnja. U prvom stupnju izvršila bi se kvalifikacija po polaznom, hrvatskom, pravu, a u drugom stupnju kvalifikacija po stranom pravu na koje je kolizijsko pravilo hrvatskog prava uputilo.²⁴⁴ Pri tome se u podršku ovom stavu poziva

²⁴³ Autori teksta Teza su K. Sajko, H. Sikirić i V. Bouček, nastavnici na Katedri za međunarodno privatno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Teze su izrađene u okviru projekta *Međunarodno privatno pravo - usklađivanje s europskim pravom* prijavljenog Ministarstvu znanosti i tehnologije Republike Hrvatske.

"Teza 14. - Utvrđivanje stranog prava

Strano se pravo utvrđuje po službenoj dužnosti. Pri tome nadležno tijelo može tražiti suradnju i obavještenja o sadržaju prava od stranaka, Ministarstva pravosuđa ili od znanstvenih pravnih ustanova.

Ako se po stavku 1. ovog članka sadržaj stranog prava u razumnom roku ne može utvrditi, primjenjuje se hrvatsko pravo."

²⁴⁴ K. Sajko, *supra*, bilj. 217, str. 178-180.

na članak 9. ZRS koji određuje da se “pravo strane države primjenjuje prema smislu i pojmovima što ih sadrži”. To znači da se strani pravni institut mora moći okarakterizirati i ocijeniti u skladu s onim značenjem i svrhom koju ima u stranom pravu. Za to je, međutim, nužno utvrđivanje sadržaja stranog prava.

Na sličan način i kod primjene instituta javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu nužno je utvrđivanje sadržaja stranog prava. Naime, kako to određuje članak 4. ZRS, “ne primjenjuje se pravo strane države ako bi njegov učinak bio suprotan Ustavom Republike Hrvatske utvrđenim osnovama državnog uređenja”. Tom odredbom izražena je tzv. negativna uloga javnog poretka. Ona nije usmjerena protiv određenog materijalnog pravila stranog prava, tj. njezinog sadržaja, već samo protiv primjene tog pravila *in casu* iz razloga što bi njegova primjena bila suprotna javnom poretku. Prema tome, da bi sudac mogao primijeniti odredbu ZRS o javnom poretku, mora utvrditi pravilo stranog mjerodavnog prava. Tek tada će moći ocijeniti je li učinak njegove primjene suprotan hrvatskom javnom poretku.

Hrvatsko međunarodno privatno pravo prihvaća institut *renvoi*. Prema članku 6. ZRS ako kolizijska pravila hrvatskog prava upućuju na primjenu stranog prava, uzimaju se u obzir kolizijska pravila tog stranog prava. Ako ta pravila upućuju natrag na primjenu hrvatskog prava, primjenjuju se materijalna pravila hrvatskog prava. Prema tome, do upućivanja natrag na hrvatsko pravo može doći samo ako se utvrdio sadržaj stranog kolizijskog pravila.

Još vidljivija nužnost utvrđivanja sadržaja stranog prava postoji kod nekih samostalnih kolizijskih pravila. Primjerice kod kolizijskih pravila koja su oblikovana u skladu s načelom pogodovanja određenih kategorija osoba, valjanosti pravnog posla ili postizanja određenog pravnog učinka. Tako npr. u skladu s načelom *in favore personae*, prema članku 28. ZRS “za izvanugovornu odgovornost za štetu, ako za pojedine slučajeve nije drugačije određeno, mjerodavno /je/ pravo mjesta gdje je radnja izvršena, ili pravo mjesta gdje je posljedica nastupila, ovisno o tome koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenika”. Naime, prema tom alternativnom kolizijskom pravilu, da bi mogao izvršiti izbor jednog od dva prava koje je za oštećenika povoljnije, sud nužno mora utvrditi njihov sadržaj. U skladu s načelom *in favore negotii* prema uvjetnom kolizijskom pravilu sadržanom u članku 14, stavku 1. ZRS, za poslovnu sposobnost fizičke osobe mjerodavno je pravo njezina državljanstva. Međutim, prema uvjetnom kolizijskom pravilu iz stavka 2. istog članka, ako bi fizička osoba bila poslovno nesposobna po pravu državljanstva, a poslovno je sposobna po pravu mjesta gdje je obveza nastala, smatra se da ima poslovnu

spособnost.²⁴⁵ Prema tome, utvrđivanja prava državljanstva i sadržaja njegovih materijalnih pravila o poslovnoj sposobnosti fizičke osobe iz kojih slijedi njezina poslovna nesposobnost, uvjet je za primjenu prava mjesta nastanka obveze, kao prava mjerodavnog za ocjenu poslovne sposobnosti fizičke osobe. Slično određuje i članak 94. Zakona o mjenici. Pasivna mjeničnopravna sposobnost ocjenjuje se po stavku 1. tog članka po domovinskom pravu mjeničnog obveznika. Pod uvjetom da on po tom pravu ne bi bio mjeničnopravno sposoban, po stavku 2. članka 94. mjeničnopravna sposobnost može se ocjenjivati po pravu zemlje u kojoj je potpisana mjenična obveza. Dakle, utvrđivanje sadržaja domovinskog prava mjeničnog obveznika i mjeničnopravna nesposobnost po materijalnim pravilima tog prava pretpostavka je za primjenu prava mjesta potpisivanja mjenične obveze, kao uvjetno mjerodavnog prava za ocjenu pasivne mjeničnopravne sposobnosti. Nadalje, u skladu s načelom *in favore divortii*, prema članku 35. ZRS primarno mjerodavno pravo za rastavu braka jest pravo zajedničkog državljanstva bračnih drugova, a podredno, u slučaju različitog državljanstva, kumulativno pravo obiju država kojih su bračni drugovi državljanji. Međutim, u skladu s načelom o razrješivosti braka prihvaćenom u hrvatskom materijalnom pravu, u slučaju kad se brak ne bi mogao rastaviti ni po jednom od navedenih prava, mjerodavno je hrvatsko pravo ako je jedan od bračnih drugova u vrijeme podnošenja tužbe imao prebivalište u Hrvatskoj. I ovdje je pretpostavka primjene hrvatskog prava prvo da se utvrdilo strano pravo mjerodavno po navedenom kolizijskom pravilu i da temeljem njegovih materijalnih pravila nije moguće usvojiti zahtjev za rastavu braka. Svim tim slučajevima je zajedničko da se kolizijska pravila ne mogu primijeniti, odnosno konačni izbor mjerodavnog prava (prava koje je povoljnije za oštećenog, prava mjesta u kojem je obveza nastala, prava mjesta u kojem je potpisana mjenična obveza, hrvatskog prava) ne može izvršiti bez prethodnog utvrđivanja sadržaja stranog prava.²⁴⁶

Problem utvrđivanja sadržaja stranog prava može se javiti ne samo kod kolizijskih materijalnih pravila nego i kod onih pravila koja uključuju pretpostavku uzajamnosti. Kao primjer možemo navesti članak 83. ZRS koji određuje slučajeve kad tuženik nema pravo na osiguranje parničnih troškova u parnici u kojoj je tužitelj stranac ili apatrid s prebivalištem u Republici Hrvatskoj. Tako tužitelj koji je strani državljanin odnosno apatrid nije dužan osigurati parnične

²⁴⁵ Čl. 14, st. 1 i 2. ZRS.

²⁴⁶ Usp. T. Varady, *O mogućnosti dosledne primene kolizionih normi*, JRMP (1981) 1-3, str. 69-88, 87.

troškove (*cautio judicatum solvi*) “ako u državi čiji je državljanin tužitelj državljanin Republike Hrvatske nisu dužni davati osiguranje”.²⁴⁷ Jasno je da će za određivanje postoji li uzajamnost, a o njoj je ovdje, zapravo, riječ, ili ne, biti pomorno utvrditi sadržaj stranog prava.

U svim tim slučajevima upitno je u kojoj je mjeri razumno da se strano pravo koje se ne može utvrditi nadomjesti domaćim pravom.

Budući da člankom 13. ZRS nisu predviđene nikakve iznimke od primjene stranog prava po službenoj dužnosti, u teoriji je razmotrena mogućnost da li bi hrvatski sud mogao prihvatiti sporazum stranaka kojim se one odriču primjene stranog prava koje bi bilo mjerodavno po hrvatskom kolizijskom pravilu, u slučaju kad bi se spor odnosio na prava kojima stranke slobodno raspolažu. Premda se ističe da bi pozitivan odgovor na to pitanje bio moguć proširenim tumačenjem članka 3, stavka 3. ZPP, kojim se dopušta sudu da prihvati raspolaganja stranaka koja nisu u suprotnosti s prisilnim propisima i pravilima morala, smatra se da bi takvo tumačenje bilo suprotno kvalifikaciji kolizijskih pravila, s obzirom na njihovu pravnu prirodu, kao prisilnih propisa hrvatskog prava.²⁴⁸ Prema tome, stranke ne mogu osloboditi sud dužnosti da utvrđuje sadržaj stranog prava koje je mjerodavno temeljem hrvatskog kolizijskog pravila.²⁴⁹

Sud mora primijeniti strano pravo koje vrijedi u trenutku donošenja odluke²⁵⁰ uzimajući u obzir i njegova intertemporalna pravila,²⁵¹ ali i interlokalna i interpersonalna pravila. Pri tome se strano pravo mora primijeniti prema smislu i pojmovima što ih sadržava.²⁵² Strano pravo mora se tumačiti u skladu s gledištima prihvaćenim u judikaturi i doktrini strane države koje se pravo primjenjuje, dakle, na način kako bi ga primijenio sudac te strane zemlje.

²⁴⁷ Čl. 83, t. 1. ZRS.

²⁴⁸ K. Sajko, *supra*, bilj. 217, str. 226.

²⁴⁹ Suprotan stav prihvaćen je u mađarskoj kodifikaciji međunarodnog privatnog prava. Prema čl. 9. Uredbe sa zakonskom snagom br. 13 o međunarodnom privatnom pravu iz 1979: “Ako stranke zajednički zatraže da se ne primijeni strano pravo koje bi bilo mjerodavno prema ovoj uredbi sa zakonskom snagom, umjesto njega primjenjuje se mađarsko pravo, odnosno - u slučaju mogućnosti izbora prava - izabrano pravo”.

²⁵⁰ N. Katičić, *supra*, bilj. 218, str. 402; K. Sajko, *supra*, bilj. 217, str. 227.

²⁵¹ B. Eisner, *Međunarodno privatno pravo*, dio I, 1953, str. 109.

²⁵² Čl. 9. ZRS.

4.4. Pravni lijekovi i primjena stranog prava

Ako sud ne bi primijenio kolizijska pravila hrvatskog međunarodnog privatnog prava, ili bi ih pogrešno primijenio, može se podnijeti žalba.²⁵³ Naime, sud može ili neprimijeniti kolizijsko pravilo, ili ga primijeniti, ali njegovim pogrešnim tumačenjem zaključiti da mora primijeniti domaće pravo, premda kolizijsko pravilo upućuje na primjenu stranog prava, odnosno zaključiti da se mora primijeniti strano pravo, premda se mora primijeniti domaće pravo. Konačno, sud može primijeniti strano pravo, ali ne ono na koje je kolizijsko pravilo uputilo. Ako tu istu pogrešku učini drugostupanjski sud, može se podnijeti revizija.²⁵⁴ U razlozima zbog kojih se mogu podnijeti navedeni pravni lijekovi, kad se radi o povredama prava, ZPP istina ne navodi neprimjenu odnosno pogrešnu primjenu kolizijskih pravila, već poznaje samo povredu procesnog odnosno materijalnog prava. Međutim, budući da neprimjena ili pogrešna primjena kolizijskog pravila znači neprimjenu odnosno pogrešnu primjenu prisilnog propisa, smatramo da bi se takav postupak suda moralo kvalificirati *lato sensu* kao “pogrešnu primjenu materijalnog prava”. Budući da se strano pravo smatra pravom, zbog pogrešne primjene tog prava, jednako kao i domaćeg prava, i to kako njegovih materijalnih, tako i kolizijskih pravila, dopušteni su žalba i revizija.

4.5. Zaključak

U hrvatskom pravu kolizijska pravila smatraju se prisilnopravnim propisima. Strano pravo smatra se pravom, a ne činjenicom. Njegov sadržaj dužan je utvrditi sud po službenoj dužnosti. Stranke mogu pomoći sudu u utvrđivanju sadržaja stranog prava. Zbog neprimjene ili pogrešne primjene stranog prava moguće je izjaviti reviziju.

5. Zaključak

Naš poredbenopravni prikaz četiriju pravnih sustava pokazuje da poziv na jači sudski nadzor nad kolizijskim pravilima i stranim pravom, koji je u svojoj

²⁵³ Čl. 353, st. 1, t. 3. ZPP.

²⁵⁴ Čl. 385, st. 1, t. 3. ZPP.

rezoluciji donesenoj 1989. u Santiagu de Campostella uputio Institut za međunarodno pravo, nije potaknuo neke od zemalja kojih smo prava razmotrili da preispitaju ulogu koju njihovi sudovi imaju u postupku u rješavanju sporova s međunarodnim obilježjem. Vidljivo je da u pogledu položaja kolizijskih pravila i stranog prava u postupku još uvijek postoje znatne razlike između pravnih poredaka koje smo razmatrali.

S jedne strane, kao što je to slučaj u Njemačkoj i u Hrvatskoj, kolizijska pravila smatraju se prisilnim propisima, sudovi su ih prilikom rješavanja spora s međunarodnim obilježjem dužni primjenjivati neovisno o tome je li se neka od stranaka na njihovu primjenu pozvala ili ne. Budući da se strano pravo smatra pravom, a kako je sud dužan rješavati pravna pitanja, to je onda sud dužan utvrđivati i sadržaj stranog prava. Ako ne uspije utvrditi sadržaj stranog prava, niti uz pomoć stranaka, pravo koje će zamijeniti strano pravo određuje sud. U pravilu će to biti pravo suda. Prema tome, odluka o primjeni i primjena stranog prava je na sudu.

Suprotno tome, u Engleskoj, kako se to ističe u judikaturi, strano se pravo "mora istaknuti i dokazati kao činjenica putem svjedoka-vještaka, u mjeri koja je dovoljna za suca". Strano pravo kao činjenicu mora istaknuti stranka koja se na nj poziva. Sud nije dužan utvrđivati sadržaj stranog prava, osim kad to od njega zahtijevaju obje stranke. Ako stranka ne uspije dokazati sadržaj stranog prava, sud će primijeniti englesko pravo. Prema tome, stranke su one koje konačno odlučuju - bilo time što ne istaknu strano pravo kao činjenicu, bilo propuštanjem da dokažu sadržaj stranog prava - hoće li spor biti riješen temeljem domaćeg ili stranog prava.

Rješenje prihvaćeno u francuskom pravu nalazi se između tih dvaju krajnjih stajališta. Francuski sud mora primijeniti kolizijsko pravilo i strano pravo na koje ono upućuje u dva slučaja: ako se radi o kolizijskom pravilu sadržanom u konvenciji koja je na snazi u Francuskoj i ako se radi o sporu u vezi s pravima o kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati. U ostalim slučajevima, s jedne strane, sudac ne mora po službenoj dužnosti primjenjivati kolizijska pravila, a s druge strane, stranka koja unatoč tome zahtijeva primjenu stranog prava mora dokazati da je njegov sadržaj različit od sadržaja francuskog prava. Ako se strano pravo ne može utvrditi ili se ne uspije dokazati različitost njegova sadržaja od sadržaja francuskog prava, primjenjuje se francusko pravo.

Ipak, nakon usporedbe dvaju prvonavedenih suprotnih gledišta o kolizijskim pravilima i primjeni stranog prava, ne moraju se preuveličavati razlike koje

postoje. Stranke ne pokreću postupak ako nisu uvjerene da će sa svojim zahtjevom uspjeti, a stranke u engleskom sudskom postupku u pravilu će se pozvati na strano pravo i dokazati ga ako smatraju da je njegova primjena u njihovu interesu. To će propustiti samo u slučaju ako smatraju da je ono jednako engleskom pravu. Važna razlika nastaje u situacijama kada stranka nije svjesna da mora primijeniti strano pravo, kad joj je nepoznat njegov sadržaj ili kad ga nije sposobna dokazati. Ako nije riječ o takvim situacijama, premda se u svojim polazištima potpuno razlikuju, dva sistema će dovesti do istog rezultata.

Suprotni stavovi o primjeni stranog prava izraz su dviju različitih pravnih tradicija. Jedan od iskaza različitosti između tih dviju tradicija jest i razlika između osnovnih načela na kojima se temelji sudski postupak, posebno načela koja se odnose na ulogu suca u postupku. Je li njegova uloga u tome da utvrdi "istinu" i pruži "pravnu zaštitu" općenito ili je ona pasivna i ograničena na to da o predmetu odluči na temelju "istaknutog i dokazanog"? Sve dok takve temeljne različitosti u ulozi suca postoje, postojat će i različitosti u rješenjima o položaju kolizijskih pravila i primjeni stranog prava u postupku.

Summary

Hrvoje Sikirić*

APPLICATION OF CONFLICT-OF-LAW RULES AND FOREIGN LAW IN COURT PROCEEDINGS

The author analyses the position of conflict-of-law rules and the application of foreign law in court proceedings. Four legal systems are analysed: German, French, English and Croatian. At each of the mentioned jurisdictions, the author gives answers to four questions: (i) does the court apply foreign law ex officio or at the request of the party, i.e. are domestic conflict-of-law rules considered to be coercive rules or not; (ii) is the content of foreign law determined by the court ex officio or the burden of proof is on the party which invokes its application; which law will be applied in case that the content of foreign law

* Hrvoje Sikirić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

cannot be determined; may legal remedies be obtained due to inappropriate or erroneous application of foreign law?

The analysis shows that there are considerable differences between the analysed legal systems. The most significant ones occur in situations when parties are not aware that foreign law is to be applied, when the content of foreign law is unknown to parties or when they are not able to prove it. In the author's opinion, differences are caused by different legal traditions of the analysed legal systems.

Key words: conflict-of-law rules, application of foreign law in court proceedings, legal remedies

Zusammenfassung

Hrvoje Sikirić**

ANWENDUNG DER KOLLISIONSREGELN UND DES AUSLÄNDISCHEN RECHTS IM GERICHTSVERFAHREN

Der Autor erörtert die Stellung der Kollisionsregeln und die Anwendung des ausländischen Rechts im Gerichtsverfahren. Er analysiert vier Rechtssysteme - das deutsche, das französische, das englische und das kroatische. In Bezug auf jede der erwähnten Jurisdiktionen beantwortet er vier Fragen: 1) wird das ausländische Recht vom Gericht von Amts wegen angewendet oder auf Antrag der Partei bzw. werden die Kollisionsregeln des einheimischen Rechts als zwingende Vorschriften angesehen oder nicht; 2) wird der Inhalt des ausländischen Rechts vom Gericht von Amts wegen festgestellt oder liegt die Beweislast bei der Partei, die sich auf seine Anwendung beruft; 3) welches Recht wird im Falle angewendet, dass der Inhalt des ausländischen Rechts nicht festgestellt werden kann; 4) können infolge der Nichtanwendung bzw. falschen Anwendung des ausländischen Rechts Rechtsmittel eingelegt werden. Die Analyse zeigt, dass zwischen den untersuchten Rechtssystemen bedeutende Unterschiede bestehen. Die wichtigsten Unterschiede kommen zum Vorschein, wenn die Parteien nicht wissen, dass das ausländische Recht angewendet

** Dr. Hrvoje Sikirić, Professor an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

werden muss, den Parteien der Inhalt des ausländischen Rechts nicht bekannt ist oder sie nicht imstande sind, ihn zu beweisen. Nach der Meinung des Autors sind die Unterschiede eine Folge verschiedener Rechtstraditionen, die zwischen den analysierten Rechtssystemen bestehen.

Schlüsselwörter: Kollisionsregeln, Anwendung des ausländischen Rechts im Gerichtsverfahren, Rechtsmittel