

др Милорад Рочкомановић,
редовни професор Правног факултета у Нишу

ORDRE PUBLIC У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ ФРАНЦУСКЕ

Аутор анализира теоријску мисао Француске о суштини и функционисању установе јавни поредак, као и њено схватање у француској судској пракси у разним областима међународног приватног права. У првом делу изложени су ставови француске доктрине од којих су неки, снагом својих аргумената, имали пресудан утицај на судове. У другом, пак, аутор је, користећи обиман материјал презентирао сво богатство решења француских судова, које је, по правилу, представљало рефлекс законодавних промена што су се одиграле у француском праву, али које, такође, неизбежно носи печат теоријске мисли француске доктрине међународног приватног права. У закључку се подвлачи да је француско схватање *ordre public* у смислу међународног приватног права, добрим делом, али не и увек, на линији прогресивних достигнућа у одређеним сегментима приватноправних односа која се сматрају доминантним на плану упоредног права. Такође, да би, независно од различитих друштвено-економских основа француског и нашег правног поретка, и наши судови могли прибећи резерви јавног поретка у већини случајева у којим је ова установа била коришћена у пракси француског правосуђа.

Кључне речи: *Јавни поредак* - *Француска* - *Доктрина* - *Судска пракса*

І. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1. Установа *ordre public* у међународном приватном праву Француске има свој формални извор у одредбама чл. 3. ст. 1. и чл. 6. Грађанског законика ове земље (1). Непрецизност законског текста са једне и садржинска неодређеност овог института са друге стране, учинили су да је главни терет око уобличавања његове физиономије поднела пракса француских судова. У том послу она је имала сарадника у правној науци, чији су ставови утицали на одлуку судова о употреби *ordre public*. Њен позитивни допринос не умањује ни околност да међу њим протагонистима није било увек једнодушности у вези са тумачењем садржине односно домаћаја ових и неких других прописа

(1) Чл. 3 ст. 1 *Code Civil*: "Закони о полицији и јавној сигурности обавезују све оне који бораве на подручју државе", Чл. 6: "Не могу се посебним споразумом дерогирати *ordre public* и добри обичаји".

C. civil. Приклањајући се оним доктринарним гледиштима која су им изгледала најприхватљивијим у датом моменту, француски судови су били у прилици да пружи ефикасну правну заштиту основним друштвеним, правним и моралним принципима и вредностима француског друштва, који су могли бити угрожени ако би се остало доследно у примени домаћих норми међународног приватног права.

Када се све то има у виду, јасно је да је за сагледавање ове установе неопходно у исто време упознати и ставове правне науке о њој и решења судске праксе у погледу њене непосредне примене.

Анализа ове последње, нарочито, могла би да покаже да ли су могућа нека поређења у погледу обима употребе јавног поретка у француском и нашем праву. Одговор на то питање утолико је интересантнији када се зна да правни системи ових држава почивају на различитим друштвено-економским основама. За наше судове то би могло да буде од практичног значаја, јер би се са одређеном сигурношћу могла предвидети реакција француских судова у односу на решења нашег права.

II. ФРАНЦУСКА ПРАВНА НАУКА О СУШТИНИ И НАЧИНУ ФУНКЦИОНИСАЊА *ORDRE PUBLIC* У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

1. За развојни пут теоријске мисли о установи *ordre public* у Француској може се рећи да је ишао у два различита правца, при чему је сваки од њих припадао одређеном временском раздобљу.

У XIX веку, као израз превласти тзв. школе персоналиста, доминирало је мишљење да би за међународно приватно право ваљало усвојити принцип о екстериторијалном дејству закона. На тај начин, вероватно као одговор на дотада владајућу концепцију о територијалности у примени закона, и *ordre public*, као његова својеврсна потврда, био је схваћен као изузетак. И то у два правца: као одступање од примене страног редовно надлежног закона и као инспирација за доношење једностраних колизионих норми (2).

Са Pillet-ом и његовом деобом закона на императивне законе материјалног карактера, који су екстериторијални у примени, јер се тичу појединаца и оне законе који се односе на заштиту друштва, који су, с обзиром на општост, територијалног карактера, афирмише се уверење о аутономном карактеру установе *ordre public*. Сврставајући ове друге у законе који чине домаћи јавни поредак, он, слично Savigny-у у Немачкој, полази од тога да је основни критеријум за давање својстава *ordre public* неком пропису његов циљ (3).

Крајем XIX века појављује се концепција чији је идејни творац био Vartin. Овај теоретичар полази од тога да је *ordre public* средство које служи за избегавање примене страног надлежног закона. Ово схватање, које у дефинисању јавног поретка полази од његовог функционалног одређења, послужило је потоњим ауторима као основ на коме ће градити ставове и критику његове употребе у судској пракси ове земље.

(2) J. Maury; *L'ordre public en droit international privé français et allemand*, Rev. crit. de droit int. privé, 1954, p. 10.

(3) Ово схватање нарочито је критиковао Lagarde. (Види: P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse, 1959, Paris, p. 128).

2. Док Y. Loussouarn сматра да позивање на *ordre public* зависи од тога да ли су у датом случају тангирани интереси француске државе (4), дотле L. Lucas иде још даље када тврди да "општи и универзални *ordre public* i његов ауторитет не познаје границе (5)".

Схватање Niboyet-а, према којем се француски суд може позвати на свој *ordre public* у случају неспојивости страних правних прописа и *lex fori*, био је критикован као једностран и штетан. С обзиром на то да су такви случајеви у пракси веома чести, то би употреба овог правног института међународног приватног права у циљу замене страног француским правом, водила негацији самог међународног приватног права (6).

Веома је аргументовано критиковано и становиште да садржину *ordre public*, у смислу међународног приватног права, чине једино прописи принудног карактера *lex fori* (7).

3. Анализа француске правне литературе показује да се јавни поредак најчешће посматрао са аспекта примене и дејства у домену сукоба закона. Чини се да је тако концентрисана пажња правне науке ове земље била последица става о њему као елементу колизионе норме, који долази до примене само онда када колизиона норма *lex fori* упућује на примену страног закона. Због тога, сматрају неки аутори (8), не може се замислити употреба овог института независно од колизионе норме, пошто он нема самостално поље примене.

На питање шта је то што провоцира одбијање примене страног надлежног закона, француски правни писци нису имали истоветан одговор. Док Niboyet основ за употребу *ordre public* налази у садржини страног закона (9), дотле неки други аутори (Batiffol, Lagarde, Maury) сматрају да је само тај елеменат у већини случајева недовољан да да надлежност француском закону и да зато превагу треба дати околностима под којима страни закон треба да се примени у датом случају. Тако, рецимо, Maury наводи да иако грађанска форма брака представља садржину домаћег *ordre public* у међународном приватном праву, неће се сматрати да је овај повређен једино зато што одредба страног закона о томе предвиђа религиозну форму брака. Француски *ordre public* интервенисао би само у случају да је брак склопљен у Француској, док се његово дејство не би осетило ако би до тога дошло у некој другој држави, макар да је брак закључен између француских држављана (10). Ово схватање, познато као ублажено дејство јавног поретка, као што ћемо доцније видети, добило је пуну подршку у судској пракси ове земље.

Разрађујући концепт Batiffol-а (11), о томе да је задатак међународног приватног права координација националних правних система,

(4) Lagarde, *op. cit.*, p. 65.

(5) Види његов чланак у *Revue crit. de droit int. privé*, 1966, n. 273.

(6) Lagarde, исто, n. 185.

(7) Lagarde (*op. cit.*, p. 128) сматра да је сасвим могуће да француски *ordre public* буде употребљен и онда када је неко питање у домаћем праву регулисано диспозитивном нормом (нпр. када страни закон надлежан за уговор о продаји искључује било какву гаранцију за продату ствар).

(8) Lagarde, *op. cit.*, p. 185. Исто и Maury.

(9) Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III, n° 1022, p. 496.

(10) H. Batiffol, *Principes de droit international privé*, p. 267, 268.

(11) Исто.

Lagarde учи да је од пресудног значаја за одлуку домаћег суда о употреби *ordre public*, однос који има одређена правна установа страног права са одговарајућим правним установама *lex fori*. Отуд до непримене страног закона не долази само онда када је он у колизији са основним принципима правног поретка домаће државе, већ првенствено онда када пропис страног закона не може бити интегрисан на један стабилан начин у домаћем праву. *Ordre public* тада треба да "удакне живот" тој немогућој заједници страних и домаћих правних установа (12).

За разлику од немачких и швајцарских аутора, за које је територијална веза спорног случаја и *lex fori* неопходан услов за употребу института *ordre public*, француска правна наука није била јединствена у том погледу. У поређењу са оним правним писцима који овај проблем посматрају кроз анализу ставова судске праксе, Lagarde га третира у контексту примене француских закона полиције и сигурности. Док је за њихову употребу, каже он, неопходно постојање извесне везе случаја са француском територијом, дотле је за примену *ordre public* битно да постоји таква веза са међународним приватним правом Француске (13).

Мауру, са своје стране, заступа становиште да ни надлежност домаћег суда у датом случају, сама по себи, не може бити довољна за заснивање тражене "везе" која оправдава употребу *ordre public lex fori*. Такав везивни карактер могу имати неке друге одлучне околности, као, рецимо, домаће држављанство или домицил, те боравиште у њој (14).

4. Међутим, та "веза" у пракси француских судова некада се фингира, истина на посебан начин. У настојању да одреде случајеве у којима захтев очувања кохерентности унутрашњег правног поретка Француске налаже одступање од домаћих колизионих норми, француски судови полазе од тога да се императиван карактер неких прописа домаћег права намеће страном закону. Ти прописи, које је Francescakis, вероватно први у доктрини, назвао законом за непосредну примену (*les lois d'application immédiate*) представљају специјалне колизионе норме које изражавају императиве домаћег *ordre public* и који зато морају да буду поштовани и у материји међународног приватног права у овој држави (15).

Мада се у француској судској пракси не врши увек јасно разликовање између ових закона и установе *ordre public*, с обзиром да и у једном и у другом случају на крају долази до примене француског материјалног права (16), између њих ипак постоји неколико значајних разлика.

(12) Lagarde, *op. cit.*, p. 238, 239.

(13) Lagarde, *op. cit.*, p. 101. Као што ћемо доцније видети, француски судови, мада не увек експлицитно, примењују свој јавни поредак полазећи од критеријума територијалне повезаности случаја са Француском.

(14) Maury, исто, p. 19, 20.

(15) Ph. Francescakis, *Quelques précisions sur "les lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit des lois*, Rev. crit. de droit int. privé, 1-1966.

(16) J. P. Karaquillo, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 1979, истиче да је непосредна примена француских закона на случајеве међународног приватног права нормална појава са становишта француских судова, при чему је неважно да ли до тога долази позивом на *ordre public* или коришћењем израза "закони за непосредну примену".

Једна од њих огледа се у механизму примене: док *ordre public* подразумева претходно испитивање садржаја страног редовно надлежног закона, докле у случају ове врсте прописа домаћи судови то не чине, већ, независно од упутства домаће колизионе норме, непосредно примењују одговарајући пропис француског права.

Друга разлика између њих огледа се у различитости карактера "везе" случаја са домаћим правним поретком у једном и у другом случају. *Ordre public* захтева постојање класичних тачака везивања, јер почива на претходном консултовању колизионе норме. Када је, пак, реч о законима који се непосредно примењују и потребној "вези" са *lex fori*, тада се не тражи онај карактеристичан моменат у виду тачке везивања која "национализује" правни однос у питању зависности од његове природе. Оно што је овде неопходно, то је посебна додирна тачка која је довољна да оправда непосредну примену *lex fori* у циљу омогућавања успеха француске законодавне политике и унутрашње стабилности њеног правног поретка (17). Она није објективно дата, већ произлази из сврхе одређеног прописа (18).

5. Иако у новијој теорији међународног приватног права у Француској постоји једнодушан став о томе да садржину *ordre public* у праву ове државе не би требало изједначавати са императивним прописима *lex fori* (19), чињеница је да су домаћи судови у његовој процени, начелно били руковођени садржином унутрашњег *ordre public*, тако да је еволуција овог другог директно утицала на еволуцију садржине *ordre public* као установе међународног приватног права (20).

Ordre public би изузетно могао произаћи из међународног уговора (21) и само се у том случају може говорити о "међународном" карактеру овог института (22).

6. Уобичајено схватање о пермисивном и прохибитивном дејству јавног поретка, француска правна наука прихвата уз одређене корекције. Тако, рецимо, Niboyet сматра да примена домаћег *ordre public* има за последицу потпуну замену страног закона са *lex fori*, јер се одређена правна ситуација, која је забрањена страним а допуштена домаћим законом, на известан начин "национализује".

Неки други правни писци нешто су умеренији у том погледу. Иако свестан негативних последица аутоматске супституције страног закона са *lex fori*, Lagarde је мишљења да када функционисање колизионе норме *lex fori* доводи до озбиљних неусклађености страног и домаћег права, замена о којој је реч мора да буде потпуна. У противном,

(17) Karaquillo, исто, р. 143, 146, 155.

(18) Karaquillo, исто, р. 172.

(19) Francescakis, (Rep. Dalooz de droit int. privé, n° 499 и 500) сматра да унутрашњи *ordre public* значи давање преваге јавним над приватним интересима, придев "међународни" не би требало схватити као нешто што се односи на извор, већ на његов предмет.

(20) Lagarde, *op. cit.*, р. 189.

(21) Francescakis (*op. cit.*, N° 502) наводи да је поморска хипотека постала француски *ordre public* тек онда када је установљена законом у овој земљи. Једнако важи и за издржавање ванбрачног детета, почев од закона из 1955. године.

(22) Тако су неке пресуде донете пре 1966. године сматрале да извесне одредбе Бриселске конвенције о унификацији одређених питања у области коноспана од 24. VIII 1924, представљају француски *ordre public* и да зато не могу бити укинуте споразумним одређивањем надлежног права за уговор.

на један правни однос биће примењено "прекрајање" законских текстова, што може довести до резултата који су лишени сваког смисла. Зато, се закључује он, искључење примене страног редовно надлежног права не односи једино на оне његове одредбе које су у опречи са схватањем *ordre public lex fori*, већ и на оне прописе који му нису противни, али који се не могу одвојити од првих (23).

Да позив на *ordre public* нема увек за циљ потпуну замену страног права, произилази из става овог аутора да његова употреба треба да допринесе да се из страног закона елиминира оно што је у очитој супротности са правним схватањима *lex fori* (24).

Став о ограниченој замени страног редовно надлежног закона услед његове супротстављености домаћем *ordre public*, био је, као што ћемо доцније видети, прихваћен и у једном броју пресуда француских судова.

7. Домаћи суд начелно води рачуна једино о угрожавању сопственог *ordre public*. Ово универзално правило без резерве је подржано и у француској науци међународног приватног права. Међутим, када је требало одговорити на питање, да ли се изузетно могу признати правне ситуације настале у другим државама захваљујући њиховом *ordre public*, француски аутори нису увек били једнодушни.

Повод за њихово разилажење пружила им је једна старија одлука белгијског суда којом је признат брак пољских држављана различите вере, склопљен у Белгији противно забрани из пољског закона, и то позивом на домаћи *ordre public*.

Они аутори који су били за доследно поштовање принципа (нпр. Bartin, Maury) држали су да француски судија не би требало да узме у обзир разлоге страног *ordre public*, независно од тога што је његова садржина у конкретном случају била истоветна са садржином француског *ordre public* и што би, да се питање признања тог истог односа најпре поставило у Француској, он морао да буде третиран као пуноважан.

Насупрот њима, Pillet (25), Batiffol (26), Niboyet (27), и Lagarde (28), сматрају да би уважавањем тзв. рефлексног дејства страног *ordre public* француски суд требало да призна правни однос који је пуноважно настао захваљујући употреби јавног поретка Белгије. Ово утолико пре, сматрају они, што обе државе припадају истом правном миљеу.

8. Занимљиво мишљење износи Lagarde у погледу утицаја који има установа узвраћања (*renvoi*) на употребу страног *ordre public*. Полазећи од напред цитираног случаја и разлике у примени овог института на претходно и на главно питање (29), аутор истиче да ако страно право, на које упућује домаћа колизиона норма, не прихвата надлежност за

(23) Lagarde (*op. cit.*, p. 206) сматра да је такво решење оптерећено неизвесношћу за тужиоца, а сем тога у неким случајевима може се показати да *lex fori* не одговара суштини спора.

(24) Lagarde, исто, p. 237.

(25) Pillet: *Principes de droit international privé*, n° 217.

(26) Batiffol, *op. cit.*, n° 369.

(27) Niboyet, *op. cit.*, n° 1048.

(28) Lagarde, *op. cit.*, p. 224.

(29) Опширније о томе: Lagarde, исто, p. 78, 79.

регулисање главног питања (30), тада примена страног *ordre public* остаје беспредметна. Зато, закључује он, о страном јавном поретку ваља водити рачуна само у мери у којој је страно материјално право доиста било примењено на однос у питању (31).

9. С обзиром да је *ordre public* установа чија је садржина променљива у времену, то је за судове веома значајно практично питање: које схватање *ordre public* применити, ако је од момента настанка спора до тренутка његовог решавања протекао изврстан дужи период времена.

Ово питање изазвало је одређене недоумице у француској науци међународног приватног права. Неки старији правни писци (Niboyet) мишљења су да ако је стицање неког права у одређеном моменту у колизији са домаћим схватањем *ordre public*, тада остаје без икаквих правних последица његова доцнија промена (32). Међутим, када се ради о примени овог инситута у области признања и извршења страних судских одлука, већина аутора сматра да се оцена његове садржине врши с обзиром на момент доношења одлуке о спору.

Поједини аутори теорију о актуелности садржине јавног поретка објашњавају нужношћу његове казуистичке процене (Lagarde). Други, пак, полазећи од циља његове употребе, сматрају да ако *ordre public* треба да заштити основне поставке правног поретка *lex fori*, онда је незамисливо да то буде учињено тако што ће домаћи судија да се позове на принципе и схватања који су давно напуштени (33). У том правцу била је и оцена L. Pigeonnière-а да дефиниција *ordre public* у великој мери зависи од става који у одређеном моменту преовлађује у Француској (34).

Такав став о временској условљености садржине *ordre public* усвојен је, као што ћемо показати, и у француској судској пракси.

10. Проблем који изазива промена садржине ове установе до доношења одлуке највише судске инстанце о признању стране одлуке, по мишљењу Lagarde-а, треба решити позивом на његово актуелно значење. Зато Касациони суд може да укине нападану одлуку суда нижег степена услед тога што је у међувремену дошло до промене схватања садржине *ordre public lex fori*. Иако овакво решење може изгледати строго, оно је ипак логично по мишљењу овог аутора (35).

У прилог оваквог става говори и околност да од тренутка давања егзекватуре страном одлуци она може произвести правне последице *res iudicata* на домаћој територији. Због тога, када се ради о признању неког односа или остваривању права које је задобијено у иностранству, актуелни *ordre public* не трпи никакве изузетке.

(30) Главно питање може бити, рецимо, наслеђивање међу супрузима, а претходно, пуноважност њиховог брака.

(31) Lagarde, исто, р. 233.

(32) Niboyet, *op. cit.*, р. 535.

(33) Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, 1952, р. 122.

(34) Цит. према Francescakis, исто, n° 505.

(35) Lagarde, *op. cit.*, 191.

III. ORDE PUBLIC У ПРАКСИ ФРАНЦУСКИХ СУДОВА

1. С обзиром на релативну неодређеност садржине установе *ordre public* у међународном приватном праву, то њена употреба зависи од процене судије који расправља неко од питања из домена који је уређен нормама међународног приватног права. На његову активну и креативну улогу указује и околност да је резерва *ordre public* у исто време и нека врста директиве која му је упућена од стране његовог законодавца. Зато, сматра се у једном делу француске науке међународног приватног права, он не би могао да прогласи да одређени пропис *lex fori* чини садржину *ordre public*, већ би такав закључак требало да изведе обраћањем на принцип изведен из домаћег законодавства, водећи притом рачуна и о општој примени установа и о потреби међународне сарадње (36).

Анализа актуелне судске праксе у Француској сведочи о томе да је *ordre public* највише био коришћен против примене страних прописа или на њима заснованим решењима у области статусних односа физичких лица. Нешто је ређа била његова употреба у материји имовинских односа, као и у домену наследних и облигационих односа или у материји признања и извршења страних арбитражних одлука.

2. Околност да страно национално право (закон Румуније) утврђује брачну способност веренице на 18 година, није у колизији са француским поимањем *ordre public* у смислу међународног приватног права. Због тога ће у Француској бити признат брак који је она склопила, без обзира на то што је то било учињено без сагласности њених родитеља (37).

Уколико није било изричитог позивања на одсуство слободно изјављене воље потенцијалних супружника, чињеница да је отац веренице примио новац од будућег зета на име закључења брака, не противи се француском схватању *ordre public*, нити вређа добре обичаје (38).

Мада су француски судови ненадлежни за проглашење рођења детета до којег је дошло у иностранству (чл. 55 С.с.), у пракси се показало да ово правило није било без изузетка. Тако је Апелациони суд Париза у пресуди од 24. II 1977. године прихватио надлежност, јер је лице које је тражило такву одлуку било у фактичкој немогућности да се за то обрати суду надлежном по месту рођења детета у страниј држави. Суд се није изричито позвао на властити *ordre public*, али се у коментару његове одлуке подвлачи да је прећутно прихваћен разлог за доношење одлуке у питању био у чињеници да се интерес домаћег *ordre public* везује за свако лице које редовно борави у Француској, макар се радило о странцу који је рођен изван Француске. На тај начин *ordre*

(36) Francescakis, исто, н° 501.

(37) У образложењу одлуке Trib. de grande instance Париза од 15. III 1972 (Rev. crit. de d. i. p., 1973, п. 507) речено је да и румунско право, као и француско, настоји да фаворизује заснивање брачне заједнице на легалан начин, те да *ordre public* осуђује непромишљене одлуке младих људи, али не искључује могућност склапања брака пунолетних лица у смислу њиховог *lex nationalis*. Коментатор ове одлуке сматра да би *ordre public* могао да буде употребљен ако страни закон допушта закључење брака без претходне сагласности родитеља девојци млађој од 15, а младићу од 18 година.

(38) Cass. civ., 1^{re}, 4. IV 1978, Clunet, 1979, p. 353.

public постао је основ за међународну надлежност домаћих судова у области односа стања и способности физичких лица (39).

3. Проучавање судске праксе Француске показује да има знакова да је употреба установе *ordre public* прилично изгубила на строгости у односу на признање страних одлука о утврђивању ванбрачног очинства. Међутим, то никако не значи да је он у потпуности елиминисан у овој материји.

Неки француски судови одбијали су да признају пресуде страних судова као противне домаћем *ordre public*, ако је одлука о ванбрачном очинству почивала на претпоставци о постојању интимних односа једног мушкарца са мајком детета у време зачећа (нпр. Trib. de grande instance de Grasse, 2. I 1963. и Dijon, 7. VI 1967). Сличан став заузео је и Tribunal de grande instance Париза у одлуци од 1. III 1977. када је одбио да призна страну пресуду која је утврдила очинство, мада је муж у критично време зачећа живео одвојен од његове жене.

Са друге стране, Trib. de grande instance Seine, у одлуци од 1. II 1965, закључио је да није противна домаћем схватању *ordre public* одредба Грађанског законика Чилеа (чл. 185) која проглашава ванбрачним дете које је рођено након 300 дана од престанка брака његове мајке.

Касациони суд Француске је 22. XII 1970. одбацио приговор ванбрачног оца да немогућност доказивања неморалног владања мајке ванбрачног детета вређа схватање француског *ordre public* у међународном приватном праву. Суд је сматрао да овај није био доведен у питање, јер и чл. 324 т. 4 С.с. оставља могућност неприхватања таквог приговора у истој ствари без елемента иностраности.

Принципијелан став француских судова дошао је до израза у одлуци суда Париза од 13. VII 1977. Када је требало да се изјасни о признању норвешке пресуде о утврђеном ванбрачном очинству, суд је констатовао да није повређен домаћи *ordre public* чињеницом да због неморалног понашања мајке детета то лице и не мора бити истински отац детета. За суд је било одлучно то што је непобитно установљено да је то лице имало сексуалне односе са мајком детета у време зачећа.

За разлику од пресуде Апелационог суда Париза од 4. V 1979. који је сматрао да одредба пољског закона, која не познаје неморално владање мајке као разлог за забрану подношења тужбе за утврђивање ванбрачног очинства, није у колизији са *ordre public* Француске (40), суд Париза је, одлуком од 14. XII 1978, одбио да примени одредбу аустријског закона са истом садржином, сматрајући да она вређа домаћи *ordre public* (41).

У поређењу са старијом судском праксом (нпр, Civ., 30. XI 1938), неке новије одлуке нису сматрале да је био доведен у питање домаћи

(39) У коментару ове пресуде изражава се неслагање са оваквом употребом *ordre public*. Осим случајева хитног поступка и избегавања стварног *deni la justice*, никакав виши разлог не налаже одступање од чл. 55 С.с. сматра А. Huet. (Види: Rev. crit. de d.i.p. 1978, п. 520, 521.

(40) Види: Rev. crit. de droit int. privé, 1980, п. 313.

(41) Види: Rev. crit. de droit int. privé, 1979, п. 604. Неки француски аутори (Malaurie) сматрају да би француски *ordre public* био повређен само ако би се признала страна одлука утврђеном ванбрачном очинству, а мајка детета се пре тога одала проституцији. М. S. Depitre, пак, мисли да би до тога могло доћи само ако је ноторно утврђено неморално владање мајке ванбрачног детета.

ordre public чињеницом да у страном закону (*lex nationalis* детета) није био предвиђен никакав рок застарелости тужбе за утврђивање ванбрачног очинства детета (нпр., Paris, 18. III 1954) или ако је тај рок био дужи од оног прописаног чл. 340 С.с. Француске (Paris, 14. III 1952).

4. Употреба *ordre public*, по свему судећи, била је најчешћа у брачним стварима.

Сходно чврстом ставу судске праксе у Француској, чињеница што страни закон не познаје установу развода брака (42), или што не предвиђа ни један од начина престанка брака који је усвојен у Француској (43), није противна схватању домаћег *ordre public*.

Међутим, једном другом приликом била је одбијена, као противна домаћем схватању јавног поретка, примена закона Бразила који ослобађа брачне другове обавезе супружанске верности након изрицања одлуке о растави (*desquitada*) (44).

Такође, сматрано је да је у колизији са домаћим *ordre public* пропис права Камеруна према којем једино муж има право да истиче као бракоразводни узрок неверство супруге (45). Употреба овог института у овом случају показује да је француско схватање садржине *ordre public* било на линији респектовања начела равноправности супружника и у односу на њихову обавезу верности у браку.

Француски суд показао је значајну меру разумевања за ситуацију пољских држављана који су пре доношења Декрета о Пољској о укидању установе раставе 25. IX 1945. године, добили једну такву одлуку у овој држави. Позивом на то да се француски ордре публиц противи да се брачне несугласице морају неизоставно решавати разводом, Апелациони суд Париза је одлуком од 10. IV 1973. године прогласио ова лица разведеним.

У пресуди Tribunal de grande instance Seine од 11. III 1964. изражено је уверење да није у опречи са француским *ordre public* чињеница да грчко право временски ограничава право на подношење тужбе за развод брака.

Да лаички карактер брака представља елеменат садржине француског *ordre public* потврђено је одлуком Trib. de grande instance Seine од 7. IV 1981. године. Позван да се изјасни о мароканској пресуди којом је поништен брак између једног Мароканца и једне Францускиње, зато што претходно није био закључен у религиозној форми коју захтева марокански закон, француски суд закључио је да је таква одредба страног права у колизији са схватањем његовог *ordre public* и зато је одбио да да егзекутуру страној одлуци (46).

Ordre public, међутим, није био употребљен у циљу оглашавања брака неважећим, до чијег је закључења дошло у Алжиру, у форми јеврејског права. На тај начин потврђен је принципијелан став судске праксе о тзв. ублаженом дејству *ordre public*, јер је правни однос био настао ван подручја француске у складу са прописима страног надле-

(42) Cour de Paris, 11. VII 1978. у вези са применом шпанског закона.

(43) Coru de Paris, 12. III 1976, у вези са применом закона Туниса. Види: Rev. crit. de droit int. privé, 1978, п. 741.

(44) Cour de cass., I^{re} ch. civ. 11. VIII 1977, Rev. crit. de d.i.p., 1979, п. 395.

(45) Cour d'appel de Paris (I^{re} ch. suppl.), 28. VI 1973, Rev. crit. de d.i.p., 1974, п. 505.

(46) Одлука је објављена у Rev. crit. de d.i.p., 1981, п. 501.

жног закона, иако би тај исти брак био проглашен ништавим да је до његовог склапања било дошло у Француској (47).

5. Преглед решења француске судске праксе показује да је француско право нарочито осетљиво када се ради о обавези издржавања, како између супружника (48), тако, и нарочито, када је у питању издржавање деце. Зато је релативно чешће прибегавање јавном поретку у овом другом случају када се сматра да би им применом страног закона то право било ускраћено.

Ова констатација потврђена је једним бројем судских пресуда у којима је признавано право на подношење тужби за издржавање ванбрачној деци, као и деци рођеној из прељубе или инцеста. Мада у смислу чл. 335 и 342 С.с. ова деца не би могла бити изједначена са брачним, почев од закона из 1955. године тужбе за издржавање које она подижу не сматрају се више противним домаћем схватању *ordre public* у међународном приватном праву (49). Сем ретких изузетака (50), и новија пракса оријентише се у том правцу.

Тако је, рецимо, Касациони суд одлуком од 15. XII 1964. прогласио да не вређа француски јавни поредак могућност оспоравања ванбрачног очинства која постоји по националном закону детета (аустријско право), ако признање ванбрачног очинства има једино за последицу остваривање обавезе издржавања истог.

Једном другом приликом Апелациони суд Париза одбио је, позивом на свој *ordre public*, да примени чл. 1708 BGV на основу које одредбе обавеза издржавања ванбрачног детета треба да буде примерена потребама истог и могућностима његове мајке, али не и економским могућностима његовог ванбрачног оца (51).

Пресуда Касационог суда од 23. XI 1976. потврђује теоријску поставку да садржина установе јавни поредак треба да се цени у време давања егзекватуре страном одлуци, а не с обзиром на његово поимање у моменту њеног доношења. Услед тога била је призната немачка одлука о осуди ванбрачног оца на плаћање алиментације његовом детету, иако би њено признање и извршење у време њеног доношења било у колизији са француским *ordre public* у међународном приватном праву (52).

6. Употреба јавног поретка забележена је и у вези са чувањем деце и старањем о њима након развода њихових родитеља.

Тако је Касациони суд одлуком од 30. I 1979. одбио да призна одлуку туниског суда о разводу брака, на основу које је дете било поверено на чување оцу Тунижанину. Суд је сматрао да дубоко вређа француски *ordre public* околност што је поменута одлука пошла од принципа права Туниса да се првенствена додела деце у оваквим слу-

(47) Види: Paris, 10. XI 1964, Rev. crit. de d.i.p., 1966.

(48) Тако је, рецимо, Апелациони суд Париза, одлуком од 10. XI 1964. прогласио за *ordre public* обавезу издржавања између брачних другова.

(49) Francescakis, исто, N° 144 и 145.

(50) Тако је Касациони суд 18. V 1976. позивом на *ordre public* одбио да призна страну одлуку о досуди издржавања ванбрачном детету зато што је била основана једино на сведочењу мајке детета о постојању интимних односа са претпостављеним оцем детета.

(51) Апелациони суд Париза (1^{re} ch. suppl.), 3. XII 1964, Rev. crit. de d.i.p., 1965, p. 697.

(52) Види: Revue crit. de droit int. privé, 1979, p. 839.

чајевима врши њиховом оцу као шефу породице, не водећи рачуна о стварним интересима малолетног детета (53).

Принципијелан став француског правосуђа дошао је до изражаја у одлуци Касационог суда од 2. V 1979. Позван да се изјасни о признању одлуке аргентинског суда, којом је ванбрачној мајци било досуђено дете на чување, суд је закључио да због тога није био угрожен француски *ordre public* и зато је дао егзекватуру поменутој одлуци, иако се томе противио отац детета.

Исто тако, није сматран противним француском *ordre public* споразум којег су склопили супружници пре развода брака, а који се односио на издржавање њиховог малолетног детета. Ово зато што је споразумом био предвиђен начин деобе обавезе издржавања, при чему дете није било лишено права да тражи издржавање од било којег од родитеља (54).

7. Одређивање меродавног права за законски брачни имовински режим у међународном приватном праву Француске врши се прихватањем надлежности *lex domicilii* супружника као тачке везивања (55). Међутим, судови у овој држави могу од тога да одступе и да примене сопствени закон као закон за непосредну примену. Треба истаћи да је ова појава већ забележена у пракси (нпр., суд Париза, 2. VIII 1954), а потврђена је и мишљењем надлежног Министарства у вези са применом чл. 1379 француског С.с. (56).

Другачији је изгледа однос француских судова када је у питању споразумна промена брачног имовинског режима.

Тако је у случају "Fontaine" суд Париза, одлуком од 29. VI 1969. године, сматрао да ово питање треба подврћи праву Канаде које је иначе било меродавно за законски имовински режим. На одлуку суда није утицала околност што су у питању били супрузи француског држављанства са пребивалиштем у Канади (57).

Идентичан је био став и Tribunal de grande instance Дижона у вези са променом брачног имовинског режима супруга немачког држављанства (58), те Апелационог суда у Колмару у одлуци од 7. III 1973. у вези са променом брачног имовинског режима италијанских држављана (59).

8. Неспособност за наслеђивање која се оснива на неприпадању одређеној религији вређа француски јавни поредак (60).

(53) У овом случају дете је већ живело са мајком у Француској 10 година.

(54) Апелациони суд Париза, 18. VI 1971, *Clunet*, 1972, p. 823.

(55) Апелациони суд Париза, 3. XII 1980, *Clunet*, 1981, p. 578. По неким ауторима овакво решење доводи до негирања аутономије воље странака, јер слободно локализујући пребивалиште супрузи посредно утичу и на надлежно право (Karaquillo, исто, p. 69.).

(56) Како чл. 1397 С.с. представља *ordre public* у области породичних односа, то би он морао бити примењен на све брачне другове француског држављанства, па и на странце са пребивалиштем у Француској, независно од одредбе породичног права коме су они потчињени.

(57) Karaquillo, *op. cit.*, p. 73.

(58) Одлука је донета 18. XI 1969.

(59) Суд је сматрао да чл. 162 и 215 италијанског Грађанског законика који дају могућност супрузима да накнадно уговоре режим заједнице покретне имовине, не вређају француски јавни поредак.

(60) Cass. civ., I^{re}, 17. XI 1964.

Према становишту француских судова установа прелевмана, предвиђена законом из 1819. године, представља елеменат садржине француског *ordre public* у међународном приватном праву и зато се мора примењивати по службеној дужности, чак и онда када су сви санаследници француски држављани (61).

Ако су једино у питању наследноправна дејства полигамног брака, тада се не сматра да је повређен француски *ordre public* ако би се као потенцијални претенденти на заоставштину у Француској, поред прве жене оставиоца, појавили и његова друга жена и деца из брака са њом. Ово зато што се њихов други брак сматра пуноважним у смислу алжирског закона, на чију надлежност упућује француска колизиона норма (62).

9. Сходно објашњењу функционера француског Министарства иностраних послова, француски *ordre public* веома је осетљив када треба признати страну пресуду о усвојењу која би могла да послужи као основ за стицање домаћег држављанства усвојеника. Међутим пошто то није био случај у датом примеру, француски суд није оклевао да призна одлуку суда SAD, с обзиром да се радило о усвојењу једног Француза старог 18 година од стране брачног пара из SAD (муж је био држављанин SAD, а жена Францускиња) (63).

Није се сматрало да је повређен домаћи *ordre public* ни у случају признања једне немачке одлуке којом је био потврђен акт о усвојењу ванбрачног детета до којег је дошло без сагласности његовог природног оца (64).

10. Употреба установе *ordre public* у француској судској пракси среће се, мада ретко, и у материји грађанскоправних деликата са обележјем иностраности.

Зато је, рецимо, суд Париза, одлуком од 30. VI 1964, заузео став да је чињеница што страни *lex loci delicti* не познаје могућност деобе одговорности за случај да је штети допринело и оштећено лице, у колизији са француским појмом *ordre public*.

Са друге стране, по одлуци Касационог суда од 6. I 1971. није се сматрало да је тангиран домаћи *ordre public* када је требало применити швајцарског пропис према којем се само изузетно признаје право на надокнаду неимовинске штете родитељима лица које је страдало у саобраћајном удесу (65).

Такође, није процењено да вређа домаћи *ordre public* одредба чл. 429 Грађанског законика ЧССР, којом је прописана оборива претпоставка о одговорности штетника односно то што му је по страном закону дата могућност доказивања да штета није искључиви резултат његовог скривљеног понашања (66).

Околност да су алжирска законска решења о несрећама на раду другачија од француских прописа о томе, не представља довољан разлог за употребу института *ordre public* у циљу одбијања њихове примене.

(61) Trib. de grande instance de Bayonne, 15. II 1977.

(62) Kasacioni sud, 3. I 1980.

(63) Trib. de grande instance de Paris, 15. XII 1975, Rev. crit. de d.i.p., 1976, p. 728.

(64) Trib. de grande instance de Grasse, 4. I 1977.

(65) Одлука је објављена у Clunet-y, 1972, p. 47.

(66) Cass. civ., I^{re}, 4. V 1976.

Но, противна је домаћем схватању *ordre public* одредба у страној пресуди којом је умешач осуђен да изврши солидарну накнаду штете са главним дужником. Ово зато што је по мишљењу француског суда алжирски суд на тај начин био прекорачио тужбени захтев (67).

11. Принципијелан став француских судова о одбијању признања правним дејствима страним актима о национализацији која је извршена уз верску, националну или политичку дискриминацију, био је потврђен у неким старијим судским пресудама (нпр. Paris, 25. VI 1958).

Овај институт међународног приватног права био је коришћен у исте сврхе и за случај да је национализација била извршена без претходно утврђеног износа правичне накнаде (68). Али било је и таквих пресуда које су због немогућности брзе процене поменуте накнаде одустајале од овог захтева (Aix-en-Provence, 2. XII 1965).

Неке новије одлуке, чини се, остају доследне у ставу да свако одузимање имовине без накнаде, макар да је то учињено и на бази изјаве о напуштању имовине од стране њеног власника, вређа француски јавни поредак (69). Утолико пре биће одбијено признање конфискације која је била извршена од стране совјетских војних власти у Источној Берлину (70).

12. Иако је позивање на *ordre public* у материји признања страних арбитражних одлука знатно ређе у односу на његову примену у погледу признања и извршења страних судских одлука, ипак је у неколико наврата одбијање признања овој врсти страних одлука било учињено са разлога заштите домаћег јавног поретка.

Тако је, на пример, Апелациони суд Париза 28. IV 1976. године стао на становиште да одсуство образложења стране арбитражне одлуке само по себи није у колизији са француским *ordre public*, осим ако странка која тражи њен поништај успе да докаже да непостојање образложења покрива повреду права одбране у поступку.

Ваља нагласити да се према ставу суда странке не могу пуноважно одрећи права да траже поништај стране арбитражне одлуке ако су арбитражи повредили француски *ordre public* или право одбране у поступку (71).

Са друге стране, Апелациони суд Париза био је мишљења да се *ordre public* Француске не противи да се жалба против стране арбитражне одлуке уложи пре доношења одлуке о њеној егзекватури (72). Једном другом приликом овај исти суд закључио је да одредба уговора о арбитражи која налаже арбитрама да поштују аутономију воље странака, нема карактер француског *ordre public* (73).

(67) Зато је у овом случају алжирској пресуди била дата делимична егзекватура. Види: Trib. de gr. instance de Paris, 24. XI 1977, Rev. crit. de d.i.p., 1978, p. 860.

(68) Civ., 14. III 1939 и Civ., 2. III 1955. Основ за овакву праксу налази се у чл. 545 С.с.

(69) Civ., I^{re}, 23. I. 1979.

(70) Види коментар Ph. Kahn-a у Clunet-y, 1976, p. 123.

(71) Апелациони суд Париза, 2. VII 1976.

(72) Апелациони суд Париза, 22. XII 1978. Суд је сматрао да није било повреде права одбране када је арбитар који је остао у мањини био у прилици да се изјасни и изложи своја запажања у вези са нацртом првобитне одлуке сходно Правилнику спољнотрговинске арбитраже.

(73) Апелациони суд Париза, 2. II 1978. и 16. III 1978.

Француско схватање *ordre public* у међународном приватном праву не изискује временско ограничавање рока у којем су арбитри дужни да донесу одлуку, сем ако тај рок није био одређен уговором о арбитражи (74).

Захтев за поништај прве арбитражне одлуке биће уважен ако постоји озбиљан спор о њеној дефинитивности, као и онда када је у року предвиђеном у арбитражном споразуму именован други арбитар од стране противне стране у спору, на који начин је признато право на именовање контра-арбитра у складу са Правилником спољнотрговинске арбитраже. Наведени недостатак, по мишљењу Апелационог суда у Паризу, директно погађа француски *ordre public* (75).

13. Француски судови, сем ретких изузетака, изгледа нису били склони употреби *ordre public* у материји имовинских односа.

Тако је суд Париза одлуком од 19. XI 1965. године сматрао да принцип хијерархије дужника издржавања, који у француском праву важи само за узајамне односе супружника, не може бити сматран елементом садржине *ordre public* Француске у смислу међународног приватног права (76).

Идентичан став заузео је суд у односу на одредбу страног закона према којој не застарева право на подношење тужбе због увреде части (*Civ.*, 4. V 1965, *Bull. civ.*, I, n° 293).

Суд у Руану је одлуком од 16. III 1965. године сматрао да када је извршење једне обавезе у натури забрањено унутрашњим *ordre public*, тада њено еквивалентно извршење у форми плаћања накнаде штете такође није допуштено ако вређа јавни интерес.

Са друге стране, суд у *Aix-en-Provence* није сматрао да је домаћи јавни поредак угрожен ако би се у Француској признало правно дејство стечаја једног нетрговца до којег је дошло у иностранству (77).

IV. ЗАВРШНА ИЗЛАГАЊА

На бази свега реченог о употреби института *ordre public* у међународном приватном праву Француске, може се закључити следеће.

Најпре, да у схватању садржине овог специфичног института међународног приватног права у правној науци и његовој операционализацији у судској пракси Француске, не постоји апсолутан склад, што је и логично с обзиром на фактичку немогућност његовог прецизног дефинисања. Тај склад тешко је достижан и због тога што су судови, по природи њиховог задатка, први позвани да се супротставе примени страних правних прописа, решења и схватања, тако да се може десити да чешће него што је то неопходно посегну за њим. Притом не треба занемарити ни околност да је за судију много лакше да одбије да примени страно редовно надлежно право позивом на потребу заштите свог јавног поретка, него да се упусти у дубљу анализу претпостав-

(74) *Cass. civ.*, 30. VI 1976.

(75) Апелациони суд Париза, 11. VII 1978.

(76) Зато је суд признао страну одлуку којом је деда осуђен да плаћа издржавање унуци, а да пре тога није био тужен њен супруг. У том смислу и *Grenoble*, 2. I 1966, *Rev. crit. de d.i.p.*, 1966, p. 655.

(77) *Aix-en-Provence*, 29. VI 1964. Такође и *Civ.*, 20. V 1967, *Clunet*, 1967, p. 629.

љених правних учинака страних правних решења у локалној средини имајући у виду императиве свог јавног поретка.

Друго, најопштији став у вези са обимом употребе *ordre public* у судској пракси Француске јесте да је он био коришћен у толерантним границама. Уочљива је појава појачане склоности француских судова према његовој примени у материји статусних односа физичких лица, где је у највећој мери он био на линији афирмације прогресивних схватања о установи брака и права и обавеза који из њих произилазе.

Међутим, може се критиковати став француске праксе у односу на забрану развода брака која постоји или је постојала у праву мањег броја држава. Одбијањем захтева за развод држављана тих земаља, са мотивацијом да право на развод не улази у сам појам домаћег јавног поретка, француски судови показали су да заостају за савременим схватањима која о овом проблему данас постоје у пракси других држава.

Упркос националне "обојености" садржине овог института и релативне вредности закључака о оправданости његове примене у појединим случајевима која из тога произлази, преглед решења француске судске праксе уверава нас у мишљењу да би у већини случајева и наши судови могли поступити на сличан начин.

Наиме, неки од прокламованих принципа, од којих су француски судови полазили када су се одлучивали за његову употребу или када су је одбијали, истовремено представљају битна опредељења нашег правног поретка. Могуће разлике у гледању на извесне правне установе и категорије које улазе у садржај појма јавни поредак код нас, последица су различитог карактера друштвеног и правног система Француске и наше државе. Зато оне не би требало да буду разлог за критику опсега примене *ordre public* у француској судској пракси, осим ако би из тога резултирала флагрантна повреда оних схватања у којим су оживотворене универзалне људске вредности и морални принципи, као што су: личне слободе, забране дискриминације у праву с обзиром на социјално порекло, пол, веру или расну припадност, изједначавање ванбрачне са брачном децом у свим областима права, и томе слично.

(Примљено 5. јуна 1993)

*Dr. Milorad Ročkomanović,
Professor of the Faculty of Law in Niš*

ORDRE PUBLIC IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF FRANCE

Summary

The author analyzes theoretical conceptions in France concerning the essence and functioning of the institute of public policy (*ordre public*), including the situation in the sphere of judicial practice in various areas of private international law.

First discussed are the views of French doctrine which have much influenced the attitude of courts. While using abund and materials of courts' practice, the author discusses the solutions of French courts, which mostly reflect legislative changes taking place in French law in general, and in the sphere of private international law more particularly.

In the conclusions, the author emphasizes that French conception of ordre public in terms of private international law is progressive regarding specific areas of property law which are otherwise dominant at the level of comparative law. Another conclusion is that Yugoslav courts, too, could apply that institute by analogy with French courts, regardless of the existing differences between the legal orders, since such reservation has been well argued in French judicial practice.

Key words: *Public policy. - France. - Doctrine. - Judicial practice.*

*Milorad Ročkomanić,
professeur à la Faculté de droit de Niš*

L'ORDRE PUBLIC DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FRANCE

Résumé

L'auteur analyse la pensée théorique de la France sur l'essence et sur le fonctionnement de l'institut de l'ordre public et sa compréhension dans la pratique des tribunaux français dans divers domaines du droit international privé. Dans la première partie, il expose les positions de la doctrine française parmi lesquelles, certaines ont eu, par la force de leurs arguments, une influence décisive sur les tribunaux. Dans la deuxième partie, utilisant un matériel abondant, l'auteur présente toute la richesse des solutions des tribunaux français qui représentait, en règle générale, le reflet des changements législatifs opérés dans le droit français, mais qui porte aussi inévitablement le cachet de la pensée théorique de la doctrine française du droit international privé. Dans sa conclusion, l'auteur souligne que le concept français de l'ordre public dans le sens du droit international privé, est en grande partie, mais pas toujours, sur la ligne des acquis progressifs dans certains segments des relations du droit privé qui sont considérés comme dominants sur le plan du droit comparé. Il souligne également, que bien que les bases socio-économiques de l'ordre juridique français et yougoslave soient différentes, les tribunaux yougoslaves pourraient eux aussi avoir recours à la réserve de l'ordre public dans la plupart des cas où cet institut a été utilisé dans la pratique des tribunaux français.

Mots clé: *L'ordre public. - La France. - La doctrine. - La pratique des tribunaux.*