

др Гашо Кнежевић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Сагледавајући претходно питање са аспекта МПП и Грађанског процесног права, аутор покушава да помири начела интерне и међународне хармоније одлучивања, методом повезивања претходног питања колизионим нормама који задовољава оба начела.

Кључне речи: *Претходно питање. - Зависно везивање. - Независно везивање.*

I. ПОЈАМ ПРЕТХОДНОГ ПИТАЊА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

Почетком тридесетих година овога века, у немачкој књижевности међународног приватног права, идентификован је нови проблем ове гране права, донекле сличан квалификацији и узвраћању и преупућивању (*renvoi*). Очеви су га назвали "претходно питање" (1). Од тада па до данас, и у немачкој и у светској књижевности ове гране права, проблем је често разматран (2). Насупрот светском тренду југословенски писци су остајали неми, а да ја прави разлог таквог понашања тек наслућујем (3). Надам се да ће га и читаоци, на крају овог излагања, наслућивати. Назив претходно питање за наш језик чини се подесним, а у упоредној књижевности у оптицају су изрази *Vorfrage*, *question préalable* и *incidental question* (4). Питање је у чему се проблем састоји.

Проблем претходног питања, у принципу, није специфичан проблем Међународног приватног права, већ се јавља и у другим гранама

(1) Melchior, *Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932, стр. 245 и даље; Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, *Rebels Z 8* (1934), стр. 148-251.

(2) За исцрпан списак радова посвећених претходног питању в. Kegel, *IPR*, Минхен, 1987, стр. 227. (даље: Kegel).

(3) Можда треба критиковати моју необавештеност, али није ми познат ниједан рад на српском језику посвећен овом питању. У хрватској литератури, у последњем издању свог уџбеника, на проблем се осврнуо Сајко - в. Сајко, *Међународно приватно право, опћи дио*, Загреб, 1993. (даље: Сајко).

(4) Термин *incidental question*, за енглески језик, приписује се Wolff-у и сматра се најадекватнијим, а може се срести и под називом *preliminary question*. В. Morris, *The Conflict of Laws*, Лондон, 1984, стр. 489, напомена 2 (даље: Morris): За комплетнију терминологију в. Salma, *Претходно питање у грађанском судском поступку*, док. дис. необјављено, Београд, 1993, стр. 18. и даље (даље: Salma).

материјалног грађанског права (облигационо, стварно, породично итд.), с тим да у МПП изазива специфичне дилеме везане за одређивање меродавног права (наравно, проблем тангира и кривично право, управно право, итд, али ја то остављам сада по страни). Велика пажња њему посвећана је у књижевности процесног, посебно Грађанског процесног права (5), те је најбоље поћи од његове дефиниције дате од аутора те гране права, а она ће се, накнадно, обогатити специфичностима МПП.

Пут од покретања судског поступка па до доношења мериторне одлуке дуг је и може захтевати пуно мисаоних операција. Једна од њих настаје уколико је за решавање по тужбеном захтеву у једној ствари (тзв. *главно питање*) потребно претходно решити да ли постоји неко друго право или правни однос (тзв. *претходно питање*) од чијег решења зависи одговор на главно питање (6).

Уколико се покушају идентификовати елементи појма, они би били следећи: 1) Претходно питање мора бити *правно питање* (постоји ли или не неко право или правни однос), не сме се никако сводити на чињенично (какво би, на пример, било питање утврђивања истинитости исправа) (7). 2) Оно мора представљати *самосталну правну целину*, тј. мора бити подобно за решавање као главна ствар у самосталном поступку. 3) Од његовог решења мора зависити одговор на главно питање (тужбени захтев), те је оно зато *условљавајуће*. 4) Најзад, у нашем процесном систему, о том питању, као о самосталном (главном), *не сме постојати правоснажна одлука суда* или неког другог органа пре него што се оно појави као претходно (што, за сада, остављам по страни) (8).

Покушају исти проблем да прикажем кроз пример: Тужбом за издржавање лице А, као претпостављени син лица Б, тражи од лица Б да га издржава. У покренутој парници за издржавање тужени (лице Б) оспорава да је отац тужиоца (лица А).

У наведеном примеру предмет спора је захтев за издржавање (главна ствар, главно питање). Међутим, евентуално усвајање тужбеног захтева (одговор суда на главно питање), зависи од тога да ли је лице Б (тужени) заиста отац лицу А (тужиоцу), тј. постоји ли између њих однос оца и сина који, са аспекта материјалног права, представља основ алиментације. Питање да ли постоји однос оца и сина између тужиоца и туженог представља правно, и условљавајуће питање у напред наведеном смислу. Оно представља и самосталну правну целину јер може бити предмет посебног, самосталног, поступка - патернитетског спора.

Како ће се суд, који је наишао на претходно питање, понашати у процесном смислу зависи од налога његовог законодавца, тј. од тога ком

(5) В. за списак радова уместо свих у нас Salma 333.

(6) Или, како то каже Triva: "Кад одлука суда зависи од претходног рјешења питања постоји ли неко право или правни однос, па се без рјешења тог питања не може рјешити главна ствар, а то питање чини самосталну правну целину, такво се питање назива претходно или прејудисијелно (инцидентално)" В. Triva, *Gradansko pamirno procesno pravo*, Загреб, 1983, стр. 72. (Далје: Triva): Слично Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1987, стр. 220. (далје: Познић).

(7) В. за могућност да оно буде и чињеничног карактера Salma, стр. 31.

(8) В. Познић, 220.

процесно-правном систему припада. Упоредно посматрано могу се разликовати три таква система (9).

а. По *систему самосталног решавања претходног питања* (немачки систем) суд пред којим се претходно питање појави овлашћен је да о њему увек сам одлучује, и то без обзира у чију надлежност то питање спада када је главно, дакле и ако, као главно, не би било у надлежности тог суда (органа). Ако се о том питању, као о главном, већ одлучује пред другим надлежним органом, суд пред којим је то питање претходно, не мора сачекати одлуку тог органа. Најзад, суд пред којим се неко питање појави као претходно, чак и уколико постоји правоснажна одлука неког органа о том истом питању као о главном, није везан том одлуком (10).

б) По *систему несамосталног решавања претходног питања* (француски систем) уколико се пред неким судом неко правно питање појави као претходно, суд мора прекинути поступак о главној ствари, да би сачекао да то (за њега) претходно питање реши надлежни суд (или други орган) као главно. Одлука тог органа веже суд, тј. он не може одлучити другачије (11).

ц) По *мешовитом систему* (аустријски, примењује се и у нас) суд је овлашћен да одлучује о свим претходним питањима која пред њега искрсну, без обзира да ли би за њих био надлежан или не када би она била главна ствар. Али, ако је о том питању већ одлучено у неком другом поступку као о главној ствари, суд је везан том одлуком у границама њене правоснажности, тј. не може одлучити другачије. Најзад, ако му се учини сврсисходним, суд може прекинути поступак и сачекати да о претходном питању, овог пута као о главној ствари, правоснажно одлучи надлежни орган.

II. ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У МПП

Напред описану ситуацију (пример) можемо пренети и на терен МПП. Али, на том терену она мора имати једно специфично обележје иманентно овој грани права, тј. она у чињеничном склопу мора имати страни елемент. Узмимо да се тај страни елемент састоји у томе што су тужилац и тужени (евентуални отац и син) држављани различитих држава, а обојица су домицилирани у трећој држави, држави Х. Тужилац тужи туженог за издржавање у тој држави. Тужени у том спору истакне приговор да он није отац детета. За суд државе Х (поступајући суд) поставља се једно главно и једно претходно питање. Главно је питање основаности захтева за издржавање, али одговор на њега зависи од решења претходног питања, а наиме постоји ли између тужиоца и туженог однос оца и сина. Ако се на претходно питање негативно одговори, тужбени захтев ће се одбити, и обрнуто.

Без обзира на то постоји ли или не страни елемент, поступајући суд ће решити претходно питање сам (у не малом броју случајева)

(9) В. Salma, 94. и даље: Triva, 73. и даље.

(10) За позитивне и негативне карактеристике оваквог процесног нормирања в. Triva, 74.

(11) За позитивне и негативне карактеристике в. Triva, 73; За историјско објашњење овог система в. Salma, 95.

уколико припада земљама које су усвојиле немачки или аустријски процесно-правни систем, или ће прекинути поступак очекујући решење претходног питања као решење главне ствари од стварне надлежног суда (органа), уколико припада земљама које су усвојиле француски систем, јер му такво процесно понашање налажу норме о процедури права земље којој припада (у питањима процедуре начелно се примењује домаће право - *lex fori*). Међутим, суд који решава спор са елементом иностраности, а у земљама које су прихватиле немачки или аустријски систем (па дакле и наш суд), и који је решио да и о претходном питању одлучи сам, има један додатни проблем који своје постојање дугоује елементу иностраности.

Задатак суда који је констатовао постојање елемента иностраности је да одреди меродавно материјално право за решавање спорног питања. Као логички прво питање, са аспекта МПП, пред судију се поставља главно питање - захтев за издржавање у нашем примеру. Правило је МПП да се меродавно материјално право за главно питање увек одређује на основу одговарајуће домаће колизионе норме (повезивање *lex fori*). Из тога следи да ће суд, користећи своје колизионо право, одредити материјално право неке земље, које ће одговорити на питање да ли је захтев за издржавање оправдан (12). Претпоставимо да је суд земље X, а на основу своје полазне колизионе норме, одредио као меродавно право за главно питање право земље Y. Рецимо да по том праву син, до одређене доби старости, има право на издржавање од стране особе која је његов отац. Даљи проблем за суд састоји се у томе што тужени (путативни отац) оспорава своје очинство (претходно питање). Како овај проблем представља самосталну правну целину, и за њега се мора одредити меродавно право. Дилема, коју су први поставили Melchior и Wengler, а која је специфично међународноприватноправна, је: да ли ће суд одредити меродавно право и за ово претходно питање полазећи од сопствених, *lex fori*, колизионих норми (у нашем случају колизионих норми земље X), или ће га одредити полазећи од колизионих норми земље чије је материјално право меродавно за главно питање, дакле *lex causae* колизионих норми (у нашем случају - Y) (13).

Другим речима, са аспекта МПП, претходно питање се може дефинисати као правни однос из диспозитива материјалне норме права меродавног за главно питање (14) (диспозитив те норме, на пример, је - отац детета испод 21 године: санкција је - мора дете издржавати). Овај однос из диспозитива (јесам ли ја отац - оспоравање очинства) подобан је за самостално колизионо повезивање, као и за самостално појављивање пред судом у форми главне ствари (15). Питање је да ли ће суд

(12) Уколико би земља X била Југославија, југословенски суд би пошао од чл. 40. Закона о међународном приватном праву којим се одређује меродавно право за односе родитеља и дече, па дакле и за питање међусобног издржавања. Материјално право до кога се дође применом чл. 40. одговарало би на питање оправданости тужбеног захтева. В. Dika, Кнежевић, Стојановић, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Београд, 1991, стр. 134. (даље: Dika).

(13) В. Morris, 489; Schwind, *IPR*, Wien, 1990, стр. 43 (даље: Schwind); Kegel, 230; Makarov, *Grundris des IPR*, Франкфурт, 1970, стр. 91. (даље: Makarov); Sajko, 120.

(14) Тако исправно и концизно Sajko, 121.

(15) У нашем колизионом праву чл. 41. ЗМПП одређује право меродавно за оспоравање очинства, в. Dika, 139.

меродавно право за тај правни однос одређивати полазећи од колизионих норми *lex fori*, или полазећи од колизионих норми *lex causae*. Те, најкраће, повезује ли се претходно, условљавајуће питање колизионом нормом *lex fori*, или колизионом нормом *lex causae*.

Дилема није академска. Ово стога што колизиона норма *lex fori*, применљива на (на пример наше (16)) претходно питање, може бити садржински различита од истородне колизионе норми *lex causae*. То, даље, значи да оне могу водити примени материјалног права две различите државе. Уколико су и у садржинском погледу та два права различита ето неприлике за поступајући суд: меритум спора, главно питање, зависи од одређења за једну од метода повезивања претходног питања. Уколико *lex fori* повезивањем дође до материјалног права по коме, из неког разлога, тужени није отац тужиоцу (претходно питање), тужбени захтев за издржавање биће одбијен (главно питање). Уколико би се, пак, *lex causae* методом повезивања претходног питања дошло до материјалног права које тужиоцу даје статус детета, тужбени ће захтев бити усвојен (17).

Срећом, број горе описаних ситуација неће бити толико чест у пракси, колико се то може учинити на први поглед. Наиме, неки додатни услови, који се траже да би једно претходно питање изазвало описане проблеме међународног приватног права, сужавају круг случајева проблематичних са аспекта ове гране права. Те услове је најпотпуније формулисао Morris, па их преузимамо (18).

Право претходно питање поставља се када су испуњена три услова:

а) За главно питање мора, на основу домаће (Morris, каже енглеске - м.п.) колизионе норми, бити меродавно стране материјално право. Логика увођења овог услова у Morrisову схему веома је једноставна: Уколико стране право није меродавно за главно питање, меродавно је домаће, што значи да је *lex causae* = *lex fori*. Када је то већ тако нема ни дилеме за које се повезивање претходног питања одредити: могуће је само повезивање *lege fori*.

б) Претходно питање, које садржи страни елемент, мора бити подобно да се појави и као главно, или у другом контексту, и за то питање мора постојати специјална колизиона норма. Значи, нужно је да и у чињеничном стању претходног питања постоји страни елемент. Затим, већ је напоменуто да претходно питање мора бити самостална правна целина, која се може појавити пред судом и као главно питање, или (и) као споредно и у другом контексту, што значи као условљавајуће питање неког другог главног питања (на пример пуноважност брака може бити и самостално питање и претходно у поступку насле-

(16) За разлике в. Dika, 141.

(17) У упоредној судској пракси међународног приватног права могу се наћи бројни примери одлука у којима се појавило претходно питање и изазвало толико забуна да је одлука навела правне писце да се о њој опширно изјашњавају у коментарима. Највећи број тих одлука везан је за породично право и дугује своје порекло браку, као извору многих других права која се јављају као главна питања: личноправни захтеви, издржавање, наслеђивање итд. В. за случајеве Morris, 490-491; Schwind, 42-43; Makarov, 91; Kegel, 228 и 232.

(18) Morris, 489; Сматрајући је добром и Kegel у свом уџбенику цитира исту дефиницију, в. Kegel, 231.

ђивања, или издржавања итд.) Трећи подуслов у оквиру б) није претерано ригорозан пошто, у савременим условима развоја МПП, колизионе норме садрже све уже категорије за надовезивање (дакле све су бројније колизионе норме), те о томе неће бити више речи.

ц) *Lex fori* повезивањем претходног питања мора се доћи до резултата који је различит од резултата до кога би се дошло *lex causae* повезивањем. Ово стога што различито повезивање које води истом резултату (меритуму спора) због једнаке садржине права, изазива само фалш, лажну дилему. Нажалост, до закључка о томе је ли дилема лажна или не, може се доћи тек пошто се провере оба метода повезивања, што је и само по себи компликован поступак. Ипак, утеха је утеха.

III. РЕШАВАЊЕ ПРОБЛЕМА ПРЕТХОДНОГ ПИТАЊА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

1. Став теорије

Уколико сам успео да јасно поставим проблем претходног питања, из те поставке произлазе и могућа опредељења теоретичара ове гране права. Наиме, ако су опције за повезивање претходног питања "повезивање *lex fori*" или "повезивање *lex causae*", тада се и опредељење писца мора кретати између та два пола. У средини се налазе опрезни (мудри?).

(а) Један број аутора залаже се за тзв. *зависно повезивање* претходног питања. Овим термином они желе рећи да се меродавно материјално право за претходно питање мора одредити применом колизионе норме земље чије материјално право је меродавно за главно питање (*повезивање lex causae, a ne lex fori*) (19). Основни аргумент за овакав метод повезивања, за њих, састоји се у потреби за тзв. међународном хармонизацијом решења (20). Под овим се подразумева потреба (жеља) да судови свих земаља, у спору истог идентитета, донесу одлуку идентичне садржине. На који се начин то постиже?

Претходно питање, које се појављује пред судом једне земље, може се појавити, после извесног времена, и као главно питање пред судом друге земље, јер оно, да би било претходно, мора бити подобно за самостално појављивање и повезивање. Узмимо да је један случај везан за две земље: А и В. Поступајући суд земље А, применом своје колизионе норме, одреди да је за главно питање (нпр. захтев за издржавање) меродавно материјално право земље В. За претходно питање (нпр. пуноважност брака) одредиће меродавно материјално право применом колизионе норме земље В (зависно повезивање). На основу тако одређеног права донеће одлуку о претходном питању (нпр. брак је пуноважан) и тиме прејудицирати меритум спора (постоји право на издржавање). Хармонизација се постиже због тога што се наше претходно питање, сутра или кроз неколико година, може појавити као главно пред судом земље В. Тада ће тај суд, користећи своју колизиону норму одредити меродавно право за (за њега) главно и једино питање

(19) Тој групи еминентних аутора припадају: Melchior, Wengler, Wolff, Moreira, Machado, Ferrer-Correia, Keller-Sichr, Lagarde, итд; В. Kegel, 231; Sajko, 122.

(20) В. Schwind, 44; Makarov, 91; Kegel, 233.

(пуноважност брака). Како су и суд земље А, у спору у коме је то за њега било претходно питање, и суд земље В, у спору у коме је то за њега било главно питање, користили исту колизиону норму - *норму земље В* - морали су доћи до истог мериторног резултата - *брак је пуноважан*, а то значи да је хармонија међународног (упоредног) решавања постигнута. Најкраће, формула зависног повезивања за претходно питање гласи: Судићу о претходном питању, са аспекта МПП, на исти начин на који би о том питању, као о главном, судио суд оне стране земље чије је право меродавно за (мени) главно питање (21).

(б) Све изнето било би и лепо и прихватљиво да се зависним повезивањем не угрожава једно друго начело, а наиме начело интерне хармонизације решења. И то је главни аргумент оних аутора који се опредељују за метод *независног повезивања* (22). По том методу меродавно материјално право за претходно питање одређује се применом *lex fori* колизионих норми (23). Дакле, формула независног повезивања претходног питања гласи: Судићу о претходном питању, са аспекта МПП, на исти начин као да ми је главно. Зашто? Са разлога што данас претходно питање (пуноважност брака као услов права на издржавање) сутра може, не само пред страним, већ и пред домаћим судом бити главно и једино, а тада ће се сигурно везивати колизионом нормом *lex fori*. Ако се једно те исто правно питање једном повезује домаћом (када је главно), а други пут страном (када је претходно) колизионом нормом, може се доћи до парадоксалних резултата: Пред судом једне те исте земље, један те исти брак може бити ништав као главно питање, а пуноважан као претходно питање, или обрнуто. Интерна хармонија је уништена, поцепана, од стране шизофрених правника.

(ц) У теорији је присутно и средње, компромисно решење. Његови поборници сматрају да је тешко унапред се одредити за једно од два сукобљена начела: међународна или интерна хармонија. Стога треба у *сваком конкретном случају вагати интересе*, те ако се *in concreto* стане на становиште о потреби међународне хармоније - треба везивати *legis causae*, и обрнуто (24). Неки покушавају да направе и корак више, да поступајућим судовима дају неке критеријуме који им могу бити од помоћи. Тако Neuhaus дели све последице важности брака на нужне (право брачних другова на заједнички живот, родитељска власт над децом из брака и захтев детета за издржавање од стране родитеља) и оне које то нису (наследноправне и имовинскоправне последице било које врсте, подела родитељске власти од стране родитеља и захтев родитеља за издржавање од стране деце). Интерна хармонија има предност у сфери нужних последица (везивање *legis fori*), а у осталим случа-

(21) Принцип зависног везивања претходног питања пуно подсећа на "теорију страног суда" која се у англосаксонским земљама примењује у пракси за решавање *conflict of laws* проблема: в. спор *In Re Annesley*; в. о овој теорији Morris, 69.

(22) Став је већински. Безрезервни његов заговорник је Kegel који не преза чак ни од тога да поборнике супротног мишљења окарактерише као правничке шизофренике, или возаче који спесно испуштају волан из руку. Пореди их и са правницима који квалификују по *lex causae*, што, имплицитно, значи недостатак логике, или логику по схеми *filiius ante patrem*. В. Kegel, 231-233.

(23) В. Schwind, 43; Morris, 491.

(24) Тако Neuhaus, Makarov, Gamillscheg итд. В. Makarov, 92-93; Kegel, 231; Sajko, 123.

јевима предност треба дати међународној хармонији решавања (везивање *lex causae*) (25).

2. Став праксе

Као и теорија, и судска пракса је подељена између два крајња решења.

Амерички, аустралијски, енглески и канадски судови склони су да претходно питање повезују колизионом нормом *lex causae*, чиме предност дају међународној хармонизацији решавања (26). Насупрот њима, немачки и аустријски судови склонији су потреби за заштитом интерне хармоније, мада постоје и (малобројне) судске одлуке у супротном правцу (27).

IV. ЛИЧНИ СТАВ

Уколико би моје опредељење за једно од понуђених метода колизионог повезивања претходног питања, зависило искључиво од аргумената који су из сфере Међународног приватног права, задатак би ми био тежак.

а) Сматрам да иза сваког колизионог решења мора стојати принцип најближе везе. Ово значи да творац колизионе норме (законодавац) мора за сваки однос пронаћи повезницу која ће, као на меродавно, указати на право земље са којом је однос најтешње повезан, па је она њиме највише тангирана. Пошто претходно питање дугује своје постојање диспозитиву материјалноправне норме стране земље (која је, тиме, а по мишљењу домаћег законодавца, највише заинтересована за главну ствар), тада колизионом праву те исте земље треба препустити даље повезивање претходног питања. То значи да, најначелније, пледирам за повезивање *lex causae*, зависно повезивање.

б) Међутим, садашњи ниво развоја сарадње међународне заједнице у области приватног права диктира потребу да се, као императив, очува интерна хармонија одлучивања, јер је много већа опасност од њеног угрожавања, него од угрожавања међународне хармоније, до које је, уосталом, још далек пут (то не значи да њој не треба тежити, дапаче). Зато ме елементарни захтеви правне логике и страх од правне шизофреније (како би то рекао Kegel) окрећу потреби да и претходно, као и главно питање, везујем колизионим нормама домаћег права, дакле *lex fori* - независно повезивање.

ц) Из реченог произлази да изнети аргументи МПП цепају моју личност. Инстинкт менталног самоодржања диктира даље питање: може ли се очувати интерна хармоничност, а да се изађе у сусрет потреби за међународном хармонизацијом и да се заштити принцип најближе везе - могу ли се сучељене потребе помирити. Или, другим речима, да ли се, бар понекад, може повезивати *lex causae*, а да се не угрози унутрашњи систем.

(25) Neuhausa нисам читао директно него преко Макарова, Зато се не упуштам у коментарисање ове поделе. Само напомињем да Макаров њену оправданост доводи у питање. В. Макаров, 93.

(26) В. Morris, 491.

(27) В. Kegel, 232 (са навођењем одлука); Schwind, 44 ф.н. 23. Због специфичности француског решења, њега овде не узимам у обзир. В. Sajo, 123.

На нивоу правила МПП одговор је, неспорно, негативан. Али, шта ће се десити уколико у разматрање уведемо и правила југословенског Грађанског процесног права везана за претходно питање, тј. поступак његовог решавања, као и чврсте ставове судске праксе. Може ли из тог угла сагледавања слика бити другачија (28)? Релевантне одредбе парничног законодавства садржане су у Закону о парничном поступку и Закону о међународном приватном праву (29). Правила су следећа:

Парнични суд може сам решавати о сваком претходном питању, уколико о њему већ није одлучивао, као о главном, други надлежни суд или други надлежни орган, домаћи или страни (за страни суд арг. из чл. 86. ЗМПП). Уколико су домаћи органи већ одлучивали и донели правоснажну одлуку, парнични суд, пред којим је исто питање претходно, везан је том одлуком па га не може решавати као претходно. Уколико су, пак, о том питању као о главном, већ правоснажно одлучивали страни органи, даља судбина поступка зависи од статуса те одлуке у Југославији. Уколико је она већ призната, у ванпарничном поступку у коме је то признање било главна ствар, она добија статус југословенске правоснажне одлуке, те се питање њом одлучено не може решавати као претходно ни пред једним домаћим судом. У супротном сваки суд може о њеном признању решавати као о претходном питању, са дејством само за тај поступак. Уколико је призна - њеном је садржином само он везан при одлучивању о својој главној ствари. Уколико је не призна, она за тај суд и (уопште) југословенски правни систем и не постоји, па даље излагање важи и за ову алтернативу. Моја је препорука да домаћи судови, иако у закону имају формалну легитимацију, о признању страних одлука не одлучују прејудицијелно, већ да прекину поступак како би се о томе одлучило као о главној ствари (30). Уколико одлука домаћег или страног органа не постоји парнични суд има пред собом две алтернативе: 1. или ће сам решавати о претходном питању, или 2. ће, ако нађе да је то сврсисходно, прекинути поступак док надлежни орган о њему, као главном, мериторно, правоснажно одлучи. Сматра се да је посебно оправдано поступити као под 2. ако се а) о том питању, као о главном, већ води поступак, или б) се може покренути *ex offio*, или ц) уколико странка, у чијем интересу је његово покретање, изјави да ће га покренути, или д) (поновимо) ако се ради о признању стране судске одлуке (31). Уколико парнични суд сам одлучује о претходном питању онда одлука о њему не улази у изреку пресуде, није обухваћена правоснажношћу. Значи, она не обавезује ни један други суд, ни онај који о том истом питању одлучује као о главном, ни онај који о њему одлучује као о претходном, али у другом контексту. Међутим, ако претходно питање спада у надлежност суда пред којим се појавило, тај суд може о њему и правоснажно одлучити на иницијативу странака. Тужилац иницијативу преузима тзв. инциденталном тужбом за утврђење, а тужени прејудицијелном противтужбом. Најзад, у дома-

(28) В. Salma, 257; Triva, 75.

(29) Чл. 12, 187, 189 и 213 ЗПП, Сл. лист СФРЈ 4/77; Чл. 86. и 101 ЗМПП, Сл. лист СФРЈ 42/82.

(30) В. Кнежевић, *Поступак признања и извршења страних судских и арбитражних одлука*, ПЖ, Књига о грађанском судском поступку, II том, Београд, 1989, стр. 135.

(31) В. Triva, 75; Познић, 211.

Њој судској пракси постоји чврст став да се о постојању брака и очинству не може решавати као о претходним питањима: поступак треба прекинути и странке упутити да о томе расправе као о главној ствари (32).

У међународноприватноправној пракси судова, везаној за проблем претходних питања, далеко највећи број случајева отпада на оне у којима се као условљавајуће претходно питање појављује питање постојања брака (33). Уопште, у породичноправној сфери појава претходног питања изазива спектакуларне ефекте. Међутим, у нас је појава те, спектакуларне, сфере предупређена ставом судске праксе. Како се о питањима постојања брака и очинства може расправљати само као о главним питањима, то ће се и повезивање, одређивање меродавног материјалног права, увек вршити по колизионој норми *lex fori*, јер другачије и не може бити. Тако добијена правоснажна одлука је одлука о главној ствари и она веже све друге судове пред којима се питање њоме решено појави као прејудицијелно, снабдевена је ефектом *ne bis in idem*, чиме је очувана интерна хармонија одлучивања. Исто важи и за све оне случајеве у којима је поступајући суд (иако није обавезан) одлучио да прекине поступак и сачека одлуку другог суда или органа о претходном питању као о главном.

Међутим, и ван области Породичног права има појава претходног питања у поступку са страним елементом, мада много ређе. На пример, поднет је тужбени захтев према јемцу, а главни дуг и јемство подлежу различитим статутима, при чему је главни дуг (предмет претходног питања) по једном статуту пуноважан, по другом не (34). У овом, и у другим сличним примерима, треба се крајње потцењивачки односити према странкама па сумњати у то да ће се они користити својом процесном иницијативом и истаћи или инциденталну тужбу за утврђење, или прејудицијелну противтужбу, а уколико је испуњен услов стварне надлежности истог суда за противтужбу (35), а стварне и месне за инциденталну тужбу. Када су ти услови испуњени, а странке су користиле своја права, по мени се претходно питање о постојању условљавајућег правног односа мора везивати по *lex causae*. Таквим повезивањем интерна хармонија се не доводи у опасност, а излази се у сусрет међународној усклађености одлука и очувању принципа најближе везе. Ово стога што по захтевима тужиоца, односно туженога, поступајући суд одлучује правоснажно, па су његовом одлуком везани сви други домаћи судови, дакле опасности од цепања интерног система нема, а међународна хармонија је постигнута.

Остају ситуације у којима је претходно питање истакнуто само на иницијативу суда, или у којима није испуњен услов надлежности за инциденталну тужбу и прејудицијелну противтужбу. Ове ће ситуације бити екстремно ретке, али без обзира на њихову реткост, решење повезивања се мора наћи. Сматрамо да претходна питања садржана у опи-

(32) B. Triva, 76.

(33) B. Schwind, 42 и 45.

(34) B. Schwind, 45-46; Dika, 89.

(35) В. за атракцију међународне надлежности Dika, 163; Из досадашњег излагања произлази да ја, посматрано са аспекта МПП, међупресуду не сматрам обликом одлучивања о претходном питању. Уколико би се стало на становиште да она то ипак јесте, и за њу би важило исто што и за инциденталну тужбу и прејудицијелну противтужбу. В. за аргументе Salma, 247.

саним процесним ситуацијама, са аспекта МПП, треба везивати *lex fori* (независно) како би се очувала унутрашња хармонија одлучивања.

Као изузетак од изнетих правила јавља се проблем држављанства. Постоји општа сагласност у теорији и пракси, без обзира на евентуално различит начелни став о повезивању претходних питања, да се питање припада ли неко лице једној држави процењује по праву те државе (зависно повезивање) (36). Ово стога што држављанство спада у суверену власт сваке државе, па се против воље те државе њој не могу наметати или одузимати држављани. Исто тако, уколико стицање или губитак држављанства зависе од неког условљавајућег претходног односа, тај се однос процењује материјалним правом до кога се долази применом колизионе норме државе чије је држављанство у питању, а не колизионе норме *lex fori* (нпр. држављанство зависи од пуноважности брака, усвојења, позаконења и сл). Посебно напомињемо да, уколико стицање (губитак) држављанства зависи од ваљаности брака, па се то условљавајуће питање појави као главно (а хоће због става наше судске праксе), суд га мора повезивати *lex causae*, што је веома велики изузетак од правила *lex fori* повезивања главног питања.

V. ЗАКЉУЧАК

Када се проблем претходног питања МПП просуђује аргументима југословенског Међународног приватног и Грађанског процесног права, чини ми се да је могуће помирити потребу за очувањем унутрашње хармоније одлучивања и жељу за изградњом међународне хармоније.

а) То се постиже тиме што се, у свим оним случајевима у којима одлука о претходном питању улази у диспозитив судске одлуке (због инциденталне тужбе или прејудицијелне противтужбе), и обухваћена је правном снагом, претходно питање повезује *зависно*, тј. колизионом нормом *lex causae*.

б) Уколико стицање или губитак држављанства зависе од постојања неког статусног односа (брак, усвојење) тај ће се однос просуђивати повезивањем *lex causae* (што је опште усвојен изузетак), без обзира улази ли или не у диспозитив одлуке о главној ствари.

ц) Наравно, уколико суд одлучи да прекине поступак и сачека одлуку о претходном питању, као о главном, а (посебно) када је претходно питање пуноважност брака и очинство (потоње због става домаће судске праксе да се о њима не може прејудицијелно одлучивати), суд пред којим је то главно питање повезује *lex fori*.

д) Најзад, *lex fori* се повезује и када по сопственој иницијативи суд разматра претходна питања, или када нису испуњени предуслови о надлежности неопходни за инциденталне захтеве странака, пошто одлука о тим питањима није обухваћена правном снагом (не улази у изреку пресуде).

(Примљено 3. марта 1994)

(36) В. Сајко, 123; Kegel, 233.

Dr. Gašo Knežević,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

PRELIMINARY ISSUE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

While considering the issue treated from the aspect of private international law and civil procedure law, the author attempts to reconcile the principles of internal and international harmony in decision-making process, by using the method of connecting the preliminary issue with conflict of law norms - which meet the requirements of both principles.

Key words: *Preliminary issue. - Dependent connecting. - Independent connecting.*

Gašo Knežević,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LA QUESTION PRÉALABLE DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Résumé

Envisageant la question préalable du point de vue du droit international privé, et du droit civil de procédure, l'auteur essaie de réconcilier les principes de l'harmonie interne et de l'harmonie internationale de la prise des décisions par la méthode d'intégration de la question préalable par les normes de collision satisfaisant les deux principes.

Mots clé: *La question préalable. - L'intégration dépendante. - L'intégration indépendante.*