

Виши асистент др Драгана Дамјановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

КВАЛИФИКАЦИЈА УОБИЧАЈЕНОГ БОРАВИШТА: ПРАВНО ИЛИ ЧИЊЕНИЧНО ПИТАЊЕ

Уобичајено боравиште појам је који је изњедрила Хашка конференција за међународно приватно право, с циљем превазилажења разлика између земаља које су преферирале држављанство као тачку везивања у статусним, породичним и насљедним односима и оних земаља које су предност у том смислу давале домицилу, те тешкоћа у тумачењу самог домицила. Хашка конференција окренула се уобичајеном боравишту, те је оно временом постало доминантан критеријум како за одређивање надлежности, тако и за одређивање мјеродавног права, и то не само у инструментима Хашке конференције за међународно приватно право, већ и у праву Европске уније, те унутрашњим законодавствима. Притом, као предност на страни уобичајеног боравишта истиче се његов чињенични карактер, што омогућава да се оно утврђује у сваком случају посебно. Међутим, поставља се питање да ли је уобичајено боравиште чињенично или пак правно питање? Аутор у раду покушава дати одговоре на напријед постављено и нека друга питања, настојећи да истовремено не наруши идеју о уобичајеном боравишту као флексибилној тачки везивања.

Кључне ријечи: Уобичајено боравиште; Правна квалификација; Правно питање; Чињенично питање; Чињенични концепт; Чињенична подлога; Дефинисање уобичајеног боравишта, Флексибилност.

1. УВОД

Настанак појма уобичајено боравиште и његова употреба у међународном приватном праву везује се за рад Хашке конференције за међународно приватно право. Ова повезница употријебљена је још 1986. го-

дине у Хашкој конвенцији о грађанском поступку,¹ мада има мишљења да овај појам датира одраније, тачније да је први пут употријебљен у двостраном уговору између Француске и Пруске још 1880. године.² Ипак, ширу примјену уобичајено боравиште добило је управо кроз рад Хашке конференције за међународно приватно право. Од 48 инструмента (конвенција и протокола) Хашке конференције, уобичајено боравиште користи се у преко 30. То је свакако утицало и на законодавство Европске уније, те смо свједоци да се уобичајено боравиште јавља махом као примарна тачка везивања у бројним уредбама које регулишу приватноправне односе. На крају, уобичајено боравиште има запажено мјесто и у националним системима међународног приватног права, те с правом можемо говорити о његовој универзалној примјени у међународном приватном праву.

Без обзира на то, уобичајено боравиште и дан-данас изазива безброј недоумица, а једна од њих је и та да ли се ради о правном или чињеничном питању. Поред тога, подијељени су ставови у вези с тим треба ли дефинисати уобичајено боравиште и да ли то може имати утицаја на његову квалификацију као правног или чињеничног питања. Овај рад посвећен је управо тим двјема недоумицама, те иако се на њих може гледати потпуно одвојено, изгледа да су оне толико испреплетане, да је најбоље заједно их анализирати.

2. УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ: ПРАВНО ИЛИ ЧИЊЕНИЧНО ПИТАЊЕ?

Један од разлога зашто се Хашка конференција за међународно приватно право одлучила за уобичајено боравиште као тачку везивања, лежи у ставу да је ријеч о чињеничном питању, растерећеном од различитих дефиниција и различитих правних тумачења. Због тога Конференција никада није дефинисала појам уобичајеног боравишта, плашећи се да би његовим дефинисањем нарушила флексибилност и претворила га у компликован концепт, као што је то домицил. У теорији је на почетку преовладавао став да се ради о чисто чињеничном питању, па смо често могли прочитати сљедеће: „Уобичајено боравиште није правно питање,

¹ Хашка конвенција о грађанском поступку из 1896. године (*Convention de La Haye du 14 Novembre relative à la procédure civile* – у даљем тексту Конвенција 1896) 1905. године замијењена је новом Хашком конвенцијом о грађанском поступку (*Convention de La Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile*). Више о Конвенцији 1986 вид. Т. М. С. Asser, „La convention de La Haye du 14 Novembre relative à la procédure civile“, *Les Héritas*, Vol 1 (F. Bohn), London 1901, 81–158.

² Вид. V. M. H. van Hoogstraten, „La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye“, *Sijthoff* 1967, 359.

те га је стога лакше тумачити“;³ „Није дефинисано из добро познатих разлога и ради се о чистом чињеничном питању, потпуно другачијем од домицила“;⁴ „Уобичајено бораиште је чињенично питање чија је сврха да подржи ефикасну заштиту интереса појединаца изван националних граница“;⁵ „Постојање редовног бораишта лица у једном мјесту чињенично је питање“;⁶ итд. Међутим, временом су се појавила и схватања да је уобичајено бораиште мјешовито питање, својеврсни спој права и чињеница.⁷ Тако, поједини аутори сматрају да је уобичајено бораиште правно питање у смислу његовог значења, а с друге стране, представља мјешавину правног и чињеничног када се ради о његовој примјени на конкретну ситуацију.⁸ Затим, неки аутори сматрају да је ријеч о чињеничном и правном питању, јер премда у теорији може постојати јасна граница, у пракси она може бити далеко од тога.⁹ Најзад, поједини аутори одређени су да се ради само о правном питању.¹⁰

Изгледа да разлике у мишљењима потичу отуда што се овај проблем не посматра увијек из исте перспективе. Неспорно је да уобичајено бораиште почива на скупу одређених чињеница – да ли једно лице бораи у једном мјесту, да ли тај бораи има трајнији карактер, какав је његов однос према средини итд. Исто тако, неспорно је да суд, приликом утврђивања уобичајеног бораишта, мора процијенити те чињенице. Међутим, спорно је да ли уважавање тих чињеница представља

³ M. W. de Steiger, „Rapport Explicatif“, *Actes et Documents de la Neuvième Session au 26 Octobre 1960. Tome IV – Protection des Mineurs*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye 1961, 14.

⁴ M. Verwilghen, „Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions“, *Actes et Documents de la Douzième session (1972) – Obligations alimentaires*, Permanent Bureau of the Conference, The Hague 1975, 441.

⁵ C. Juguastu, „Habitual Residence in the Context of European Matrimonial Regime. Regulation EU 2016/1103“, *Review Universul Juridic* 6/2018, 17.

⁶ П. Ђундић, „Редовно бораиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 566.

⁷ R. Lamont, „Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international family law“, *Journal of Private International Law* 3.2/2007, 268.

⁸ P. Stone, „The Concept of Habitual Residence in Private International Law“, *Anglo – American Law Review* 29.2/2000, 343.

⁹ J. Carruthers, „Discerning the Meaning of ‘Habitual Residence of the Child’ in UK Courts. A Case for the Oracle of Delphi“, *Yearbook of Private International Law* 21/2019-2020, 10.

¹⁰ D. Masmejan, „La localisation des personnes physiques en droit international privé: étude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d’établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye“, Librairie Droz, Genève 1994, 91–93; М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право. Општи део*, Службени гласник, Београд 2021, 115.

правно или чињенично питање. Да би се тај спор ријешио, неопходно је најприје разлучити шта је то чињенично, а шта правно питање. У домаћој правној теорији, постоје два приступа овом проблему.

2.1. Теоријска схватања о разграничењу правног и чињеничног питања

Први приступ заступају цивилисти који полазе од правила по коме је чињенично питање „стање ствари, дакле, скуп оних чињеница, које би требало да произведу извесну правну меру, док је правна оцена примена или одрицање примене правне мере за случај да се конкретно стање ствари у парници подудара односно не подудара са апстрактним стањем ствари норме“.¹¹ У принципу, цивилисти сматрају да свака норма садржи чињенични дио, који се поклапа са диспозицијом, тј. „апстрактни учин норме“, и правни дио, који се поклапа са санкцијом правне норме. Судија приликом одлучивања, најприје треба да процијени да ли се неки чињенични догађај поклапа са апстрактним учином норме, тј. чињеничним дијелом норме, и то све представља рјешавање чињеничног питања. Правно питање, с друге стране, представља само рјешавање да ли се у конкретном случају може примијенити правна санкција или не.¹²

Насупрот томе, кривичари тврде супротно, односно става су да у правној норми нема ничега чињеничног, него да је све ту правно, како елементи који су садржани у диспозицији, тако и правна санкција која се надовезује на те елементе.¹³ У суштини, чињенично питање представља утврђивање неког догађаја, тј. чињеница из стварног живота, док је оцјењивање да ли се то што је утврђено може подвести под диспозицију правне норме већ правно питање, као и примјена санкције. Управо тај поступак подвођења утврђених чињеница под правну норму изазива највише проблема, јер се сви слажу да је прва фаза која подразумева утврђивање онога шта се десило, односно неких чињеница из стварности, свакако чињенични закључак, док је трећа фаза, тј. одлучивање има ли мјеста санкцији, правни закључак.¹⁴

Дакле, спорно је то да ли подвођење чињеница из живота под „апстрактни учин“ норме, представља чињенично питање, као што тврди цивилисти, или пак правно питање, као што закључују кривичари? Ау-

¹¹ Вид. М. Муха, *Чињенична утврђења и правна оцјена: чињенично и правно питање*, Напредак, Панчево 1938, 16.

¹² *Ibid.*, 19–20.

¹³ Вид. М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Народне новине, Загреб 1963, 193.

¹⁴ *Ibid.*, 196–198.

тори који заступају другу теорију наводе да су правници често у заблуди зато што сматрају да у правној норми постоји чињенични дио. Напротив, чим смо неки појам унијели у правну норму, како бисмо га употребили за означавање правно релевантних поступака, појава, односа и слично, он постаје правни појам, без обзира на то да ли потиче из обичног говора или неке науке.¹⁵ Према томе, чињенично закључивање бива окончано репродуковањем догађаја из стварног живота – до утврђивања одлучних чињеница онако како су се оне у стварности догодиле.¹⁶ Они даље наглашавају значај методолошке разлике између закључивања о постојању одлучних чињеница и закључивања да оне одговарају појму из правне норме. У првом случају, судија закључује на основу свог слободног судијског увјерења, а у другом случају судија поступа по основу свог правничког знања, односно познавања закона и правила за његово тумачење, уз помоћ правне теорије и судске праксе, а ако, ипак, остане у недоумици, тражиће најлогичније рјешење, оно које одговара вољи, смислу и духу закона.¹⁷ На основу свега тога, дато је врло једноставно правило које се чини сасвим прихватљивим, а оно се састоји у сљедећем: „Чињенично питање је питање да ли постоји и да ли је правилно утврђена нека чињеница из стварног живота која би требало да одговара одређеном појму из правне норме, а правно питање је питање да ли тако утврђена чињеница одговара том апстрактном појму из правне норме“.¹⁸ Међутим, с обзиром на то да се правници искључиво служе правним појмовима, кривичари објашњавају да је једна појава чињенично питање, ако је посматрамо онако како се у стварности збила, а правно питање када је посматрамо из угла њене подударности са ознаком из правне норме.¹⁹ Напомињу да овако ствари стоје и у другим гранама права, па и у цивилном праву, тј. у грађанском поступку.

2.2. Уобичајено боравиште

Када се ради о уобичајеном боравишту, ситуација се додатно усложњава, будући да оно као тачка везивања, најчешће представља дио колизионе норме. Колизионе норме су специфична врста правних норми, па тако не садрже све дијелове које има „обична“ правна норма. Оне, дакле, садрже само диспозицију, док примјена мјеродавног права представља санкцију. Утолико постаје још сложеније ријешити ово питање. Уколико бисмо примијенили горе поменуто теорију цивилиста,

¹⁵ *Ibid.*, 199.

¹⁶ *Ibid.*, 200.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, 204.

¹⁹ *Ibid.*, 206.

питање да ли неко лице има уобичајено боравиште у одређеном мјесту морали бисмо окарактерисати као чињенично. Ако бисмо поступили по теорији кривичара, дошли бисмо до другачијег резултата. У том случају, утврђивање чињеничног стања из стварног живота, примјера ради, да ли неко лице живи дужи временски период у неком мјесту, да ли ту ради, да ли му старије дијете иде у школу, а млађе је већ уписано на чекање за вртић, представљало би чињенично питање. Међутим, оцјена да ли тако утврђено чињенично стање спада под појам уобичајеног боравишта из правне норме, представљало би правно питање, као што је то и примјена санкције, тј. мјеродавног права, у нашем случају.

Мишљења смо да је друго схватање (које заступају кривичари) исправније.²⁰ Узмимо за почетак, као примјер правну норму из Породичног закона РС: „Брак није ваљан, ако је на његово закључење брачни супружник пристао у страху изазваном озбиљном пријетњом“.²¹ Ова норма у себи садржи како диспозицију,²² тако и санкцију,²³ за разлику од колизионих норми. Претпоставимо да је лице А присиљено од стране лица Б да попије отров са одложеним дјеловањем, те да га лице Б условљава закључењем брака, како би му на вријеме дало противотров. Ту се, ван сваке сумње, лице А налази у страху, и то за свој живот који је изазван озбиљном пријетњом. Ако применимо прву теорију (теорију цивилиста), онда би подвођење чињеница (да је лице Б присилило лице А да попије отров и да за противотров тражи закључење брака), под диспозицију наведене норме („... ако је на закључење брака, брачни супружник пристао у страху изазваном озбиљном пријетњом“) било чињенично питање, а тек изрицање санкције, тј. да брак није ваљан, представљало би правно питање. С друге стране, уколико бисмо применили другу теорију, онда би истраживање да ли је лице Б присилило лице А да попије отров и запријетило да му неће дати противотров уколико с њим не закључи брак, као и да ли је лице А управо због те пријетње закључило брак са лицем Б, представљало оцјену чињеничног питања. Међутим, одлучивање судије да ли се тај конкретан догађај може подвести под диспозицију напријед наведене правне норме Породичног закона РС, била би оцјена правног питања. Наравно, изрицање санкције би такође било правно питање.

²⁰ Исто вид. В. Бајовић, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Београду, Београд 2014, 45–51.

²¹ Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 54/02, 41/08 63/14 и 56/19, чл. 30, ст. 1.

²² Брачни супружник је на закључење брака пристао у страху изазваном озбиљном пријетњом.

²³ Брак није ваљан.

У конкретном примјеру, истраживање самог догађаја, односно чињеница из којих он проиходи, једино представља оцјену чињеничног питања. То је, дакле, нешто што би могао учинити и правнички неук човјек, јер представља репродукцију догађаја из прошлости у овом конкретном случају. Међутим, подвођење тих чињеница под диспозицију правне норме Породичног закона, односно оцјену да ли је лице А закључило брак са лицем Б у страху изазваном озбиљном пријетњом и оцјену да ли је пријетња заиста била озбиљна, представља рјешавање правног питања. За то је потребно широко правничко знање и надасве вјештина тумачења смисла закона и воље законодавца.

Размотримо и норму Закона о наслеђивању Републике Српске која гласи: „Ништав је тестамент, ако је завјешталац био неспособан за расуђивање, није имао 15 година, био натјеран пријетњом или принудом да га сачини или се одлучио да га сачини усљед тога што је био преварен или се налазио у заблуди“.²⁴ Претпоставимо да је завјешталац имао дијагностиковану ретроградну амнезију, али да му формално-правно није била одузета пословна способност, те да је у таквом стању сачинио тестамент. Уколико се пред судом постави питање да ли такав тестамент треба да буде поништен, судија ће морати да утврди да ли је завјешталац боловао од ретроградне амнезије, па ако утврди да уистину јесте, мораће да одлучи да ли таква дијагноза нужно за собом повлачи неспособност за расуђивање. Он неће рјешавати чињенично питање, јер га је већ ријешао кад је утврдио да је завјешталац заиста патео од поменуте болести. Дакле, судија ће се сада бавити искључиво правним питањем, односно цијениће да ли је лице које је боловало од ретроградне амнезије било способно за расуђивање, па ако одлучи да није, изрећи ће санкцију и поништити тестамент.

Иста начин размишљања може се примијенити и када је ријеч о уобичајеном боравишту. Узмимо за примјер норму из Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјецe из 1980. године која гласи: „Одвођење или задржавање дјетета ће се сматрати незаконитим, (а) ако представља повреду права на старање које је добило лице, институција или било које друго тијело, колективно или појединачно, по закону државе у којој је дијете имало уобичајено боравиште прије одвођења или задржавања, (б) ако су се у вријеме одвођења или задржавања, та права остваривала, колективно или појединачно, или би се остваривала да није дошло до одвођења или задржавања.“²⁵ Притом,

²⁴ Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 1/09, 55/09, 91/16, 28/19 и 82/19, чл. 65.

²⁵ Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјецe из 1980. године – Конвенција 1980, чл. 3. Доступно на: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24>, 15. јун 2022. године.

лице или институција или друго тијело чије право на старање је нарушено, обраћа се за помоћ Централном органу државе у којој је дијете имало уобичајено боравиште прије одвођења односно задржавања.²⁶ Претпоставимо сада да је дијете рођено у Босни и Херцеговини, од родитеља босанскохерцеговачког држављанства, те да је и само стекло држављанство БиХ. Претпоставимо даље да су све троје живјели у Требињу, гдје имају регистровано пребивалиште, све до четврте године живота дјетета, када су се одселили у Шведску, гдје је отац именован за савјетника у дипломатско-конзуларном представништву БиХ, на период од четири године. Убрзо мајка добија посао у локалној болници, а дијете креће у школу. Пред крај истека мандата, отац прихвата да понови мандат на још четири године. Нажалост, у том периоду, односи између супружника бивају нарушени, што кулминира одласком мајке која са собом узима дијете и враћа се у родно Требиње, гдје подноси тужбу за развод брака. У међувремену, отац пред надлежним органима Шведске, подноси захтјев за враћање дјетета у складу са наведеном Конвенцијом. Захтјев стиже у Министарство правде БиХ које предмет уступа надлежном суду, чији је задатак да одлучи да ли ће поступити по захтјеву и дијете вратити оцу у Шведску или ће захтјев одбити и дијете оставити код мајке. Одлука ће, између осталог, зависити управо од тога гдје је дјететово уобичајено боравиште у вријеме одвођења: у Шведској, или пак у Босни и Херцеговини. Судија ће, према томе, цијенити разнолике чињенице, почев од оних да је дијете рођено у БиХ, да ту још увијек има пребивалиште, те да је боравак у Шведској ограничен и везан мандатом његовог оца, да дијете течно говори српски, да у Требињу има другаре и многоројну родбину, да породица има трособан стан поред Требишњице итд. Али, исто тако ће цијенити да дијете већ четири године живи у Шведској, да тамо иде у школу, има пријатеље, да говори шведски језик, да је мајка запослена, те да се породица прилично асимилвала и навикла на живот на сјеверу Европе. Ту стижемо и до главне дилеме: када судија буде подводио све ове чињенице под напријед наведене норме Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјете, дакле, када буде одлучивао шта се од ових чињеница може подвести под појам уобичајеног боравишта, да ли он тада рјешава чињенично или правно питање? Увјерени смо да ће судија рјешавати правно питање. Све док судија одлучује о чињеницама из живота, оним које немају везе са правом, као што су чињенице да дијете иде у школу у Шведску, али ограничен временски период итд., он цијени чињенично питање. Међутим, када заокружи поступак истраживања и оцјене битних чињеница и када пређе на поље одлучи-

²⁶ Конвенција 1980, чл. 8.

вања да ли се те чињенице могу подвести под појам уобичајеног боравишта из Конвенције 1980, он рјешава правно питање. Зашто? Зато што судија треба да оцијени да ли чињенице које је издвојио као одлучујуће одговарају једном правном појму који се налази у правној норми, конкретно уобичајеном боравишту.

Томе у прилог иде и појам правне квалификације, одавно усвојен у теорији међународног приватног права. Подсјетимо, квалификација представља мисаони процес сврставања чињеница под одговарајућу правну норму, како би се одредило која норма ће регулисати те чињенице. Приликом тог поступка, судија „прелази из света чињеница у свет права“.²⁷ Треба указати на и на слjedeће. Уколико бисмо уобичајено боравиште посматрали као чињенично питање, такве судске одлуке не би могле бити предмет ванредног преиспитивања, тј. против њих се не би могла уложити ревизија. То би значило да Врховни суд, као највиша судска инстанца, не би имао могућност преиспитивања судских одлука у којима је одлучено о уобичајеном боравишту, што директно нарушава правну сигурност која представља једно од најважнијих начела модерног права. Због тога, уобичајено боравиште треба сматрати правним питањем. Према томе, нужно је разликовати тзв. „чињеничну подлогу“ на којој почива уобичајено боравиште, од подвођења тих чињеница под одговарајућу правну норму, односно правни појам из одговарајуће правне норме, што представља правно питање.²⁸

3. УТИЦАЈ (НЕ)ДЕФИНИСАЊА УОБИЧАЈЕНОГ БОРАВИШТА НА ЊЕГОВУ КВАЛИФИКАЦИЈУ КАО ПРАВНОГ ИЛИ ЧИЊЕНИЧНОГ ПИТАЊА

Вратимо се сада на питање дефинисања. Као што смо напријед истакли, Хашка конференција избјегавала је да дефинише уобичајено боравиште из бојазни да ће му тиме одузети чињенични карактер и флескибилност. Та бојазан преовладала је и у праву Европске уније – нити једна од уредаба која предвиђа уобичајено боравиште као тачку везивања не садржи његову дефиницију, бар када је ријеч о уобичајеном боравишту физичког лица. Отуда наше мишљење да су питање природе уобичајеног боравишта и питање његовог евентуалног дефи-

²⁷ М. Станивуковић, М. Живковић, 250.

²⁸ Слично вид. И. Кунда, „Уобичајено боравиште дјетета“, *Прекогранично кретање дјете у Европској унији* (ур. М. Жупан), Правни факултет Свеучилишта у Осјеку, Осјејек 2019, 299. Аутор сматра да је ријеч „о термилошкој забуни, јер утврђивање уобичајеног боравишта претпоставља примјену правног стандарда, који чини садржај појма уобичајеног боравишта, на чињенице конкретног случаја“.

нисања, уско повезана. Наиме, не можемо се отети утиску да је створен својеврсни мит према коме је уобичајено боравиште погодна тачка везивања управо зато што се ради о чињеничном питању, а ријеч је о чињеничном питању, зато што тај појам није дефинисан,²⁹ а да бисмо га, у случају да га дефинишемо, претворили у правно питање,³⁰ те оно више не би било тако флексибилна и пожељна тачка везивања, већ би изазивала исте тешкоће попут пребивалишта.

Мишљења смо да тиме што је нпр. црногорски законодавац³¹ одредио шта је то уобичајено боравиште, није нарушена чињенична подлога на коме овај правни појам почива. Суд ће и даље цијенити одређене чињенице, па ће онда на основу свог правничког знања одлучити да ли се у конкретном случају ради о уобичајеном боравишту. Штавише, судији ће бити лакше да одлучи да ли је ријеч о уобичајеном боравишту неког лица, јер му сада сам закон помаже да разлучи битне од небитних чињеница на којима почива уобичајено боравиште. Но, судија ће и даље, у тренутку када буде одређени чињенични супстрат подводио под правну норму у којој стоји шта је уобичајено боравиште, одлучивати о правном питању, јер је завршио одлучивање о чињеничним стварима. Дакле, нема потребе да се шири бојазан да ће уобичајено боравиште дефинисањем бити претворено из чињеничног у правно питање, јер оно то већ јесте,³² при чему се не занемарује његова чињенична подлога.

Још један аргумент против дефинисања уобичајеног боравишта јесте и тај да би се дефинисањем изгубила његова флексибилност. У теорији се наводи да та критика има смисла једино уколико би се уобичајено боравиште одредило помоћу стриктно квантитативних критерију-

²⁹ У теорији, заиста постоје такви ставови према којим је уобичајено боравиште фактичко питање, а не правно, будући да је оно одређено чињеницама, а не дефинисано правним механизмима и правним претпоставкама. Вид. J. Carrascosa Gonzalez, „European Regulation in Matters of Succession and Habitual Residence of the Deceased“, *Cuadernos Derecho Transnacional* 8/2016, 48. Слично вид. D. F. Cavers, „Habitual residence: a useful concept“, *The American University Law Review* 21/1971, 487.

³⁰ Такво схватање својствено је цивилистима који често знају да кажу да ако сам закон даје непосредно или посредно опис или тумачење неког појма из диспозиције правне норме, питање да ли утврђена чињеница одговара том легалном опису била би правно питање. Ако таквог легалног описа нема, онда све околности из диспозиције такве правне норме представљају само чињенице, а закључивање да ли конкретна утврђена чињеница одговара чињеници из норме, представљала би чињенично питање. Овакво схватање није правилно из два разлога: прво, ствар је законодавне технике да ли ће за поједине правне појмове – чињенице, законодавац дати легалан опис или не, а друго, тамо гдје закон не даје легалну дефиницију, законодавац свјесно оставља теорији и пракси да протумаче те појмове. Вид. М. Грубиша, 216.

³¹ Закон о међународном приватном праву – ЗМПП ЦГ, *Службени лист ЦГ*, бр. 1/2014, 6/2014, 11/2014, 14/2014, 47/2015, чл. 12.

³² У том смислу вид. И. Кунда, 299.

ма.³³ Насупрот томе, уколико се понуди генеричка дефиниција која конкретизује и појашњава уобичајено боравиште, то би само могло помоћи суду.³⁴ Тренутно, имамо флексибилност, али се она оставарује науштрб правне сигурности. Судови неуједначено тумаче уобичајено боравиште и то не само судови из различитих, већ и из истих земаља. Разлог томе је непостојање дефиниције уобичајеног боравишта која би одредила неке од параметара који се морају цијенити приликом његовог утврђивања. Најбољи примјер за ову тврдњу је пракса у примјени Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјете. Судови различито интерпретирају уобичајено боравиште, па неки налазе да оно може престати у једном дану,³⁵ или пак да период од двије године није довољан за заснивање уобичајеног боравишта у некој држави,³⁶ док суд из

³³ L. A. Pérez Martín, „Towards an European Concept of Habitual Residence within the Frame of International Family Law“, *Anuario Español Derecho Internacional Privado* 18/2018, 477–478.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction) – INCADAT.* У овом случају, мајка и отац били су британски држављани који су емигрирали у Западну Аустралију, гдје су се упознали и засновали ванбрачну заједницу. Син им је рођен 1987. године. Имао је двојно држављанство, а право на старање над њим припадало је мајци, иако су и отац и мајка били регистровани као родитељи. Године 1989, пар се посвађао и мајка је са сином оставила дом, да би се убрзо поново помирили. Међутим, 21. марта 1990. године мајка је са сином напустила Западну Аустралију и отишла у Енглеску, с намјером да тамо стално остане. Дана 19. априла 1990. године, аустралијски суд додијелио је оцу право на старање и прогласио да је одвођење дјетета било незаконито, те бива покренут поступак за враћање дјетета. Ипак, енглески Виши суд 30. априла 1990. године одбио је захтјев, наводећи да није било незаконитог одвођења, нити задржавања. Ту пресуду потврдио је и Жалбени суд, 17. маја 1990. године. У својој одлуци, Суд је између осталог навео да дијете свакако прати уобичајено боравиште мајке, с обзиром на то да је она била једини носилац права на старање, а да је дијете имало тек двије и по године. Надаље, Суд је навео да је била евидентна намјера мајке да прекине своје уобичајено боравиште у Западној Аустралији и заснује ново у Енглеској. Суд је нагласио да се уобичајено боравиште не може стећи за један дан, већ је потребан одређени временски период и намјера. С друге стране, не тражи се вријеме да се уобичајено боравиште прекине. Према томе, Суд је сматрао да је уобичајено боравиште које су мајка и дијете имали у Западној Аустралији престало даном њиховог одласка, јер је мајка имала намјеру да се не врати и да остане у Енглеској неодређен временски период, те се није могла спровести Конвенција 1980. Оно што се да примијетити у овом случају показује потпуни парадокс превелике слободе тумачења уобичајеног боравишта: суд налази да је престало уобичајено боравиште дјетета у Западној Аустралији, али такође признаје да дијете још увијек није стекло уобичајено боравиште у Енглеској, што значи да дијете у вријеме доношења одлуке, према мишљењу суда, уопште није имало уобичајено боравиште.

³⁶ *Family Application 042721/06 G.K. v. Y.K. – INCADAT.* Пар је имао двије кћерке, које су обје рођене у Израелу. Породица се преселила у САД, гдје су живјели заједно у периоду од двије године. Отац је, уз пристанак мајке, са једном кћерком отишао у

исте земље, у једном другом случају, одлучује да се за мјесец дана може стећи уобичајено бораиште.³⁷ Најзначајније је да исто шаренило одликује и праксу судова других земаља.³⁸ Чини се да је све то последица погрешног тумачења „флексибилности“ уобичајеног боравишта, као и извора те „флексибилности“. Најприје, општеприхваћен је став да је уобичајено бораиште флексибилно, између осталог, јер није дефинисано. Међутим, „флексибилност“ уобичајеног боравишта није условљена његовим недефинисањем, већ прије свега промјенљивим карактером. Наиме, промјеном чињеница на којима се заснива уобичајено бораиште, та тачка везивања се мијења, јер је ријеч о такозваној промјенљивој тачки везивања која се везује за одређену територију. Логична последица је да ће промјеном чињеничног супстрата ове тачке везивања, доћи и до промјене територије за коју се веже, односно указиваће на право друге земље као мјеродавно, или на јурисдикцију другог правосуђа. Све би остало исто уколико бисмо уобичајено бораиште дефинисали или ближе одредили. Ако на примјер уобичајено бораиште дефинишемо као средиште животних интереса физичког лица, при чему је одлучујуће мјесто становања, мјесто запослења и трајање боравка од најмање шест мјесеци, ми тиме нисмо нарушили његову тзв. чињеничну подлогу, него смо суду само указали на које чињенице треба да обрати пажњу. С обзиром на то да је ријеч о правном питању, судија ће бити дужан да се води ријечју закона, а не слободном процјеном. Притом не нарушавамо „флексибилност“, јер промјеном животних околности на којима почива уобичајено бораиште, лако се мијења и схватање суда гдје се оно налази у датом тренутку.

Израел, те пред израелским судом затражио право на старање над дјететом. Мајка је, у међувремену, покренула поступак за враћање дјетета. Захтјев је одбијен, са образложењем да је уобичајено бораиште дјетета у Израелу, јер су они само привремено боравили у САД. Дакле, суд је сматрао да период од двије године, није довољан за заснивање уобичајеног боравишта.

³⁷ *Family Appeal 1026/05 Ploni v. Almonit – INCADAT*. Пар, израелски држављани, живјели су најприје у Парагвају, кратко у Венецуели, да би се потом поново настанили у Парагвају, гдје су добили друго дијете. Када су дјеца имала двије односно годину дана, мајка је уз пристанак оца, отишла на двомјесечни одмор у Израел, заједно са дјецом. Послије мјесец дана, дошао је и отац. Десила се свађа и мајка је саопштила оцу да нема намјеру да се врати у Парагвај. Отац је, по повратку у Парагвај, покренуо поступак за враћање дјете. Суд у Израелу је одбио захтјев са образложењем да су дјеца у периоду наведеног незаконитог задржавања имала уобичајено бораиште у Израелу.

³⁸ У случају *Ruiz v. Tenorio*, амерички суд је утврдио да период боравка од двије године и 10 мјесеци није довољан за успостављање уобичајеног боравишта, док је суд исте државе у случају *Feder v. Evans-Feder*, одлучио да је период боравка од шест мјесеци сасвим довољан за заснивање уобичајеног боравишта. Вид. *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), *INCADAT HC/E/Usf 780* и *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (2d Cir. 1995), *INCADAT HC/E/Usf 83*.

Упоредимо накратко уобичајно боравиште са држављанством и пребивалиштем.

Држављанство није погодна тачка везивања, не зато што је дефинисано, већ зато што у свијету у којем једну земљу за годину дана напусти 16.000 људи и при томе емигрира у петнаест различитих земаља, без намјере повратка, оно више не пројектује начело најближе везе на ком почива цијело међународно приватно право. Напросто, у свијету у којем границе губе на важности, закон држављанства не може бити такмац уобичајеном боравишту. Чак и када бисмо занемарили начело најближе везе, или када бисмо се вратили у доба у којем је држављанство заиста било у функцији овог начела, проблем са овом тачком везивања је тај што никада није била општеприхваћена. С друге стране, под утицајем Хашке конференције за међународно приватно право, али и права Европске уније, уобичајено боравиште има прилику да постане ако не општеприхваћена, онда најприхваћенија тачка везивања за личне, породичне и наследне односе.

Када говоримо о пребивалишту као тачки везивања, очигледно је да данас постоји сличан проблем као и са држављанством, посматрано из угла његове улоге у реализацији начела најближе везе. Примјера ради, босанскохерцеговачко законодавство омогућава лицу да задржи пребивалиште на територији Босне и Херцеговине и након одсуства из земље дуже од три мјесеца, ако и даље постоји чврста веза с њом, у смислу родбине, непокретности или неког посла унутар њених граница и слично. Једини предуслов је да лице нема намјеру да се стално настани у земљи у којој тренутно борави.³⁹ Тај боравак фактички може бити на неодређено вријеме, веома дуго, те стога се не може сматрати да је такво лице у најближој вези са Босном и Херцеговином, земљом свог пребивалишта. Поред тога, пребивалиште такође никада није била општеприхваћена тачка везивања. С друге стране, велики проблем је и у различитим схватањима пребивалишта. Уз то, треба имати у виду да је пребивалиште као тачка везивања постојало прије оснивања Хашке конференције за међународно приватно право. Уносећи овај појам у конвенције, Хашка конференција била је принуђена да прихвати концепт пребивалишта који је већ увелико постојао у унутрашњим законодавствима, а с тим и разлике међу њима.

Сматрамо пропуштеном приликом то што Хашка конференција није дефинисала појам уобичајеног боравишта. Она је та која је изнедрила овај појам и под њеним утицајем тај појам је ушао у унутрашња и наднационална законодавства. Врло је вјероватно да би поменути

³⁹ Закон о пребивалишту и боравишту држављања Босне и Херцеговине – ЗПБД БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 32/01, 56/08, 58/15, чл. 9, ст. 5.

правни системи једноставно преузели дефиницију уобичајеног боравишта Хашке конференције, да је којим случајем она постојала. На тај начин, имали бисмо потпуно универзално правило које би засигурно било у функцији начела најближе везе и правне сигурности, а опет довољно флексибилно за примјену.

4. ЗАКЉУЧАК

Уобичајено боравиште почива на чињеничној подлози, што је неспорно, али га то не чини чињеничним питањем. Напротив, ријеч је о правном питању, јер када судија утврди све чињенице, тј. репродукује извјесне околности из живота неког лица, завршава са оцјеном чињеничног питања. Он тада подводи утврђене чињенице под диспозицију дате правне норме, што представља оцјену искључиво правног питања, као што је и изрицање санкције, или, у нашем случају, примјена мјеродавног права. Да би то урадио, судија се мора водити својим „правничкоим знањем, односно познавањем закона и правила за тумачење истих, уз помоћ правне теорије и судске праксе, а ако ипак, остане у недоумици, тражиће најлогичније решење, оно које одговара вољи, смислу и духу закона“.⁴⁰ На тај начин, можемо постићи извјестан степен једнообразности у судским одлукама, што је предуслов за гарантовање правне сигурности грађана. Кад је већ тако, судске одлуке у којима је суд погрешно одлучио о уобичајеном боравишту, моћи ће да буду нападане, не само редовним, него и ванредним правним лијековима, као што је ревизија, с обзиром на то да онда нећемо говорити о погрешно утврђеном чињеничном стању, него о погрешној примјени материјалног права.

Уобичајено боравиште правно је питање и то нема никакве везе с тим да ли ће бити дефинисано и на који начин ће то бити учињено. Такође, дефинисањем уобичајеног боравишта, не нарушава се његова флексибилност, јер тиме не нарушавамо чињеничну подлогу на којој оно почива, нити то може имати било каквог утицаја на животне околности једног лица. Све што можемо постићи јесте далеко већа правна сигурност, што ће свакако утицати на прихватљивост ове тачке везивања, а тиме и на њен развој и напредак.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Asser, Tobias Michael Carel, „La convention de La Haye du 14 Novembre relative à la procédure civile“, *Les Héritas*, Vol 1 (F. Bohn), London 1901;

⁴⁰ М. Грубиша, 200.

2. Бајовић, Вања, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Београду, Београд 2014;
3. Van Hoogstraten, V. M. Hubert, *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, Sijthoff 1967;
4. Verwilghen, Michael, „Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions“, *Actes et Documents de la Douzième session (1972) – Obligations alimentaires*, Permanent Bureau of the Conference, The Hague 1975;
5. Грубиша, Младен, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Народне новине, Загреб 1963;
6. De Steiger, M. W., „Rapport Explicatif“, *Actes et Documents de la Neuvième Session au 26 Octobre 1960. Tome IV – Protection des Mineurs*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye 1961;
7. Ђундић, Петар, „Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004;
8. Jugastru, Calina, „Habitual Residence in the Context of European Matrimonial Regime. Regulation EU 2016/1103“, *Review Universul Juridic* 6/2018;
9. Кунда, Ивана, „Уобичајено боравиште дјетета“, *Прекогранично кретање дјеце у Еуропској унији* (ур. М. Жупан), Правни факултет Свеучилишта у Осиеку, Осиек 2019;
10. Lamont, Ruth, „Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international family law“, *Journal of Private International Law* 3.2/2007;
11. Masméjan, Denis, *La localisation des personnes physiques en droit international privé: étude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye*, Librairie Droz, Genève 1994;
12. Муха, Мирослав, *Чињенична утврђења и правна оцјена: чињенично и правно питање*, Напредак, Панчево 1938;
13. Pérez Martín, Lucas Andres, „Towards an European Concept of Habitual Residence within the Frame of International Family Law“, *Anuario Español Derecho Internacional Privado* 18/2018;
14. Станивуковић, Маја, Живковић, Мирко, *Међународно приватно право. Општи део*, Службени гласник, Београд 2021;
15. Stone, Peter, „The Concept of Habitual Residence in Private International Law“, *Anglo – American Law Review* 29.2/2000;
16. Cavers, David F., „Habitual residence: a useful concept“, *The American University Law Review* 21/1971;
17. Carrascosa Gonzalez, Javier, „European Regulation in Matters of Succession and Habitual Residence of the Deceased“, *Cuadernos Derecho Transnacional* 8/2016;

18. Carruthers, Janeen, „Discerning the Meaning of ‘Habitual Residence of the Child’ in UK Courts. A Case for the Oracle of Delphi“, *Yearbook of Private International Law* 21/2019-2020.

Правни извори

1. Закон о међународном приватном праву, *Службени лист ЦГ*, бр. 1/2014, 6/2014, 11/2014, 14/2014, 47/2015;
2. Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 1/09, 55/09, 91/16, 28/19 и 82/19;
3. Закон о пребивалишту и боравашту држављања Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 32/01, 56/08, 58/15;
4. Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 54/02, 41/08 63/14 и 56/19;
5. Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјетце из 1980. године.

Судске одлуке

1. Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction) – INCADAT;
2. Family Application 042721/06 G.K. v. Y.K. – INCADAT;
3. Family Appeal 1026/05 Ploni v. Almonit – INCADAT;
4. Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), INCADAT HC/E/Usf 780;
5. Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217 (2d Cir. 1995), INCADAT HC/E/Usf 83.

Senior Assistant Dragana Damjanović, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

QUALIFICATION OF HABITUAL RESIDENCE: QUESTION OF LAW OR QUESTION OF FACT

Summary

Habitual residence is a term created by the Hague Conference on Private International Law, with the aim of overcoming the differences between countries that preferred citizenship as a point of attachment in status, family and inheritance relationships and those countries that preferred domicile in this sense, and difficulties in interpretation of domicile itself. The Hague Conference turned to the habitual residence, and over time it became the dominant criterion both for determining the applicable law and for determining jurisdiction, not only in the instruments of the Hague Conference for

International Private Law, but also in the law of the European Union, and internal legislations. At the same time, as a plus on the side of habitual residence, its factual character is emphasized, which allows it to be determined in each case separately. However, the question arises whether habitual residence is a factual or a legal issue? In the paper, the author tries to provide answers to the above and some other questions, trying not to violate the idea of habitual residence as a flexible point of attachment.

Key words: *Habitual residence; Legal qualification; Legal issue; Question of fact; Factual concept; Factual background; Defining habitual residence, Flexibility.*