

др Гашио Кнежеввић,
доцент Правног факултета у Београду

МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ ЈУГОСЛОВЕНСКОГ СУДА У СПОРОВИМА О ЧУВАЊУ И ВАСПИТАЊУ ДЕЦЕ

Решењем Окружном суда у Београду Гж. бр. 82/88 (необјављено — из архива суда) укинута је решење Четвртог општинског суда у Београду П. бр. 4829/87 којим се овај суд огласио међународно ненадлежним и одбацио тужбу. Предмет је враћен првостепеном суду на даљи поступак (чл. 380, т. 3. Закона о парничном поступку — даље ЗПП). Предмет овог коментара је решење другостепеног суда, али ће у њему бити речи и о првостепеном решењу и наводима жалбе пошто се то не може избећи.

Поступак окончан укинутим решењем покренут је тужбом југословенског држављанина са пребивалиштем у Југославији (неспорно) којом је он захтевао да му се повери на старање и васпитање његово малолетно дете рођено 1982. године у браку са туженом, држављанком Аустрије са пребивалиштем у Аустрији (неспорно). Брак тужиоца и тужене закључен је у Југославији 1981. године, а разведен је пресудом Земаљског суда у Бечу која је потврђена пресудом Вишег суда у Бечу бр. 2326/233/87. Пресуда о разводу није обухватила питање поверавања детета. Оно је извесно време после развода (а и пре њега) пребивало у Аустрији, а потом је дошло у Југославију са тужиоцем. Дете је рођено у иностранству и има југословенско држављанство (неспорно и доказ у списима). У моменту када је започела парница, а и касније, дете је живело у Југославији. Питање његовог домицила није покретано.

На основу оваквог чињеничног стања првостепени се суд огласио ненадлежним базирајући своју одлуку на чл. 66. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (даље — ЗМПП, „Сл. лист СФРЈ”, 43/82). Овај члан предвиђа међународну надлежност југословенских судова у споровима о чувању, подизању и васпитању деце која су под родитељским старањем уколико је пребивалиште туженога у Југославији (*forum domicilii* туженога) или уколико оба родитеља имају југословенско држављанство (*заједнички forum nationalis*). Надлежност може бити и искључива, што би се реперкутовало у непризнавању стране судске одлуке у тој ствари (из чл. 89. ЗМПП), уколико су и тужени и дете држављани СФРЈ са пребивалиштем у овој земљи.

Решење првостепеног суда је напао тужилац благовременом жалбом, руководећи се погрешном применом закона и повредом одредаба

парничног поступка. Истакнуто је да је решење контрадикторно и да се одлука мора заснивати на Закону о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима („Сл. лист СФРЈ”, 9/79 — даље ЗРСЗН).

Другостепени суд је усвојио жалбу, укинуо спорно решење и вратио предмет првостепеном суду. У образложењу другостепени суд није (осим чл. 380, т. 3. ЗПП што није битно за овај текст) бројем навео ни један конкретан члан неког закона на коме базира одлуку, али је помешало ЗМПП слободно интерпретирајући, вероватно, чл. 40. Закона (ограду стављамо јер члан није наведен) у коме се одређује меродавно право за спорове о односима родитеља и деце. Из ове *колизионе норме*, која одређује меродавно право на основу или заједничког држављанства, или (уколико овог нема) заједничког пребивалишта родитеља и деце, или (уколико претходно не доведе до резултата) југословенског држављанства било кога од њих, те најзад држављанства детета као последњег излаза, суд изводи закључак о међународној надлежности југословенског суда и конкретној надлежности првостепеног суда који ће „о захтеву одлучити мериторно”.

Спор који је настао између првостепеног и другостепеног суда своди се на питање да ли је југословенски суд међународно надлежан да донесе одлуку о чувању и подизању детета при конкретном чињеничном стању. Кључ решења заправо је у појму међународне надлежности.

У нас одомаћеним термином „међународна надлежност” (1) означава се круг задатака судова или других органа неке државе у стварима које садрже међународни елемент (2), дакле, разграничење надлежности домаћих и страних органа (3). Из тога произлази да под нормама о међународној надлежности југословенских органа подразумевамо скуп норми којима се одређује надлежност југословенских органа у стварима са страним елементом (4). Доношење ових норми спада у суверено право сваке државе, а када је Југославија у питању, њихов извор може бити савезни закон или међународни уговор (на основу чл. 281. Устава СФРЈ правила о међународној надлежности спадају у компетенцију савезног законодавца). Странка се може обратити југословенском суду (или другом органу) само уколико је њеним позитивним правом предвиђена њена међународна надлежност, у супротном ће се тужба одбацити, на шта се пази по службеној дужности (5). Повреда правила о међународној надлежности спада у битну повреду одредаба парничног поступка (6) и могуће ју је истицати у редовним и ванредним правним лековима (7).

(1) Термин користе: Познић: *Грађанско процесно право*, Београд, 1973, стр. 87; Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1983, стр. 48; Варади, *МПП*, Н. Сад, 1983, стр. 296; Ведам-Лукић, *Mednarodna in medrepubliška pristojnost*, Ljubljana, 1983, стр. 13; Грбин, *Признање и извршење одлука страних судова*, Загреб, 1980, стр. 27; Дика, *Нека начелна питања у вези с новим суставом међународне надлежности органа СФРЈ. Приноси за поредбено проучавање права и међународно право*, Загреб, бр. 20, 1984. и др. Има и другачији назива — тако: Јездић користи термин „Судска надлежност у МПП” у *МПП*, књ. II, Београд, 1976, стр. 174; Пак користи термин „Надлежност у парничном поступку са страним елементом” у *МПП*, Београд, 1983, стр. 20.

(2) В. Грбин, *ibid.*, стр. 30; Варади, *ibid.*, стр. 297; слично Познић, *ibid.*, стр. 87; Дика, *ibid.*, стр. 69.

(3) Трива, *ibid.*, стр. 48; слично Јездић, *ibid.*, стр. 174; Пак, *ibid.*, стр. 22.

(4) В. Ведам-Лукић, *ibid.*, стр. 13.

(5) В. чл. 16. ЗПП.

(6) В. чл. 354, ст. 2, тач. 3. ЗПП.

(7) Уместо свега в.: Ведам-Лукић, *ibid.*, стр. 140—141 где се пореди нови ЗПП са старим.

Југословенска правила о међународној надлежности одговарају само на питање да ли је надлежан неки југословенски суд, али не и који је суд и које стране земље надлежан (када домаћи није) и који је југословенски суд надлежан (уколико неки јесте).

На прво од два постављена питања одговор могу дати само страна правила о међународној надлежности, што је последица наведене чињенице да свака држава и у овом домену има законодавни суверенитет. На друго питање одговарају домаћи прописи којима се уређује стварна и месна надлежност судова стога што правила о међународној надлежности лоцирају спор само за Југославију и не иду даље (8).

С аспекта меритума спора поштовање правила о међународној надлежности је много значајније од поштовања правила о стварној и месној надлежности (9). Наиме, суд сваке државе у стварима са страним елементом при одређивању меродавног права полази од домаћих колиззионих норми (*lex fori*), а пошто оне могу бити различите у појединим земљама, њихова примена може указати на меродавност материјалног права различитих држава која се, такође, могу садржински разликовати, те њихова примена може, теоријски, довести до усвајања тужбеног захтева у једној земљи, а његовог одбијања у другој. Како ова опасност не постоји ако се „промаши“ месна или стварна надлежност (и месно или стварно ненадлежан суд примениће исту колиззиону норму као и месно или стварно надлежан — домаћу, а то ће довести до истог *lex causae*), јасно је да је са заузете тачке гледишта странци важно да јој суди међународно надлежан суд (или, пак, међународно ненадлежан — ако он нуди за њу повољније решење), док је за друге видове надлежности незаинтересован.

Осим тога, исти примарни значај правила о међународној надлежности, у односу на месну и стварну надлежност, уочљив је и са аспекта признања домаће одлуке у иностранству, њеног „међународног“ живота, што је крајњи циљ правила међународног приватног права, јер, уколико се признање одлуке условљава надлежношћу суда земље одлуке, онда се најчешће мисли на његову међународну надлежност (10).

Као и правила о месној надлежности, и правила о међународној надлежности одређују надлежност *ratione loci*, али до сада речено јасно указује на разлике међу њима. У том светлу треба посматрати задатак који су судови у случају који се овде коментарише имали. У истом светлу треба сагледати последице које њихове одлуке изазивају.

Када су у питању спорови о односима родитеља и деце, па дакле и спорови о поверавању деце на чување и васпитање, правила о међународној надлежности југословенских судова, до ступања на снагу ЗМПП, налазила су се у ЗПП. О поверавању деце на чување и васпитање судови су одлучивали или у оквиру поступка за развод брака, или као о самосталном питању. У првом случају надлежност југословенског правосуђа била је одређена прописима ЗПП који су регулисали питање брачних спорова са страним елементом (и била је доста широко заснована — али види

(8) О овоме нема спорова. В.: Вараци, *ibid.*, стр. 297; Грбин, *ibid.*, стр. 30—31 и др.

(9) В. Јездич, *ibid.*, стр. 175; Грбин, *ibid.*, стр. 27—28; Вараци, *ibid.*, стр. 297 и сн други.

(10) Грбин, *ibid.*, стр. 48 и далс.

даље), у другом случају само нормом о општој месној надлежности (11). Споран је био други случај. Наиме, није било могуће спровести било какву аналогију којом би се проширила надлежност југословенских судова и на оне случајеве у којима тужени није имао домицил у овој земљи (законско решење и став праксе), а интерес детета или родитеља — Југословена — био је да им суди домаћи суд. Теорија је, сматрајући овај интерес оправданим, критиковала „шкртост“ законодавца (12).

Ступањем на снагу ЗМПП ситуација је донекле измењена, јер овај закон садржи бројнија и садржински другачија правила о међународној надлежности домаћих судова у односу на ЗПП, те једном специјалном одредбом регулише надлежност за спорове о чувању и васпитању деце, када суд (или орган старатељства — нпр., из чл. 124 ЗБПО СР Србије) о овоме доноси одлуку самостално. Наиме, како се и данас одлука о поверавању деце може доносити у оквиру брачног спора (те, евентуално, патернитетског или матернитетског) или самостално, ове се две ситуације морају разликовати и на плану међународне надлежности југословенског правосуђа.

А) Окружни суд је стварно надлежан да донесе одлуку о поверавању деце на чување и васпитање када одлучује о разводу брака (13). Међународна надлежност овог југословенског суда која је предвиђена за брачне спорове члановима 61—63. ЗМПП (или члановима 64. или 65. за патернитетске) тада би можда могла важити и за одлуку о поверавању деце. Она је широко постављена и заснива се на разним комбинацијама држављанства и пребивалишта брачних другова. Решења су углавном таква да дозвољавају заштиту интереса и детета и домаћег држављанина. С обзиром на нашу задату ситуацију, важно је поновити да су норме наведених чланова специјалне и да је свака аналогија искључена.

Б) Општински суд је, са друге стране, стварно надлежан за одлуку о поверавању деце када се она јавља по правоснажности одлуке о разводу брака (14). Питање је да ли је таква била ситуација која је довела до одлуке о којој је овде реч. Уколико јесте, међународна надлежност домаћих судова тада није одређена члановима 61—63. ЗМПП већ специјалном одредбом чл. 66. истог Закона. Текст овог члана (који је напред наведен) не дозвољава закључак о постојању међународне надлежности југословенских судова уколико је тужени странац са пребивалиштем у иностранству. Држављанство тужиоца, или, пак, деце о чијој се судбини ради и њихов домицил су ирелевантни чим је брак мешовит, а тужени је домицилиран у иностранству. Ово због тога што се међународна надлежност југословенских судова не заснива на тим чињеницама, већ (само) или на домицилу туженога, или на заједничком југословенском држављанству брачних другова. Уколико се пореди старо решење садржано у ЗПП и ново у ЗМПП пада у очи да је другонаведени закон проширио основ надлежности само заједничким држављанством оба родитеља (чи-

(11) За стање које је постојало пре ступања на снагу ЗПП из 1976. године в.: Варали, *Да ли наше норме о sukobу јурисдикција код спорова о чувању и васпитању деце пружају довољно заштите југословенском грађанину*, „Гласник АКВ“, бр. 2/70, стр. 17 и даље. За стање после тога: Ведам-Лукић, *ibid.*, стр. 71—72.

(12) В. Варали, *ibid.*, стр. 19—20.

(13) В. чл. 23, ст. 1, тач. 2. Закона о редовним судовима СР Србије, „Сл. Гласник“, бр. 46/84. Посебно о проблему атракције међународне надлежности југословенског суда в.: Дика, *ibid.*, стр. 84.

(14) В. чл. 22, ст. 1, тач. 5. Закона цитираног у нап. 13.

њеница да је међународна надлежност домаћег суда искључива ако су тужени и дете држављани Југославије који имају у њој и пребивалиште само даје други квалитет надлежности, али не шири њен основ). Овај основ, јасно следи из предмета који је суд имао пред собом, није довољан да у свим случајевима заштити интересе детета, домаћег држављанина са пребивалиштем у овој земљи. Стога је ново решење већ изазвало оправдане протесте теорије (15), али оно и даље представља наше једино законско решење.

Даље, у истој хипотези (ситуација је била таква), међународна надлежност домаћих судова могла би бити другачије уређена, па и проширена на основу уговора које Југославија закључује са другим државама. По принципу *lex specialis derogat legi generali* она би имала предност у односу на међународну надлежност предвиђену у савезним законима. У сфери односа родитеља и деце Југославија је закључила неке уговоре којима је проширена и другачије регулисана њена међународна надлежност, али се на попису земаља саговорница не налази Аустрија, дакле, земља за коју је овај конкретни однос везан (16).

Из свега реченог следи да је, под условом да је ситуација била таква каквом је захтева чл. 22. Закона о редовним судовима СР Србије, одлука првостепеног суда била потпуно исправна. Тужба се морала одбацити (што је учињено) због недостатка међународне надлежности на основу члана 66. ЗМПП.

На наводе жалбе осврнућемо се само једном реченицом. Позивање на ЗРСЗН је погрешно јер овај закон садржи само правила о регулисању интерлокалног, дакле унутрашњег, сукоба закона и надлежности (ово последње чл. 37. и 38), а не и правила о међународној надлежности, што недвосмислено следи из његових општих одредаба којима се одређује домен примене закона (17).

У решењу другостепеног суда парафразиран је само чл. 40. ЗМПП, што нас, опирали се ми томе или не, наводи на помисао да је одлука заснована на том члану. Уколико је наш закључак исправан, морамо рећи да је посреди груба и тешко схватљива грешка која се састоји у мешању колизионих норми које одређују меродавно материјално право са нормама о међународној надлежности. Ову је конфузију тим теже схватити ако се зна да је ЗМПП подељен на главе чији наслови јасно опредељују њихов садржај, те да се члан 40. налази у глави под називом *Меродавно право* после које следи глава *Надлежност и поступак*. Евентуална меродавност југословенског материјалног права (из чл. 40. ЗМПП) за конкретни спор ни на који начин не прејудуцира надлежност домаћег суда — питања су самостална. Могло би се евентуално тврдити да искључива надлежност југословенског суда значи и меродавност југословенског материјалног права (и ово с изузетцима), али обрнуто сигурно не.

(15) В. Ведам-Лукић, *ibid.*, стр. 72—73.

(16) Те земље су: Бугарска, Чехословачка, Француска, Грчка, Мађарска, Монголија, ДР Немачка, Пољска, Румунија и СССР. За чл. уговора в.: Ведам-Лукић, *ibid.*, стр. 72, или Албијанић, Радосављевић и Тодоровић, *Међународни уговори из области правосудја*, Београд, 1985, књ. I, стр. 50. За текстове в.: исти аутори, књ. II.

(17) В. чл. I, и посебно чл. 2. ЗРСЗН — закон заиста садржи правила о надлежности, али када је савезним законом или међународним уговором већ одређена међународна надлежност органа СФРЈ.

Можда би се дало наслутити да је одлука другостепеног суда инспирисана више жељом за заштитом малолетног југословенског држављанина него садржином правних правила. Ова је жеља, неспорно, позитивна, али о њој мора водити рачуна законодавац, а не сме суд с обзиром на место које поменути органи имају у креирању југословенског правног система. Друго би било веома опасно, о чему не треба ни трошити речи. Осим тога, мора се имати на уму да се заштита Југословена не исцрпљује на једном случају и да веома ефикасне противмере могу уследити.

Међутим, примена члана 22. Закона о редовним судовима и чл. 66. ЗМПП, изискује постојање правоснажне одлуке о разводу брака. Овде се мора имати на уму да се ради о одлуци страног суда, па је услов да она производи дејство правоснажности на домаћој територији њено признање (18) од стране домаћих органа (19). Уколико не постоји посебно решење о овоме, судећи суд га може поставити као прејудисијелно питање (чл. 101, ст. 5. ЗМПП; чл. 12. ЗПП) са дејством за тај спор, у коме је случају дужан поступати по чл. 86—95. ЗМПП. Да ли би конкретна одлука испуњавала услове за признање тешко је рећи (20) без дубље анализе. Међутим, с обзиром на усвојено решење југословенског права, суд може само одлучити или да страна одлука производи дејства (признати је), или да страна одлука не производи дејства (одбити признање).

Прва алтернатива иницира примену чл. 66. ЗМПП и води одлуци која се садржински мора поклапати с овде спорним решењем општинског суда.

Друга алтернатива можда чини југословенске органе међународно надлежним, али самим тим, у СР Србији води стварној ненадлежности општинског суда. Наиме, уколико се одлука аустријског суда не би признала, нашли бисмо се у фактичкој ситуацији одвојеног живота родитеља. Како међународна надлежност органа старатељства (чл. 124. Закона о браку и породичним односима СР Србије) не постоји (из чл. 66, ст. 3. ЗМПП), југословенском држављанину остаје као могућност тужба за развод брака пред домаћим судом, када би овај могао да донесе и одлуку о поверавању (чл. 125. ЗБПО). При датом чињеничном стању постоји међународна надлежност југословенског правосуђа за развод брака (из чл. 61, ст. 1, тач. 2.), али би било спорно како оправдати атракцију међународне надлежности за одлуку о поверавању (21).

Уколико и узмемо да је то могуће, остаје чињеница да је општинском суду поднет захтев за поверавање детета, те да он, све да је прејудисијелно и испитивао страну одлуку, није могао доћи до закључка о међународној надлежности југословенских органа, без обзира на решење прејудисијелног питања.

(18) О појму признања стране судске одлуке пореди: Грбин, *ibid.*, стр. 11 и даље са: Дика, *О појму признања страних судских одлука по југословенском интерном праву*, „Привреда и право”, бр. 11—12/1987, стр. 601.

(19) Из чл. 86, ст. 1. ЗМПП; у теорији није спорно, уместо свих в.: Грбин, *ibid.*, стр. 11, и даље.

(20) Могла би, на први поглед, бити најспорнија два захтева: да не постоји повреда искључиве надлежности југословенског суда (чл. 89. ЗМПП) и да постоји реципроцитет (чл. 92. ЗМПП). Под одређеним условима (из ст. 2. оба наведена члана) произлази да би се ове сметње могле пребродити.

(21) В. нап. 13.

Како је крајњи циљ међународног приватног права довођење до одлуке која ће имати свој „међународни” живот, ми као последње постављамо питање каква судбина очекује ову нашу одлуку.

Иако је о томе незахвално говорити, па и преурањено, истине ради — ипак рецимо да нам изгледа да се учињена грешка другостепеног суда не мора директно одразити на даљу судбину одлуке. Разлози за то се налазе у чињеници да је Аустрија земља која у фази признања и извршења страних одлука постојање надлежности суда земље одлуке процењује на основу правних правила о међународној надлежности *земље признања*, дакле својих правила о надлежности (22), а када су у питању спорови о односима родитеља и деце надлежност се одређује на основу аустријског држављанства било које странке (23). Из реченог следи да треба очекивати и признање југословенске међународне надлежности пошто је тужилац југословенски држављанин.

Међутим, вероватну невеселу судбину ове одлуке диктираће претежно друга чињеница. Наиме, да би се у Аустрији извршила (и признала) страна одлука, потребно је да између земље одлуке (Југославија) и земље признања (Аустрија) постоји дипломатски реципроцитет (24). Колико је нама познато, ова врста узајамности с Аустријом, на основу двостраних уговора, постоји у кривичним стварима, у трговачким стварима и у сфери издржавања (25), али не и у другим доменима. Ова чињеница са практичног аспекта, с аспекта „међународног” живота југословенске одлуке, анулира учињену грешку, али напомињемо да је суд супротан ако се заузме правно, а не прагматично становиште, што домаћи правосудни органи једино и смеју чинити.

(22) В. чл. 80 Exekutionsordnung (EO); Грбин, *ibid.*, стр. 60.

(23) В. чл. 100 Jurisdiktionsnorm (JN); Всадм-Лукић, *ibid.*, стр. 71.

(24) Чл. 79 EO; в. Грбин, *ibid.*, стр. 111. Закон о узајамности говори само код извршења, а теорија проширује.

(25) В. Албијанић и др., II књ., стр. 40, 53 и 73.