

MOGUĆNOSTI VANPARNIČNE DELATNOSTI U STVARIMA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI*)

1. Intenzivna kretanja ljudi preko državnih granica mogu da se označe kao jedna od karakteristika našeg vremena. Ona su dostigla obim koji nakad ranije ni slučen bio nije i mnogo su doprinela tome, »da su granice između zemalja izgubile svojstvo razdvajanja i da je poraslo uzajamno razumevanje«. ¹⁾ Trajan ili privremeni boravak velikog broja stranaca na teritoriji jedne države ²⁾ ima za posledicu, između ostalog, i stalan porast slučajeva sa elementom inostranosti pred organima vanparničnog pravosuđa. A u ovome domenu označava se kao »vladajuće« shvatanje, po kojem bi međunarodna nadležnost trebalo da bude ograničena samo na slučajeve, koji podležu domaćem materijalnom pravu, — shvatanje, koje je bilo skrojeno za potrebe saobraćaja na prekretnici sadašnjeg i prošlog veka. ³⁾

*)Prevod sa nemačkog. Referat za »III Münchener Ost-West-Tagung, 26.—29. marta 1972«. Organizatori: *Institut für Ostrecht, München, i Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität in München*. Dnevni red je obuhvatio čitavu problematiku Međunarodnog građanskog procesnog prava, sa referatima: (1) Senatspräsident Dr. H. Nagel, Bremen, *Geschichtlicher Ueberlick über die Entwicklung des internationalen Zivilverfahrensrechts*; (2) Prof. Dr J. Stalev Sofia, *Der Fremde im Zivilverfahren. Der Lex-foi-Grundsatz und seine Durchbrechung*; (3) Prof. Dr R. Bystnický, Prag und Prof. Dr L. Névai, Budapest, *Internationale Zuständigkeit (Jurisdiktion) und Sachstatut. Anknüpfungspunkte im Prozess — und Privatrecht (streitiges Verfahren)*; (4) Prof. Dr M. Marković, Niš, *Möglichkeiten der freiwilligen Gerikhtsbarkeit als »vorsorgender Rechtspflege« in Sachen mit Auslandsberührung*; (5) Prof. Dr A. Heldrich, Münster, *Internationale Zuständigkeit und Sachstatut im nichtstreitigen Verfahren*; (6) Dr V. Belajec, Zagreb, und Dr R. Münzberg, Erlangen-Nürnberg, *Prorogation und Schiedsvereinbarungne im interitonalen Zivilverfahren*; (7) Prof. Dr Zilberstein, Bukarest, und Dozent Dr Sonnenberger, München, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentcheidungen (Prozessvergleiche) und Schiedssprüche (vergleiche)*; (8) Prof. Dr I. Szászy, Budapest, und Prof. Dr E. Wengerek, Poznan, *Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen, namentlich gegen sozialistische juristische Personen sowie gegen juristische Personen, die im Rahmen zwischenstaatlicher Abkommen kooperieren*; (9) Prof. Dr. J. Jodlowski, Warschau, und Prof. D. F. Matscher, Salzburg, *Zwischenstaatliche Abkommen über den Rechtshilfeverkehr zwischen sozialistischen und bürgerlichen Staaten*.

1) Götz V. Craushaar. Die internationale Anwendbarkeit deutscher Prozessnormen, Oesterreichisches Erbrecht im deutschem Verfahren, 1961, S. 1.

2) Koliko mi je poznato, danas se u Nemačkoj nalazi oko 1,200.000 stranih radnika (*Gastarbeiter*). Samo u München-u živi ovog trenutka oko 40.000 Jugoslavana.

3) Peter Schlechtriem, Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren, 1966, S. 11.

Problemi vanparničnog pravosuđa nalaze se na dnevnom redu nekoliko međunarodnih pravničkih kongresa, koji su održani u toku ovih poslednjih deset godina. Pravnički konzervativizam je dobro poznata pojava. Ali, pravno regulisanje bi izgubilo svaki smisao, kad praksa ne bi bila u stanju, da pronađe savremena rešenja. Za tu svrhu treba teorija da joj bude od pomoći, kako bi se sa raspoloživim pravno-tehničkim instrumentima zadovoljili pravopolitički zahtevi koje sadašnji međunarodni saobraćaj postavlja.

2. Iz obimne materije vanparničnog pravosuđa odabrana su samo dva materijala za obradu postavljene teme: starateljske i ostavinske stvari. Dva razloga su me navela na ovo ograničenje. Prvo, pitanje međunarodne nadležnosti u ovim stvarima danas je u Jugoslaviji zakonskim propisima izrično regulisano. Zatim, problemi Međunarodnog procesnog prava, koji se javljaju u vezi sa ovim stvarima, obrađivani su u toku poslednjih trideset godina tako mnogo i tako podrobno, da možda ne bi bilo neosnovano, kad bismo u predlozima za rešenja, koja razni pisci zastupaju, videli ustvari »**res omnium communes**«. Naime, kad se ti predlozi nepristrasno analiziraju, nameće se zaključak, da novi radovi u sištini samo ponavljaju ono što je jednom već bilo rečeno. Veoma je teško, pa čak i nemoguće, utvrditi »očinstvo« ideja, i mi nismo uvek svesni, kome među našim prethodnicima treba da zahvalimo za gdekoju misao, što nam se na prvi pogled čini kao naša sopstvena. U ovoj oblasti postoji jedan već uobličen »**fonds commun scientifique**«, što duhu vremena odgovara, iz kojeg ću ovde — pošto ukratko skiciram jugoslovensko pozitivno pravo — izneti nekoliko ideja o osnovnim problemima vanparničnog pravosuđa u stvarima sa elementom inostranosti, onakve, kako sam ih iz postojeće literature prisvojio. Najčešće su to doista **loca communa**; zato će imena biti pominjana samo onda, kad je neka misao, način izražavanja ili neki termin uzet neposredno iz jednog određenog napisa. Ovim izlaganjem ne pretendujem ni na originalnost, niti na potpunost prikazane doktrine.

I. — Jugoslovensko pravo⁴⁾

3. Pre rata su stvari vanparničnog pravosuđa⁵⁾ bile regulisane Zakonom o vanparničnom postupku od 26. 7. 1934. Posle rata je ovaj tekst, kao i ostali jugoslovenski zakoni koji su bili doneti pre 6. 4. 41., izgubio snagu zakona. Ali njegove odredbe se primenjuju kao »pravna pravila«, ukoliko nisu protivne načelima privrednog, društvenog i političkog poretka, formulisanim u Ustavu, ili ukoliko za pojedina područja vanparnične materije nisu doneti novi zakoni. Ovo poslednje je

⁴⁾ Za jugoslovensku literaturu, vidi *Borivoje Poznić*, Internationale Zuständigkeit der jugoslawischen Gerichte in Angelegenheiten des Familienrechts: Zeitschrift für Zivilprozess, 81 (1968), S. 429—458 430, 431 FN 3.

⁵⁾ U skladu sa naslovom teme, u originalnom referatu je upotrebljavan termin koji je uobičajen u nemačkoj terminologiji »*Freiwillige Gerichtsbarkeit*«.

baš slučaj sa starateljskim stvarima i sa ostavinskim stvarima. I najzad, u nizu državnih ugovora, zaključenih posle rata, regulišu se, između ostalog, i pitanja Prava međunarodnog građanskog postupka.⁶⁾

a) *Regulisanje međunarodne nadležnosti u Zakonu o parničnom postupku⁷⁾*

4. Na ovom mestu imamo interesa za to regulisanje samo stoga, što odredbe Zakona o parničnom postupku supsidijarno važe i u postupku vanparničnog pravosuđa.^{8),9)}

U Zakonu se ne upotrebljava termin »međunarodna nadležnost«.

Ako se u toku postupka utvrdi, da za rešavanje o jednome sporu nije nadležan neki domaći sud, već je nadležan neki inostrani organ, onda će se sud, pred koji je spor iznesen, oglasiti nenadležnim, ukinuće sve već sprovedene radnje i tužbu će odbaciti (čl. 15 st. 2). Ako je postupak pravnosnažno okončan, a nedostatak nadležnosti nije primećen, Vrhovni sud Jugoslavije će, na neoročeni predlog Saveznog javnog tužioca, izreći nenadležnost domaćeg suda, sve sprovedene parnične radnje ukinuti i tužbu odbaciti (čl. 15 st. 3). Dakle, međunarodna nadležnost je procesna pretpostavka.

Uvodni zakon za Zakon o parničnom postupku je privremeno¹⁰⁾ (»do donošenja Zakona o izvršnom postupku«) regulisao priznanje i

6) Misi se na sledeće ugovore: a) sa Bugarskom — Sporazum o uzajamnoj pravnoj pomoći od 23. 3. 56; Sl. 1. FNRJ, Dodatak r. 1/57; b) sa DDR — Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima, od 20. 5. 66; Sl. 1. SFRJ, Dodatak br. 1/67; c) sa Grčkom — Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima od 18. 6. 59, Sl. 1. FNRJ, Dodatak br. 7/60; d) Italija — Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u građanskim i upravnim stvarima, od 3. 12. 60; Sl. 1. SFRJ, Dodatak br. 5/63; e) sa Austrijom — Ugovor o međusobnom pravnom saobraćaju, od 16. 12. 54; Sl. 1. FNRJ, Dodatak br. 8/55; f) sa Poljskom Sporazum o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima, od 6. 2. 60; Sl. 1. SFRJ, br. 5/63; g) sa Rumunijom — Sporazum o uzajamnoj pravnoj pomoći od 18. 10. 70, Sl. 1. FNRJ, Dodatak br. 8/61; h) sa Sovjetskim Savezom — Sporazum o pravnoj pomoći u stvarima građanskog, porodičnog i krivičnog prava, od 24. 2. 62, Sl. 1. SFRJ, Dodatak br. 5/63; i) sa Čehoslovačkom — Sporazum g regulisanju pravnih odnosa u stvarima građanskog, porodičnog i krivičnog prava, od 21. 1. 64, Sh. 1. SFRJ, Dodatak br. 13/64; j) sa Mađarskom — Sporazum o međusobnom pravnom saobraćaju, od 7. 5. 60, sl. 1. FNRJ, Dodatak br. 7/60. (Pored nabrojanih, treba pomenuti i državne ugovore, koji su bili zaključeni pre rata: l) sa Francuskom — Ugovor od 3. 1. 29, Službene novine br. 112/1929; 2) sa Turskom — Ugovor od 27. 2. 36, Službene novine br. 116/1937).

8) Par. 21 predratnog zakona o Vanparničnom postupku: »Ukoliko ovaj zakon nema posebnih naređenja, u ovom postupku će se, i pored slučajeva posebice navedenih u ovom zakonu, shodno primenjivati propisi Građanskog parničnog postupka«. — Čl. 173 današnjeg Zakona o nasleđivanju (od 29. 4. 55) propisuje: »Primenjena pravila parničnog postupka. — U postupku za raspravljanje zaostavštine primenjuju se pravila parničnog postupka, ukoliko ovim zakonom nije drukčije određeno«.

9) Za regulisanje međunarodne nadležnosti u stvarima parničnog pravosuđa, vidi *Poznić, op. cit., (supra, primedba 4)*.

10) Koliko je tačna francuska izreka: »Il n'y a que le provisoire qui dure!« »Privremena regulisanja« moralo bi da budu urađena sa istom onom brižljivošću kao i »trajna«. Zakon o izvršnom postupku nije ni do danas donet.

izvršenje inostranih odluka. Sledeći propisi toga zakona su za naš sadašnji predmet od značaja:

odluka stranih sudova u stvarima roditeljsko-dečjih odnosa ili usvojenja, kao i druge odluke tih sudova, koje se tiču ličnog statusa, biće priznavane, ako je strani sud u takvoj stvari mogao da postupa prema propisima o nadležnosti koji važe u našoj državi (čl. 17 st. 1 t. 1);

strana odluka neće biti priznata, ako bi priznanje bilo protivno jugoslovenskom **ordre public** (čl. 18 st. 1 t. 2);

ako se odluka stranog suda tiče ličnog statusa jugoslovenskog državljanina, ona će biti priznata pod uslovom, da nije u suprotnosti sa jugoslovenskim zakonom, što se primenjuje za prosuđivanje takvih odnosa. Tiče li se odluka ličnog statusa stranog državljanina, potrebno je, da se ona prizna u državi, čiji je to lice državljanin (čl. 18 st. 2).

b) *Starateljske stvari*¹¹⁾

5. Pre rata bile su starateljske stvari stavljene u nadležnost sudovima. Danas važeći zakon je te stvari poverio jednom naročitom upravnom organu opštine. Prilikom ovog regulisanja zakonodavac je bio rukovođen mišlju, da je opštinski upravni organ, kao bliži svakidašnjem životu i onima kojih se postupak tiče, pogodniji, nego što su to sudovi, da se o onima kojima je staranje potrebno doista i stara.¹²⁾

6. Za naređivanje i za ukidanje starateljstva nadležni su samo organi maloletnikove države (odnosno države lica kojem je zaštita potrebna); starateljske poslove za jugoslovenskog državljanina koji živi u inostranstvu vrše jugoslovenska konzularna predstavništva (čl. 29 Zakona o starateljstvu). U pojedinim državnim ugovorima predviđena je mogućnost, da organ jedne države—ugovornice nadležan za naređivanje starateljstva prenese sprovođenje starateljstva na starateljske vlasti druge države-ugovornice, ako je to u interesu staranika (prebivalište, boravište ili imovina staranika nalaze se u toj drugoj državi); tada će vlast na koju je starateljstvo preneseno primenjivati svoje sopstveno pravo, ali ona neće moći da donosi nikakve odluke kojima bi se diralo u lični status lica u pitanju.

Jugoslovenskim starateljskim organima načelno ne pripada međunarodna nadležnost, kad se radi o starateljskim poslovima za strane državljanane. Ali, ako su vlasti strančeve države nedelatne, i ako postoji nužnost da se zaštite ličnost i interesi lica koje zaštitu potrebuje, pa ne budu preduzeti zahtevani koraci, tada će zakoračiti sa privremenim merama jugoslovenski starateljski organi i o tome će obavestiti

¹¹⁾ Zakoni od 1. 4. 47 i 1. 4. 65. Prečišćen tekst, Sl. l. SFR., br. 28/65. (Francuski prevod, zajedno sa zakonima o usvojenju i o roditeljsko-dečjim odnosima, pod naslovom »Le Droit Familial«, Institut za uporedno pravo, Beograd).

¹²⁾ Odluke o oduzimanju roditeljske vlasti i o oduzimanju poslovne sposobnosti (oduzimanju svojevlasti) zadržane su ipak za sudove. Starateljskom organu je povereno sprovođenje starateljstva, t.j. postavljanje staratelja i nadzor nad njegovim radom.

nadležne vlasti strančeve države; te mere će ostati u snazi sve dok inostrana vlast ne donese odluku koju predviđa njeno pravo i dok naređene mere ne sprovede (čl. 52).

c) *Ostavinske stvari*¹³⁾

7. Zakon o nasleđivanju reguliše, pored materijalnog prava, i postupak u ostavinskim stvarima¹³⁾ i sadržini odredbe o međunarodnoj nadležnosti. Ovaj poslednji termin nije doduše u Zakonu upotrebljen, ali je međunarodna nadležnost ipak samostalno i od mesne nadležnosti čak i spoljašnje odvojeno regulisana, kao što se vidi iz sledećih marginalnih naslova koji sleduju jedan za drugim uz članove 186—189: »Nadležnost za raspravu zaostavštine jugoslovenskog državljanina«, »Nadležnost za raspravu zaostavštine stranog državljanina«, »Nadležnost za raspravu zaostavštine lica bez državljanstva i lica nepoznatog državljanstva«, — i tek posle tih naslova dolazi čl. 189 sa natpisom »Mesna nadležnost«. ¹⁴⁾

— za raspravljavanje zaostavštine državljanina SFRJ isključivo je nadležan jugoslovenski sud u pogledu njegove nepokretne imovine koja se nalazi u SFRJ, a u pogledu njegove pokretne imovine bez obzira

¹³⁾ Zakon o nasleđivanju, od 29. 4. 55., sa izmenama i dopunama od 24. 3. 65; prečišćen tekst — Sl. l. SFRJ, br. 42/65. — Jedno saopštenje o ovom zakonu na nemačkom jeziku: *Eisner, Internationales Privat — und Verfahrensrecht im neuen jugoslawischen Gesetz über das Erbrecht: Rabels Zeitschrift* 21 (1956) 346—350.

^{13a)} Tesna veza između materijalnog i procesnog prava u ovoj materiji navela je zakonodavca, da materijalno nasledno pravo i postupak u ostavinskim stvarima reguliše u jednom zakonu. Zakon se sastoji od dva dela: Prvi deo — Nasledno pravo (čl. 1—159) i Drugi deo — Postupak u naslednim stvarima (čl. 160—242). U Prvom delu, gl. 6, sadržani su propisi jugoslovenskog međunarodnog privatnog prava, i to o: primeni jugoslovenskog zakona na jugoslovenske državljanine (čl. 154), nasleđivanju stranih državljanina (čl. 155), nasleđivanju lica bez državljanstva (čl. 156), formi testamenta (čl. 157), testamentu stranog državljanina (čl. 158), ograničenju primene stranog zakona (čl. 159). — Drugi deo sadrži propise jugoslovenskog međunarodnog građanskog procesnog prava, i to o međunarodnoj nadležnosti jugoslovenskih sudova: za raspravljavanje zaostavštine jugoslovenskog državljanina (čl. 186), stranog državljanina (čl. 187), (čl. 238), i lica bez državljanstva (čl. 188); proglašenju testamenta, kad raspravljavanje zaostavštine pripada nekom inostranom organu (čl. 205 st. 5), o merama obezbeđenja u korist domaćih naslednika, legatara i poverilaca, kad je za raspravljavanje zaostavštine stranog državljanina nadležan inostrani organ (čl. 236, 237).

¹⁴⁾ Čini mi se, da treba ukazati na regulisanje merodavnog materijalnog prava: — za nasleđivanje jugoslovenskih državljanina važi jugoslovensko materijalno pravo, bez obzira na to, gde je smrt nastupila i gde se imovina u trenutku smrti nalazila (čl. 154); — za nasleđivanje stranih državljanina važe zakonske odredbe zemlje, čiji je državljanin ostavilac bio u trenutku smrti, ili odredbe zakona na koji zakon njegove države upućuje (čl. 155 st. 1); — za nasleđivanje lica bez državljanstva važe zakonski propisi zemlje njihovog poslednjeg državljanstva, a kad takvo lice nije nikad imalo neko državljanstvo, onda zakon zemlje njegovog poslednjeg prebivališta, pa ako ni ovog nema, zakon zemlje njegovog poslednjeg boravišta (čl. 156); — odredbe zakona strane zemlje neće se primeniti ukoliko su u suprotnosti sa javnim poretkom Jugoslavije (čl. 159).

gde se nalazi; ako se njegova nepokretna imovina nalazi u inostranstvu, jugoslovenski sud biće nadležan samo ako po zakonima države u kojoj se nalazi imovina nije nadležan inostrani organ (čl. 186);

— za raspravljanje zaostavštine stranog državljanina u pogledu njegove nepokretne imovine koja se nalazi u Jugoslaviji isključivo je nadležan jugoslovenski sud; u pogledu njegove pokretne imovine koja se nalazi u Jugoslaviji nadležan je jugoslovenski sud: 1) ako je to međunarodnim ugovorom određeno, 2) ako ne postoji uzajamnost sa državom kojoj je umrli pripadao, 3) ako je po zakonima države kojoj je umrli pripadao jugoslovenski sud nadležan za raspravljanje zaostavštine ili ako inostrana država izjavi da neće da raspravlja zaostavštinu, 4) ako svi naslednici koji se nalaze u Jugoslaviji predlože da raspravu zaostavštine sprovede jugoslovenski sud, a naslednici i legatari koji se nalaze u inostranstvu ne stave u roku od šest meseci od poziva suda prigovor nenadležnosti jugoslovenskog suda; — kad jugoslovenski sud i nije nadležan za raspravljanje zaostavštine stranog državljanina, ipak je nadležan za izdavanje naredbe za obezbeđenje zaostavštine i za zaštitu prava koja prema zaostavštini imaju lica koja se nalaze u Jugoslaviji (čl. 187);

— za raspravljanje zaostavštine lica bez državljanstva ili lica čije se državljanstvo ne može ustanoviti u pogledu njegove nepokretne imovine koja se nalazi u Jugoslaviji, isključivo je nadležan jugoslovenski sud; — isto tako i u pogledu njegove pokretne imovine koja se nalazi u Jugoslaviji, ako je to lice u vreme smrti imalo prebivalište odnosno boravište u Jugoslaviji; — ako pak ono u Jugoslaviji nije imalo ni prebivalište ni boravište, shodno će se primenjivati odredbe za raspravu zaostavštine stranog državljanina, s tim što se pod stranom državom razume država u kojoj je umrli u vreme smrti imao prebivalište odnosno boravište (čl. 188);

— kad je za raspravljanje zaostavštine nadležan inostrani organ, sud na čijem području je ostavilac umro pozvaće oglasom sva lica u zemlji koja imaju zahteve prema zaostavštini kao naslednici, legatari ili poverioci, da te zahteve u određenom roku prijave, jer će se u protivnom slučaju pokretna imovina predati nadležnom organu strane države ili licu koje taj organ ovlasti za prijem te imovine (čl. 236 st. 1); — ako koji od naslednika ili legatara prijavi svoj zahtev, sud će zadržati zaostavštinu odnosno deo zaostavštine koji je potreban za pokriće tog zahteva sve dok organ strane države ne donese pravnosnažnu odluku o tom zahtevu; — ako koji poverilac prijavi svoje potraživanje, sud će zadržati zaostavštinu ili deo zaostavštine koji je potreban za pokriće tog potraživanja sve dok ono ne bude podmireno ili obezbeđeno (čl. 237);

— ako je za raspravljanje zaostavštine stranog državljanina u pogledu njegove pokretne imovine nadležan inostrani organ, sud će, ako svi naslednici koji se nalaze u zemlji predlože da raspravu sprovede jugoslovenski sud, pozvati sve naslednike i legatere koji se nalaze u inostranstvu da u određenom roku istaknu prigovor nenadležnosti jugoslovenskog suda, jer će inače raspravljanje zaostavštine sprovesti jugoslovenski sud (čl. 238);

— proglašenje testamenta: jugoslovenski sud kod kojeg se nađe ili kojem bude podnesen testament, otvoriće ga i pročitati i o tome zapisnik sastaviti, iako je za raspravljanje zaostavštine nadležan neki inostrani organ (čl. 205 st. 5).

II. Teorijska razmatranja o vanparničnoj kao preventivnoj delatnosti u okviru Međunarodnog građanskog procesnog prava¹⁵⁾

8. **Vanparnično pravosuđe.** — Pojam Vanparničnog pravosuđa je neodređen. Različito se shvata, kako u zakonodavstvu, tako i u literaturi. Vrsta zakonskog regulisanja i obim pravnih stvari koje spadaju u Vanparnični postupak variraju od zemlje do zemlje. I razlike postoje ne samo između zemalja koje pripadaju različitim pravnim sistemima, nego često i onda, kad su u pitanju zemlje čija su odgovarajuća pozitivna prava izgrađena na istim načelima. U nauci postoje često bitne razlike u mišljenjima u pogledu pojma Vanparničnog postupka, u pogledu njegove pravne prirode, njegovog razgraničenja od Parničnog postupka, karakterna odluka donetih u postupku Vanparničnog pravosuđa, i još mnogo čega drugog. No iako je to tako, izgleda da je preterano, kad jedan pisac uzvikuje »Mi doista i ne znamo, šta je to Vanparnično pravosuđe«. ¹⁶⁾ Ako i ne možemo da dođemo do jednog materijalnog pojma vanparničnog postupka i do jedne definicije toga postupka koja bi sve pravnike zadovoljila, ipak sasvim tačno znamo, šta je u pozitivnom pravu svake pojedine zemlje materija obuhvaćena nazivom Vanparnični postupak ili delatnost državnih organa u nespornim stvarima: građanskopravne (ili i upravno-pravne) stvari koje podleže jednom posebnom procesnopravnom regulisanju. ¹⁷⁾ Rukovođen obzirima celishodnosti, zakonodavac (u svakoj zemlji), stavlja izvesne kategorije pravnih stvari u područje »Vanparničnog postupka«, a da mu pritom ništa ne smeta što neke od njih imaju — karakter spornih

¹⁵⁾ Za ovaj rad korišćena je naročito sledeća literatura: *Baur*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1955; *Bettermann*, *Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung: Festschrift für F. Lent*, 1957; *Craushaar*, *Die internationale Verwendbarkeit deutscher Prozessnormen*, 1961; *Dölle*, *Ueber einige Kernfragen des Internationalen Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit: Rabels Zeitschrift 27 (1962/63) 201 i sl.*; *Guldener*, *Grundzüge der Freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz*, 1954; *Heldrich*, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, 1969; *Kegel*, *Internationales Privatrecht*, 3. izd., 1971; *Keidel*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 9. izd., 1967; *Lent-Habscheid*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4. izd., 1962; *Nagel*, *Auf dem Wege zu einem europäischen Prozessrecht*, 1963; *Neuhaus*, *Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht: Rabels Zeitschrift 20 (1955) 201 i sl.*; *Riezler*, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, 1949; *Rosenberg-Schwab*, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 10. izd.; *Schlechtriem*, *Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren*, 1966; *Soergel-Kegel*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. V, 10. izd., 1970; *Szászy*, *International Civil Procedure*, 1972.

¹⁶⁾ *Capeletti*, *Note in margine al Congresso Veneziano*, *Rivista di diritto processuale*, 1962.

¹⁷⁾ *Lent-Habscheid*, *op. cit.*, primedba 15 na str. 20.

stvari.¹⁸⁾ Moramo se pomiriti s tim, da je potpuno nemoguće, da na prosto semantičkim putem dođemo do nekakvih elemenata, pomoću kojih bismo mogli da odredimo pojam Vanparničnog pravosuđa. Termini su samo simboli. Stvar konvencije ili tradicije. Naziv može da se objasni istorijski, ali iz samog značenja reči nije moguće izvlačiti zaključke koji bi bili upotrebljivi za određivanje pravne suštine i za pravno-sistematsko sređivanje Vanparničnog pravosuđa. U pitanju je izvesna delatnost državne vlasti, koja se obavlja po izvesnim pravilima i služi za oblikovanje (subjektivnih) prava ili za zaštitu prava na područjima privatnog prava, na kojima se jače zapaža prisustvo javno-pravong elementa. U jednoj zemlji je ta delatnost poverena sudovima, u drugoj delimično i upravnim vlastima. I postupak je različito oblikovan. Sve to stvara mnoge probleme, kad se radi o stvarima sa elementima inostranosti, a naročito o stvarima, u kojima pravosudni (ili upravni) organ vrši uobličavanje ili preinačavanje prava, a odluke u tu svrhu donosi u velikoj meri po slobodnoj oceni. U vezi sa nazivom »Freiwillige **Gerichtsbareit**« (»jurisdiction gracieuse«, »jurisdictione voluntaria«) postavlja se katkad pitanje (u zemljama u kojima je ta delatnost povezana pravosudnim organima), da li i delatnost upravnih organa, koji u inostranstvu o takvim stvarima odlučuju, sme da bude priznata kao delatnost iste vrednosti kao što su akti domaćih pravosudnih organa. Ja se priključujem piscima koji se zalažu za potvrdan odgovor.¹⁹⁾ Težište ne bi trebalo postavljati na naziv delatnog organa. Od važnosti je vrsta pravnih stvari o kojima se rešava, koje se — ponavljam — tradicionalno označavaju kao privatnopravne, ali kojima javni interes daje jedan naročit pečat.²⁰⁾

9. Vanparnična delatnost državnog organa kojom se neposredno podmiruje potreba za merama staranja o ličnosti i imovinskim inte-

¹⁸⁾ Pored »klasičnih«, nespornih stvari, dodeljuju se u nadležnost vanparničnom pravosuđu ne retko, a naročito posle drugog svetskog rata (*Lent-Habscheid op. cit.*, str. 32), često i tako zvani »pravi sporovi«: stvari, u kojima su »učesnici u istinu dve stranke sa potpuno suprotnim interesima.

¹⁹⁾ *Soergel-Kegel, op. cit.*, str. 393, prim. 15: Inostrani upravni akti koji služe ostvarivanju pravičnosti između pojedinaca, a ne moći države, ima po nemačkim pravilima da se priznaju kao odluke vanparničnog pravosuđa. — *Poznić, Internationale Zuständigkeit der jugoslawischen Gerichte: ZJP 81 (1968) 453*: »Šta, kad lex patriae inostranog deteta ne predviđa mogućnost legitimacije putem odluke suda, nego putem odluke nekog drugog organa? Mišljenja smo, da podela nadležnosti za konkretno rešavanje u okviru jednog pravnog poretka predstavlja jedno pitanje unutrašnje procedure. Razlika između Jugoslavije i inostranstva ne treba stoga da bude, u tom pogledu, prepreka za nadležnost jugoslovenskog suda«.

²⁰⁾ *Bettermann, op. cit.* (v. supra, primedba 15), str. 24: »Uistinu je vanparnično pravosuđe u njegovom sadanjem obliku jedna izvanredno složena tvorevina, koja obuhvata čitav niz državnih delatnosti: ono je delom pravosuđe, delom uprava; delom parnično, delom vanparnično pravosuđe, delom građansko, delom upravno pravosuđe«. — *Rosenberg-Schwab, op. cit.* (v. supra, prim 15), str. 44: Vanparnični postupak je »čas pravosuđe, čas uprava, čas civilno, čas upravno pravosuđe«. — *Lent-Habscheid, op. cit.* (v. supra, primedba 15), str. 20: Prilikom dodeljivanja novih materija u nadležnost vanparničnog pravosuđu, zakonodavac nije bio rukovođen pojavnim razlozima, nego razlozima celishodnosti. Jasno je, da je na taj način ukupna slika ove vrste postupka morala da postane jedna »složena tvorevina«.

resima lica kojima je potrebna zaštita od strane društvene zajednice (Vorsorgende Rechtspflege).* — O jednoj naročitoj vrsti delatnosti državnih organa, koja se u nemačkoj terminologiji naziva **vorsorgende Rechtspflege**, govori se, kad se kao cilj delatnosti organa Vanparničnog postupka ima u vidu zaštita ličnosti i imovinskih interesa lica kojima je naročito staranje zajednice potrebno. Ovaj zadatak se označava upravo kao jezgro Vanparničnog postupka: regulisanje izvesnih životnih situacija i životnih odnosa; kad se ima u vidu budući razvoj njihov, ono što u životu ima da sleduje pravnom aktu državnog organa, kad se imaju u vidu situacije i odnosi u kojima se lica potrebna zaštite nalaze, pa se nastoji da se preduprede povrede njihovih prava i pravnih interesa. Akti državnih organa, koji proizilaze iz njihove delatnosti u ispunjavanju naložene im dužnosti, imaju često, ako i ne nužno i ne uvek, pravopreobražajni karakter, jer često proizvode promenu dasadašnjeg pravnog stanja.²¹⁾

Sa pojmom »vorsorgende Rechtspflege« vezan je pojam »Fürsorgebedürfnis«, potreba za staranjem. Postojanje te potrebe predstavlja načelno pretpostavku i opravdanje za intervenciju državnog organa na ovom području i, u istom mah, centralnu tačku čitave problematike vanparničnog postupka: to je u stvari analogon »pravozaštitne potrebe« na području parničnog pravosuđa (Dölle). No svrha staranja može da se sastoji i u tome, da se pojedincu pomogne, da ostvari izvestan cilj kojem teži, a koji je u skladu sa ciljevima društvene zajednice, da mu stvori »eine Hilfestellung«,²²⁾ jedan »pomoćni položaj« (kako se to kaže u gimnastici), koji mu tek omogućava da postigne ono što je naumio.

Za ovu vrstu delatnosti državnog organa je često karakteristično to, da se između državnog organa i učesnika u postupku stvara jedan trajniji odnos, jer se staranje, što ga država duguje, ne iscrpljuje u nekoj jednokratnoj intervenciji. Takav je npr. slučaj u stvarima starateljstva: starateljski organ ima ne samo da postavi staratelja, nego ima i nadzor nad njim da vodi, sve dok starateljstvo traje. Država je zainteresovana za to, da zaštita lica kojima je staranje potrebno, što je Ustavom proklamovana,²³⁾ doista na jedan delotvoran način i u životu sprovede. Jer tu je u pitanju ne samo interes lica kojima je zaštita potrebna, nego i interes društvene zajednice.

10. Isprepletanost materijalnog prava i procesnog prava u vanparničnim stvarima. — Ne postoji jedinstven postupak za sve stvari koje spadaju u »jurisdictio voluntuaria«. Naprotiv, delatnost državnih organa različito je regulisana za razne grupe stvari vanparničnih. Čak ni one stvari koje se obuhvataju nazivom »vorsorgende Rechtspflege« ne predstavljaju jedan jedinstven blok; za razne grupe tih stvari propisana su pravila koja su skrojena prema materijalnopravnim obelež-

²¹⁾ Dölle, *op. cit.*, str. 230.

²²⁾ Lent-Habscheid, *op. cit.*, str. 29.

²³⁾ Jugoslovenski Ustav, čl. 57: »Društvena zajednica pruža posebnu zaštitu majci i detetu. — Pod posebnom zaštitom društvene zajednice su maloletnici o kojima se roditelji ne staraju i druga lica koja nisu u mogućnosti da se sama brinu o sebi i zaštiti svojih prava i interesa«.

jima karakterističnim za grupu, i koja stoga mogu da budu primenjena samo na slučajeve što u grupu spadaju, a ne i na druge, jer delatnost državnog organa, uređena tim pravilima, treba da proizvede tačno određene materijalnopravne posledice. U tome se sastoji i jedna od razlika između procesnih radnji parničnog i procesnih radnji vanparničnog pravosuđa: dok u parničnom postupku procesne radnje po pravilu proizvode samo procesna dejstva, procesne radnje vanparničnih organa sračunate su na to, da proizvedu neposredna materijalnopravna dejstva. Sa toga razloga postoji tesna, katkad nerazrešiva veza između materijalnog prava i procesnog prava na području vanparničnog pravosuđa.

Ova pojava je od naročitog značaja za Međunarodno građansko procesno pravo, u situacijama u kojima domaće Međunarodno privatno pravo proglašava merodavnim za prosuđivanje jedne pravne stvari — strano materijalno pravo.

Isprepletenost materijalnog i procesnog prava nalaže da se poštuje načelo paraleliteta (*Gleichlaufgrundsatz*): procesnopravna i materijalnopravna pravila, što ih valja u jednom slučaju primeniti, mora da pripadaju jednom istom pravnom poretku. Vežanost procesnog prava sa materijom, u stvarima vanparničnog postupka, takva je, da je razdvajanje često nemoguće. I zato, kad po kolizionim normama ima da se primeni strano materijalno pravo, onda bi trebalo da i za delatnost organa budu merodavna strana procesna pravila koja su potrebna za valjano ostvarenje materijalnog prava. Da, ali — tu nam se suprotstavlja načelo **legis fori**: pravosudni organi moraju uvek da primenjuju samo svoje domaće procesno pravo. Znači li to, da vanparnični organi treba da odbiju da budu delatni, kad je strano materijalno pravo merodavno za sprovođenje stanja stvari? Takvo bi stanovište nesumnjivo bilo samo neizbežan zaključak iz dvaju načela, s jedne strane, načela o paralitetu između materijalnog i procesnog prava i, s druge načela o vladavini **legis fori** u pogledu primene procesnog prava — ako ta načela treba da imaju apsolutnu vrednost. Kolikogod ovo shvatanje izgledalo formalnogički ispravno, ono je ipak praktično potpuno neprihvatljivo, jer bi vodilo grubom odbijanju pravne zaštite. Teška šteta bila bi naneta ne samo interesima onih kojima je pravna zaštita potrebna, nego i interesima države, jer ne bi mogao da bude ispunjen kulturni zadatak njen da svakome licu, koje se na njenoj teritoriji nađe, zaštitu prava obezbedi i da se za pravni mir i pravnu sigurnost stara. I pored sve prepletenosti materijalnog i procesnog prava u vanparničnim stvarima, prepletenosti koju uslovljava sama suština delatnosti državnog organa na tome području, ne bi nikako mogla da se smatra opravdanom principijelna nenadležnost domaćih vlasti u situacijama u kojima je strano materijalno pravo merodavno. Neophodno je, tražiti izlaz, ako se hoće da »l'administration du droit« odgovori savremenim potrebama međunarodnog saobraćaja.

11. **Pravna načela i ljudske potrebe; relativitet procesnih načela.**²⁴⁾ — Samo se ponavlja jedna »vérité de Monsieur de La Palisse«, kad već studentima govorimo: Procesna načela ne bi smelo da se shvate kao samostalni ciljevi. I ona samo služe opravdanim ljudskim interesima. Zato i jedno tradicionalno načelo mora da se napusti, ili bar da se u svetlosti sadašnjih životnih odnosa i životnih potreba revidira, pa, ako to nužnost iziskuje, i probije, kad je to potrebno radi prilagođavanja prava izmenjenim okolnostima ljudskog saobraćaja. Tamo, gde se takva nužnost pokaže, ni najkrući dogmatičar ne može na ino, do da prizna, da bi potpuno uzalud bilo uzvikivati »**Noli turbare circulos meos**«. Pojam »potreba za staranjem« (**Fürsorgebedürfnis**) izdignut je već od nekog vremena na stupanj najvišeg kriterijuma prilikom prosuđivanja da li je dopustiva delatnost državnog organa na području vanparničnog postupka. S jedne strane, priznaje se, da intervencija domaćih organa može biti opravdana i u slučajevima u kojima ima da se primeni starano materijalno pravo. S druge strane, ni dogma o isključivoj važnosti načela **legis fori** prilikom primene procesnih pravila nije ostala nedirnut, kad je revidirano pitanje kvalifikacije.

12. **Nešto o važenju načela legis fori u međunarodnom procesnom pravu.** — U skoro svima našim napisima o Međunarodnom procesnom pravu govorimo o važenju **legis fori** kao o jednom načelu »koje vlada postupkom u celom svetu«. Za opravdanje te prakse navodi se praktičan razlog: uredno razvijanje postupka može »samo onda« da se obezbedi, kad vlasti postupaju po pravilima koja su im potpuno dobro poznata. No ja bih sebi dopustio, da primetim, da pritom, bar delimično, izvesnu ulogu igra i komoditet takvog stava za vlasti u pitanju (a isto tako i za advokate): rutinski posao sa dobro poznatim instrumentima odgovara čovekovoј skolonosti za izbegavanje intelektualnog napora.

Katkad se za opravdanje ovog načela navodi i argument državnog suvereniteta: pravosudni organi vrše svoju delatnost u ime države, i to u jednom postupku koji odražava suštinu te države, pa stoga podleže regulisanju samo od strane te države. Ne izgleda mi na mestu taj ar-

²⁴⁾ *Milivoje Marković*, Građansko procesno pravo, knj. I, sveska 1, Beograd, 1957, str. 64, 65: »Načela postupka treba da odgovore praktičnim potrebama društvene zajednice. Sud o vrednosti pojedinog od tih načela menja se u toku vremena. Nijedno od njih nema apsolutnu vrednost. Ona se često različito shvataju i različito primenjuju, ne samo u raznim zemljama, nego i u jednoj zemlji u raznim istorijskim periodima. Nikad i nigde bez izuzetka. Kad više načela stoje među sobom u sukobu, obično se teži izvesnom kompromisu. Ona se više ili manje ostvaruju, prema tome, šta se, iz ovog ili onog razloga, sa ovog ili onog stanovišta posmatrano, kao celishodnije smatra. Bezobzirno sprovođenje jednog načela može i u sudskom postupku, kao i običnom životu, da donese više štete no koristi. Kako su potrebe društvene zajednice mnogobrojne, a sredstva za njihovo zadovoljenje raznovrsna, kompromis je nužan. — Kakve će rezultate u praksi jedno načelo dati, zavisi, na kraju krajeva, od toga, kako se postupak u jednoj zemlji sprovodi. Jer, ne treba zaboraviti, da postupak, živi postupak, ne predstavljaju zakonski tekstovi. Za istinsku vrednost jednog postupka presudan značaj imaju ljudi, kojima je poveren zadatak, da sadržinu zakonskih propisa sprovedu u život prava.«

gument, i ja sam sklon da se priključim »ne-vladajućem mišljenju«, po kojem za radnje u postupku treba da važe oni propisi (domaći ili strani), koji su sa njima najtešnje vezani.²⁵⁾ Pri tome lebdi mi pred očima **tehnička strana** postupka, njegov instrumentalni karakter.²⁶⁾ Treba tražiti i iznalaziti najpogodnije alatke za ostvarenje sadržine, suštine, smisla materijalnopравnih normi koje su po domaćem Međunarodnom privatnom pravu merodavne. A takva su, na području vanparničnog pravosuđa sa karakterom staranja (Vorsorgende Rechtspflege), upravo ona strana pravila postupka koja su skrojena za materijalnopравno regulisanje slučaja. »Međunarodno privatno pravo« je u stvari — nacionalno pravo. »Međunarodno procesno pravo« — isto tako. Izraz »međunarodno« ukazuje samo na to, da su u pitanju slučajevi sa elementima inostranosti. Domaći zakonodavac je hteo primenu stranog prava, kad je strano materijalno pravo proglasio merodavnim. Pravila o postupku nisu sama sebi cilj. Ona su samo sredstvo za postizanje jednog cilja, a taj cilj je — valjano ostvarenje materijalnopравne norme, koja je u datoj situaciji merodavna. Ko hoće postizanje cilja, ne može drukčije, no mora da hoće, isto tako, i najpogodnija sredstva koja tome cilju vode.

Mora se dakle uzeti, da su u stvarima vanparničnog pravosuđa sa karakterom staranja (Vorsorgende Rechtspflege) nadležni državni organi već u domaćim kolizionim normama dobili ovlašćenje, da primene i strana procesna pravila u situacijama u kojima je strano materijalno pravo merodavno, ako bi, usled tesne veze, koja u datom slučaju postoji između materijalnog i procesnog prava, ostvarenje materijalne pravne norme bilo nemoguće uz primenu domaćih pravila postupka.²⁷⁾ Postoji ipak granica. Dvostruka. Prvo, tu je **ordre public**. Pojam toliko poznat, da je izlišno, na ovome mestu o njemu govoriti. Zatim, treba da postoji nadležnost organa u pitanju s obzirom na samu suštinu delatnosti za čije obavljanje je organ ustanovljen, ono što se u nemačkoj terminologiji naziva **wesenseigene Zuständigkeit**. Primena stranog prava od strane domaćih vlasti pretpostavlja, da su ove osposobljene da ispune zadatke koji se od njih očekuju i da razviju funkcije koje su za to nužne. Ako bi se pak od domaćih organa tražilo da preduzmu kakvu delatnost, koja uopšte nije u skladu sa domaćom organizacijom vlasti, onda bi oni takvu delatnost morali da odbiju: zahtevana procesna obrada slučaja može da se preduzme samo onda, kad ona, takva kakva je zahtevana, može da se uklopi u funkcioni domen organa u pitanju.

²⁵⁾ Szászy, *op. cit.* (v. *supra*, primedba 15), str. 231.

²⁶⁾ Marković, *op. cit.*, str. 8: »Pravila Građanskog procesnog prava mogu pre svega da se podele u dve grupe: a) *Organizacioni propisi*, kojima se određuju i uređuju organi građanskog pravosuđa, i b) propisi kojima se reguliše *postupak, postupanje ili delanje* raznih lica, koja u cilju sudskog ostvarivanja ili sudske zaštite građanskih subjektivnih prava preduzimaju potrebne radnje. Prva grupa propisa predstavlja u stvari deo Ustavnog prava. Organizacija pravosuđa i uređenje sudova zadovoljavaju potrebe jedne od osnovnih funkcija države. Prilikom pravnog regulisanja ove materije, odlučujuću ulogu igraju politički momenti. Druga grupa propisa predstavlja, u svojoj ukupnosti, sudski postupak u užem smislu ili građanskopравnu proceduru, čija pravila imaju pretežno tehnički karakter«.

13. Kvalifikacija pravnih pravila, što treba da budu primenjena kao propisa materijalnog ili propisa procesnog prava. — Ako se ostane pri isključivoj primeni domaćih pravila postupka, onda pitanju kvalifikacije pripada naročit značaj. Pritom je odlučujuće samo: kakav karakter ima delatnost državnog organa, a nikako ne odgovor na pitanje o tome, na kojem se mestu, u kojem zakonskom tekstu nalazi propis stranog prava koji tu delatnost reguliše. U domenu vanparničnog pravosuđa sa karakterom staranja (Vorsorgende Rechtspflege), državni organi često obavljaju jednu funkciju oblikovanja prava, pri čemu njihova delatnost proizvodi neposredne materijalnopravne posledice: postanak, promenu ili gašenje nekog subjektivnog prava ili nekog materijalnog pravnog odnosa. Za ovo potrebni uslovi (potrebne pretpostavke) sadržani su, ne retko, u procesnim zakonima. Međutim, propisi koji se na te uslove odnose ne smeju nikako da budu kvalifikovani kao procesno-pravni. Kad se izvrši tačna analiza, pokazuje se, da znatan broj pravila Vanparničnog postupka pripadaju u stvari materijalnom, a ne procesnom pravu. Kad je tako, onda stav »Državni organ primenjuje uvek samo svoje sopstveno procesno pravo« ne stoji na putu primeni takvih propisa, iako se oni po svome formalnom pravnom izvoru obično svrstavaju u pravo postupka. U sistemu pravnih pravila jedne zemlje dobili su oni svoje mesto među propisima postupka samo stoga što njihova funkcija normi, kojima se regulišu pravoproizvodne, pravopreinačavne i pravoponištavne činjenice, dolazi do izraza tek u jednom javnopravnom postupku, jednom postupku vlasti, a ne u privatnopravnom, pravnposlovnom saobraćaju između privatnopravnih subjekata.

U krajnjoj liniji, da bismo ispravno kvalifikovali kao procesno-pravne ili kao materijalnopravne propise koje valja primeniti, treba odgovoriti na pitanje: u kojem području nastaje pravna posledica koju norma određuje. Ako samo u procesnom, onda propis treba smatrati procesnopravnim; — ako pak delatnost vlasti treba neposredno na području privatnog prava jednu pravnu posledicu da proizvede, onda propis, koji tu posledicu naređuje, mora da se kvalifikuje kao propis materijalnopravni.

14. Međunarodna nadležnost.²⁸⁾ — Potreba za staranjem označa-

²⁷⁾ »Kad kolizione norme nalažu našim sudovima primenu stranog prava, u tome načelno leži i nalog, da vrše one akte, koji su po stranom pravu pretpostavka za nastupanje materijalnopravne posledice.« (*Dölle*, op. cit. str. 230). — Vidj i *Heldrich*, op. cit., str. 152.

²⁸⁾ U zakonodavstvu se katkad međunarodna nadležnost ne odvaja od mesne nadležnosti, a u literaturi se katkad susreće mešanje »nadležnosti prava« i »nadležnosti suda«, kad se pisac bavi specijalno ovim pojmom, nego ga samo uzgred pominje. Iako to spada u azbuku Međunarodnog procesnog prava, nek mi bude dopušteno, da kratko ukažem na nužno razlikovanje: a) kod mesne nadležnosti je u pitanju teritorijalno razgraničenje nadležnosti (kompetencije) pojedinačnih istovrsnih pravosudnih organa unutar jedne države; b) »nadležno pravo« je materijalno pravo koje je kolizionim normama Međunarodnog privatnog prava određeno kao merodavno; c) pod međunarodnom nadležnošću državnih organa treba razumeti nadležnost organa jedne države u celini, bez obzira na to, koji pojedini organ treba u pojedinom konkretnom slučaju da bude delatan, kad se radi o tome, da se odredi, kad su za postupanje u privatnopravnim stvarima, u jednom postupku u kojem organi vlasti treba da budu

va se kao jezgro problema nadležnosti,²⁹⁾ kao »doista bitno-konstitutivni element³⁰⁾ domaće međunarodne nadležnosti u stvarima vanparnične delatnosti sa karakterom staranja. No pored toga mora da postoji i izvesna veza sa domaćom državom, koja opravdava delatnost domaćih pravosudnih organa.

Ako koliziona norma predviđa primenljivost domaćeg materijalnog prava, onda već i pravila o mesnoj nadležnosti opredeljuju kad i međunarodnu nadležnost, iako te dve nadležnosti nisu identične. Kriterijum vezivanja je prebivalište ili boravište lica kojem je zaštita potrebna.

Ako je strano materijalno pravo merodavno, onda se pitanje međunarodne nadležnosti postavlja kao potpuno samostalan problem Međunarodnog procesnog prava. Tada moment potrebe za staranjem dobija presudan značaj, no ipak pod pretpostavkom, da potreba iziskuje podmirenje ovde i sada: mora da postoji tu, u zemlji, i da bude hitna. U takvoj situaciji, to jest, kad lice, kojem je zaštita potrebna, boravi u zemlji, ili se neka njegova stvar (»stvar« — u najširem smislu reči, dakle ne samo telesna stvar, nego i svaki drugi nematerijalni predmet) u zemlji nalazi, pa je za efikasnu zaštitu ličnosti, prava ili pravnih interesa lica u pitanju neophodna neposredna intervencija državnih organa, onda su domaće vlasti vanparnične jurisdikcije ne samo ovlašćene, nego su i dužne da potrebne mere preduzmu. A to i onda, kad je strana država u pogledu svojih državljana zadržala isključivu nadležnost za svoje vlasti. Strane vlasti treba o preduzetim merama da budu obavestene, ali će te domaće mere ostati u snazi, sve dok inostrani organi o stvarima ne odluče i mere, koje one narede, doista ne sprovedu. Kad je odluka, koja je donesena od strane domaćih organa, bila apsolutno potrebna u interesu pravnog mira i pravne sigurnosti, a dejstva treba da proizvede samo u domaćoj državi, onda je potpuno beznačajno, da li će ona u inostranstvu biti priznata.

Nesumnjivo je u interesu onih koji se vlastima obraćaju ili onih kojima je zaštita od strane vlasti potrebna, da njihove stvari rešavaju organi koji su im teritorijalno najbliži. Jedan od kulturnih zadataka države je, da strancu omogućiti pristup tim organima, jer upućivanje na teritorijalno udaljene vlasti neke druge države može da predstavlja znatne teškoće za ostvarivanje prava i često da bude ravno uskraćivanju pravne zaštite. Taj obzir može da se označi kao jedna od osnovnih misli vodilja prilikom normiranja međunarodne nadležnosti. No to svakako pod pretpostavkom, da očekivana odluka može da računa sa priznanjem u inostranstvu — ako samo u inostranstvu treba svoja

delatni, nadležne domaće, a kad strane vlasti. — Videti *Kegel*, *Internacionales Privatrecht*, 3. izd., 1971, str. 12, 13. (Možda bi valjalo, sasvim uzgred, primetiti, da izraz »privatnopravni postupak« nikako ne može da se smatra pogodnim, jer Procesno pravo spada u Javno, čak i onda kad se u postupku raspravljaju građanskopravne ili privatnopravne stvari. Pa ipak susrećemo čak i u novijoj evropskoj literaturi naziv »Droit judiciaire privé«, kao npr. u naslovu dela *H. Solus i R. Perrot*, koje je izašlo 1971. godine).

²⁹⁾ *Lent-Habscheid*, *op. cit.*, str. 58.

³⁰⁾ *Dölle*, *op. cit.*, str. 217, 234.

dejstva da proizvede, jer inače ne bi imala nikakvog smisla delatnost domaćih vlasti.

Međunarodna nadležnost trebalo bi da bude tako uređena, da se obezbedi harmonija odlučivanja sa državom **legis causae** i da se izbegnu hramljući pravni odnosi.³¹⁾

III. — Završna primedba: deziderata i praktične mogućnosti

15. Kad se ne bih usturčavao pred prekorom, koji će mi se možda učiniti, da sanjarim, rekao bih, da mi, pri sadašnjem stanju međunarodnog saobraćaja, sa tendencijom za stalnim porastom, jedan jedini put izgleda racionalan za rešenje zamršenih problema vanparničnog pravosuđa u stvarima sa elementom inostranosti: rasecanje Gordijevog čvora — jedno jedinstveno evropsko pravo postupka. Sve drugo je samo — krpež. I pored svih razlika u pojedinostima, regulisanje vanparničnog pravosuđa u raznim zakonodavstvima pokazuje znatne zajedničke osnovne crte, čije je središte nužnost da se zadovolji potreba staranja o licima kojima država to staranje duguje. A ta je potreba svuda ista. Isti je i cilj delatnosti državnih organa: obezbeđenje potrebne zaštite na što je moguće efikasniji način. Da, ali prilikom pravnog regulisanja međunarodnih odnosa ne igra »le bon sens« ni iz daleka odlučujuću ulogu. Naprotiv, iracionalni momenti vrše često pretežni uticaj. Svaka zemlja drži se čvrsto svojih pravnih tradicija. I stalo joj je do njenog prestiža. Ne bez razloga, govori se o »pravničkom šovinizmu«.³²⁾ Izlišno je, na ovome mestu nabrajati mnogobrojne prepreke, koje stoje na putu jednom jedinstvenom evropskom pravu. Nepotrebno bi bilo, ukazivati na koristi od jednog takvog regulisanja na ovom području, jer su pravници toga potpuno svesni.

Moramo stvarnost da primimo takvu, kakva je, i da tražimo praktične mogućnosti.

Pravna nauka ima i zadatak, da radi na približavanju pravnih shvatanja. Ideje ne poznaju državne granice. U spontanoj saradnji treba ispitati i proceniti interese onih kojima je zaštita potrebna, a isto tako i interese moderne države da zaštitu efikasno obezbedi. I sve to bez ikakvih predubeđenja. Ta saradnja na polju vanparničnog pravosuđa utoliko je lakša, što ovde ideološke suprotnosti ne igraju nikakvu ulogu: radi se naprosto o tome, da se pronađe najcelishodniji put, kako da organi vanparničnog postupka raznih država pruže adekvatnu pravnu pomoć licima kojima je staranje potrebno. Pravila procesnog prava taloži savremena kultura, ali su ona i jedan deo kulturnog nasleđa.

Praksa vanparničnog pravosuđa pokazuje, ne retko, tendencije za krčenje novih puteva. Ona donosi odluke koje odgovaraju »prirodi stvari«. Za teoretičara, kao i za zakonodavca, »potreba za staranjem« (Fürsorgebedürfnis) je samo jedan pojam, nešto apstraktno. Pred praktičarem se nalazi živ čovek kojem je staranje potrebno, i koji pomoć ne očekuje »od države«, nego od jednog određenog organa van-

³¹⁾ *Heldrich, op. cit., str. 152—155.*

³²⁾ *Schlechtriem, op. cit. str. 11.*

parničnog pravosuđa. I taj organa mora da dela bez odlaganja, odluku da donese, meru da preduzme, a ta odluka i ta mera uveliko su ostavljeni njegovoj **ljudskoj** oceni. Kad postoji hitna potreba za staranjem, onda se ne nalazi u prvom planu »domaći« ili »strani« državljanin«, nego naprosto čovek kojem je staranje potrebno, kojem je društvena zaštita neophodna. Ukoliko je priznata sloboda kretanja, država duguje tu zaštitu svakom čoveku koji na njenoj teritoriji boravi.

Naročiti značaj imaju regulisanja pravne pomoći u najširem smislu reći putem državnih ugovora. U ovome trenutku su oni najvažniji izraz međunarodne saradnje u području vanparničnog pravosuđa. Bilateralni ugovori pokazali su se kao najpraktičniji put u pravcu delimičnog unificiranja ili bar usklađivanja pravila o međunarodnoj nadležnosti. Kao pojavu koja pravnika-internacionalistu može naročito na ovome polju da obraduje, smatram jednu odredbu u međunarodnim ugovorima što ih je Jugoslavija sklopila sa izvesnim državama: mogućnost, da organi vanparničnog pravosuđa jedne države-ugovornice prenesu starateljstvo na organe druge države ugovornice, kad je to u interesu staranika koji se nalazi u inostranstvu. To znači, s jedne strane, uzajamno, priznavanje iste vrednosti organima druge države, kao i vanparničnim organima svoje, a to je ostvarenje jedne ideje za koju se istaknuti radnici na polju Međunarodnog procesnog prava toplo zalažu. S druge strane, na taj način dolazi do punog izraza značaj prebivališta lica kojem je staranje potrebno: efikasno staranje može štićeniku da obezbedi samo starateljski organ koji se nalazi sa njim u neposrednom kontaktu. Najzad, stranac se na taj način još intimnije uklapa u sredinu u kojoj trenutno živi. I to je jedna manifestacija međunarodne solidarnosti i međuzavisnosti, jedno približavanje cilju, koji leži u dalekoj budućnosti: jednoj pravnoj zajednici između ljudi koji pripadaju jednom kulturnom krugu, bez obzira na to, da li su domaći ili stranci.

LES POSSIBILITÉS DE LA JURIDICTION GRACIEUSE DANS LES AFFAIRES A ÉLÉMENT ÉTRANGER

(Résumé)

1. Les mouvements migratoires des hommes passant d'un pays dans un autre pour s'y établir d'une manière provisoire ou bien pour une durée plus longue de temps pourraient être désignés comme l'une des caractéristiques de notre époque. Ils ont pour conséquence, entre autres, un accroissement considérable des cas à élément étranger devant les organes de juridiction gracieuse. Selon l'opinion dominante dans cette matière, la compétence internationale (compétence générale) des autorités de la juridiction gracieuse ne devrait s'étendre que sur les affaires soumises au droit matériel interne (lex fori). Cette attitude, cependant, ne correspond plus aux besoins de l'actualité internationale.

2. Por la présentation des solutions en droit positif de son pays, l'auteur n'a choisi, dans le vaste domaine de la juridiction gracieuse, que deux matières, toutes les deux ayant trouvé la réglementation législative dans la Yougoslavie de l'après-guerre; la tutelle et les successions.

3. Les considérations d'ordre théorique portent sur les questions suivantes:

- a) La notion de la juridiction gracieuse;
- b) L'activité des organes de juridiction gracieuse relative à la sauvegarde de la personne et des intérêts patrimoniaux des sujets qui ont besoin de la protection par la société (*Vorsorgende Rechtspflege*);
- c) L'entrelacement du droit matériel et du droit processuel dans les affaires de juridiction gracieuse;
- d) Les principes juridiques et les besoins humains; la valeur relative des principes du droit processuel;
- e) La valeur du principe de la *lex fori* en droit international processuel;
- f) La qualification des règles de droit qui doivent être appliquées comme normes de droit matériel ou comme celles de droit processuel;
- g) La compétence internationale (compétence générale) des autorités domestiques de juridiction gracieuse.

4. Les observations finales de l'auteur concernent les desiderata et les possibilités pratiques sur le plan international: — Eu égard à la situation actuelle du trafic international et, davantage encore, à la tendance d'un accroissement continu, une seule voie paraît être rationnelle pour résoudre les problèmes embrouillés de la juridiction gracieuse aux éléments étrangers, à savoir — trancher le noeud gordien: un droit de procédure européen unifié. Tout autre chose n'est que ravaudage. Notamment en ce qui concerne la partie centrale de la juridiction gracieuse, qui porte dans la terminologie allemande le nom de «*Vorsorgende Rechtspflege*», dont le noyau consiste dans la nécessité de satisfaire un besoin urgent de protection que l'Etat moderne doit à toute personne se trouvant sur son territoire, sans égard à sa nationalité. Nonobstant toutes les différences de détail parmi les diverses réglementations nationales de cette partie de la juridiction gracieuse, certains traits caractéristiques communs peuvent y être constatés, correspondant à la «nature des choses». Les besoins de protection sont partout les mêmes. Les mêmes sont aussi les moyens pour y arriver. Et cependant, dans la réglementation des rapports juridiques sur le plan international, le «bon sens» de loin ne joue le rôle décisif. Des moments irrationnels y exercent bien souvent une influence prépondérante, et — un droit de procédure européen unifié ne reste qu'un rêve d'un avenir lointain. En réaliste, il faut chercher les possibilités pratiques, compte tenant de toutes les données du moment présent.

a) La science a le devoir de travailler pour un rapprochement des différentes conceptions juridiques, en insistant plutôt sur ce qui est commun aux divers systèmes nationaux que sur ce qui les sépare. Les idées ne connaissent pas les frontières d'Etats. Dans une coopération spontanée, il s'agit de rechercher et évaluer les intérêts des personnes ayant besoin de protection, ainsi que les intérêts de l'Etat moderne à accorder cette protection d'une manière et dans les formes les plus efficaces. Et tout cela sans préjugés aucuns. Cette coopération dans le champ de la juridiction gracieuse est d'autant plus aisée que les contradictions d'ordre idéologique n'y jouent aucun rôle: il y va simplement des voies et des moyens les plus opportuns pour rendre possible aux tribunaux ou autorités administratives (l'idée de l'équivalence des différents organes de l'administration du droit dans les divers Etats peut être considérée comme un bien acquis de la science de droit contemporaine) de venir en aide de la manière la plus adéquate aux nécessités réelles des personnes qui ont besoin de la protection.

b) Si la science se concentre à l'idée du droit et la législation établit un plan de l'activité juridique future, la pratique des organes de la juridiction gracieuse représente un secteur de la vie même du droit. Et, bien souvent, elle accomplit un travail de pionnier: en scrutant attentivement les intérêts concrets des justiciables, elle trouve une solution qui n'a pas été encore préconisée par la science ni consacrée par la loi, mais qui correspond au mieux aux exigences de la vie, compte tenant de toutes les circonstances de l'espèce. Pour le théoricien, et même pour le législateur «le besoin de protection» n'est qu'une notion juridique, quelque chose d'abstrait. Devant le praticien se trouve l'homme vivant

qui doit être protégé et qui attend une aide adéquate non pas »de la part de l'Etat«, mais bien de la part d'un autre homme qui exerce la fonction de l'organe de la juridiction gracieuse. Et cet homme doit agir immédiatement, sans délai; il doit sur le champs prendre une décision, entreprendre une mesure, et cette décision et cette mesure sont largement laissées à sa libre appréciation *humaine*.

c) A l'heure actuelle, une importance particulière appartient aux conventions internationales bilatérales comme le moyen le plus pratique pour la solution des problèmes enchevêtrés de la juridiction gracieuse sur le plan international.