

Mr Biljana Vukoslavčević
asistent, Pravni fakultet
Univerzitet „Mediteran“, Podgorica

Originalni naučni rad
UDK: 341.922

PRETHODNO PITANJE U MEĐUNARODNOM PORODIČNOM PRAVU

Apstrakt

Prethodno pitanje se ne javlja samo u Međunarodnom privatnom pravu, međutim, u ovoj grani prava izaziva posljedice koje su samo njemu imanentne. Ovo se posebno odražava na planu određivanja mjerodavnog prava, gdje se suočavamo sa dilemom na koji način razriješiti pravnu situaciju od koje zavisi rješenje glavne stvari. Da li će rješenje biti u primjeni kolizione norme onog prava koje je mjerodavno i za glavno pitanje ili u primjeni domaće kolizione norme?

Pitanje je vrlo značajno, jer od njegovog rješavanja zavisi i materijalnopравни rezultat in concreto.

Porodičnopравни odnosi sa elementom inostranosti su vrlo bogato tlo za pojavljivanje prethodnog pitanja, pa ćemo u nastavku vidjeti kako ova problematika nastaje i koji su modeli njenog rješavanja.

Ključne riječi: *prethodno pitanje, međunarodno privatno pravo, međunarodno porodično pravo.*

1. UVOD

Međunarodno privatno pravo je grana prava koja je pozvana da rješava privatnopravne odnose sa elementom inostranosti, i ono što je *differentia specifica* ove grane prava to su kolizione norme. Rješavajući neki privatnopravni problem sud uvijek polazi od sopstvenih kolizionih normi i primjenjuje ono materijalno pravo na koje ukaže koliziona norma foruma. Dilema je da li se sva pitanja imaju riješiti primjenom ovako utvrđenog mjerodavnog prava? Konkretnije, ako prije rješavanja glavnog pitanja sud treba razriješiti neku prethodnu pravnu situaciju, da li će mjerodavno pravo tražiti sa osloncem na *lex fori*, ili će to prethodno pitanje riješiti primjenom onog prava koje je mjerodavno i za glavno pitanje? Ovo je specifičan

problem međunarodnog privatnog prava, nazvan problemom prethodnog pitanja.¹

Ukoliko je za rješavanje po tužbenom zahtjevu u jednoj stvari (glavno pitanje) potrebno prethodno riješiti postojanje odnosno nepostojanje nekog drugog prava ili pravnog odnosa, a od čijeg rješenja će zavisiti odgovor na glavno pitanje, prvo moramo pristupiti rješavanju incidentnog, odnosno prethodnog pitanja.

Na primjer, ukoliko se pred domaćim sudom postavi pitanje određivanja mjerodavnog prava za nasljeđivanje francuskog državljanina, i ako je po kolizionoj normi foruma mjerodavno francusko pravo, da li ćemo po francuskom pravu procijeniti da li je ostavilac bio u punovažnom braku i da li su djeca bračna ili vanbračna? U konkretnom slučaju, glavno pitanje je pitanje nasljeđivanja, ali određivanje nasljednika će zavisiti od rješenja prethodnog pitanja, a to je punovažnost braka, koje će se procijeniti prema bračnom, a ne prema nasljednom statutu, kao i od pitanja da li su djeca bračna ili vanbračna koje takođe nije pitanje za koji bi bio mjerodavan nasljedni statut.

Dakle, na planu određivanja mjerodavnog prava implikacije prethodnog pitanja se mogu sagledati na sljedeći način: prilikom rješavanja glavnog pitanja, u postupku sa elementom inostranosti, sud polazi od kolizionih normi *lex fori* i primjenjuje ono materijalno pravo na koje ukaže domaća koliziona normaili eventualno materijalno pravo na koje je ukazala prvoupućena norma na koje je ukazala koliziona norma foruma, ukoliko usvajamo tehniku *renvoi*. Što znači, da prilikom rješavanja glavnog pitanja nema dileme da vršimo povezivanje po *lex fori*. Međutim, postavlja se pitanje da li ćemo i prilikom rješavanja prethodnog pitanja povezivanje vršiti na isti način, odnosno da li ćemo rješenje tražiti sa osloncem na kolizione norme *lex fori*, ili ćemo primijeniti kolizione norme onog prava koje je mjerodavno i za glavno pitanje, dakle kolizione norme *lex causae*?²

Na problematiku prethodnog pitanja prvi su ukazali Melchior (*Melchior*)³ i Vengler (*Wengler*)⁴ nakon 1931. godine i slučaja Ponukanamal

¹ M. Živković, M. Stanivuković, *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, Beograd 2006, 262.

² T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2007, 131.

³ G. Melchior, Grundlagen des deutschen internationalen Privtrechts, 1932, 245-265.

⁴ W. Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionrecht*, Rabels, 1934, 148-251.

(*Ponnoucanamale*),⁵ koji se rješavao pred francuskim Kasacionim sudom. Naime, do tada se nije pridavala posebna pažnja prethodnom pitanju, već se o njemu rješavalo nezavisno od glavnog pitanja. Dakle, domaći sudija bi primjenio kolizionu normu foruma i za prethodno i za glavno pitanje. Međutim, Melchior i Wengler su bili na stanovištu da povezanost i uslovljenost prethodnog i glavnog pitanja treba da implicira i njihovu povezanost na planu određivanja mjerodavnog prava. Samim tim, na prethodno pitanje imala bi se primijeniti koliziorna norma onog prava koje je mjerodavno za glavno pitanje, a ne koliziorna norma foruma.⁶

Najčešće poprište pojavljivanja prethodnog pitanja je međunarodno porodično pravo, i to u segmentima punovažnosti braka, utvrđivanja i osporavanja očinstva, usvojenja, pozakonjenja, itd.

2. USLOVI POSTAVLJANJA PRETHODNOG PITANJA⁷

Da bi mogli govoriti o prethodnom pitanju u međunarodnom privatnom pravu neophodno je kumulativno ispunjenje tri uslova:

1. Za glavno pitanje, a na osnovu domaće kolizivne norme, mora biti mjerodavno strano materijalno pravo. Ukoliko strano pravo ne bi bilo mjerodavno za glavno pitanje, mjerodavno je domaće, odnosno, *lex fori*=*lex cause*. Tada se ne bi ni javljala dilema kako izvršiti povezivanje sa prethodnim pitanjem, jer bi bilo moguće samo *lex fori* povezivanje.
2. Prethodno pitanje u svom činjeničnom stanju mora sadržati element inostranosti; mora biti samostalna pravna cjelina podobna da se javi kao glavno pitanje ili u nekom drugom kontekstu kao prethodno; i za to pitanje mora postojati posebna koliziorna norma.⁸
3. Materijalnopравни rezultat do kojeg vodi povezivanje sa osloncem na *lex fori* mora biti različit od materijalnopavnog rezultata do kog bi se došlo usvajanjem *lex cause* kao tačke vezivanja. Na primjer, primjenom jednog prava brak bi se smatrao punovažnim, dok

⁵ Revue critique de droit international privé, 1932, 526.

⁶ M. Živković, M. Stanivuković, 262.

⁷ Morris, *The Conflict of Laws*, London 1984, 489; K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb 2009, 219.

⁸ T. Varadi, B. Bordaš., G. Knežević, V. Pavić., 131.

primjenom drugog ne bi; po jednom pravu pozakonjenje nije punovažno a po drugom jeste.⁹

3. NAČIN RJEŠAVANJA PRETHODNOG PITANJA¹⁰

Osnovna dilema, kako smo vidjeli, jeste opredjeljenje za *lex fori* ili *lex causae* povezivanje prilikom rješavanja prethodnog pitanja, pa u tom smislu imamo tri modela:

1. Zavisno povezivanje - mjerodavno materijalno pravo za prethodno pitanje određuje se primjenom kolizione norme onog prava koje se primjenjuje na glavno pitanje. Ovo povezivanje se drugačije naziva povezivanje *lex cause*. Autori koji preferiraju ovakav način povezivanja su *Melchior, Wolff* i drugi. Argumente za ovakvo postupanje nalaze u potrebi za međunarodnom harmonizacijom rješenja u praksi. Naime, prethodno pitanje se nakon nekog vremena može u drugoj zemlji javiti, ali u formi glavnog pitanja (što i jeste jedan od uslova njegove egzistencije). Ukoliko se u jednoj zemlji prethodno pitanje riješi po kolizionim normama države koje su mjerodavne i za glavno pitanje, i nakon nekog vremena se to isto pitanje javi kao glavno u državi po čijim se normama ranije razmatralo, rješenja moraju biti ekvivalentna, a to upravo doprinosi međunarodnoj harmonizaciji. Prethodno pitanje se u kontekstu određivanja mjerodavnog prava posmatra kao akcesorijum glavnog pitanja, što doprinosi njihovom zajedničkom rješavanju primjenom kolizionih normi *lex cause*.
Kraće rečeno: sudiću o prethodnom pitanju, onako kako bi o njemu, kao o glavnom, sudio sud zemlje čije je pravo mjerodavno za glavno pitanje.¹¹

2. Nezavisno povezivanje - mjerodavno materijalno pravo za prethodno pitanje određuje se primjenom kolizionih normi *lex fori*. Zato se ovo povezivanje naziva povezivanje *lex fori*. Današnje prethodno pitanje može se pojaviti kao glavno, ali ne samo pred inostranim, već i pred domaćim sudom, kada će se zasigurno povezivati kolizionom normom *lex fori*. Apsurdna situacija bi mogla nastati ako bi se jedno te isto pitanje povezivalo različito, u zavisnosti od toga da li se jednom javlja kao prethodno, odnosno

⁹ M. Živković, M. Stanivuković, 263.

¹⁰ Tako, T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, 133 - 134.

¹¹ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, 133.

kao glavno pitanje. Danas primjenjujemo stranu kolizionu normu jer se pitanje javilo u formi prethodnog, a sutra ćemo primijeniti domaću kolizionu normu jer se pitanje pojavilo u formi glavnog. Na taj način bi mogli doći u situaciju da pred sudom jedne iste zemlje usvojenje bude punovažno kao glavno, a nepunovažno kao prethodno pitanje ili obrnuto. Međutim, do ovakvog epiloga ne bi moglo doći nezavisnim povezivanjem jer, primjenjujući domaće kolizionne norme i na prethodno i na glavno pitanje, doprinosimo ujednačavanju rješenja u državi foruma¹² i, samim tim, internoj harmonizaciji.

Kraće rečeno: sudiću o prethodnom pitanju, sa aspekta međunarodnog privatnog prava, kao da mi je glavno.

3. Kompromisno rješenje - pobornici ovog rješenja smatraju da nije moguće *ex ante* opredjeljivanje za zavisno odnosno nezavisno povezivanje, to jest za međunarodnu ili internu harmonizaciju, već to treba da zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja.

Ovakav stav se najčešće može sresti u uporednom zakonodavstvu, gdje nema eksplicitnih opredjeljenja za zavisno ili nezavisno povezivanje. Na taj način se ostavlja prostor za sudijsko manevrisanje, kako bi se u konkretnom slučaju postigli odgovarajući supstancijalni rezultati.¹³

4. POJAVLJIVANJE PRETHODNOG PITANJA U PRAKSI

Praktična implementacija teorijskih dilema najbolje se može sagledati kroz sudsku praksu.

- Punovažnost braka kao prethodno pitanje

Aleksandar i Nataša¹⁴ su Jevreji koji su rođeni i odrasli u Rusiji, gdje su i zaključili brak. Godine 1991. napuštaju Rusiju sa nemjerom odlaska u Izrael. U tranzitnom kampu u Beču, oni se razvode pred *Rabbinical Court*-om po propisima jevrejskog prava. Razvod nije priznat u Austriji niti u Rusiji, a neće biti priznat ni u Engleskoj. Godinu dana kasnije, Aleksandar i Nataša stižu u Izrael, dobijaju prebivalište u Izraelu, i tu njihov razvod biva

¹² K. Sajko, 220.

¹³ M. Živković, M. Stanivuković, 265.

¹⁴ R. Schuz, A modern approach to the incidental question, presentation of the problem, London 1997, 16, bazirano na slučaju *Schwebel v Ungar*.

priznat. Aleksandar, nešto kasnije, ženi Belu, koja ima domicil u Izraelu, i tamo nastavljaju svoj dalji život.

U postupku pred engleskim sudom mogla bi se javiti sljedeća pitanja:

a) da li Nataša, žena iz prvog braka, može biti zakonski nasljednik Aleksandrove pokretne i nepokretne imovine koja se nalazi u Engleskoj?

b) da li je Aleksandrov brak sa Belom priznat u Engleskoj?

Da bismo dali odgovore na gore postavljena pitanja, moramo riješiti prethodno pitanje postojanja, odnosno nepostojanja braka sa Natašom, a odgovor na svako od njih će zavisiti od izbora mjerodavnog prava u konkretnom slučaju.

Za glavno pitanje (nasljeđivanje nepokretnih stvari), usvajajući tačku vezivanja *lex rei sitae*, i usvajajući sistem podijeljene zaostavštine, mjerodavno je englesko materijalno pravo. Ukoliko po engleskom pravu kao mjerodavnom, brak sa Belom ne bi bio priznat, Nataša bi i dalje bila njegova zakonita supruga a samim tim i njegov sukcesor. Što se tiče validnosti kasnijeg braka i pitanja nasljeđivanja pokretnih stvari, usvajajući tačku vezivanja *lex domicilii*, mjerodavno bi bilo pravo Izraela, po kojem bi razvod pred *Rabbinical Court*-om bio priznat, a samim tim i brak sa Belom punovažan.

Pedro ima domicil i državljanstvo Brazila.¹⁵ Oženjen je Evitom koja je domicilirana u Argentini, čije državljanstvo i ima. Kad je brak stupio u krizu, Evita je živjela u Meksiku, gdje je nešto kasnije i dobila razvod od Pedra. Razvod nije priznat u Brazilu niti u Argentini, ali jeste u Meksiku i u Engleskoj. U Meksiku, nešto kasnije, Evita stupa u brak sa Huanom, koji je domiciliran u Argentini. Nakon toga se vraćaju u Argentinu, i tamo nastavljaju život.

Da bi se dao odgovor na pitanja punovažnosti braka sa Huanom ili pitanje nasljednika Evitine imovine nakon njene smrti, prethodno mora biti razmatrano pitanje postojanja odnosno nepostojanja braka između Pedra i Evite.

Don i Izabela su rođaci¹⁶ prvog stepena srodstva pobočne linije. Imaju domicil u Njujorku, gdje su i stupili u brak. Don ima državljanstvo Sjedinjenih američkih država, a Izabela državljanstvo Portugala. Brak je

¹⁵ R. Schuz, 16 - 17.

¹⁶ R. Schuz, 18, fn. 98, bazirano na slučaju *Sotomeyer v De Barros*.

punovažan po pravu Njujorka, ali ne i po pravu Portugala, koje zabranjuje brakove između prvostepenih srodnika. Nakon nekoliko godina braka, Don odlazi u Portugal, gdje zahtijeva poništenje braka po osnovu portugalskog prava koje je mjerodavno za materijalne uslove na osnovu *lex nationalis* kao tačke vezivanja i po kome je brak apsolutno ništav. Ništavost, sa druge strane, nije priznata u Njujorku. Don umire domiciliran u Njujorku, ostavivši svoju pokretnu imovinu u Engleskoj.

Za raspravljanje njegove pokretne zaostavštine mjerodavno bi bilo pravo Njujorka po kojem bi, s obzirom da je brak u Njujorku i dalje punovažan, Izabela mogla da naslijedi njegovu pokretnu imovinu.

Brojni primjeri prethodnog pitanja postoje i u drugim oblastima međunarodnog porodičnog prava: za pitanja odgovornosti za nanošenje povreda bračnom drugu i pitanje supružničkog imuniteta; vezano za pitanje usvojenja; za utvrđivanje odnosno osporavanje očinstva odnosno materinstva; pitanja pozakonjenja; i ono što je posebno primamljivo utvrđivanje očinstva i materinstva djece koja su rođena kao rezultat artificijelne insjemenacije putem donora, odnosno donacije jajnih ćelija ili embriona.

Jedno od dejstava braka u državama anglosaksonske pravne tradicije jeste isključenje međusobne odgovornosti za protivpravne radnje. Ali da bi se bračni partner mogao pozvati na ovakav imunitet, neophodno je dokazati postojanje braka. Dakle, i ovo je situacija u kojoj se može javiti prethodno pitanje koje je neophodno riješiti da bi se pristupilo rješavanju glavne stvari.

Džejn i Kevin¹⁷ su domicilirani na Floridi. Džejn ima državljanstvo Sjedinjenih američkih država, ali je Kevin državljanin Haitija, iako nikad nije imao stvarnu vazuu sa tom zemljom. Kad je njihov brak stupio u krizu, Kevin odlazi na Haiti i tamo dobija razvod. Pretpostavimo da je taj razvod priznat u Engleskoj, ali ne i u Sjedinjenim američkim državama. Kevin odlazi da živi u Veliku Britaniju, ali na putovanju do Floride iz nepažnje nanese povrede Džejn. Po pravu Floride između bračnih partnera postoji intersupružnički imunitet za građanskopravne delikte. Pretpostavimo da se ovaj imunitet nastavlja od faktičke rastave do razvoda braka *de iure*.

Da li Džejn može podnijeti tužbu za naknadu štete zbog nanošenja tjelesnih povreda zavisi od toga da li se ona smatra "slobodnom" ili i dalje udatom za Kevina. Za glavno pitanje, primjenom tačke vezivanja *lex loci delicti commissi* mjerodavno je pravo Floride, ali s obzirom da razvod nije

¹⁷ R. Schuz, 20.

priznat u Sjedinjenim američkim državama i dalje će postojati intersupružnički imunitet i tužba će biti odbačena.

Slična situacija u kojoj se kao prethodno pitanje javlja punovažnost ranijeg braka, odnosno priznanje ili nepriznanje brakorazvodne odluke može biti situacija u kojoj je dopuštenost zahtijevanja obeštećenja u slučaju smrti supružnika ovim uslovljena.

Lili i Majkl¹⁸ koji su domicilirani u Njujorku, dobili su razvod na Haitiju. Ovo je jedna od država koja propisuje vrlo liberalne uslove za razvod braka,¹⁹ a kad je pitanju razvod braka sa elementom inostranosti dovoljno je da supružnici borave svega nekoliko dana u ovoj državi ne bi li se izdejstvovala primjena prava Haitija. Ubrzo potom Majkl biva ubijen u Nju Džerziju od strane Normana, koji je domiciliran u Engleskoj. Pretpostavimo da je razvod braka priznat u Nju Džerziju, ali ne i u Engleskoj, a po normama prava Nju Džerzija, žena, ali ne i bivša žena, može zahtijevati obeštećenje zbog smrti supružnika.

Za glavno pitanje mogućnosti zahtijevanja obeštećenja, usvajajući tačku vezivanja *lex loci delicti commissi*, mjerodavno je pravo Nju Džerzija. Međutim prethodno treba riješiti incidentno pitanje postojanja ili nepostojanja braka. Ukoliko razvod bude priznat, Lili neće imati mogućnost da zahtijeva obeštećenje.

-Prethodno pitanje u domenu usvojenja sa elementom inostranosti

Usvojenje sa elementom inostranosti daje povoda sukobu zakona i prethodnom pitanju, zbog razlika koje postoje o pitanjima pravne prirode, kao i razlika u uslovima koje treba ispuniti za zasnivanje usvojenja. Poseban značaj imaju dejstva usvojenja, povodom kojih se postavljaju pitanja odnosa usvojenika sa svojom biološkom porodicom i odnosa usvojenika sa usvojiocima.

Zasnivanje usvojenja ima za cilj da se između usvojioca i usvojenika uspostavi odnos roditelja i djeteta.²⁰ Da li će taj odnos biti izjednačen sa odnosom koji je zasnovan na krvnoj vezi ili će postojati određena ograničenja, zavisi od dejstava usvojenja koja su sa svoje strane određena tipom usvojenja.

¹⁸ R. Schuz, 20, fn. 107, bazirano na slučaju iz američke prakse *Meisenholder v Chicago*.

¹⁹ Ovako izdejstvovani razvodi u američkoj literaturi se često nazivaju „*suicide divorces*“.

²⁰ Vučković- N. Šahović, Međunarodno usvojenje i Srbija, *Pravni zapisi*, 1, 2011, 136.

U pogledu zasnivanja usvojenja u uporednom pravu postoje dvije tendencije. Jedna od njih je *lex fori*, koja je prihvaćena u državama *common law* sistema, a druga je personalno pravo u formi *lex nationalisa*. Konkretna rješenja se mogu svesti na ona koja predviđaju mjerodavnost prava državljanstva usvojioca ili usvojlaca, uz primjenu prava državljanstva usvojenika; i na ona koja propisuju kumulativnu primjenu prava državljanstava usvojioca i usvojenika. Kumulacija može biti bilo obična bilo distributivna.

Alistar i njegova supruga²¹ koji su domicilirani u Zimbabveu, usvajaju dvoje djece u Južnoafričkoj Republici. Alistarova majka, Doroti, koja je takođe domicilirana u Zimbabveu zavještava svoju pokretnu imovinu u korist Alistarovog potomstva. Da bi odgovorili na glavno pitanje jesu li Alistarovi usvojenici u mogućnosti da naslijede njegovu majku Doroti, prethodno moramo riješiti incidentno pitanje, a to je: da li je u Zimbabveu priznato usvojenje djece iz Južnoafričke Republike? Ukoliko usvojenje bude priznato, Alistarovi usvojenici će moći naslijediti njegovu majku i obratno.

- Prethodno pitanje u domenu pozakonjenja

Plodna materija za nastanak sukoba zakona i otvaranja mogućnosti pojavljivanja prethodnog pitanja je i pozakonjenje. Vanbračno dijete može steći status bračnog djeteta putem pozakonjenja. Ono može nastati kao dejstvo naknadno zaključenog braka između roditelja vanbračnog djeteta, ali i povodom odluke nadležnog organa. Pozakonjenje je dakle način priznavanja statusa bračnosti vanbračnom djetetu i ono je služilo sticanju prava i dužnosti bračnog djeteta makar i nakon zaključenja braka njegovih roditelja ili od momenta pravosnažnosti odluke nadležnog organa.²²

Deklarativno, proklamovana je jednakost bračne i vanbračne djece. Ali evidentno je da ovo još uvijek nije postala globalna realnost i dok je tako biće otvorene mogućnosti za pojavljivanje sukoba zakona, koje proizilaze iz razlika u supstancijalnim pravima. Te razlike postoje u pogledu načina pozakonjenja naknadnim brakom, odlukom nadležnih organa; uslova pozakonjenja u zavisnosti od načina (da li naknadni brak uvijek ima za posljedicu pozakonjenje djeteta ili su neka vanbračna djeca isključena, kao na primjer, djeca rođena iz preljubničke veze, što je bio slučaj u ranijim zakonodavstvima Francuske, Engleske, Italije; da li je pozakonjenje nepunovažno ako se dokaže da dijete nije začeto od strane muža majke; da li

²¹ R. Schuz, 21.

²² T.Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, 322 - 323.

je potrebna saglasnost djeteta ili nadležnog organa; da li je potrebno da je prethodno utvrđeno očinstvo); koja su dejstva koje pozakonjenje proizvodi – da li pozakonjenje dejstvuje retroaktivno, to jest od momenta rođenja ili od momenta zaključenja braka...

Koliziona rješenja u uporednom pravu variraju od onih koja tačku vezivanja određuju s obzirom na personalno pravo jednog ili oba roditelja, do onih savremenijih, koji u prvi plan stavljaju interes djeteta i samim tim favorizuju ono pravo koje bi moglo da osigura status bračnosti.

Shodno Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje: Zakon o MPP)²³ za pozakonjenje je mjerodavno pravo države čiji su državljani roditelji; a ako roditelji nijesu državljani iste države – pravo države onog roditelja po kome je pozakonjenje punovažno. Ova odredba zakona može se protumačiti na sljedeći način: ako roditelji nijesu državljani iste države, treba primijeniti kumulativno pravo državljanstva majke i pravo državljanstva oca. S obzirom da je riječ o običnoj kumulaciji, pozakonjenje kao dejstvo braka će biti moguće samo ukoliko su ispunjeni uslovi oba mjerodavna prava. Međutim, ovo ne treba tumačiti krajnje restriktivno. Naime, ako bi pozakonjenje bilo punovažno po pravu jednog roditelja, a po pravu drugog ne, mjerodavno će biti samo pravo državljanstva onog roditelja, po kome su ispunjeni uslovi za pozakonjenje. Takođe, daje se još jedna alternativna tačka vezivanja. Naime, ukoliko nijesu ispunjeni uslovi ni po jednom od prava roditelja, a roditelji i dijete imaju prebivalište u Crnoj Gori, primijenije se naše pozitivno pravo.²⁴ U pogledu pristanka djeteta na pozakonjenje ili pristanka nadležnog organa mjerodavno je *lex nationalis* djeteta.²⁵

Albert i Brenda²⁶ su dobili Kutberta prije nego što su stupili u brak. U momentu sklapanja braka, Albert je domiciliran u državi X, a ima državljanstvo države Y. Albert umire domiciliran u državi Z, a ostavlja svoju pokretnu imovinu u Engleskoj. Po pravu države Z samo djeca sa statusom bračnosti mogu biti zakonski nasljednici *de cuiusa*. U državi X, ali ne i u državi Y dijete stiče status bračnosti naknadno zaključenim brakom njegovih roditelja. Po pravu države Z, za pozakonjenje djeteta naknadnim brakom njegovih roditelja, mjerodavno je pravo državljanstva oca, a po pravu

²³ Član 43 stav 1 Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – Zakon o MPP, *Službeni list SFRJ*43/ 1982, 72/1982.

²⁴ Član 43 stav 2. Zakona o MPP

²⁵ Član 43 stav 3. Zakona o MPP

²⁶ Vidjeti kod R. Schuz, 21 - 22.

Engleske mjerodavan je *lex domicilii*. Za glavno pitanje, pitanje nasljeđivanja, mjerodavno je pravo državljanstva *de cuiusa* u momentu smrti, a to je pravo države Y. Međutim, otvara se prethodno pitanje, a to je da li Kutbert može naslijediti svog oca, odnosno, da li naknadno zaključen brak između njegovih roditelja ima efekat pozakonjenja?

Ukoliko je za pozakonjenje kao i u Engleskoj, mjerodavno *lex domicilii*, odnosno pravo države X, prethodno pitanje bi bilo pozitivno riješeno i Kutbert bi mogao naslijediti svog oca. Situacija bi bila drugačija da su za prethodno pitanje mjerodavne norme nasljeđivanja države Z. Po pravu ove države, naknadno zaključenje braka nema dejstvo pozakonjenja, a samo djeca sa statusom bračnosti mogu biti zakonski nasljednici, tako da bi konačan ishod bio suprotan naprijed navedenom.

- Prethodno pitanje u domenu asistirane prokreacije sa elementom inostranosti

Kombinacija zakonodavnih reformi u oblasti Međunarodnog privatnog prava i napreci moderne medicinske tehnologije stvorili su mogućnosti za sukob zakona u pogledu utvrđivanja odnosno osporavanja očinstva i materinstva za djecu koja su rođena kao rezultat artifičijelne insjemenacije putem donora, odnosno donacije jajnih ćelija ili embriona.²⁷

Artifičijelna insjemenacija putem donora je metod kojim se omogućava paru da dobije dijete uprkos partnerovoj neplodnosti.

Postoji oboriva pretpostavka da je muž majke otac djeteta²⁸. U engleskom zakonu koji se bavi ovom materijom²⁹ predviđeno je da je muž udate žene u slučaju artifičijelne insjemenacije putem donora, otac njenog djeteta, u svakom slučaju izuzev ako nije dao sopstveni pristanak za insjemenaciju.³⁰ Ovome treba dodati da se medicinska oplodnja vrši ne samo među bračnim, već i među vanbračnim partnerima, što je prisutno, na primjer, u zakonu Republike Hrvatske,³¹ koji eksplicitno izjednačava pravo na oplodnju bračnih i vanbračnih partnera.³² Takođe, skorija istraživanja na polju asistirane prokreacije, omogućavaju ženi da dâ život djetetu iako ona

²⁷ Tako R. Schuz, 221-240.

²⁸ *Pater vero est quem nuptiae demonstrant.*

²⁹ *Human Fertilisation And Ambriology Act* iz 2008. godine.

³⁰ *Human Fertilisation And Ambriology Act* § 35.

³¹ Zakon o medicinskoj oplodnji, Narodne novine Republike Hrvatske 88/2009.

³² D. Hrabar, Pravni aspekti medicinske oplodnje u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60 (2), 2010, 417.

neće biti njegova genetska majka, na način što će neoplođena jajna ćelija ili embrion druge žene, biti implantiran u nju. Ova procedura može biti korišćena kada genetska majka želi dijete ali ga, zbog izvjesnih devijacija, ne može nositi u svojoj materici ili kada žena želi dijete ali njen organizam ne može vršiti prrodukciju jajnih ćelija.

Efekti ovih prednosti određuju da pitanje materinstva više nije samo biološko odnosno medicinsko pitanje. Svaki pravni sistem mora odrediti da li je genetska veza ili činjenica rađanja odlučna za pitanje utvrđivanja materinstva, i da li je svako pravilo apsolutno ili isto može varirati s obzirom na okolnosti svakog konkretnog slučaja.

U uporednom pravu za utvrđivanje očinstva odnosno materinstva u slučajevima asistiranje prokreacije usvojene su različite tačke vezivanja. U zemljama *common law* sistema osnovne tačke vezivanja su *lex domicilii* odnosno *lex fori*, a u kontinentalnim pravnim sistemima *lex nationalis* i kao alternativna tačka vezivanja *lex domicilii*.

Rješenja već pomenutog engleskog zakona su sljedeća:

1. Očinstvo AID djeteta (dijete rođeno kao rezultat Artificial Insemination by Donor) zavisi od toga da li je majka djeteta udata i da li je insjemenacija izvršena onako kako to Zakon nalaže. Ukoliko je majka udata, njen muž, a ne donor će se smatrati ocem djeteta, izuzev ako dokaže da nije pristao na insjemenaciju. Ukoliko sa žena sama podvrgne tretmanu insjemenacije, donor se takođe neće smatrati ocem djeteta, što znači da ono i neće imati oca.

2. Žena koja nosi dijete smatra se njegovom majkom³³ jer je time anulirana, uslovno rečeno, njena nemogućnost produkcije jajnih ćelija, odnosno u drugom slučaju genetska majka će se smatrati majkom djeteta, a ne surogat majka, zbog nemogućnosti da se dijete razvije u njenoj materici, i pod uslovom da je to u skladu sa njihovim namjerama.

Doslovno slijedeći slovo teksta, rekli bismo da je problem u potpunosti riješen. Međutim, ukoliko se artificijelna insjemenacija putem donora, odnosno doniranje jajnih ćelija ili embriona vezuju za više suvereniteta, može doći do sukoba zakona. U raznim situacijama pitanje asistiranje prokreacije će se javiti i kao prethodno pitanje od kog će zavisi rješenje glavne stvari, a rezultati će se razlikovati u zavisnosti od izbora mjerodavnog prava.

³³ Human Fertilisation And Embriology Act § 33.

Alan je rođen kao rezultat artificijelne insjemenacije putem donora, u Kviklendu, gdje je njegova majka Bet domicilirana. Po normama Kviklenda Betin muž, Siril, se tretira kao Alanov otac.³⁴ U momentu rođenja Siril je domiciliran u Zebralendu, po čijem se pravu samo biološki otac može tretirati ocem djeteta. Po pravu Ilinoisa, pitanje očinstva djeteta rođenog kao rezultat artificijelne insjemenacije putem donora, određuje se po pravu koje ima najtješnju vezu sa ocem i djetetom, a to je pravo Kviklenda. Po Engleskom pravu, mjerodavno je pravo domicila oca u momentu rođenja djeteta.

Glavno pitanje koje treba riješiti je da li se Alan može tretirati Sirilovim sinom i samim tim može biti njegov nasljednik? Po kolizionim normama foruma (Zebralenda), Alan sa ne može tretirati Sirilovim sinom, jer Siril nije njegov biološki otac i ne bi se mogao javiti kao njegov zakonski nasljednik. Međutim, situacija bi bila drugačija da je za glavno pitanje bilo mjerodavno pravo Kviklenda, kada bi Alan bio tretiran Sirilovim sinom i mogao stupiti u njegova prava i obaveze kao zakonski nasljednik.

Artificijelnu insjemenaciju putem donora obično karakteriše donorova anonimnost, odnosno tajnost u pogledu njegovog identiteta. Nepoštovanje anonimnosti može biti povod za nastanak prethodnog pitanja.

Pretpostavimo da su u već navedenom primjeru artificijelne insjemenacije putem donora, Bet i Siril nevjenčani, da žive zajedno i da su sjemenu tečnost dobili od prijatelja Denisa, koji je domiciliran u Zebralendu. Dijete je rođeno u Kviklendu, po čijem pravu ili je Siril otac, ili se niko ne smatra ocem djeteta. Denis nešto kasnije umire, domiciliran u Ilinoisu.³⁵ Postavlja se pitanje da li se Alan može smatrati sinom Denisa, odnosno može li se donor smatrati njegovim ocem? Ukoliko bi za prethodno pitanje, slijedeći kolizionu normu foruma, mjerodavno bilo pravo Zebralenda, donor bi se smatrao ocem djeteta, jer je on njegov biološki otac, pa bi materijalno pravni rezultat bio suprotan od rezultata koji bi uslijedio primjenom drugog mjerodavnog prava.

5. ZAKLJUČAK

Prethodno pitanje je specifičan problem međunarodnog privatnog prava. Ova specifičnost se posebno reflektuje na planu određivanja mjerodavnog prava, gdje se suočavamo sa dilemom na koji način riješiti prethodno pitanje. Da li će rješenje biti u primjeni kolizione norme onog

³⁴ R. Schuz, 21 - 22.

³⁵ R. Schuz, 23.

prava koje je mjerodavno i za glavno pitanje ili u primjeni domaće kolizijske norme? Primjenjujući prvo, odnosno drugo rješenje opredijelili smo se za zavisno, odnosno nezavisno povezivanje, za međunarodnu, odnosno internu harmoniju.

Međunarodno porodično pravo je nepresušan izvor prethodnih pitanja, pa se tako, u ovoj ulozi može naći pitanje punovažnosti braka, bračnosti djeteta, utvrđivanja i osporavanja očinstva, usvojenje, pozakonjenje.

Materijalnopravni rezultat *in concreto* direktno je zavisan od izbora domaće ili kolizijske norme *lex causae*, pa je rješavanju prethodnog pitanja potrebno vrlo pažljivo pristupiti. Dostizanje željenih efekata se najbolje može postići ne dajući prednosti nijednom od rješenja unaprijed, već u zavisnosti od okolnosti svakog konkretnog slučaja procijeniti da li će se povezivanje vršiti sa osloncem na kolizijske norme foruma ili kolizijske norme onog prava koje je mjerodavno i za glavno pitanje.

Biljana Vukoslavčević LLM, assistant
Faculty of Law, University „Mediterran“ Podgorica

INCIDENTAL QUESTION IN INTERNATIONAL FAMILY LAW

Summary

Incidental question does not occur only in International Private Law, but it produces some specific effects in this branch of law. This is particularly reflected on determining the applicable law where we face the dilemma how to resolve the legal situation on which the resolution of main issue depends. Will the solution be in the application of conflict of law rules of that law which is applicable for the main issue or the application of national conflict of law rules?

The issue is very important because the substantive result in concreto depends on its settlement.

Family relations with a foreign element are very rich source for the emergence of the incidental questions, so we'll see below how this problem occurs and what is the best model for its resolution.

Key words: *incidental question; international private law; international family law.*