

## ИЗ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА, 1931.

### Садржај

Предговор

Правни положај странаца (тип законског реципроцитета или тип проглашене једнакости у Српском Грађанском Законику)

Значење теорије о највећој вредности обвеза у нашем Међународном Меничном Праву

Дужности за очување права у Српском Међународном Меничном Праву

Повреда страног закона као основ за касирање

Изигравање закона у Међународном Приватном Праву

Потреба доношења закона о међупокрајинском сукобу закона

Доказивање страног закона

Дејство међународних уговора код *Cautio indicatum solv*

Проблем стечених права у Међународном Приватном Праву (Покушај критике Pillet-ове теорије стечених права)

Менични Закон према Хашком Реглману

Јединство стечаја по новом Стечајном Закону

Доказивање односа руских избеглица

Законска узајамност у Ауторском Праву

Случајеви Међународног Приватног Права – Класификација правних односа

Формални или фактички реципроцитет код извршења пресуде

Право странаца на отварање радње

Права странаца на непокретности

80

# ИЗ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

— РАСПРАВЕ И ЧЛАНЦИ —

Д-р МИЛАНА Ф. БАРТОША  
доцента Београдског Универзитета



БЕОГРАД  
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА  
1. КНЕЗ МИХАИЛОВА УЛИЦА 1.  
1931



инв.бр.  
759



II 759

Штампарнија «ГУНДУЛИЋ»  
Доситејева 3. — Тел. 20-716

Милсва М. Пешића  
Радичка ул. 20 и  
Милорада Ђ. Милићевића  
Шајкашка ул. 8  
Београд

Позван од свога издавача, уваженог г. Геце Кона и умољен од својих студената, одлучио сам да објавим као једну целину своје расправе и чланке посебно публиковане у „Архиву за правне и друштвене науке“ — органу Београдског Правног Факултета.

Ти чланци у главном су остали у своје првобитном текету. Једине измене учињене су тамо где је, у међувремену од њиховог првог објављивања до данас, измењено позитивно законодавство.

Београд, 1. августа 1931. г.

**Д-р Милан Ф. Бартош**

БЕЛИ

— СВОМЕ ДРУГУ И  
САРАДНИКУ

## ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНАЦА

*Тип законског реципроцититета или његовог проглашене једнакости у Српском Грађанском Законику.\**

У Европи, по класификацији професора г. André Weiss-a,<sup>1)</sup> има три изразита типа законодавстава о правном положају странаца. Потпуно смо сагласни да ову поделу — коју усваја већина интернационалиста — ваља у њеној основи признати као тачну.

Полазећи од ње, од њена три типа, прво их указујемо :

1) тип *дипломатског реципроцититета*. Главни претставник је Француска. Систем је заснован на претпоставци да сва приватна права ваља поделити на две велике групе: на права *природна* (која човек има по самом стању ствари и по природи својој) и на права *грађанска* (која човек уживи зато што му их је једно грађанско законодавство дало<sup>1)</sup>). Која су то права природна а која пак грађанска, то је питање које врло тешко добија свој одговор. Ако бисмо се поставили на гледиште рационалистичке философије XVII века, да су природна права она која човек, по логичноме схватању идеалног здравог разума, здравог разума у објективном смислу, као код Гроциуса, има за сва времена, у свима народима и на свима странама света да ужива, узели бисмо ову поделу као арбитралну, као немогућу да се објективно пронађе разлика између природних и других

\* Архив, јули-август 1927. г.

<sup>1)</sup> Le traité du droit international privé, Paris, 1908 год, II књига, стр. 575.

<sup>1)</sup> Види и наш § 212. Срп. Грађ. Зак.

грађанских или боље рећи вештачки створених права. Овако посматран овај систем збиља изгледа непримљив. Таквога је схватања био и читав низ великих критичара овога система, између којих је најзначајнији чувени старији француски цивилиста Demolbe.<sup>2)</sup> — Али такво, арбитрално, није оно гледиште које је усвојено од стране француских модерних интернационалиста. Они полазе сви од чл. 11. Француског Грађанског Законика, који гласи:

„Странац уживаће у Француској иста грађанска права као и она, која буду дата Французима по уговору са народом, коме тај странац припада.“

Полазећи одатле, они постављају као основно начело да странац у опште узев у Француској нема права на уживање грађанских права без дипломатског реципроцитета. Странац, као што су говорили известиоци — владини претставници у Трибинату за време доношења Наполеоновог Грађанског Законика, има права само на природна права.<sup>3)</sup> — Е па добро, која су то природна права?

Рекосмо како их дефинише рационалистичка школа. Опште је уверење да је такво дефинисање немогуће чак и за случај, ако се судовима остави слободна оцена да суде која су то права која по здравом разуму припадају за вечита времена свуда и свакоме људском бићу као таквом. Ово је уопште узев схваћено као самовољно одређивање. Ретки су француски правници који то схватаће, бране, али ипак међу њима има и великих ауторитета. Наводимо као главног заступника ове школе славно дело Француског Грађанског Права Aubry и Rau.<sup>4)</sup>

Не можемо да усвојимо то гледиште, већ усвајамо друго, мање самовољно, чак сасвим одређено, позитивно. То друго гледиште има више претставника, који се између себе разилазе, али који у основи имају један, општи критериум за разликовање грађанских и природних

<sup>2)</sup> Cours de Code Napoleon, Paris, 1869 год., књига I, № 240-246 ter.

<sup>3)</sup> Compte-rendu de séance du Tribunal du 25 frimaire an X.

<sup>4)</sup> Droit civil français, Paris, V edition, I vol., Partie „des effets des lois en général“. Rédaction de M. Bartin.

права. По њима сва приватна права су у начелу и природна. Изузетно су грађанска она природна права, чије је уживање законодавац нарочито везао за услов да њихов титулар буде држављанин домаће државе. Дакле ничега самовољног, напротив потпуна одређеност оних права која један странац има право да ужива у једној земљи. Он ужива сва права приватна, сем оних које је законодавац нарочито задржао за своје држављане. Главни претставници овога правца су француске интернационалисте Despagnet<sup>5)</sup> и Weiss<sup>6)</sup>.

Резимирамо горње: Странац и без икаквог реципроцитета има право на уживање свих оних приватних права, која му законодавац није нарочито одузео, налазећи да се њихово уживање везује за својство држављанина и да их ваља прогласити за грађанска права, за разлику од оних других, природних права, чије му је уживање допустио.

Што се пак тиче ових других приватних права, тих *резервисаних* права, т. ј. грађанских права, њихово уживање је у принципу одузето странцу. Њих уживају само домаћи држављани. Странци их уживају само по изузетку. Изузетак долази било зато што је странцу специалним указом дато право домицила<sup>7)</sup> или што се једним међународним уговором признаје Французу уживање таквога права у странчевој држави — дипломатски реципроцитет<sup>8)</sup>.

Овај систем усвојиле су и земље, чији су Грађански законици верне копије Наполеоновог Code Civil-a, а то су Белгија, Луксембург, Грчка и неколико Швајцарских Кантона (у погледу материје, коју нису нормирале од-

<sup>5)</sup> Manuel du droit international privé, Paris, 1923, посмртно издање.

<sup>6)</sup> Op. cit., II, стр. 222—227.

<sup>7)</sup> § 13. Франц. Грађ. Зак.; Странац који би био овлашћен указом да има свој домицил у Француској уживаће ту сва грађанска права. — Дејство одобрења престаје по истеку пет година, ако странац не тражи држављанство или ако му је молба одбијена. — Ово је уставова за будуће случајеве укинута француским законом о држављанству (Loi sur la nationalité) од 8. августа 1927. год.

<sup>8)</sup> Француски Грађ. Законик, § 11, цитиран напред.

редбе Федералног Облигационог Законика и које данас не улазе у унифицирани Швајцарски Грађански Законик).

2) Тип *законског реципроцитетa*. Главни представник је Немачка. Овај систем заснован је на претпоставци да су сва права, изузев неких изричних изузетака, остављена слободном уживању странаца, али да им се та права могу одузети путем реторзије. Основни текст је чл. 31 Немачког Царевинског Закона о увођењу у живот Немачког Царевинског Грађанског Законика.<sup>9)</sup> Ту је јасно. По њему признато је Канцелару Царства право да, по пристанку Савезног Већа, може, путем реторзије, да одузме странцу, држављанину оне државе чије законодавство не даје немачком држављанину све благодети, које оно даје својим сународницима, права којих је немачки држављанин лишен. Сличне одредбе се налазе и у § 5 Законика о Стецишном Поступку од 17. маја 1898. г.

Овде је све много јасније него у француском законодавству. Овде извесна су права *резервисана чисто* за држављане. Она су ван дискусије. Јасно је да се и она, путем специјалних закона и закона о ратификацији међународних уговора могу странцима давати по принципу да доцнији закон укида ранији. То је изван дискусије. — Остају она друга, *нерезервисана* права. Њих у принципу уживају странци као и домаћи. Али услед реторзије, она се могу одузети. Она — а не она права, резервисана, о којима није ни реч, — оспоравају се путем реторзије, зато што не постоји законски реципроцитет.

Опште је схватање да се овај немачки систем садржи већ и у § 33 Општег Аустриског Грађанског Законика од 1811 г., чији текст наводимо:

„Странци имају у опште иста грађанска права и обавезе као и домородци, ако се за уживање ових права изречно не тражи својство грађанства. Такође морају странци, ако хоће да уживају подједнака права са грађанима у сумњивим случајевима доказати да држава, чији су они грађани, у погледу права, о

<sup>9)</sup> По пристанку Савезног Већа може се наредбом Царевинског Канцелара наредити, да се против одређене стране државе као и против њених држављана и њихових правних последника чине примена права реторзије.\*

коме је реч, поступа с аустриским грађанима исто онако, као и са својима.\*<sup>10)</sup>

Дакле из цитираног текста, основне одредбе у овој материји, излази да је овде систем исти као и у Немачком Законнику с том разликом што право реторзије, које у Немачкој припада Канцелару и Савезном Већу — заједно, — у Аустрији припада свакоме суду, за случај ако друга страна у спору тражи доказе да законски реципроцитет постоји а странац — парничар не буде био у стању да то докаже.

Г. Вајс у ову групу, групу типа законског реципроцитетa, ставља још Монако, Шведску, Норвешку, Швајцарску Федерацију и Србију. — *Верујемо да Србији није местио у овоме ишћу*. Зато смо и били побуђени да овај чланак напишемо.

3.) Тип *проглашене једнакости*. Главни претставник је Италија. Систем је заснован на општем правилу да сва приватна права припадају подједнако и домаћим држављанима и странцима изузев оних, која су специјално резервисана за домаће.<sup>11)</sup> Резиме овога система је у томе што се уживање права, сем резервисаних (која су ван дискусије), даје странцима без обзира на то какво је њихово законодавство и какви су уговорни односи те земље са странчевом државом.

Критички овај тип је лако свести на тип дипломатског реципроцитетa по концепцији г. Вајса. У Француској, по г. Вајсу, сва приватна права изузев резервисаних за сопствене држављане, припадају странцима, јер су то природна права. У Италији по Грађанском Законнику сва приватна права припадају странцима, јер то тај законик хоће, изузев оних права које је он резервисао за своје сопствене држављане. — Идејно постоји разлика. Разлика је у критериуму. У Француској странац има једно право зато што је оно природно. А природно је зато што тако налаже здрав разум у опште. У Ита.

<sup>10)</sup> Текст по преводу нашег професора г. Др. Драгољуба Аранђеловића.

<sup>11)</sup> Члан 3 Италијанског Codice Civile.

лији странац има једно право зато што га законодавац није резервисао за сопствене држављане. Он га није резервисао за своје сопствене држављане зато што је његово схватање, да му то никаква национална потреба не налаже. Дакле такво је схватање законодавчевог здравог разума. — Практично разлика у критериуму не постоји. Критериум то је схватање законодавчево. Правити разлику између законодавчевог здравог разума и здравог разума у опште по схватању законодавца, то је је једна ствар која се на крају крајева може свести само на игру речи.

У сваком случају постоје с једне стране приватна права остављена странцу на слободно уживање а с друге стране опет приватна права, која законодавац није оставио странцу на слободно уживање него их је задржао за уживање својих сопствених држављана. — Односно тих резервисаних права постоји ли разлика? По схватању француском та су права задржана сопственим држављанима, али се могу и она дати странцима путем специјалних међународних уговора — путем дипломатског реципроцитета. По схватању италијанском та су права задржана сопственим држављанима и законодавац није поставио никаква правила о томе могу ли се она дати странцима путем специјалних међународних уговора т. ј. путем дипломатског реципроцитета. Али сигурно је једно: доцнији и специјални закон чини узетке од ранијег и општег закона. Један законодавном влашћу ратификовани међународни уговор о дипломатском реципроцитету, чак и за та резервисана права, учинио би законска одступања од учињених резерви а у корист држављана друге уговорне стране. — Дакле док с једне стране законодавац поставља правило да се резервисана права за сопствене држављане могу путем дипломатског реципроцитета дати странцима, докле с друге стране то правило може да постоји јер га законодавац ћутањем не забрањује. Имамо у уговору између Француске и Италије<sup>12</sup>, извесна одступања у овом смислу,

<sup>12</sup>) Од 9 јула 1884. — Weiss, op. cit., II, 647.

као н. пр. у погледу на изједначење француских и италијанских аутора на право литерарне својине, јер опште право (*droit commun*) не штити литерарну својину дела која су први пут објављена од аутора странаца у туђини.

Мислимо да смо довољно указали да између првог типа и овога последњег не постоји никаква стварна разлика. Разлика постоји само у идејној концепцији којом се законодавац послужио и у доказном средству за доказивање о томе да ли је једно право резервисано само за сопствене држављане или не, за случај кад сопствени држављани желе да се користе законодавством једне друге државе, где је усвојен систем законодавног реципроцитета. У том случају Француз има да доказује да право у питању није резервисано само за сопствене држављане његове земље, или ако је резервисано да постоји уговор о реципрочном изједначењу домаћих са-странцима дотичне државе у погледу уживања тога права. Француз ће то доказивати или дипломатским (међународним) уговором или судским пресудама по којима се констатује да је законодавац у Француској то право узео као природно, односно уверењима о постојању таквих уговора или пресуда. Код Италијана је ствар доказивања много лакша. Њему је довољно да докаже постојање реципроцитета било дипломатским уговором било пак тиме што у закону нема никаквог ограничења за странца у погледу уживања тога права, и то без обзира на то да ли закон то право узима као природно или као грађанско приватно право.

Али и ако између ова два типа нема великих стварних разлика, ипак разлика концепција, од којих полази законодавац, показује се да је огромна. Француски законодавац полази од тога да странац у начелу нема права. Њему се *поклањају* она права, која му се не одузимају. — Италијански законодавац обрнуто полази од тога да странац *има права* на сва приватна права, сем оних која му буду одузета. — Та концепција чини разлику система. И док је та разлика минимална у једној трећој држави, као што смо видели, разлика је огромна код самих судова у земљи. Француски суд признаће



странцу само оно право које му је законодавац оставио не одузевши му га нарочито тај начин што је везао његово уживање за својство сопственог држављанина. Таква су сва она права која се имају — било по изречном законском наређењу, било по својој логичној садржини — везати за својство грађанина. На против италијански суд нема права да испитује логичну садржину права и интенцију законодаваца да једно право сматра као грађанско. Он има да се држи онога правничког правила да се изузеци имају уско тумачити. Само *resкриптивном тумачењу* овде има места. Изузетак се мора не само нарочито него и *изречно* навести. Само код изречно наведених изузетака странац ће у Италији бити лишен уживања појединих приватних права. То је тако зато што је код Француза „странац поклонопримац“, њему се дају права, која му је законодавац хтео дати. Најмања сумња о томе има ли поклона или га нема, дозвољна је да шкоди поклонопримцу. Ту суд има у разлозима да доказује да је законодавац заиста остао без ограда и да је имао *animus donandi*. Код Италијана обрнуто „странац има права“. Он то право тражи — и има му се дати, ако се противно не докаже. На туженом је да обори законску претпоставку која постоји о томе да је неко поверилац.<sup>13)</sup>

Овоме трећем типу држава припадају поред Италије у Европи још и Данска, Шпанија, Холандија, Португалија, Румунија и Сан-Марино. Такође и царистичка Русија имала је овај систем.<sup>14)</sup> А има га и совјетска Русија, где начело интернационализма имплицира једнакост људи пред законом без обзира на њихову народност.<sup>15)</sup>

\*

Ми смо навели да је професор Weiss сматрао да Српски Грађански Законик поставља код нас начело законског реципроцитета. Зато је он Србију у својој систему стављао у ред држава које у погледу правног положаја

<sup>13)</sup> Boulet, Paris, 1901, Les droit des étrangers, p. 54.

<sup>14)</sup> Weiss, op. cit., II., 634.

<sup>15)</sup> Sadoul — Droit russe des Soviets, Paris, 1926, Cahiers bolchev IV

странаца стају на гледиште *шрија законског реципроцитетета*.<sup>16)</sup> Weiss је ово извео из два аргумента:

1. Из факта да је наш Грађански Законик од 1844 г. рецепција Аустриског Општег Грађанског Законика од 1811. г., и

2. Из § 47. Српског Грађанског Законика, који он, као што је то лојално признао,<sup>17)</sup> познавао по исцрпном чланку познатог српског цивилисте покојног Др. Ђорђа Павловића „О правном положају странаца у Србији.“<sup>18)</sup>

Први факат је неоспоран али и недовољан. Рецепција не значи копију од речи до речи. Нарочити Српски Грађански Законик има честих отступања од свог изворника, Аустриског Општег Грађанског Законика. Треба испитати има ли и овде отступања.

Други факат је још слабији. Ми имамо прво тај текст у оригиналу. Он на српском гласи:

„У опште у свима случајевима, у којима стране државе са Србима поступе као са својима, сматраће и ови закони странце као и своје. У случају сумње, мораће туђинац доказати.“

Али он сам не чини целину. Он је последица нашег § 45. Српског Грађ. Законика. Да би се могли пратити закључци, које будемо чинили, морамо навести и тај основни текст:

„И странце овде живеће у призрењу права на њихову личност и сопственост односећа се, узимају закони под савршену заштиту у колико се за уживање каквог особеног права не би по овредељењу трактата или земаљских устава нарочито српско грађанство изискивало.“

Професор Weiss је узео прво тачан превод овога параграфа, па је из њега извео да би он значао усвајање типа једнакости, па одмах затим вели: „али српски законодавац се пожурио да већ у § 47. *постави правило чистог законског реципроцитетета*“ и онда наводи<sup>19)</sup> пре-

<sup>16)</sup> Weiss, op. cit., II. 619.

<sup>17)</sup> Ibid, 621, у примедби.

<sup>18)</sup> „De la condition juridique des étrangers en Serbie“, Paris, 1884, Journal du Droit International Privé et de la jurisprudence comparée, II.

<sup>19)</sup> Weiss, op. cit., II. 619, — Pavlovitch, loc. cit.

вод покојног Павловића нашег (цитираног) §-а 47. Тај Павловићев превод дословце гласи: „l' étranger jouira en Serbie des mêmes droits civils que ceux accordés aux Serbes par l'Etat auquel cet étranger appartrienda“. Овај превод је скроз погрешан. Ми смо видели како гласи тај параграф и да он не гласи: „странац уживаће у Србији иста права грађанска која су подарена Србима у држави којој тај странац припада“ као што се ту каже. — Из Павловићевог превода збиља једини логични закључак који се да извести јесте тај да се прво у §-у 45. поставља као опште правило, да ће у Србији странац имати сва права као и сопствени држављанин изузев оних која су везана за држављанство. Па затим, не говорећи више о оним резервисаним правима, он је поставио правило да се странцу остављена права дају само у мери законског реципроцитета. Ако је тако онда збиља спадамо у круг земаља чија законодавства у погледу одређивања правног положаја странаца су типа законског реципроцитета. — Ово све схватамо као погрешно и неистачно. Све је то нетачно јер се пошло од погрешно преведеног текста. Основни текст у овој материји у Српском Грађанском Законику јесте наш § 45. Он је напред цитиран. Из њега збиља излазе две последице:

1. Законодавац поставља као основно правило да странце „у призрењу права на њихову личност и сопственост“, дакле свих приватних како личних тако и имовинских права, узимају закони под савршену заштиту;

2. Да се изузетак од тога основног правила може чинити само по специјалним одредбама међународним уговорима или „уставима земаљским“ (читај законима државним).

Сад тек долази § 47. И он је напред цитиран. Из њега, посматраног на два различна начина, могу се извући два закључка:

1. Да он прописује одредбу репозизије, која се налази у §-у 33. Општег Аустриског Грађанског Законика и која је остављена на примену судовима (односно одредбу сличну оној која се налази у §-у 31. Немачког Царевинског Закона о увођењу у живог Немачког Грађан-

ског Законика, одиста с том разликом што реторзију не поверава судовима већ Канцелару). То ће рећи да сваки пут и за сваки случај странац ће бити позван да на српском суду, у случају сумње, докаже да то право, које је предмет спора, у његовој земљи уживају Срби. Другим речима без законског реципроцитета странац у Србији нема никаквих приватних права, па чак ни оних на личност и сопственост (т. ј. на имовину а не само на двојину), које законодавац није везао за својство српског сржављанина.

Ако би се извео овај закључак онда у истини професор г. Вајс ставио Србију у овом погледу на своје место. Таквог је мишљења и професор г. Др. Нинко Перић.<sup>20)</sup>

2. Да тај параграф не дискутује о нерезервисаним приватним правима и да њих странац у Србији ужива без обзира на икакав — било дипломатски било законски — реципроцитет и да се у овом параграфу за случај резервисаних приватних права, за чије се уживање тражи својство српског држављанина, поставља правило — ако друкчије није речено — да и у тим случајевима, кад те резерве постоје, и за та резервисана права даје странцу њихово уживање ако Срби у његовој земљи имају законски реципроцитет. Дакле није овде реч о *нерезервисаним*, него на против о *резервисаним* приватним правима (оним из ст. II. §-а 45. Срп. Грађ. Зак.).

Мислимо да је овај други закључак једино могуће и правилно гледиште. То изводимо из следећег:

1. из *места овога прописа* (§-а 47.) у Српском Грађанском Законику. Он долази после једног општег прописа, после прописа о апсолутној једнакости странаца са домаћим у уживању нерезервисаних права без истицања правила о икаквом реципроцитету. — Даље он и не долази одмах и непосредно после § 45. Срп. Грађ. Зак. који поставља то правило и који одговара §-у 33 његовог изворника — Општег Аустриског Грађанског Законика. После §-а 45. долази § 46. који говори о сукобу за-

<sup>20)</sup> Међунар. Приватно Право, Београд, 1926, стр. 61. Види и примедбу 21а.

кона и који репродукује §§-е 34 до 37. Општ. Аустриског Грађ. Зак. Тако српски § 47. јавља се у систему као нова специјална одредба, која није узета из Аустриског Општ. Грађ. Зак., и ако јој завршетак личи на § 33. *in fine* Аустр. Грађ. Законика.

2. из логичности законодавца. Ако се узме први закључак о значењу § 47. као тачан, онда прва алинеа §-а 45. постаје бесмислена. Што узимати некога под савршену заштиту и не постављати за ту заштиту никакве услове, па пошто се пређе на другу ствар, опет се вратити на то да се каже да та савршена заштита не вреди, ако се не испуне неки услови? Зар би то било логично? А с друге стране опет не може се узети да је законодавац хтео бити нелогичан. Он је, морамо претпоставити, хтео доследност. Зато се пропис мора тумачити тако да му се осигура та доследност.

3. из речи — *текста* § 47.: „у опште у свима случајевима, у којима страна држава са Србима поступа као са својима, сматраће и ови закони странце као своје...“ — Закон не говори о томе да се законски, или боље рећи фактички реципроцитет односи само на случајеве нерезервисаних права. Напротив. Он поставља једно опште правило и вели: „уопште у свима случајевима“. То баш хоће да каже у случајевима чак и кад га по редовном правилу не би требало изједначити са сопственим држављанима, странац ће добити то изједначење ако у томе случају страна држава (тога странца) поступа са Србима као са својима. Закон о случајевима нерезервисаних права не говори. То је већ рекао и свршио. То га се више не тиче. Јер ту су странци већ узети под савршену заштиту као и домородци и то без икаквих услова о реципроцитету.

4. из мишљења г. Др. Лазара П. Марковића. Ранији професор Грађанског Права и писац одличног „Грађанског Права“ у своме објашњењу §-а 47. Срп. Грађ. Зак.<sup>21)</sup> сма-

<sup>21)</sup> Грађански Законик Краљевине Србије са кратким објашњењима, Београд, 1913.

тра да ово начело узајамности или реципроцитета вреди за *пошћуно* изједначење странаца са домородцем а да § 47. сам по себи не садржи никакво ограничење странаца, него прописује да у Србији грађани држава, код којих не постоји за Србе законски реципроцитет, могу „бити подвргнути нарочитим нормама“, што ће рећи да се могу извесна приватна права резервисати са сопствене држављане, али да и за тај случај странци са законским реципроцитетом имају права на једнакост у уживању тих права — ако законодавац другојаче не каже. Отуда § 47. сам по себи не поставља правило да се и за нерезервисана права тражи од странаца као услов њиховог уживања постојање законског реципроцитета.

5. из ауторитативног мишљења уваженог професора г. Живојина М. Перића. Наш уважени учитељ у већини својих дела је истог мишљења као и професор Weiss,<sup>21 а)</sup> али се у своме раду „О способности за наслеђивање румунских поданика у Србији“<sup>22)</sup> држи мишљења да је чак и код наслеђивања, где закон специјално поставља услов дипломатског реципроцита<sup>23)</sup>, дакле код једног права *пошћенцирано резервисаног*, довољан законски реципроцитет по §-у 47.<sup>24)</sup> Дакле отуда изводимо да је тај пропис поставио правило за *задржана* права, (из ст. II. §-а 45. Срп. Грађ. Зак.), — а не за она чије је уживање дато странцима код нас без икаквог услова о реципроцитету (она из ст. I. тога прописа) јер што би их раздвајао ако се обе групе дају под условима законског реципроцитета?

Усвојили смо дакле ово друго значење §-а 47. Срп. Грађ. Зак. — Законски реципроцитет није основно пра-

<sup>21 а)</sup> Последњи пут своје одлучно гледиште изнео је г. проф. Жив. М. Перић у своме одличном делу „Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Yougoslavie“. Видети о томе делу наш приказ у Архиву, јуни 1931. г.

<sup>22)</sup> „De la capacité de succéder des sujets roumains en Serbie“, Paris, 1906, Nouvelle Revue Pratique de Droit International Privé.

<sup>23)</sup> § 423. Срп. Грађ. Зак.

<sup>24)</sup> Г. Перић ово поткрепљује примерима наше јудикатуре.

вило. Он је изузетак. Странац има у Србији сва она приватна права, која ужива и сопствени држављанин, сем оних за чије уживање законодавац тражи специално својство сопственог држављанина; другим речима § 47. односи се само на та резервисана права из §-а 45. Срп. Грађ. Зак. Једнакост је правило. Изузетак је резервисаност права за домаће држављане. Па чак и у томе случају ако другојаче није предвиђено — постоји правило фактичког реципроцитета, али само као услов за уживање и тих резервисаних права.

Из овога излази као једини правилни закључак да систему правног положаја странаца по Српском Грађанском Законику не одговара *тип законског реципроцитетa*, чије је главно обележје *рекорзија у свима правима у ошће*. То не постоји у Српском Грађанском Законику. По томе систему судови немају права реторзије за нерезервисана права из ст. I. §-а 45. Срп. Грађ. Зак. Постоји само право законодавства да изречно постави за одређено право резервисаност, која се опет своди на услов фактичког реципроцитета.

Дакле Српски Грађански Законик поставља као основио правило у уживању приватних права *пошћуно изједначење странаца и сопствених грађана и то без икаквог услова реципроцитетa*, а изузетак постоји само за нека приватна права, нарочито и појединачно наведена у законодавству, за која чак — у одсуству супротне одредбе — пада то ограничење под условом законског реципроцитета.

Овај систем, који налазимо у Српском Грађанском Законику јесте систем чији је карактер *тип проглашене једнакости*, јер је реципроцитет изузетак а не правило. И то тип проглашене једнакости старији од италианског, јер Српски Грађански Законик проглашен је 1844. г. а италиански *Codice Civile* тек 1863. г.

Што се на западу Србија убраја у ред земаља чији систем законодавстава о правном положају странаца је типа законског реципроцитета, држимо да је та појава последица општег сазнања да је наш Грађански Законик

рецепција Аустриског Општег Грађанског Законика и резултат изведен из превода, и сувише литералног, §-а 47. Срп. Грађ. Зак. у наведеном чланку покојног Ђорђа Павловића. Једна укорееена зблуда, коју — надамо се — неће бити тешко побити, и за то на њу скромно указујемо.<sup>25)</sup>

<sup>25)</sup> Видети Milan Bartoché „Exposé du Droit international privé, notamment du Droit international commercial selon la législation et la jurisprudence yougoslave en Serbie, Paris, 1927, p 107—115.

## ЗНАЧЕЊЕ ТЕОРИЈЕ О НАЈВЕЋОЈ ВРЕДНОСТИ ОБВЕЗА У НАШЕМ МЕЂУНАРОДНОМ МЕНИЧНОМ ПРАВУ\*

Наше раније, србијанско, менично законодавство (Трговачки Законик за Србију—§§-и 76 до 170) било је израђено по угледу на старије немачке законе. Нарочито је ту потребно указати на старији Немачки Менични Законик, који је израђен на Лајпцишким Правничким Конференцијама од 1847. године.<sup>1)</sup> Под таквим приликама питање сукоба закона, у погледу правно-пословне способности странаца, добило је свој конкретни облик у усвајању немачког система.

Основни текст у овој материји, био је § 168. Срп. Трг. Зак. :

„Способност странца менично обвезати се, суди се по законима земљи, којој странац припада. Но ипак ако је по српским законима способан и у Србији меничне послове предузме, менично је обвезан.“

Анализа тога параграфа показује:

1) Да је српски законодавац изрично био примио за *лични статус* национални закон као опште правило за оцењивање личне способности за предузимање меничних обвеза. То начело узето из немачког законодавства одговарало је у Међународном Приватном Праву општем схватању доктрине и јуриспруденције целог културног света. Све модерније правне школе су у овоме неподељене. Само неке од њих себи допуштају већа или мања одступања од постављених правила.

\* Архив, јануар 1928. г.

<sup>1)</sup> Protokoll der Leipziger Wechselkonferenz, № 34 (17. XI. 1847).

То правило било је у осталом и у складу са § 5. Срп. Грађ. Законика: „Сваки житељ српски, био он у Србији или ван Србије, имаће се ових закона држати“. Из тог параграфа, правило о поштовању личног статуса Србиновог у иностранству да се лако закључити. У томе је наша јуриспруденција заједно са доктрином, у опште узев, сагласна. Такво је мишљење изразио и Др. Нинко Перић<sup>2)</sup>. — Обрнуто, пошто нема никаквог специалног прописа, правилно и правично је, налазимо, закључити путем аналогije да је и странац у погледу оцене његове пословно-правне способности у Србији, у опште узев, потчињен својим личним т. ј. националним законима.

2) Да је српски законодавац, по угледу на свој немачки изворник, учинио од тога основног правила у области Меничног Права, одступање примењујућу *теорију највеће вредности обвеза* предузетих од странаца на нашој територији. Странац, који је предузео меничну обвезу на нашој територији био је правилно — за наше законе и судове — ту обвезан, чак ако је и по законима своје земље за то неспособан, само ако се сматра — апстрахујући туђу националност — по својим објективним личним својствима, посматрајући га као домаћег држављанина, по српским законима, за то способним.

И ако ова теорија трпи велику и доста оправдану критику, она има и својих бранилаца. Главна критика ове теорије се садржи, резимирано, у овоме: Закони су, по Монтескију, израз средине, менталитета и расе државе која их је издала. Зато национални закони најбоље могу да изразе оцену о приближној личној способности појединаца за овај или онај правни акт. Други законодавац не може тачно да оцени са истом тачношћу способност странца за правну радњу, јер он има пред очима менталитет и расу народа над којим врши своју суверену власт. Међутим зрелост једнога младића од 18, 20 или 24 године не мора да даје оправдања на постављање једнаких законских претпоставки о способности кад се узме у обзир један Југословен упоређен са једним Швеђанином. Способност за менично обвезивање једног шумадишког сеља-

<sup>2)</sup> Међународно Приватно Право, Београд, 1926, стр. 117 и 118.

ка пре рата од 1914 г. није се могла подједнако одређивати као и способност једног белгиског фармера. Национални закон најбоље може ценити подобност за пословну способност, јер он је најбоље у стању да процени менталитет, стварне прилике живота и расне особине лица, која чине нацију, коју тај законодавац обвезује својом врховном вољом.

Али поред свега тога разне школе допуштају овај или онај разлог за одступање од постављеног основног правила. — Све то чине обично само у корист сопствених поданика, а на штету странаца. То чине конструишући разне теорије да би заштитиле сопствене држављане од изненађења до којих их могу довести њихови уговори закључени на домаћој територији са странцима. Ми се нећемо овде упуштати у излагање и критиковање тих теорија. Узгред помињемо да оне све имају једно заједничко обележје. Постоји један заједнички разлог — онај горе наведен: домаћи пословни човек може у доброј вери (савесно), верујући да уговара са странцем способним лицем, преварити се о његовој способности тако да странац, способан по законима земље где се преговара, буде у ствари неспособан по законима државе, којој припада.

Главно напомињемо да су теорије француске о овом предмету мање апсолутне од немачких. — Неке од француских теорија траже да је странац био несавестан, да је злоупотребио свој положај и да је својим радњама на преварни начин дошао до уговора са домаћим држављанином<sup>3)</sup>, то је т. з. *теорија грађанског неправда* (*théorie du délit civil*). — Друга француска теорија не иде тако далеко, не траже у радњи странца никакви преварни начин, никакво грађанско неправдо, већ се задовољава да је домаћи саговорач био не само савестан, него још и опрезан. Тражи се да се домаћем саговорачу не може ништа приговорити, да је што пропустио да се тачно обавести о пословној способности свога саговорача — странца Н. пр. трговац у Паризу прода накит

<sup>3)</sup> Bartin, Droit Civil Approfondi, Cours 1925—26, p. 47. et. s.

за готово једном Аустрианцу од 23 године који врло добро говори француски и који има изглед Француза старијег од 21 годину (дакле пунолетног и способног). Ова теорија опрезности, може се рећи, доминира јер она је у главном усвојена од стране француске јуриспруденције. Ову теорију бране највећи цивилисти, нарочито г. г. Aubry и Rau<sup>4)</sup>. Та теорија позната под именом *теорије одсуства могућности чињења прекора о неопрезности* (*théorie de défaut de tout reproche d'imprudence*) има свој велики значај данас у Француској. То подвлачимо. — Трећа би била *теорија савесности*. Довољно је да Француз није знао да је његов саговорач, који је способан по француским законима, неспособан по својим националним прописима, који су били и остали непознати саговорачу Французу све до грехутка закључења уговора (*théorie de bonne foi*). — Подвлачимо и то да се логички све француске теорије могу свести на *идеју о неправу*. Неки писци (међу њима и г. Bartin<sup>5)</sup>) покушали су да све те теорије сведу на једну општу теорију, чији је основ *грађански деликат*, који странац чини било преварним било прећутним скривањем свог својства о томе да је он пословно неспособан. Та теорија, у основи логична, подложна је великој критици. Међу критичарима цитирамо г. проф. Пиедиевра<sup>6)</sup>. По њему, а то је тачно, свако није способан ни за деликат; само онај ко је способан као грађански деликвент, може одговарати за своје *неправо*. Иначе та одговорност пада на трећа лица, чуваре (родитеље, старатеље и т. д.) неспособног лица. Затим ваља се добро чувати да се (баш због горњег) помешају два одељена питања, питање *о вредности једног посла због деликта* и питање *о одговорности за штећу из деликта*. Завршавамо ово неколико речи о француским теоријама фактом да се велика

<sup>4)</sup> Cours de Droit civil français, VI édition, I tome, § 31, sous. II et III.

<sup>5)</sup> Les exceptions d'applications de la loi nationale à la matière de l'état et de la capacité, à son cours cité.

<sup>6)</sup> Cours de doctorat 1925-26. Sur les responsabilités des conventions et de la loi.

већина писаца одлучно противи сваком одступању од националних закона у односу на њихову примену на лични статус странца који уговара са Французом на француској територији. Међу тим критичарима се нарочито истичу г. г. Сирвил и Артиис,<sup>7)</sup> који веле да теорија о грађанском неправу овде отпада по себи. Нико се не може користити својим деликтом. Ипак ако ко учини деликат издајући се за способног, он опет остаје неспособан за посао, само одговара за деликат који је учинио својом преваром. С друге стране пак свако има дужност да се увери је ли личност са којом уговара, способна за то. То нарочито вреди код менице. Нико не да на меницу, по правилу, ништа, док не позна вредност њених потписника.

С друге стране немачки закон, па по њему, и наш законодавац су усвојили теорију највеће вредности обвеза у погледу на решење сукоба закона о меничној способности странаца. Ова теорија је осим тога усвојена у Угарској<sup>8)</sup>, у Шведској, Норвешкој и Данској<sup>9)</sup> у Швајцарској<sup>10)</sup>, и у Бразилији. Исто тако и у царистичкој Русији по меничном и чековном закону (§ 82) постојала је против странца законска необорљива претпоставка, заснована на теорији највеће вредности обвеза.

Нећемо да критикујемо ову теорију, која збиља има за задатак да ограничи злоупотребе странаца противу домаћих, јер — ретки су изузеци — правило је да странац, који потпише меницу добро зна да ли је за то способан (или не) по своме меничном законодавству. Можемо оваквом одступању од једног општег правила, које збиља треба да служи као једна од начелних доктрина у материји решења сукоба закона избиших у Међународном Приватном Праву. Изјашњавамо се за национални закон,

7) *Traité élémentaire du Droit International Prive*, Paris, 1924., № 479.

8) Закон од 1876. — § 95.

9) Скандинавски заједнички менични закон од 1880. — § 84.

10) У V глави Федералног Грађанског Законика, некадашњег Облигац. Законика од 1881. — § 822.

а све три француске теорије одбацујемо примедбом да је теорија о неправу збиља тачна у колико обвезује странца, само верујемо да су мишљења г. г. Пиедиевра, Сирвила и Артииса довољно снажна да укаже да се у тим случајевима одговорност странца не базира на једној вештачкој способности већ на против на деликтној одговорности. Али то сама теорија о неправу није признала. За њу неправу даје важност уговору, а не ствара нови основ одговорности. По тој теорији у питању је једна обавеза *ex contractu* а никако *ex delicto*.

Али кад оставимо ту теориску концепцију, морамо водити рачуна да смо имали код нас један позитиван закон: другу реченицу §-а 168. Срп. Трг. Зак. „Но ипак ако је по српским законима способан и у Србији меничне послове предузме, менично је обвезан.“

Закон био је усвојио теорију највеће вредности меничне обвезе странца у Србији. Вреди менично изјашњење било да српски, било да странчев национални закон о његовој личној способности, признаје да је странац менично-пословно способан. Другим речима једна менична обвеза преузета од странца у Србији не вреди само у случају ако једновремено и српски и странчев закон о личној способности, сагласно, сматрају да је странац у питању пословно неспособан, — *Ratio legis*, као што то узимају друге земље са истим законским прописом, је ван дискусије. То је заштита домаћих пословних кругова од странаца.

Међутим на један необјашњив начин србијанска јуриспруденција није тако протумачила овај законски пропис. Код г. Стеве Максимовића<sup>11)</sup> нашли смо један забележени случај где су Шабачки Првостепени Суд па и Касациони Суд генералисали значење ове законске одредбе. Они су сматрали да српски сељак, који по законима своје државе није бар био менично способан, може се у другој земљи менично обвезати, ако је по законима те државе способан. Међутим ова одлука није усамљена. И код г. Др. Гојка Никетића имамо једну такву одлуку.

11) Нова Збирка.

Кад се земљоделац менично *обвезе по меници са местом плаћања у иностранству* онда је и он, и ако је земљоделац, а као такав је по § 77. Срп. Трг. Зак. био неспособан да се менично обвезе у Србији, дужан *доказати да и у страниј држави*, у којој се менично обвезао, није способен за такве послове, јер по § 168 Трг. Зак. странац који је у својој држави *није менично способан, може се у другој држави обвезати* ако је по закону те државе способен<sup>12)</sup>. Ова одлука, коју цитира г. Др. Гојко Никетић, има једно још веће значење. По њој чак није ни потребно да се ко обвезе у иностранству у строгом смислу те речи. Довољно је да то буде учињено и у земљи т. ј. да је менично изјашњење дато у земљи али са местом плаћања у иностранству.

Ова јуриспруденција није усамљена. Она је нашла присталица и у доктрини. Њу је задржао и г. проф. Ђорђе Несторовић.<sup>13)</sup> Код њега налазимо генералисано значење те одредбе Срп. Трг. Зак. Он сматра да једна менична обвеза, с обзиром на меничну пословну способност свога издаваоца, важи било да је он способен по својим националним било по териториалним законима места делања. Његов закључак од речи до речи гласи: *„странац, који је предузео меничну обвезу у туђој земљи, мора да за исту одговара и ако је, по законима своје земље, неспособан, само ако се сматра за способна по законима оне земље, у којој је преузео меничну обвезу.“* Из примера који следује видимо да је г. проф. Несторовић у наведеној апстрактној формули мислио баш на Србина (н. пр. сељака) који издаје меницу у иностранству, где је менично способен саобразно териториалном законодавству.

Нама је чудна та јуриспруденција а још чудније њено одобравање од стране науке. То је врло лојално примењивати исте доктрине и у корист и на штету својих сопствених држављана. То збиља значи гест међу-

<sup>12)</sup> Збирка Закона, III (Трговачки Законик код § 77, стр. 71), О. о. од 17. 8. 1889. № 5321.

<sup>13)</sup> Менично Право, Београд, 1923., стр. 205., № 394.

народне солидарности, који ми, као и сваки приврженик идеје јачања међународног духа у правним односима националних држава, морамо да похвалимо.

Али ако се апстрахује та наша тежња *de lege ferenda*, та идеја, коју заступамо у правној политици, и ако изучавамо случај саобразно владајућим доктринама у Међународном Приватном Праву и са тадањег гледишта *de lege lata* у ранијем србијанском законодавству (пре југословенског Меничног Закона) — мораћемо сматрати такву јуриспруденцију и такав доктринарни закључак као погрешне.

Друга алинеа §-а 168. Срп. Трг. Зак. по своме духу, по своме писменом саставу, а нарочито по своме извору у немачком законодавству, имала је карактер одредбе, засноване на примени теорије о међународном јавном поретку у његовом териториалном (српском) значењу. Циљ ове одредбе био је јасно одређен у правцу да се тако постигне његова улога т. ј. да се осигура јавни кредит у Србији. Отуда се њена примена имала огроничити само на странце у Србији (а не и проширити на Србе у иностранству).

Законодавац је у првој алинеи поставио правило: способност меничног обвезивања се цени по националном закону. У другој реченици био је учинио један одређен изузетак: изузетно од генералног правила способност странца који се менично обвезује у Србији има се ценити по териториалном (српском) закону. Изузетци се, по општим правним принципима, имају уско тумачити. Закон у изузетку није говорио о Србима на страни. За њих није постојао изузетак. Зато ту је важило опште правило: способност се одређује по националном закону.

Присталице схватања Касационог Суда могу нам приметити да случај Србина у иностранству није предвиђен. И даље да је ту законску празнину ваљало попунити путем законске аналогије (§ 10. Срп. Грађ. Зак.). За основу аналогије узео би се случај странца у Србији, случај у суштини идентичан са случајем Србина у иностранству. Такво је било закључивање, које је руководило и Касациони Суд и професора г. Ђорђа Несторовића, у својој ос-



нови потпуно погрешно. Аналогије код изузетака нема. И зетак се рестриктивно тумачи. Све што није изречно изузето — остаје под општим правилом. Ипак у пракси бива примера да има аналогије и код изузетака. Признајемо да се сви, врло често, саобразно духу институције у питању, не бунимо против тога већ обрнуто сви одобравамо ту аналогију код неких изузетака. Али подвлачимо, само за случај ако је то саобразно духу правне установе у питању. Међутим код нашег примера баш се дух установе, као такве, противи аналогији са тим изреченим изузетком. Интерпретација се не може вршити посматрајући једну једину одредбу као целину. Тумачење законских одредаба нужно је везано за посматрање целине правног система. Зато ако би интерпретирали ову одредбу као интерални део правног система тадањег нашег позитивног права дошли би мо до закључка да је то генерализација било овде противно правноме духу система тадањег српског позитивног права.

Српски законодавац (§ 5. Срп. Грађ. Зак.) изрично се изразио да се Срби и у иностранству имају држати српских закона. То основно правило о важењу националних закона за Србе у статусном погледу нико нигде није порекао. Тако јасну одредбу нико не може дерогирати, путем аналогије, једном другом одредбом заснованом на правном односу странаца, узетих као таквих (§ 168. Срп. Трг. Закона.)

Али то није све. Интерпретирамо дух поједине установе не само саобразно систему националног позитивног права државе којој припада одредба која је у питању. Интерпретирамо га још и саобразно социјалном духу човечанског, културног друштва у коме се одредба сматра као један од израза заједничке цивилизације. Ово нарочито с обзиром на њен значај у законодавству које је служило као основ за рецепцију. То је оно често позивање коментатора нашег Грађанског Законика на његов извор — на Аустриски Грађански Законик. Ту норму налазимо у немачком меничном законодавству. На Лајцишким Конференцијама<sup>14)</sup> вођена је

<sup>14)</sup> locus cit.

врло жучна дебата о томе ваља ли одредбу у питању усвојити или не. Из протокола тих Конференција видимо да је резултат те дебате био врло карактеристичан и да је одредба о примени теорије о највећој вредности обвеза једва продрла са 9 : 8 гласова. И том приликом изречно је наведено да је то једна изузетна одредба, која представља примену теорије о међународном јавном поретку ради осигурања домаћих поверилаца противу иностранних дужника, који буду уговарали у Немачкој. И сад кад позитивно знамо извор ове норме, морамо схватити да је српски законодавац био усвојио ту норму као готово правно правило цивилизованог света, које он преноси у свој систем и усваја за своје. Отуда је та норма постала својина српског правног система, али њен значај остао је исти: та је одредба била прописана у интересу међународног јавног поретка (схваћеног по територијалној српској концепцији), по коме ваља бранити Србе у опасности од странаца привидно способних.

Сматрамо дакле да та одредба не може имати никакво друго значење до оно које је имала и има у немачком законодавству.<sup>14a)</sup> То је проста примена теорије највеће вредности обвеза и то у њеној примитивној форми. Форма опште усвојена у Међународном Приватном Праву, у Европи је потпуно саобразна тексту српског закона (§ 168. Срп. Трг. Зак.). Само се странчева способност имала мерити једновремено и по националном (lex personae) и по територијалном закону (lex loci contractus). Србинова способност увек се цени само по националном закону (§ 5. Срп. Грађ. Зак.), јер његов национални закон је уједно и онај једини територијални закон чије очување српски законодавац може, у извесним случајевима, сматрати за оправдање примене теорије о међународном јавном поретку. — Потпуности ради наводимо да је нашег мишљења о томе да је ово једнострано колозиона норма био и поч. проф. Спасоје Радојчић<sup>15)</sup>, али није давао никакво објашњење својих раз-

<sup>14a)</sup> Art. 84, Satz II. der deutschen Wechselordnung.

<sup>15)</sup> Трговачко Право, Београд, 1890., № 640, § 1.

лога, нити је помињао да је јуриспруденција фиксирана у супротном смислу.

Завршујући своје излагање налазимо још један аргуменат за наше мишљење како је ваљало разумети ову, сада већ укинуту, норму. Ако се допусти сопственом држављанину да увећа своју способност прелазећи у иностранство, онда законодавац свечано демантује сам себе. Значи да онда он не цени способност свога држављанина саобразно потреби за заштитом, која му је нужна с обзиром на однос између интелектуалног развоја лица у питању и важности последица које ће проузроковати изјава воље у питању. Обрнуто, у томе случају би се законодавац просто ограничавао да цени способност само с обзиром на средину у којој се воља изјављује. Ако је та средина ван домака његове суверене власти, онда се способност не може одређивати по националном него по териториалном закону, јер је једино териториални законодавац у стању да одреди пословну способност и заштиту неспособном за изјаву воље, ако та способност има да варира према средини у којој се закључује правни посао. У Међународном Приватном Праву већ је формиран појам да се способност за правну радњу одређује по претпостављеном интелектуалном развоју средњег типа појединца једне средине и то у односу на правне последице изјаве воље у питању а не у односу на ниво средине, у којој се дела. Отуда законодавац, по правилу, имао би да сматра неспособним и у земљи и на страни, свакога онога ко му не пружа довољно гаранција о својој способности, о томе да ће се разборито и слободно моћи изјавити правну вољу у средини, у којој тај законодавац врши своју функцију. Ни један законодавац не признаје другом суверенитету права да контролише његову тако суверено изражену вољу. Отуда за њега је неспособан свуда и на сваком месту сваки његов сопствени држављанин, кога је он прогласио неспособним, па макар га и туђа законодавства сматрала и за способног.

Али зато сваки суверенитет признаје себи право контроле туђих закона, право које другоме одбија.

Сваки законодавац себе овлашћује да суверено одреди пословну способност странаца на својој територији, без обзира на национално законодавство странца у питању. Само ипак то није правило. Међународно - правно правило је ово: пословну способност одређује национални законодавац. Али то одређивање везује друге државе само док и ако то не вређа међународни јавни поредак. Шта је то међународни јавни поредак? То сваки законодавац сам одређује у својој домени. Дакле ту ревизију персоналног закона сваки териториални законодавац одређује суверено. И србијански ју је био одредио усвојивши теорију о највећој важности обвеза, али он је ту теорију примењивао само на странце, а не и на домаће у иностранству, као што је то погрешно закључивао наш Касациони Суд.

Тако је ваљало разумети ствар по србијанском законодавству. Међутим доношењем новог југословенског Меничног Закона ситуација се променила. Сада је ме-  
родаван § 95. Меничног Закона чији текст гласи:

„Способност лица да се обвезе меницом одређује закон његове земље. Ако би тим законом био проглашен меродавним закон које друге државе, онда ће се примењивати тај последњи закон.

Лице које би било неспособно према закону означеним у предњем ставу, ипак је пуноважно обвезно, ако је обвезу примило у подручју државе по чијим би законима имало способности да се обвезе.“

Овај текст који репродукује чл. 74 Хашког Униформног Реглмана потпуно одговара ранијој србијанској јуриспруденцији. Он је двострана норма. То значи он се има применити и на странце који се обвезују у Југославији и на Југословене који се обвезују у иностранству.<sup>16)</sup> Да је то тако види се из чл. 18 Конвенције за спровођење Хашког Униформног Реглмана. По чл. 18 ниједна држава није била обвезна да теорију о нај-

<sup>16)</sup> „Zweiseitigen Kollisionsnormen — Hans Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, Leipzig, 1930, I, № 6

већој вредности обвезе схвати као једну двоструку колизиону норму, већ је свака држава овлашћена да ту теорију схвати као заштитну меру домаће средине од странаца. Наша држава није се користила тим овлашћењем већ је усвојила ову теорију као опште правило.<sup>17)</sup> Зато српска јуриспруденција иако је погрешна за правилно разумевање §-а 168. Срп. Трг. Зак., ипак даје уверење да ће се § 94. Меничног Закона правилно примењивати, иако он — верујемо — мора претрпети озбиљну критику напред наведених разлога који указују да би било боље да је законодавац теорију о највећој вредности обавезе схватио само као једнострану заштитну меру домаће средине против несавесних странаца, јер ће иначе она дати могућности пословно неспособним домаћим држављанима да се несавесно потчињавају страном закону који их чини менично-пословно способним и да тако изигравају домаћи закон<sup>18)</sup>, ствар која није за препоруку и због које је у Конвенцију за спровођење Хашког Реглиама и ушао чл. 18.<sup>19)</sup>

<sup>17)</sup> Види даље наш чланак „Менични Закон према Хашком Реглану“, одељак В (Отступања од текста).

<sup>18)</sup> Види даље наш чланак „Изиравање Закона у Међународном Приватном Праву“.

<sup>19)</sup> Слична одредба садржи се и у Женевском Меничном Реглану, односно у Конвенцији одређеној за решавања извесних сукоба закона у материји Меничног Права; у чл. 2 те Конвенције у ставу I. проглашује се као меродаван персонални закон, у ставу II. предвиђа се као нормална примена теорије о највећој вредности обвезе а најзад у ставу III. признаје се свакој држави право да ту теорију примењује само према странцима, као једнострану норму због заштите своје средине од привидно способних странаца. — Ту се вели:

„Свака од Високих Страна Уговорница овлашћена је да не призна важност обвезе које узму на себе у материји Меничног Права њени држављани које се сматрају као пуноважне на територији других Високих Страна Уговорница једино на основу примене предњег става овога члана“ (т. ј. на основу примене теорије о највећој вредности обвезе — Види о томе: Др. Бертолд Ајзнер, Женевска Конференција за изједначавање Меничног Права, Београд, 1931 г., стр. 72 и 73.

## ДУЖНОСТИ ЗА ОЧУВАЊЕ ПРАВА У СРПСКОМ МЕЂУНАРОДНОМ МЕНИЧНОМ ПРАВУ\*

Једно врло деликатно питање у Међународном Меничном Праву, које се врло често поставља у пракси, и које тражи хитно и сигурно решење — то је проблем о сукобу закона за случајеве кад су у питању делања ради очувања права која проистичу из менице (т. з. делигентне радње).

До скоро то се питање више мање сводило на питање форме. То је било једино питање о коме се водило рачуна. И ту се решење постављало на један врло прост начин. Питање форме делања ради очувања и ради извршења права, која проистичу из менице, решавано је по закону места, где се те радње предузимају. То је правило мање више било усвојено, не само у Српском Меничном Праву (§ 170 Срп. Трг. Зак.), већ свуда и то како у законодавству (нарочито у свима ранијим покрајинским законодавствима у нашој отаџбини<sup>1)</sup>) тако и у доктрини, оно је тако решено и у Југословенском Меничном Законику — § 96.<sup>1а)</sup>

На том питању форме у доктрини има размимоилажења. Обично код старијих писаца, а код писаца Трговачког и Меничног Права још и дан данас, сматра се да је то питање решено применом правног правила из

\* Архив, априла 1928. г.

<sup>1)</sup> Види Др. Милан Шкерлиј, *Менично Право*, Ljubljana, 1922. г., стр. 274.

<sup>1а)</sup> „Облик и рокове протеста као и облик осталих чињења потребних за вршење или одржавање меничних права одређују закони државе на подручју које треба подићи протест или извршити дотично чињење“.

Обичајног Међународног Приватног Права познатог под именом *Locus regit actum*, које је било тако омиљено за сва питања форме и заснивања доказних сретстава, код — тако рећи — свих последника теорије статута.<sup>2)</sup> Неспорно је да је то у свом широком значењу врло тачно. Место где се акт обавља збиља решава каква ће бити форма акта, само ипак то није, у своме техничком, боље рећи у своме модерном техничком, смислу увек доктрина о *Locus regit actum*. То правило данас — ни у школи персоналистичког схватања, ни у модерном (чак ултра-модерном) неонатуралистичком посматрању Међународног Приватног Права (као низу правила да се боље заштити друштвена благодет очувањем заједничке сарадње свих културних држава на осигуравању уживања приватних права независно од државних граница) — нема карактер који му се овде приписује. По §-у 170. Срп. Трг. Закон. и §-у 96. Југ. Мен. Зак.<sup>3)</sup> овде је *обвезно* регулисана форма по закону места где се дела. Међутим по општем данашњем схватању обичајно правило о *Locus regit actum* у Међународном Приватном Праву је *факултативног* значења. Чим се локални закон појављује као обвезан он одмах мора имати неки други карактер, независан од правила о *Locus regit actum*. Ту се разликују доктрине око објашњења који је то локални закон, који одређује форму делања ради одржавања и вршења права, која проистичу из менице (дiligентних радњи).

Овде је јасно да се форма тих аката има решити по обвезном правном правилу по коме се чисто и јасно примењује закон места где се ти акти чине. У те акте долазе: тужбе, протести, нотификације, поштовање и прекидање рокова. Сама правна природа аката објашњава због чега се овде *обвезно* примењује локални закон места, где се ти акти предузимају. Та су делања, скоро

<sup>2)</sup> Škerlj, loc. cit.; Спасоје Радојчић, Основи Трговачког Права № 884.; Несторовић, Менично Право, Београд, 1923.г., № 401 и 402.

<sup>3)</sup> Такав обвезни карактер брани Dr. Тома Павловић, Основи Меничног Права и Коментар новог Меничног Закона (латиницом), Нови Сад, нарочито пример под б у № 1118 уз § 96. — Види белешку о тој књизи у „Архив“-у за септембар 1931. г.

увек — по правилу —, акти било парничног било ванспорног судског поступка. Зато се ту њихова форма одређује по локалном закону али не с позивом на правило о *Locus regit actum* већ по другом једном освештаном начелу у Међународном Приватном Праву, по коме судови и јавни судски службеници (бележници, извршиоци и т. д.) у вршењу званичне дужности све своје акте склапају једино по закону суда коме припадају, по *lex fori*, чија је примена за њих обвезна, без обзира на све друге законе о форми.

И док се са овом исправком о теориском значењу *локалног обвезног закона за одређивање форме делања* у питању решава практично само питање о разумевању, боље рећи о оправдању законског прописа, дотле је пред нама још увек, нарочито с обзиром на Југословенско Међународно Менично Право, отворено једно много важније питање.

Све је, практично јасно што се тиче сукоба закона односно форми у којима се делања у питању имају обавити, да би се могло сматрати да су она добила своју правну пуноважност. То је питање форме, видели смо, решено обвезном применом закона места делања, правилом које многи, код нас сви скоро, зову правилом о *Locus regit actum*, а које, по новијој и прецизнијој терминологији, пре сматрамо као *lex fori*. Али ту се поставља и једно друго питање. Док је с једне стране териториални сукоб закона односно форме, дотле се с друге стране долази до потребе решења таквог сукоба закона односно тога, који је, од закона у питању, надлежан да реши регулисање самих материјалних одредаба у овом проблему — а то је питање: *која су то делања што се посматрају као нужна и неопходна да би се једно право, које проистиче из правне услове менице, очувало?*

Одмах да укажемо на разлике. Решењем сукоба закона односно форме регулисаћемо форму у којој се има обавити делање потребно ради одржања права, која проистичу из менице. Добро, али то је питање, које се поставља тек у другоме реду. У првome је реду једно друго, важније и основније: *која су то делања, чија се*

*форма има утврдиши?* Дакле тек решавањем овога питања долази се до могућности упуштања у решавање сукоба закона о форми.

Ни Српски Трговачки Законик није имао а ни Југословенски Менични Закон, као ни његов изворник Хашки Униформни Реглман,<sup>3а)</sup> немају одредбе о томе основном питању. Једна одредба о сукобу закона код делања ове врсте била је раније у §-у 170. Срп. Трг. Зак., а сада је у §-у 94 Југосл. Менич. Закона. Али они говоре само о форми. Решење смо видели.

Г.г. Ђорђе Несторовић<sup>4)</sup> и Спасоја Радојичић<sup>5)</sup> сагласни су у томе да је законодавац у наведеном законском пропису<sup>6)</sup> имао у виду не само формалности у колико се тичу форме у правом и ужем смислу те речи, већ још и у погледу тих формалности посматраних као самог делања, дакле решење потребе да се предузме акт за очување права, да се испуни услов и њиме се право очува (да се право може остварити судским путем). У овоме погледу је нарочито карактеристично навести категорично тврђење г. проф. Несторовића: *„Да ли ће се извесни правни поступци предузети ради одржања дојичног права, решава закон оног места где је обвеза предузети. Према томе хоће ли се извесни поступци предузети или нотификација учиниши зависи од места где нотифицирани живи.“* Нека нам то буде опроштено: прилично смо збуњени оваквим решењем. Прво из речи пок. Спасоја Радојичића и из излагања професора г. Ђорђа Несторовића могло би се закључити да је место извршења обвезе релевантно и за одређивања закона који ће регулисати да ли је предузимање каквог акта нужно ради одржања свога права. То решење, као што ћемо показати, сматрамо нетачно а самим тим и лишено сваке вред-

<sup>3а)</sup> Тако и у чл. 8 Конвенције одређене да регулише извесне сукобе закона у материји Меничног Права уз Женевски Менични Реглман.

<sup>4)</sup> *op. cit.*, № 401 i 402.

<sup>5)</sup> Цитирано дело, стр. 219.

<sup>6)</sup> § 170 Срп. Трг. Зак.: „Форма делања ради одржања или извршења права из менице на каквом страном месту, опредељава се тамо вредним законом.“

ности. Али с друге стране не поричемо му логичност. Ово решење се, за унутрашње право, може схватити. То је аналогија два случаја. Али и ако на први поглед логично, оно је, у својој основи, у својој вези са Међународним Приватним Правом, нетачно. *Lex fori* збиља решава поступак, па и форму послова у поступку код једног суда, али тај закон не одређује и то да ли је нужно тражити тренутну заштиту код тога суда за случај, ако би се спорно питање имало мериторно решити ван домака закона суда у питању.

Зато тако решење не сматрамо да је сагласно са општим начелима Међународног Приватног Права. За нас закон који одређује дејство уговора одређује који су то акти које ваља предузети да би се очувало право у питању. Тако ако је менични уговор регулисан н. пр. по југословенском закону, онда није потребно предузети никакве друге кораке за одржање права из менице до оне које предвиђа наш закон, па ма да се у месту предузимања тих корака, које тражи наш закон (н. пр. протеста, нотификације и т. д.), траже још и предузимање неких других аката (н. пр. још и судска опомена пре протеста). Ипак и за нас тај локални закон има врло важан значај чак и у погледу предузимања делања а не само форме. По закону уговора одређено је која су то делања, која поверилац мора да изврши да би очувао своје право. Он то одређује и та се делања имају извршити. Тек после тога долази закон места где се ти акти имају извршити: он одређује да ли их је могуће (или не) предузети. Од њега не зависи потреба да ли се имају да предузму. Ту потребу одређује закон уговора. Али закон места делања решава има ли правне могућности за њихово извршење. Тако н. пр. ако се уговор нормира по једном закону који захтева безуспешну нотификацију преко суда пре протеста, онда она се мора и извршити. Али ако је место нотификације у Каиру, онда ће египатски закон (као локални закон места, где се акти морају предузети) одредити да ли је она могуће (или не) да се ти поступци и обаве. Ако да овај други (као што и јесте) закон нађе да је то немогуће

(јер се такав акт, као нарочита правна установа, тамо не познаје) онда се то јавља као законска препрека за извршење обвезе. То ни у колико још није ослобођење од делања. Закон, који одлучује уговорна дејства (*закон аутономије воља странака* или *lex loci contractus* као презумирани изабрани закон) остаје и даље у снази. Али овде обвеза се не може извршити и то без кривице обвезане стране. Зато је на обвезаној страни да докаже ту немогућност. Докаже ли, онда ће се она *извинити* (а не ослободити) због невршења те своје дужности, јер је у томе била ометена сувереном вољом државе, на чијој је територији ваљало делати (то је био *fait du prince*.)

Схватимо да је ово наше *једино могуће* објашњење сукоба закона односно делања ради очувања права, која проистичу из менице по нашем југословенском схватању о Међународном Меничном Праву. Законодавац дао је своју реч само у колико се тиче форме аката. Али он не говори и о самим актима. Тако менични уговор, који се управља по југословенским законима, ослобођен је сваке предходне неуспеле нужне нотификације пре протеста, чак и ако је дужник у питању (па и протест заискан) у месту где је то (по тамошњем закону) нужно: довољно је да је сам протест (као такав — одвојен од свега другог) саобразан пуноважној форми по закону места где је заискан.

Завршавамо: за нас закон, који регулише менични уговор у својој суштини, одређује да ли ће се извршан акт за очување права из менице (дiligентна радња) морати предузети или не. То предузимање аката, за нас, представља један од битних (можда и прећутних, али у закону прописаних) услова, на које су странке мислиле (или имале да мисле) при закључивању уговора. Отуда ако се то делање (тај услов) не испуни, онда закон, који га поставља, има да одреди какве ће бити последице због неиспуњења тога услова. То подвлачимо: локални закон места, где је такав акт предузет, одредиће само форму, односну правну важност аката у погледу на форму, као и правну важност (ништавност, рушљивост, могућност попуњавања недостатака) акта у питању за случај ако би форма била повређена. Другим речима:

тај ће закон одредити хоће ли се узети да је акт учињен или не. Али кад се једном реши то питање, питање форме, онда је на закону уговора (а не на закону места) да одреди правне последице, које произилазе из пропуштања делања.

Решењем тога питања форме, нису решена питања суштине, ни питања који су то акти који ће се предузети, ни питања које ће правне последице наступити због пропуштања предузимања аката у питању. У оба ова два питања једно је јасно: предузимање дилigentних радњи и последице пропуштања њиховог предузимања значи поштовање (односно неиспуњавање) услова који су постали заједно самим уговором, који су његова садржина, и које странке желе да реше по ономе закону по коме је нормиран и сам уговор о меничној обвези; зато је то *питање суштине*, која је у напред одређена једним општим законом за сва менична дејства — *питање формално одређено од питања форме*, које (због сарадње судских органа) зависи од *lex loci* места где се дела (које у осталом не мора ни бити тачно и у напред одређено). Та се два питања не могу и не смеју бркати као што се то често чини и код нас и на страни.<sup>7)</sup>

<sup>7)</sup> Поводом овог питања и његовог раздвајања нисмо нашли ни једну забележену судску одлуку наше јуриспруденције.

## ПОВРЕДА СТРАНОГ ЗАКОНА КАО ОСНОВ ЗА КАСИРАЊЕ

— *Расмајтрање са гледишта териториалне концепције  
Међународног Приватног Права.* — \*

I. — *Териториална концепција Међународног Приватног Права.* — За битност постојања Међународног Приватног Права треба да постоји сукоб, односно бар *могућност сукоба између више суверенијетета*, тако да се над локалним правима т. ј. правним системима појединих држава (као носиоца териториалног суверенитета, суверенитета који је, на жалост, једино познат) показује појам Међународног Права као виши појам од тих посебних (локалних, т. з. националних) права.

Битност тог вишег појма садржи се упоредо и једно-времено у два одељена конститутивна елемента: у *јачој правној снази и у међународном карактеру* тога права у односу према националном праву, које је према њему и правно слабије и — разуме се само по себи — без међународног карактера.

Елемент *јаче правне снаге* тог вишег права од појединачних (локалних, т. ј. националних) права, — то је нужност због саме намене овога права. Само се тако да објаснити и појмити чињеница, да се једно национално правно правило, које је иначе у редовном случају признато као право, занемарује у употреби, због постојања другог једног правила, које је — можда — издао други какав суверенитет а не онај на чијој се територији, или још боље пред чијим се судом, ствар расправља.

Други елемент, *међународни карактер* правног правила у питању, логички требало би објаснити *националном неутралношћу* тога правила. То би се само по себи разумело, јер логички не би требало уопште ни моћи замислити овлашћење једне државе да одређује правила за решавање сукоба закона те државе са законима, које је издао какав други, дакле страни, суверенитет. Такво овлашћење значило би међународно уздицање једне државе над свима осталим државама. То би била очигледна повреда принципа једнакости суверенитета, бар правне (јер политичка једнакост држава у међународној заједници и не постоји). То би значило увођење степена законодавне хијерархије међу државама у међународним односима. Отуда се овај други елемент, елемент *међународни карактер правила* у питању, мора истицати изнад свих других. Мора се истицати, ако се уопште хоће да одржи логичност у спровођењу идеје о Међународном Праву у ужем смислу. Међутим овај други карактер Међународног Приватног Права у многоме изгубио је свој значај. Логично код човека при помисли о Међународном Приватном Праву јавља се идеја да је Међународно Приватно Право у објективном смислу скуп правних правила међународног ауторитета, једнаких код свих држава. То ће рећи скуп правила, којима се регулишу сукоби настали у одређивање закона појединих држава, које треба употребити при решавању приватно-правних односа код правних послова или правних чињеница ако би дошло у сукоб више појединачних закона. Та логична дефиниција није још добила и своју практичну вредност у Међународном Приватном Праву. То је једна теориска истина, боље рећи теориска тежиња код доктринара ове дисциплине. Али је и данас, увек далеко — чак врло далеко од стварности. *Униформно* Међународно Приватно Право је крајњи циљ, коме се тежи. То је идеја водиља, која ће се (надајмо се) једнога дана сигурно остварити, али која је данас још увек само теориска концепција, чије се остварање тек израђује. На супрот томе униформном т. ј. Међународном Приватном Праву међународног карактера, изданом од међународ-

\* Архив, јули-август 1928. г.

ног ауторитета, обвезном за све државе, које су чланови међународне заједнице — данас се у стварности осећа у нашој дисциплини свемоћ једне друге идеје — идеје *териториалности* у Међународном Приватном Праву. Систем териториалности је данас фаза, кроз коју још увек пролази Међународно Приватно Право. Тај се систем у најкраћим потезима обележава овако: свака држава, сваки суверенитет, одређује како се има Међународно Приватно Право да примењује на њеној територији, нарочито код њених судова.

*Териториални систем* по себи не негира ни у колико логичку концепцију о униформном Међународном Приватном Праву међународног карактера. На против. Он је потврђује. Али ипак зато — локални суверенитет, не признајући аутентичност међународних правних извора (у смислу *творца*, а не облика, права), задржава за себе право да таква правила контролише, проглашава, нарочито да их оглашава за обвезне по своје органе — то се зна да се том приликом (а то је битно) у ту териториалну кодификацију уносе уз међународна правила још и териториална, боље локална, схватања о међународним правним правилима, то што баш и доводи до неједнакости Међународног Приватног Права у свету.

Териториална концепција, као главно обележје териториалног система, јесте главни узрок чињеници да су данас елементи *јача правна сила* и *међународни карактер* Међународног Приватног Права деформисани и деградирани са свога правог, првобитног, логичког значења, које смо напред излагали.

Данас се код териториалне концепције Међународног Приватног Права елемент *јача правна сила* колизионе норме (у односу на материална правила унутрашњег права) своди на то да елемент *иностраниности* у извесном приватно-правном односу ствара једну ненормалну (боље изузетну) ситуацију. То је ситуација због које се одступа од редовних правила Приватног Права применом колизионе норме. Само колизиона норма овде се јавља као домаћи специјални закон, којим се — можда — одбацује примена редовног приватно-правног домаћег

правила. Тако се у териториалној концепцији Међународног Приватног Права елемент *јача правна сила* свеона примену начела *lex generalis derogat speciali*. Тако се због елемента *иностраниности* тај приватно-правни однос одузима од власти општих прописа, да би се подвео под посебне одредбе. А то су оне одредбе чији предмет долази у област Међународног Приватног Права. Тако данас *јача правна сила* не долази од стране међународног ауторитета извора (у смислу творца права) правног правила у питању, ауторитета јачег од домаћег законодавца, — већ долази због изузетног карактера правила Међународног Приватног Права у домаћем законодавству.

Други елемент *међународни карактер*, дакле национална неутралност норме у питању, данас је врло много занемарен. Издата, или бар реципирана, од стране домаћег законодавства, колизиона норма (која је по својој предмету и циљу део Међународног Приватног Права) по својој извору (у правцу у коме га ми, у материалном смислу, узимамо) је стварно саставни део териториалног правног система државе која ју је издала, односно реципирала. Тако ту се мора водити рачуна не само о њеном првобитном (т. ј. оригинарном) значењу, значењу које та норма има као једно међународно-правно правило, — већ *нарочито* (подвлачимо то нарочито) о схватању, о придавању специјалног значења, о специфичном њеном тумачењу од стране домаћег законодавца,<sup>3)</sup> значењу које врло често бива и изречно напоменуто у облику рецепције и измени редакције реципираних норми, а не увек као просто присвајање правила, које се већ примењује у међународно-приватно-правном саобраћају.<sup>4)</sup>

<sup>3)</sup> Види наше објашњење типа правила о правном положају странаца у Србији — Архив, јули—август 1927 г., — овде, у овој књизи, стране 7 и даље. Ту се види да рецепција не значи просту копију стране норме.

<sup>4)</sup> Види нови чланак о теорији највеће вредности обвезе у Међународном Меничном Праву — у Архиву, за јануар 1928 г., — овде, у овој књизи, стране 22 и даље. Ту се јавља просто преношење колизионе норме из једног правног система у други, у њеном првобитном облику — проста копија.



Тако се тај елемент о међународном карактеру, који треба да осигура националну неутралност Међународног Приватног Права, губи и све се више међународни карактер правила Међународног Приватног Права своди не на њихово међународно важење, већ стварно на елемент *шежње националне неутралности, коју показује домаћи законодавац*, жртвујући примену свога сопственог правног система и примењујући страни закон да би колико-толико осигурао међународно-приватно правни саобраћај неопходан у међународној заједници.

Овај увод истакли смо као резиме модерног схватања Међународног Приватног Права, схватања које имамо и кога ћемо се држати у даљем своме излагању, — схватања, које представља садашњост а не наш идеал у крајњој фази Међународног Приватног Права, јер ту смо присталица интернационалистичке концепције (т. зв. униформног Међународног Приватног Права), само тај наш идеал, то је — на жалост — још преурањено схватање.

II. — *Међународни утицај на територијално Међународно Приватно Право.* — Али из ове модерне концепције Међународног Приватног Права може се врло често запасти у једну заблуду. Може се проглашавати свемоћ територијалног законодавца у области Међународног Приватног Права. Та је заблуда неминовна код свих т. з. доследних логичара. Ако се прокламује начело да је Међународно Приватно Право у примени једне земље — зато што га је усвојио и домаћи законодавац, онда би се логички отуда морало извести да се сви сукоби суверенитета код судова те државе могу решавати само тамо где их је признао и како их је признао домаћи законодавац, по своме нахођењу.

Да, то је територијално схватање Међународног Приватног Права, али ипак оно, критички, не значи свемоћ домаћег законодавца у тој области. На против. То значи да је домаћи законодавац обвезан да осигура поштовање и примену Међународног Приватног Права на својој територији, боље рећи код својих судова.

Сукоб закона, издатих од стране различитих суверенитета, су свакодневна појава и судије у тим случаје-

вима су у недоумици да знају који закон ваља применити, да би се отклонио појављени сукоб. При овоме судија је свестан да примена страног закона значи примену наредбе, коју је издала каква друга суверена власт а не она, у чије име дотични судија дели правду. Судија зна, да примена туђег закона логички значи — да се домаћи, територијални суверенитет повлачи пред једним другим, пред страним суверенитетом.

Тако стање ствари, налазимо, најбоље показује оправдање двеју, на око противуречних, старих теорија о основу Међународног Приватног Права — двеју теорија, које су не само објашњење основа Међународног Приватног Права већ и срж свих модерних теорија о основу те правне дисциплине.

Ту је, с једне стране, стара холандско-фламманска теорија о *comitas gentium*. Ту је, опет, с друге стране, француска теорија рационалисте D'Argentré-a (XVIII в.), која учи да примена страних статута (закона) није међународна куртоазија већ једна правна, међународно-правна, обвеза по локални суверенитет. Све је то на први поглед, неанализирано, међусобно у крајњој противречности.

Теорија о *comitas gentium*: своди се, у ствари, само на ову идеју: локални суверен у циљу међународне куртоазије одобрава примену страног правног правила, које је издао један други суверен, и то увек кад-год нађе да је то правило безопасно по част и опстанак његове суверене власти. Суверен дакле тако усваја примену правних правила, које је издао један страни суверенитет, али ипак само под условом да то, по његовом схватању, не шкоди његовој сувереној власти. Другим речима по овој теорији међународне куртоазије, домаћи суверенитет ће у начелу признати могућност постојања сукоба закона и његовог решења путем евентуалне примене туђег закона. И сад, кад се то у начелу призна, онда долази друго правило: тај исти суверенитет налази да се решење сукоба закона мора оставити њему т. ј. умности суверена чији су судови позвани да суде. Само он, тај локални суверен, може бити надлежан да одреди случајеве у којима се примена закона, који је издао страни

законодавац, може (или не може) одобрити. А то ће, наравно, тај законодавац да уреди с обзиром на тренутне политичке прилике у којима се буде налазила његова држава т. ј. држава, чије је правосуђе позвано да реши спор.

С друге стране теорија D'Argentré-а не мења ситуацију, ако се она посматра у суштини. Тако примена правног правила, које је издао страни суверенитет, по овој теорији не сматра се као *могућност* за локални (териториални, боље судијин<sup>5)</sup> суверенитет. На против — то је *међународна обвеза*. Локални суверен је обвезан да примени страни закон и то не само онда кад то тражи његов добро схваћен интерес с обзиром на односе у међународној заједници, — већ, на против, у свима случајевима, где то налажу међународно-правна правила. Само ипак и ту има резерви, и то врло значајних. Примена страног законодавства одбиће се, *по праву*, чак и у случајевима где то, у нормалном случају, налажу међународно-правна правила, ако би се њиховом применом доводили у питање или јако сужавали или вређали: власт, част или опстанак домаћег суверенитета. То је слаба страна ове теорије. Та се слаба страна још јаче потенцира одговором на питање: Добро, али ко је надлежан да одреди те случајеве повреде, односно опасности, по домаћи суверенитет? То спорно питање, по овој теорији,<sup>6)</sup> имаће увек да реши суверенитет ове државе, чије је правосуђе позвано да реши спор, који је изазвао сукоб закона. Другим речима у односу према међународној заједници суверен је обвезан да прими, по међународним правилима (обичајима), утврђену примену правних правила, која је издао какав други суверенитет, али само под условом да то не вређа њега, као суверену власт. А има ли тога услова — то решава он сам.

У таквом стању ствари, ако пажљиво испитамо ситуацију, не налазимо никакву снажну међународно-правну обвезу ни у овој другој теорији, теорији, коју можемо

<sup>5)</sup> Због система капитулација.

<sup>6)</sup> Као и по модерном схватању израженом у фамозној теорији *ordre public international*, коју данас паметније називају *ordre public interne en droit international privé* саобразно териториалној концепцији.

и да нас матрати за најекстремнију у погледу на међународни карактер Међународног Приватног Права. Правна обвеза, где дужник има сам да одреди суверено границе своје обвезе, није права обвеза у правном смислу те речи. То је нешто што се ближи ономе, што срећемо у унутрашњем Грађанском Праву под именом *моралне обвезе*. То је обвеза чије извршење није осигурано никаквом тужбом ни повериоца за извршење ни дужника за повраћај онога што је на основу ње дато у извршењу — то је нешто, што нема свој еквивалент у Међународном Праву.

Ова констатација биће увек и свуда довољна да лиши ту обвезу суверенитета њеног обележја озбиљне правне обвезе. Тако у ове две, на први поглед крајње екстремне,<sup>7)</sup> теорије закључак је по обе заједнички: увек ће сам суверенитет оне државе, чије је правосуђе позвано да реши спор, бити тај који има да одреди сам правне односе чије се решење по страноме закону сме да прими.

Тако се та велика идеја у Међународном Приватном Праву односно решења сукоба закона, своди на то да је примена страних приватно-правних закона, у извесним случајевима, који су одређени међународно-правним правилима, дужност националних суверенитета према међународној заједници. С друге стране опет, та дужност иде до мере, коју одређује по своме схватању сам национални суверен. Како у ствари ту дужност има да оствари правосуђе суверенитета у питању, правосуђе судија који нису сами овлашћени да улазе у непосредно сазнавање мере те дужности локалног суверенитета према међународној заједници — то ће судије имати да обим те дужности сазнају само посредством инструкција, које ће им дати њихови национални закони, као израз суверене власти на њиховој територији.

Отуда смо, по примеру најмодернијих тежњи,<sup>8)</sup> мишљења да би требало све доктрине које се тичу решења сукоба закона свести на две пропозиције:

<sup>7)</sup> Све друге теорије о основу Међународног Приватног Права долазе у оквир између ове две теорије.

<sup>8)</sup> Само у једном степену даље, јер излазимо из круга досадањих уобичајених анализа.

1. *Обвеза за суверенитет да примењује стране законе.* Међународно Приватно Право је једна од двеју великих грана Међународног Права<sup>9)</sup> — Међународно Право као такво, то је део правних правила, чија се примена намеће у односима оних држава, које сачињавају међународну заједницу народа са заједничком цивилизацијом. То је идеја о међузависности<sup>10)</sup> цивилизованих држава, идеја која треба да представља правну обвезу за све те државе да примењују у својим међусобним односима доктрине међународно усвојене за решење сукоба закона, закона издатих од стране различитих посебних суверенитета у циљу регулисања приватно-правних односа. Дакле није тај основ некакав *comitas gentium* никаква међународна куртоазија се не поставља као основ оних доктрина, које се тичу решења сукоба закона. Ту је у начелу основ примени у једној међународној дужности, која, као што смо видели, није никаква перфектна, правно санкционисана, обвеза. Санкција се мора тражити индиректно, а то је у поремећености односа у међународној заједници која наступа због неправилног вршења обвезе. Тако се за суверенитет (а не за личност у питању) појављује као *право* захтев да се његова изјава воље у области Приватног Права поштује од стране других суверенитета свагда кад наступе случајеви, да се та изјава има нормално да примени као закон за расправу спорног питања на основу међународно-признатих доктрина за решење сукоба закона. Право суверенитета да захтева поштовање своје воље (свога закона) у области Приватног Права је с друге стране обвеза за ону другу државу у питању — само обвеза под резервом, коју смо изнели. Као и у Међународном Јавном Праву тако и у Међународном Приватном Праву суверенитет се увек сматра као титулар права<sup>11)</sup> и обвеза. Само ће

<sup>9)</sup> Теорија Манчинија, приступно предавање његово, одржано у Турину, 1851.

<sup>10)</sup> На супрот старе идеје, која је хтела међународну заједницу да гради на темељу међусобне независности држава.

<sup>11)</sup> Ма да нове тенденције (налазимо преурањено) већ увелико покушавају да у Међународном Праву поставе човека као личности за директног правног субјекта, без обзира на државу којој она припада.

се тако у Међународном Приватном Праву моћи доћи до концепције Међународне Правде,<sup>12)</sup> која се данас у Међународном Приватном Праву у начелу признаје, да би се она, опет, од стране локалних суверенитета ограничила — по њиховом нахођењу — у одбрану њихове части, ауторитета и одржања<sup>13)</sup>.

2. *Обвеза за судију да не води рачуна о сукобу закона изузев оних случајева кад му то суверенитет, чији је он орган, нарочито — изрично или прећућно нареди.* У односу према међународној заједници судије нису позване да сами мере докле иде међународна дужност њихове државе у чије име они суде. То је посао законодавца — стара концепција о сувереној власти. Судија није позван да прими у своме делокругу примену туђих, страних закона и у начелу треба и мора да се држи при решавању спорова само домаћих, земаљских закона. Ово схватање је супротно теорији о узајамној међузависности народа;<sup>14)</sup> то схватање, засновано је на старијој теорији о међународној независности држава — чланица међународне заједнице, теорији која у овом случају значи враћање старој доктрини *comitas gentium*, али која је — на жалост — стварност у Међународном Приватном Праву. Судија има да се држи само домаћег за-

<sup>12)</sup> Само овде је нужно једно објашњење. У Међународном Јавном Праву интересант ће у редовном случају увек моћи да нађе непосредну заштиту посредством државе са којом је у држављанској вези (ако није *heimathlos*). У Међународном Приватном Праву врло често примену туђег закона, дакле извршење међународне дужности једне државе тражи баш њен сопствени држављанин, тако да се овде (а то су најчешћи случајеви у Међународном Приватном Праву) одбацује систем права заштите и интервенције страних сила, чиме се и остварење међународне дужности (примене туђег закона) своди на питање унутрашњег права, јер међународна заједница чак ни посредно не интервенише у остварењу једног права, ма оно било из области Међународног Права, које човек има према својој националној држави, и ако је установљен обичај интервенције у корист држављана државе против које се интервенише али само из т. з. обзира човечности, где не долази случај непримене међународних обичаја о решавању сукоба закона.

<sup>13)</sup> Теорија о *ordre public*.

<sup>14)</sup> Aubry et Rau, *Droit Civil*, I, § 31 — Faelix et Demangeant, *Traité du Droit International Privé*, IV ed., I, § 9—18.

кона, а на законодавцу је да одлучи примену страних закона по ономе: „обзире међусобних интереса наводе цивилизоване народе, да допусте или да нераде, у извесним границама, примену закона туђих земаља од стране својих судова.“ Судија зна да његов законодавац има и правну дужност према међународној заједници да то учини — али није на судији ни да доноси законе, ни да контролише законодавца; — судија има само да примењује законе. Судије, и поред те своје свести о међународној дужности, у начелу не треба да се обзиру при суђењу на друга правила до на законе своје земље. То може изгледати *contradictio in adiectum* — али то није тачно. То је само потврда принципа израженог у првој нашој пропозицији, потврда принципа да треба примењивати Међународно Приватно Право по териториалној концепцији. Јер док прва пропозиција значи начело о примени Међународног Приватног Права, дотле ова друга — то је консекрација начела поделе власти у примени Међународног Приватног Права. Оба начела су од необичне важности и по теориску концепцију Међународног Приватног Права као таквог и по његову практичну примену. Прва пропозиција значи обвезу за суверенитет да примењује међународна правила Међународног Приватног Права. Друга, то је нормална обвеза судова да остану под законима и да се судија не меша у послове законодавца. Истина законодавац може се огрешити о своје дужности према међународној заједници. Шта судија да ради? Он има и онда да остане под законом и ако закон значи повреду Међународног Права. Отуда се може рећи да прва пропозиција пада применом друге. Али то би била нетачна констатација — јер *прва* претставља однос *својне пољитике* државе у питању, а *друга* — то је *унутрашње уређење* органа власти у земљи. — Тако у првој пропозицији несумњиво је да се судова не тиче и не може тичати вођења спољних државних послова, и за то судови ту не могу исправљати оно што, ма и погрешно, учине у спољној политици позвани за то органи, а ту важи и дан-данас старо схватање да

је у спољној државној политици *суверен*<sup>16)</sup> једини носилац права и обвеза у Међународном Праву у име своје државе. — А друга пропозиција значи да су судови под законом, пропозиција у толико овде разумљивија у колико примена Међународног Приватног Права у ствари значи одступање од општег Приватног Права. (В. расматрања у I делу ове расправе, у колико се то тиче елемента *јача правна снага*).

Као закључак овога дела има се извести да се законодавац као такав, у своме делању стварања Међународног Приватног Права мора да ослања на тенденцију међународног т. ј. *униформног* Међународног Приватног Права, али да се Међународно Приватно Право за судове, дакле за праксу, јавља само као *териториално* Међународно Приватно Право,<sup>17)</sup> то што је од необичне важности по мериторно решење питања о власти Касационог Суда.

III *Териториална концепција Међународног Приватног Права и правни карактер одредаба страних законодавства*. — Ми смо, као и све присталице териториалне концепције Међународног Приватног Права, убеђени у потребу разликовања позитивних<sup>18)</sup> норми Међу-

<sup>16)</sup> Данас смисао *шеф државне* (шеф извршне) власти, који то — по уставним прописима — често може да ради тек по одобрењу законодавног тела.

<sup>17)</sup> Од овог *териториалног* Међународног Приватног Права које треба назвати *аутономним* Међународним Приватним Правом, јер га *правно* свака држава сама себи одређује, неки писци мишљења су да треба двојити т. з. *уговорно* Међународно Приватно Право садржано у међународним уговорима и да је то негација териториалне концепције Међународног Приватног Права. — Ми смо и пр. убеђени да је данас још, у недостатку међународног законодавца, услов ратификација уговора од стране териториалне суверене власти, довољно јасна чињеница која поткрепљује наше мишљење да се уговорно Међународно Приватно Право по своме извору, релевантном за судове, не разликује од аутономног и да је оно још једна потврда, због ратификације, териториалне концепције Међународног Приватног Права.

<sup>18)</sup> Т. ј. норми за решење међународно-правних сукоба закона консакрираних од стране домаћег законодавства за разлику тих *позитивних* од оних других *доктриналних*, који у ствари представљају међународне правне положаје, често традицијом освештене.

народног Приватног Права и националних норми у примени Међународног Приватног Права. — Само за нас норме Међународног Приватног Права нису међународнога карактера. И то су национална т. ј. териториална правна правила, која своју правну снагу црпе из свога националног извора (у смислу творца права). А тај извор овде није никакав међународни ауторитет. То је домаћи законодавац. То су т. з. *колизционе* норме правног система, а оне су норме Међународног Приватног Права јер је њихов предмет само решење сукоба закона као такво. Из њих извире само једно — а то је: решење проблема о томе који од закона у питању ваља применити при расправи извесне правне ситуације. То су *примарне* норме у Међународном Приватном Праву. — С друге стране има ту и *секундарних*, изведених норми. То су т. з. националне норме у примени Међународног Приватног Права. Њихов предмет није решење сукоба закона. На против, те су норме саме по себи један од закона у сукобу. Тако, ако је у Југословенском Законодавству, н. пр., примарна норма Међународног Приватног Права, као колизциона норма, одредба да се Немац менично обвезује по теорији највеће вредности обвезе, — онда се примена Немачког Законодавства у циљу повећања његове правно-пословне способности (дакле правне одговорности) у Србији јавља као *секундарна* норма, јер се њена примена појављује као нужна правна последица колизционе т. ј. примарне норме. Те секундарне норме Међународног Приватног Права то су у ствари т. з. *материјалне*<sup>19)</sup> норме, што је у суштини туђи закон примењен од стране домаћих судија. — Тако по уобичајеном правилу имамо ситуацију да судија у примени Међународног Приватног Права има везе са две врсте норми, са т. з. *колизционим* нормама, а то су правна правила домаћег законодавца и са т. з. *материјалним*<sup>20)</sup> нормама, које претстављају страног законодавство, чија је примена диктована домаћим колизционим нормама.

<sup>19)</sup> Опште усвојен али врло рђав израз, јер секундарна норма може бити не само из материјалног већ и из формалног т. ј. процесуалног права.

<sup>20)</sup> види горњу резерву односно овога израза.

У погледу на примену ове две врсте норми, које се јављају у Међународном Приватном Праву<sup>21)</sup> на први поглед судија има да оперише са домаћим и са страним правним правилима, дакле са — по своме извору — две различите врсте правних правила у питању, тако да се то мора осетно разликовати приликом примене.

Прво место заузимају те т. з. *примарне*, т. ј. колизционе норме. То су, за нас, норме *домаћег* суверенитета, без обзира на то да ли су то доктрине *изречно* консакриране домаћим правним правилима или на то да ли домаћи законодавац на њих *прећућно* упућује (као на доктрине универсално примењиване у виду међународних обичаја). За нас не постоји разлика између ове две групе, — интенција законодавца, то је за териториалну концепцију Међународног Приватног Права једино релевантан појам. Дали је та интенција више или мање јасна — то је питање интерпретације законодавчеве воље. Али под претпоставком да норма постоји, нас не интересује, теориски, питање о разликовању изречног или прећућног упућивања на колизционе доктрине. Потребно је испитати какве су то колизционе норме, на које законодавац упућује. Чим се ту дође до позитивног резултата, онда је питање о различности правног карактера тих одредаба ван дискусије. За судију то су, у оба случаја, *законски прописи домаћег правног система* и он је обве-

<sup>21)</sup> У ствари и трећа врста. То је т. з. *уговорно* право, које овде разликујемо, у неким случајевима, од аутономног Међународног Приватног Права, не дивљајући тиме у нашу териториалну концепцију Међународног Приватног Права. Ми овде разликујемо одредбе тога уговорног права од аутономног са разлога што се ту, у уговорном Међународном Приватном Праву некад, садрже не само принципелне гаранције за начин решења колизционих питања, већ се чак и мериторно решава спор, тако да се у неким међународним приватно-правним питањима спорови не решавају по овоме или ономе националном закону у питању, већ по материјалним међународно-правним правилима, која се садржи у самом уговору. Такве су и. пр. нарочито *међународне саобраћајне конвенције*, које до детаља предвиђају правила за уговор о преносу путника и робе. Само ратификацијом су и та правила призивања наше територијалне концепције Међународног Приватног Права. — Види примедбу 17.

зан (у границама њихове императивности<sup>22)</sup>) да их примењује као и све друге законе из тог правног система.

За питање које третирамо, важнији је проблем о правном карактеру одредаба секундарних норми. То су оне норме из туђих законодавстава, на чију је примену судија упућен<sup>23)</sup> по својим примарним нормама. На први поглед оне не припадају домаћем правном систему. То су *иуђе*, подвучено туђе, законске норме чија се примена овде врши просто из разлога међународне политике. Али то није тачно. Примена се овде не врши једино из разлога међународне политике. На против. Та примена налази своје оправдање баш у самом схватању правде домаћег законодавца. Он, по сопственом нахођењу о својој међународној дужности, под извесним резервама,<sup>24)</sup> уступа — драговољно — надлежност, која иначе припада нормама његовог правног система, правним правилима из једног другог система. То је у ствари враћање на нашу концепцију о деформираном појму елемента *јаче њравне снаге* у битности Међународног Приватног Права.<sup>25)</sup> Овде се стране норме, у место *материјалних*<sup>26)</sup> норми из домаћег правног система за правну ситуацију у питању, — употребљују као *lex specialis*, на који упућује домаћи законодавац.<sup>27)</sup> Тако се овде страни закон уноси као позајмица домаћем правном систему из једног другог ту-

<sup>22)</sup> За нас и норма т. з. диспозитивног карактера добија императивни карактер од тренутка кад је заинтересовани својом изречном или прећутном вољом огласе за њихов уговорни закон. Таква норма у односу према судији представља закон императивног карактера и његов императивни карактер намеће се и судији и странкама за цело време док се странке новим уговором или поравнањем, не буду користиле правом да уништи његову императивност.

<sup>23)</sup> То се зна у границама које не грозе домаћем јавном поретку, који се — као што рекосмо — погрешно обележава науци као међународни јавни поредак.

<sup>24)</sup> обично у примени теорије о т. з. међународном јавном поретку.

<sup>25)</sup> Видети део I ове расправе.

<sup>26)</sup> термин за нужду — види горе.

<sup>27)</sup> у духу уобичајених резерви.

ђег, страног правног система. То је као нека врста *рецепције* страног законодавства од стране домаћег суверенитета и то рецепције учињене за ту правну ситуацију и *ad hoc*, тако да се реципирају само оне стране правне норме које би се у томе страноме законодавству употребиле за расправу ситуације у питању.<sup>28)</sup>

То је резултат територијалне концепције Међународног Приватног Права у погледу одређивања правног карактера одредба страног законодавства с обзиром на начин примене. Страно се законодавство примењује код домаћих судова зато што га, за дани случај, домаћи законодавац сматра, или овлашћује странке путем примене теорије аутономије воље да сматрају,<sup>29)</sup> за најправичније и најпозваније решење правне ситуације у питању. Зато се за тај случај дотична одредба има применити као изузетни закон домаћег законодавца. Резултат, који ће, као што ћемо видети, бити од необичне важности за мериторно решење питања о томе да ли се и када повреда страног закона појављује као основ за касирање, пошто територијална концепција Међународног Приватног Права даје страном закону карактер изузетне норме домаћег закона и као такав примењује га баш као правно правило.<sup>30)</sup>

IV. — *Осигурање примене Међународног Приватног Права код територијалне концепције*. — Међународно Приватно Право<sup>31)</sup>, као такво, нема, по концепцији чији смо убеђени присталица, никакве међународно-правне<sup>32)</sup> га-

<sup>28)</sup> и то под уобичајеним резервама.

<sup>29)</sup> или овлашћује странке да сматрају — код примене теорије аутономије воље.

<sup>30)</sup> За модерну јуриспруденцију то је свеједно дали га сматра за домаћи закон или за уговор странака, консакриран домаћим законом, јер правни афоризам, „Уговор је закон странака“, данас се потпуно и буквално примењује и сваки се законити уговор изједначаје са диспозитивним законским прописом, како у погледу на строгост тако и у погледу на методе њихове интерпретације (практично: тумачење уговора представља т. з. *правно ишњање* у које улази и Касациони Суд, и ако се то код нас још јасно не оцртава).

<sup>31)</sup> т. ј. и колизционе норме и норме страног права, на које колизционе норме упућују.

<sup>32)</sup> за разлику од међународне политике (срдачност односа).

рантије да ће га народи појединих држава — чланова међународне заједнице — и примењивати. И зато (доследно својој територијалној концепцији Међународног Приватног Права) нужно је да то осигурање тражимо у територијалној санкцији осигурања примене права од стране судова.

Расправљајући овај проблем ми смо га, као што се то види из претходних одељака, расправљали не само као претходно, већ као основно питање „дали примени страних закона ваља тражити разлог у праву или не“, јер оно овде није само теориско разматрање основа Међународног Приватног Права (што је у ствари главно), већ представља, као што то лепо каже наш учитељ, уважени професор г. Живојин М. Перић,<sup>33)</sup> „и своју практичну страну“. Ми у овоме питању идемо и даље за својим учитељом тврдећи да:

„Ако се узме да разлог тој примени лежи у праву, онаквом истом у каквом лежи и разлог за примену домаћег закона, онда се мора, логички, извести овај закључак: да су судови обавезни применити туђе законе као и своје, и у случају да неки нижи суд погрешно страни закон примени, касациона власт (Касациони Суд) била би дужна такву одлуку поништити“.

Али у закључку, због супротности наших основних концепција, ми смо дошли до мишљења које не дели наш уважени учитељ. За г. проф. Ж. М. Перића то стање изгледа овако:

„Ако се пак, сматра да странац има само теориско право на примену својих закона, онда Касациони Суд, устављен да мотри над вршењем закона само своје земље, не би био дужан уништити одлуку нижег суда, који би рђаво применио закон. Ми мислимо да је ова последња солуција тачнија. Изузимамо случај да је законодавац нарочитим прописима зајамчио странцу примену његових закона, или да ту гаранцију садржи какав међународни уговор; у тим случајевима власти су дужне применити стране законе, јер кад то не би учиниле, ове би погазиле једно позитивно право своје државе или међународни уговор“.<sup>34)</sup>

<sup>33)</sup> О сукобу закона у Међународном Приватном Праву, II изд., стр. 98.

<sup>34)</sup> а ми овде не правимо, у погледу на унутрашњу примену, разлику између уговорног аутономног Међународног Приватног Права. — Види примедбе бр. 17. и 21.

За нас се овај проблем не поставља овако. Ми, у суштини, не разликујемо две хипотезе, које је навео наш учитељ. Такво разликовање било би у супротности са нашем територијалном концепцијом Међународног Приватног Права. — Само ваља бити врло обазрив. Та је обазривост нужна за разумевање на коју се хипотезу своди наше схватање. Ми налазимо, начелно, да је основ примени Међународног Приватног Права у праву. То наше схватање може, оне који нису у тачинама наше концепције, одвести у заблуду. Ми не налазимо основ примени Међународног Приватног Права у праву, онако како то мисле интернационалисти и како је то мислио г. проф. Жив. М. Перић у својој првој хипотези. Ту и јесте тежиште територијалне концепције Међународног Приватног Права. По концепцији, коју сматрамо за тачну, — основ примени Међународног Приватног Права лежи у праву, али не у праву по коме се у свакој држави Међународно Приватно Право има да примењује као скуп међународно-правних правила — интернационалистичка концепција<sup>35)</sup> — већ у територијалном праву државе, где се Међународно Приватно Право примењује. Зато код нас изузетак у другој, негативној, хипотези г. Перића, то је схватање о правном основу примене Међународног Приватног Права. Другим речима Међународно Приватно Право примењује се зато што је то домаћи законодавац изречно или прећутно хтео. Тако се г. Перићев изузетак за нас појављује као правило, те ми можемо остати на терену даљих разматрања нашег учитеља. Тако за нас, под претпоставком да је примена страног закона<sup>36)</sup> наређена од стране домаћег законодавца<sup>37)</sup>, код сваке повреде страног закона:

„Касациони Суд имао би тада дужност да уништи одлуке првостепених и апелационих судова, ако би они погрешно или не би никако применили страни закон.“

<sup>35)</sup> чији основ ваља тражити у теорији рационалисте D'Argentré-a.

<sup>36)</sup> т. ј. само тих т. з. материјалних норми, јер се никада за колизивне норме, које и иначе издаје домаћи законодавац, то питање у опште и не поставља, јер су то домаћи закони, чија се примена мора саобразити у свему осталим домаћим правним правилима.

<sup>37)</sup> или допуштена, н. пр. код теорије аутономије воље, и то нарочито због правила, „уговор је закон странака.“

Док се на против, за нас не поставља питање:

„...Ако домаћи закони не налажу примену закона као ви међународне конвенције, онда се не може казати да је суд, који би неправилно протумачио један такав закон или би сасвим пропустио применити га, погазио какав позитивни закон.“

Овде то страном праву не би могло у опште наћи никакав правни основ за своју примену од стране домаћих судова, у колико се по општим правилима домаћег права и интенцији странака у питању, ти страни закони — не би могли узети као уговорне одредбе уговора између странака. Јер ако је ту, чак и независно од примене теорије аутономије воље,<sup>38)</sup> слободно<sup>39)</sup> уговарати било на бази страних закона било усвајајући садржину њихову, унесећи ту садржину као уговорне клаузуле, онда за нас та правила лишена елемента суверености, представљају правна правила уговорног карактера, која, као закон за странке, поново налазе правну заштину.

Са тих разлога, зато што страном праву остаје увек правило<sup>40)</sup> — закон за странке, (то се зна под предпоставком да његову примену изречно или прећутно одобрава или бар толерира домаћи правни систем), нетачна је у основи својој теорија, да, сем случаја изречног упућивања домаћег законодавца на извесни одређени страни закон, „за Касациони Суд, погрешно разумевање или примена страног закона били би само једно *фактичко питање* (questio facti, question de fait) у које он не би, по својој надлежности, могао улазити.“<sup>41)</sup> Никада се ово питање не може тако поставити. Страни закон, за нас, у земљи се не примењује непосредно ни због прописа Међународног Права ни због међународне куртоазije већ његова примена представља вољу или одобрење домаћег суверенитета.<sup>42)</sup> И једном, кад домаћи суверенитет, на-

<sup>38)</sup> теорије чија примена претпоставља изречно или опште одобрење домаћег законодавца.

<sup>39)</sup> јер се то не противи систему домаћег права.

<sup>40)</sup> макар и уговорног карактера — лишено елемента суверености.

<sup>41)</sup> Ж. Перић, *loc. cit.*

<sup>42)</sup> у вршењу своје дужности према међународној заједници, дужности прелевантне за судове — види другу пропозицију у II делу ове расправе.

реди да се страни закон примени од стране домаћих судова или странкама одобри да ту примену уговоре — онда се страни закон јавља било као *ad hoc*, за тај случај реципирано страном правно правило у домаћи правни систем било као уговорно правно правило самих странака. Страни закон јесте и остаје правно правило, и зато његова непримена или погрешна примена,<sup>43)</sup> значе не задовољавање дакле повреду права, а свака констатација о томе да је право правилно примењено претпоставља редовну и правилну примену права т. ј. задовољење права. Је ли право задовољено или није — то је питање о томе да ли је право примењено, а то свуда представља, оно што се правничком терминологијом назива, *правно питање*.

Зато, пошто по правилу, свака неправилна примена правних прописа даје основ за касирање, то се и повреда страног закона, у свима случајевима кад његову примену нареди или одобри домаћи законодавац, има сматрати за повреду домаћег закона, закона који је наредио или одобрио његову примену.

Зато кад је код нас:

„Главни је задатак Касационог Суда, да мотри, да се у земљи како формални, тако и материални закони и прописи у предметима грађанским, спорним и неспорним као и кривичним, *употребљавају у оном смислу, у ком они гласе* и једнообразно“ (Закон од 26. фебруара 1865. г. о устројству Касационог Суда, § 6). —

<sup>43)</sup> Инсистирамо на погрешној примени, јер неки интернационалисти, међу њима и славни Andre Weiss, стоје на становишту да је правно питање примене (јер то хоће домаћи законодавац) а не и питање погрешне примене страног закона (јер то представља тумачење онога што је већ ван воље домаћег законодавца). Међутим, за нас, то је апсурд, пошто, ако домаћи законодавац хоће примену једног страног правног правила, онда он хоће његову *правилну*, и само правилну, примену — примену у оном смислу у коме би то правило било у својој земљи правилно примењено. Јер само таква правилна примена оправдава апеловање на туј правни систем. На против свака погрешна примена значи изопачавање правног правила у питању. А изопачено правно правило није једнако правилу, које је изопачено и тако се неправилном применом у ствари не поштује воља домаћег законодавца, јер се не може идентификовати воља да се нешто примени са применом нечега што треба да буде то, али што је — у суштини — другојаче.



онда отуда мора се закључити: да је свако пропуштање или погрешно примењивање страног закона у случајевима где је домаћи законодавац наредио или одобрио примену страног закона, *повреда домаћег закона*, јер се у томе случају изопачава домаћи законски пропис и не употребљује у оном смислу у коме гласи.

То је једино решење, које територијална концепција Међународног Приватног Права може да прими и зато сматрамо да је досадања пракса и код нас и на страни (н. пр. у Француској, где се повреда страног закона сматра за фактично питање, дакле за питање ван круга надлежности Касационог Суда) погрешна зато што није заснована на правилној концепцији. Та досадања пракса заснивана је на интернационалистичкој концепцији униформног Међународног Приватног Права, које у тој концепцији — због одсуства међународног ауторитета надлежног за кодификацију — представља једну масу несигурних и колебљивих правила.<sup>44)</sup> Територијална концепција, на против, оставља домаћем законодавству да у складу са интересима своје државе одреди границе примене Међународног Приватног Права код својих судова и ту, у тим сигурно одређеним границама, домаћи судови су у стању да примењују стране законе безопасно по своју државу, и зато — лишена политичких опасности — држава је у стању да осигура и санкцију примени страног законодавства.

<sup>44)</sup> често опасних по државу.

<sup>45)</sup> Са тих разлога занемарујемо све друге проблеме везане за основни проблем — за питање о правном карактеру правила Међународног Приватног Права. То занемарено питање, то је низ хипотеза о диференцирању ситуације правних правила, низ другоразредних питања која не расправљају основни проблем, него испитују да ли је правило у питању (нарочито међународно правни обичај) консакрирано од домаћег законодавца односно да ли је оно применљиво по територијалној концепцији државе којој припада суд. Ми занемарујемо овај проблем истраживања права и овај метод интерпретације примарних норми, па стављајући се на позитивну претпоставку — претпостављајући да је њихова примена заснована на принципима домаће територијалне концепције Међународног Приватног Права — сматрајући их као правила, која треба применити, расматрамо само санкцију њихове свенуалне повреде приликом примене.

Зато територијална концепција представља један корак напред у осигурању примене Међународног Приватног Права, стављајући примену страног права — за случајеве рецепције *ad hoc* — под контролу Касационог Суда, као и сва правила која улазе у састав домаћег правног система.

## ИЗИГРАВАЊЕ ЗАКОНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ\*

Стојећи на гледишту териториалне концепције Међународног Приватног Права, коју смо покушали — са нашим схватањима — да представимо у њеној ултра-модерној форми<sup>2)</sup>, ми сводимо целу могућност примене Међународног Приватног Права на *могућности рецепције страног законодавства* у систем домаћег права. Та се рецепција врши саобразно извесним правилима међународног карактера, које је прихватио законодавац у чији се систем врши рецепција, саобразно т. з. примарним или колизионим нормама. Оне дају решење проблема о томе који од закона у питању ваља применити при расправи извесне правне ситуације. За нас, другим речима, оне упућују локалног законодавца на то да реши које стране законе треба и под којим претпоставкама *ad hoc* рецепирати у свој правни систем, како би се могла правилно и корисно за међународну заједницу расправити правна ситуација у питању.

У вези са тим основним проблемом, са питањем који ће страни закон *бити несен*<sup>3)</sup> у домаћи правни систем, долази један проблем, који нам на први поглед може изгледати да је потпуно другог реда. То је питање о томе у којој ће мери један страни закон моћи бити при-

\* Архив, јануар 1929.

<sup>2)</sup> О томе видети наш покушај „Повреда страног закона као основ за касирање“ у „Архиву“, јули—август 1928. г., и посебни отисак.

<sup>3)</sup> Да се послужимо zgodним изразом средњевековне технике Болонске Школе, која је сматрала да се н. пр. лични статути увозе, увосе у земљу у коју је дошао странац. Видети Weiss, *Traité théorique et pratique du Droit International Privé*, III. 43.

мењен у једној земљи, у којој се мери он може унети у домаћи систем. Постављањем овога и оваквог питања тек се може осетити колико је оно од огромног значаја и колико је решење његово важно за расправу основног проблема. Један закон туђе државе треба унети — добро то је јасно, али ако буде била од стране домаћег правног система ограничена мера у којој се тај страни закон може унети, онда се долази до питања да ли он, онакав какав је унет, унет у смањеном обиму, у опште представља страни закон чије се присуство хтело у домаћем правном систему; онда се поставља питање да ли је сад тај окрњени закон, у облику у коме је унесен, довољан да реши било у интересу међународне заједнице, било чак уопште, правну ситуацију у питању, ситуацију чије је решење диктовало рецепцију датог страног закона.

Данас су сви, — па и они који себе називају интернационалистима у Међународном Приватном Праву, па и они који своје школе сматрају за школе персоналне, сви следбеници Манчинијеве теорије персоналитета закона, — у својој основи — признали териториалност примене правила Међународног Приватног Права; ако не и териториалне теориске концепције Међународног Приватног Права — као што то чини један велики број данашњих „териториалиста“. Ту се и заступници теорија статута и претставници италијанске школе слажу да домаћи суверенитет мора да очува своје достојанство у примени туђих закона, јер то захтева *међународни јавни поредак*<sup>4)5)</sup>, који један велики број писаца ставља у ред са општим правилима нормалног поредка, чији је то по њима синоним<sup>6)</sup>, а чије је чување на територији сваке државе поверено териториалном суверенитету, тако да се правила о међународном јавном поредку везују чисто за локални т. ј. национални правни систем, који их мора да примени јер

<sup>4)</sup> *Ordre public international*

<sup>5)</sup> Живојин М Перић, О сукобу закона у Међународном Приватном Праву, II издање, Београд, 1926, стр. 66 и 67.

<sup>6)</sup> Laurent *Cours de droit civil international* II p. 321; Weiss, *Traité de droit international privé*, II ed. III. p. 14; Valéry, *Manuel de droit international privé*, III. § 1.

„l'effet international des lois d'ordre public“ значи „qu'une loi d'ordre public doit s'appliquer à l'exclusion de toute autre sur le territoire soumise à l'empire du législateur qui l'a édictée<sup>7)</sup>“).

За сада констатујемо само да *шеришориални*<sup>8)</sup> јавни поредак, представља ограничење примене примарних норми у Међународном Приватном Праву и да се страни закони могу рециптирати у домаће законодавство само у мери која се не противи териториалном јавном поретку<sup>10)</sup>. Ова нам је констатација била нужна да би могли испитати због чега се при примени Међународног Приватног Права судија има да увери да ли страни закон, који он примењује, не задире и не противи се териториалном јавном поретку, као и то да ли се овде примена страног закона не уводи у правну ситуацију која је у питању само због тога *не би ли се избегла примена једнога домаћег правног правила*, које систем домаћег законодавства сматра за одредбу јавног поретка.

Данас и у науци и у јудикатури влада опште уверење да је у Међународном Приватном Праву могуће да се смишљеним мењањем елемената иностраности уведе у домаћи правни систем у виду рецепције *ad hoc* за правну ситуацију која је у питању примена страног законодавства на штету домаћег. То се назива *изигравање закона*. (*élude, fraude à la loi.*)<sup>11)</sup> Примери за ово изи-

7) Превод: јер међународно дејство закона јавног поретка значи да се закон јавног поретка мора применити искључујући сваки други на територији која је под владом законодавца, који је издао тај закон јавног поретка

8) Pillet, Principes de droit international privé, § 202.

9) Погрешно уобичајено *међународни* јавни поредак; видети објашњење у примедби 6 цитираног нашег чланка „Повреда страног закона као основ за касирање.“

10) Само пак питање о *шеришориалном* (међународном) јавном поретку сада не третирамо у жељи да се на ово врло сложено питање вратимо у једној својој наредној студији.

11) Модерни француски аутор Међународног Приватног Права Pierre Arminjon у својој расправи Nature, objet et portée des Règles de droit International Privé [IV, § 1] навео је неколико оваквих ситуација, од којих ми бележимо главне да би боље илустровали у чему се садржи злоупотреба *изигравања закона* у Међународном Приватном

гравање закона налазе се чак и у нашој јудикатури, која је иначе врло сиромашна у својој примени Међународног Приватног Права. Ти су примери врло типични у колико се тиче одбацивања пасивне меничне способности србијанског земљорадника (који је до 1929. г. био менично пословно неспособан) и погрешне примене теорије највеће вредности обвезе у Међународном Меничном Праву.<sup>12)</sup> Само наша јудикатура овде има једно чудно и типично становиште. Она сматра да тиме што је неко хтео да изигра домаће законе и да се користи страним законима, чини једну превару, један деликат (неправо) и да због тога свога неправног поступка има да трпи од примене закона по њега неповољнијих, страних, и ако се њима вређа јавни поредак заведен од стране домаћег законодавства на нашој територији. Тако би нас овде наша србијанска јудикатура<sup>13)</sup> демантовала и указала би се као противна закључку до кога ћемо

Праву. — Ту долази и, пр. *промена држављанства*: да би се избегле јавне дажбине (порез, војна служба); да се потпадне под власт других судова (капитулације); да се промени лични статус (омогућивање развода, усиновљења, легитимације детета, располагање миразом, промене реда наслеђа искључењем нужних наследника од законског дела и т.д.), да би се чинило оно што домаћи закони забрањују а допуштају закони земље чије се држављанство прима. Затим промена и *лажни националитет бродова*. *Промена места становања* да се у новој земљи врше некажњено дела која су у сопственој забрањена. *Лажни и фиктивни националитет трговачких друштава* (да се избегну локални прописи о гарантини при оснивању, функционисању и растурању друштва, или обрнуто да се користи свима законима те земље као домаће друштво и ако је то у ствари страног друштво). Поред ових примера могу се навести још и многи други, али њихова листа — непотребна налазимо за теориско расправљање проблема — и ако није бесконачна, захтевала би једно исцрпно набрајање, немогуће у ступцима „Архив“-а, исто онако као што је то било немогуће не само код Arminjon-а, него и у систему г. Weiss-а, који заузима преко 5600 страна. Зато се морамо задовољити само навођењем неколиких примера нужних за илустрацију теориске концепције.

<sup>12)</sup> Детаљније о томе видети у једној нашој расправи о томе у Архиву за јануар 1928. г. и у делима тамо цитираним. Ту се допушта лажно издавање меница од стране србијанских сељака „у иностранству“ да би се изиграла забрана обвезивања.

<sup>13)</sup> Наведена у горњем нашем чланку. — Види овде примедбу 12<sup>о</sup>

иначе доћи, а који није проста и једноставна примена правила *Fraus omnia corrumpit*.

Супротно овој нашој јудикатури за нас се питање изигравања закона у Међународном Приватном Праву не појављује на начин горе приказан. На против. За нас изигравање закона не значи један грађански деликт, чије зле последице има да сноси онај који је свесно хтео да изигра закон. За нас изигравање закона у Међународном Приватном Праву значи једну болесну, нездраву ситуацију која вређа јавни поредак и која хоће, пошто-пото, макар и на своју штету, да провуче и увуче у домаћи правни систем ради примене *ad hoc* једну страну законску или обичајну одредбу, чија се примена има по сваку цену спречити у интересу јавног поретка. Тако се може рећи да се овде проблем изигравања закона своди на меру докле може ићи слободно примена теорије аутономије воље у стварању услова за примену Међународног Приватног Права. Питање се другим речима може свести на то да ли је странкама слободно да уносе у своје правно пословање елемент иностраности да би се на тај начин применом страног законског прописа ослободиле ограничења или наредбе једног прохитивног односно императивног териториалног закона који је на домаћој територији добио неотклоњиво значење интегралног дела јавног поретка, дакле на могућност одбацивања домаћих норми које нису *à la merci* појединаца, оних где воља човечија не замењује закон, оних које нису диспозитивног карактера, већ долазе у т.зв. принудно право (*ius cogens*).

Како је то уношење елемента иностраности, бар се тако претпоставља, дошло само зато што се хоће да изиграју домаћи закони јавног поретка<sup>14)</sup>, то се сматра да је овде посао у питању — по гледишту многих, нарочито старијих, писаца — у појединим својим елементима

<sup>14)</sup> Н. пр. доказивање сведоцима у споровима преко 200 див. код нас је забрањено. Међутим докази се примају саобразно *Locus regit actum*. Зато странке да би примиле доказ сведоцима, и ако им центар послова у Београду, где је стварно посао закључиван, уносе елемент иностраности, н.пр. да је пословање било у Земуну, где нема ограничења доказивања сведоцима према вредности спора.

симулован. Зато у Међународном Приватном Праву<sup>14а)</sup> и симулације, што је једна огромна грешка<sup>15)</sup> јер код изигравања закона у Међународном Приватном Праву сам резултат, који желе странке да остваре, оне не крију већ га, напротив, истичу. Ту постоји једна лажна ситуација, чија лажност није у прикривању тежњи странака, већ у изношењу (н.пр. у примеру 14<sup>о</sup> навођење места извесних чињеничних а не и правних елемената послова, који не одговарају правом стању ствари. Ту није лажна изјава воље, већ лажно приказивање околности под којима је она дата. Зато је лакше парализати злоупотребе странака код изигравања закона у Међународном Приватном Праву, него код симулације, — јер судија може простим верификовањем чињеница спољне природе да открије праву намеру уговорача и околности под којима се делало, док се међутим код симулације мора контролисати један психолошки моменат, сама унутрашња воља странака и мора их упоређивати са спољним манифестацијама и околностима:<sup>16)</sup>

Зато се постављало као правило да судија, при примени Међународног Приватног Права, има, по званичној дужности, као чувар териториалног јавног поретка, испитати да ли се примена страног закона не појављује као последица изигравања закона у Међународном Приватном Праву, а то значи да у ствари примена колизионих норми не одговара реалном стању ствари, већ је вештачки изазвана. На то судија мора да пази, јер је таква констатација у начелу — могућа.<sup>16а)</sup> У случају

<sup>14а)</sup> Нужно је увек означити у „Међународном Приватном Праву“ јер овај термин има друго значење у унутрашњем праву, где се изигравање закона своди на тумачење законских празнина на штету духа закона.

<sup>15)</sup> Код симулације воља странака није упућена да произведе правно дејство онога правног посла што се приказује, већ на против једног другог, који остаје скривен (н.пр. поклон а не продаја, као што се то хтело преставити), док код изигравања закона странке баш хоће да постигну оно што се види.

<sup>16)</sup> Arminjon, *Droit International Privé*, II ed., 1925. Paris. p. 49.

<sup>16а)</sup> У Немачкој судија није дужан по званичној дужности да пазе на то и не мора схватити свако изигравање законе као повод.

позитивне констатације, — судија је дужан да примени нужне заштитне мере и тако прибави сатисфакцију јавном поретку, излажући његове преступнике санкцији коју закон предвиђа.<sup>17)</sup> Ту је баш тежиште питања. У чему је санкција? Има два решења:

I. По великом броју практичних правника, по ауторитативним судским одлукама, па и по једној одлуци нашег Касационог Суда<sup>18)</sup>, ту ће се просто применити уобичајено значење доктрине *Fraus omnia corrumpit*, које се своди на то да превара ником не помаже, и да онај ко је радио преварно, он има и да сноси одговорност и трпи зле последице из своје забрањене радње, тако да ће бити дужан обећано испунити, немогући се закљанјати за одредбу којом би се користио да се преваром није послужио<sup>19)</sup>.

II. По модернијим правницима предње је мишљење противно духу Међународном Приватном Праву и зато се има узети да је овде правна ситуација у питању потпуно лишена *елементија иностраности*, и да према томе<sup>20)</sup> она излази из круга примене Међународног Приватног Права, те се потпуно има сматрати да је закључена у земљи<sup>21)</sup>, али противно моралу и јавном поретку, тако да се *ишак ав посао, по самом унутрашњем праву, има узети као ништак* (или као посао који се има *враћити у границе законитости*, границе које допушта територијални јавни поредак<sup>22)</sup>, а његово дејство у Међународ-

<sup>17)</sup> Код нас н. пр. У духу § 13. Срп. Грађ. Зак.

<sup>18)</sup> „Архив“, јануар 1927, ст. 44. (односи се на пример узет од г. Д-р Гојка Никетића).

<sup>19)</sup> У нашем случају — цитираном у примедби 180 — сељак из Дубља (Мачва), неспособан за меничну обвезу, издао је меницу — наводно — у Мађарској и зато он има да сноси ризик од *Fraus omnia corrumpit* и не може се више закљанјати за српско законодавство које би било у примени да није учињено срачунато изигравање закона у Међународном Приватном Праву.

<sup>20)</sup> Ближе о елементу *иностраности* видети „Архив“ јули-август 1928 г. стр. 73.

<sup>21)</sup> И ако је могуће да је стварно посао закључен у иностранству куда се због тога *нарочито* отишло.

<sup>22)</sup> Питање о одговорности *ex delicto* и о тужби по обогатењу без основа намерно изостављамо.

ном Приватном Праву одпада само по себи<sup>23)</sup>. — Нужно је да ту одмах учинимо једну резерву. Изигравање закона у Међународном Приватном Праву, по овом гледишту, у извесном броју ситуација, само може да промени национални карактер елемента иностраности а не и да правну ситуацију у питању уопште искључи из Међународног Приватног Права. У томе случају не поставља се питање избегавања примене домаћег права, него лажни избор између два туђа закона, избор противан духу домаћих колизионих норми. Овде откривање изигравања закона у Међународном Приватном Праву има за последицу враћање правне ситуације под владу закона, чија нормална примена у овом случају одговара схватању примарних норми по територијалној концепцији Међународног Приватног Права судијине државе.

Ако је тачно ово друго решење — онда се *изигравање закона у Међународном Приватном Праву* просто своди на примену осигурања територијалног јавног поредка. Зато се врло често постављају два појма: међународни јавни поредак и изигравање закона у Међународном Приватном Праву — као два идентична појма и свде једно правило<sup>24)</sup> и то: Међународно Приватно Право налаже цивилизованим народима да примењују, саобразно колизионим нормама, законе других културних држава, али под условом да то примењивање не ремети основне идеје и морал земље чији их судови примењују, јер ти судови пре свега имају да очувају домаћи јавни поредак. Ако постоји такво стање онда се има сматрати да је ирелевантно правити разлику између закона о територијалном (међународном) јавном поретку и о изигравању закона у Међународном Приватном Праву. — У ствари то није тачно. То су две различне ситуације, баш с обзиром

<sup>23)</sup> У нашем примеру сељака из Дубља не би требало у опште сматрати као менично обвезаног (јер је *за њега* менична обвеза ништава), а његова обвеза свешће се (у то доба) у границе грађанске обвезе.

<sup>24)</sup> Тако је и наш уважени председник тезе, г. Е. Bartin заступао некада овако гледиште у својој расправи: *Les dispositions d'ordre public et la théorie de la fraude à la loi*, Paris, 1897, гледиште брањено и од чувеног приватисте Aubry.

на териториални јавни поредак, који судови другојаче примењују у унутрашњем праву<sup>25)</sup> а другојаче у примени Међународног Приватног Права<sup>26)</sup>. Зато се мора дозвола примене Међународног Приватног Права (значи страног закона) у границама које одобрава териториални поредак строго разликовати од контроле изигравања закона у Међународном Приватном Праву, која може довести до забране примене страног закона у опште и спречавања да странке, по споразумном избору страног закона, недозвољено сведу домаћи закон на мртво слово на хартији, јер се у овом другом случају териториални јавни поредак има да спроведе без икаквих одступања, и без сваке толеранције и са потпуном строгишћу. Према томе за нас, изигравање закона у Међународном Приватном Праву је једна неприродна ситуација у којој се хоће да одбаци примена унутрашњег права у корист Међународног Приватног Права и изопачи смисао домаћих колизионих норми без потребе саме међународне заједнице и једино у корист заинтересованих странака којима не конвенира домаће законодавство. Зато се има сматрати ова појава као тенденција напуштања домаћег законодавства у корист једног другог — страног, а то опет значи да се странке самовољно подчињавају једном туђем суверенитету, што — по начелу националне осетљивости, која је још и данас врло интензивна — представља морално угрожење териториалног суверенитета, угрожење од кога он мора да се брани.

Дуго се веровало да је изиграње закона у Међународном Приватном Праву појава, која је нужно везана за умишљај странака. Зато се судија морао да увери о томе да тај умишљај постоји.<sup>27)</sup> Тиме се објашњавала безусловна и казнена примена правила из Римског Права *Fraus omnia corrumpit*, примена од које се није имало

<sup>25)</sup> Где чини јавни поредак све што није диспозитивно право.

<sup>26)</sup> Где се осећа дух толеранције. На пример наши судови сматрају цивилни брак између француза — хришћана закључен у Француској као правоваљан без дискусије, и ако је црквени брак код нас одредба *ius cogens* (или бар *volens — nolens*).

<sup>27)</sup> Arminjon, *Des règles*, p. 34.

велике користи. Тек се доцније дошло на другу идеју, идеју да је без велике важности тај факат. Није питање је ли закон туђе државе примењен место домаћег, кад то наређују домаће колиционе норме<sup>28)</sup>, свесно и *ma la fide* — већ основно питање лежи у томе да ли је, по териториалном колизионом праву (териториална концепција Међународног Приватног Права) уопште — према елементима правне ситуације у питању — правилно и дозвољено да се одступи од примене унутрашњег Приватног Права и ако треба одступити онда у корист кога од страних закона. По свему овоме има се поставити као једини закључак да се овде борба против изигравања закона у Међународном Приватном праву.<sup>29)</sup> своди на *рејресују њрошис објективне њовреде њрава* и на тежњу да се дође до идеалне примене домаћег правног система без обзира на личност и на интензије заинтересованих странака. Зато изигравање закона као болесну појаву сваки национални правни систем мора да сузбија, јер она значи једно дискредитовање домаћег законодавца у корист једног другог, страног, — и то у случајевима кад се ни по чему не може закључити да је домаћи законодавац дужан и обвезан да жртвује своје суверено право у корист одржавања добрих односа у међународној заједници.<sup>30)</sup>

Само нужно је подвући још једну чињеницу на коју скрећу пажњу сви који су се бавили питањем изигравања закона. Ако се у једном правном систему покушава врло често да изиграва једна одредба *in cogens* из унутрашњег права, онда се може са сигурношћу тврдити, да је то одредба која по својој строгости или компликованости не одговара више правном саобраћају или правној свести те средине.<sup>31)</sup> Чак се изводи да је то

<sup>28)</sup> Видети § 5 Срп. Грађ. Зак.

<sup>29)</sup> Саобразно теорији о објективној злоупотреби права. Видети Архив, за октобар 1928. г. стр. 288.

<sup>30)</sup> Остављамо за један од идућих својих чланака „Изиравање домаћих закона од стране странака“, сиже који многи — држимо погрешно — убирају у обим Међународног Приватног Права.

<sup>31)</sup> Питање сељачких меница у Србији „издатих“ у Врјовини.

опомена домаћем законодавцу да тај закон који више не одговара правном саобраћају треба мењати и то у духу оног страног закона чија се примена покушава да постигне путем изигравања закона у Међународном Приватном Праву.<sup>32)</sup> Тако се и путем ове болесне појаве из Међународног Приватног Права може евентуално доћи и до позитивних резултата у унутрашњем Приватном Праву.

### ПОТРЕБА ДОНОШЕЊА ЗАКОНА О МЕЂУПОКРАЈИНСКОМ СУКОБУ ЗАКОНА\*

Међупокрајински сукоб закона је једна основна правна појава која се јавља, обично, у свима сложеним државама<sup>1)</sup>. Али у свима државама које имају по својој организацији више координираних локалних правних система (т. зв. федерализам правних система, вишеструкост „правних подручја“ или судски федерализам)<sup>2)</sup> постоји,

\* Архив, јули — август 1929.

<sup>1)</sup> Ми се овде под *сложена држава* не користимо тим термином да би њиме обележили само оне појаве из Државног Права, које се свode на међународно-правни субјект у коме разне локалне заједнице организоване привидно (или стварно код реалне и персоналне уније) као државе узимају као такве учешће у вршењу једног и недељивог међународно-правног суверенитета. Ми се овде не користимо тим изразом (који без резерве има своје одређено значење) за означавање једног појма из Државног Права (Видети: Слободан Јовановић, о Држави, II издање, §§ 25 и 27). За нас, по своме специјалном и специфичком значењу у испитивању територијалног сукоба закона, тај израз означава један појам који представља такву државу, субјекта Међународног Права, у којој постоји федерализам правних система, у којој има више онога што се код нас назива *правно подручје* (одомаћен термин), што немачка правна терминологија назива *Rechtsgemeinschaften* (Видети: Ludwig von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, I Buch, § 1. II Auflage), оно што се у француској науци Међународног Приватног Права зове *droit local* (за разлику од *droit national*. — Видети: Weiss, *Manuel de Droit International Privé*, IX édition, Introduction, № 4 B et Livre III, p. 354, note 1e).

<sup>2)</sup> *Судски федерализам* (више провинцијских правних система у једној држави поглавито у Приватном — материјалном и процесуалном — Праву) не сме се ни у ком случају бркати са једним потпуно оделеним појмом *полицијским (државно-правним) федерализмом*. Остављајући на страну федерализам у политичком смислу (о томе видети Слободан Јовановић, О Држави, II издање, §§ 25-27) сматрамо за дужност да подвучемо да судски и политички федерализам се нужно не

<sup>32)</sup> Decombe, *Etude à la loi*, Lille, 1925, p. 149.

у науци и пракси претпоставка, да ће централна законодавна власт моћи својим општим правним прописима предвиђати и пружати потребна правила за решења тога међупокрајинског сукоба закона у материји Приватног Права. Та решења посматрана као скуп правних правила чине саставни део чисто унутрашњег правног система дотичне државе, потпуно слободног од сваког утицаја Међународног Приватног Права, чак и онаког како га, по реалистичком посматрању, ослобођени сваког идеализма, замишљамо у једној специфично територијалистичкој концепцији.<sup>3)</sup> Ипак се тиме не искључује да нека њихова правила буду заједничка.

Између таквог сукоба закона у оквиру једне државе и сукоба закона у Међународном Приватном Праву по-

морају поклапати. Тако на пр. Немачко Царство (и по Бизмарковом и по Вајмарском Уставу) правно није претстављало у материји Приватног Права државу са судским *Федерализмом* (јединствени Грађански Законик ступио у живот 1900. г.) док је у политичком смислу монархистичка Немачка имала једно уређење које је било између федерализма и конфедерације, а ни републиканска Немачка није никако политички (дакле у државно-правном смислу) јединствена држава. Исто тако и Швајцарска у области Приватног Права (у главном) претставља јединствену државу, и ако је политички разједињена и подељена у посебне кантоне и полу-кантоне, са засебним законодавним функцијама. — На против чак и у унитаристичким државама постоји у судском (боље приватно-правном погледу) федералистичко уређење. Н. пр. код нас (Србија; Црна Гора; Хрватска и Славонија; Босна и Херцеговина; Далмација, Прекомурје и Словеначка; Војводина и Међумурје), у Пољској (бивша Конгресовка, бив. аустријске земље, бивше немачке земље, бивше т. з. непосредне руске губерније, бивше балтичке руске области) и у Француској — метропола (Француска, Алзас — Лорен) и поред политичке јединствености у државно-правном уређењу постоје неколико упоредних и независних правних система, тако да — и ако сви ти појединачни правни системи зависе од централног законодавства, који доноси све законе, ипак *бар привремено* његови закони немају још општу националну већ само у напред локализовану, регионалистичку примену. Док ови случајеви показују једно привремено стање, докле у Енглеској (у ужем смислу) постоје и државају се посебни правни системи за Приватно Право појединих области, и ако не постоје посебна законодавна тела тих малих области и ако њихове законе не доносе локалне самоуправне скупштине, већ централни парламенат (Видети. Dicey — Stocquart, Droit International Privé Anglais, Introduction, § Droit local).

<sup>3)</sup> Видети нашу расправу *О повреди шуђега закона као основу за касирање*, Архив, јули — август 1928. г. и засебно (Београд, 1928 г.)

стоји једна битна разлика која се у осталом сама по себи објашњава логички самим различитим карактером те две врсте сукоба закона: *међународног* с једне и *међупокрајинског* с друге стране. Први претпоставља сукоб два суверенитета међусобно координирана у њиховим међународно-правним односима. Други (међупокрајински) на против апелује на један (по самом свом појму недељив) суверенитет да он својом влашћу (ма колико фактички ограниченом) реши сукобе локалних права, која су функција баш тога суверенитета, на чије се решење апелује. У крајњем закључку док у међународном сукобу закона<sup>4)</sup> постоји сукоб суверенитета дотле у међупокрајинском сукобу закона уопште не постоји никакав могући сукоб суверенитета, пошто у питање долази један једини суверенитет (пошто је, дакле, овде сукоб суверенитета у опште сам по себи немогућан).

Покушај који је тек скоро напуштен, да се ова два разнородна сукова закона подведу под један заједнички њихов виши генусни појам, под *територијални сукоб закона* не само да је логично нетачан, јер се ту под виши појам подводи име и привидна слика, већ чак битни карактери појмова, оно што мора да служи као основа сваке логичке и научне класификације, не могу нипошто подвести под један заједнички појам, јер би то свођење остало и без практичних резултата. *Логички је нејачно* зато што се у првом случају сукоб и цео однос који због њега настаје своди на изналагање дужности територијалног (читај судијиног) законодавца према међународној заједници да се без потребе не вређа страни суверенитет, док на против у локалном т. ј. међупокрајинском сукобу закона централни (могућно и једини<sup>5)</sup> законодавац правно није везан и према томе он се не осећа осећа ни у колико ограничен у томе да сукоб реши онако и у правцу, како то он налази за потребно, потпуно независно од сваког евентуалног правила, које би о томе постојало у Међународном Приватном Праву.

<sup>4)</sup> Т. ј.: док у сукобу закона у Међународном Приватном Праву...

<sup>5)</sup> Н. пр. за Југославију, Пољску, Француску. Видети примедбу <sup>20</sup> уз овај чланак.



— То је решење и *практично неумесно* јер би се иначе морало долазити у једнаком случају (у једнакој правној ситуацији) без обзира да ли је у питању међународни или међупокрајински сукоб закона до истог решења, чак би се евентуално преседанима о решавању међупокрајинског сукоба закона (који је такође териториални сукоб) стварала правила за решавање међународно-приватног сукоба закона и обрнуто. Међутим то је апсурд. Очигледно је да ће заштита домаћег (боље локалног) правног система бити мање ригорозна у одбрани од правних система других покрајина исте државе (јер повреде суверенитета ту у опште не може бити) него што ће то бити за случај сукоба домаћег и неког страног (у међународно-правном смислу) правног система. — Најзад та нелогичност и неумесност се види и по последицама, по санкцији повреде правила Међународног Приватног Права. Ако би домаћи суверенитет поставио правило за решење међународно-приватно-правних сукоба закона независно, чак и противно доктринама које су уопште усвојене у међународно-правним односима као правила Међународног Приватног Права (ма колико да на својој територији сваки законодавац сам формулише за своје судове *обвезно* разумевање тих правила) суверенитет оне стране државе чији је интерес повређен могао би противу државе која је учинила ту повреду повести једну међународно-правну акцију захтевајући уклањање повреде<sup>6)</sup>. На против код међупокрајинско-приватно-правног сукоба закона нико није овлашћен и не би могао подићи никакву међународно-правну акцију. Једино у унутрашњем праву, можда према уставној организацији те земље, евентуално могућно је подизање тужбе против неуставности закона ако је таква тужба организована. Али чак ни у томе случају ако се напада против-уставност таквог закона, не може се она нападати са разлога да је закон противан правилима које су цивилизовани народи усво-

<sup>6)</sup> Н. пр. дипломатском акцијом, дизањем непосредне тужбе Сталном Суду Међународне Правде (Statut de la Cour Permanente) и нарочито реторзијом или репресалијама, које, — и ако некултурне, — на жалост су још увек у међународним правним односима најсигурнија средства за васпостављање повређеног права.

јили као опште обвезне доктрине у Међународном Приватном Праву.

С тога разлога несумњиво обарају или не схватају тачно читаво Међународно Приватно Право они писци који желе да схвате као *териториално колизионо право* са нужно једнаким правним нормама за све случајеве било међународног било међупокрајинског сукоба закона из области Приватног Права<sup>7)</sup>. Не само да је ово погрешна теориска концепција, већ она у опште не одговара стварности по својим практичним резултатима.

Све државе са *правним федерализмом* имају двогуби колизиони систем: за међународни и за међупокрајински сукоб. Тако н. пр. у Француској матици<sup>7а)</sup> сматрало се до 1924. г. као ствар о којој у опште није ни покретана ни дозвољена дискусија да је потпуно пуноважно свако оно трговачко друштво са ограниченом одговорношћу, које је основало саобразно закону у Алзас-Лорену,<sup>8)</sup> и ако је пре 1924. год. важило као безусловно правно правило Међународног Приватног Права да се у Француској (која није знала за овај тип друштва) енглеска друштва са ограниченом одговорношћу не могу признати пошто су она *inconceivable*, нешто што француски јавни поредак не може да схвати, нешто што не одговара француској концепцији о заштити јавног кредита<sup>9)</sup>.

Најзад да не идемо далеко. Данас је код нас проглашено као опште правно правило да се свака она судска одлука, која је снабдевена извршном клаузулом од стране суда у једном, било коме крају наше државе,

<sup>7)</sup> Н. пр. Барон Борис Ноље (Основи Међународног Приватног Права, Београд, 1928, стр. 3—5) повео се у томе за старијим немачким писцима, који су бркали међупокрајински и међудржавни сукоб закона у области Приватног Права зато што су немачке државе пре Бизмарковог Устава схватили као покрајине и ако су то били посебни међународно-правни субјекти.

<sup>7а)</sup> Међупокрајински колизиони систем нормиран је у Француској Законом од 4. јула 1921. год.

<sup>8)</sup> Видети: Percerou, Les sociétés à responsabilité limitée, Paris 1926,

<sup>9)</sup> Видети: Laurent, Droit Civil International t. IV. (§ Société en général). II ed.

има у свима осталим крајевима, у свима правним подручјима наше државе сматрати као правомоћна и извршна и мора се по потреби и на захтев овлашћеника и извршавати<sup>10)</sup>. Зар то не доказује да је прека нужда оделити та два сасвим оделита и независна и међусобно крајње различита (и ако оба териториална и из области Приватног Права) сукоба закона и јурисдикција: међународних с једне и међупокрајинских исте државе с друге стране? Иначе би се с правом могло тражити да се генерализује то локално решење и наређује *ipso jure*, путем аналогне примене исто тако и извршење свих иностраних извршних пресуда и то без уобичајене за њих предходне процедуре давања екзекватуре. Такво би решење, и ако је у складу са формалном логиком, у ствари значило софистичко извртање правничке истине и очигледности.

Али док врло вероватно код наших судова неће доћи до генерализације тих специфичних решења датих искључиво у унутрашњем међупокрајинском сукобу закона и јурисдикција у Приватном Праву наше државе на све такве сукобе, па и оне чисто међународног карактера (под видом да су и једни и други *итеријориални* сукоби закона) дотле су, поведени аналогном, наши судови с друге стране очигледно западали у једну другу погрешну крајност. Судска пракса наших, нарочито пречанских, судова поставила је као своје основно, чак априорно, становиште у решавању унутрашњих међупокрајинских сукоба закона једно правило по коме се у свима оним случајевима, где не постоји никакво изречно и нарочито правно правило издато само и искључиво ради нашег покрајинског сукоба појединих правних система одн. закона и јурисдикција у Приватном Праву, отишло, без икаквих обзира и без правних разлога, толико далеко да се остала правна подручја (н. пр. Београд према Земуну) сматрају као „иностранство односно иноземство у грађанском (приватно)-правном смислу“<sup>11)</sup>.

<sup>10)</sup> Закон о уређењу редовних судова од 18. јануара 1929. г. одсек VII.

<sup>11)</sup> Погрешност овог гледишта Архив, јули-август 1929 у Судској Хроници, из пера г. Манојла Маљковића, судије из Вуковара.

Таква аномалија у схватању о међупокрајинском сукобу закона дошла је, наравно, као нужна последица оног првог схватања о томе да се сваки териториални сукоб закона и јурисдикција у Приватном Праву јавља као један општи и јединствен појам према коме није потребно да у сукобу стоје, као противници који се нападају и бране, страна и домаћа држава, страни и домаћи суверенитет, већ само страни и домаћи правни системи, другим речима макар и локални правни системи две покрајине исте државе.

Али то погрешно схватање, које је нужна последица једне у основи погрешне концепције о сукобу у опште, имало је и даље своја погрешна дејства и зато је морало да произведе по јединство државе, по сигурност и брзину приватно-правног саобраћаја у Краљевини огромне штетне последице<sup>12)</sup>. У првом реду схватило се да апсолутно није потребно издавати никаква посебна општа правна правила намењена искључиво за решење међупокрајинског сукоба правних система односно закона и јурисдикција који постоје у Приватном Праву наше државе. Сматрало се да су општи правни прописи који се тичу међународног приватно-правног сукоба закона и јурисдикција довољни зато да као привремена правна правила послуже за правилно отклањање међупокрајинских сукоба у Приватном Праву. Зато се у овом погледу остало и данас скоро увек на оном истом месту где нас је на дан 1. децембра 1918. г. затекло стање, које је створено пре него што је извршено Уједињење Срба, Хрвата и Словенаца; такво тешко стање постоји поред многих недовољно изражених покушаја од стране практичних правника<sup>13)</sup>, који су осетили апсурдност ситуације и нагласили потребу да се што пре дође до једног специалног Закона намењеног за решење међу-

<sup>12)</sup> О томе видети опширно код г. Проф. Др. Станка Лапајне-а *Mednarodno in medpokrajinsko zasebno prave Srbov, Hrvatov in Slovencev s pravnimi granama posestrimami*. Ljubljana, 1929, одеlek VI.

<sup>13)</sup> Као изузетак од *droit commun*, као посебно право за меницу и чек видети: § 108 Мен. Зак. који по § 28, Чек. Зак. важи и за чек.

покрајинских сукоба. Ишчекивање брзог и потпуног изједначења у свима правцима целокупног југословенског приватно-правног законодавства<sup>13)</sup> оправдавало је схватање да ће се регулисање међупокрајинског сукоба чим дође до изједначења, показати као потребно. Међутим ту је пропуштена једна ствар која се и поред тога намеће као нужност.

Независно од свих могућих практичних случајева, од свих оштроумних довијања судова, довољно је за разумевање ствари показати само један једини случај позајмљен из праксе и који је у стању да јасно илуструје неодложну потребу брзог решења овог питања одвојено од сваког искључивог ослањања на Међународно Приватно Право:

Капетан Н. П., Београђанин по рођењу и животу, ожењен, без деце, сопственик једног великог непокретног имања у Београду, буде некако на три месеца дана пре своје смрти премештен из Београд у гарнизон К. у Хрватској. Пошто се тамо јавио на своју нову дужност, разболе се и враћа се одмах својој кући у Београд на боловање али ускоро ту умре. После његове смрти појављују се два законска наследника: његов син и његова кћи. Кћер се обраћа одмах среском суду у К., подноси захтев за наредбу јавном бележнику да се отвори посмртна маса и заоставштина расправи по оном законодавству које тамо важи. Овај захтев је снажно мотивисан ако се цела ствар има расправљати саобразно општим правним правилима Међународног Приватног Права: Наша је држава јединствена; покојников национални закон не може се, дакле, према томе одређивати искључиво по његовом држављанству већ се мора ићи даље, због разноликости права у држави, и одређивати по његовом домицилу (било правном — завичајност; било фактичком — место пребивања). Де сијус је на дан своје смрти био, по хрватском законодавству<sup>14)</sup>, по своме својству јавног службе-

<sup>13)</sup> О досадањим делимичним покушајима и предлозима видети: Лапајне, *op. cit.*, глава XCIV.

<sup>14)</sup> Хрватски Закон о завичајности од 30 априла 1880, § 11: „...стичу наступом службе завичајно право у овој општини, у којој им је стално уредовно седиште назначено“.

ника на сталној служби у К., самим тим завичајан у општини свога тадањег службовања. Осим тога де сијус је дошао лично да се јави у К. на дужност, ту закупио стан и није у опште чинио ни манифестовао никакве кораке да то место, као место своје редовне званичне службе, ма на који начин промени, дакле отуда се може узети да је и фактички општина К. била његов последњи домицил. Према томе покојников релевантни и ближе одређен национални закон јесте закон његовог последњег домицила — а то је овде хрватско законодавство. Без обзира на то да ли се по спорним теоријама у Међународном Приватном Праву законска заоставштина (умро је без тестамена) расправља по националном закону или по закону последњег домицила, она се у обе хипотезе у овом конкретном случају мора расправити по хрватском законодавству, које важи у К. — Суд је захтев уважио.

С друге стране саобразно постојећем законодавству које важи на србијанском правном подручју Суд Општине Града Београда као помоћна старатељска власт, по званичној дужности, у Београду (месту смрти) покренуо је пописом масе заоставински поступак, који је — по Правилима за Неспорна Дела — завршен распоредним решењем надлежног судије, решењем заснованим на српском законодавству, и у коме се решењу и не говори уопште о неком могућем сукобу закона.

Пред оба суда у законском року незадовољне стране покренуле су редовни грађански спор око наслеђивања, тражећи у првом реду оглашавање судова (сестра овог у Београду; брат оног у К.) за ненадлежан и ако се у ствари цела тешкоћа не тиче питања надлежности већ решења сукоба материалног права. Ствар је у току, зато остављамо на страну критичку анализу случаја и предлог за његово решење.

Овај случај је један од оних који доказују да се мора неодложно, као што је то у „Архиву“ већ много раније од нас показао професор г. Др. Драг. Аранђеловић<sup>15)</sup>, без

<sup>15)</sup> Др.) Драг. Аранђеловић: Пољско Законодавство о међународним и међупокрајинским — приватно правним односима, Архив, новембар 1923. г.

обзира на предстојеће ма и ма како брзо изједначење Приватног Права у нашој земљи, приступити и то брзо декретовању једног општег Законика о међупокрајинском сукобу закона (о сукобу јурисдикција до изједначења Касационог Суда видети чл. 104 и даље Закона о уређењу редовних судова од 18. јануара 1929. год.), независног од решења сукоба закона у Међународном Приватном Праву, јер се то решење под нарочитим обзирима и околностима, којих не може бити у колизионим нормама Међународног Приватног Права намеће код нас, као што се после рата наметало у Пољској, Француској и Чехословачкој, где су ови сукоби, и ако привременог карактера као и код нас, морали добити своје брзо решење.

У томе циљу износимо ово старо питање у правној политици наше државе не би ли покушали да га обновимо и не би ли тиме скромно допринели да се брзо дође до његовог решења тим пре што његова практична важност неће престати чак ни изједначењем нашег југословенског законодавства, јер ће изједначено законодавство вредети за будуће случајеве док случајеви који су наступили од 1. децембра 1928. год. и који буду наступили све до потпуног изједначења морају се расправљати по досадањим, неизједначеним правилима, која — као што смо видели у наведеном фрапантном примеру — дају повода најозбиљнијим међупокрајинским сукобима закона.

### ДОКАЗИВАЊЕ СТРАНОГ ЗАКОНА\*

Нови југословенски Законик о судском поступку у грађанским парницама (грађански парнични поступак) показује један огромни и скоро (за сада) завршни прогрес у нашем аутономном разумевању значаја Међународног Приватног Права. Он је учинио својом појавом једну праву револуцију схватања у односу на досадањи наш неодлучни, чак у опште неодређени, став србијанског процесног законодавства и укорењеност србијанске судске праксе у питању схватања правне природе примене страног закона код наших судова. И ако је Српски Грађански Законик у своме §-у 46 још 1844. год. поставио солидну основицу за решење међународног сукоба закона, усвајајући у главном теорију персоналитета, дакле још раније него што ју је уопште Италијанска Школа одлучно пронела кроз Европу и што су је усвојили страни законици, Српски Грађански Законик још тада изјаснио се за Међународно Приватно Право, модификујући ту теорију по потреби теоријом аутономије воље, — ипак и поред тога све до данас остало је у нашем србијанском процесном праву (а то није одређеније ни на Западу) нерегулисано основно питање, питање *да ли за наше судове страни закон представља право или чињенице*: да ли је његово истраживање и утврђивање правога смисла страног закона *дужности судије* који — по својој званичној дужности — мора знати закон; или је то питање обавештавања судије о фактичком стању околности под којима је закључен правни посао који је предмет спора, тако да и само доказивање садржине и зна-

\* Архив, октобар 1929.

чења прописа страног закона као и доказивање свих осталих фактичких околности долази једино и само у *дужности парничних странака*, које га (као и све друго што се има доказати у спору) по општем правилу морају доказивати редовним извођењем доказа у контрадикторном поступку. Као последица било једног било другог од ова два основна гледишта појављује се питање да ли је *повреда страног закона у опшће једно правно (по првом) или на проиш само фактично (по другом гледишту) питање*, питање које може (правно) или не може (фактичко) бити навођено и узето као основ за касирање донете пресуде. Остављајући на страну тај проблем који смо већ у засебној расправи једном третирали<sup>1)</sup>, ми се овде задовољавамо само (раније објашњеном) констатацијом да је пракса у овом питању била колебаљива али да је у главном у пракси код наших судова у одсуству сваког позитивног законског текста и уопште због прилично слабог и површног разумевања Међународног Приватног Права код наших судија (које долази у првом реду због неразвијене литературе на нашем језику о нашем аутономном Међународном Приватном Праву, и ако је о томе доста писано у иностранству од домаћих правника) — тумачење проблема ишло је у крајној линији у корист другог решења, по коме се сматрало као природна појава да судови сами по званичној дужности у опште не могу улазити у оцењивање значења па чак ни у истраживање правога текста и његове везе са другим одредбама страног закона, јер би — пролазећи тиме у активитет ове врсте — судије прешли своју редовну надлежност, која им припада по општим начелима о доказивању и судиској улози у Грађанском Судском Поступку. Другим речима да би на тај начин судије уносили у спор нове чињенице, моменте на које се странке нису позвале у своје тужбеном тражењу и чије уношење није дозвољено јер би то у суштини значило помагање парничара од стране судије, што се противи освештаном начелу формалне истине и опште усвојеном начелу о судиској неутралности по коме је судија дужан да пресуђује све

<sup>1)</sup> Видети Архив за јули-август 1929.

грађанске спорове простим подвођењем онога што му странке докажу путем т. з. формалне истине под извесна правна правила, чије је тумачење једина судијина улога.

Ово гледиште, које је некада било опште усвојено у Европи по себи јер је врло zgodно за комодитет судија, и ако оно у ствари представља врло несигурни критериум о правди при доношењу пресуда које се заснивају не на домаћем већ на страноме закону. Зато чињеница да то више неће моћи триумфовати у нашем правосудју значи огромни напредак. Тако текст §-а 367 новог Југословенског Грађанског Судског Поступка, који регулише овај случај, гласи:

„Право, које вреди у туђој држави, обичајно право, привилегије и статуте потребно је доказивати само у толико, у колико нису суду познати.“

„При доказивању ових правних наређења суд није везан за доказе, које су странке поднеле; он може у том циљу наредити по службеној дужности потребне извиђаје, а може се по потреби послужити и посредовањем Министра Правде.“

Сада је јасно и најзад одлучно и дефинитивно одбачено схватање да страни закони чине по садржини једино фактичке околности које би требало у спору бацити на терет доказивања парничних странака и где је, као и у случају доказивања свих осталих фактичких питања, надлежни суд само искључиво и једино везан за оне доказе које пруже саме парничне странке. Не одбацујући потпуно саму *дужност странака* да докажу суду коме се обраћају какво је *право, које вреди у туђој држави* за случајеве кад се у спору оне на њега позивају, може се рећи да нови наш Грађански Судски Поступак изречно поставља као карактеристику свога система ова два основна правила:

1<sup>о</sup> *Да суд, у оним случајевима у којима му је страни закон добро и непосредно познат, не мора тражити од странака која се на њај инострани закон позива да му га она редовним путем и докаже.* Дакле у будуће примена страног закона, чак и ако се странка на њега у спору позива, више није обвезно и нужно предмет терега доказивања парничних странака у контрадикторном поступку. Странка на чију би се штету потпуно пра-

вилно применио страни закон неће моћи у будуће његову примену одбацити ослањајући се и позивајући се на то што јој он није саопштен у парничном доказном поступку.

2<sup>о</sup> Да суд, независно од свега онога што су о дотичном страноме закону (који у конкретном приватно-правном спору треба применити) парничне странке успеле доказати, ипак *може и сам по својој званичној дужности, ex officio, наређивати потребне извиђаје о шекстију и значењу страног закона, а то значи:*

а — Да у сваком оном случају кад год суд нађе (па и кад се парничне странке у томе спору на један страни закон у опште не позову) да у конкретном спору треба применити или бар испитати околности да ли би евентуално требало применити страни закон, — суд може наредити да се прибаве тачни и *службени подаци о томе како гласи и какав је смисао иностраних правних прописа;*

б — да суд *није везан само оним што су странке (можда споразумне, обе) изнеле о иностраним правним правилима* чија се примена тражи. Суд може ићи — на супрот споразума странака — преко тога доказивања тежећи да о страном закону стекне на основу званичних истраживања, *појам заснован на материјалној а не формалној истини;*

в) да је овде *улога судије*, као у свима правним питањима, *улога истраживача* а не само оцењивача поднетог материјала;

г) да према томе, пошто је у суштини у питању једно *правно питање*, не само да се Касациони Суд мора упуштати у оцењивање има ли у конкретној судској пресуди погрешне примене односно повреде страног закона, т. ј. појаве да се пресуда оснива на погрешној правној оцени ствари (§ 597 тачка 4), већ он може ићи чак и даље: *Касациони Суд овде може наћи да је подређени суд погрешно што није по званичној дужности наредио потребне извиђаје о стању страног законодавства* и да у случају кад такво пропуштење омета или чини несигурну правну оцену ствари или је чини веро-

ватно погрешну, онда ће Касациони Суд моћи да би се у опште могао изјаснити има ли или не погрешне правне оцене ствари — *наредити да се такав извиђај учини накнадно*, да касира судску одлуку у питању јер су нижи судови погрешили што себи и Касационом Суду нису створили могућност да са дође до праве слике о праву које треба применити, према томе Касациони Суд ће вратити ствар као пресуђену пре учињених извиђаја.

Према томе, остављајући на страну питање материјалног Међународног Приватног Права, остављајући на страну питање у којим се случајевима може примењивати код наших судова један инострани правни пропис, наш нови Грађански Судски Поступак решио је у процесном праву *материјални значај* иностраних правних прописа у случајевима, кад се они буду примењивали. Они представљају право, право од чијег правилног разумевања зависи доношење пресуде и за чије се правилно разумевање судије морају бринути да буде сигурно, не ослањајући се само и искључиво на доказивање странака у спору, као што се на њихове наводе не смеју ослонити ни кад су у питању текстови и значај домаћих правила већ и њих морају истраживати.

И ако овакво разумевање Међународног Приватног Права претставља несумњиво један од најодлучнијих корака ка непосредном сазнавању секундарних (материјалних) прописа у Међународном Приватном Праву, ка осигурању примене баш оних иностраних правних прописа чију је примену хтео домаћи законодавац репипирајући их у своје правоме значењу, ипак верујемо да ће ова одредба (која се мора поздравити јер значи увођење нашег правосуђа у круг држава које у Приватном Праву чине међународну културну заједницу) сигурно довести до једне несумњиве неједнакости у пракси и то како у тумачењу правила о томе кад суд треба да интервенише тако и у тумачењу самих иностраних прописа до којих судија буде дошао. Зато би било несумњиво од необичне користи ако би се путем једне уредбе регулисао целокупан поступак око прикупљања и проверавања доказа о текстовима и значењу иностраних правних по-

слова. Најбољи би био начин ако би судови били обавезни да у сваком конкретом случају буду дужни да *ex officio* бар провере поднете доказе о тексту и значењу иностраних правних прописа. Суд у томе како гласе правни прописи не сме никада да греши.

Ази ако би се за сваки конкретни случај проверавање вршило код иностраних надлежних власти онда би се неодступно и непотребно одуговлачило расправљање спорова. Зато би ову службу проверавања било потребно централисати. Централизација је могућа на тај начин што би се установио један биро страног (упоредног) законодавства било код Министарства Правде било код Касационог Суда. Овај би биро, као што је то већ случај у Француској (код Министарства Правде), сталним скупљањем законодавног материјала познатијих држава и груписањем одговара иностраних власти у идентичним случајевима, могао на врло брз начин и са сигурношћу одговорити судовима да ли докази странака о тексту и значењу иностраних правних правила збиља одговарају правом стању ствари и има ли скорих сличних случајева у којима су владе дотичних држава дале своје аутентичне изјаве о томе који се пропис законодавца, у чију међународну надлежност долази дотични случај, мора приметити као једино правилно решење, тако да би тај биро само изузетно морао интервенисати код иностраних влада ради обавештења, јер би после врло кратког времена имао већ велико искуство и за већину случајева сам би располагао потребним материјалом, те се не би ометало брзо доношење пресуде.

## ДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА КОД CAUTIO IUDICATUM SOLVI\*)

Неједнакост правног положаја односно права странаца и домаћих држављана на судску заштиту код нас и наших судова поред осталих изузетних појава (н. пр. надлежност, домицил за нотификацију) манифестује се нарочито у установи *cautio iudicatum solvi*. Институт о коме је реч може се дефинисати као једно право домаћег држављанина да за случај ако би био у приватноправном спору тужен од стране једног лица (физичког или правног) које није наш држављанин (споредно је да ли је он страни држављанин или лице без држављанства — § 43 Закона о Држављанству, односно који је то националитет који се приписује правном лицу, које наш закон сматра за страног) може истаћи један нарочити *приговор*. Тај приговор садржи се у томе што ће се у одговору на тужбу наш држављанин изјаснити да се уздржава од вођења спора пре него што му странац буде полагањем једне кауције обезбедио исплату (односно накнаду) свих оних трошкова, које он евентуално може имати у току спора и због тога спора за случај ако се спор буде окончао на штету тужиоца. *Ratio iuris* ове опште познате и дозвољене установе старог порекла у Међународном Приватном Праву је једна очигледност. Бојазан лостоји да странци вексаторним парницама могу нанети велику штету домаћим држављанима, и то штету због које се домаћи држављани по правилу неће моћи обезбедити пошто странци (бар у већини случајева) неће имати на домаћој територији никаквог имања одакле би се ти трошкови могли наплатити. Да се не би доводило до тога ризика уведена је у већини држава, у ко-

\*) Архив, новембар 1929. г.

рист домаћих држављана, установа *cautio iudicatum solvi*, која спречава несавесне странце да путем вексаторних парница могу нанети било какву штету домаћим држављанима јер ће они моћи све своје парничне трошкове лако накнадити наплаћујући се из вредности које су положене код суда као *cautio* и на којима тужени има заложно право ради те накнаде.

*Cautio iudicatum solvi* уведено је код нас у Србији једним посебним законом, а то је *законодавним решењем од 5. марта 1851. г.* Доцније доношењем општег *Законика о посџујку судском у грађанским парницама од 12. фебруара 1860. г.* као ни нашег данашњег *србијанског Грађанског Судског Посџујка* (потпуно: *Законика о поступку судском у грађанским парницама од 20. фебруара 1865. г.*) којим је замењен први Законик од 1860. г., — стање се није ни у чему изменило. И ако је пропису о *cautio iudicatum solvi* по своме процесуалном карактеру место у Грађанском Судском Поступку, те би се по правилу морало из тога закључити — пошто Грађански Судски Поступак као доцније закон о томе у опште не говори — *да је закон од 1851. године* који је установио *cautio iudicatum solvi*, једну установу која долази по своме карактеру у ред одредаба Грађанског Судског Поступка доношењем кодекса тих одредаба, кодекса у коме те установе више нема, *самим њим прећућно укинућ, јер да је остао на снази њаква би одредба ушла у кодекс.*

*И ако ди се по редакцији Грађанског Судског Посџујка* и оног од 1860. г. и овог, од 1865. г., којим је онај први замењен и који је и данас још за неко време на снази у Србији (до увођења у живот „Законика о судском поступку у грађанским парницама — Грађанског Парничног Поступка“ од 13. јула 1929. г.) — *имало закључићи да је* законодавчевим пренебрегавањем да се *cautio iudicatum solvi*, унесе у систем процесног приватног права *Закон од 5. марта 1851. г. укинућ, ићак љракса љредраћне јурисљруденције у Србији није делила љто мишљење.* У осталом то се види из појаве Закона о јавним правобраниоцима од 15. јуна 1865. године, дакле

закона доцнијег од Законика о Грађанском Судском Поступку од 20. фебруара 1865. г., који у својим члановима 43. и 44. предвиђа ослобођење од полагања ове кауције оних иностранаца, који су узели за своје заступнике српске јавне правобраниоце и који су одговорни за исплату парничних трошкова, те који у овом погледу престављају јемца... Исто тако и познати наш правник, почасни доктор права Београдског Университета, пок. Ђорђе Павловић изнео је мишљење да је Закон од 5. марта 1851. г. и после доношења Грађанског Судског Поступка од 1865. г. био и остао на снази. То закључујемо одатле и ми, јер он сматра, а тада је био председник Апелационог суда, да је тај закон — без дискусије — био на снази 1884. г.<sup>1)</sup>

И ако је по правилу, као одредба *du droit commun*, био на снази Закон од 5. марта 1851. г., у ствари је тај закон а с њиме и установа *cautio iudicatum solvi* код нас у Србији пре рата у многоме практично изгубио од свога потпунога значаја, јер је путем разних међународних уговора, које је Србија била закључила у међувремену између 1883. и 1914. г., са многим иностраним државама било непосредно било посредно (посредно н. пр. осигурањем примене уговорне одредбе о највише повлашћеном народу — *la clause de la nation la plus favorisée*) загарантовано да се од држављана тих држава не може захтевати полагање ове кауције, јер ти уговори пошто су ратификовани законом представљају наше специалне законе, који у односу на држављане држава уговорница наш Закон од 5. марта 1851. године стављају ван снаге.

Свакако због тога што је тај Закон од 5. марта 1851. г. био једно специално законодавно решење које није унето у законик, једна одредба, мало одређена и мало прецизна у поступку, видимо да је после Великог Рата, у чл. 33 Уредбе о убрзању рада код судских и истражних власти од 22 јуна 1921. године (која је добила обавезну и законску снагу изричним ратификовањем

<sup>1)</sup> Видети у његовој студији *De la condition juridique des étrangers en Serbie*, коју је објавио у чувеном часопису *Journal de Droit International Privé* за 1884 г., стр. 147 и даље.



у прелазним наређењима, сада већ укинута, и замењеног, Видовданског Устава) поново наглашено постојање института *cautio indicatum solvi* у србијанском позитивном праву, али у исто време је и ограничена његова примена па и регулисано право употребе приговора домаћег држављанина за случај да он тражи полагање кауције. Тај члан гласи:

Ако државним уговорима није друкчије наређено, страни држављани биће дужни, на захтев туженога, да обезбеде трошкове које овај може имати у току спора изузимајући спорове по меници.

Тужени је дужан тражити обезбеђење још у одговору на тужбу и означити суму коју на име обезбеђења тражи; иначе ће његово тражење бити одбијено. Величину обезбеђења и рок у коме се оно има положити одређује суд по слободној оцени узимајући у обзир трошкове које ће тужени вероватно имати, али не и трошкове које би имао, ако би, можда, подигао противтужбу. Суд ће у наредби, којом позива тужиоца да те трошкове положи, ставити на знање да ће тужба бити одбачена ако се обезбеђење не положи у остављеном року.

И ако је овај нови текст врло јасан, и ако је овде изречно постављено правило (које се иначе по себи подразумева) да је *cautio indicatum solvi* искључено тамо где се држава одриче вршења тога свога права према оним странцима који су држављани оних држава са којима је Југославија закључила о томе какав међународни уговор, ипак је изложио у својој збирци „Судска Пракса у 1928. години“ г. Србислав М. Ковачевић, судија Касационог Суда у Београду<sup>2)</sup>, два таква случаја. Они показују занимљиво питање о правилности одлука нижих судова у примени међународних уговора, ако ти уговори буду били озакоњени у року од саопштења судског решења о полагању кауције па до рока жалбе, односно до расправе жалбе у вишем суду.

1 \*) Фирма Оскар Шилер из Грина у Немачкој тужила је Брауу Романо за дуг у 381,20 америчких долара за узету робу. — Тужени приговара да је тужилачка фирма, по чл. 33. Уредбе о убрзању рада, дужна да депонује кауцију у 2000 дни, за обезбеду судских трошкова. — Првостепени Београдски Трго-

<sup>2)</sup> Приказ те збирке видети у „Архиву“ за новембар 1929 г. у белешкама.

<sup>3)</sup> Случај 525, страна 645.

вачки Суд је нашао, да је по чл. 33. Уредбе о убрзању рада тужилачка страна као стран поданик дужан да обезбеди трошкове што она није учинила. Како трговински уговор с Немачком ни једном својом одредбом не регулише питање о обезбеђењу парничних трошкова, и како овде не постоји ни један изузетак друкчијег наређења у овом питању, о коме говори ст. 1. чл. 33. поменуте Одредбе; то је решењем од 2. децембра 1927. године (бр: 68899) наложио тужилачкој страни претходно полагање 1000 динара за обезбеду парничних трошкова.

Касациони Суд у III одељењу 25. августа 1928 г. (бр: 7407) ништи (са разлога): „Јер по чл. 1 ст. V Уговора о трговини и провидби између наше државе и Немачке од 6. октобра 1927. г. („Службене Новине“ од 20 децембра 1927. године.) држављанин једне уговорне стране... уживају у области друге уговорне стране исти поступак као и сопствени држављани... — то овда ни тужилачка страна пошто је немачки поданик није дужна да у овом спору полаже обезбеђење парничних трошкова по захтеву туженога“.

II \*) Решењем Београдског Трговачког Суда од 10 новембра 1927. године (бр: 62839) наложено је фирми Вилхелм Херлих из Беча да у своме спору противу Албахара и Бенциона из Београда положи претходно 1000 динара за обезбеду трошкова тужене стране.

Касациони Суд у III одељењу од 8. септембра 1928 год. (бр: 8100) ништи (са ових разлога): „кад је чл. 1 ст. 2 Уговора о провизорном уређењу узајамног трговачког промета између наше државе и Аустрије од 27 јуна 1920 г. („Службене Новине“ од 27 децембра 1927 године) наређено, да ће поданици једне уговорне стране уживати у области друге уговорнице исту правну заштиту као и поданици највећим повлашћене државе... и кад је чл. 23 Уговора закљученог између наше државе и Чехословачке републике ради уређења узајамних правних односа од 27 маја 1924 год. наређено, да се од држављана једне уговорне стране као тужиоца неће тражити никакав предум ради обезбеђења судских трошкова... неправилно је позивање суда на чл. 33 Уредбе о убрзању рада, који има важности тек у случају, да државним уговорима није друкчије наређено“.

Оба ова случаја по своме карактеру траже решење два потпуно одељена питања:

1° Да ли се у жалби на виши суд може употребити позивање на нови закон који је донет после доношења одлуке нижих судова (за први случај: одлука од 2 децембра 1927 г. није се смела позвати на закон о ратификацији једног уговора који још није објављен, и

<sup>2)</sup> Случај 526, страна 646.

који је публикован тек 18 дана после доношења решења; — за други случај одлука је од 10 новембра 1927. г. а публикација текста је дошла тек 27 децембра те године) и ако тај закон у себи изречно не носи одредбу о својој ретроактивности и да ли виши суд може на основу тог новог текста не преиначавати, већ ништити (касирати) донете одлуке нижих судова?

2° Да ли један међународни уговор има по својим особинама дејство и на већ започете спорове за случај ако уговор у питању прописује ослобођење од *cautio iudicatum solvi* и ако га има, на који ће се начин то постићи.

Мишљења смо да су обе ове одлуке Касационог Суда, по форми, неправилне, и то са ових разлога:

I — Касациони Суд био је дужан да констатује да нижи суд у тренутку доношења својих одлука није погрешно јер у томе тренутку није било ни једног публикованог међународног уговора, који би по закону о његовој ратификацији с наше стране — могао спречити дејство чл. 33 Уредбе о убрзању рада, јер по § 3 Срп. Грађ. Законика „Закони ..од онога часа, кад су својим путем обнародовани, имају силу и важности...“ Отуда би за такве одлуке по § 6 Закона о своме устројству Касациони Суд имао да мотри да ли су у њима „како формални, тако и материални закони и прописи“ употребљени „у оном смислу у коме они гласе“ а по § 325 Срп. Грађ. Суд. Пост.:

„Касациони Суд уништаваће пресуде или решења нижих судова кад вађе, да је суд на штету жалитеља што пропустио учинити по формалним или материалним законима, или да је што противу тих прописа учинио. Иначе ће суд пресуде или решења за снажне проглашавати“.

Према томе Касациони Суд овде где нижи суд није пропустио водити рачуна о законима, који су у тренутку доношења одлуке важили — није могао ништа ни касирати.

II — Потпуно одељено је друго питање. Несумњиво је да се један међународни уговор који предвиђа ослобођење од полагања *cautio iudicatum solvi* мора применити на све држављане државе уговорнице без об-

зира да ли су они у тренутку проглашења ратификације тога међународног уговора већ у току вођења спора и већ, евентуално, положили дотле обавезну кауцију или ће они тек после публикације и ступања на снагу тога уговора тек повести спор. Отуда оно што је Касациони Суд постигао касирањем решења у циљу да одржи једну међународно правну обвезу наше државе према иностранству, то се — по нашем мишљењу — могло постићи једним начином који не би уздрмао основне темеље начела кад се може поништити једна пресуда (§ 325 Срп. Грађ. Суд. Пост.), већ просто доношењем — на тражење заинтересованих — новог решења првостепеног суда којим би се на основу новог законског прописа (закона о ратификацији међународног уговора у питању) тужилац ослободио од *cautio iudicatum solvi*. Мислимо да би и Касациони Суд у наведена два случаја поступио довољно лојално према међународној заједници ако би наведена решења првостепеног суда оснажио као правилно донета, а судовима скренуо (у смислу § 325 ст. II) пажњу да, за случај да то жалиоци траже, донесу нова решења на основу комбинованих прописа чл. 33 Уредбе о убрзању рада и дотичних међународних уговора, решења којима ће тужиоце ослободити даље обвезе полагања односно држања положене кауције у суду. То би, за нас, био једини пут законитости, пут који би и одржао надлежност Касационог Суда тамо где ју је законодавац поставио и доказао потпуну лојалност наших судова у поштовању и извршењу међународно правних обавеза наше државе.

## ПРОБЛЕМ СТЕЧЕНИХ ПРАВА У МАЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ\*

— Покушај критике *Pillet-ове теорије стечених права*<sup>1)</sup> —

Остављамо на страну овај степен културе где је право везано за религију. То значи доба када је припадање истим боговима био критериум за одређивање круга људи између којих могу постојати правни односи. — Дакле период кад су правни односи могли и морали бити регулисани једино по ономе праву које — по званичном схватању — годи домаћим боговима. Тај степен правног развитка за нас, у Међународном Праву у опште, значи *стајен националне изолације*<sup>2)</sup>. То је једно стање које по класификацију резултата међународне правне еволуције није индиферентно. Али то стање је овде довољно квалификовати као негацију идеје о међународној заједници.

Поступно губљење свести о сакралном праву и лагано увиђање нужности међународних односа, њихово заснивање бар *via facti*, све то доводи врло рано до формирања појма Међународног Права. Његовом стварању много помаже универсалност хришћанске религије и заједница извора правних територијалних система у Средњем Веку. Распарчаност суверености, раздвојеност државног живота свака два најближа града, бар у Међународном Приватном Праву већ врло рано нужно доводи до идеје

\* ) Архив, јануара 1930. г.

<sup>1)</sup> Приступно предавање из Међународног Приватног Права, одржано у петак, 15 новембра 1929 год. на Правном Факултету Београдског Университета.

<sup>2)</sup> Видети примедбу 71 у којој смо изложили наше погледе на класификацију ступњева у еволуцији Међународног Права.

да се мора осигурати могућност приватно-правног саобраћаја између припадника разних међународно-правних субјеката. Увидело се да се мора омогућити извршење правних односа склопљених у иностранству, те је тако створено поље на коме је саграђено Међународно Приватно Право и ако се само име Међународног Приватног Права почиње употребљавати тек у почетку XIX в.<sup>3)</sup>

Никаква филозофија, никакви утицај правника, већ потребе самог практичног живота нагониле су у Средњем Веку италијанске градске републике, да оне, — без обзира на међусобну суревњивост и истицање своје независности, — колико толико осигурају приватно-правни саобраћај између себе и својих суседа. Теорија статута, ван икакве могућне дискусије, није самоникла појава. На против, то је само један покушај теориског објашњења онога што је живот створио.

Све концепције Међународног Приватног Права почев од варварског (германског) система персоналитета права<sup>4)</sup> па све до најновијих школа (теорије персоналитета<sup>5)</sup> и француске обнове Савињи-еве школе циља<sup>6)</sup>, то

<sup>3)</sup> Израз Међународног Приватног Права, по истраживању *André Weiss-a* јавио се први пут у правној литератури 1834 г. и то код америчког писца *Story* у његовим *Commentaries on the Conflict of Laws*, где он науку о сукобу закона назива *Private international law*. Видети *Weiss, Manuel de droit international privé, Paris, 1925, (Introduction), p. XXXIV* и код *A. Pillet* и *P. Niboyet, Manuel de Droit international privé, Paris, 1924, p. 30*.

<sup>4)</sup> Видети код *L. v. Bar*, у његовом уџбенику *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Hannover, 1889, 1 Band. Ty u §§ 8—12* излаже се Римско Право у односу на Међународно Приватно Право и не може се извући сигуран закључак о постојању једног Римског Међународног Права. Нарочито видети §§ 12 „*Ueber die scheinbar die sogen. Collision der Gesetze betreffenden Stellen der römischen Rechtsquellen*“.— На супрот томе из излагања у §§-има 13. и 14. јасно је да су варвари имали свој *систем персоналитета права*, који и ако римског порекла (поступак са варварима — савезницима; видети *S. 22*) ипак значи један изречан и одређен систем.

<sup>5)</sup> Италијанског порекла, доцније развијана од француског правника *André Weiss-a*. Видети њено кратко излагање у *Weiss-овом Manuel-u, ed. cit., p. 338 et s.*

<sup>6)</sup> Која се по париском професору, нашем председнику тезе, *E. Bartin-u* своди на продужење Савињи-еве методе. Видети *Bartin, Principes de Droit International Privé, Paris, 1930, § 71, p. 163—166.*

све има једно једино значење — образложење онога што је живот природно. А живот хоће сигурност правног саобраћаја не само у једном народу, већ и међу разним народима, међу разноликим државама, које између себе долазе и морају долазити у стални додир.

Са тих разлога ми смо уверења да онај конзервативизам, који је урођен свима правницима као обележје њихове струке, који је не само основа него и циљ праву у опште, — гони на формирање норми, које гарантују правну сигурност онога што је створено, чак и у међународном животу, исто онако као и у унутрашњем. Ми верујемо да је то и централна идеја којом се руководи и Међународно Приватно Право, ако га посматрамо као посебну правну дисциплину.

Посматрано за себе Међународно Приватно Право је скуп правних норми које регулишу сукобе надлежности појединог суверенитета за издавање правних правила о регулисању ових приватно-правних односа у којима постоји *елеменати иностраности*<sup>7)</sup>. Мислимо, на против, да је потпуно погрешна дефиниција сматрати Међународно Приватно Право као скуп правила која регулишу саме те односе<sup>8)</sup>.

Отуда оно заједно са Међународним Јавним Правом, чини једну целину. То долази отуда јер и једно и друго регулишу односе између суверенитета, између међународно правних субјеката (ерго држава).

Али оно што је за нас важно, оно што се у последње време нарочито истиче од стране свих приватиста интернационалиста, то је несумњива чињеница да Међународно Приватно Право и по своме имену (Међу-

7) v. Bar, op. c. t., § 1. — Bartin, op. cit., §§ 1—33.

8) Ту, како држимо погрешну, дефиницију нарочито претставља пок. Weiss. Видети његов Manuel, ed. cit., Introduction, p. XXXIV. То је погрешно отуда што не постоји још никакав орган који би та правила прописивао. Данас се међународни обичаји ограничавају да одреде државу која је надлежна да расправи поједини случај из Међународног Приватног Права.

народно у значењу Међудржавно<sup>9)</sup> и по свима логичким законима о координирању појмова, исто онако као и Међународно Јавно Право, у ствари чини саставни део једног Међународног Права у ширем смислу, једног Права које као такво садржи извесна одређена правна правила, која су једнака и обвезна за све оне посебне (т. з. националне) државе које чине међународну заједницу, јер је то Право за које те државе нису законодавци већ само правни субјекти.

Међутим на супрот томе логичком појму о једном униформном Међународном Приватном Праву кога нема, стварност нам показује нешто друго. Његово отсуство још увек долази као нужна последица тога што за сада још не постоји један ауторитет међународног карактера који би могао свима државама прописати једно униформно право и природи им га<sup>10)</sup>. Надајмо се да ће временом можда доћи до једног оваквог ауторитета. Можда ће то постојати за европске државе једнога дана управа новопројектоване Паневропе<sup>11)</sup>, или за цео свет један општи законик који буде прописала Скупштина Друштва Народа<sup>12)</sup>. Можда, али данас још увек морамо разликовати два стања Међународног Приватног Права и то:

1<sup>o</sup> *Идеалистичко његово схваћање* који се своди на постојање једног униформног Међународног Приватног Права, једног права које претставља скуп правила која се намећу свима државама<sup>13)</sup>.

9) Видети о томе код проф. Жив. М. Перића, у његовој одличној монографији „О сукобу закона у Међународном Приватном Праву“, II издање, Београд, 1926, стр. 7. и 8. — Међутим ако народ схватимо као људе организоване у државу, онда је за нас свеједно да ли говоримо о уобичајеном *Међународном*, или тачније о *Међудржавном Праву*.

10) О томе видети у нашој расправи „Повреда страног закона као основ за касирање“, објављеној у „Архиву“ за јули-август 1928. г. и засебно 1928. г. у Београду.

11) Мислимо на садањи т. з. Бријанов покрет.

12) Отуда ми у примедбе под 71<sup>o</sup> говоримо о четвртој степену у еволуцији Међународног Права као о степену pro future.

13) О томе видети у нашој расправи под 10<sup>o</sup>, у „Архиву“ за јули-август 1928. г., на стр. 72.

и 2<sup>о</sup> *Стварно стање* Међународног Приватног Права. Стање које данас постоји, са којим морамо рачунати и према коме свака држава сама себи прописује правила на основу којих регулише своје односе према другим суверенитетима увек кад се појави питање међусобне надлежности издавања прописа за расправу приватно-правних односа. И ако правно и теориски свака од њих те прописе доноси сама и суверено, она ипак, *de facto*, при томе увек води рачуна о тенденцији идеалистичког схватања Међународног Приватног Права, јер јој то диктује потреба одржавања добрих односа са другим државама<sup>14</sup>).

Наговештавамо да се чак ни код оних који долазе у ред апсолутних присталица првог схватања Међународног Приватног Права примена униформног Међународног Приватног Права не схвата као некаква *империјална дужност* свих националних држава које су чланови међународне заједнице. Они то не схватају јер су државе по томе гледишту дужне примењивати униформно Међународно Приватно Право само дотле док његова примена не би *задирала и нарушавала домаћи јавни поредак*, који многи погрешно називају међународним јавним поретком<sup>15</sup>). Међутим, кад не постоји никакво објективно опште међународно мерило о томе шта се сме узети да улази у појам јавног поретка у једној држави и кад се свакој држави оставља, као њена унутрашња ствар, право да сама суверено одреди шта је њен јавни поредак, онда је јасно да данас има онолико Међународних Приватних Права колико има и законодавних си-

<sup>14</sup> Op. cit. стр.

<sup>15</sup> Тако André Weiss, који је био један од најодлучнијих проповедника униформног Међународног Приватног Права заснованог на територији персоналитета права, признаје ово ограничење дижући га на степен начела. Кратко излагање о овоме видети у његовом *Manuel*, ed. cit., p. 329 — 396. Зато је, верујемо, довољна једна једина реченица. Si l'État doit, en général, admettre sur son territoire l'application des lois étrangères, en vertu des principes qui viennent d'être posés. Il a, ceci n'est contesté par personne, le droit de se conserver et de se défendre et, par suite, de repousser les lois qui contredisent les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise\*.

стема. Отуда наш уважени професор г. Живојин М. Перић, који је једини од Југословена имао ту високу част да одржи своје курсеве на Академији Међународног Права у Хагу<sup>16</sup>), и ако је пацифиста и универсалиста по својим јасно и доследно изражаваним тенденцијама, ипак, да се не би удаљавао од стварности данашњег стања у Међународном Приватном Праву, морао је на својим предавањима у Хагу излагати, и ако путем упоредне методе, само поједине територијалне концепције Међународног Приватног Права. И ако је то једна појава која се показује као нешто што иде очигледно на супрот његовој толико пута наговештеној жељи да се што пре дође до униформног Међународног Приватног Права које би, као такво, подигло културни степен духовног и материјалног осећања дужности човека према човеку<sup>18</sup>).

<sup>16</sup> Académie de Droit International établie avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale, чију управу претстављају чувени научници: Charles Lyon — Saen, доживотни секретар Париске Академије Моралних и Политичких Наука; Nicolas Politis, грчки државник и професор Међународног Права на Универзитету у Паризу; Al. Alvarez, саветник владе Републике Чиле и професор института Међународног Права у Паризу; Dionizie Anzilotti, професор Међународног Права у Риму и бивши председник Сталног Суда Међународне Правде у Хагу; lord Phillimore, председник International Law Association (умро); барон Михаило Таубе, професор Петроградског Универзитета; париски професор Gilbert Gidel; бечки професор L. Strisower; берлински професор W. Schücking; барон Deschamps, белгиски министар, дипломат и професор Универзитета у Лувену; као и многи други врло угледни чак први научници интернационалисти најкултурнијих народа. Дакле једно друштво које чини највећу научну част.

<sup>17</sup> Курс г. Жив. М. Перића у време држање овог предавања још није био објављен. Он је изашао у збирци *Recueil des Cours* за 1929 г., који издаје Académie de Droit International. Ми податке о концепцији која доминира радом г. проф. Перића наводили смо с обзиром на разговоре које смо имали са својим учитељом, који је био љубазан да нам их пружи у више прилика.

<sup>18</sup> Поред нама познате литературе на немачком и француском језику уз које смо видели један доследан пацифистички, универсалистички и строго критички хришћански дух г. Перића, ми за наше сународнике скрећемо пажњу да се о томе могу, на нашем језику лично довољно уверити код г. Перића у његовој монографији „О сукобу закона“, цит. издање, нарочито на стр. 6—8, а специјално у примедби б<sup>о</sup>. На крају те примедбе сам г. Перић наводи литературу у којој је он изражавао своје погледе на јединствено Међународно Приватно Право за Човечанство.

Али и ако је данас такво стање у нашој дисциплини, ипак се не сме одбацити идеја о постојању једног Међународног Приватног Права, бар као теориске концепције. Она у најмању руку претставља бар међународну систематизовану тенденцију о којој — као што смо рекли — поједина позитивна законодавства морају водити рачуна да не би дошло до међусобних сукоба.

Путем прибирања онога што је усвојила већина законодавстава, онога до чега се дошло као заједничког путем анализе свакога од њих, онога што је сабрано као израз свих територијалних Међународних Приватних Права у њиховом синтетичком сабирању, — ипак створено је *једно релативно широким униформно Међународно Приватно Право*. Њиме се данас инспиришу поједина територијална Међународна Приватна Права и оно се свакако постепено остварује као позитивни међународно правни обичај, на чијој кодификацији већ увелико ради једва нарочита комисија правних стручњака образована од стране Друштва Народа<sup>19)</sup>.

Почев од постгласатора па до модерних великих правника набацивано је више основних начела која, по њиховом мишљењу, треба и мора да руководе Међународно Приватно Право, да би се оно збиља оспособило за свој велики задатак — обезбеђење сигурности приватно-правног саобраћаја у међународним односима.

Под утицајем буржоаског схватања сигурности правног саобраћаја, које је донела на свет Француска Револуција одбацујући теорију *directa universalis*<sup>20)</sup>, приватна права појединаца једном стечена, јесу њихова *природна права*, која им се више не могу одузети, чак ни у социјалном интересу<sup>21)</sup>. Она су, по правилу<sup>22)</sup>, све док не

<sup>19)</sup> Comité d'experts pour la codification progressive du droit international privé.

<sup>20)</sup> Теорија да сва права припадају само и једино суверену, да он може њихово вршење поверити појединцима али им их може поново, по својој вољи, и одузети.

<sup>21)</sup> Видети Cours de Droit Civil Français d'après la Méthode de Zachariae par Aubry et Rau, redaction Rau — Falcimaigne — Gault, V ed., 1897—1902, Paris, I tome, p. 111 jusqu'au 119.

<sup>22)</sup> *op. cit.*, изузетци у социјалном интересу, дакле несигурност теорије на стр. 128 до 129.

наступи какав узрок за чије се разорно дејство знало још при стицању права, за њих неприкосновена, бар по суштини; облик се може мењати, н. пр. исплата вредности експроприсаног добра<sup>23)</sup><sup>24)</sup>. Као последица минималног поштовања стечених права проглашен је принцип неповратности закона у унутрашњем Приватном Праву<sup>25)</sup>.

Теориска разматрања сукоба закона у Међународном Приватном Праву, т. з. *територијалног сукоба* (израз који треба избегавати<sup>26)</sup>), довела су дотле да је покушао париски професор Antoine Pillet тај сукоб приближити *временском сукобу закона*. И тако као што у временском сукобу закона постоји правило да нови закон не може имати никаквог утицаја на права која су стечена под владом старог закона (принцип непостојања ретроактивности закона), исто тако он је — критикујући Савињи-ев систем<sup>27)</sup> — покушао да да један сасвим лични систем. Тако у своме систему А. Pillet је предлагао да се решење сукоба суверенитета доноси у корист надлежности онога законодавца који има највише интереса да се (по социјалном значењу свога закона) однос реши по његовом закону. Али ипак и то под резервом да се при решавању сукоба закона морају у Међународном Приватном Праву поштовати *стечена права*.

<sup>23)</sup> Видети: „Принцип стечених права и социјализација добара“, од проф. Живојина М. Перића, 1920. год.

<sup>24)</sup> Ми смо присталица модернијих мишљења да начело стриктног поштовања стечених права је социјално немогуће. Оно би представљало психолошко онемогућавање реформи. Важно је при спровођењу социјалних реформи, да оне иду баш на промену (дакле повреду) садашњих права која се сматрају да не одговарају савременом стању. То је смисао социјалне борбе. Иначе борба за реформисање будућих правних односа наша би мало поборника. — Отуда оно познато и вечито духовно неслагање између правника по струци (оних који завети конзервативизмом и бране садање стање или бар већ засноване правне ситуације) и оних који доносе законе.

<sup>25)</sup> Чл. 2 Француског Грађанског Закона; § 3 Аустр. Грађ. Зак.; § 3 Срп. Грађ. Зак.; Чл. 32 Царевин. Закона о увођењу у живот Немач. Грађ. Зак.

<sup>26)</sup> Разлоге за то изнели смо већ у „Архиву“ за јули—август 1929. год., стр. 76—78.

<sup>27)</sup> Та је критика објављена у Journal de droit international privé, 1884, p. 422 et suiv.

Својим истрајним радом кроз читаве деценије Antoine Pillet покушао је да то своје уверење о поштовању стечених права у Међународном Приватном Праву доведе до основног начела за решавање сукоба закона. Крајње резултате својих напора упућених систематски у овоме правцу изложио је Pillet врло јасно на своме курсу у Академији Међународног Права у Хагу одржаном 1925 г. под именом „La théorie générale des droits acquis“<sup>28</sup>), у којој расправља оно што сам зове: la portée et les effets du principe du respect international des droits acquis<sup>29</sup>).

По тој теорији коју је критички изнео и г. проф. Живојин Перић у своме делу „О сукобу закона“<sup>30</sup>), значење и дејство целог овог начела о међународном поштовању стечених права може се, према предавањима проф. А. Pillet-а, свести на ових седам правила<sup>31</sup>).

1° Право треба да је *правилно* стечено<sup>32</sup>.)

2° Право се може правилно стећи било по националном закону (ако се при његовом стварању није мислило на интернационализовање<sup>33</sup>) било по закону који је иначе по Међународном Приватном Праву надлежан за одлучивање о стицању (ако се још при стицању<sup>34</sup>) мислило на интернационализовање права<sup>35</sup>).

<sup>28</sup>) Тај је курс објављен у Recueil des cours, tome 8 de la collection, у коме заузима стр. 429—536.

<sup>29</sup>) op. cit., p. 489.

<sup>30</sup>) цит. издање, стр. 77 до 84.

<sup>31</sup>) А. Pillet та правила износи дескриптивно. Он их не своди на дефиниције, као што то ми овде чинимо.

<sup>32</sup>) Pillet, La théorie générale..., p. 489—495.

<sup>33</sup>) Н. пр. посво између Југословена закључен у Југославији с тим да се сврши у Југославији. — Видети Pillet, op. cit., p. 497. Ово су за аутора „les droits purement nationaux d'origine“.

<sup>34</sup>) Реч је о „droits qui n'ont jamais été qu'internationaux“. Н. пр. пласирање наших обвезница једновремено и недељиво у више држава. — Видети loc. cit.

<sup>35</sup>) Ову пропозицију износимо из Pillet-ове дескрипције „Qu'est-ce qu'un droit régulièrement acquis?“, изложеној у наведеном делу на стр. 496 до 502.

3° Једном стечено право имаће свуда и увек она дејства и само она дејства<sup>36</sup>) која то право производи по закону на основу кога је стечено<sup>37</sup>).

4° Стечено право може се односити и на надлежност, али оно се стиче тек од тренутка почетка спора<sup>38</sup>). Ипак ту постоје извесне резерве<sup>39</sup>)<sup>40</sup>).

5° Права која се стичу на основу кривичних, политичких и фискалних закона појединих држава не сматрају се као међународно стечена јер у тим доменима не постоји још јединственост погледа држава, које чине међународну заједницу<sup>41</sup>).

6° Стечено право не мора се поштовати ако оно, стечено у иностранству, не одговара позитивном праву државе, у којој се оно жели остварити<sup>42</sup>) или ако се противи домаћем јавном поретку<sup>43</sup>) земље у којој се тражи његово остваривање<sup>44</sup>).

<sup>36</sup>) Па ма у иностранству изаче такво право производи и већа дејства. Pillet цитира случај литерарне својине. Вели: „аутор не може у ствари тражити у иностранству друго до права која је стекао у земљи издања свога дела, јер издање је створило право и никако то није последица чињенице што је он пренео своје дело у иностранство“. Видети op. cit., p. 504.

<sup>37</sup>) Ово правило извели смо из Pillet-ове дескрипције „De l'effet des droits régulièrement acquis“, op. cit., p. 503—508.

<sup>38</sup>) „..... on peut dire qu'il n'existe pas de droit acquis en matière des compétence jusqu'au moment où l'instance est liée“, op. cit., p. 509.

<sup>39</sup>) „Ici, la réponse à faire à la question doit être particulièrement prudente“, op. cit., 509.

<sup>40</sup>) Изведено са стр. 509—513 из описивања „Principe du respect du droit acquis dans ses rapports avec compétence et avec l'exécution des jugements étrangers“.

<sup>41</sup>) Изведено са стр. 514—519 из одељка „Des limites de l'effet international des droits acquis“.

<sup>42</sup>) „... c'est le cas où le droit acquis à l'étranger ne correspond à aucun droit organisé dans le pays où l'on prétend le faire valoir“, op. cit., p. 520.

<sup>43</sup>) „... contraire à l'ordre public dans le pays où on demande son exécution“, loc. cit.

<sup>44</sup>) Изведено из Pillet-овог одељка „Des exceptions au respect du droit internationalement acquis“, стр. 520—525.

7° Једно право међународно признато као правилно стечено (види под 2°) може се угасити једино на један од оних начина његовог гашења, које предвиђа национални закон<sup>45)</sup> на основу кога је и стечено то право<sup>46)</sup>.

Када се ових седам правила резимирају онда се целокупна доктрина Antoine-а Pillet-а о стеченим правима у Међународном Приватном Праву стварно своди на ово: *Међународно Приватно Право одређује закон по коме се стиче једно право, али од онога тренутка кад је право правилно стечено по једноме закону оно се управља само по њему а од тада теориски више није могуће у оштри ни поштовати ништане о могућности сукоба закона.*<sup>47)</sup> Право постоји по једноме закону, оно ће, док год постоји и ма где постојало, зависити од тога закона. Све државе, чланице међународне заједнице, обвезне су да признају постојање тога права и његову судбину цене по закону оне државе по чијим је законима право и створено. Примена закона једне друге државе на однос у питању значила би довођење једног новог закона, закона који није узиман у обзир у тренутку кад је право стечено. Другим речима, ако је један однос, једно право стечено по Француском Праву онда ће свуда и увек, по правилу, то право бити признавано на основу Француског Права па макар се оно остварило и вршило доцније у Енглеској, Шпанији, Југославији или ма где на другој територији. Дакле једно право стечено по законима једне земље мора се поштовати свуда, јер би иначе примена закона једне друге државе значила уношење новог права на већ створени правни однос. То би била повреда стеченог права дајући законима друге државе повратно дејство и на оно што је већ раније стечено у иностранству.

То би било правило. Међутим сам Antoine Pillet вели: *Nulla regula sine exceptione.* Стечено право неће се поштовати у оној земљи која у своме правном систему не

<sup>45)</sup> „Le droit est de structure purement nationale, il ne peut pas disparaître par l'effet d'une autre loi“.

<sup>46)</sup> Изведено из Pillet-овог одељка „De l'extinction de l'autorité des droits acquis“, p. 526—531.

зна за таква права и где се право у питању сматра као противно јавном поретку<sup>48)</sup>. Ту је за нас негација целокупне системе. Право стечено у иностранству не признајемо у својој земљи зато га или код нас немамо (н. пр. до скоро ми у Србији нисмо знали у нашем позитивном правном систему за заштиту ауторске својине, која је први пут у нас изречно призната 1925. г. у Закону о штампима<sup>49)</sup><sup>50)</sup>, то значи ми не водимо рачуна о једном таквом стечном праву. С друге стране ако једно право стечено у иностранству не само не признајемо него још и његово вршење забрањујемо у својој земљи, зато што се оно противи домаћем јавном поретку, јавном поретку који наше територијално законодавство предвиђа, онда то више није прост индиферентан однос према стеченом праву, то је однос изречне негације права стеченог у иностранству. Из тога излази да кључ права стечених у иностранству која ћемо поштовати у сопственој земљи зависи од нашег домаћег законодавства. Која су то стечена права која се свуда и увек морају поштовати, — то је један толико релативан појам да се данас за сваку државу мора посебно проматрати да ли је једно право стечено у иностранству такво право које се поштује или не поштује у тој земљи<sup>51)</sup>.

Да би се видело докле иде то предвиђање о томе хоће ли се поштовати једно право стечено у иностранству или не, узећемо у обзир само један пример и то развод брака у Француској.

Од 1815. г. па се до 1884. г. у Француској развод

<sup>47)</sup> Ето у томе је Pillet-ово схватање сличности „територијалног“ (боље рети међународног) и временог сукоба закона.

<sup>48)</sup> Шесто правило, видети примедбу 44°

<sup>49)</sup> Видети Закон о штампима од јуна 1925. г.

Сада у међувремену од одржаног предавања до публиковања овог предавања објављен је Закон о заштити ауторског права од децембра 1929. г.

<sup>50)</sup> Отуда појам територијалне концепције Међународног Приватног Права. Видети о томе наш чланак у „Архиву“ за јули—август 1928. год.

<sup>51)</sup> У Француској је развод брака васпостављен тек Законом од 27. јула 1884. г.



брака је био не само укинут, већ се сматрао као правна установа која је противна јавноме поретку<sup>52</sup>) — заснованом на римокатоличком учењу хришћанске цркве. — Отуда се изводило да је јавни поредак у Француској противан другом браку до год је супружник из прве везе жив<sup>53</sup>). Зато се сматрало да је развод брака, макар да је он по националном закону допуштен, — један акт који се противи француском схватању јавног поретка, и који, као такав, не може у Француској произвести никакво дејство. Отуда један Србин, разведен у Србији, не би се могао поново венчати у Француској јер би се то (као што то у осталом признаје сам Antoine Pillet<sup>54</sup>), у оно време, могло узети као повреда француског јавног поретка иако је ван сваке дискусије да је то исто лице имало, и тада, по своме националном закону, дакле закону по коме се једно право може правилно стећи<sup>55</sup>), несумњиво једно *стечено право за стицање у нови брак*.

С друге стране 1925. године Марсељски Трибунал<sup>56</sup>) донео је једну пресуду (потврђену за сада од Апелационог Суда) по којој се опет из разлога што се то противи међународном јавном поретку по схватању Француског Позитивног Права одбија извршење једне пресуде Великог Духовног Суда Српске Православне Цркве којом се разводи брак између једног православног југословенског држављанина и његове супруге, раније француске држављанке, брак који је и у грађанском и у религиозном облику закључен у Француској. Та марсељска пресуда сматра да француске

<sup>52</sup>) Тако код Bartin-a, у цитираним Principes, § 101, p. 265.

<sup>53</sup>) Видети код Bartin-a, op. cit., § 96, p. 256: Supposons un mariage entre sujets allemands... Ce mariage est régi, normalement, pour la France, quant à ses causes de dissolution, par la loi allemande... Toutefois, pas de divorce possible en France..."

<sup>54</sup>) A. Pillet: Ordre public en droit international privé, cité par Bartin Etudes de droit international privé, II édition, p. 280.

<sup>55</sup>) Видети друго Pillet-ово правило и примедбу 35<sup>о</sup>.

<sup>56</sup>) Affaire époux Zetchevitch, Tribunal civil de Marseille, I-re Chambre, 25. novembre 1925.

власти не могу никада суделовати у извршењу једног акта који потиче од религиских власти а нарочито не, ако тај акт сматра да је епископ надлежан за одобрење ступања у нови брак<sup>57</sup>). Француске власти у томе не могу учествовати ни онда кад та религиска власт врши једну јавну власт, овде судску, као делегирани орган једне иностране државе и ако би начело немешања у туђу државну организацију захтевало поштовање такве делегације<sup>58</sup>). Ово чак ни онда кад пресуда религиске власти по националном закону странака, дакле по закону који у редовном случају има применити саобразно француском схватању одређивања колозионих норми у Међународном Приватном Праву, — претставља једно стечено право странака. Отуда се право које проистиче из пресуде у питању, право да се брак сматра разведеним, мора сматрати као једно правилно стечено право. Међутим марсељска пресуда не признаје овде никакво стицање права у иностранству.

Ова два случаја најбоље илуструју шта то значи *ограничење јавног поретка, које ослобођава од поштовања стечених права*.

То значи да Међународно Приватно Право проглашује начело поштовања стечених права. Проглашује га и наређује појединим државама да поштују у својој земљи она права која су правилно стечена у иностранству, али у исто време даје тим истим државама и једно *овлашћење*. По томе овлашћењу оне се не морају увек држати наредбе. Кад се ближе промотри то овлашћење, оно је у овоме: Ви, државе, не морате поштовати у иностранству стечено право ако се оно противи Вашим схватањима о јавном поретку. Другим речима: Ви сте дужници који суверено мере обим својих обвеза. На Вама је да на својој територији одредите хоће ли се у опште једно право, које је правилно стечено у иностранству,

<sup>57</sup>) Случај критички изложен у париској Revue de droit international privé, 1926, XXI, p. 537 и даље.

<sup>58</sup>) Bartin сматра да се ова делегација суверене власти на нерелигиску установу мора поштовати у Међународном Праву. Видети његово дело Principes, § 185, p. 468 и даље.

сматрати као такво, т.ј. као право које производи дејство стеченог права код Вас у земљи. Или ће се чак, због Вашег сувереног одређивања тога права, можда доћи и у такву контрадикторну ситуацију да се једно право — коме Ви одричете свако дејство на Вашој територији — чак и код Вас сматра теориски за једно право правилно стечено у иностранству, и да га и Ви — ако се тиче његовог дејства ван Ваше територије — сматрати да постоји.

Интересантно је да су, ипак много блаже, независно један од другог два правника, којима много дугујемо и којима овде дајемо част, наш професор г. Живојин М. Перић<sup>59)</sup> и наш претседник тезе г. Етиен Бартен<sup>60)</sup> дали, различно један од другог, разлоге из којих смо конструисали закључак о обиму дужности појединих држава да поштују стечена права. Овај једновремени негативни став ова два велика правника према произвољности ситуације држава у односу на своје дужности поштовања права стечених у иностранству, толико је интересантније што је професор г. Перић по концепцији универсалиста (критикује произвољност да би дошао до концепције која ће независно од тренутних схватања појединих држава, осигурати поштовање стечених права) док је г. Етиен Бартен по својим гледиштима чист територијалиста (он тврди да не постоји једно униформно Међународно Приватно Право и подвлачи произвољност критериума за одређивање „јавног поретка, да би то доказао повлачи да зато што постоје „одредбе које су карактера међународног јавног поретка једне земље“<sup>61)</sup>, да зато што „Међународно Приватно Право за њега значи једино правну форму идеје о отаџбини у односу на Приватно Право“<sup>62)</sup> мора и из тога извести као сигурно да то значи да сваки народ по својој концепцији „о отаџбини

<sup>59)</sup> Видети цитирано издање „О сукобу закона“, стр. 82—84

<sup>60)</sup> Cours de doctorat, 1927—28, Edition „Tous les cours de droits“ Paris, p. 146 et suiv.

<sup>61)</sup> Bartin, Principes, § 97

<sup>62)</sup> Bartin, Principes, Prefaces, in fine.

у односу на Приватно Право“ има и своје Међународно Приватно Право).

Међутим предвиђајући ову врсту замерки Antoine Pillet позивајући се на богату праксу француске јуриспруденције, покушао је да у напред одбаци сваки могући приговор и тврдје да је овакво његово схватање — контрадикторно. Он је одбацивао од себе помисао да би признавање права стечених у иностранству, схваћено као начело, у опште и могло бити, бар у најмањој мери, угрожено (било у чему) отступањем од тога начела са разлога јавног поретка. По Pillet-у ограничење јавног поретка не своди начело поштовања стечених права у Међународном Приватном Праву ни на какву релативност, јер се по својим идејама Pillet ограничава на непризнавање уживања у земљи једног права које је правилно стечено у иностранству једино и само зато што у земљи такво право не постоји или што такво право значи очигледну повреду домаћег јавног поретка, повреду апсолутног јавног поретка, који је једнак и за домаће и за странце, поретка који спречава поштовање таквог права без обзира да ли је право које је у питању стечено у иностранству или у земљи. Оно спречава дејство права оне врсте, која се не признају ни у случају ако су стечена у земљи.

Међутим. Ми пуштамо француске интернационалисте, нарочито француске интернационалисте аретисте, међу којима је Antoine Pillet заузимао прво место, да нам они двојема пресудама, опште одобреним, одобреним и од стране Antoine-a Pillet-a, покажу каква је улога јавног поретка у поштовању стечених права у иностранству.

Први случај. Једним декретом од 1918. г. Сверуски Савет Народних Комесара национализовао је без накнаде све бродове. Један од тих бродова који је раније припадао Одеској Поморској Компанији допловио је у француске воде под совјетском заставом, као својина једног национализованог предузећа, које је — по совјетским законима — овде нормално примењеним према обичају у Међународном Приватном Праву — имало на томе броду *право својине правилно стечено у Русији*. Међутим

агенције друштва које је раније било власник овог брода, у Марсељу, чим је брод стигао, покренула је државински спор и захтевала повраћај конфискованог брода. Делегирани Сенски Суд имао је да се изјасни. Совјетско трговинско предузеће преко својих адвоката на суду у Паризу позивало се на то да први власник више у опште не постоји јер је он, друштво руског националитета, имао стечено право на егзистенцију по руским законима, по којима је доцније изгубио своју правну личност<sup>63</sup>), те према томе не постоји. Затим и само право својине на броду припада по руским законима томе национализованом совјетском друштву као његово стечено право. Међутим суд је нашао да свака национализација без накнаде вређа француски јавни поредак.

Зато и ако само право тога национализованог предузећа на својину брода несумњиво, по руским законима, постоји и не вређа француски јавни поредак те би га у Француској требало признати, јер и у Француској фискус може имати својину на трговачким бродовима за случај конфисковања, и ту својину преносити на поједина друштва, ипак сам начин стицања тога права противи се француском схватању, које не може одобрити национализацију без накнаде<sup>64</sup>). Сем тога не признајући стицање новог права, које би уништило право које је раније постојало, даје се право ономе чије је право овде угрожено једним правом које га није могло угрозити. Је ли то поштовање стечених права, нарочито у оној земљи која је и поред свих својих буржоаских и конзервативних тенденција експроприисала целокупно приватно имање католичке цркве у Француској, равно двадесет година раније, и која је тако енергично протестовала противу одлука

<sup>63</sup>) Доцније, у другим споровима ово је усвојила француска јуриспруденција, и она данас сматра да руско друштво, чије постојање не признају совјетски закони, више не постоје. Видети у *Journal de droit international privé*, Clunet, Paris, 1929, p. 119 пресуду Апел. Суда у Паризу од 13. јуна 1928. г.

<sup>64</sup>) То је у питању пресуда Сенског Трибунала од 22. децембра 1923. г. — Објављена у париском часопису *Journal de droit international privé*, Clunet, Paris, 1924., p. 133.

аргентинских судова, који 1910. год. нису хтели признати право закупца за производњу алкохола национализованог подрума манастира *Des Chartreux*<sup>65</sup>).

Други случај. То је питање спорова француских портера и разних иностраних друштава и држава. По једнодушној јуриспруденцији и доктрини свих француских интернационалиста од пре рата постојало је једно стално уверење да емитовањем страних зајмова у Француској, француски портери стичу право наплате по чувеном правном аферизму *Lieu du payement determine la monnaie*<sup>66</sup>). С друге стране француски писци све до јуна 1928 год., све до Поенкареовог закона о стабилизацији<sup>67</sup>), једнодушно су тврдили да је пре Светског Рата у Француској једина монета био франак, један јединствен и недељив, сребрн, златан и папиран, франак који је једна јединица бројања вредности, чија је вредност независна од његове унутрашње садржине<sup>68</sup>). Заснивајући се на тој номиналистичкој тези француски судови и сви доктринари све до почетка 1920 г. били су једнодушни у уверењу да у свима емисијама где треба применити француски закон постоји *једно стечено право портера и дужника да своје обрачуне врше у легалној француској монети*, — у франку. Међутим после рата наступа један преокрет у мишљењима, једно ново теориско објашњење. По њему одиста сви повериоци и дужници у Француској без обзира да ли је квалификована монета (н. пр. златан франак) или није (франак) имају једно своје стечено право из чл. 1895 Фран. Грађ. Зак. да плаћају у франку, оном и онаквом какав он буде био по својој вредности у тренутку исплате дуга, јер француски јавни поредак сматра да је франак увек раван франку, да је златан франак раван

<sup>65</sup>) Нарочито је чувена пресуда суда у Буенос-Аиресу од 24 XI. 1910. г.

<sup>66</sup>) Видети јуриспруденцију и литературу наведену у издању Сталног Суда Међународне Правде № 1421. Хар, 1929, (*Affaire de divers emprunts serbes emis en France*), „Mémoire serbe“ et „Replique serbe“.

<sup>67</sup>) *Loi monétaire* du 25 juin 1928

<sup>68</sup>) Видети: Aubru et Rau, *Cours de Droit civil français*, 1902, t. IV. — § 316—318; Planiol, *Droit civil*, 1909, I, № 922.

девалвираноме франку. Француски јавни поредак то сматра да би сачувао металну подлогу Француске Банке, која би иначе морала доносиоцима својих банкнота исплаћивати металну вредност. Међутим ако Француз треба од странца из иностранства да наплати златан франак онда ту међународни јавни поредак, како га Французи схватају, боље рећи како су га од 1920. г. почели схватати, не признаје странцу право да се позива на своје стечено право да плаћа одређени број франака по законском односно принудном течају, јер француски јавни поредак неће ни у колико бити повређен тиме што ће странац морати да у Француску унесе потребан број златних франака, да би њиме исплатио свој дуг, и зато се странац не може позивати ни на какво стечено право да јавни поредак забрањује у Француској повлачење разлика између појединих врсти франака<sup>69</sup>). За Француза дужника франак је франак, јер би свако друго значење вређало јавни поредак; за странца у Француској златни франак није раван обичном франку јер би то значило да се странац користи својим стеченим правом на једнакост са Французом у плаћању а то значи користи се девалвацијом француске валуте, појавом која вређа француски јавни поредак.

Кад ближе анализирамо ова два случаја, онда нам је јасно да *принцип међународног поштовања права правилно стечених у иностранству* значи једну лепу идеју, једну идеју чије остваривање зависи од домаћег схватања јавног поретка. Кад томе додамо да данас јавни поредак у свакој држави цени и одређује суварено само домаће законодавство, онда нам се све своди на ово правило: Свака држава је дужна да се држи принципа међународног поштовања права правилно стечених у иностранству, али само у колико се њени национални интереси (који за њу значе: јавни поредак) томе не противе. То значи: *постоји једна обвеза, чији ће обим дужник одмерити према своје нахођењу.*

<sup>69</sup>) La Champre des requêtes déclare que l'interdiction de stipuler le paiement en espèces métalliques ne concerne pas les dettes des étrangers envers les Français, mais uniquement les Français — Sirey, 1920, I. 193.

Из свега овога ми смо слободни извести један закључак: Стечена права, као и свака друга права, у Међународном Приватном Праву имају се, колико је то могуће, поштовати. Али све то, то је *једна прејорука*, то *није закон* и то неће бити закон све док не буде постојало једно униформно Међународно Приватно Право које ће прописати један јединствени критериум шта је јавни поредак и док се лимитативно у међународном уговорном праву не буду побројали случајеви у којима јавни поредак једне државе може дерогирати принцип међународног поштовања стечених права. Све дотле сам тај принцип биће један *показ коме треба ићи, а не закон*, јер оно што је циљ Међународном Приватном Праву, питање осигурања приватног правног саобраћаја између држава културног света, дакле што веће поштовање стечених права, не може бити у исто време и основно начело за постизање тога циља. Циљ Међународног Приватног Права је поштовање стечених права и зато је немогуће проглашавати га методом за остваривање циља, као што је то добронамерно покушао Antoine Pillet.

Међутим на супрот овој инжениозној теориској концепцији која је занета сама собом, која је пошла из живота, али отишла далеко од њега, постоји прави живот. Постоји стварност. А та стварност хоће нешто друго. На име:

У Међународном Приватном Праву постоје две ствари одвојене, потпуно одељене; с једне стране Међународно Приватно Право по своје појму, по своје циљу, тежи да правима стеченим у једној држави осигура важност и у свима осталим државама.

С друге стране све државе себи присвајају право да се користе применом теорије јавног поретка, то ће рећи начелом које, како вели амерички писац г. Thomas H. Healy<sup>70</sup>), овлашћује териториалног суверена да увек и према свима на својој територији примењује, не водећи рачуна о њиховим персоналним и другим законима, сва она правила за која он, териториални суверен, сматра

<sup>70</sup>) La théorie générale de l'ordre public, Paris, 1926, p. 546—550.

да су нужна за сигурност, моралност и ред на његовој територији, и да у циљу осигурања поштовања тих правила слободно може одрећи признање права правилно стечених у иностранству.

И када се зна да не постоји никакав сигуран, никакав објективан критериум да се тачно одреди докле допире то ограничење стечених права, кад је свака држава у могућности да сама у току времена, по својим националистичким интересима мења чак и свој једном утврђен критериум, онда без речи једна теорија стечених права у Међународном Приватном Праву, која већ сама предвиђа своје ограничење применом теорије јавног поретка, значи: једно *да* које у себи садржи *не* и то једно *не* чији обим зависи од тренутних потреба самог онога коме се то *да* упућује као наредба ради извршења, другим речима графички се може представити као један простор, који представља извесну позитивну количину али који се за сваки конкретни случај мора посматрати тек пошто се од њега одбије она негативна количина, која представља онолики део простора колики држава у питању налази за потребно. Тако се све може свести на потпуно исчезивање позитивног простора. Према томе крајњи резултат испитивања своди ову теорију на — *закон неодређености*.

Отуда завршавамо пуни захвалности Antoine-у Pillet-у што је својом теоријом стечених права нагласио да Међународно Приватно Право треба да служи баш поштовању права стечених у иностранству и што је једним неуспелим покушајем указао да ће та стечена права бити осигурана тек онда кад се буде дошло дотле да националне државе не могу по својим потребама одређивати која ће се права стечена у иностранству поштовати а која не.

Али подлачимо да ће се замисао A. Pillet-а остварити тек онда кад се буде успело да се путем једног међународног правног правила одреди све оно што спада у јавни поредак, и када се осигура један орган међународног карактера, који ће контролисати националне државе и спречити све њихове злоупотребе. Тек ће тада

теорија стечених права A. Pillet-а, у таквом ступњу Међународног Права<sup>71)</sup> моћи да претставља нешто реално.

<sup>71)</sup> Сматрамо да се у класификацији ступњева кроз које је прошло у својој еволуцији Међународно Право морају (апстрахујући ситније варијанте) разликовати ова четири изразита ступња, и то:

Прво *степен националне изолације*, коме припадају народи примитивни за Међународно Право (то не значи примитивни у култури, јер већ само организовање у народ претставља огромни напредак у култури). Ти народи себе сматрају изабраним народом. Народом који је божанство одредило да влада светом и ван кога нема и не може бити правног живота. Одређен да буде изабрани народ, он се чува мешања са другим народом, јер му то валаже његово сопствено право, које је сакралне природе и које се примењује само на оне који припадају дотичној религији. Отуда сви међународни односи у овоме периоду регулишу се једино ратовима. Као резултат тих ратова означава се борба до истребљења у правном смислу те речи. Дакле до уништења тих народа, посматрајући их као субјекте права, без обзира да ли ће само становништво бити истребљено, поробљено или асимилирано. То су завојачки периоди старих држава.

Други је *степен националног напурања*. Он значи напредак према ономе првоме. У овоме другом степену већ има међународних односа. Већ се признаје да постоје и други народи, али односи између сопствене државе и других народа регулишу се на основу права, које прописује сопствена (читај: јача) држава руководећи се (у суштини) сопственим интересом. Дакле једном речју политички јача држава не негира да могу постојати и друге (читај: слабије) државе већ се задовољава да њихове међусобне односе регулише по оним правним правилима, која она сама пропише. Овде долази позније доба Римске државе, доба која је Рим признавао постојање других држава, али када је однос између себе и својих савезника регулисао на основу правила, која претстављају његова схватања. Овај систем је и дан данш још у општењу великих европских и слабих егзотичних држава.

Трећи степен то је *степен осећања међународне солидарности*. Ту државе једна другој не само да признају међусобно постојање већ чак и чинишћу да постоје извесна правна правила која су обавезна за њих у случају међусобног општења (на макар то општење било и у рату). Та правила су *међународни обичаји*, који су непрецизни и који допуштају стављање у изглед употребе, па чак и саму употребу, силе. Тако овај степен не претставља велики напредак према степену националног напурања. То је нарочито зато што не постоји *никакав организовани орган* коме би припадало право и надлежност контролисања да ли се међународни обичаји поштују или се не поштују у односима између разних држава. Ту је контролисање пропуштено како самим државама које су у односу, тако и осталим државама т. з. културном свету. Само тај *културни свет* и ако према степену своје цивилизације, који је постигао, верује да за општење између народа и њихове односе постоје извесна правна правила обавезна за све народе, ипак указивањем на њихову

Тек ће тада она имати значај једне дефиниције чији ће сви елементи, па и елемент *ограничења на основу јавног порејка*, бити јасни и одређени.

А дотле ова теорија остаје једна дефиниција чији се главни елемент није могао дефинисати, једна идеја која је лепа, али која се очевидно противи стварности људског живота, томе основном извору свакога права<sup>72</sup>).

повреду од стране једне националне државе, тај свет чини једну своју *моралну* дужност за коју правно није овлашћен. Зато сваки протест правно значи повреду међународне дужности немешања, дакле нови конфликт, који се (у отсуству за то надлежног органа) решава путем рата, т.ј. организованог насиља. Тако и поред свести да постоје међународна правна правила у крајњој линији, у овом степену, чак и само право предвиђа насиље као судију о томе ко је у праву. Нико се неће нашалити да побија тезу да је Европа уочи и за време Светског Рата била типични представник овог степена који је само платонски указивао на Међународно Право и осећање међународне солидарности. Такво је стање било у Европи читавих деценија без обзира на то да ли су сва питања решавана ратом или уступањем пред силом из бојазни од рата.

Четврти степен био би (јер он, верујемо, још није постигнут) *степен организованог међународног права*. Он претпоставља да постоје органи надлежни како и за констатовање и кодификовање *опште обавезних правних правила* по којима се морају управљати сви међународни правни субјекти (сви народи организовани у државе) у својим међусобним односима, тако и за констатовање, спречавање и репарацију свих повреда тих опште обавезних правних правила. Ти органи имали би бити састављени тако да могу своју функцију вршити не само независно него чак и противу свих националних држава, које свој интерес гледају у повреди правила. Дакле органи који би, руководећи се објективним критичизмом, били у стању да нагонсве државе без разanke на поштовање Међународног Права. Многи идеалисти у Европи доказују да је Вилсонов Женевски Институт Друштво Народа организам који је у стању да преко својих органа (законодавног — Скупштине, управног, — Савета, и судског — Сталног Хашког Суда) да то и изведе. Верујемо да свест о Међународном Праву у опште, још није дошло до толиког ступња да би Женевска Скупштина могла, у корист општег мира и спољшљивих односа, у корист онога што Међународно Право мора осигуравати, жртвовати интересе појединих народа. То најбоље доказују конференције у троје, четворо, петоро и т. д. великих сила, које припремају закључке за Женеву.

## МЕНИЧНИ ЗАКОН ПРЕМА ХАШКОМ РЕГЛМАНУ\*

— Објашњење потребно за његово правилно разумевање. —

А. — Увод. — Издавањем новог Југословенског Меничног Закона који је добио Краљеву санкцију 29. новембра 1928. г., а који је ступио на снагу 19. децембра 1929. г., поставило се као актуелно питање да ли је и у колико је наш Менични Закон репродукција изједначеног законодавства о меници донетог на Међународној Конференцији за Међународно Приватно Право одржаној 1912. г. у Хагу.

То се питање поставило зато што се знало да су се при изради нашега пројекта његови редактори у главном руководили Хашким Пројектом. Али ако се посматра Хашки Пројекат (*Réglement uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre*), онда ће се видети да то заједничко законодавство конбиновано са међународном Конвенцијом о Унификацији Меничног Права (*Convention sur l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre*), претпоставља да ће поједине националне државе увођењем заједничког меничног законодавства имати прописа тре врсте, и то:

а) *Прописе Униформног Реглмана*, које ће имати да унесу у своје законодавство онакве како су редиговани у самом Хашком Униформном Реглману.

б) *Прописе Реглмана које могу државе слободно изменити на основу Конвенције*. Ти пропису не смеју прелазити преко граница које су у Реглману и Конвенцији прописане.

\* Архив, март 1930 г.

в) *Прописе које имају чисто национални карактер и које свака држава може донети аутономно.* Ти прописи у опште немају свога модела ни у Униформном Реглману ни у Конвенцији.

Ни бивша Краљевина Србија, ни данашња наша држава, нису званично примиле обвезу да уведу у своје законодавство било Реглман, било да су ма на који начин приступиле Конвенцији за изједначење светског Меничног Права. Отуда се утицај Хашког Пројекта код нас мора дискутовати у највећој мери.

Ово питање, за нас, у првом реду претставља питање законске интерпретације. Шта све мора имати у виду техника судског тумачења за случај нејасног прописа у Меничном Праву и најзад шта све претставља материјалију коју мора консултовати сваки интерпретатор данашњег Меничног Закона.

**Б. — Прописи Униформног Реглмана унети у наше законодавство.** — Скрећемо пажњу нарочито на једну околност. Редактори нашега Закона уз сам законски текст дали су тако зване „*Мотиве Комисије за предлог Меничног Закона.*“ Ти мотиви често пута нису дословице једнаки са материјалијом коју цитира у своме рапорту Претседник Хашке Конференције за Међународно Приватно Право од 1912. г., Т. М. С. Asser.

Као основно правило при изналажењу материјалије судија мора водити рачуна о материјалу који је иницијатор закона сервирао законодавном телу. Према томе има се узети да је материјалија која преставља најдојстојнији извор за тумачење нашега Меничног Закона оно што је Краљевска Влада поднела Народној Скупштини као објашњење пројекта Закона. То су били мотиви Комисије за израду пројекта овога Закона. Отуда они би били најмеродавнији материјал за тумачење.

Ту баш и лежи тежиште проблема како треба тумачити наш Менични Закон у оним случајевима кад се разилазе мотиви нашег предлога од елабората мотива који иду уз Хашки Реглман.

За нас решење мора, да би било солидно постављено, имати једну идејну основицу. Та основица одиста

мора се тражити у ономе „шта је хтео законодавац усвајајући предложени текст.“ Шта је хтео? Да ли да прими предложени текст? Да ли му је то намера која служи сама себи за циљ? Или на против можда за њега усвајање предложеног текста значи само једно сретство да се дође до правога циља — до увођења наше државе у ред земаља које су приступиле међународној заједници у погледу спровођења светског Меничног Права. Из говора владиног повереника пред законодавним Одбором Народне Скупштине г. професора Ђорђа Несторовића, као и из говора и извештаја чланова Законодавног Одбора јасно је да је циљ Народне Скупштине при доношењу овога Закона био усвајање предложеног текста зато што тај текст значи сретство преко кога наша држава приступа заједници Меничног Права, пројектованој 1910. и 1912. год. у Хагу. Дакле крајњи и прави законодавчев циљ био је усвајање Хашког Реглмана. То је, и ако наша држава није дала формалну обвезу ради приступања Конвенцији за изједначење светског Меничног Права, био централни циљ. — Зато морамо схватити да за правилно разумевање нашега Меничног Закона треба консултовати изворе који омогућују правилно разумевање самога Хашког Реглмана. Сва одступања учињена у мотивима Комисије за израду пројекта Меничног Закона од мотива Хашког Реглмана не могу ни у колико бити меродавна за тумачење нашега Меничног Закона. Наш законодавац усвојио је предложени текст не зато што је убеђен у његову корисност, руководећи се приложеним мотивима Комисије, — већ у главном зато што је веровао да ће се доношењем овога Закона доћи до рецепције Меничног Права, онаквог како је оно у Хагу израђено.

То се зна да разлози у предњем ставу важе за прописе Униформног Реглмана које, по Конвенцији националне државе имају унети у своје национално законодавство онакве какви су:

Према томе ово важи за следеће параграфе нашег Меничног Законодавства: 1 (1)<sup>1)</sup>; 2 (2); 3 (3); 4 (4); ст. I

<sup>1)</sup> Број у загради означава члан Хашког Реглмана, чији је дословни превод дотични параграф нашег Меничног Закона.

и III §-а 5 (ст. I и III чл. 5); 6 (6); 7 (7); 9 (9); 10 (10); 11 (11); 12 (12); 13 (13); 14 (14); 15 (15); ст. I §-а 16 (16); 17 (17); 18 (18); 19 (19); 20 (20); 21 (21); 22 (22); 23 (23); 24 (24); 25 (25); 26 (26); 27 (27); 28 (28); 29 (29); 30 (30); 31 (31); 32 (32); 33 (33); 34 (34); 35 (35); 36 (36); ст. I и II §-а 37 (37); 38 (38); 39 (39); 40 (40); § 42 сем тачке 1<sup>о</sup> (чл. 42. сем §-а 1<sup>о</sup>); 43 (43); ст. II, III, IV и VI §-а 44 (ст. II, III, IV и VI чл. 44); 45 (45); 46 (46); ст. I сем тачке 2<sup>о</sup> и ст. II чл. §-а 47 (чл. 47, сем т. 2<sup>о</sup> ст. I); ст. I т. 1<sup>о</sup>, 3<sup>о</sup> и 4<sup>о</sup> §-а 48 (чл. 48. сем тачке 2<sup>о</sup>); 49 (49); 50 (50); 51 (51); 52 (52); ст. I до VI §-а 53 (53); 54 (54); 55 (55); 56 (56); 57 (57); 58 (58); 59 (59); 60 (60); 61 (61); 62 (62); 63 (63); 64 (64); ст. I и II §-а 65 (65); 66 (66); ст. I и II §-а 67 (67); 68 (68); 69 (69); 78 (70); 94 (74); ст. I §-а 95 (75); 96 (76); 100 (72); 101 (73); 103 (77); 104 (78); 105 (79)<sup>2</sup>); 106 (80). За те законске прописе Хашки Реглман је једини релеватни извор. Онако како се разумеју прописи Хашког Реглмана, на основу којих се дошло до одговарајућих прописа у нашем законодавству, тако се морају разумети ти прописи и код нас. То тако мора бити јер је наш законодавац тако хтео реципирајући их у наше законодавство онакве какви су они у Хашком Реглману.

**В. — Отступања од текста** — Отступања од текста Униформног Хашког Реглмана предвиђене су у Конвенцији за приступање изједначењу Меничног Права. Наша држава се врло ретко служи тим овлашћењима. Она их најчешће није ни узимала у обзир.

Тако наше законодавство није се користило овим овлашћењима појединих националних држава да чини следећа отступања од Униформног Хашког Реглмана, и то: да означење менице не мора бити битни услов (чл. 2. К<sup>3</sup>) = чл. I Р<sup>4</sup>) = § 1)<sup>5</sup>); да се не признаје индоса-

<sup>2</sup>) Овај § има чисто техничких измена према Хашком Реглману.

<sup>3</sup>) чл. К. = члан Конвенције.

<sup>4</sup>) чл. Р. = члан Реглмана, који је могао бити измењен.

<sup>5</sup>) § = § Југословенског Меничног Закона у који би се увела измена да се југословенски законодавац желео послужити таквим овлашћењем.

мент за залогу (чл. 4. К. = чл. 18. Р. = § 18); да њвал не мора бити на меници (чл. 5. К. = чл. 30. Р. = § 30). да могу постојати вашарске менице (чл. 6. К. = чл. 32. Р. = § 33); да се рок за подношење ограничи само на дан доспелости (чл. 7. К. = чл. 37. Р. = § 37); да пријем делимичне отплате није обвезан (чл. 8. К. = чл. 38. Р. = § 38); да протест треба дизати најдаље следећег радног дана (чл. 10. К. = чл. 43. Р. = § 43); да се нотификација мора вршити преко власти (чл. 11. К. = чл. 44. Р. = § 44); питање покрића (чл. 14. К., = изван Реглмана и Југословенског Меничног Закона); да се теорија највеће вредности обвезе схвати као заштитна мера домаће средине од странаца (чл. 18. К. = чл. 74. Р. = § 94); да се за сопствену меницу не морају примењивати прописи Хашког Реглмана чл. 22. К. = чл. 77—80 Р. = § 103—106). — Према томе југословенски законодавац, и ако Југославија није званично приступила Конвенцији није искористио већину овлашћења која је Конвенција оставила домаћим законодавцима појединих држава. То јасно манифестује жељу југословенског законодавца да се што је могуће више држи само Хашког Реглмана.

Ипак он се користио овим одредбама Конвенције да одступи од Реглмана:

**I — Да законска камата** у унутрашњем промету буде 6<sup>о</sup>/<sub>100</sub> годишње (§ 5, 47, 48) а не 5<sup>о</sup>/<sub>100</sub>, као што то предвиђа Хашки Реглман (чл. 5, 47, 48) — овлашћење је изречно наведено у чл. 12. Конвенције. — Али што се тиче меница која се односе на саобраћај с иностранством Југословенски Менични Закон у погледу каматне стопе (5<sup>о</sup>/<sub>100</sub>) остаје коректно уз Хашки Реглман (§ 47. ст. III, 48. ст. II).

**II — Да се може пројесит заменићи писменом изјавом** на меници (§ 44. ст. I), што Хашки Реглман не предвиђа (44.) — Овлашћење изречно наведено у чл. 9. Конвенције.

**III — Да се примена иностраног права** у случајевима кад то налаже Међународно Приватно Право може починити гувернементалној контроли нашег законодавства (ст. VII. §-а 53, 84.), одредбе коју не предвиђа Хашки



Реглман (чл. 53, чл. 70. и 71). Ово овлашћење изречно је наведено у чл. 9. Конвенције.

Отуда ове одредбе (§ 5, 44, 47, 48, 53, 84.) треба тумачити према њиховом значају које добијају на основу Конвенције, која им је извор и одакле су их редактори нашег закона усвојили.

**Г. — Аутономне одредбе по Реглману** — Према Конвенцији нека су питања остављена без ограничења националним законодавствима појединих држава. Ту долазе: I. начин потписивања (§§-и 98. и 99.) — чл. 3. К.; — II. Застој и прекид застарелости (§§-и 79. — 82.) — чл. 16. К.; — III. амортизација меничне исправе (§§-и 90. — 93.) — чл. 15. К.; — IV. неправилно обogaћење (§ 85.) — чл. 13. К.; — V. празнични дани (§ 112.) — чл. 17. К.; — VI. таксе (ван М. 3.) — чл. 19. К.

За ове прописе неоспорно је да Хашки Реглман није и не може бити сматран као извор. Ови прописи, баш по самом Хашком Реглману, имају свој извор у националном законодавству. Отуда они имају онакав карактер какав им је хтео дати онај чију је мисао усвојио законодавац. То значи овде мотиви Комисије играју главну улогу при испитивању материјалије.

**Д. — Аутономне одредбе без обзира на Реглман.** — Пошто смо одредили односе Хашког Реглмана према појединим прописима нашег Меничног Закона, морамо посебно прегледати §§-е 8, 16, 17, 41, 42, 45, 65, 67, 70—77, 95, 97, 102, 105, 107—111, 113—115, — јер у досадањем излагању нисмо утврдили њихово порекло.

1°. — § 8. ст. I. и прва реченица ст. II. су дословце преведени из чл. 8. Хашког Реглмана. Дакле у толико они долазе у прву групу прописа (Б). Друга реченица ст. II. (О одговорности заступаног код прекорачења овлашћења) је један *аутономни* пропис нашег законодавца, који показује како по схватању нашег Законодавца треба разумети Хашки Реглман.

2°. — § 16. ст. II. је један препис позајмљен из појединих законодавстава и науке (теорија пропуштања) који и ако је *најважнији пропис* у нашем меничном за-

конодавству, нема свој извор ни у Хашком Реглману ни у Конвенцији. Према томе увођења овог *аутономног правила у наш систем значи*, за нас, у основи *напуштања система строгог формализма*, јер — се по овој одредби — свако потписивање или делимично попуњавање меничног бланкета своди на уговор о меници, па чак кад није при попуњавању вођено рачуна *о строгом формализму, који је особина Хашког Реглмана*.

3°. — § 37 ст. III. је један пропис који нема свој извор у Хашком Реглману, али он садржи једно објашњење аутономног права које служи као нужно за правилно разумевање униформног права. — Ипак судови морају водити рачуна да је то пропис аутономног права и да је у мотивима објашњено какав он има значај, као и то да се примена ст. II истог §-а ставља у зависност од наше Владе. Овај пропис представља једно правило које одговара *теорији квалификација* у Међународном Приватном Праву и као такав може се оправдати у односу према Хашком Реглману.

4°. — § 41. у суштина представља са малим изменама, које се тичу надлежности, чл. 41. Хашког Реглмана.

5°. — § 42 т. 1. (ако је акцент одбијен било потпуно било делимично) значи једно отступања од одговарајуће одредбе т. I чл. 42. Хашког Реглмана (ако је одбијен акцент). Ово је једна одредба која показује да наш законодавац сматра да се *аутономно* могу објашњавати норме Светског Права. О овоме се при тумачењу мора водити рачуна.

6°. — Ст. V §-а 44 не одговара потпуно дотичном ставу Хашког Реглмана. Наш пропис се разликује од Хашког Реглмана тиме што наше право тражи да се нотификација врши *препорученим писмом*, а Хашки Реглман говори о простом *lettre missive* — Ту је одступање пре у преводу него у идеји законодавца.

7°. — Ст. II §-а 65 је нов. И њега нема у Хашком Реглману. Али он по садржини само упрошћава примену ст. II истог §-а и према томе, нарочито што он

упрошћава подизање протеста (видети доле под 9<sup>о</sup>), може се узети да он не излази из круга Хашког Реглмана.

8<sup>о</sup>. — Ст. II §-а 67 је нов. И њега нема у Хашком Реглману. Овај став је по садржини једна материјална норма, која предвиђа изречно одступање од прописа Хашког Реглмана. Отуда мора се узети да је наш законодавац намерно хтео да корегира Хашки Реглман.

9<sup>о</sup>. — §§ 70—77. Ово су одредбе о протесту. Ни Хашки Реглман ни Конвенција не говоре о протесту као таквом. Одиста у чл. 9 Конвенције оставља се појединим државама право да путем отступања од Хашког Реглмана дају ослобођење од дизања протеста у извесним случајевима. Отуда можемо извести да је Хашки Реглман сам поступак спровођења протеста, тамо где се он мора дизати, оставио националним законодавствима. Према томе овде судија има консултовати *једино аутономно законодавство* и домаће изворе, јер и по Међународном Приватном Праву свака држава уређује дизање протеста по своме *lex fori* (видети члан 76 Хашког Реглмана).

10<sup>о</sup>. — §§ 86—89. Ово су одредбе о праву залогe и придржаја. Ни оне немају ослоња у Светском Меничном Праву. Они су за судије чисто аутономног карактера, тим пре што оне претстављају уређење режима својине, једно питање које се по опште усвојеним начелима у Међународном Приватном Праву тиче јавног поретка и које се као такво увек оставља домаћем законодавцу. То је и био разлог да се Хашки Реглман не бави овим питањем.

11<sup>о</sup>. — § 95 ст. 2. Изузетци од *Locus regit actum*. То су изузетци којих нема у Хашком Реглману. Они значе да је наш законодавац што се тиче меничне форме *општински од Хашког Реглмана највишајући његово схватање* да је правило *Locus regit actum* обавезно и да се наш законодавац определи за модерну доктрину да се форма има, као заштита појединаца, одређивати било по *Lex personae* било по *Locus regit actum*. Отуда овде судија мора водити рачуна да је овај пропис у односу према Хашком Реглману аутономан и да његов извор

треба тражити у тенденцији факултативности доктрине *Locus regit actum*.

12<sup>о</sup> — § 97. Ко је менично-пословно способан, то је питање које се по Хашком Реглману (чл. 74) решава по националном закону лица у питању. Отуда овај члан за судију претставља чисто аутономни пропис.

13<sup>о</sup> — Прелазна наређења — Одредбе техничке природе које су, ван дискусије чисто националног карактера и ван интереса Хашког Реглмана.

Б. — **Закључак** — Пошто смо изложили однос прописа нашег Закона према Хашком Реглману морамо закључити да је срж прописа нашег Меничног Законодавства прост превод Хашког Реглмана, да код осталих прописа наш законодавац у главном стоји у границама Хашког Реглмана, који он усваја у идеји, и ако на то међународно-правно није обавезан, али да се он у својој акцији користи тиме да га Хашки Реглман правно не обвезује те га покушава корегирати тамо где то налази за потребно. Дакле наш Менични Закон значи једну рецепцију, али не потпуну, Хашког Реглмана, једну рецепцију, која није правно обавезна и која није проста копија. Руководећи се том идејом наш законодавац био је слободан у својој акцији и ту слободу нарочито је показао како *материјално* уношењем ст. II § 16., одредбе која руши цео систем Хашког Реглмана, тако и *по форми* намерним одбацивањем примене прописа чл. 23. Конвенције, који забрањује државама уговорницама да у своме законодавству мењају бројеве параграфа.

Дакле ми и јесмо и нисмо земља која је приступила Хашком Униформном Реглману. Зато тумачење нашег Меничног Закона, захтева познавање мере до које је наш законодавац прихватио Хашки Пројекат.\*\*)

\*\* Што се тиче Женевског Пројекта Униформног Меничног Реглмана, којим ће у Међународном Приватном Праву бити замењен Хашки Реглман видети исцрпни чланак г. Др. Бертолда Ајзнера, сенатског председника Врховног Суда у Сарајеву, делегата наше државе на Женевској Конференцији, објављен у Архиву новембар и децембар 1930. г. и засебно.

Али иако је важно испитати *de lege ferenda* однос Југословенског Меничног Закона према Женевском Реглману, ипак испитивање које смо овде изнели, и поред појаве Женевског Реглмана за сада, *de lege lata* остаје практичним правницима једино потребна за утврђивање законодавчеве мисли.

## ЈЕДИНСТВО СТЕЧАЈА ПО НОВОМ СТЕЧАЈНОМ ЗАКОНУ\*

Једно од питања које претставља посебну важност у Међународном Приватном Праву — то питање стечаја. Стечај по себи претставља *санкцију за заштитну кредитицу*. У колико се више врши процес интернационализације кредитирања, у толико је нужније доћи до извесних тачно одређених униформних међународних правних правила о заједничкој сарадњи држава у овој материји.

У науци Међународног Приватног Права прво питање које се поставља односно стечаја, то је питање у чију се корист стечај отвара. Је ли то мера ради заштите јавног кредита као таквог или мера ради заштите интереса појединих поверилаца који су оштећени.

По једном мишљењу, старијем, то је мера заштите јавног кредита. Јавни кредит је установа националног карактера појединих држава. Отуда свака држава, да би њена економска снага у међународној борби била јача има сматрати стечај као једну своју териториалну меру. Дакле пошто то задире у заштиту јавног реда у држави, то је стечај, по *теорији међународног јавног поретка*, остављен појединим државама да га свака од њих спроводи онако како је то за њу најкорисније.

Упоредо са овим изложеним гледиштем, одржавало се још једно друго, још старије, гледиште, т. з. *стабилна доктрина о стечају*. По тој теорији коју су упорно бранили присталице и следбеници теорије статута, — стечај је једна мера предузета у корист пове-

рилаца. Она се састоји у реализовању опште залог свих хирограферних поверилаца коју они имају на дужниковој имовини. Чим стечај наступи, дужникова добра се пописују и повериоци постају хипотекарни са правом хипотеке на појединим одређеним добрима дужниковим. Дакле њихова тражбена права претварају се у стварна. Како се за сукобе законе око стварних права по теорији статута све одлучивало по т. з. *реалном стабилуу* (*lex rei sitae*), то се стечај имао спроводити по закону оне државе на чијој се територији затекло поједино добро.

Отуда као последица ове доктрине дошло се дотле да се сматрало, без обзира на то дали је стечај мера у интересу јавног кредита или у интересу појединих поверилаца, да он у сваком случају остаје мера појединих држава. Тако ако један стечај угрожава интересе више држава, онда ће свака од њих, на начин који њој изгледа најбољи, по своме закону, решити како ће се у њој спроводити стечај. Исто тако, по другом (статуарном) гледишту, ако у тренутку стечаја добра стечајног дужника буду била растурена у разним државама, онда ће свака од њих по своме схватању, дакле по своме закону, спроводити стечај. — На тај начин за случај презадужености или обуставе плаћања извесног лица могућно је да ће се отворита више стечајева у разноликим државама и да ће се повериоци по једним истим тражбинама разнолико наплаћивати од разних стечајних маса једног истог дужника. — Ова појава назива се *вишеструкост стечајева*.

На супрот појави вишеструкости стечајева, још код присталица теорије статута, јављало се једно друго схватање да је јавни кредит једна установа међународног поверења и да стечај као такав хоће да заштити јавни кредит у интересу опште (међународне) трговине. Тако (одбацајући меркантилистичке тежње) дошло се до идеје да се у случају презадужености или обуставе плаћања цео поступак око спровођења стечаја има сконцентрисати на једном једином месту, јер оно што се стечајем хтело постићи, то је *једнакост између поверилаца*. Присталице теорије статута морали су водити борбу између правила

\* Архив, мај 1930. г.

да стечај претставља реализацију залогa, дакле стварних права (*lex rei sitae*) и правила да се стечајем хоће постићи једнакост између свих хирограферних поверилаца. Ту се постизало компромисно решење увођењем једне фикције, којом су се браниоци теорије статута врло радо користили. То је оно *mobilia sequuntur personam*. Сматрало се да су покретне ствари дужникове увек тамо где је његов домицил. На тај начин (с обзиром на ранији обичај да странци не могу по правилу имати непокретно имање) постизало се *јединство стечаја*. Стечај је расправљан само на једном месту или само по једном закону, по персоналном закону дужника (тада закону домицила). Изузетно било би више стечајева једино ако би странац имао и ван државе у којој је његов домицил какво непокретно имање.

При крају XIX в. констатовано је да се због разноликости законодавстава о стечају и због тога што се појава вишеструкости стечаја одомаћила у Европи, све више нарушавала једнакост између поверилаца на случај да њихов заједнички дужник падне под стечај. Зато се јавља у науци, нарочито у Француској, (земљи, која је тада била европско тржиште капитала), општа реакција противу вишеструкости стечајева. Француски банкарски писци Трговачког Права (н. пр. Thaller, Lyon-Caen, Renault итд.) одлучно траже да се стечајем постигне оно што је његов главни задатак: одржи једнакост између поверилаца. Они доказују да се без таквог схватања не може одржати *међународни кредит*, који претставља једновремено и међународну установу и установу која постоји у интересу појединих националних држава (како кредиторских, тако и оних које имају потребу за кредитом са стране и на страни). Дакле јединство стечаја, боље загарантована једнакост између поверилаца — то је неопходно услов за постојање међународне економске сарадње између државе.

Од писаца Трговачког Права и писци Међународног Приватног Права примили су ову тенденцију као једно начело које треба остварити. Само његово остваривање претставља један компликовани случај, који се

не може лако решити. При спровођењу тога начела поставило се питање, који је закон надлежан да предузме стечај.

Предлаган је читав низ солуција. Тако предлагани су ови системи:

*Систем персоналног стечаја*. По томе систему за отварање стечаја и његову расправу надлежан је персонални закон самога дужника. То је гледиште било тешко усвојити. У Европи се по континенталном схватању као *lex personae* сматра *национални закон*. Међутим врло је чест случај да једно лице има било више националитета било га у опште нема, те би према томе било тешко за та лица одредити који је њихов национални закон. Затим још је чешћи случај да једно лице припада једној држави у којој више нема: ни фактичког домицила, ни имања, ни пословних веза. Поверавати отварање стечаја његовој националној држави то би била једна мера која не би много користила његовим повериоцима. Отуда је предлагано да се за стечај изузетно као *lex personae* сматра закон места које је средиште дужникових послова (*lex domicilii*). Међутим велика предузећа и ту чине огромну незгоду. Она су обично тако разграната да њихову клиантелу претстављају неколико држава и да је врло тешко признати једном седишту предузећа да је оно више центар од другог. Осим тога овде би се створио читав низ злоупотреба стварањем фиктивних централа.\*

*Систем реалних стечаја*. Систем који је заснован на фикцији *mobilia sequuntur personam*. О томе је напред било речи.

Увидело се да ови системи не могу опстати као једини и да се (и ако се она оба свде на *lex domicilii*) персонални систем може усвојити само под извесним ограничењима и резервама. Те су резерве следеће: јавни поредак, национални протекционизам, првенственост и примена *lex rei sitae*.

Резерва *приориитета* своди се данас у Међународ-

\* Види у Архиву за октобар 1931. г. чланак „Појам страног акционарског друштва.“

ном Приватном Праву на *систем екзекуције судске одлуке о отварању стечаја*. По овој систему право на отварање стечаја има сваки дужник иако му стечај буде отворен у једној држави онда се свуда сматра да је стечај отворен. Дакле ако један дужник има домицил у држави А. и ту му буде отворен стечај, цело његово имање које се налази у држави А. и ван ње ући ће у стечајну масу, у колико томе дужнику није раније отворен стечај још и у другој држави. Ако има то лице више домицила онда ће се сматрати да је за отварање стечаја надлежан онај од судова оних држава у којима то лице има домицил, који је суд први отворио стечај. Само овако посматрано, то би био *систем чистог приоритета*. Међутим у пракси он је везан са егзекуатуром. Дан отварања стечаја у иностранству рачуна се тек од дана кад су домаћи судови за то сазнали. Али иде се још и даље. Да ли је стечај објављен у иностранству, то се не цени према томе да ли је то збиља учињено, — већ се тражи још један услов, а то је да су домаћи судови дали егзекутуру (решење о пуштању у извршење) судској одлуци о отварању стечаја, коју је донео инострани суд. Отуда применом ове резерве, ако се она не схвати као систем чистог приоритета, вероватно је да се неће моћи избећи појава вишеструкости стечајева. На против сигурно је да ће домаћи повериоци, чим буду дознали за чињеницу да је објављен стечај у иностранству, предузети хитне кораке да се отвори стечај и у земљи пре него што домаћи суд добија званични извештај о отварању стечаја у иностранству.

Резерва *јавног поретка* своди се на то да једна држава може противу дужника употребљивати мере које она сматра да су нужне за заштиту њеног јавног кредита и реда у држави, независно од мера које у томе погледу буду предузеле друге државе. Тако ако није стечај објављен у држави где дужник има домицил, једна друга заинтересована држава, где он само има добара, може приступити отварању стечаја. Затим ако се стечај отвори у држави где му је домицил, држава где би имао само добара може такође повести нов и независан сте-

чајни поступак ради евентуалног спречавања злоупотреба итд. Дакле опет појава вишеструкости стечајева.

Резерва *lex rei sitae* је у томе што стечај отворен у једној држави не утиче на стварна права стечена на стварима (данас обично на непокретностима) у другој држави. Отуда се данас стоји на гледишту да се нико не може у држави А. позивати на закон државе Б. и доказивати да се права лица В. стечено на стварима стечајног дужника, које се налазе у држави А., може оспоравати и поништити због отварања стечаја у држави Б. и по законима државе Б., као надлежне за отварање стечаја, и ако стечај није отворен и у држави А. Таква се хипотеза не може постављати. Стварна права стечена у једној држави на стварима, које тамо постоје, цене се једино по законима државе где се ствар налази (*lex rei sitae*). Отуда, и ако је у држави Б. стечај већ отворен, ипак у држави А. могу се, све док не буде домаћи суд о томе званично обавештен, стицати стварна права над имовином стечајног дужника. Дакле ова резерва и ако не отвара више стечајева (по правилу, док изузетно негде се она разуме чак тако да се отварају, ради решења судбине стварних права, нарочито ради расправе и ликвидације непокретности), — ипак спречава *једнакост између поверилаца*.

Резерва *националног протекционизма*. По овој резерви једна држава признаје теориски да треба да постоји јединство стечаја, али стечај објављен у иностранству, производи дејство у земљи једино у колико то не буде било на уштрб интереса домаћих држављана. Такав пропис имамо у §-има 93 и 98 Срп. зак. о акционарским друштвима. Ако филиала страног акционарског друштва падне под стечај онда ће се првенствено наплаћивати они повериоци који су стекли тражбине из послова филиале и у земљи, па тек после њих моћи ће се наплаћивати остали повериоци. — Осим тога примењујући ову резерву националног протекционизма приликом предавања имовине у стечајну масу, домаће власти задржаће онај њен део који је потребан да се из мере домаћи повериоци који по домаћем закону долазе у првенствене

редове исплате, без обзира да ли такво право припада и по закону државе, где је стечај отворен и где се расправља. Тако и ова резерва, и ако увек не доводи до појаве вишеструког отварања стечаја производи врло често *неједнакост између поверилаца.*<sup>1)</sup>

Наш нови југословенски Стечајни Закон од 22 новембра 1929. г., који ступа на снагу 1. маја 1930. г., такође је третирао ово питање, које није било третирано у Српском Законику о Стецишном Поступку. У томе погледу капитални је текст §-а 66.

„У колико међународним уговорима или владиним изјавама објављеним у „Службеним Новинама“, није што друго прописано, покретна имовина дужникова, која се налази у иностранству, узмеће се у његов стечај, који је отворио домаћи суд; тај суд замолиће надлежну инострану власт, да му изда ову имовину.

„Кад се стечај отвори у иностраној држави, онда ће се дужникова покретна имовина, која се у нашој земљи налази, издати иностраној стечајној власти, ако она то захтева и ако се над том имовином не отвори стечај и у нашој држави. Али та имовина издаће се тек пошто буду намирени излучни и различни веровници, који су стекли своја права још пре него што је домаћи суд примио молбу иностране стечајне власти.

„Горе поменуте захтеве одбиће суд ако инострана држава не би узајамно поступала. Ако се посумња дали узајамност заиста постоји, затражиће суд објашњење од Министра Правде; то је објашњење обавезно за суд.“

И ако је ово основни текст, ипак за разумевање нашег система потребно је консултовати нарочито још и ст. I и II §-а 62. По њему:

„За стечајни поступак надлежан је окружни суд у чијем подручју дужник има своје предузеће или, ако га нема, где он има своје пребивалиште.

„Ако дужник у нашој држави нема предузећа нити има у њој пребивалишта, надлежан је окружни суд, у чијем се подручју налази каква његова имовина.“

<sup>1)</sup> André Weiss: Manuel de Droit International Privé (Paris, IX édition 1925 — p. 702 à 728); Antoine Pillet: Traité pratique de Droit international privé (Grenoble — Paris, Tome II, 1924, p. 896 à 921); L. v. Bar: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts (Hannover, 1889, II Band, S. 553 bis 600); Les actes et les documents de la Conférence du Droit International Privé — Le droit sur la faillite — La Haye, 1910.; Stanko Lapajne, Mednarodni stečajni in mednarodne zapuščine, Slovenski Pravnik, posebni otisak, Ljubljana, 1925.

Тек кад се посматрају заједно ова два текста, може се и наш југословенски законодавни систем класифицирати у односу на његово гледиште према појави јединствености стечаја.

С обзиром на све оно што је напред уопште речено, ми овде немамо потребе да поново објашњавамо поједине чињенице. Овде се можемо задовољити констатацијама. И то овим.

1<sup>о</sup> Наш законодавац није усвојио ни персонални статут (*lex domicilii*) ни реални статут ублажен фикцијом *mobilia sequuntur personam*. Наши судови надлежни су за отварање стечаја свих дужника који имају било домицил (резиденцију или предузеће) на нашој територији било имају ту каквог имања. Дакле наш систем је комбинација персоналног и реалног статута. Ти статути, ако је у питању унутрашњи сукоб судова, имају међусобни суплетивни однос: прво персонални (домицил), па тек ако нема домицила долази у примену реални статут. Међутим у међународном сукобу надлежности њихов је однос конкурентни. Наши судови надлежни су ако дужник има на нашој територији било домицил, било какво имање. То што је познат његов домицил у иностранству не спречава надлежност нашег суда да му отвори стечај ако он код нас има имања.

2<sup>о</sup> Наш закон (§ 66) стоји на гледишту да треба поштовати начело јединствености стечаја, али не по фикцији *mobilia sequuntur personam* већ по принципу *mobilia sequuntur forum*. Дакле покретна добра која се налазе у иностранству треба да уђу у масу, без обзира да ли је стечај отворен по надлежности заснованој на персоналном (ст. I) или на реалном статуту (ст. II).

3<sup>о</sup> Ипак наш закон (§ 66 ст. II) стоји на гледишту да ће наша држава допустити да се остварује јединство стечаја, објављеног у иностранству, уношењем добара која се налазе на нашој територији у масу стечаја отвореног у иностранству, у извесним резервама, и то:

а) *резерва lex rei sitae* — непокретности које се налазе на нашој (страној) територији неће се уносити у масу стечаја отвореног у иностранству (земљи). — Затим стварна

(разлучна и излучна) права, стечена код нас пре него што је домаћи суд примио молбу иностране стечајне власти, не могу се тиме врећати. Дакле није усвојено потпуно јединство стечаја.

б) *резерва приоритета*. Јединство стечаја за случај ако је стечај објављен у иностранству признаје се само ако над имовином у питању није отворен стечај и у нашој земљи. Дакле јединство стечаја није апсолутно. Појава вишеструкости стечајева је врло могућа. — Осим тога судови ће бити у недоумици да ли је наш систем систем чистог приоритета (чим је објављен стечај у иностранству, он се више не може пуноважно и код нас отворати) или систем екзекватуре (не може се отворати чим се молба страног суда уважи; по некима чим се молба прими) или стварање стечаја код нас није везано за рок (може се отворати и после уважења молбе страног суда — резерва националног протекционизма). Верујемо да би у овом правцу била потребна допуна закона.

в) *резерва националног протекционизма*. Одиста по законском тексту ова резерва постоји у врло малој мери. Своди се на осигурање нашим држављанима у иностранству оних погодности које странци имају код нас. Дакле на узајамност поступања — реципроцитет — дипломатски или законски. Законска узајамност цени се по систему Уводног Закона Немачког Грађанског Законика — систем гувернементалне контроле: објашњења управне власти (овде Министра Правде) обвезна су за судове.

Никаквих других резерва нема.

Отуда наши нови југословенски систем претставља један умерени систем усвајања јединства стечаја, који ће и ако са извесним резервама, осигурати нашу сарадњу у заштити међународног јавног кредита и који може иностранству показати нашу добру вољу у овом погледу. Ипак практично све зависи од две ствари:

1° од конвенција које је (или буде) наша држава закључила са иностраним државама. Ту се нарочито мора прецизирати кад се може вршити примена реалног статута као закона о решењу сукоба међународне надлеж-

ности за отварање стечаја (§ 62 ст. II), и како треба разумети резерву наведену горе под 3° б.

2° од стручности и смисла наших судија за међународну сарадњу.

Ово нарочито зато што наш нови систем показује особину велике еластичности и обећава да себи осигура завидно место међу европским системима, али под условом уважавне примене.

## ДОКАЗИВАЊЕ ОДНОСА РУСКИХ ИЗБЕГЛИЦА

Питање сукоба закона о форми исправа је једно од питања која су у историји Међународног Приватног Права увек добијала решење, али и ако постоји за то једна основна доктрина, ипак ни данас то решење није дефинитивно.

Још код оснивача школе теорије статута<sup>1)</sup> сусреће се расправа о овоме питању. Нарочито се расправља питање пуноважности форме тестаментa. По својој природи врло често се не може одлагати прављење тестаментa. Ко се смртно разболи у иностранству он тестира тамо где се затекне. То је унело забуну у редове апсолутних присталица првобитног система теорије статута. Отуда већ и сами постгласатори, као оснивачи Међународног Приватног Права, увиђају да форма једног правног посла одн. једне исправе не зависи ни од једног од два основна статута (ни од персоналног ни од реалног). Лице које сачињава исправу ван свога домицила и ако се исправа тиче добара која леже на територији неког другог правног подручја, а не онога где се исправа сачињава, може исправу састављати по једном трећем статуту, статуту места делања. Отуда уз два основна статута, долази и један трећи — *мешовити случај*, који се своди на примену доктрине *Locus regit actum*.

Ова доктрина добијала је разнолика тумачења кроз историју развика Међународног Приватног Права. Ни једна школа јој није одрицала и не одриче право на примену. Ипак у разним школама она је схватана разнолико

<sup>1)</sup> André Weiss — Manuel de Droit International Privé, Paris, IX éd., p. 359; наречито note № 2.

и са разним ограничавањима. Главна борба око значења доктрине *Locus regit actum* сводила се и своди се још и дан данас на питање да ли је примена те доктрине обвезна или на против факултативна. Старије гледиште<sup>2)</sup> држи се учења да је правило *Locus regit actum* било императивно, увек изузев ако би се тиме изигравао домаћи закон<sup>3)</sup>. Благодареди анализи Savigny-евој учење о императивности ове доктрине<sup>4)</sup> напуштено је и данас се учи да се форма има узети једино као заштитна мера праве воље личности у питању. А ту по правилу одлучује национални закон личности. Дакле примена доктрине *Locus regit actum* долази као примена једне заштитне мере да би странке биле осигуране да њихова воља не буде изражена на начин који — по општем схватању — компромитује њихове интересе. Али док ће свака личност по правилу добити такву заштиту од свога националног закона, дотле ће изузетно бити случајева да је приликом давања изјаве воље у иностранству можда корисније да се узме у обзир закон места где се то чини, јер заштита праве воље долази у дужности полиције. А полиција опет долази у надлежност суверенитета територије на којој се врши<sup>5)</sup>. Отуда овде примена *Locus regit actum* има факултативни значај и значи једно правно правило које се примењује конкурентно са националним законом странака.

*Конкурентна примена* било правила *Locus regit actum* било националног закона странака могућна је једино ако исправу издаје једна личност која има одређено држављанство или ако су у питању више личности истог држављанства. Иначе ако би примењивали некакав

<sup>2)</sup> Ludwig von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, II Auflage 339, Anm. 12; Weiss, op. cit., p. 401 n. 1; наречито François Laurent, Le Droit Civil International, Bruxelles — Paris, 1880—1882, IV tome № 246.

<sup>3)</sup> In fraudem legis domesticæ (v. Wachter, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze, Archiv für die civilistische Praxis, Band 25. S. 413).

<sup>4)</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts; VIII; 5388 und w.

<sup>5)</sup> F. Laurent, op. cit.



други национални закон а не закон свих личности, онда би једна странка добила повлашћен положај према осталима. Зато у таквим случајевима и данас се остаје на гледишту, да овде, у интересу стишавања сукоба и неутралисања појединих националних персоналних закона, одлучује *териториални закон места где се сачињава исправа и он остаје обавезан*<sup>6)</sup>.

Али чим је примена правила *Locus regit actum* изгубила императивни карактер појавила се нека нова схватања и диференцирања. Прво правило то је да се у погледу састављања исправе морају разликовати јавне и приватне исправе. Што се тиче *приватних исправа* ту се остало код начела која смо напред изнели. А што се тиче, на против, *јавних исправа* ту је, држимо правилно, доказивано да је примена доктрине *Locus regit actum* контрадикторна са правим стањем ствари. Први покушај тиче се исправа које ван своје отаџбине буду сачинили дипломатски, консуларни и поморски (заповедници бродова) чиновници у вршењу своје званичне дужности. Они, као што је то познато, из дана у дан врше састављање и потврђивање исправа, а што се тиче тих исправа и њихове форме, они се држе *својих националних закона*, који често нису ни национални закони заинтересованих лица (или бар не свих) нити закони места где се исправа сачињава. Отуда овде не могу важити прописи изнети горе који се тичу начела за приватне исправе. Зато се поставља питање: Који закони овде вреде? Ту су подељена гледишта: једно француско и једно немачко.

Француско гледиште стајало је на становишту да дипломатски, консуларни и поморски чиновници у вршењу своје званичне дужности у иностранству састављају акте било у својим бироима, који су екстериторијални<sup>7)</sup>, дакле који по фикцији екстериторијата припадају Француској (те њихово издавање по француским законима значи потпуну примену чувене доктрине *Locus regit actum*) било, и ван својих резиденција, ради фран-

<sup>6)</sup> Weiss, op. cit., p. 401.

<sup>7)</sup> Види цитат код L. v. Bar, op. cit., № 124.

цуских држављана<sup>8)</sup>, те ту ако сачинилац исправа не носи собом фикцију екстериторијалитета онда издавање исправе, као заштитна мера за слободу и истинитост воље, врши се по *lex personae* заинтересованих лица, дакле по закону који је за овај случај у Међународном Приватном Праву редовно надлежан, конкурентно са *Locus regis actum*, за решење сукоба закона у погледу форме акта.

Међутим на супрот томе француском старијем гледишту L. v. Bar истакао је једно друго. Посматрајући српско-немачки трговински уговор и консуларну конвенцију од 6 јануара 1883. (чл. 9, став IV), он је видео да консуларни оди. дипломатски чиновници могу састављати исправе по закону своје државе и кад се та исправа тиче правних послова држављана једне треће државе, ако правни посао треба да произведе, или претежно произведе, дејство у држави чији је орган сачинио исправу<sup>9)</sup>. Отуда, пошто теорија о фикцији екстериторијалитета у Међународном Приватном Праву отпада, ни *Locus regit actum* ни *lex personae* као заштитна мера<sup>10)</sup>, не могу имати овде претежног значаја. Ни један ни други од ова два правила нису међународно-правно меродавни за решење сукоба закона код издавања јавне исправе. Издавање јавне исправе је један од послова вршења јавне власти, дакле један од несумњивих изражаја суверености. Сваки суверенитет сам себи прописује начин (поступак) своје акције (Међународно Приватно Право ограничава се једино на то да одреди границе надлежности појединих држава за акцију). Отуда може се извести као јасно правило да је Међународно Приватно Право у погледу издавања јавних исправа одредило домен акције појединих држава. Оне су надлежне да их издају:

а — на својој територији;

<sup>8)</sup> Cass (Француски Касац. Суд) 10. 8. 1819.

<sup>9)</sup> v. Bar, op. cit., 360.

<sup>10)</sup> Модерна холандска теорија о олографском тестаменту. Voir E. Bartin, Principes de Droit International Privé, Paris, 1930, p. 225.

б — у иностранству за потребе својих држављана и за потребе странаца ако те исправе треба да произведу дејство на домаћој територији.

То је решење у погледу надлежности за акцију. Међутим Међународно Приватно Право надлежно је и за расправу питања сукоба закона по коме ће се исправа издавати. Издавање јавне исправе је израз о вршењу суверене власти у границама обележеним од стране Међународног Приватног Права. Данас је опште усвојено правило да свака држава у изражавању своје суверене воље, или у раду своје администрације, прописује сама себи правила по којима њени званични органи врше своју дужност. То више није ни *Locus regit actum*, ни *lex personae*, то је *lex fori*<sup>11)</sup> или *lex officii*<sup>12)</sup>. Значи једна исправа има своју законску снагу у Међународном Приватном Праву према томе дали је она издата саобразно законима оне државе у чије име врше јавну службу (без обзира на то чији су држављани) они органи који су ту јавну исправу издали. Тако, ако једна јавна исправа није пуноважна по закону државе у чије је име издата (по *lex officii*), онда се она не може сматрати пуноважном чак ни ако би одговарала прописима закона оне државе у којој би се желела употребити та исправа. Потпуности ради додајемо да једна исправа пуноважна по *lex officii* не мора бити примљена као пуноважна у оној држави чији се јавни поредак тиме вређа.

Дакле за оцену пуноважности страних јавних исправа потребно је ту исправу ценити са гледишта два закона и то:

1<sup>0</sup> *Основно питање*: Да ли је та исправа пуноважна са гледишта закона оне државе којој припада орган који је исправу сачинио.

2<sup>0</sup> *Допуњено питање*: Да ли та исправа са гледишта закона оне државе у којој се чини њена употреба — не

<sup>11)</sup> *Lex fori*, то је закон који представља l'exercice régulier de pouvoir de l'Etat. — Voir Bartin, op. cit., № 164, p. 406.

<sup>12)</sup> Die Handlung vorgenommen wird... durch Gesetz desjenigen Staates... welchen der Gesandte, der Consul vertitt — v. Bar., op. cit., № 124, S. 360.

вређа међународни јавни поредак схваћен као такав од дотичне, заинтересоване државе<sup>13)</sup>.

Једино страна јавна исправа која испуни ове услове може се сматрати као пуноважна.

Пошто смо теориски изложили основна начела у овој материји, прелазимо на један конкретан случај који се данас поставља код нас у Југославији и за који се обично узима да потпада под Међународно Приватно Право.

Приликом бољшевичког преврата један велики број руских грађана био је приморан да напусти своју Отаџбину. Приличан број сместио се код нас. Као увек кад је у питању једна емиграција, измицање пред силом (појам добро познат нама, становницима предратне Краљевине Србије), највећи број емиграната собом није могао носити сва документа која су потребна ради доказивања својих личних околности, односно ако их је понео није их могао понети осигуране у форми да те исправе, издате од страних (руских) власти, буду пуноважне код нас<sup>14)</sup>. Отуда ми случај тих избеглица морамо посматрати подвојено у две хипотезе:

а — Поједине избеглице сачувале су своје оригиналне документе издате од руских власти свога времена, али неочекиван одлазак у Југославију довео их је овамо са тим документима и ако они нису потврђени као аутентични у нашем Министарству Иностранних Дела (§ 187. т. 3. Срп. Грађ. Суд. Пост.) нити она сада могу бити ту потврђена пошто потврда значи признавање потврђеног документа као аутентичног, а то је немогуће данас учинити.

Отуда ти документи, ма колико истинити и веродостојни, по нашем југословенском схватању о међународном јавном поретку, не представљају јавне исправе.

<sup>13)</sup> О релативитету „међународног јавног поретка“ видети нашу расправу у Архиву за јануар 1930. године.

<sup>14)</sup> Форма прописана у §-у 187 ст. 3. Срп. Грађ. Суд. Пост. исто тако § 389 ст. II in fine новог Југ. Грађ. Суд. Пост.

Они могу служити само као почетак писменог доказа.

У пракси, узевши у обзир стицај политичких прилика, дакле вишу силу у објективном смислу, многе наше установе примају ове доказе и без овере аутентитета као јавне исправе. Међутим ма колико ово било нужно, чак оправдано, а нарочито хумано, ипак таква пракса је очигледно незаконита. Изузетак је у погледу школских докумената, где је — благодарећи иницијативи референата у чл. 3. Закона о нострификавању допуштено нострификовање и без овере аутентичности руских диплома. То је један изузетак од *droit commun* и не може се, за сада, применити ван наведеног случаја.

Тако стоји ствар са оним емигрантима који су сачували своје оригиналне јавне исправе које потичу од органа руске државе и које не носе оверу аутентитета од стране претставника наше (одн. југословенске државе).

б. — Међутим најчешћи је случај да те руске избеглице нису сачували доказне исправе о својим стањима (акт рођења, венчања, школске сведоцбе, доказе о службовању и т. д.). Њихов је положај још тежи. Они морају овде у избеглиштву да прибаве (односно конституишу и само доказно сретство), а не само да докажу његову аутентичност.

Тешка невоља да створе то доказно сретство гони их да се довијају на разне правне и полуправне начине. Тако:

1<sup>о</sup> Врло је чест случај посредног извођења доказа исправама. Н. пр. један судија подносећи свој службенички лист који садржи податке о школовању доказује на тај начин да је дипломирао правни факултет. Или други пример: један активни судски официр руске војске позивајући се на објаву за бесплатно путовање жељезницом коју је једино сачувао покушава да тиме докаже да је био активни судски официр, а то није могао бити ако није имао диплому која одговара дипломи II степена са Правног факултета, Академије или Правног Ли-

цеја. — Овај начин доказивања има неколико незгода од којих ћемо у главном напоменути две:

а — Једна исправа, по правилу, доказ је само ради утврђивања чињеница због којих је издата.<sup>15)</sup> Нарочито кад је у питању јавна исправа она има *fides publica* само док су у питању чињенице које су њеном састављачу непосредно познате, које је он уписао у ту јавну исправу као оно што сачињава његово *visi et auditi* (н. пр. да је збиља на одређеној служби, да има права на бесплатну жељезничку карту), а не и на друге околности, које се у исправи помињу као узредне, као ближа опредељења личности на коју се та исправа односи (н. пр. у војној исправи једног руског избеглице стоји да је он магистер права, и ако је по сопственом тврђењу само кандидат) јер таква исправа истинита је једино у кругу надлежности до које је *fides publica* дага њеном састављачу (овде н. пр. да констатује отслужење војног рока тога лица, а не да проверава и остале његове личне особине.<sup>16)</sup>

б — Те исправе којима се врши ово посредно доказивање су оне о којима је било речи под а). Дакле исправе неоверене у погледу аутентичности у нашем Министарству Спољних Послова.<sup>17)</sup> Пошто те исправе нису јавне исправе о ономе о чему гласе, оне то не могу бити још мање о споредним тачкама.

2<sup>о</sup> Још чешћи је начин да *делегација за заштитију интереса руске емиграције* са седиштем у Београду издаје на основу података до којих она дође (обично сведоцбе сведока) писмена у којима тврди неке околности релевантне за правни живот руских избеглица (н. пр. да је лице x свршило школу у X; да је нежењено и т. д.). Уведена је пракса да се овакве исправе подносе на оверу

<sup>15)</sup> § 191 Срп. Грађ. Суд. Пост.

<sup>16)</sup> Ово је јасно показано у ст. 1 § 388 новог Југосл. Грађ. Суд. Пост.

<sup>17)</sup> Нас чуди да чиновници, чак и судови, мешају *оверу исправе* т. ј. њене аутентичности и *превод* једне стране исправе. Отуда и уподобљавају оверу тачности превода овери истинитости исправе.

аутентичности Министарству Спољних Послова и да оне претстављају *инострану јавну исправу*, те се њима доказују околности за које личности у питању нису могле сачувати оригинална документа.

Овај начин има пуно незгода. Прво је питање да ли је ово *инострана* јавна исправа. Ми смо у првом делу овога чланка закључили да се као основно питање да ли је једна инострана исправа пуноважна цени са гледишта закона оне државе којој припада орган који је исправу сачинио. Међутим поменута делегација није никаква инострана власт. Она не представља у опште никакав орган које стране државе. Зато њене исправе уопште не долазе у обзир са гледишта Међународног Приватног Права, јер Краљевина Југославија приступајући конвенцији о Нанзеновом Пасошу доказала је јасно да не постоји она стара Русија и да Руси избеглице као такви нису везани ни за један од суверенитета, преко којих би они учествовали у међународно-правном животу. Онда пошто делегација у питању није орган ни једне стране силе то ни исправе, које она издаје, нису стране јавне исправе и оне не могу (чак и ако су грешком субалтерних чиновника овераване у нашем Министарству Спољних Послова) имати никакву доказну снагу као такве.

Међутим Државни Савет<sup>18)</sup> у својим двама одлукама ценио је оваква уверења издата од стране Делегације за заштиту интереса руских избеглица као јавне исправе по нашем домаћем унутрашњем праву. За ово гледиште он је своју аргументацију заснивао на једној правној чињеници и то: Министарство Иностранних Дела актом од 12. априла 1924. год. признало је ову делегацију и дало јој право да издаје оваква уверења. Отуда Државни Савет у наведеним одлукама заступа гледиште да су таква уверења јавне исправе.

Разлози Државног Савета за овај случај су тачни са гледишта Међународног Приватног Права. Делегација

<sup>18)</sup> Видети код Др. Мих. Илића и Љуб. Радовановића, Одлуке Државног Савета, (1924—1928), Београд, 1930, I, № 344 и 348.

којој је Министарство, дакле Влада Краљевине Југославије, признала могућност постојања и одредила извесну надлежност, несумњиво чини један орган који је дериватив суверености југословенске и несумњиво да се исправе које та делегација буде издавала могу и морају ценити у погледу њихове пуноважности као исправе југословенских власти. Дотле је мишљење Државног Савета изнето у наведеним одлукама потпуно исправно.

Међутим чим се изведе горњи закључак онда се поставља питање каква је важност ових исправа са гледишта унутрашњег права Краљевине Југославије (специјално на територији предратне Краљевине Србије)? Да би то била јавна исправа потребно би било да је исправа од наших јавних власти или надлештава, по законом кругу њихове радње и у надлежној форми издана. Међутим питање да ли је делегација наше јавно надлештво или је то једна толерирана емигрантска организација добило би свакако ово друго решење. Затим орган који издаје овакву исправу, да би она била јавна исправа, треба да је издаје у кругу своје надлежности законом одређене (по законом кругу своје радње), међутим наведена одлука Министарства Ин. Дела није закон нити би могла одређивати надлежност тој делегацији као домаћем надлештву. Отуда то није јавна исправа. То није јавна исправа поред наведених разлога још и зато што § 187 Срп. Грађ. Суд. Пост. у ст. I набраја које су исправе јавне. То набрајање је лимитативно. То је законодавац изречно казао у ст. II истог §-а. (Све друге исправе приватне су). Отуда уверења ове делегације која она не издају у кругу своје законске надлежности као наше јавно надлештво нису јавне већ приватне исправе,<sup>19)</sup> као што то тврди у наведеним случајевима<sup>20)</sup> и Главна Контрола.

На тај начин руске избеглице данас су у Југославији у правној немогућности да јавним исправама доказују своје личне односе. Оригинални документи не дају сигурност аутентичности. Документи набављени на основу података делегације за заштиту интереса емиграната нису

<sup>19)</sup> Ово је решење нарочито јасно озвучено у § 389 Југ. Гр. Суд. Пост.

<sup>20)</sup> Види примедбу бр. 18.

јавне исправе јер их не издаје орган коме закон даје право да их сачињава дајући му *fides publica*.<sup>21)</sup>

Пошто ово питање излази из круга Међународног Приватног Права, то оно данас претставља питање унутрашњег права и то једно питање које тражи хитно решење. Велики број руских избеглица који живе и раде у нашој средини налазе се у једној врло несигурној правној ситуацији. Многи од њих постају наши држављани. Отуда дужност је наше државе да путем закона реши ово њихово питање и образује један свој сопствени специални орган, који ће на један сигуран начин проверавати, осигуравати и констатовати оне чињенице и околности које могу имати значаја по правни живот руских емиграната. То је једна нужност коју тражи не само уређење ситуације тих људи који уживају наше гостопримство већ то ће бити и интерес наше државе да би се са сигурношћу могла оградити од оних ретких руских избеглица који чине злоупотребе користећи се овим неуређеним односом.

<sup>21)</sup> Интересантно је да Правилник од 2 марта 1931. г. за извршење одредаба Закона о жандармерији прима у чл. 6 одељка 6 ст. 3 у тачки д, од жандарма Руса ради доказивање службовање у Русији „ако нема исправе о служби онда о томе прилаже уверење делегације за заштиту интереса руске емиграције.“

## ЗАКОНСКА УЗАЈАМНОСТ У АУТОРСКОМ ПРАВУ\*

За јуриспруденцију у границама бивше Краљевине Србије једно од питања које ће претстављати особиту тешкоћу то је спровођење одредаба из Ауторског Права. Поред тешкоћа које се у овој правној материји, предмету вечите еволуције, јављају свуда у свету због особености самога предмета правне заштите, несумњиво је да ће се овде појавити очигледна тешкоћа нарочито и због тога што већина судија и адвоката нема, без своје кривице, овде, по овоме питању, довољну теориску спрему, пошто наша литература се озбиљно овога питања скоро није ни дотицала да би се у опште могло говорити о разјашњавању правог значења правних појмова којима оперише Закон о заштити ауторског права од 26 децембра 1929. г. (објављен у „Службеним Новинама“ од 27 XII. 1929. г.) нити је та материја била предмет редовних студија правника, који су свршили правне науке на домаћим факултетима.

Остављајући цело ово питање, које би требало да добије своје позитивно решење, у особеним *traité*-има, ми ћемо овде само покушати да укажемо на једно гранично место, које једновремено спада и у материју Ауторског Права (део Унутрашњег Приватног Права) и у материју Међународног Ауторског Права (дакле Међународног Приватног Права). То питање које овде желимо да истакнемо, то је: какав је правни положај странаца у погледу на уживање судске заштите свога ауторског права код нас у Југославији?

Ако будемо посматрали сва приватна права која

\* Архив, јуни 1930. г.

могу постојати у систему Унутрашњег Права једне државе и његовом односу према правном положају странаца, онда сва та приватна права можемо поделити на две велике групе: на *ојшња* (Французи погрешно веле природна) и на *резервисана* (Французи још погрешније кажу грађанска) права. Док свака држава прву групу, та *ојшња приватна права* даје свим (и домаћим и странцима) под обичним законским условом једнакости, дотле се по правилу страни држављани или потпуно искључују од уживања *резервисаних права* или им се та резервисана права дају једино под неким нарочитим условима, чије се испуњење не тражи од домаћих држављана. Отуда се резервисана права могу поделити у две подгрупе општег карактера. С једне стране стоје *строго* (или *ајсолутно*) *резервисана приватна права*, т. ј. она приватна права која странци у опште не могу уживати<sup>1)</sup>; а с друге опет стоје *релативно резервисана приватна права*, т. ј. она приватна права која поред домаћих држављана могу уживати и странци али под неким нарочитим условима, који се не траже од домаћих држављана.<sup>2)</sup>

Већина културних држава данашњег доба сматра да је право аутора на заштиту свога умног производа једно *резервисано право*. Само у томе погледу те државе се међусобно у главноме разликују према томе да ли је резерва *териториалног* или *персоналног* значења. — *Резерва је териториалног карактера* ако би једно дело било у одређеној држави заштићено зато што је у њој први пут (или у опште) угледало света (н. пр. књига штампана у Француској). С друге стране *резерва је персоналног карактера* ако би једно уметничко дело уживало заштиту у једној држави зато што је његов аутор (или бар један од његових аутора) домаћи држављанин.

<sup>1)</sup> Код нас би се као такво право, почев од 19.-IV.-1921. г., подвлачимо у будуће од тада, могло узети право бити акционар наше Народне Банке. — Ближе о томе видети чл. 8 Уредбе — привременог Закона о Народној Банци. Та је Уредба (привремени закон) изречно озакоњена по чл. 131. ст. II, сада већ укинута, Видовданског Устава.

<sup>2)</sup> Ближе о овим условима видети у расправи „Правни положај странаца по Српском Грађанском Законику“, објављеној у Архиву, свеска за јули и август 1927. године.

Док многе државе бирају обично између ова два најчешћа система, између териториалног и персоналног, одлучујући се за један од два, дотле наш југословенски Закон о заштити Ауторског Права није учинио такав избор. Он је примио оба ова, и териториални и персонални систем у исто време. Тако код нас заштићено је с једне стране свако књижевно и уметничко дело које је изашло *први пут* у Краљевини Југославији<sup>3)</sup> без обзира на држављанство његовог аутора<sup>4)</sup> а с друге стране и свако оно књижевно и уметничко дело држављанина југословенског, које би било објављено први пут било у Краљевини Југославији било ван ње у иностранству било да оно није у опште ни објављено<sup>5)</sup>. Као дело југословенског држављанина сматра Закон свако дело које има више аутора, ако би бар један од његових твораца био наш држављанин<sup>6)</sup>. Дакле Закон је примио једну *алтернативну између териториалног и персоналног система*. Час је резервисано право уживања заштите за дело као такво. Заштиту уживају *ex lege* сва дела која су први пут објављена на нашој територији без обзира на држављанство њиховог аутора. Али и ако је право уживања заштите везано за дело, ипак и ако неким делима заштита не припада *ex lege* као таквим, она им припада по персоналном систему као последица личног права творца дела, ако је тај творац или бар један од

<sup>3)</sup> § 1. Закона: „Овим се законом заштићује: 1) свако књижевно и уметничко дело (§ 3.) изашло (§ 8.) први пут у Краљевини Југославији; 2)....“

<sup>4)</sup> Прво се мора извести *per argumentum a contrario* из § 2, ст. I, реченица I: „У погледу заштите књижевних и уметничких дела странаца држављанина, *изашлих или објављених у иностранству*, важе прописи дотичног...“ Дакле реципроцитет је потребан само за она дела странаца која су објављена први пут у иностранству.

<sup>5)</sup> § 1 т. 2 гласи: „Овим се Законом заштићују: 1) . . . 2) књижевна и уметничка дела држављанина југословенског, без обзира на то да ли су изашла у Краљевини Југославији или у иностранству, или уопште нису изашла; 3)....“

<sup>6)</sup> Видети ст. IV § 2: „Има ли дело више аутора, доста је за заштиту по овом Закону да је један од аутора држављанин југословенски“.

творца наш држављанин. Само једно дело не мора бити заштићено ab initio и за увек по персоналном систему. Док је оно дело које је први пут изашло на територији Краљевине Југославије увек заштићено код нас као такво, дотле једно дело изашло (или још необјављено) први пут у иностранству имаће право на заштиту ауторског права у Југославији једино ако би у тренутку повреде ауторског права његов аутор (или један од аутора) био југословенски држављанин<sup>7)</sup>. Ту ће се јавити компликација о којој ће посебно бити речи.

Резиме би био да је наш Закон примио алтернативу између териториалног и персоналног система. Међутим ма колико да је ово тачно, то још није потпуно. Наш Закон је примио један још сложенији систем. Он се одиста руководи било териториалним било персоналним системом, али уноси још једну алтернативу. Поред та два система, наш Закон служи се још једним трећим системом, системом који је одиста мање у употреби, али који је познат у науци као *језични систем*. Тако наш Закон заштићује још и „свако књижевно дело странага држављанина изашло на српско-хрватско-словеначком језику у иностранству“<sup>8)</sup>. Према томе право на уживање заштите ауторског права је једно *резервисано љраво* не само за домаће држављане (§ 1 т. 2) већ и за ауторе дела објављених први пут у Југославији (§ 1 т. 1) и дела објављених на нашем језику у иностранству (§ 1 т. 3). Отуда, као крајњи закључак, подвлачимо да се по југословенском Закону о заштити ауторског права уживање те заштите сматра као једно резервисано право под алтернативом три система: териториалног, персоналног и језичног.

Према томе изузета су од заштите ауторског права само дела страних држављана изашла или објављена први пут у иностранству и то (ако су то књижевна дела) на једном страном (дакле не српско-хрватско-словеначком) језику. Али и та дела могу имати, под нарочитим усло-

<sup>7)</sup> § 2 ст. III: „У питању да ли је аутор држављанин југословенски или страни, меродаван је онај час у коме се збила повреда ауторског права.“

<sup>8)</sup> Види т. 3 § 1.

вима, заштиту наших закона. Ти нарочити услови су били уговорна (дипломатска) било законска узајамност (реципроцитет)<sup>9)</sup>.

За та дела по Закону, у првом реду, „*важе љрописи дотичног међународног уговора*“<sup>10)</sup>. Ово се обично чита као услов уговорне узајамности (дипломатског реципроцитета). Међутим строго узевши овај пропис не мора баш увек имати тај значај. Сваки ратификован међународни уговор који би гарантовао или одређивао извешан положај странца у погледу права на заштиту ауторског права код нас био би овде меродаван, без обзира да ли се њиме постиже уобичајени дипломатски реципроцитет или само једнострано уступање права или извесни положај који искључује узајамност.

Друга особина овога прописа „*важе прописи дотичног међународног уговора*“ је његова растелљивост хоће ли се ту применити персонални или териториални (па чак и језични) систем. То питање Закон не решава. Он то оставља дотичном међународном уговору. Оно што је главно то је да се оваквом стилизацијом постиже истицање правила да међународни уговор може дерогирати начела која законодавац овде истиче. Начело које је од необичне важности истаћи да би се знало да овде Закон стоји на гледишту да је закон *lex generalis* према међународном уговору, који је овде (и по схватању самог законодавца) *lex specialis* и да судија овде треба изузетно да уговор у (обиму овог питања) примењује према његовом значењу и независно од правила териториалне концепције и схватање да је међународни уговор за судију један прост домаћи закон његове државе<sup>11)</sup>.

Најзад треће и основно значење овог прописа, то

<sup>9)</sup> О тим појмовима види расправу горе наведену под 2.

<sup>10)</sup> § 2, ст. I, реченица I: „У погледу заштите књижевних и уметничких дела странага држављанина, изашлих или објављених у иностранству, важе прописи дотичног међународног уговора“.

<sup>11)</sup> О томе видети: Архив, јули—август, 1928. г. стр. 71 и даље.

је да ће се то питање имати да реши колективним уговором приступањем наше државе Бернској Конвенцији<sup>12)</sup>13).

Али поред свих ових важних особина овога прописа, ипак најважније његово значење лежи у томе што тек „Ако не постоји такав уговор, страни ће држављанин уживати по овом Закону заштиту својих дела у Краљевини Југославији само у случају узајамности“ (§ 2. ст. II. реченица II). Дакле по стилизацији законској и ако су нарочити услови било дипломатски било законски реципроцитет, ипак ти услови нису алтернативне природе. На против однос дипломатског и законског реципроцитета је јасно одређен. Законски реципроцитет није алтернатива према дипломатском, већ правило је да треба да *постоји уговор*. Изузетно и само „ако не постоји такав уговор“ странац се може позивати на *законски реципроцитет*. Ту не постоји факултативна алтернатива. На против законски реципроцитет је суплетивног значења. Он допуњује али само у одређеној хипотези (ако нема уговора). Отуда излазе два правила:

а) На законски реципроцитет може се странац позивати једино ако Краљевина Југославија у погледу на пружање права уживања заштите ауторског права нема никакав уговор о овој специјалној материји са странчевом државом.

б) Позивајући се на законски реципроцитет странац не може у погледу материје о заштити ауторских права стећи у Југославији више права од оних која су му овом погледу гарантована међународним уговорима.

Отуда између странаца који уживају нашу заштиту и погледу ауторских права на основу дипломатског (међународног) уговора и на основу законског реципроцитета постоји једна велика разлика. Често могу странци

<sup>12)</sup> Главне идеје садржине у овом отвореном међународном уговору изнете су у чланку г. Др. Јанка Шумана, Архив, за март 1930. г.

<sup>13)</sup> Средином марта 1930. г. полуслужбена агенција „Авзла“ објавила је да је наша држава једним законом ратификовала ову конвенцију. Међутим тај закон још није проглашен у време објављивања овог чланка. Дакле тада још у Југославији није била позитивно право, већ је постала тек доцнијим објављивањем Закона о ратификацији.

имати у Југославији штете од дипломатског уговора, који би њихова држава закључила са нама. Тако ако се једна држава у материји ауторског права држи начела законског реципроцитета *de droit commun*, онда њени држављани имали би код нас (за сада претпоставимо) сва права која у тој материји закон даје и нашим држављанима. Међутим ако је ово питање регулисано са извесним ограничењима у дипломатском уговору закљученом између нас и странчеве државе онда ће такав странац (пошто се он може позивати на законски реципроцитет једино „ако не постоји такав уговор...“) морати да трпи све штетне последице ограничења која произилазе из уговора. Стилизација „ако не постоји...“ дозвољава само овакво тумачење, и ако је било противно једној доста раширеној и усвојеној теорији из Међународног Приватног Права, *теорији минимума*, по којој, ако би странац имао већа права у материји ауторског права по унутрашњем законодавству (дакле позивањем на законску узајамност), онда ће му се она дати без обзира на то што му уговори дају мања права<sup>14)</sup>.

Али ако би се један странац позивао на законску узајамност било непосредно било посредно, позивајући се на теорију минимума, онда се постављају два врло деликатна питања. Питања: шта је то узајамност и како се она доказује?

Прво ћемо се позабавити овим другим питањем: како се доказује узајамност? О томе имамо непосредну одредбу у ст. II §-а 2: „Постојање узајамности мораће да докаже лице које хоће њоме да се користи“. Дакле узајамност се не претпоставља. Она се мора доказивати. *Actori incumbit probatio*. Само док овакво стање несумњиво годи нашој данашњој србијанској судској пракси и цело питање постоји ли узајамност зависи једино од

<sup>14)</sup> Ово питање неће се постављати код нас у пракси, јер приступањем наше државе Бернској Конвенцији то се питање решава позитивно у корист теорије минимума, коју изречно предвиђа чл. 17 Берлинског Акта. — Ближе о овој теорији код Antoine Pillet. *Traité pratique de Droit International Privé*, Grenoble — Paris, 1924. Tome II, № 429.



вештине доказивања странке у питању<sup>15)</sup> дотле ово питање више не одговара духу новог југословенског Законика о судском поступку у грађанским парницама. По Закону о заштити ауторских права странац са чијом државом не постоји међународни уговор по овој материји, мора доказивати да се са Југословенима у његовој држави поступа по начелу узајамности и да та узајамност заиста постоји. Дакле он ће доказивати инострано право. Међутим по § 367 Југ. Грађ. Суд. Пост. у овом погледу „суд није везан за доказ, које су стране понудиле“<sup>16)</sup>. Отуда ми верујемо да је Закон о заштити ауторског права једино желео да овде истакне начело да се узајамност не претпоставља и да је странка која се на њу позива, дужна да о томе поднесе доказе, али да се тај Закон није упуштао у само извођење доказа, већ се оно мора вршити и ценити по општим прописима о парничном поступку судском<sup>17)</sup>. Дакле: узајамност се никада не претпоставља, о њој странка мора понудити доказе, суд је у сваком конкретном случају цени, али при извођењу доказа о постојању узајамности суд није везан доказима, које су странке понудиле, па чак шта више не мора ни захтевати од странке да их поднесе.

Друго питање је у непосредној вези са оним првим. Није довољно доказивати узајамност. Законска узајамност може постојати у два облика која се међусобно врло много разликују. Та два облика законске узајамности (законског реципроцитета) су ови: законска узајамност у *формалном смислу* и законска узајамност у *фактичком*

<sup>15)</sup> О томе видети код Georgevitch Andra et Mihaïlovitch Stanoyé: *Partie sur la Serbie dans le Recueil des Codes de Commerce de l'Université*, publié par Lyon—Caen, Paris, 1914, tome 36, p. 16.

<sup>16)</sup> § 367 Новог југословенског Законика о судском поступку у грађанским парницама: „Право, које вреди у туђој држави, обичајно право, привилегије и статуте потребно је доказивати само у толико, уколико нису суду познати. — При доказивању ових правних наређења суд није везан за доказе, које су странке понудиле; он може у том циљу наредити по службеној дужности потребне извиђаје, а може се по потреби послужити и посредовањем Министра Правде.“

<sup>17)</sup> „О доказивању страног Закона“ видети, Архив, октобар 1929. г.

*смислу*. Ова два облика између себе дијаметрално се разликују. — Код *законске узајамности* у *фактичком смислу* захтева се не само да су домаћи држављани фактички изједначени у странчевој држави у уживању баш онога права на чије уживање странац претендује него и да га домаћи држављани могу искоришћавати у странчевој држави у оној мери у којој га странац жели искоришћавати код нас. Дакле да би било узајамности у *фактичком смислу* није довољно да постоји правно правило о изједначењу странца и домаћег у уживању права у једној правној материји, већ је нужно да постоји у иностранству и по садржини оно право на које странац претендује. (Према томе ако странац претендује на заштиту свога ауторског права на извођење позоришног комада — § 58 нашег Закона, онда се он не може позивати на то да наши држављани у његовој држави уживају једнакост у поступању у погледу на уживање заштите ауторског права у опште, већ напротив потребно је да се утврди да и код њих постоји право на извођење позоришног комада и да је то право дато и нашем држављанину било без икаквог услова било под условом законске узајамности). Ако се права садржински не поклапају, онда се сматра да услов узајамности није испуњен ни доказан. — Код *законске узајамности* у *формалном смислу* задовољава се самим доказивањем да се у тој материји домаћи држављанин третира од стране странчеве државе онако како она поступа са сопственим држављанином и то било без икаквих услова било под условом законске узајамности. Чињеница да домаћи држављанин, и поред једнакости поступања, не може да добије у странчевој држави уживање онога права на које претендује странац код нас, ако је то последица стања да се домаће и странско право садржински не поклапају, не би имала икаквог дејства по решење. То је околност која не искључује постојање услова узајамности.

Један од недостатака нашег новог Закона о заштити ауторског права несумњиво је то што је он прописао само постојање узајамности не одредивши ближе шта се има разумети под тим појмом. Очевидно Закон говори

о законској узајамности. Али из Закона се не може извести да ли је *шу реч о законској узајамности у фактичком или у формалном смислу*. Како се онда ствар има решавати? По општим правним начелима. То је решење несумњиво тачно, али није и целисходно. Овај Закон, по изјавама надлежних, има за задатак да унифицира законодавство. Међутим општа правна начела не допуштају да се постигне тај резултат. По § 33 Аустриског Општег Грађанског Законика (реченица II) требало би применити *законску узајамност у фактичком смислу*. На против из текста Српског Грађанског Законика излази да је тај Законик стао на гледиште *законске узајамности у формалном смислу*. Дакле из овога се види да није потпуно постигнуто оно што се хтело. Отуда судови или ће се поводити *ишањем целисходности* и просто се задовољавати овде законским реципроцитетом *у формалном смислу*, јер је то више у складу са начелима Међународног Приватног Права, или ће ићи *за применом општих правних начела* о узајамности по домаћој концепцији. Ако се држе првог гледишта вређају позитивне законске текстове, ако се пак држе другог гледишта не постиже се јединство. Зато у интересу законитости и јединствености јурисдикције верујемо да је нужно хитно законодавно објашњење на коју је законску узајамност мислио законодавац редигујући § 2 Закона о заштити ауторског права. Верујемо да је мислио на ону *у формалном смислу*, али интерес сигурности правног саобраћаја тражи законодавчеву реч.

## СЛУЧАЈЕВИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА\*

### Класификација правних односа

Као што смо до сада већ више пута у својим расправама, у „Архиву“, указивали<sup>1)</sup>, још увек проблеми из Међународног Приватног Права добијају своје решење од случаја до случаја, *par l'expedient*. Чак и она питања која су била најозбиљнији покретачи саме ове дисциплине од првога дана њенога стварања ни данас нису још добила ни своје јединствено (универзално) ни своје дефинитивно (завршно) решење [н. пр. форма приватног тестаментa; још је увек спор између *Locus regit actum* и *lex personae*]<sup>2)</sup>.

Многи идеалисти, нарочито многи научни дилетанти виде у овоме и оваквоме стању ствари, — Међународно Приватно Право као једно занемарено поље рада, чија је занемареност последица рђаве плодности самога тога тла. Тражећи хитно остварење универзалних (или боље рећи униформних) правила за решење извесних проблема

\* Архив, јули—август 1930. г.

<sup>1)</sup> Видети наше расправе, чланке и прилоге објављене у овом часопису од 1927. г. до сада, а нарочито оне у свескама за јули-август 1928 г. („Повреда страног закона као основ за касирање“) и за јануар 1930 г. („Проблем стечених права у Међународном Приватном Праву“).

<sup>2)</sup> Ближе о овоме питању, које је једно од првих питања на којима се у опште и јавно сукоб закона видети код Lainé, *Introduction au droit international privé*, tome II, pages 328 à 428, а нарочито код франкфуртског професора Hans Lewald у његовом курсу који је 1925 г. одржао на Академији Међународног Права у Хагу под насловом „*Question de Droit International des successions*“, објављеном у *Recueil des cours*, 1925, IV, tome 9<sup>o</sup> de la Collection (специјално: стр. 89—105; § 8 *La forme du Testament*).

који долазе у домен ове науке, они са потсмехом говоре да нема Међународног Приватног Права као целине, већ једино допуштају да постоје неке одредбе појединих држава које *бесправно* решавају међународно-приватно-правне проблеме<sup>3)</sup>.

Код таквог стања ствари, природно, ти који хоће јасно решење à la cartésienne падају у две основне грешке. С једне стране они посебне мере националних држава помоћу којих те државе самостално покушавају да реше своје међународне приватно-правне проблеме сматрају као повреду права, као неправу, и зато их стављају ван самог Међународног Приватног Права<sup>4)</sup>. С друге пак стране желећи да буду конструктивни, они хоће да независно од националних интереса појединих држава, независно од тих територијалних концепција, пропишу извесне логичне норме које ће се силом свога ауторитета натурити свима државама као једно униформно Међународно Приватно Право<sup>5)</sup>.

<sup>3)</sup> О томе видети код: Franz Kahn у Iherings Jahrbücher, XXX, S. 54; Pier Arminjon-a у његовом Précis de Droit international privé, Paris, 1925, p. 11 et s.; и нарочито код Th. Healy у његовој Theorie générale de l'ordre public (специјално у Chapitre V: „Caractère nationale du Droit international privé“), Paris, 1925, p. 436—442. У истом смислу је и декларација Института Америчког Права од 27 фебруара 1926 г.

<sup>4)</sup> Таквих *улира-интерсанкциониста* има двојакних. — Једно су *униформисти*. О њима говоримо у другој реченици главног текста. Они хоће једнолико право за све. Иначе то није *Међународно* Приватно Право. Ближе о овој групи у нашој цитираној расправи „Повреда страног закона као основ за касирање“, у одељку под I. Друга група то су *шеришоријалисти* који територијалну концепцију Међународног Приватног Права не схватају на начин како то схвата Франц Кан (loc. cit. „Међународно Приватно Право је национално право са међународном методом и тенденцијом“) или ми (цитирана расправа под II, одељак „Међународни утицај на територијално Међународно Приватно Право“), — већ који га схватају као једну домену где сваки законодавац има своје слободно поље рада независно од међународних утицаја. Такви су Французи, Valéry и Arminjon а нарочито Американац Минор. О томе код Th. Healy, op. cit., p. 436, note 2<sup>o</sup> et p. 437, note 1<sup>o</sup>.

<sup>5)</sup> Против таквих аутора нарочито устаје наш претседник тезе, париски професор Етнен Барген у своме Principes de Droit international privé, Paris, 1930 p. 70 (§ 34) наводећи да ти аутори и професори заборављају своју *дидактичку* улогу и да њихова дела, као дидактички извори, немају ништа заједничкога са правим изворима, оним императивним, *лишисдесизионарним*.

Међутим стварност показује слаб успех тих писаца који небројеним цитатима међусобног узајамног позивања<sup>6)</sup> покушавају да логично снажно конструисаним системом поставе непроменљиво решење свих међународних приватно-правних проблема једне врсте и да створе за све државе једно Међународно Приватно Право које ће као униформни и дефинитивни збир правних правила разбити све самовоље појединих држава<sup>7)</sup>.

Често тај слаб успех долази и од самих тих „логично снажно“ конструисаних система. Системи конструишући основна начела или су апсолутни или су непотпуни. Ако су *аисолућни* они обично не одговарају животу и *volens-nolens* мора се допустити њихово непоштовање као последица стварног живота (на пример време је доказало да се правило *Locus regit actum*, које је по теорији статута схваћено као апсолутно, претворило у факултативно под притиском животних потреба прво скривеним увошењем фикције екстериторијалности, доцније отвореним признавањем начела аутономије воље<sup>8)</sup>). Ако су *нейошћуни* онда често њихово употпуњавање доводи до негације система н. пр. Pillet-ова теорија стечених права прокламује у главном начело да ће се стечена права поштовати увек, осим ако буде угрожен јавни поредак који ту није дефинисан већ га свака држава сама одређује одређујући самим тим и то која ће стечена права поштовати<sup>9)</sup>.

Али ипак несавршеност система није једина сметња униформном Међународном Приватном Праву. Те сметње

<sup>6)</sup> О тој опасности, коју доцније назива апсолутном потребом, говори славни немачки интернационалиста Ludwig von Bar, у своме Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, I Band, II Auflage, Hanover, 1889. § 3 (Одељак „Möglichkeit einer allgemeinen Theorie des internationalen Privatrechts“).

<sup>7)</sup> Такви су нарочито системи Италијанске (персоналне) Школе и то нарочито: Weiss-ов и Pillet-ов.

<sup>8)</sup> Ову промену карактера правила *Locus regit actum* приказали смо у Архиву за мај 1930 г.

<sup>9)</sup> Детаљни недостатак те непотпуности изложили смо у својој расправи „Проблем стечених права у Међународном Приватном Праву“ У „Архиву“ за јануар 1930 г.

које долазе од несавршености система биле би само практичне препреке. Међутим основни узрок данашњем територијалистичком систему, систему да свака држава има своје Међународно Приватно Право<sup>10</sup>), има један општи *чисто начелни карактер*. Тај узрок треба тражити као последицу самог логичког стања ствари у међународним приватно-правним односима. Боље речено тај узрок треба тражити као последицу самог битног и основног елемента Међународног Приватног Права, елемента његове *више правне силе* у односу према територијалним правима<sup>11</sup>). Тај пак елемент више правне силе, то је нужна последица самог циља ове правне дисциплине. Основни циљ њен је осигурање сигурности приватно-правног саобраћаја у међународним односима. Ту, у сваком међународном приватно-правном односу, за једну националну заједницу појављују се два јасно одељена интереса: национални интерес појединих држава и интерес одржања међународне заједнице<sup>12</sup>).

Сви проблеми у Међународном Приватном Праву своде се на једно исто. Они се сви своде на мирење националног интереса и интереса међународне заједнице. Отуда логично је, могућно у примени Међународног Приватног Права, да из свих односа који долазе у ову дисциплину настану неколико хипотеза које су запажене од разних интернационалиста-приватиста као основни типови. Ми овде покушавамо да их класификујемо једним логичним редом разликујући две велике групе: *групу*

<sup>10</sup>) Како треба схватити територијалистички систем видети у Архиву за јули — август 1928 г.. Поред тога указујемо овде на дело које је доцније изашло и које детаљно примењује такав метод и то: E. Bartin: Principes des Droit international privé, Paris, 1930.

<sup>11</sup>) О елементима Међународног Приватног Права, видети у нашој расправи цитираној под 4<sup>о</sup>, одељак I.

<sup>12</sup>) Што се Међународно Приватно право јавља као дисциплина која шири субјекте Међународног Права (државе и међународну заједницу) и одређује њихову међусобну надлежност ради одржавања сигурности приватно-правног саобраћаја, то је и довело велики број писача (Манчини-а, Нивоје-а и Пил-а, Бустаманте-а) на мисао да је Међународно Приватно Право једнородно са Међународном-Јавним Правом. Видети код Pillet et Niboyet, Manuel de Droit international privé Paris, 1925, p. I и у нашој тези (Paris, 1928, introduction).

*неујтралних случајева и групу случајева националне акције*. О свакој овој групи биће посебног разматрања.

I — *Група неујтралних случајева* — То су случајеви где су поједине државе или међународна заједница потпуно равнодушне да ли ће један приватно-правни однос у коме има *елементија иностраности*<sup>13</sup>) добити ово или оно решење. Та група може бити подељена на две веће подгрупе: 1<sup>о</sup> подгрупу опште неујтралних случајева; и 2<sup>о</sup> подгрупу једнострано неујтралних случајева.

1. — *У подгрупу опште неујтралних случајева* долазе сви они приватно-правни односи за чије решење је једновремено равнодушна и држава и међународна заједница. Логично би било узети као прототип, који даје најлепшу слику којом се може илустровати ова подгрупа, склапање једног правног посла који се тако рећи свуда (нарочито у земљи где је склопљен и у земље где се појављује његова примена) сматра као неформални правни посао. Ако је опште правило *Locus regit actum* онда ће се обе државе показати као потпуно незаинтересоване дали ће се овај посао на суду једне од њих ценити дали је правилно склопљен по закону *Locus regit actum* или по закону државе у којој се суди. И једна и друга држава оставља вољи странке да бира форму закључења тога неформалног правног акта. Отуда оне остављају слободном изјашњењу странака да саме одлуче коме су се приволеле закону. Нема ли тога изјашњења, онда се оно тражи у примени оног општег начела о примени диспозитивног права: воља човечија заступа закон, а закон вољу човечију<sup>14</sup>). Тражи се у правној претпоставка за овде дати случај, по опште уобичајеном схватању, била би примена доктрине *Locus regit actum*<sup>15</sup>).

<sup>13</sup>) Видети под 11<sup>о</sup>

<sup>14</sup>) Сличан пропис и.пр.: у § 13 Срп. Грађ. Зак.

<sup>15</sup>) André Weiss, Manuel de Droit international privé, Paris, 1928., IX ed., p. 540; Antoine Pillet, Traité pratique de Droit international privé, Grenoble — Paris, 1924, II tome, p. 301; Etienne Bartin, Principes de Droit international Privé selon la loi et la jurisprudence française, Paris, 1930, p. 177, sous 1<sup>о</sup>.

Овако проматрајући целу ову хипотезу многи идеалисти хтели су довести до једног брзог и општег начела: неутрални су сви случајеви који долазе по схватању свих држава заинтересованих у њиховој расправи у домен диспозитивног права. Ergo, чим се појави *ius cogens* по схватању ма једне од заинтересованих држава, онда по правилу нестаје неутралности. Другим речима границу ове групе одређује самостално систем појединих унутрашњих права а *апсолутно неутрални случајеви* били би једино они који су увек по схватању свих држава ван *ius cogens*<sup>16)</sup>, док би поједини случајеви који неке државе схватају као *ius cogens* а неке их препуштају аутономији воље (дакле *ius dispositivum*) могли бити у односима између појединих држава *релативно неутрални случајеви*, док ће ти исти случајеви у односу између других држава бити ван дискусије случајеви о којима се не може рећи да су неутрални јер поједине државе ту желе да се ствар расправи по њиховим законима, (боље рећи да се ни у коме случају не расправи противно њиховим законским односно уопште правним прописима).

Тако полазећи са гледишта да су схватања појединих држава релевантна за одређивање тога који су случајеви неутрални, принуђени смо да у подгрупи *општи неутралних случајева* посматрамо две теориски и логично потпуно одељене појаве као практично једну и исту појаву. Тако ова подгрупа *општи неутралних случајева* претставља виши појам за две појаве и то: појаву апсолутно неутралних случајева и појаву релативно неутралних случајева.

а) *Појава апсолутно неутралних случајева*. То су они правни односи који су у унутрашњем Приватном Праву сваке културне државе *осиђављени као диспозитивно право* свакој странци одн. странкама да их самостално решавају у колико не желе да они добију типско решење које се налази у законодавчевој (обичајној) претпоставци, решење како би просечан грађанин требао да

<sup>16)</sup> Критику таквог схватања видети код *Bartin-a*, *op. cit.* § 101.

да таквом случају. Самим тим што држава у унутрашњем правном саобраћају допушта појединцу да по својој вољи измени законодавчево решење (у кругу у колико та слобода воље постоји) тиме се (верује се) држава никада не налази побуђена да се одупире примени аутономије воље у избору закона у међународно-приватном правном саобраћају, односно примени међународно-правних обичаја за случајеве да странке нису ни прећутно показале своју вољу у овом погледу<sup>17)</sup>.

б) *Појава релативно неутралних случајева*. То су они правни односи који су у унутрашњем Приватном Праву неких културних држава *схваћени као диспозитивно, а других као принудно право*. Тако ови случајеви, ако међународно-правни однос постоји између оних држава у којих бар једна ово схвата као *ius cogens* онда ту нема речи о општој неутралности. Напротив ако тај однос постоји између држава које се држе схватања да је то однос диспозитивног права, онда се, за те државе, расправљање овога случаја ни у чему не разликује од онога што је напред речено под а.

Посматрајући овакве опште неутралне случајеве дошли би до закључка да је унутрашње право појединих држава једини потстрекач за квалификовање неутралитета. Значи да свако ко хоће да проучи који је правни случај опште неутралан по гледишту Међународног Приватног Права, он мора претходно проучавати тај случај са гледишта унутрашњег права свих држава које су у питању. Тако, остајући при томе закључку, долазимо до последице да би се појавила два основна правила за класификацију не само ове него свих група и то: 1<sup>o</sup> За међународне приватно-правне односе не постоје општа правила; 2<sup>o</sup> Хоће ли се допустити примена једног међународног правила у Међународном Приватном Праву, то не зависи од ауторитета тога правила него од схватања појединих држава, које су ту заинтересоване. Тако странке (суверенитети у сукобу) саме одлучују, хоће ли и на њих применити једно правно правило прописано

<sup>17)</sup> Види под 16<sup>o</sup>

за решење њиховог сукоба или не. То би био сумарни закључак.

Међутим то правило, и ако је без изузетка, не треба схватити буквално како га један велики број схвата. Ту треба унети нов елемент. Нову класификацију на *ius cogens* и *ius dispositivum*. Подела из унутрашњег права, т. з. цивилистичка подела, није довољна. Уочено је да једна држава, драговољно или под притиском међународно-правног живота, допушта већу слободу аутономије воље у Међународном Приватном Праву од оне која се прописује за унутрашњи приватно-правни саобраћај. То отступање од оне уобичајне поделе прописа на *ius dispositivum* и *ius cogens*, долази на један од ова три начина и то: путем међународних уговора, законодавним путем и путем толеранције од стране јуриспруденције. Прегледајмо сваки од ова три начина:

а) *Уговорним путем*. Најбољи доказ за то служи Хашка конвенција о браку. Многе државе које у унутрашњем саобраћају имају ексклузивну форму (цивилну или религиозну) брака пристале су на свечано обавезивање да ће сматрати као пуноважан и онај брак који буде био закључен у иностранству, чак и од њених држављана, по локалној форми коју искључују домаћи закони. Дакле то је свечано уговорно излагање да постоји и за само унутрашње право дотичне државе другојача подела на *ius cogens* и *ius dispositivum* за случајеве међународно-приватно-правног саобраћаја од оне поделе која постоји код унутрашњег правног саобраћаја.

б) *Законодавним путем*. — Зауоставимо се опет на браку. Француски закон сматра да је цивилна форма апсолутна. То је у унутрашњем праву Француске Републике једна императивна одредба, одредба која без дискусије долази у *ius cogens*. Ипак се отступа од тога у корист правила *Locus regit actum* за случај закључења брака у иностранству, остављајући у томе случају француском држављанину да бира између *Locus regit actum* и закључења брака пред француским дипломатским или консуларним властима<sup>18</sup>). Дакле још један доказ посто-

<sup>18</sup> Code civil, art. 170

јања разлике поделе између *ius dispositivum* и *ius cogens* у унутрашњем и у међународном приватно-правном саобраћају.

в) *Путем толеранције јуриспруденције*. — Врло често јуриспруденција једне земље разликује *ius cogens* у унутрашњем и у међународном приватно-правном саобраћају. Задовољавамо се овде да наведемо један случај који се опет односи на брак. У Србији сматра се да је религиозна форма брака један од прописа *ius cogens*. Међутим иако наша држава није, ни уговорним путем нити каквим законом који важи у Србији, изменила то своје схватање о обавезности религиозне форме брака, ипак у једном скором случају<sup>19</sup>). Општа седница Касационог суда стала је на гледиште да се у међународно-правном саобраћају има схватити да, из разлога *comitas gentium* и сигурности међународно-правног саобраћаја, религиозни облик закључења брака није *ius cogens* за правилност цивилног брака закљученог у иностранству по *Locus regit actum*. Све ово показује једно: Тачно је да свака држава сама одређује који ће случај бити за њу неутралан али ипак зато и ако су неутрални само они случајеви које она из *ius cogens* одваја у *ius dispositivum*, не сме се у њене међународно-правне односе уносити њен критериум о тој подели у унутрашњем правном саобраћају. Отуда данас териториална концепција Међународног Приватног Права указује на то да свака држава има два критериума о томе које су одредбе *ius cogens*, један за унутрашњи а други за међународни приватно-правни саобраћај. Отуда аутономија воље није једнака у те две врсте саобраћаја. Зато цивилистичко схватање њених граница није меродавно за одређивање крајње линије где се свршавају међународно-неутрални случајеви. Дакле *јавни поредак* у чије се име ограничава аутономија воље у унутрашњем приватно-правном саобраћају није идентичан појам са *међународним јавним поретком*, који свака држава одређује сама

<sup>19</sup> Видети о томе расправу нашег учитеља г. проф. Жив. М. Перића у судској хронизи ове свеске Архива.

себи<sup>20</sup>). Критериум који нас овде интересује то је овај други — *међународни јавни поредак*<sup>21</sup>).

Један велики број немачких<sup>22</sup>), енглеских<sup>23</sup>) и нарочито француских<sup>24</sup>) писаца Међународног Приватног Права већ од 1890 г. на овамо стално покушава да одреди *специфичност разлике ова два појма*. Међутим и ако у томе *не успева*, ипак сви ови напори дали су у крајњој линији *извесан позитиван резултат*. Примењено је да се сви законодавци држе у главном *да је аутономија воље странака* (па према томе и схватање, да се кодификовани законски пропис може заменити каквим другим правним правилом) *много појединости у међународно-приватно-правном саобраћају него ли што је то у унутрашњем Приватном Праву*. Та једнодушна констатација довољна је ипак да покаже корисност овог напора, јер она показује да се број случајева које поједина законодавства припуштају решењима по правилима Међународног Приватног Права из дан у дан све

<sup>20</sup>) О томе опширно у нашој расправи „Проблем стечених права у Међународном Приватном Праву“, где се то најбоље илуструје ставом француске јуриспруденције у питању т. з. *Stipulation de la clause or* (клаузуле која је ништавна у унутрашњем а дозвољена у међународном правном саобраћају).

<sup>21</sup>) То се зна у смислу територијалистичком како је схватају Pillet и Bartin — видети наш *Exposé du Droit international privé, notamment du Droit international commercial selon la loi et la jurisprudence yougoslave en Serbie, Paris, 1927, p. 104.*

<sup>22</sup>) Нарочито: Ludwig von Bar, F. Kahn (*Die Lehre vom Ordre public, Iherings Jahrbücher, 1898*), P. Klein, ipso, *Archiv für das bürgerlich. Recht 1906*) и т. д.

<sup>23</sup>) Нарочито: J. Beale (*Conflict of Laws or Private International Law, vol I, part. I, Cambridge, 1916*); Dicey et Keith (*Conflict of Laws or Private International Law, Boston, 1900*).

<sup>24</sup>) Међу њима долази на прво место рад париског професора Etienna Bartin-a „*Les dispositions d'ordre public (Etudes de droit international privé, Paris, 1899)*“, затим радови Antoine-a Pillet-a (*De l'ordre public en droit international privé, Grenoble, 1890*), R. Boissarie-a (thèse „*De la notion de l'ordre public en droit international privé*“, Courcier (thèse „*De la notion de l'ordre public dans le code quant aux personnes*“ Paris) итд. (међу њима Weiss, Arminjon, Pillet et Niboyet, Andinet, Lainé, Pouillet и Valery у својим познатим системима и уџбеницима из Међународног Приватног Права).

више и више увећава. Дакле констатација да данас постоји *добра перспектива за ову правничку дисциплину*.

Завршавајући о овој подгрупи опште (ансолутно и релативно) неутралних случајева, завршавамо о пољу где је примена Међународног Приватног Права врло лака и где она не претставља велику тешкоћу, јер се странке у спору (суверенитети) добровољно потчињавају правним прописима пошто верују да се ту применом униформних правила не угрожавају интереси тих држава.

Ипак сматрамо за потребно да подвучемо једну чињеницу. У колико је ова подгрупа шира у толико се више осигурава примена Међународног Приватног Права. Отуда лако је схватити да сви они који теже интернационализовању приватно-правних прописа у првом реду своде своју акцију на то да принуде или увере све културне државе да би ваљало што више случајева подвести под ову подгрупу, осигурати што већу аутономију воље, ствар мало популарну у данашњем веку, када социјализми свих врста и боја утичу на стварање закона у свима државама.

<sup>20</sup> У подгрупу *једносмерно неутралних случајева* долазе сви они приватно-правни односи за чије је решење равнодушна једна (или једна група) држава од њих две (или више) које су субјекти сукоба. Ради јасности мисли позваћемо се на један опште познати случај у материји конституције доказа. По схватању већине европских модерних законодаваца Приватног Права и Грађанско-судског Поступка доказивање сведоцима прима се до неограничене суме вредности спорног предмета. На против нека од законодавстава (н. пр. Француско<sup>25</sup>), Српско<sup>26</sup>) и т. д. не примају у редовном случају сведоштво као доказно сретство за случај ако вредност спорног предмета прелази једну у закону унапред одређену суму. Ако би се сад пред једним аустријским судом (Аустрија не ограничава суму) појавио спор око важности

<sup>25</sup>) Art. 1341 Code Civil

<sup>26</sup>) § 242 Срп. Грађ. Суд. Пост.

једног посла закљученог између једног Аустријанца и једног Србина у Србији и ако се сведоци појављују као доказно сретство којим се доказује закључивање једног уговора о зајму чија вредност прелази суму од дин. 200., онда се прво поставља једно претходно питање: питање који се закон има применити — српски или аустријски. Аустријски закон, претпоставимо, нема ближних одредаба. Он не забрањује уговор о искључењу сведока као доказног сретства. Дакле он оставља странкама на вољу да то учине. Ако то не учине онда је презумција да су пристале на опште законске прописе. Који су то општи законски прописи: аустријски или српски? То треба видети из духа уговора странака. Ако се странке нису изјасниле довољно јасно да би судија отуда са сигурношћу, или бар са извесним већим степеном извесности, могао закључити њихову вољу — онда он се руководи законодавчевом презумцијом. Та се законска претпоставка, по сагласном схватању Српског (§ 46) и Аустријског (§ 37) Грађанског Законика, своди на *Locus regit actum*<sup>27</sup>). Дакле оба су Законика сагласна. Али ако је по *Locus regit actum* у питању примена Српског Права онда је тај случај мало интересантан по аустријско схватање. Странке су по закону могле уговорно искључити сведоџбу као доказно сретство. Оне су то учиниле. Дакле то је ситуација која не доводи у питање аустријско схватање о међународном јавном поретку. Отуда овде ће аустријски судија, без колебања и без бојазни, лојално применити Међународно Приватно Право (доктрину *Locus regit actum*) јер он не увиђа борбени став свога суверенитета (његова сувереност овде не реагира, она је за овај случај неутрална).

Али овакво решење неће се појавити и ако би се десно обрнути случај, на име ако би се пред једним српским судом појавио спор око важности једног посла закљученог у Аустрији између једног Србина и једног Аустријанца и ако би се ту сведоци појављивали као

<sup>27</sup>) О томе ближе видети код А. Lainé, *Introduction au droit international privé*, Paris, 1892, t. II, p. 328 et suivantes (Chapitre: *Locus regit actum*).

доказно сретство којим се доказује закључивање једног уговора о зајму чија вредност прелази у суму од дин. 200. И ту би се прво поставило исто претходно питање: питање који се закон има применити? Аустријски или српски? Аустријски закон, претпостављамо, даје сведоцима за тај случај поверење до неограничене своте. Он претпоставља да се странке држе тога начела, све док се противно не докаже. Противног доказа (доказа о искључењу вредности сведоџбе) нема. Дакле треба закључити да су се странке држале општих законских прописа. Којих: српских или аустријских? По схватању Српског Грађанског Законика (§ 46) то је, по правилу, аустријски закон<sup>28</sup>). То решење овде у главном усваја и Аустријски Грађански Законик (§ 36), у колико примена теорије највеће вредности обвезе<sup>29</sup>) не би, као заштитна мера аустријских домородаца, захтевала примену српског закона (§ 35 Аустр. Грађ. Зак.). Добро — примениће се аустријски закон. Дали аустријски закон допушта сведоџбу сведока без обзира на суму вредности спорног предмета? Сме ли српски суд овде да пређе преко тог прописа који задире у јавни поредак? Питање које је у Француској у идентичним случајевима добијало различита решења<sup>30</sup>). Претпоставимо да се суд стави на гледиште да такво решење вређа домаће схватање о међународном јавном поретку. Он ће онда одбити да прими све последице *Locus regit actum*.

Дакле у односима између истих држава један исти правни однос имаће два диаментрално различита решења. Та различитост у решењима долази као последица неједнаког става појединих законодавстава према решењу

<sup>28</sup>) ... ако Србин са туђином у туђој земљи посла имао буде, судиће се по туђеземском закону, ако не докаже да су српски закон у туђој земљи пред очима имали."

<sup>29</sup>) О значењу те теорије видети: Архив за јануар 1928. г.

<sup>30</sup>) Видети, *Bartin, Principes*, ed. cit., § 177 и нарочито § 179 (p. 452. et s.). Француски судови у последње време овде напуштају у међународном правном саобраћају свој ранији став и допуштају примену доказа по страном закону и кад употреба таквих доказних сретстава (сведоџба преко 150 франака — art. 1341 Code Civil-a) вређа јавни поредак у унутрашњем саобраћају.



појединих односа. Док се једно законодавство држи неутрално, друго реагира. Тако су постали односи које постављамо у подгрупу *једнострано неутралних случајева*.

Као најобичнија последица постојања ове групе случајева долази се до неједнакости солуција у Међународном Приватном Праву у идентичним случајевима. Та неједнакост може бити тројака и то:

а — *Правно специфично допуштена неједнакост* као последица међународно-правних уговора или обичаја. Узмимо на пример резерву царистичке Русије уз Хашку Конвенцију о браку. Русија је на име стала на гледиште да неће и не може признати примену *Locus regit actum* у погледу закључивања бракова њених православних грађана у иностранству. Док је Француска по тој Конвенцији имала да признаје религиозно закључен брак својих грађана у Русији, дотле је царистичка Русија добила повластицу да она не мора признавати брак који буду њени грађани закључили пред француским властима у Француској. Има ли фрапантније неједнакости? И то, то треба подвући, неједнакости која је проглашена за правно допуштена и призната од стране Конференције за изједначење и кодификацију Међународног Приватног Права.

б — *Неједнакост у начелу правно допуштена* као последица неодређености појма *међународног јавног поретка*. По фамозној теорији међународног јавног поретка свака се држава може одрећи и сама себе ослободити дужности примене опште обавезних начела и правила Међународног Приватног Права ако би се применом страног закона (који би по тим начелима требало применити) по њеном сопственом оцењивању доводио у питање териториални јавни поредак. Дакле док једна држава сматра да се отступање од домаћих норми које носе карактер *ius cogens* не може схватити као повреда њеног јавног поретка, дотле друга држава у истом случају допушта да се може и отступити од њених норми *ius cogens*, јер се тиме не доводи у питање њен *териториални јавни поредак*, или како се то обично каже *њен међународни јавни поредак*. Отуда од субјективне

оцене односа страног закона према међународном јавном поретку, оцене коју може слободно вршити свака суверена држава, која је члан међународне заједнице, зависи хоће ли се осигурати јединствено или различито решење у примени истих прописа Међународног Приватног Права.

в — *Правно недопуштена неједнакост*. Док једне државе лојалним тумачењем (обично слабије државе) тачно примењују начела Међународног Приватног Права, дотле друге (обично јаче) одбацују примену Међународног Приватног Права увек кад је у питању домаћи интерес, чак и ако се ни по коме основу то не може завити у теорију међународне признате концепције о међународном јавном поретку. Тако довољно је цитирати опште познати случај *наслеђа еџирских баштина*, случај где су се италијански судови упустили у расправу наслеђа које потиче од грчких владара и које се односи на земљишта која се налазе у Грчкој и ако се по опште усвојеним начелима наслеђа око непокретности расправљају по *Lex rei sitae* и ако се, опет по опште усвојеним начелима Међународног Приватног Права, сматра за надлежног за расправу таквог наслеђа суд места где непокретност лежи (*Forum rei sitae*).

Због неорганизованости међународне правне заједнице данас нема никакве одређене и сигурне границе између неједнакости под б и под в. И неједнакост у начелу правно допуштена и правно недопуштена неједнакост, — свде се данас на однос јачега према слабијем, утицајнијег према мање утицајном.

Зато ова подгрупа једнострано неутралних случајева пружа најбољи доказ о релативности Међународног Приватног Права не само по државама, него чак и по случајевима у питању у односу једних и истих држава. То је подгрупа која претставља болно место у Међународном Приватном Праву, јер је то област где треба али где се не морају и где се често некажњено у опште и не примењују правила међународног карактера.

Зато се данас акција за кодификацију и изједначење Међународног Приватног Права у главном упућује

овој подгрупи желећи да се ограничењем самовоље појединих држава оне доведу до свечаног обећања да ће и код тих случајева примењивати општа начела Међународног Приватног Права као правила која оне унапред признају да су кадра дати једно неутрално решење и да неће моћи бити у сукобу са схватањима међународних јавних поредака тих држава.

1<sup>о</sup> 2<sup>о</sup> — Тако целокупна разлика између ове две подгрупе своди се на разлику између извесног и нечег неизвесног. Ако се зна за један случај да ће га све (или неке) државе расправљати по начелима Међународног Приватног Права онда су ти случајеви (мерећи њихову динамичку отпорност према акцији националних права) *ојшше неутрални*, док се случај који би требало али који ипак можда неће бити решен по тим начелима (опет мерењем у односу према акцији појединих националних суверености у сукобу, од којих неке примају та начела као обавезна решења док их друге одбацују) сматра *једносйрано неутралан* (јер је он у сукобу само према једном а не према свима сувереностима у питању). Док код прве подгрупе примена не пружа изненађења, изненађења у правном саобраћају су особина једино примене друге подгрупе. Зато је ова друга подгрупа камен спотицања целог Међународног Приватног Права. Обично се прелази преко оне прве јер она као сигурна изгледа незнатна, зато се о њој мање говори, (па и ми то обично чинимо) да би указали на ову другу — на скуп случајева где је међународно-приватно-правни саобраћај у неизвесности и где се та неизвесност генерализује.

II. — На супрот групи о којој је до сада било речи, стоји *група случајева националне акције*. То су случајеви где по правилу ни једна национална држава не може бити равнодушна какво ће бити решење. Полазећи од тога свака од држава хоће да се такав случај непосредно реши на начин који је она прописала као најподеснији. Такав је случај врло чест. У колико се више развијају сложенији социјални односи и у колико се више разграњава мисија државна, у толико је већи број односа који улазе у ову групу. То су случајеви које не нормира Ме-

ђународно Приватно Право, већ се оно задовољава да њихово решење остави потпуно на вољу појединих држава. Све те случајеве можемо поделити на две подгрупе:

1<sup>о</sup>. *Подгрупа регулисаних случајева националне акције*. Ту долазе они правни односи који постоје свуда или у неким државама, али чије је решење по опште познатим начелима остављено појединим државама. За пример узмемо Менично Право како га замишља Хашки Униформни Реглман и Конвенција за његово спровођење. Пуно места (протесни поступак, нотификација, залога и т. д.) остављена су свакој националној држави да их она расправи како зна и уме.<sup>31</sup>) Али сукоб тих закона овим случајевима националне акције унапред је регулисан. Све су државе сложне да ће их регулисати ова или она држава или да ће се добити униформно решење и ако нема једне одређене државе која би била искључиво надлежна за њихово решење. Отуда и у овој подгрупи могућна су два излаза и то:

а — *Међународна делегација*. — Поједине државе се сматрају као надлежне за решење. Тако н. пр. Хашки Реглман оставио је свакој држави властиту надлежност да регулише подизање протеста на њеној територији. Отуда свака национална држава која је приступила Хашком Реглману унапред се има обвезати да сматра као међународно-правилно и пуноважно свако решење које делегирана држава буде дала за тај случај где јој је међународна заједница изречно поверила надлежност, — чак и ако то улази у обим који свака држава хоће себи да задржи јер сматра да то задире у њен територијални јавни поредак.

б — *Изједначење правних правила*. — По кат-кад Међународно Приватно Право не задовољава се простим делегирањем надлежности појединим државама. Оно се не задовољава стварањем примарних (колизионих) норми,

<sup>31</sup>) Који су то односи видети Архив, фебруар, 1930 („Нови Менични Закон према Хашком Реглману“).

већ оно само ствара секундарне (материалне) норме.<sup>20)</sup> Те норме једнаке су за све државе. Тако у неким међународно-правним питањима спорови се не решавају по националном закону једне или друге државе, већ по материалним међународно-правним правилима која су предвиђена у извесним међународним уговорима и обичајима. Такве су *међународне саобраћајне конвенције* које до најмањих ситуација предвиђају правила за уговор о превозу путника и робе, такав је *Униформни Хашки Реглан* за изједначење Меничног Права. Обично се сматра да се овим путем долази до једног савршенијег облика Међународног Приватног Права како од оног код *подгрупе ошће неутралних случајева* тако и од *међународне делегације*. Док се код *подгрупе ошће неутралних случајева* државе саме приклањају једна пред другом примењујући онај закон на који упућује колизиона норма, коју по судијином схватању треба овде применити, дотле код *изједначења правних правила* судија одмах и са сигурношћу примењује међународно правило не одстрањујући се од овога закона у корист једног другог националног закона већ у корист правила саме међународне заједнице. Затим док се код *међународне делегације* једна држава сматра као међународни законодавац за све државе, дотле код *изједначења правних правила* домаћи судија збиља одмах консултује право међународног законодавца.

Са тих разлога обично се сматра да је *изједначење правних правила* најсавршенији облик за примену Међународног Приватног Права. Ипак и ту се често доказује да је и тај систем недовољан и ни у чему бољи од оног првог. И ту зависи све од неутралности судије. Судија несумњиво може схватити једно правно правило на више начина који се између себе више или мање разликују. Судија ће несумњиво лојално примењивати инострано изједначено право, али примењиваће га онако како се оно у његовој земљи разуме. Отуда није немогуће да се једно исто међународно-приватно-правно пра-

<sup>20)</sup> О примарним и секундарним нормама видети Архив, јули—август („Повреда страног закона као основ за касирање“).

вило једновремено у две различне државе, код обеју искрено и лојално, без могућности уједначења, разнолико примењује.

Тако чак ни на ова два начина, — тамо где поједине државе међусобно договорно утврђују правила којима регулишу појаве које оне сматрају да долазе у њихову властиту надлежност — не постиже се потпуно једнако примењивање међународних правних правила. А то се још мање може постићи тамо где већ по самом називу нема речи о међународној сарадњи. А то је у подгрупи о којој ће одмах бити речи.

<sup>20)</sup> — *Подгрупа случајева искључиве националне акције*. — Један велики број правних односа у Приватном Праву свака држава суревњиво регулише по своје нахођењу налазећи да су то правни односи који се тичу ње саме и који као такви не могу доћи у обзир да буду интернационализовани. Обично се овде ставља режим личне својине, уговор о личној слободи и т. д. То су обично односи из Приватног Права који имају пуно примеса Јавног Права. То су правни односи за које се међународно-правно признаје да су *териториалног дејства* и да се ограничава њихово нормирање по закону оне земље где они производе дејство.

Ова подгрупа чини обрнуту страну ситуације о којој је било речи код *подгрупе једнострано неутралних случајева*. Док се тамо претпоставља неутралност, али обично сусреће на националну акцију, овде се на против претпоставља национална акција.

Ова подгрупа има неке сличности и са *случајевима међународне делегације*. Ипак та је сличност само привидна. Ње у ствари нема. Код међународне делегације међународна заједница овлашћује поједине државе да решавају извесне правне случајеве по своје сувереноме праву. Али исто тако међународна заједница налаже другим државама да се држе тих решења која проистичу од једне националне државе и да та решења сматрају као међународно-правне акте. Овде на против код *искључиве националне акције* међународна заједница не негира надлежност појединих држава, али ипак их зато,

кад оне врше ту своју надлежност, не сматра својим органима већ само и једино националним државама чији акти могу имати и имају једно териториално дејство. Отуда једна велика разлика између те две врсте случајева и потреба да се они не само одвоје при класификацији, већ је нужно да се на њихову класификацију разлику нарочито укаже.

Тако као што у овој групи *једностране неутралне случајеви* претстављају болесну појаву за међународни правни промет јер се јављају као поље правне несигурности, тако и у овој другој групи *случајеви који долазе у ред оних где је искључива национална акција* претстављају једно поље које је лимитрофна и борбена зона између Међународног и Унутрашњег Приватног Права појединих држава.

Износечи *ове своје погледе* на класификацију свих случајева који долазе у Међународно Приватно Право, ми би њихов ред претставили као један круг чију периферију сачињавају ови сектори: а) Сектор опште неутралности; б) Сектор једностране неутралности; в) Сектор искључиве националне акције; и г) Сектор регулисане националне акције.

Тако полазећи од извесности међународног живота (сектор а), прелазећи преко сфере где се може наићи на изненађење од националне акције (сектор б), долазимо на поље потпуне интернационалне несигурности (сектор в), која се опет завршава једним сектором (г) који пружа велику сигурност, јер се зна откуда долази и у коме правцу делује регулатор међународно-правног живота.

Савладати секторе б) и в) то би било решење које би довело стварању сигурности и извесности у Међународном Приватном Праву. То је задатак који на себе једновремено узимају и националне јуриспруденције, али основни фактор који ће бити у стању да савлада те две провалије (сводећи их на минимално широке канале) то је дух међународне солидарности и међузависности држава са подједнаким правним и социалним схватањима. Једино ће то довести до савлађивања неједнакости унутрашњег

права разних држава, а тиме нестаће маса сукоба разних закона. Једнака права једино су кадра да створе једну јединствену правну науку, једна схватања о значењу права и једне погледе о подели надлежности у области Приватног Права између међународне заједнице и појединих националних држава.

### ФОРМАЛНИ ИЛИ ФАКТИЧКИ РЕЦИПРОЦИТЕТ КОД ИЗВРШЕЊА ПРЕСУДА\*

Кад смо пре годину дана у овој рубрици „Архива“<sup>1)</sup> истакли значај (са гледишта Међународног Приватног Права) доношења новог Закона о Грађанском Судском Поступку, који је из основа променио систем посматрања важности примене страног закона и прекинуо са старом праксом да је примена страног права ствар странака а не дужност појединих државних суверенитета према међународној заједници, очекивали смо да ће и нови Закон о извршењу и обезбеђењу (Извршни Поступак) такође претстављати напуштање данашњег или боље рећи давнашњег становишта српског процесног права по коме се могу пустити у извршење на нашој територији и пред нашим властима, по правилу само наше судске одлуке, а изузетно и они акти и наредбе иностраних власти за које, на основу дипломатског реципроцитета, буде било наређено — путем домаћих закона — да имају или могу имати правни значај извршних судских одлука.

Ми смо веровали да ће наше домаће законодавство са подједнаком ревношћу прихватити и у области сукоба јурисдикција своју дужност о међународној сарадњи, коју је прихватило у области сукоба закона и да ће се застарели *систем конвенција* заменити новим, модерним и правичнијим *системом просће егзекватуре*. Док се по *систему конвенција* сматра да је по правилу само домаћа пресуда способна да буде извршни наслов и да се страна судска одлука као таква не може пуштати у извршење

ако нема изречне наредбе домаћег законодавства да се судски акти (једне наредбе која се обично састоји у закону о ратификацији међународног уговора између домаће државе и одређене стране државе којим се гарантује узајамно извршење пресуда), дотле се по *систему просће егзекватуре* иде много даље. По систему просте егзекватуре домаће се извршне пресуде, по себи се то разуме, извршују без даљег, а стране се извршне пресуде такође могу пустити у извршење ако домаћи надлежни суд, пошто проучи ту страну пресуду, буде стао на гледиште да се том пресудом остварује једно право које је стечено у иностранству и које ни у чему не вређа домаћи јавни поредак, али се ипак не иде даље од тога. Нарочито судови се не упуштају у процењивање политичких односа према држави чији су органи издали ту пресуду као ни у то дали је таква пресуда издата од стране јурисдикција оне државе која не допушта извршење наших пресуда на својој територији. Дакле овај систем не води рачуна о промени начела узајамности (реципроцитета). Он то занемарује. Али то занемаривање није случајно. Напротив оно је основица самога система. Овај систем хоће вршење дужности према међународно-правној заједници. Све су државе дужне вршити заштиту права. Судске пресуде сваке државе претстављају израз схватања о праву државе чији су органи донели ту пресуду. Процедура егзекватуре значи контролисање тога схватања од стране домаћих судова. Ако пресуда вређа схватање домаће државе о праву, онда ће суд умољен за егзекватуру просто одбацити поднету страну пресуду. Али ако суд својим решењем нађе да се егзекватура може дати, онда то значи да су се држава у чије је име страна пресуда изречена и држава чији су судови дали егзекватуру сложиле да пресуда у питању претставља израз правде. Како све државе живе у међународној заједници, чији је основни идеал остваривање правде то је отуда логично да би било противно правди и идеји међународне заједнице ако би се нешто што је право, нешто што треба да буде, одбацило и тиме пало у грешку само зато што је други погрешно отежавајући

\* Архив, септембар 1930. г.

<sup>1)</sup> Свеска за октобар 1929. г.

одноее у међународној заједници на тај начин јер он а priori одбацује оно што наши судови нађу да је право са простог разлога што су то рекли наши судови. То је повреда Међународног Приватног Права изазвана ранијом повредом.

Међутим таква повреда, по схватању малог броја правних писаца и по уверењу многих, нарочито ранијих, аустријских практичних правника, значи просто вршење једне крајње, не много препоручљиве али ипак дозвољене, правне мере, једног правног сретства, које је познато, као *реторзија*. Повреда права, по њима, допуштена је у Међународном Приватном Праву, ако она значи просту примену онога библиског начела из Старог Завета: „Око за око, зуб за зуб“. Са гледишта хришћанског схватања морала који треба да постоји свуда, па и у Међународном Приватном Праву, не видимо, оправдања оваквих поступака. Ипак говоре да се и са тога гледишта може наћи оправдање реторзији. Реторзија је једна врста казне. Само то је казна коју једна држава у име међународно-правне заједнице изриче због повреде Међународног Права према другој држави. То је казна коју повређени појединац изриче према појединцу који му је нанео неправу. Отуда питање њене објективности је питање преко кога није лако прећи.

И сад, пред таквим околностима, у Међународном Приватном Праву у одсуству његовог јединства, разне државе примају и различите критериуме о томе да ли се морају потпуно држати основног начела Међународног Приватног Права и сарадње свих културних држава на остварењу правног идеала. Та различитост схватања се нарочито огледа у оном делу ове дисциплине који се бави сукобом јурисдикција. И ту док се једне држе стриктно своје дужности према свима и свакоме, дотле друге сматрају да су обвезне на сарадњу само према државама које су прихватиле ту сарадњу.

И сад то друго гледиште ми налазимо у ст. I §-а 3. новог југословенског Закона о извршењу и обезбеђењу (Извршном Поступку) од 9. јуна 1930. г. По њему:

„На основу исправа и аката издатих од иностране власти, који су извршени према законским прописима дотичне иностране државе могу се у нашој држави дозволити извршење или поједине извршне радње само онда и утолико уколико је узајамност зајемчена државним уговорима и владиним изјавма у „Службеним новинама“.

Јасно је да је основни услов за извршење стране пресуде по томе Закону *реципроцитет* (узајамност). Наш закон не дозвољава примену Међународног Приватног Права у овом погледу за оне државе, чија је пресуда у питању, ако оне не извршују наше судске пресуде. То је основно. Он хоће да казни државу која према нама не поступа тачно по Међународном Приватном Праву, или бар да је натера да то даље не чини.

Али то питање за наш закон нема *фактички* него *формални* карактер. Он не наређује судовима да одбијају давање егзекватуре пресудама које потичу од органа оне државе која не дозвољава извршење наших пресуда или да дају одобрење егзекватуре пресудама које, напротив, потичу од држава које то дозвољавају. Наш закон је у томе погледу врло много спутао судијину акцију и његово уверење. Све се, по њему, своди на једну листу коју судија мора увек имати пред очима. Судија ће у свакоме датом случају имати просто да се увери да ли са том државом постоји међународни уговор о узајамном извршењу пресуда између Краљевине Југославије и дотичне државе. Ако такав уговор постоји, пресуду ће — по правилу — пустити у извршење (издаће се егзекватура). Ако ли пак такав уговор не постоји, онда опет судија не сме да цени има ли у стварности узајамности или је нема. Он ту нема шта да цени већ се има само обратити за обавештење „Службеним новинама“ и утврдити да ли је у „Службеним новинама“ објављена каква изјава владе Краљевине Југославије (*déclaration de gouvernement*) да постоји узајамност.

Ако у даном случају било постоји међународни уговор било постоји владина изјава, судија је везан да поступа у позитивном смислу чак и за случај ако је сигуран, ако је очевидно да у стварности узајамност не постоји, да се уговор не примењује, да је владина изјава

заснована на погрешним чињеницама или да се стање променило.

На против ако не постоји ни међународни уговор нити пак владина изјава, онда ће судија морати да донесе априорно своју одлуку у негативном смислу чак и за случај ако је очигледно да се у стварности држава у питању држи система прости егзекватуре и да она тачно и сагласно општим начелима Међународног Приватног Права извршује на својој територији пресуде наших судских власти.

Дакле из ове две еклатантно контрадикторне хипотезе, излази да се наш нови југословенски систем давања егзекватуре (одобрења за пуштање и извршење) стране пресуде на нашој територији у ствари не слаже са основним начелом којим се правда установа реципроцитета (узајамности). Отуда излази да наш систем формалног реципроцитета не зајемчава чак ни реторзију. Код нас се може десити да ће се пустити у извршење страна пресуда која је проистекла од власти какве иностране државе која на својој територији не даје егзекватуру нашим пресудама, или бар не даје егзекватуру свим врстама наших пресуда. (Пример: Имамо уговор о правној помоћи са Француском. Француска не извршује пресуде наших духовних судова у брачним споровима наших држављана.<sup>2)</sup> Међутим наше власти биле би обавезне да извршују код нас пресуде грађанских судова у брачним споровима француских држављана — § 5 т. 3. Закона о извршењу). Затим код владиних изјава ваља напоменути да су оне, у редовном случају, претходнице уговора, плод упуштања у будуће преговоре двеју држава или резултат тренутног стања ствари. Међутим ако се владина изјава једном да, онда се доцније врло тешко може повући а затим из необавештености можда ће она остати на снази и пошто се промени однос стране државе према нашим пресудама. — Међутим други случај је још гори. Узајамност постоји а нема ни уговора ни владине изјаве. Је ли ту право везати судовима руке?

<sup>2)</sup> Види Архив, јануар 1930.

То је очигледна повреда Међународног Приватног Права. Јер ту нема више ни реторзије, ту је самовоља појединих држава хоће ли оне издати или не своју владину изјаву о једном стању које стварно постоји.

Указујући на ову противуречност између идеје реторзије схваћене као мере националног протекционизма и суштинске формалне узајамности у области извршења иностраних пресуда, дужни смо указати још на једну другу рђаву последицу тога система. То је основна погрешност аустрискога учења о узајамности код материје аката власти. Аустриски старији писци доказивали су једнострано да је захтевање узајамности мера противу иностранства и иностранца. То је тачно ако је у питању остварење права једног странца. То би било тако ако страну пресуду подноси домаћим судовима на извршење увек странац и њом тражи извршење противу домаћих држављана. Али такав случај увек не постоји. Претпоставимо један други случај. Два трговца, један југословенски и један француски држављанин тргују заједно у једном пристаништу неке од јужно америчких држава према којој код нас не постоји формална узајамност (ни реципроцитет утврђен путем међународног уговора, нити је у нашим „Службеним новинама“ објављена декларација Југословенске Краљевске Владе о постојању узајамности). Прекидају ортаклук и суде се али по њиховом ортакчком уговору надлежан је за пресуђење само суд онога места у коме је било седиште њиховога трговачког друштва. Пресуда даје извесна права Југословену противу Француза. Француз има извесних добара у Југославији. То је претпоставимо, једино његово познато имање. Југословен зато подноси уредно легализовану и извршну страну пресуду надлежном југословенском суду и тражи да се изда дозвола извршења те пресуде против његовог бившег ортака Француза. Суд испитујући пресуду, — на приговор онога против кога се тражи извршење или по званичној дужности, свеједно како је то покретно, — утврди да нема услова из ст. 1. §-а 3. наведеног Закона Он ће, по праву и његовом лојалном тумачењу, морати да одбије тражење

предлога да се дозволи извршење. Он ће то учинити и ако је иначе јасно да би се извршењем постигла правда, да је пресуда баш у националном нашем интересу па чак и да стварна узајамност постоји.

Има ли лека овој болесној ситуацији? Неки тврде да има. Каквог? Говоре да би у томе случају Југословен морао покретати нов спор пред југословенским судовима против свог ортака. Други пут, али ипак могућ. Да, али клаузула о месној надлежности судова по схватању Међународног Приватног Права овде веже. Дакле или нова повреда Међународног Приватног Права или отворена немогућност остварења правде. У сваком случају ситуација остаје ненормална, нездрава, противна циљу клаузуле о реципроцитету. Зато су критичари овог старог аустриског учења о формалном реципроцитету стали на гледиште да је ово одбрана „*concret sa tête*“, одбрана којом онај ко се брани сам себи сече главу.

Отуда ако постоје разлози да се отступа од општих начела Међународног Приватног Права у материји давања егзекватуре страним пресудама, мора се бити начисто да се то отступање не треба сводити на форму која жртвује суштину већ се мора бранити суштина евентуално и по цену жртвовања форме. У питању националног протекционализма у овој материји постављају се две ствари: заштита угледа националног правосуђа и заштита интереса домаћих држављана. Проучавајући наведени случај верујемо да се заштита угледа националног правосуђа може свести на фактички реципроцитет. Замењивањем формалног фактичким реципроцитетом осигурао би се довољно углед домаћег правосуђа, пошто вале би се пресуде само оних држава које поштују наше пресуде. А чак ни технички не би се променио значај §-а 3. наведеног Закона. Могао би се прописати немачки систем гувернеманталне контроле постојања реципроцитета из §-а 33. Уводног Закона за Немачки Грађански Законик. Влада би могла задржати право да донесе негативне одлуке о реципроцитету, да прописује обавезно за судове за које се државе има сматрати да не постоји реципроцитет. Осим тога у случају спора о томе да ли

постоји реципроцитет могло би се прописати да ће за судове бити обавезно објашњење Министра Правде, пред кога ће судови износити спорни случај било по сопственом наређењу, било по тражењу странака, било што ће се умешати државни тужилац (он у Француској може интервенисати у општем интересу и у грађанском поступку) као заштитник јавног интереса. Само је општи интерес да се цени сваки посебни случај (у колико не постоји међународни уговор) и да се у начелу формални реципроцитет замени *системом обичне фактичне узајамности*.



## ПРАВО СТРАНАЦА НА ОТВАРАЊЕ РАДЊЕ\*

Једно од тако актуелних питања, да их можемо назвати горућа питања, то је несумњиво, питање новог законодавства о радњама. То питање дошло је пред своје мериторно решење. Министарство Трговине и Индустрије завршило је одавно свој прелиминарни рад. Законски пројекат добија сада своју дефинитивну редакцију, и то ону редакцију у којој ће бити поднет на озакоњење. И ако не знамо да ли нас од дана подношења овога пројекта на високу санкцију деле дани, недеље или још увек месеци, ми сматрамо за своју дужност да скренемо пажњу на једну тачку коју регулише обртно законодавство (законодавство о радњама). И то на једну тачку која долази у ужи опсег нашег предмета — Међународног Приватног Права.

Питање на које и на чије будуће решење желимо да укажемо, то је питање о праву странаца на вођење обрта у најширијем смислу. Другим речима то је питање о праву странаца да отворе своју радњу у нашој држави (*le droit à l'exploitation de l'entreprise*).

Ако будемо теориски посматрали како се може регулисати ово питање, довољно би било да се потсетимо да наука познаје неколико изразитих типова по којима се регулише ово питање. Остављајући на страну варијанте тих типова, занемарујући њихово историско стварање, не водећи рачуна о томе које је законодавство усвојило који од тих типова, задовољавамо се њиховим набрајањем и кратким описивањем. У те типове убрајамо:

*Систем искључивости.* По систему искључивости у

једној држави може да има своју радњу само онај ко је држављанин саме те државе. Странци не могу уопште отворати радњу све док не буду били прирођени (натурализовани) т.ј. док не буду постали домаћи држављани. — У овоме систему право на отварање радње је једно *апсолутно резервисано право*. Странци га не могу никад и ни под каквим условима вршити. Овај систем узима се у главном као претставник и остатак феудалног система друштвеног уређења, које се у привреди огледало у еснафском уређењу. Уласком у еснаф као пуноправни члан, лице стиче право на самостално вођење радње. А у еснаф — једну јавноправну корпорацију — која је као колективитет васал свога сизерена — могу ући само и једино домаћи држављани т.ј. сизеренови поданици.

*Систем дипломатског реципроцитетa.* По овоме систему у начелу право на отварање радњи је једно резервисано право. То право, по правилу, могу вршити само домаћи држављани ако испуне опште законске услове. Али и ако је ово резервисано право ипак то није апсолутно већ само *релативно резервисано право*. Странци га, по правилу *ex lege* не могу вршити. Али изузетно, ако — поред општих услова које закон прописује за све — испуне још и нарочите услове које одозго, *en plus*, законодавац поставља само за странце, — онда ће се вршење овога права дозволити још и тим странцима који буду поред општих испунили и те посебне услове. Тај посебни услов то је да је домаћа држава везана према странчевој држави једним међународним уговором. И то уговором у коме се обе узајамно обвезују да ће међусобно дозвољавати држављанима оне друге силе вршење права на отварање радњи. То је најчешћа формула. — Међутим под дипломатским реципроцитетом у модерној науци не означава се увек само *уговорна узајамност*. Нарочито не онаква како смо је овде изнели и како се она намеће као логични појам који одговара етимолошком значењу израза. Не. Под појам дипломатског реципроцитета подводи се још једна појава која у себи нема ничег узајамног. То је и обе-

\*) Архив, новембар 1930. г.

ћање једне државе по коме се она у једном међународном уговору обвезује другој држави да ће странцима држављанима те друге државе изузетно дозвољавати отварање радњи, иако то не дозвољава осталим странцима нити тако што год тражи за себе и своје држављане у тој другој држави. Ово је у ствари једнострана уговорна обвеза. Такав појам се обично вели да је врло редак. Није ни то тачно. Он је врло често у употреби. Нарочито се често среће у односима између држава европске и егзотичне културе. У таквим међународним уговорима обично европска држава добија формално обећање да ће њени држављани моћи слободно отворати радње у дотичној егзотичној држави. С друге стране напротив европска држава не даје егзотичној држави никакво обећање ове врсте. — Али ова појава једностраног гарантовања вршења права на отварање радњи врло често се јавља и у односима између држава које се узајамно третирају као државе са једнаким степеном културе. То нелогично и болесно стање врло често излази као последица употребе тачке највећег повлашћења (*la clause de la nation la plus favorisée*). Тако једна држава гарантује другој тачку највећег повлашћења. Међутим та прва држава осигурава некој трећој за њене држављане право на отварање радњи. Отуда сад друга држава има право да тражи од прве да и према њеним држављанима поступа онако како поступа према држављанима треће државе. У овом случају има право тражити да прва држава призна право на отварање радњи. Међутим како друга држава ни једној од држава не признаје право да странци могу на њеној територији отворати радње, то отуда излази: да прва држава осигурава држављанима друге државе право на отварање радњи а друга држава то право не осигурава држављанима прве државе. Дакле неједнакост поступања, које поново проистиче из једног другог (не оног горе наведеног) облика једностране уговорне обавезе. — На тај начин дипломатски реципроцитет као научни појам данас не треба увек сматрати за уговорну узајамност него за уговорно формално обећање једнаког односно извесног начина поступања.

*Систем законског реципроцитета.* По овој систему у начелу нема никакве разлике у правима странаца од њихових права по систему дипломатског реципроцитета. И овде право на отварање радњи је једно резервисано и то *релативно резервисано право*. И овде странци у редовном случају не могу вршити то право. Али изузетно кад испуне још и један нарочити услов који законодавац поставља само за њих, онда ће они моћи да врше то право. Само код дипломатског реципроцитета тај услов зависи од постојања једног међународно-правног текста. Зависи од међународно-правних обавеза домаће државе. Напротив у систему законског реципроцитета тај услов не зависи ни у колико од међународне заједнице. Он зависи само од домаћег законодавца. Домаћи законодавац сам га одређује. Он је одредио да странац може на домаћој територији отворити радњу. Али може је отворити једино ако и домаћи држављани имају право да отварају радње на територији странчеве државе. И тако док је домаћи закон овде једино меродаван за постављање услова, дотле испуњење услова зависи од закона странчеве државе. Једино ако закон странчеве државе даје такво право домаћем држављанину, онда ће се и странцу признати право на отварање радње на домаћој територији. Али у погледу проверавања односно доказивања о томе дали постоји узајамност, државе које су усвојиле овај систем узајамно се разликују и разликују. У те варијације, у те детаље ми овде нећемо и не можемо улазити.

*Систем концесије.* По овој систему странцима се у начелу не признаје право на отварање радњи. То је право, уопште узев, резервисано само за домаће држављане. Али та резервисаност је *релативна*. Тако домаћи држављанин има *право* на отварање радње ако изврши законом прописане услове. Дотле са друге стране странац ако изврши те исте услове нема право него само једну *могућност*. Он ће тад тек имати могућност да му се дозволи вршење права на отварање радњи. Дакле то је *релативно резервисано право*. Али овде апсолутно није угрожена испуњењем извесних унапред прописаних

објективних услова. Напротив овде релативност долази од објективног схватања у даном случају. Она долази од схватања онога органа коме је стављено у надлежност да цени дали странцу у питању треба или не треба допустити вршење права на отварање радње. Овај систем предвиђа опасност од странаца и иностраних капитала. Зато се надлежни орган у свакоме даноме случају има, понаособ, изјаснити. Он се има изјаснити дали се странчева радња сматра опасном, безопасном или корисном по домаћу народну привреду. Опредељујући се по томе и по гарантијама које пружа странац који моли за дозволу, надлежни орган даваће дозволе (концесије) само онима који то заслужују. Али ипак, при свему томе не водећи рачуна о томе како странчева држава у овоме погледу поступа са нашим држављанима.

*Систем проглашене једнакости.* По овоме систему у погледу на вршење права отварања радњи домаћи закони не праве никакву разлику између домаћих држављана и странаца. У државама овога система постоје извесни законски услови које треба да испуни онај ко жели отворити радњу. Ти су услови заједнички, и за домаће држављане и за странце. Овај систем проглашава у начелу право на отварање радње за *ошће* (*нерезервисано*) *право*. Али и ако је то основно правило, ипак у пракси има и изузетака. Док се сматра да је право на отварање радњи *нерезервисано*, дотле се за извесне радње чине изузетци. Ти се изузетци тичу радњи које могу својим неправилним радом или непоузданошћу лица која их воде угрозити јавни поредак (н. пр. апотеке, радионице и продавнице оружја, хотели и т. д.). За те радње се специјалним законима прописује да их могу водити само домаћи држављани. Тако право на вођење тих специјалних радњи је *ајсолушно резервисано право*. Дакле ту постоје радње за које важи систем проглашене једнакости и радње за које важи систем искључивости.

\*

Остављамо на страну ово теориско разлагање које је било потребно за правилно разумевање онога што долази. Прелазимо на ствар. Данас питање о праву стра-

наца на отварање радњи претставља једновремено два питања: једно историско (оно што је наслеђено, укоренљено) и друго економско (шта траже од нас данашње стање и будуће потребе народне привреде).

Ако ствар посматрамо историски онда у главном ми ту имамо два основна система: 1<sup>о</sup> *систем аустријски*. По томе систему сматрало се да се сва права странаца имају ценити по *систему законског реципроцитета*, који је сматран као опште правно начело земаља аустро-угарске монархије. (1<sup>а</sup> и 2<sup>о</sup> *Систем српски* 1<sup>6</sup>). Овај систем није ни мало прост. Напротив. Он је врло компликован. Он је сложеница система *законског реципроцитета*<sup>2)</sup>, система *проглашене једнакости* и система *концесије*. По српском систему странац има права на отварање радњи ако докаже да постоји законски реципроцитет. То је начелно решење. Али има још два изузетка: а — извешан број странаца [наших штићеника<sup>3)</sup>] ужива то право

<sup>1а</sup>) Видети: Dr. Vilim Winter, Trgovački Zakon, Zagreb, St. Kugli (Osijek 1912), str. 266.

<sup>16</sup>) Видети чл. 7. Српског Закона о радњама од 29. јуна 1910. године који гласи.

Поданици једне стране државе који хоће у смислу овога Закона да раде занат, воде трговину или подижу фабрике морају испунити све оне услове и погодбе које овај Закон прописује и за српске грађане и поднети доказе да српски грађани уживају исто право у држави којој они припадају.

Ако између Краљевине Србије и дотичне стране државе постоји међународни уговор на основу кога поданици обеју држава уживају подједнако иста права што се тиче заната, трговине и индустрије, онда се овакав доказ не мора подносити.

У случају да реципроцитет постоји на основи какве законске одредбе, доказ о томе моћи ће се чинити сваком врстом аката или уверења.

Поданици једне стране државе који не би поднели доказ о реципроцитету као што је овде прописано, морају претходно добити одобрење од дотичне коморе где желе радити занат, отворити трговину или подићи фабрику.

Они који уживају заштиту српских закона не морају поднети доказ о реципроцитету ни тражити претходно одобрење дотичних комора.

<sup>2)</sup> О систему дипломатског реципроцитета не водимо рачуна јер тај систем постоји свуда и без обзира да ли је поменут у домаћем законодавству. Он проистиче из међународно-правних текстова.

<sup>3)</sup> За појам штићеника видети Уредбу о бегунцима од 20. јануара 1860 г.

на основу система проглашене једнакости; 4) и б) — странцима који не могу доказати постојање реципроцитета могу надлежне коморе дати дозволу за отварање радње.<sup>5)</sup>

Како је заједнички систем био у главном систем законског реципроцитета, то су редактори новог пројекта и већина комора стале на становиште да то правило уђе и у ново законодавство о обртима (радњама). Верујемо да би то било штетно решење. Такво решење не одговара ни нашем словенском осећању ни човечности ни потребама наше народне привреде. Такво правно правило не одговара човечности. Један изванредан број страних држављана, а нарочито лица *heimatslosen*, насељених међу нама и који се иначе солидаришу са нашим народом али још нису, често противно својој вољи, постали наши држављани. Таква лица по систему законског реципроцитета неће моћи отворити радњу код нас. И то било зато што њихова влада и њихов законодавац вршење таквог права не допуштају нашим држављанима било зато што они правно не припадају ниједној држави и ако су фактички везани за нас. То је штетно и са гледишта националне привреде. Међу таквим лицима биће несумњиво привредних талената. Међу њима може бити и капиталиста чије би капитале ваљало несумњиво пласирати код нас. Зато верујемо да би у ствари изгубили ако се будемо просто одлучили за ранији аустриски систем. Он се може задржати само као основица. Али само ако основица уз коју ће ићи допуна: систем концесије. Ваља оставити одрешене руке надлежном органу да може у оправданом случају напустити законски реципроцитет. И то напустити само у позитивном правцу. Напустити тако ће у извесним случајевима дозволити лицима (која то заслужују по личним својствима или по корисности њиховог рада, предузимљивости или капитала по нашу државу и њену народну привреду) да могу отворити радње код нас. Само тако ће се доћи до једног рационалног решења. То је једино

4) Ст. V чл. 7. Зак. о Радњама.

5) Ст. IV чл. 7. Зак. о Радњама.

решење које неће ни у колико угрожавати интересе наше државе нити угрожавати њену једнакост у међународној заједници. Тако ће се поред реципроцитета, који значи дужност према међународној заједници, увести *систем концесије*. А систем концесије не значи никакве уступке другим државама него једну од ових двеју ствари: или крајњу могућност искоришћавања страних субјеката у народној привреди (ако је то — по оцени меродавног фактора — корисно) или кориговање формалне законске строгости у интересу човечности. У сваком случају ствар коју ваља бранити и задржати у нашем законодавству о радњама.<sup>6)</sup>

6) Видети нови Закон о радњама од 9. новембра 1931. г. Он је у ст. I §-а 7. усвојио и *систем концесије* као алтернативан уз систем дипломатског реципроцитета.

## ПРАВА СТРАНАЦА НА НЕПОКРЕТНОСТИ\*

Што се тиче права странаца на држање, власништво и службеност на непокретним имањима у томе смо погледу у обновљеној Србији имали три фазе. По писању старијих страних писаца у вазалној Србији био је онај исти систем који је био у Турској. То значи право имати непокретност било је врло неприступачно странцима у Турској све до отоманског Закона од 7. сафера 1284. г. (18. јуна 1867.). Ово је бар за време после 1844. г. после доношења Грађанског Законика, потпуно нетачно. — Да је то тако мора се извести углавном из чињенице да је Србија у законодавном погледу била потпуно аутономна. Са тог разлога цивилно-правно странци су у Србији (и поред капитулација) били изузети од турских закона и могло је бити речи једино о примени на њих било по правилу националних било изузетно српских закона, а никако турских. Зато у Србији у то време нису били ни систем искључења ни систем концесије у погледу права странаца на непокретности, системи који су у то време важили у Турској.

Да су странци збиља у Србији, бар неко извесно време после доношења Српског Грађанског Законика, заиста имали права да стичу стварна права на непокретностима види се најбоље из Закона од 2. августа 1852. г. по коме је странцима у будуће забрањено да имају непокретности у Србији. Ова мера као што се то види из самог текста закона дошла је као реакција против великог броја оних странаца који су заштићени капитулацијама покушали да на уштрб националних права и јавних

финансија својевољно уживају стварна права на непокретностима одбијајући да врше оне дужности које су везане за сопственост. На тај начин из овога закона да се извести двоје и то:

1) Систем о регулисању права странаца на непокретност у Турској и вазалној Србији нису били исти. Турска је имала до 1867. г. конкурентност система концесије и система искључења. После 1867. г. Турска је имала по Закону од 7. сафера систем проглашене једнакости за држављане оних држава које су се одрекле примене права капитулација у колико се то тиче непокретности. — На супрот томе ми смо једновремено имали сасвим друге системе у Србији. У Србији у то време био је до Закона од 1852 г. систем проглашене једнакости, а од доношења тога закона чист систем потпуног искључења странаца. — Тако ово је право у Турској било и пре и после Закона од 7. сафера једно релативно резервисано право, а у Србији то право било је до доношења Закона од 1852. г. једно опште право а од доношења тога закона то је постало апсолутно резервисано право.

2) Од 1852. г. стално смо имали један позитивно-правни пропис који је увео чист систем потпуног искључења и који је путем привремених специјалних закона — привилегија (закон о ратификовању међународних уговора) дерогиран у корист неких одређених странаца за време трајања тих привилегија. Из разних чланака тадањих савременика од којих нарочито наводимо чланак Г. Др. Ђорђа Павловића види се да је и после Закона од 7. сафера тај Закон од 1852. г. остао на снази<sup>1)</sup>. Овај Закон по Г. Павловићу (тада претседнику апелационог суда) био је у снази и после 1867. г. све до укидања капитулација у Србији (тај моменат је неодређен јер није било једног изречног међународно-правног акта опште природе који би укинуо капитулације него су се поједине државе посебним уговорима одрицале својих права капитулација у Србији; неке се никада нису ни одрекле

<sup>1)</sup> Pavlovitch Georges, De la condition juridique des étrangers en Serbie, Journal de Droit International Privé, 1884, p. 5 et suiv. 140 et s.

\* Архив, мај 1931. г.

изречно него само прећутно<sup>3)</sup>. Тек укидањем капитулација тај је Закон по мишљењу Г. Павловића укинут зато што је изгубио свој *ratio legis*. Поставља се питање: да ли са тих разлога може престати правна снага једнога закона? Може ли закон пасти у застарелост? Верујемо да је Г. Павловића у овом питању сувише благо цевио важност једнога закона. Потврду за такво мишљење налазимо у судској пракси много доцнијој, читавих двадесет и неколико година доцније, и у мишљењу Г. професора Живојина Перића. Г. Перић износи 1906. г случајеве судске праксе из које се види да је још тада Закон од 2. августа 1852. г. био на снази<sup>4)</sup>. Како све до рата 1914.—18. г. није ни једним прописом ни изречно ни прећутно укинут закон од 1852. г. то смо ми у Србији имали такав режим све до после рата.

Тек после рата и то у Закону о буџетским дванаестинама за јули и август 1923. г.<sup>4)</sup> регулисано је право странаца на непокретности у Југославији. Тек тада промењен је српски систем од 1852. г. По овом новом пропису Југославија је подељена на две зоне: пограничну и приморску са једне стране и унутрашњу с друге. Што се тиче прве зоне од 50 километара ту су странци огра-

<sup>3)</sup> Русија одрекла се 29. априла 1868. г., Италија 9. новембра 1879. г., Велика Британија 7. фебруара 1880. г., Аустро-Угарска 6. маја 1881. г., Северна Америка 14. октобра 1881. г., Немачка 25. децембра 1882. г. и најзад Француска 26. јануара 1883. г.

<sup>4)</sup> Jivojin Peritch, De la capacité de succéder des sujets romains en Serbie, Nouvelle revue pratique de Droit International Privé, Paris, 1906.

<sup>4)</sup> Чл. 48 Закона о буџетским дванаестинама за јули — август 1923 г. гласи: „Куповине од стране грађана страних држава, ма каквих непокретних имања која леже на територији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у дубини од 50 километара од њене границе, односно од морске обале, морају бити одобрене од Министра Војног и Морнарице и од Министра Унутрашњих Дела. Без тога претходног одобрења судови неће вршити пренос имања на име купца. — На осталом простору територије Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца куповине ма каквих непокретних имања од стране грађана страних држава биће дозвољене само у случају законског реципроцитета између Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и дотичне државе, који се поред односних закона у тим земљама мора признати нарочитим међународним уговорима између тих двеју држава.“

ничени у стицању непокретности по систему концесије (пренос се не може вршити без сагласног одобрења Министра унутрашњих дела и Министра Војске и Морнарице). У унутрашњој зони стицање је слободно под условом да је фактички реципроцитет у фактичком смислу (т. ј. да таква права уживају Југословени у странчевој земљи) зајемчен међународним уговорима (значи тражи се комбиновани дипломатски и фактички реципроцитет, установа која би се дала разумети да је стипулирана алтернативно, али која претставља техничку бесмислицу у међународном приватном праву ако је стипулирана кумулативно<sup>5)</sup>). На овај начин замењен је стари српски систем од године 1852. и право странца на непокретности престало је бити једно апсолутно резервисано право, као до тада, већ је постало релативно резервисано.

Овај систем заведен финансиским законом није спровођен кроз сваки финансиски закон редом већ се враћао законодавац на његово усавршавање с времена на време. Интересантно је поменути да је у Финансиском закону за 1925—26. г. поново, у члану 94. законодавац поменуо прописе из Закона за јули и август 1923 г. и допунио

<sup>5)</sup> Оваква стипулација у унутрашњем закону претставља једну одредбу која је у међународном приватном праву бесмислена зато што се не може никада позивати на то да једна држава неће да врши своју обавезу из дипломатског реципроцитета зато што у другој земљи не постоји и законски реципроцитет. Можда једно право извесна земља дзве странцима само по изузетку и то само ако се њихово право оснива на дипломатском реципроцитету. Са таквим земљама не би могли у опште ни међусобно гарантовати уживање права својине на непокретностима пошто би таква држава морала прво због нас да мења своје унутрашње законодавство и да ту појаву консакрира у међународном уговору са нашом државом. То је ствар која се не може и не сме тичати наше државе. Ми можемо једино захтевати реципроцитет. Ако нам га једна држава да путем међународног уговора нас се не тиче како она третира у своје унутрашњем праву остале странце. Другим речима ми, ако би се усвојно овај систем из финансиског закона, не би могли у међународном уговору гарантовати ни једно право француским грађанима јер њихово законодавство у опште не познаје законски реципроцитет. Очигледна техничка апсурдност.

их је у колико се тиче колонизације наших сународника страних држављана у Јужној Србији.<sup>6)</sup>

Тек у Финансиском закону за 1927—28. годину учињене су извесне измене. На основу њих задржан је за граничну и приморску зону систем концесије и прописане су у члану 342. строге санкције за прекршај; али и ублажен је овај систем у толико што могу појединци стицати непокретности и без одобрења ако прибављају *ab intestat*. Овај законски пропис не говори о стицању својине на непокретностима у унутрашњој зони<sup>7)</sup>. Поставља се питање

<sup>6)</sup> Чл. 94. Финансиског закона за 1925—26. г. гласи: „Куповине од стране грађана страних држава, ма каквих непокретности имања која леже на територији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у дубини од 50 километара од њене границе, односно од морске обале, морају бити одобрене од Министра Војске и Морнарице и од Министра Унутрашњих Дела. Без тога претходног одобрења судови неће вршити превос имања на име купца. — На осталом простору територије Краљевине Срба, Хрвата и Словена куповине ма каквих непокретних имања од стране грађана страних држава биће дозвољена само у случају реципроцитета између Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и дотичне државе, која се поред односних закона у тим земљама мора признати нарочитим међународним уговором између тих двеју држава. — Овај пропис не важи за туђе поданике српско-хрватско-словеначке народности који купују имање у Јужној Србији. Ови се могу убаштинити на основу своје изјаве код дотичних првостепених судова да ће се стално настанити у нашој држави.“

<sup>7)</sup> Чл. 342. Финансиског закона за 1927—28. г. гласи: Поданици страних држава не могу ни на који начин, било теретним, било добротним уговорима или завештајем, стицати право својине, поседа или употребе на непокретним добрима која леже на територији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у дубини од 50 километара од њене границе, односно од морске обале, без претходног одобрења Министра Војске и Морнарице и Министра Унутрашњих Дела. Без тога претходног пристанка судова и остале надлежне власти не могу вршити превос таквих права на име страног држављанина, нити уопште узети учешћа у једном таквом правном послу. — Ова се забрана не односи на узимање под закуп или кирију магацина и непокривених стоваришта за смештај робе у реону поморских пристаништа, као ни за закуп зграда намењених искључиво за становање а тако исто и на непокретности које страни држављани добијају путем законитог наслеђа. Државни службеник, који поменуте забрањене послове одобри, казниће се по закону, а друга лица која свесно и злонамерно учествују правним радњама које су овим прописима забрањене, казниће се новчаном казном од 100.000—500.000 динара у корист државне касе — Све правне радње које би биле у опрци са горњим прописима имају се сматрати као ништавне и неће имати никаквог правног дејства.“

значи ли то укидање дотадањег законског система, онога који је заведен по финансиским законима од 1923. односно 1925. г. или не? Овде могу да се бране два гледишта. *Прво би гледиште било* да је самим тим што је један законски пропис унет у финансиски закон престао важити чим не буде доцније унет у следећи финансиски закон. Другим речима одредба унета у финансиски закон вредела би само док вреди тај финансиски закон. *Друго би се гледиште састојало* у томе што се има узети да у финансиском закону треба правити разлику између две врсте одредаба: финансиских одредаба за извршење буџета и других правних одредаба. Те две врсте одредаба морају имати различиту судбину у погледу на рок трајања. Ако су финансиске одредбе везане за извршење буџета, оне као такве трају док и буџет за чије су извршење издате. Престанком важења финансиског закона престају важити и те одредбе. На супрот томе одредбе нефинансиског карактера не могу се везивати за трајање буџета. Оне су донете у финансиском закону само и једино да би се лакше савладале техничке тешкоће око доношења закона. То је скраћени пут законског изгласавања. Али ипак то су одредбе трајног карактера. Ако не примимо ово друго гледиште онда би дошли до тог апсурдитета да морамо тврдити да се у погледу правног положаја странца мора у Југославији од 1. јула 1923. г. па до 1. априла 1927. г. разликовати пет фаза.<sup>8)</sup>

Не верујемо да се овакво гледиште може бранити. Уосталом најбољу потврду да треба разликовати у финансиском закону финансиске одредбе и друге правне

<sup>8)</sup> И то: 1<sup>о</sup> фаза за време важења тога финансиског закона т. ј. до 31. августа 1923. г. за које је време положај странаца био регулисан по тим одредбама; 2<sup>о</sup> фаза од 1. септембра 1923. г. до 1. априла 1925. г. када немамо никаквих прописа и кад се има сматрати да се право странаца на непокретности има ценити по општим прописима грађанског закона; 3<sup>о</sup> фаза од 1. априла 1925. г. до 31. марта 1926. г. када се положај странаца регулише поново по финансиском закону за ту годину — дакле поново по специјалним прописима; 4<sup>о</sup> фаза која траје од 1. априла 1926. г. до 31. марта 1927. г. када опет немамо прописа о томе о финансиском закону и када би требало вратити се поново на опште прописе и 5<sup>о</sup> фаза после ступања на снагу финансиског закона за 1927—28. годину, кад се поново враћа један специјалан пропис.

одредбе нашли смо у чл. 76. Финансиског закона за 1929-30. годину у коме се прописује да ће нарочити закон регулисати које ће одредбе дотадањи фин. закона, које нису ушле у тај закон, важити и даље а које ће престати 1. јуна 1929. г.<sup>9)</sup>

Из тога закона види се да финансиски закони немају тренутну важност у својим нефинансиским одредбама. Зато ми сматрамо да се члан 48. Финансиског закона за јули и август 1923. г., члан 94. Финансиског закона за 1925-26. годину и члан 342. Финансиског закона за 1927—28. годину не могу сматрати као посебни закони без међусобне везе, него члан 48. поставио је базу једном новом систему, систему који је исправљен, мењан и допуњаван у доцнијим члановима. На тај начин у томе међувремену ми смо имали свега три фазе правног регулисања положаја странаца у Југославији у односу на стицање створених права на непокретности.<sup>10)</sup>

На основу тога подвлачимо да није могуће уопште бранити мишљење да је закон од 1927-28. примио разлику између режима у пограничној односно приморској зони где вреде специјални прописи и режима у унутрашњој зони где вреде општи прописи.

Овај систем важио је све до првога априла 1928. г. када је чланом 355. Финансиског закона укинута одредба

<sup>9)</sup> Чл. 76 Фин. зак. за 1929—30. г. гласи: Одредбе досадашњих финансиских закона као и закона о буџетским дванаестинама, које се не односе на извршење буџета а биле су на снази до 31. марта 1929. године а овим законом нису измењене, престају важити 1. јуна 1929. године. — Изузетно од тога важиће и даље све одредбе досадашњих финансиских закона и закона о буџетским дванаестинама, којима су постојећи закони били измењени, укинута или допуњавани као и све одредбе, правилници и други прописи, који су већ донети на основу овлашћења предвиђених у поменутом законима.\*

<sup>10)</sup> 1<sup>о</sup> фазу од доношења члана 48. до доношења члана 94.; за време ове фазе била је искључиво примена тога члана финансиског закона. — 2<sup>о</sup> фазу од доношења члана 94. до доношења члана 342. За време овог периода правни положај странаца у погледу на непокретности регулисан је комбинованим дејством чланова 48. и 94. — 3<sup>о</sup> фазу од доношења члана 342. Код ове фазе ми смо имали регулисање правног положаја странаца у погледу на непокретности под комбинованим дејством сва три горенаведена члана.

члана 342. Финансиског закона за 1927-28. годину.<sup>11)</sup> После тога времена ми немамо ниједнога специјалног прописа који би регулисао правни положај странаца у погледу на стицање непокретности. Какав је данас наш законодавни систем у овом погледу?

Г. професор Лапајне<sup>12)</sup> стоји на гледишту да у будуће странци могу у Југославији стицати права по општим прописима који важе за стицање приватних права. Он је у томе потпуно одлучан. Његов закључак са извесним резервама, али и са показивањем незгодних последица, усваја и Г. професор Ж. Перић. Он то брани у својој одличној књизи *Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Yougoslavie*, коју је као саставни део својих *Recueil des cours* издала Академија за Међународно Право у Хагу. У овој књизи која претставља његова предавања на Академији г. проф. Перић изводи закључак да је законодавац укидајући члан 342. укинуо једновремено цео систем изузетног регулисања правног положаја странаца у Југославији заведен финансиским законима. Њему је био задатак да том својом новом законском интервенцијом дотадање специјално резервисано право саобрази општем систему. Отуда ако је престало ограничење странаца у погледу стицања стварних права на непокретностима, оно је престало не као ограничење уопште него као специјално ограничење. Остају и даље на снази ограничења општег карактера која важе за уживање свих приватних права (н. пр. § 33. Аустриског Грађ. Зак.) и та ограничења важе и за стицање права на непокретностима. Ту је исцрпљена воља законодавчева. Зато г. проф. Перић изводи да је укидањем члана 342. укинут систем као такав а не и прописи члана 94. Финансиског закона за 1924—25. годину по коме су Срби, Хрвати и Словенци страни држављани слободни у стицању извесних права на непо-

<sup>11)</sup> Чл. 355. Фин. зак. 1928—29. г. гласи: „Одредба чл. 342. Финансиског закона за буџетску 1927—28. годину укида се и престаје важити.“

<sup>12)</sup> *Mednarodna in Medpokrajinsko zasebno pravo*, Ljubljana, 1929, str. 199.



кретностима независно од сваког специалног услова за странце. У овом погледу ова резерва г. проф. Перића је ван дискусије.

По целом овом питању нама закључак г. Лапајнеа изгледа и сувише слободан. Законодавац је изрично укинуо само члан 342. Остале чланове који су чинили целину са овим чланом законодавац није укинуо изрично. Значи ли то да их је укинуо прећутно?

Ми верујемо да се такав позитиван закључак не може донети. То своје веровање заснивамо на овом: 1<sup>о</sup> сам члан 355. доказ је да одредбе финансиског закона нису тренутног карактера, да су тренутног карактера било би довољно да је законодавац прећутао да такву одредбу пренесе у нов закон али он се тиме није задовољио. 2<sup>о</sup> Укинута члан није био целина система. Он је само био његова допуна. Тај члан није ни једном речју регулисао питање правног положаја у унутрашњој зони. Он је једино регулисао питање у граничној односно приморској зони. Зато укидањем тога једног члана из целог система није укинут цео систем него је укинут једино изузетак и оне строге санкције које су биле прописане за повреду тога изузетног прописа. 3<sup>о</sup> Г. професор Перић правилно примећује што се тиче чл. 94. да се укидањем једнога закона не укидају и изузетци од тога закона ако се ти изузетци заснивају у једном другом тексту који изречно није укинут и чији се *ratio legis* разликује од мотива законодавца који су га довели, до доношења укинутог закона а не противи се са *ratio legis* закона о укидању Тај исти аргуменат вреди и овде. Укидањем члана 342. законодавац укинуо је само специални режим за непокретности у граничној односно приморској зони. То не значи да је члан 342. имао у виду реторзију која је мотив свих закона о реципроцитету, него је напротив имао у виду само питање земаљске одбране који је мотив руководио законодавца за стварање специалне зоне. Ако се укине један закон чији је мотив осигурање националне одбране јер то више није потребно онда се тиме не укида и закон који има за циљ осигурање нашим држављанима извесног права у ино-

странству и бригу да се до тога осигурања дође путем међународних уговора јер потреба зато није престала. Са тих разлога укидањем чл. 342. није укинут члан 94. у колико се тиче општег правила да је за стицање непокретности потребан законски реципроцитет консакриран дипломатским реципроцитетом. Ми верујемо да је такав данас општи режим у Југославији у погледу стицања непокретности од стране странаца и да за стицање тога права странци морају испунити посебне услове а не оне које су прописани општим правилима за уживање свих приватних права.

Још једно питање. Важи ли члан 94. с обзиром на чл. 76. финансиског закона за 1929—30. г. и на Закон о продужењу важности неких одредаба финансиског закона од 1. августа 1929. г.?

Тврдимо да важи, јер чл. 48. и 94. дошли су да измене дотадање законе, у Србији да измене Закон од 2. августа 1852. г., а они законски прописи финансиског закона, без обзира да ли су поменути у Закону о продужењу важности, који мењају или укидају поједине законе остали су на снази јер то изречно вели чл. 1. тога Закона о продужењу важности. Дакле за Србију бар ови чланови који су укинули један закон и дошли на његово место остали су на снази. Што се тиче осталих крајева питање се може поставити. Тамо се може тврдити да су ово нови закони и да су неоспорно престали важити неуношењем у закон о продужењу важности.

На тај начин ово тешко питање добија још комплициранији изглед и потреба је да се оно сигурним текстом реши. Зато верујемо да би га требало изречно решити и то једним посебним законом.

## САДРЖАЈ:

	СТРАНА
Предговор . . . . .	3
Правни положај странаца (тип законског реципроцитета или тип проглашене једнакости у Српском Грађанском Законику) . . . . .	7
Значење теорије о највећој вредности обвеза у нашем Међународном Меничном Праву . . . . .	22
Дужности за очување права у Српском Међународном Меничном Праву . . . . .	35
Повреда страног закона као основ за касирање . . . . .	42
Изигравање закона у Међународном Приватном Праву . . . . .	64
Потреба доношења закона о међупокрајинском сукобу закону . . . . .	75
Доказивање страног закона . . . . .	85
Дејство међународних уговора код <i>cautio indicatum solvi</i> . . . . .	91
Проблем стечених права у Међународном Приватном Праву (Покушај критике Pillet-ове теорије стечених права) . . . . .	98
Менични Закон према Хашком Регману . . . . .	121
Јединство стечаја по новом Стечајном Закону . . . . .	130
Доказивање односа руских избеглица . . . . .	140
Законска узајамност у Ауторском Праву . . . . .	151
Случајеви Међународног Приватног Права — Класификација правних односа . . . . .	161
Формални или фактички реципроцитет код извршења пресуде . . . . .	182
Право странаца на отварање радње . . . . .	190
Права странаца на непокретности . . . . .	198