

БИБЛИОТЕКА ЈУГОСЛОВЕНСКОГ УДРУЖЕЊА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО
(Bibliothèque de l'Association Yougoslave de Droit International)

XXX

*Друштво за правне науке
Београд
1939*

МИЛАН БАРТОШ
(MILAN BARTOŠ, professeur
à la Faculté de Droit, Beograd)

КРИЗА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

(La crise du Droit International Privé)

Прештампано из „Архива за правне
и друштвене науке“ Књ. XXVII, Св. 6



ИДВ. БР.
16046

БЕОГРАД, 1939

Штампарија „Привредник“, Жит. Д. Благојевића, Кнез Михаилова 3 Телефон 24-150

II 760



КРИЗА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

Кроз часописе, институције и катедре приватисти дижу узбуну: Међународно приватно право дошло је у кризу. Зато се сад у овој правној дисциплини поставља као прво и основно питање: да ли постоји та криза и у чему се она састоји. Ако постоји, који су узроци њеног настајања и какве су даље њене последице. Боље рећи: има ли могућности да се та криза отклони. Покушаћемо да у овом чланку одговоримо на ова питања и да их претресемо у светлости контроверзних мишљења, која су се јасно оцртала у њиховом оквиру.

Једна социјална појава као категорија видљиво постоји само онда када се једно стање, фиксирано на моменат, може разликовати од стања које је постојало у једном другом моменту фиксирања. Зато да би могли да ценимо постојање садање кризе М.п.п. морамо да га упоредимо са моментом у коме је постојало неко друго, боље, његово стање. На тај начин утврдићемо једновремено две ствари: да ли постоји криза М.п.п. и у чему се она садржи.

Свака појава мора се проматрати кроз њен сопствени историјски развитак. Тако је и са М.п.п. Оно је кроз XIX в. имало своје сјајно доба. Доба цветања. После теорије статута, која је била ембрионарни стадијум М.п.п., оно је добило сасвим друге услове за своје функционисање у XIX в. Цео тај век био је, бар за Европу, век кодификације и то кодификације у једном одређеном правцу у погледу на приватно право. Буржоаска ренесанса Римског права углавном уједначила је, с једне стране, не само основне институције Грађанског и Трговачког права у Европи у духу модернизираниог Римског *ius civile*, него је тај систем свуда углавном добио исте тенденције развитка. Он се уједначавао идући у духу остварења онога што је свету донела Велика француска револуција. Отуда су права у сукобу, чији је сукоб имало да реши М.п.п., добила један одређени вид и сукоби су између њих у мноштво или уклоњени или умањени. Те разлике су, углавном, биле разлике детаља, а не разлике правних цивилизација. На тај начин био је осигуран развој М.п.п. Оно је било свесно који се сукоби могу дешавати између разних националних права и оно је својом интервенцијом имало да реши само ублажење техничких разлика разних националних система права једне и исте правне цивилизације. Другим речима оно се кретало у сфери лако ре-

шљивах сукоба и оно је у томе амбијенту могло да обави свој задатак.

Све ово било је олакшано и економским односом између држава. Буржоаска модернизација Римског права у Европи није никаква засебна појава. Она је у врло тесној узрочној вези са владајућим теоријама у спољним политикама тих европских држава. Постојао је дух либр-ешанжистичке школе. Тражила се слобода размене добара између држава. И то слобода размене кроз приватне међународне односе. Признавало се право слободе рада и настањивања странаца, привлачили су се страни капитали у домаћу радницу и допуштало се слободно кретање валута и девиза. Све је то било у знаку једне опште заједничке економске струје, која је сматрала да је прошао дух јасних аутархија меркантилистичких облика.

Тако се М.п.п. у XIX в. налазило у условима, који су чинили његов развитак нужно упућен у једном правцу, у правцу да се олакша жељени додир између појединаца разних држава. Једне су државе тражиле тај додир да би задобијале страна тржишта, друге су се трудиле да туђе капитале или туђе сировине (два одељена процеса) доведу на своје тржиште. Тако се осигурала економска структура за једну нову и потребну за њу правну дисциплину. Отуда се кроз цео XIX в. доказивало да је потребно да се пропишу опште обавезна правна правила, којима ће се регулисати приватно-правни односи између држава. Све државе биле су за то. Све су се државе трудиле да такви прописи уђу у њихова законодавства. И кад је пред крај XIX в., Европа имала скоро иста гледишта на односе између држава по овим питањима, кад су саме државе изједначиле ту своју правну политику, идеја кодификације М.п.п. дошла је у добар час у Европу. Тако је 1892 г. почео рад на кодификацији, иако фрагментарној, М.п.п. (период Хашких конференција за М.п.п.). Само изко су били приближно исти услови у правном и економском погледу између свих европских држава, ипак се показало да сва питања још нису сазрела за кодификацију, тј. да је једно стварно М.п.п., да би било ефикасно, условљено сличношћу, бар по тенденцијама, правног нивоа земаља између којих се стварају правила М.п.п. Значи не може се постављати правило за решење сукоба закона, ако је тај сукоб оштар, тако оштар да се он не може изгладити. Тако је дата идеја за фрагментарну, или како су то дипломате називале, прогресивну кодификацију М.п.п.

Само и то фрагментарно кодификовање, које се svelo на одабирање сужева, о којима не постоје велике разлике права, у којима су институти углавном исти, дало је и другу идеју. То је идеја о релативности важења кодификованих правила М.п.п. Та релативност показала се у два правца. Пре свега у територијалној релативности, а затим и у релативности правне снаге тих кодификованих правила.

Територијална релативност важења М.п.п. огледала се у идеји да се тако утврђена правила М.п.п. примењују само између држава беле расе и европске правне цивилизације. Ово обележје

не треба тражити у неким нехуманим осећањима, него у свести о заједничком интересу и заједничким тенденцијама права тих народа.

Релативност правне снаге тако утврђених правила М.п.п. објашњава се идејом из XVI в. о заштити јавног поретка. Државе примају обавезну примену М.п.п. само дотле док се њихово уређење не би могло компромитовати уношењем страног права у домаћи систем. Зато су и овако утврђена правила М.п.п. била стипулирана под посебним и општим резервама, под резервама унетим при потпису конвенција о кодификацији и под прећутном општом резервом да ће државе потписнице примењивати та правила само уколико се њиховом применом не би доводио у питање јавни поредак, то ће рећи опстанак тих држава.

То је било стање М.п.п. уочи Светског рата. После Версајског уговора у прво време поратне Европе цео међународни правни и економски живот кретао се кроз канале Друштва народа. Вилсонова женевска институција стварала је нови поредак у Међународном јавном праву, док је М.п.п. било потиснуто у други ред. То је зато што се сматрало да ће се оно моћи правилно и брзо развити тек кад се буде поставио чврсти поредак у М.п.п. У суштини је то било тачно. Али прилике у упоредном приватном праву нису биле онако идентичне, као што је то било пре рата. Ма колико да се потенцирао капиталистички поредак у Европи, због нагомиланог крупног финансиског капитала, ојачаног ратом, ипак било је два узрока да је Приватно право свих земаља добило ново обележје. С једне стране присуство једног новог (колективистичког) поретка у једној од држава Европе, а с друге стране огромно увећан број пролетера у свима европским државама, створио је благ социјализам у оквиру капитализма и он се неједнако манифестовао у виду државне интервенције у појединим државама Европе. Тако су приватна права појединих буржоаских држава у Европи дошла у фазу превирања. На тај начин напуштено је основно становиште на коме је лежало кроз Велику француску револуцију модернизирани Римско право, а то је начело поштовања стечених права. Тако је идеја државног интервенционизма, идеја заштите економски слабијих, ушла у приватно право са неједнаком применом у појединим земаљама и на тај начин напуштен је основни услов за једно стабилно М.п.п. Напуштене су идеје неретроактивности закона и скоро неограничене слобода уговарања. Држава је изменила своју улогу. Она је од жандарма, који чува једном правилно стечена права прешла у улогу судије, који просуђује да ли се и већ стечена права слажу са потребама јавног поретка. Тако је проширен домен јавног поретка у унутрашњем праву, а самим тим — према већ постојећој идеји о релативности правне снаге М.п.п. — проширено је поље на коме поједине националне државе нису обавезне да примењују већ установљена правила М.п.п., јер би њихова примена доводила у питање њихов национални јавни поредак, тј. њихов опстанак. Тако се из система, помоћу изузетка садржаног у систему, генерализацијом тог изузетка,

створила nova фаза. Створен је један посебни уговорни систем. Изузетак је постао правило, јер је умножена његова примена.

Али било би врло погрешно ако би се за стварање дефинитивног суда задржали само на унутрашњем развоју приватних права. Потребно је испитати и то да ли су после рата остале исте економске идеје за светску економску политику. Ми смо мало пре напоменули да је раније био дух слободне размене између држава и да је та размена вршена капиталистички, тј. преко појединачца; затим да је уз то било правило слободне рада и настањивања странаца, уз неконтролисани промет валута и девиза. После рата, апстрахујући период непосредне ратне обнове, државе које су диктирале правац рада у Друштву народа декретирале су у прво време наставак предратне либералне школе. Слобода рада, настањивања, трговине и промета добара изгледало је да ће се осигурати и да се од њих неће отступати. Веровало се да су то аксиоми. Међутим врло брзо после рата од свих ових начела, праћених основном цртом економске политике Друштва народа — уношењем клаузуле најповлашћенијих народа у све уговоре — остала је само успомена. Економска криза донела је собом потпуну преоријентацију у целој светској привреди. Слобода рада је и правно напуштена. Слобода размене добара је скоро дефинитивно напуштена. Највећи број држава завео је дириговани извоз и контролисани увоз. Место капиталистичке размене добара преко појединачца уведени су поједини нови, јавно-правни и монополски посредници целокупне иностране трговине. Слободни промет добара замењен је системом контингента, компензација и клиринга. Место либералног економског система у спољној трговини јавно се систем дириговане привреде, место слободне размене развио се давно напуштени аутархиски систем, праћен најпооштренијим изразима меркантилизма. И на тај начин променила се економска структура. Место оне на којој је било засновано М.п.п. у време своје кодификације крајем XIX в. и почетком XX в., дошло се до друге структуре, оне која нема више ничега заједничког са економском структуром, на којој је био изграђен први систем. Тако се данас дошло до једног стања у коме су остале формације правног система М.п.п., грађене за једне економске односе, иако се економски систем потпуно изменио. Право које је одговарало једној економској основици, не одговара другој. То је основна идеја. На њој се све заснива.

Значи има нечег тачног у идеји да данас постоји криза М.п.п., али она се не састоји у томе што државе као такве не поштују правила М.п.п., што му одричу примену, што вређају његова начела, него у томе што правила М.п.п., онаква каква су она кодификована у време либералистичких праваца у светској економској политици и буржоаске новелације Римског права више не одговарају правом стању ствари. Мора се без двојбе констатовати да је М.п.п. дошло у кризу због тога што се промене, које су се одигравале у оквирима националних права и промене у ставу светске економске политике, дуго времена сматрале као пролазне и изузетне појаве. Значи криза М.п.п. постоји само зато што међународно кодифи-

ковани обичаји нису дошли у својој еволуцији на ону меру, која одговара степену развитка односа, који се имају регулисати тим променама. Значи постоји контрадикција између права и факата. Ово је један случај побуне факата противу права. То је случај у коме се јасно оцртава немогућност мумификације, петрификације правних норми с једне и нужност њихове нормалне еволуције, ако не упоредо са развитком односа, оно бар у стопу с њима, с друге стране.

Као што су се измениле све правне институције у току историског живота и као што су оне скоро неприметном у времену еволуцијом, често видно мењале своју садржину у фиксираним размацима времена, тако исто морале су се мењати и формуле или значења формула појединих правних правила. Закон вечите еволуције. Али тај закон није добио пуну примену код нас у М.п.п. Оно је врло лагано мењало формулацију. Формулација је остала потпуно исто, иако је она временом потпуно изменила свој однос према стварности. Зато су поједине формуле из М.п.п. изгубиле сваки свој смисао. Ево неколико примера, који ће то потпуно објаснити у свакој од четири великих грана М.п.п.

1) Узимало се да је у М.п.п. дужност свих држава да своје држављане не могу, ако су они настањени у њима, лишавати свога држављанства, јер је појава хајматлозата једна од појава против које војује М.п.п. Данас напротив имамо у појединим државама основно правило о одузимању држављанства сопственим држављанима, домицилираним у држави и без могућности да промене држављанство. Држава, која им одузима држављанство је то прогласила за своје право. Друге државе то стварно признају, иако Друштво народа у исто време формулише нови кодекс о држављанству, који такву појаву осуђује, иако Друштво народа спрема да осигура стабилност односа странаца стално настањених на територији својих чланова. Значи међународна пракса није у складу са међународним правилима. Значи даје базе за једно правило.

2) Међународно правило је слобода рада и настањивања. Постоји низ резолуција Института за М.П. у овом смислу. Међутим од 1929 г. опште је неписано правило да је свака држава слободна да може ограничити странце у настањивању и да им може ускратити право на рад. То се брани кроз економску кризу, која је изазвала беспослицу. Треба збринуту своје. Значи разлог јавног поретка. Али кад се тај изузетак генерализује, као што је он данас уопште генерализан, онда ми имамо обрнуту ситуацију од оне коју смо некада имали. Данас се може са много више права формулисати правило да у М.п.п. странац нема право на рад, већ може добити одобрење за запослење. Оно много више одговара стварности.

3) Међународно правило је слобода уговарања валуте у међународним правним пословима. Читав систем обрађен је о томе. Ту је клаузула ефективности код менице, која је ушла и у Хаши и у Женевски реглман. Ту су клаузуле: новац обрачуна (monnaie du calcul), новац плаћања (monnaie du paiement), option sur place, option de change итд. И место свега тога данас се стварно у нај-

већем броју држава уводе мере стабилности домаће валуте, које забрањују: златну клаузулу, клаузулу ефикасности стране монете, клаузулу ефикасности плаћања у домаћој валути у иностранству итд. Све ово јасно показује једну једину ствар. А то је, да се не може више рачунати са слободом уговарања, већ са правом сваке државе да она суверено одлучује да ли за њу важи један уговор у погледу клаузула о плаћању. Другим речима важи правило културације свих закона о клаузули плаћања. Дакле један уговор важиће у М.п.п. ако се клаузула плаћања сматра као пуноважна по законима свих држава у којима тај уговор има да произведе своје дејство. Значи данас је правило обрнуто од онога што је било. Узрок, рачунамо је врло јасан: место система слободне размене дошао је систем аутархије. Отуда се начело аутономије воље и персонални закон губе пред реалним статутом. Као што приватно право мора одговарати степену економског и социјалног развоја оне средине за коју је формулисано, исто тако се и за М.п.п. поставља исто правило. Оно мора да одговара ономе стању на коме се налази светски економски живот.

4) У М.п.п. правило је да се стране пресуде у једној држави морају извршавати ако су оне донете од стране надлежног суда и ако оне не садрже никакву клаузулу која би била противна јавном поретку државе у којој се таква пресуда има да изврши. Међутим врло често се дешава данас да поједине државе условљавају извршење једне стране пресуде својим девизним прописима. На тај начин дотична држава ставља своју дужност међународног учешћа у правди у зависност од своје економске политике, боље рећи од свога меркантилистичког става. Тако нпр. Немачка не дозвољава извршење страних пресуда, којима је Немац осуђен на плаћање алиментације било из кога односа (чак и из деликта), ако се лице у чију је корист алиментација досуђена налази у иностранству. За такве пресуде мора тражилац егзекутуре тражити претходно одобрење девизних власти у Немачкој. Значи овде се путем најширег тумачења израза јавни поредак потпуно мења правило о давању егзекутуре страном пресуди. Место правног момента, који је за овакве односе једини био од значења у време када је ово правило било формулисано у М. п. п., данас је у првом реду релевантан моменат финансиске политике заинтересоване државе. Тако је М. п. п. добило још један нови услов за издавање егзекутуре, услов који је био непознат у време кад је формулисан постављени захтев.

Откуда ова привидна противречност у М. п. п. Отуда што се још увек многе ствари у животу, па и у праву, значи и у М. п. п. посматрају једино и искључиво кроз призму идеализма. Рационалистички и априористички установљавају се извесна правила. Сматра се да су та правила неповредна. Зато се тражи њихово неотступно примењивање. С друге стране признаје се немогућност постизања тога. Зато се поставља правило и изузетак (јавни поредак). Верује се у изчезивање изузетака. Они би вероватно и изчезили кад би било могуће зауставити социјалну еволуцију, кретање у историји у једном моменту; или боље рећи кад би се кретање развоја

сваке поједине државе зауставило у моменту кад та држава буде дошла на степен, који одговара поретку за који је замишљено да је фактички постојао у моменту када су формулисана правила о М. п. п. Значи да би то било оно што су хтели да постигну присталице рационализације природног права. Велики број писаца у М. п. п. полази од те тезе. Он стоји на становишту да постоје правила М. п. п. и да поједине државе треба своје право да им прилагоде. На тај начин се поставља правило да је М. п. п. регулатор права појединих држава, а не да је оно средство за отклањање сукоба између права тих држава. Значи да је потребно да се еволуција права свих држава управља према М. п. п., а не да се М. п. п. мобилише и прилагођава еволуцији права појединих држава и да својом покретљивошћу створи нове путеве и нова сретства за отклањање сукоба. М. п. п. не може да утиче на поједина национална права; на њих утиче историски живот, а не правила која изражавају жељу како треба да се развија тај живот.

Откуда ова контрадикција? То долази отуда што се кроз цео XIX в. М. п. п. формулисало и развијало кроз схватања идеалистичке филозофије. Оно је углавном било с једне стране под утицајем правних философа рационалистичког правца, а с друге стране оно је било производ правне мисли једног стабилизiranог правног поретка и као такво полазило је од идеје стандардизованог права, како је оно изгледало у Европи после кодификације. Сматрало се да је после завршеног периода националних кодификација разумљиво да се пређе на период међународне кодификације. И мисао о врховном разуму вероватно да не би искључивала могућност ревизије једне кодификације, тим пре што је она била фрагментарна, да и у цело питање није ушао један други моменат — идеја о провизорности промена.

Идеја о провизорности промена дошла је заједно са идејом да су сви поремећаји у социјалном и економском животу Европе стандарда буржоаске кодификације Римског права с једне и либералне економије у светској економској политици с друге стране, само пролазне појаве које ће саме по себи изчезнути, тако да ће се међународни приватноправни саобраћај вратити сам по себи на свој нормални облик. На тај начин није потребно дирати у правила М. п. п., јер та правила претстављају оно што одговара нормалном. Она сама у себи садрже идеју о отступању од нормалног у изузетној ситуацији. Та ће изузетна ситуација проћи, све ће се опет поставити у нормално. А кад се све врати у нормално, јавиће се поново не само могућност, него и нужност враћања на првобитна правна формулисања у М. п. п.

Међутим као што се у појединим националним правима поједини уступци од начела стечених права и слободе уговарања дефинитивно претворили у чврсте правне институте, тако исто у Европи двадесетих и тридесетих година XX в. напуштена је либерална економска политика и промењен је механизам међународне размене, међународне сарадње појединаца, па према томе и међународних приватно-правних односа. Новим односима не одговарају више стара правила М. п. п. Она се зато и не примењују. Она се

више не могу применити. Али то не значи да нема правила М. п. п. уопште. Напротив. Стварају се нови начини за регулисање односа. Шта су разни уговори о компензацијама и клиринзима? То је *modus vivendi*. Ако се један *modus vivendi* више пута буде поновио, он ће постати међународни обичај. Тако се мења једна установа.

Значи ми данас немамо никакву кризу у М. п. п., него напротив М. п. п. доживело је оно што мора доживети сваки систем који временом пређе своје оквире. Он је преживео. Али наука М. п. п. и систем М. п. п. нису због тога постали мање важни и мање потребни. Напротив. Они су данас нужнији него што су били у време сређених односа. Данас је М. п. п. у регенерацији, а не у кризи. Појаве су се измениле. Факта су се побунила противу правила. Правила се морају помирити са стварношћу. Она су преживела. И зато се једном новом међународном животу морају израдити нова правила, она која њему одговарају. Значи М. п. п. данас стоји пред једним задатком, који се већ две деценије намеће, али пред којима су његови системи забили главу у песак.

Нема кризе М. п. п., него постоји нужа да се оно помири са стварношћу. То помирење не зависи од његове добре воље и од примања факата од стране писаца М. п. п. Сваки однос ствара и правило за своје решење у животу. То је социјална чињеница. Писцима М. п. п. не остаје ништа друго до да та факта приме знању и да их у систему поставе на њихово место и то на место оних норми, које су дотле регулисале правни живот таквих односа. Значи нови задатак намеће се по старом правилу да правна наука не прописује него сређује и испитује оно што живот намеће.

Али и поред свега тога постоји криза у М. п. п. То је криза метода. Идеалистички правац, који је господарио, скоро суверено М. п. п. кроз XIX в., мора се напустити. М. п. п. по идеалистима било је изнад националних права. Отуда се изводило да су му она потчињена и да се она имају држати М. п. п. То би било збиља идеално, али да би се то могло остварити било би потребно да се омогући апсолутна правна снага М. п. п. То је формално немогуће све док има националних суверенитета. То је стварно немогуће, јер се правним правилима не може зауставити ток историског живота. Под таквим околностима и писци и правила М. п. п. морали су напустити априористичку методу и место ње, путем индуктивног метода, изучавати све промене у животу оних средина, чија права могу доћи у сукоб. М. п. п. морало је будно пратити све догађаје у развоју упоредног приватног права свих оних држава, чије сукобе оно има да решава. Али то праћење не сме бити са задоцњењем са којим се одигравало. Његова интервенција морала је бити бржа. Једино на тај начин оно би могло да задовољи животне потребе. Једино на тај начин оно је могло да избегне појаву, због које је изгледало да је у кризи, оно је морало бити ажурно. Зато да би то било оно мора напустити догматички, априористички и дедуктивни метод, оно се мора прилагодити критичкој, индуктивној и покретљивој методи. Ето у томе је криза Међународног приватног права идеалистичке концепције.