

О НЕАДЕКВАТНОЈ УПОТРЕБИ ПРАВНОГ ТЕРМИНА „ГРАЂАНСКА И ТРГОВАЧКА МАТЕРИЈА” У МЕЂУНАРОДНИМ УГОВОРИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ДОБИЈАЊЕ ДОКОЗА У ИНОСТРАНСТВУ

Обично се у доктрини међународног приватног права сматра да се тешкоће које настају приликом примене међународних уговора због њима само означених, а не и дефинисаних правних појмова, изражавају у виду проблема квалификације, јер тада и поред заједничког назива или термина и даље коегзистирају за сврху ових уговора различите дефиниције тих појмова у законодавствима држава уговорница или у њиховој судској пракси. *Међутим, тешкоће исте врсте појављују се и због неадекватно употребљених у међународним уговорима назива или термина већ признатих у међународној пракси и законодавствима држава-уговорница правних појмова, јер тада за сврхе конвенције коегзистирају различите дефиниције других правних појмова, а не оних чије је термине или називе требало употребити.* Према томе, у вези са недефинисаним а само означеним правним појмовима се међународним уговорима постоји не само проблем квалификације правних појмова него може постојати, као претходан, проблем елиминисања неадекватних правних термина у међународним уговорима. Овај последњи проблем, који иначе у науци међународног приватног права није посебно подвучен, а још мање осветљен и објашњен, може бити од нарочитог значаја за елиминисање тешкоћа око примене међународних уговора. Нарочито је то случај, када су неадекватно употребљени називи оних правних појмова или правни термини којима се у међународним уговорима означаје домен њихове примене, јер тада они усмеравају државе-уговорнице да квалификују правну садржину других правних појмова, а не оних помоћу којих би било могуће одредити стварно поље примене оваквих међународних уговора. Ако се при томе има у виду да неадекватно употребљени називи правних појмова или правни термини егзистирају у извесним међународним уговорима деценијама, онда је несумњиво потребно осветљавање ове појаве и указивање евентуалног пута за њено елиминисање. У том циљу у овом раду је и разматрана употреба термина „грађанска и трговачка материја” у међународним уговорима који се односи на добијање доказа у иностранству и који се у њима употребљава већ око стотину година.

Наиме, на основу истраживања билатералних и мултилатералних међународних уговора о правној помоћи може се констатовати да су већ у времену своје појаве, односно у другој половини деветнаестог века, редовно садржали и одредбе о добијању доказа у иностранству путем замолница и да је употребом термина „грађанска и трговачка материја” или „грађанска и трговачке ствари” означавамо поље њихове примене. При томе, требало би исто тако констатовати да се у тим међународним уговорима не помиње ни термин „међународна приватна материја”, ни „међународне приватне ствари”, иако је ноторно да су тада већ увелико постојали ⁽¹⁾.

Од тог времена, па до данас, протекло је више од једног века, а још увек међународни уговори ове врсте, па чак и најновији, садрже одредбе у којима је назначено да се добијање доказа у иностранству за сврхе овог уговора може тражити замолницом државе-уговорнице ка-да је у питању „грађанска и трговачка материја”. За тачност овог тврђења довољно је подсетити се да и најновија Хашка конвенција (донета 1968. године), која искључиво регулише добијање доказа у иностранству између држава уговорница-чланица Хашке конференције за међународно приватно право, носи назив „Конвенција о добијању доказа у иностранству у грађанској и трговачкој материји” и да исто тако „Конвенција о грађанском поступку” у свим својим редакцијама (од 1954, 1905 и 1896. године) говори о замолницама за извођење доказа у иностранству у „грађанским и трговачким стварима” ⁽²⁾. Поред ових мултилатералних Хашких конвенција, у прилог овог тврђења може се навести и читав низ билатералних међународних уговора закључених у нашем времену, у којима се било у самом наслову, било у основним одредбама назначује да се односе на правну помоћ (укључујући и добијање доказа у иностранству) у „грађанским и трговачким стварима” или другим материјама (кривичним, породичним, итд.), од којих ни једна није међународна приватна ⁽³⁾.

(1) Види: члан 5. Хашке конвенције о грађанском поступку од 14. XI 1896. године («Documents relatifs à la Quatrième conférence de la Haye», La Haye, 1904. године); члан 8. Хашке конвенције о грађанском поступку од 17. VII 1905. године (превод текста Конвенције објављен у „Текстовима из међународног приватног права са објашњењима”, од М. Јездића и Б. Николајевића, 1951. године, с. 140 и сл.; члан 21. Конвенције између Француске и Швајцарске од 15. VI 1869. године (види: А. Pillet, «Traité pratique de droit international privé», Paris—Grenoble. t. II. p. 505), итд.

(2) Текст Конвенције о добијању доказа у иностранству у грађанској и трговачкој материји објављен је у «Actes et Documents», Conférence de La Haye, La Haye, 1970. g. t. IV p. 191 и сл.

Види члан 8. Конвенције о грађанском поступку од 1. III 1954. године (превод текста ове Конвенције објављен је у „Збирци прописа и судских одлука међународног приватног права”, од М. Пака, 1971, с. 215 и сл.

(3) У овом смислу могу се навести примера ради и следеће конвенције које је Југославија закључила са другим државама:

Конвенција о узајамној правној помоћи у грађанским и управним стварима, закључена 3. XII 1960. године са Италијом; Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима, закључен 24. II 1962. године са СССР-ом; Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима, закључен 6. XII 1960. године са НР Пољском и друге (Текстови ових конвенција и уговора објављени су у збирци „Међународна правна помоћ”, од П. Протића, М. Вражалића, А. Борбевића и С. Тодоровића, Београд, 1967.

Овакво стање правних термина помоћу којих је у поменутих међународним уговорима означено поље примене одредби о добијању доказа у иностранству несумњиво је супротно постојећој пракси држава-угворница, јер њихови судови примењују ове одредбе и када се добијање доказа у иностранству тражи за решавање међународних приватних спорова или, што је исто, када се односи на спорове из међународне приватне материје. Исто тако, оно је неспојиво и са чињеницом да у условима појачане миграције људи у међународним размерама и стране непосредне међународне размене робе и услуга постоји све већи број случајева да се пред судовима разних држава и са различитих континената и различитим или истим друштвеним и економским уређењем појављују међународни приватни спорови (спорови из међународне приватне материје) и да се доследно томе све чешће дешава да извесни елементи доказа неопходни за решење једног оваквог спора једино могу да буду изведени не у земљи где је седиште надлежног суда, него на странијој територији. У таквим условима било би несхватљиво да међународни уговори регулишу добијање доказа у иностранству, када је у питању материја која је искључиво везана за један суверенитет, а да то не чине у споровима из односа који преко својих елемената потпадају под суверенитете двеју или више држава-угворница.

Ако је несумњиво, а на то указују изнете чињенице, да се поље примене ових међународних уговора односи и на међународну приватну материју, основано се поставља питање због чега њихови текстови садрже термин „грађанска и трговачка материја”, а не други одговарајући, који би указивао на стварни домен њихове примене? Оправдање за употребу овог правног термина уместо адекватног, постојало би, по самој логици ствари, само под претпоставком, да се при закључењу међународних уговора постигнута сагласност држава-угворница под „грађанском и трговачком материјом” подразумева и међународна приватна, затим, да није било могуће повући демаркациону линију између ових материја и да се уговорне одредбе у добијању доказа примењују и кад су у питању спорови из „грађанске и трговачке материје”, који се воде пред судом државе-угворнице.

О томе да ли је постојала сагласност између држава-угворница да је термином „грађанска и трговачка материја” обухваћена и међународна приватна, нормално је одговор тражити у документацији, у првом реду, са оних заседања Хашке конференције за међународно приватно право на којима су донете конвенције које се односе на добијање доказа у иностранству. Та документација показује да је на појединим заседањима ове међународне организације употреба термина „грађанска и трговачка материја” била предмет дискусије у више махова. Тако је већ на IV заседању одржаном 1904. године било предложено од италијанске делегације да се из Конвенције о грађанском поступку од 1896. године, у члану 5. којим се одређује домен примене одредби о добијању доказа бришу речи „грађанска и трговачка материја”. При томе треба истаћи, да је такав предлог учињен не због тога што поменути правни термин спречава примену ове Конвенције на међународне приватне спорове него што искључује из поља њене примене административну ма

терију (4). Тада је овај предлог одбијен и тим поводом I Комисија на истом заседању у свом реферату дала је објашњење употребе термина „грађанска и трговачка материја” у том смислу, што је истакла и прецизирала, да се одредбе о добијању доказа у иностранству садржане у Конвенцији примењују „кад год су у питању приватни интереси, без обзира каква је природа суда који о њима расправља” (5). То значи, да се према схватању Комисије, ове одредбе примењују кад год се добијање доказа у иностранству односи на спорове од приватног интереса, без обзира да ли о њима расправља грађански или трговачки или административни суд државе-уговорнице. Како је приватни интерес био у том времену оно мерило према којем се одређивало, барем у делу западне доктрине који прихвата Улпијанову дефиницију о приватном и јавном праву, да ли је једна материја приватна или не, то би из наведеног произишало да је термин „грађанска и трговачка материја” за сврху ове Конвенције употребљен као синоним за приватну материју и обухвата и означава оно исто што и ова последња. Доследно томе, а имајући у виду да по истој доктрини, приватна материја као шири појам обухвата не само грађанску (укључујући и породичну) и трговачку материју него и међународну приватну, могло би се сматрати да је на поменутом Заседању које је прихватило реферат поменуће Комисије, постигнута сагласност о овако проширеном значењу израза „грађанска и трговачка материја”, па самим тим и о ширем пољу примене Конвенције, него што то употребљени израз показује. На даљим заседањима Хапке конференције за међународно приватно право овакво схватање израза (термина) „грађанска и трговачка материја” добија на одређени начин своју потврду. Примера ради и у том циљу, може се навести реферат Фрагистаса, главног рапортера, поднет Ванредном заседању ове међународне органиације на којем је донета Конвенција о признању и извршењу страних судских одлука у грађанској и трговачкој материји. И у овом реферату подвучено је да је термин „грађанска и трговачка материја” коришћен ради прецизирања домена примене Конвенције, односно да се она примењује „на све материје приватног права, изузев предвиђених изузетака у конвенцији”, мада при томе није прецизирано мерило (критеријум) на основу којег ће се оне одређивати (6). Ово последње је изостављено вероватно из тог разлога, што су промене у свету које се у том времену изражавају у вези са појавом социјалистичких земаља и појачаном државном интервенцијом у привреди капиталистичког друштва доводиле у питање основаност поделе целокупног права на јавно и приватно, па самим тим и на јавну и приватну материју, било уопште, било према критеријуму „приватног интереса”. Због тога је и на овом заседању, као и уосталом и на XI заседању на којем је донета Конвенција о добијању доказа у иностранству у „грађанској и трговачкој материји”, када је дискутовано о садржини овог термина и даље

(4) Види »Actes de la Quatrième conférence de La Haye pour le Droit international privé, La Haye, 1904. г. с. 84 и 92.

(5) *op. cit.* s. 84.

(6) Actes et documents de la session extraordinaire, La Haye, 1969. с. 26.

остало отворено питање критеријума (мерила), обима и значајна приватне материје у сврху ове Конвенције (7).

Под претпоставком, да се на основу ових разматрања може сматрати постигнутом сагласност између држава-угговорница о ширем пољу примене Хашких конвенција у којима су садржане одредбе о добијању доказа у иностранству од оног на које упућује термин „грабанска и трговачка материја“, ипак тиме још увек није довољно осветљено и објашњено, а још мање оправдано због чега у текстовима ових конвенција одговарајућим термином није назначено да се њихове одредбе о добијању доказа у иностранству примењују и на међународну приватну материју. Другим речима, остаје и даље отворено питање, због чега су, ако грабанска, трговачка и међународна приватна материја представљају делове приватне, као шире материје, само прве две означене у текстовима конвенција као синоним приватне, док трећа није ни поменута? Оправдани разлог за то, не може бити на пример објашњење Ф. Амрама да се термин „грабанска и трговачка материја“ налази у свим Хашким конвенцијама за последњих 60 (у ствари 70) година, нити енглеског делегата на XI заседању, да је то термин који се налази у свим билатералним уговорима о правној помоћи, које је В. Британија закључила са другим земљама за последњих 40 година, јер су то објашњења *«idem per idem»* (8). Такав разлог, објективно посматрано, постојао би, као што је уосталом већ речено, једино ако између „грабанске и трговачке материје“ и међународне приватне, није могуће извршити разграничење и на тај начин одредити када једна материја престаје бити „грабанска и трговачка“, а када постаје међународна приватна. То питање, да ли је могуће или не, успоставити демаркациону линију између наведених материја зависи од стања доктрине у времену закључивања поменутих међународних уговора, односно да ли је она указивала на прецизне критеријуме помоћу којих се може извршити ово разграничење. Ситуација у овом погледу није била идентична у времену појаве првих оваквих међународних уговора и оних који су доношени у нашем времену, па је потребно размотрити стање доктрине и у једном и у другом периоду.

У времену када су доношени први међународни уговори који се односе и на добијање доказа у иностранству односно у другој половини XIX века нема сумње да су вршени покушаји разграничења међународне приватне од грабанске материје. О томе сведоче, уосталом, радови Асера (Assera), Фиоре, Јине (Jitae) и других аутора у том времену. Истина ти радови су усмерени на разграничење Међународног приватног права и Грабанског права, али они посредно указују и на покушаје разграничења материја ових грана права. Тако је на пример Асер наводио, да Међународно приватно право почиње да дејствује када постоји сумња о примени закона једне државе на територији друге на један однос (9a). То, пак, значи, ако се има у виду да се под међународном приватном

(7) «Actes et documents de la Onzième session de la Conférence de la Haye», La Haye, 1970. g., t. s. 43, 87 и 88.

(8) «Commissions rogatoires-Letters of request-Avant projet de Convention adopté par la Commission spéciale et rapport de M. Ph. Amram», La Haye, 1968. r. c. 7.

(9a) Asser, «Schets van het international privaatrecht», § 1.

материјом сматрају односи регулисани нормама Међународног приватног права, да је овај истакнути холандски правник-интернационалиста под овом материјом подразумевао област оних односа (или оне односе) у којих постоји сумња по праву које земље ће бити регулисани. Међутим, који су то односи (или која је то материја) у којих ће постојати таква сумња, он оставља отвореним, јер не указује на одговарајући критеријум за разликовање од односа (материје) осталих грана права. Фиоре је то разграничење вршио на тај начин, што је истицао да Међународно приватно право установљава принципе за решавање сукоба закона и регулисање узајамних односа између држављана разних држава, при чему додаје да је то врло различито од Грађанског права, које регулише узајамне односе између појединаца унутар државе⁽⁹⁾. Према овом италијанском аутору произилази, да док међународну приватну материју чине односи између појединаца држављана разних држава, дотле грађанска материја обухвата односе између појединаца унутар државе. Да је оваква демаркациона линија недовољно тачна примећено је већ од савременика Фиореа, посебно од стране Зите, који и сам врши покушај разграничења поменутих грана права, па самим тим и њихових материја. По њему, Међународно приватно право обухвата односе који излазе из сфере националног приватног права и регулише односе приватног права који се формирају у свету⁽¹⁰⁾. Међутим, ни он није указао на критеријум помоћу којег је могуће одредити који су то приватни односи формирани у свету, односно ни овај аутор не указује на основу чега се ови односи могу разликовати од односа других грана права. Да сви ови покушаји разграничења Међународног приватног права од Грађанског права, по самим тим и њихових материја, вршени у времену пре доношења Хашких конвенција о добијању доказа у иностранству, нису указивали на прецизне, тачне и објективне критеријуме, сувишно би било доказивати. Отуда је било и нормално, при оваквој ситуацији у доктрини, изоставити у тексту Конвенције о грађанском поступку од 1896. и 1905. године да се одредбе о добијању доказа у иностранству примењују и на међународну приватну материју.

Међутим, у погледу међународних уговора о добијању доказа у иностранству у „грађанској и трговачкој материји“ релативно новијег датума, посебно оних који потичу из нашег времена, ситуација у доктрини о критеријуму помоћу кога је могуће разграничити међународну приватну материју од грађанске и трговачке је другојачија него пре једног века. Наиме, данас је од великог броја аутора из разних земаља признато, било у њиховим уџбеницима Међународног приватног права⁽¹¹⁾,

(9) Fiore, »Droit international privé« (превод на француском језику од Pradier-Fodéré, с. 3).

(10) J. Jitta, »La méthode de droit international privé«, 1890, с. 49.

(11) Тако, на пример у нашој правној литератури: Б. Благојевић („Међународно приватно право, 1950. с. 16.; М. Језић („Међународно приватно право I“, I. изд. од 1952. г. с. 3 и у свим следећим издањима); Н. Катичић, „Огледи о Међународном приватном праву“, 1971. с. 1—13) и други.

У страниј правној литератури: руски Ф. Кожевников („Учебное пособие по международному публичному праву“, 1947. с. 22.); В. Кутиков („Международное частное право на Народна Република България“, 1958. с. 31), А. Аунц, „Международное частное право“, 1949, 3); J. Valéry, (»Manuel de droit international privé«, 1914, s. 3) и други.

било у одговарајућим радовима (чланцима и студијама) ⁽¹²⁾, па и у извесним курсевима одржаним на Хашкој академији за међународно право ⁽¹³⁾, да ова грана права регулише грађанскоправне односе са страним елементом (грађанскоправне односе схваћене у ширем смислу, који укључују и трговинске, породичне и једним делом радне односе правно везане преко барем једног од својих елемената за страни суверенитет). То, пак, значи да критеријум за разграничење међународне приватне од материје других грана права представља страни елеменат код грађанскоправних односа и да доследно томе међународну приватну материју чине грађанскоправни односи са страним елементом, а грађанскоправну и трговачку, ови односи у којих не постоји веза са страним суверенитетом, односно који су без страног елемента. На такав критеријум и на такву демаркациону линију посебно јасно је указивано у мојим радовима од 1952. године, па надаље, а нарочито у чланку „Страни елеменат“ у којем је, између осталог, речено и следеће: „Како страни елеменат код грађанскоправних и грађанскопроцесних односа представља онај елеменат по коме се ови односи разликују од односа чисто унутрашњег права и како страни елеменат са правне стране посматрано доводи до правних проблема који се не јављају у другим гранама права, то он има за међународно приватно право сличан значај ономе који има воља странака за приватно право, односно државна функција за јавно право и према томе треба да буде полазна тачка за његову систематску обраду“ ⁽¹⁴⁾. Пре неколико година (1968) Р. Бистрички (R. Bystricky), у својем курсу »Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé« одржаном на Хашкој академији за међународно право исто тако је подвукао да се „демаркациона линија, која одваја међународно приватно право од других грана права састоји у постојању страног елемента у односима приватног права и у извесној мери, такође у једном специфичном методу регулисања и правне технике“ ⁽¹⁵⁾. Уосталом, такав критеријум разграничења међународне приватне од других материја унет је и у Закон о међународном приватном и процесном праву СР Чехословачке од 4. XII 1963. године и то на тај начин, што је у члану 1. наведено, да је циљ овог закона „да одреди право које регулише грађанскоправне односе, породичне, радне и друге сличне односе са страним елементом, да регулише правни положај странака, као и да одреди поступак чехословачких судских органа приликом регулисања и призна-

(12) М. Јездић („Међународно приватно и грађанско право“, Југ. ревија за међународно право, 1954. бр. 2. с. 61. и сл.; „Страни елеменат“, Зборник Правног факултета у Загребу, 1956. бр. 3—4, с. 169 и сл.; „Страни елеменат и обим међународног приватног права“, Анали Правног факултета у Београду, 1959. т. бр. 3—4, с. 274 и сл.

W. Goldschmidt, »Système et philosophie du droit international privé«, Revue critique de droit international privé, 1955, бр. 4. с. 643 и сл.

(13) R. Bystricky, »Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé«, 1955, Revue critique de droit international privé, Rec. des cours, Leyden, 1968, т. I, с. 409 и сл. A. Malintoppi, »Droit uniforme et droit international privé«, Rec. des cours, 1965. т. III. с. 57.

(14) М. Јездић, „Страни елеменат“, Зборник Правног факултета у Загребу, 1956. бр. 3—4, с. 170.

(15) R. Bystricky, op. cit. с. 433.

ња ових односа и да на тај начин допринесе међународној сарадњи" (16). Све то, дакле, указује да уколико су у питању међународни уговори релативно новијег датума, који садрже одредбе о добијању доказа у иностранству, не постоји више оправдање да се поље њихове примене одређује термином „грађанска и трговачка материја“, као што је то било пре једног века, односно да је тај термин у овим уговорима постао неадекватан и да га треба заменити одговарајућим. Који је то други одговарајући термин, преурађено би било одговорити пре него што се испита који су то теоријски могући случајеви спорова за које је потребно добити доказе у иностранству, односно да ли су то спорови из „грађанске и трговачке материје“ или из међународне приватне или из свих ових материја или што је исто да ли се у ових спорова јавља страни елеменат или не.

Ако се врше испитивања са наведеног аспекта, може се лако уочити да су теоријски могућа једино два случаја спорова који се воде пред судом једне државе-уговорнице, а за чије је решавање потребно добити доказе на територији друге државе-уговорнице. Наиме, први је могући случај да у грађанскоправном или трговачкоправном спору постоји страни елеменат и за државу где се спор води и за замоћену државу на чијој територији треба да буде изведен потребан доказ. За овај случај неспорно је у науци међународног приватног права да је то апсолутни случај ове гране права, односно да је и за земљу где се спор води и за замоћену земљу, као уосталом и за све друге земље овакав спор из међународне приватне, а не „грађанске и трговачке материје“. Други теоријски могућ је случај, да за државу где се спор води не постоји у спорном односу страни елеменат (односно да су сви елементи овог односа и субјект и објект и права и обавезе искључиво везани за суверенитет ове државе), али да постоји за државу којој је упућена замолница за извођење доказа. Што се тиче овог другог случаја, он представља релативни случај међународног приватног права, јер је за земљу где се води спор у питању спорни однос из „грађанске и трговачке материје“, а за земљу (државу-уговорницу) на чијој територији доказ треба да се изведе спорни однос је из међународне приватне материје, пошто су за њу сви његови елементи везани за страни суверенитет. Према томе, очигледно је да ни један од ових теоријских, па, дакле, и практично могућих случајева, не односи се на спорове који би за обе државе (и за државу где се спор води и за државу на чијој територији доказ треба да буде изведен) потицали из „грађанске и трговачке материје“.

У прилог тврђења да се одредбе међународног уговора о добијању доказа у иностранству у „грађанској и трговачкој материји“ уопште не односе на ту материју, него на међународну приватну материју иде и чињеница, да сви ови уговори решавају проблеме који, правно посматрано, настају због појаве страног елемента у грађанскоправних односа. Нарочито је то јасно изражено у Конвенцији о добијању доказа у ино-

(16) Текст овог закона преведен на српскохрватски језик објављен је у „Страни правни живот“, 1965, серија Д. број 49. с. 22 и сл.

странству у грађанској и трговачкој материји од 1968. године, која представља најпотпунију конвенцију ове врсте, мада то не значи да и најпотпуније решава и постојеће проблеме. Тако се у овој Конвенцији решавају проблеми сукоба закона, сукоба јурисдикција и употребе „међународног“ јавног поретка за које је неспорно да представљају проблеме међународног приватног, а не грађанског и трговачког права. Илустрације ради навешћемо нека решења дата у овој Конвенцији о наведеним проблемима.

Проблем сукоба закона поменуто Конвенција решава у два случаја: када је у питању форма поступка по којем треба извести доказ на територији замољене државе и када је реч о ослобођењу сведока, кога треба по замолници саслушати, од сведочења ⁽¹⁷⁾. У првом случају предвиђена је примена закона замољене државе (уосталом такво решење је предвиђено и у свим другим конвенцијама билатералним или мултилатералним уколико су то конвенције исте врсте као и поменуто Хашка). У другом случају, проблем сукоба закона решен је кумулативном применом и закона државе где се спор води и закона држава на чијој територији се изводи доказ саслушањем сведока. При томе је карактеристично, да су ова решења сукоба закона дата као обавезна за све државе-уговорнице, односно без обзира да ли је у питању држава где се спор води или држава на чијој територији се врши извођење доказа.

Проблем сукоба јурисдикција поменуто Хашка конвенција у одредбама које се односе на добијање доказа у иностранству регулише само у случају када замољена држава (држава која треба да изведе доказ преко свога суда) сматра по својим прописима да спор који се води пред страним судом (судом државе-уговорнице) долази под њену искључиву судску надлежност. У том случају, ова Конвенција одређује да држава-уговорница на чијој територији треба да се изведе доказ, не може одбити његово извођење зато што сматра да спор у питању долази у њену искључиву судску надлежност. Међутим, у другим, било мултилатералним, било билатералним међународним уговорима исте врсте, овај проблем није решаван, али нема сумње да се питање да ли изврстан спорни однос спада у искључиву судску надлежност једне или друге државе-уговорнице може јавити само када је такав однос грађанскоправног карактера са страним елементом и да се решава према принципима међународног приватног, а не грађанског или трговачког права.

Што се тиче употребе института „међународног“ јавног поретка поменутој Конвенцији, она је само изузетно и у суженом обиму дозвољена и то само у случају ако би извођење доказа по замолници државе молиће било противно сигурности и безбедности замољене државе. Већ овако изузетан карактер овог института у Конвенцији, несумњиво указује на то да је реч о институту међународног приватног права, а не о унутрашњем јавном поретку.

Као синтеза свих ових разматрања о употреби термина „грађанска и трговачка материја“ у поменутих међународним мултилатералним и

(17) Види члан 9 и 11. Конвенције. Текст ове конвенције објављен је у *»Actes et documents de la Onzième session de la conférence de La Haye«, 1970. t. IV. с. 193 и сл.*

билатералним уговорима ради означавања поља примене њихових од редби о добијању доказа у иностранству произилази следеће:

1) да термин „грађанска и трговачка материја” није био одговарајући термин за означавање поља примене поменутих одредби међународних уговора који се односе на добијање доказа у иностранству ни у времену њихове појаве ни данас, јер материја на коју се оне примењују била је и остала међународног приватноправног карактера (било апсолутна, било релативна), а не грађанска и трговачка;

2) да је оправдање за употребу термина „грађанска и трговачка материја” у напреднаведене сврхе постојало у времену доношења првих међународних уговора о добијању доказа у иностранству па све до десетак година после II светског рата, јер до тада није постојао прецизан и објективан критеријум за диференцирање ових материја и међународне приватне;

3) да у периоду после десетак година од II светског рата па надаље, оправдање поменуто под 2) више не постоји, јер је у доктрини укаzano да прецизан и објективан критеријум за разграничење међународне приватне од грађанске и трговачке, представља појава страног елемента у прве и његово непостојање у друге од наведених материја;

4) да из разлога наведених под 1), 2) и 3) у будућим међународним уговорима о добијању доказа у иностранству, требало би употребљавати уместо термина „грађанска и трговачка материја” за означавање поља њихове примене или термин „међународна приватна материја” или термин у коме ће бити нумерисане све оне грађанскоправне материје са страним елементом за које се државе-уговорнице буду сагласиле.

Ова замена термина „грађанска и трговачка материја” са термином „међународна приватна материја” или оним (што је сигурно и боље) у које би биле нумерисане све грађанскоправне материје са страним елементом за које би била постигнута сагласност између држава-уговорница не би била само термилошког карактера, јер би тиме био не само избегнут несклад између одредби о домену примене будућих конвенција о добијању доказа у иностранству и постојеће праксе него би имало за последицу и оријентацију држава-уговорница да своје покушаје усмере не на квалификацију „грађанске и трговачке материје”, него „међународне приватне” и да тим путем унесу више правне сигурности у постојећи међународни приватноправни промет.

Др Михаило Јездидић

РЕЗЮМЕ

О неадекватном употребљенију юридическог термина „гражданская и торговая материя” в международных договорах, относящихся к получению доказательств за границей

В начало статьи автор обращает внимание на обстоятельство, что только лишь из-за упомянутых в международных договорах, но не объясненных юридических понятий, наряду с проблемой их квалификации, может, в качестве предварительной, возникнуть и проблема неадекватно

употребленных юридических терминов и что эта проблема имеет особое значение в случаях определения ими пределов распространения применения этих договоров. Возникает это потому, что поскольку предварительно была решена проблема неадекватно употребленных юридических терминов, договаривающиеся государства направляют свои усилия к исключению юридических понятий, определенных этими терминами, вместо исключения тех, с помощью которых было бы возможно определить действительный предел распространения применения указанных договоров. Упомянутую проблему автор особо подвергает рассмотрению в связи с употреблением термина „гражданская и торговая материя“ в международных договорах, содержащих положения о получении доказательств за границей. При этом он констатирует, что термин „гражданская и торговая материя“ для определения пределов распространения применения указанных международных договоров употребляется свыше ста лет и что это находится в противоречии с существующей практикой договаривающихся государств, употребляющих указанные положения и в случае, когда идет речь о международных частных спорах. В связи с этим в статье подчеркивается, что оправдание широкого употребления данного термина могло бы иметь место лишь при следующих претпосылках: а) между договаривающимися государствами существует соглашение о подразумевании под термином „гражданская и торговая материя“ и международной частной, б) отсутствие возможности проведения разграничения между этими материями, и в) распространение вообще этих договоров на гражданские и торговые споры.

Первую из претпосылок автор рассматривает на основании документации с заседаний Гаагской конференции, на которых были приняты указанные конвенции, и приходит к выводу, что договаривающиеся государства согласились с широким значением термина „гражданская и торговая материя“, охватывающего тем самым и международную частную материя.

По поводу второй из указанных претпосылок в статье указывается, что в сравнительно новейших схожих международных договорах не находится оправданий для употребления указанного термина, ибо в доктрине уже было указано, что критерий для разграничения данных материй предполагает существование или несуществование иностранного элемента у „гражданской и торговой материи“.

Переходя на установление существования или несуществования третьей претпосылки, автор разбирает теоретически возможные случаи споров, при которых появляется необходимость в получении доказательств за границей. В результате анализа, автор приходит к выводу, что для обоих договаривающихся государств вообще нет случаев, затрагивающих „гражданскую и торговую материя“ и что всегда вопрос идет или об абсолютных или релятивных случаях „международной частной материи“. Согласно этому, сферу пределов распространения применения данных договоров следовало бы определять или термином „международная частная материя“ или же тем термином, который бы упоминал гражданскую материя с иностранным элементом, о которой будет достигнута согласность договаривающихся государств.

SUMMARY

On inadequate use of the legal term »civil and commercial subject-matter« in international contracts referring to the acquisition of evidence from abroad

At the beginning of this treatise, the author points out that only a designation without definition of the legal terms in international contracts could lead, besides to the problem of their qualification, to the problem of inadequately used legal terms as the preceding one, which if so special

importance when designating the field of application of these contracts. The reason is that, unless the problem of inadequately used legal terms is not previously solved, contracting states direct their efforts towards the elimination of the qualification of legal notions designated by these legal terms, and not towards those notions that could help determine the real field of application of these contracts. The author particularly investigates that problem in connection with the use of the term »civil and commercial subject-matter« in international contracts containing the provisions on the acquisition of evidence abroad. There he states that the term »civil and commercial subject-matter« has been used for more than a hundred years to designate the field of application of the international contracts mentioned, and that it is contrary to the existing practice of contracting states which also apply such clauses in the international disputes. In connection with that, it is pointed out in the treatise, the justification for the broader use of this term could exist only under the following assumptions: that a consent has been attained between contracting states to designate both international and private subject-matter by the term »civil and commercial subject-matter«; that it has not been possible to delimitate these two subject-matters and that these contracts are applied on the civil and commercial disputes.

The author discusses the first of the assumptions on the basis of the documentation from the sessions of the Hague Conference where the respective conventions were passed and draws the conclusion that the consent of contracting states on the broader meaning of the term »civil and commercial subject-matter« has been attained so that it also comprehends the international private subject-matter.

The author points out, concerning the second of the assumptions mentioned, that there is no justification for the use of this term in the relatively recent international contracts of the kind mentioned, because it has already been emphasized in doctrine that the criteria for delimitation of these subject-matters are the existence or nonexistence of the foreign element in the »civil and commercial subject-matter«.

By determining the existence or nonexistence of the third assumption mentioned, the author investigates the theoretically possible cases of dispute where the need arises for the acquisition of evidence abroad. After the analysis, he draws the conclusion that there are no cases at all that would be in the »civil and commercial subject-matter« for both contracting states, but there are only absolute or relative cases of the »international private subject-matter«, so that, consequently, the field of application of these contracts should be designated either by the term »international private subject-matter« or by such term which would numerically designate those civil subject-matters with foreign element on which the consent of contracting states has been attained.

RÉSUMÉ

De l'emploi inadéquat du terme juridique »matière civile et commerciale« dans les contrats internationaux se rapportant à l'obtention des preuves à l'étranger

Au commencement de son travail l'auteur a souligné qu'en raison de ce que dans les contrats internationaux les notions juridiques sont seulement indiquées et non point définies, outre le problème de leur qualification, peut se présenter en tant que préalable de même le problème de l'emploi inadéquat des termes juridiques et que cet autre problème a une importance particulière lorsqu'on désigne par ce moyen le champ d'application de ces contrats. Il en est ainsi parce que, pour autant que n'est pas résolu préalablement le problème de l'emploi inadéquat des termes juridi-

ques, les Etats contractant concentrent leurs efforts sur l'élimination des notions juridiques que ces termes désignent, et non point sur ceux à l'aide desquels il serait possible de déterminer le champ d'application réel de ces contrats. L'auteur examine spécialement ce problème à propos de l'emploi du terme «matière civile et commerciale» dans les contrats internationaux qui contiennent les dispositions relatives à l'obtention des preuves à l'étranger. A ce sujet il constate qu'on emploie le terme «matière civile et commerciale» depuis plus de cent ans pour désigner le champ d'application des contrats internationaux mentionnés et que cela est contraire à la pratique existence des Etats contractants qui appliquent les dispositions mentionnées et quand les litiges privés internationaux sont en question. A ce propos dans l'article est souligné que la justification de l'emploi plus large de ce terme de sa signification pourrait exister seulement dans les hypothèses suivantes: dans le cas que l'accord est réalisé entre les Etats contractants que sous le terme «matière civile et commerciale» se trouve comprise aussi la matière privée internationale; qu'il n'était pas possible d'effectuer la délimitation entre ces matières et qu'en général ces contrats sont appliqués aux litiges civils et commerciaux.

L'auteur examine la première des hypothèses ci-dessus mentionnées en se basant sur la documentation des sessions de la Conférence de La Haye au cours desquelles les conventions mentionnées ont été adoptées et il arrive à la conclusion que l'accord a été réalisé déjà entre les Etats contractants sur la signification plus large du terme «matière civile et commerciale» de sorte qu'il englobe aussi la matière privée internationale.

En ce qui concerne la deuxième hypothèse, dans l'article on insiste sur le fait que dans les contrats internationaux relativement récents de la catégorie mentionnée, la justification de l'emploi du terme indique n'existe pas, car dans la doctrine il est signalé déjà que le critère pour la délimitation des matières en question représente l'existence ou l'inexistence de l'élément étranger dans la «matière civile et commerciale».

En passant à la détermination de l'existence ou de l'inexistence de la troisième hypothèse mentionnée, l'auteur examine les cas théoriquement possibles des litiges dans lesquels il est nécessaire d'obtenir les preuves à l'étranger. Après l'analyse de cette question il arrive à la conclusion que de tels cas en général n'existent pas qui pour les deux Etats contractants seraient de «matière civile et commerciale», mais que ce sont toujours des cas soit absolus soit relatifs de «matière privée internationale», qui sont en question, et qu'en conséquence le champ d'application des contrats mentionnés devrait être désigné soit par le terme «matière privée internationale» ou par le terme qui par le procédé énumératif désignerait les matières civiles avec l'élément étranger pour lesquelles l'accord est réalisé entre les Etats contractants.