

ODRICANJE OD ŽENE U ŠERIJATSKOM PRAVU I NJEGOVA PРАВNA DEJSTVA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU NEKIH DRŽAVA

I

1. Priznanje stranih odluka o prestanku braka jedno je od relativno čestih pitanja za praksu međunarodnog privatnog prava. I složenih, u isto vreme. Na to utiču takvi faktori, kao što su: različiti postupci koji prethode izricanju ovih odluka u pojedinim državama,¹ razlike u pogledu obima inicijative bračnih drugova s tim u vezi,² kao i okolnost da sve države ne poznaju iste načine prestanka braka.³

Za veliku većinu država u svetu zajedničko je to da se odluka o pravnoj sudbini braka donosi na osnovu sprovedene procedure pred sudom (ili drugim nadležnim organom), pri čemu je supruzima generalno pružena mogućnost učešća u tom postupku. Na taj način i formalno je zadovoljen jedan od bitnih proceduralnih uslova priznanja tih odluka izvan države suda koji ih je doneo.

2. Međutim, u pravnim porecima jednog broja afričkih država, pored ili umesto uobičajenog postupka, predviđena je posebna uprošćena procedura za prestanak braka. Do toga dolazi jednostranom izjavom muža o odricanju od žene, dakle na bitno drugačiji način u odnosu na veliku većinu država u svetu. S obzirom na to može se postaviti pitanje, u kojoj meri priznati pravno dejstvo takvim jednostranim pravnim aktima u državama koje poznaju klasičan razvod braka. Pred nacionalnim sudovima očito je delikatan zadatak da odluče da li i pod kojim uslovima ove izjave mogu biti tretirane kao strane sudske odluke podobne da budu priznate i izvršene. Ovo naročito stoga što, kao što ćemo videti, njihova službena overa nije uvek nužna pretpostavka nji-

¹ U nekim državama odluka o razvodu braka može se doneti samo ako je propao pokušaj mirenja, dok u drugim taj zahtev ne postoji u zakonu.

² U većem broju država tužbu za razvod podnosi jedan od supruga i to, po pravilu, onaj na čijoj strani ne postoji krivica za razvod braka, dok je mogućnost sporazumnog razvoda unekoliko ograničena. Tako je, na primer, Francuska tek zakonom od 11. VII 1975. godine priznala supruzima takvu mogućnost.

³ Poslednjih godina jedan broj država (Italija, Portugalija, Španija) prekinuo je tradiciju obojnosti u odnosu na ustanovu razvoda, što, izolovano posmatrano, ide u prilog proširenja eksteritorijalnog dejstva ovih odluka. Najveći broj zemalja propisuje razvod kao jedini način prestanka braka. U nekim od njih paralelno sa tim postoji mogućnost izricanja odluke o rastavi od stola i postelje (na primer, Francuska, Španija, Brazil, i dr.).

hove punovažnosti ni u državama koje poznaju ovakav način prestanka bračne zajednice.

Problem dobija praktičnu dimenziju naročito u onim zemljama imigracije u kojima živi i radi velik broj muslimana koji, uprkos mogućnosti sudskog razvoda koja postoji po propisima zemalja čiji su oni državljani, najčešće pribegavaju odricanju od žene kao formi prestanka braka.

3. Nismo mogli doći do podataka da li su naši sudovi uopšte rešavali o priznanju ovih akata. Ni jugoslovenska pravna nauka, koliko nam je poznato, nije se izjašnjavala o ovom pitanju, posebno ne sa stanovišta njegovih eventualnih pravnih učinaka u međunarodnom privatnom pravu SFRJ. Budući da sem malobrojnih podataka u udžbenicima porodičnog prava nismo mogli da pronađemo ništa više o ovoj specifičnoj ustanovi šerijatskog prava, smatrali smo da bi pored prikaza rešenja stranih zakona i stavova strane teorije i sudske prakse bilo uputno dati njeno šire pojmovno određenje.

S obzirom na naša pozitivna zakonska rešenja na planu egzekviture stranih sudskih odluka, kao i na mogućnost postavljanja ovog problema pred našom sudskom praksom, iznećemo naše mišljenje o mogućim pravnim posledicama akta o odricanju od žene u međunarodnom privatnom pravu SFRJ.

II

1. Repudijacija kao način prestanka bračne veze tipična je za države šerijatskog prava.⁴ Za to je, po pravilu, dovoljna jednostrana izjava muža da više ne želi ženu, koja može biti saopštena usmeno ženi u prisustvu dva svedoka ili data u pismenom obliku, bez navođenja razloga za takav postupak.

Mada Kuran kao osnovni izvor prava ovih država odobrava razvod braka samo u opravdanim slučajevima, čini se da je odricanje od žene u savremenoj praksi usvojeno kao sredstvo koje u funkciji principa poligamije treba da omogući što jednostavnije raskidanje bračne veze.⁵

Nije svaka izjava data u toj nameri dovoljna da dovede do prestanka braka. Da bi do toga došlo ona mora da zadovolji izvesne uslove formalne prirode.

2. Tâlak treba da bude učinjen pred dva svedoka. Iako bi se iz karaktera akta o repudijaciji moglo pretpostaviti da je neophodno da ova izjava bude data u prisustvu žene, to se u praksi izgleda ne praktikuje uvek.⁶

⁴ J. H. C. Morris (*«L'évolution récente du droit international privé anglais»*, Clunet, 1—1973, str. 178) navodi da je repudijacija najrasprostranjenija u Tunisu, Egiptu, Pakistanu i nekim državama istočne Afrike.

⁵ H. Shafei (*«Les causes de divorce en droit iranien depuis la réforme de 1967»*, Rev. int. de droit comparé, 1—1973, str. 69) navodi da pravi vernici retko pribegavaju tâlak-u.

⁶ Prema M. Begoviću (*Šerijatsko bračno pravo*, 1936, str. 112) brak se može punovažno raskinuti i posrednim saopštavanjem ženi odluke o razvodu.

U slučaju da se izjava o repudijaciji daje u nekoj stranoj državi, formalnosti su izgleda pooštrene.⁷

Drugi uslov punovažnosti izjave o odricanju od žene u šerijatskom pravu odnosi se na obavezu registrovanja talaq-a kod odgovarajućeg organa. Ovaj zahtev, međutim, nema univerzalno važenje u svim državama ove grupe. Tako se, recimo, u Egiptu zahteva registracija izjave o repudijaciji, ali nepridržavanje ovog uputstva ne dovodi do nepunovažnosti samog akta.⁸ U pakistanskom pravu (Muslim Family Law's Ordinance iz 1961. godine) predviđa se obaveza dostavljanja izjave o repudijaciji sudu.⁹ Isto tako, prema propisima zakona ove države, kao uostalom i u većini drugih islamskih zemalja, za punovažnost opoziva repudijacije zahteva se da u međuvremenu nije bilo nastavljanja bračnog života ili pokušaja mirenja između supruaga.

3. S obzirom na različiti intenzitet izjave o repudijaciji, moguće je razlikovati dve vrste odricanja od žene, opozivu i neopozivu repudijaciju.

Repudijacija je, po pravilu, opoziva. U tom slučaju nastaje jedno pravno i faktičko stanje koje umnogome podseća na sudsku rastavu od stola i postelje. U odnosu na ženu ovo odricanje ne znači i definitivno oslobađanje od bračne veze, budući da može biti vraćena pre isteka tzv. roka uzdržavanja koji iznosi 90 dana. Ovaj rok počinje teći od trenutka davanja izjave o odricanju i smatra se da je istekao ako se supruzi u međuvremenu nisu faktički sastavljali. Do isteka ovog roka postoji obostrano nasledno pravo i obaveza na supružansku vernost. Žena, takođe, može ostati da živi u prebivalištu muža za to vreme.¹⁰

Karakter opozive repudijacije ima ona repudijacija koja je preduzeta prvi ili drugi put, kao i ona koja je izrečena od strane sudije zbog neizržavanja žene (neplaćanje tzv. nafaqa).

Dejstvo ove vrste repudijacije u odnosu na brak ogleđa se u tome što se on automatski ponovo uspostavlja ako je unutar ovog roka došlo do povlačenja izjave o odricanju od žene. Za to nije neophodan njen pristanak, niti je ona u obavezi da ponovo unosi miraz u brak. U slučaju da žena nije prouzročovala repudijaciju, a nije došlo do opozivanja izjave o odricanju, muž je u obavezi da joj vrati polovinu miraza.¹¹

4. Neopoziva repudijacija po svojim pravnim posledicama izjednačava se sa prestankom braka odlukom o razvodu: njenim preduzima-

⁷ U komentaru uz odluku Tribunal grande instance Pariza od 26. I 1978., Clunet, 4—1979, str. 855., navodi se slučaj jednog državljanina Maroka koji je boraveći u Francuskoj saopštio izjavu o repudijaciji dvojici marokanskih notara.

⁸ Cit. J. H. C. Morris, isto, str. 178. Isto i Begović, str. 112.

⁹ U slučaju Regina v. Registrar General of Births, Deaths, and Marriages. Ex. p. Minhas; Clunet, 1—1980, str. 126. izjava o repudijaciji data u Engleskoj dostavljena je nadležnom sudskom organu u domicilu žene koji se nalazio u Pakistanu.

¹⁰ Cit. I. Fadlallah: »Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français«, Rev. crit. de droit int. privé, 1—1981, str. 21.

¹¹ Ibidem, str. 21. Prema Begoviću (op. cit., str. 113) opoziv otkaz može postati neopoziv protekom pomenutog roka od 90 dana ako žena nije gravidna, a ako jeste taj rok se produžava do njenog porođaja, posle čega ona postaje potpuno slobodna.

njem dolazi do definitivnog prestanka braka. Dve su vrste ove repudijacije: nesvršena (baynouna soughra) i svršena (baynouna koubra).

U slučajevima nesvršene repudijacije spadaju one koje su učinjene pred sudijom (kadijom), sem one koja je izrečena zbog neplaćanja nafaqa, kao i ona do koje je došlo sa pristankom žene uz njenu obavezu da plati određenu nadoknadu mužu (khoul).

Nakon ove repudijacije postoji mogućnost ponovnog sklapanja braka između istih lica.

Neopoziva svršena repudijacija nastupa kao posledica triput ponovljene izjave o odricanju od žene ili napomenom muža da je sadašnja repudijacija treća po redu. U obzir za uračunavanje ulazi i svaka repudijacija izvršena pred sudijom. Potpuna neopoziva repudijacija predstavlja apsolutnu prepreku sa stanovišta šerijatskog prava za sklapanje braka između bivših bračnih drugova.

5. Žena od koje se odrekao muž prema muslimanskom pravu ima pravo da dobije neku vrstu otpremnine (mout'a). S obzirom na tu okolnost, kao i na to da joj u slučaju neskrivljene repudijacije muž mora vratiti polovinu miraza, može se konstatovati da ovakav jednostrani način prestanka braka ne mora nužno imati kao posledicu smanjenje njene imovine.

Pravni status žene nije u svemu nepovoljan ni kada je reč o inicijativi za prestanak braka. Pored sporazumne repudijacije uz obavezu plaćanja khoul-a mužu, žena je u mogućnosti da zahteva sudsku rastavu (tatliq). Do toga može doći u sledećim slučajevima: 1) ako je neopravdana napuštena, 2) zbog povrede obaveze izdržavanja od strane njenog muža, 3) ako je muž zlostavlja i 4) zbog povrede obaveze polnog opštenja od strane muža. Poseban razlog za razvod braka može biti teška muževljeva bolest čije se izlečenje ne može postići u roku od 1 godine, a nastavljanje zajedničkog života zbog prirode bolesti (TBC, lepra) dovodi u opasnost njeno zdravlje.¹²

6. Na osnovu svega izloženog može se konstatovati da se i pored dosta jakog uticaja tradicionalnih principa šerijatskog prava, u jednom broju ovih država oseća dah promena u ovoj oblasti. One su, čini se, najradikalnije izvršene u pravu Irana koje je zakonom o zaštiti porodice od 15. VI 1967. prečutno ukinulo klasičnu repudijaciju. Umesto toga predviđa se mogućnost razvoda braka na zahtev bilo kog od supružnika sa razloga koji su posebno predviđeni za svakog od njih. Odluci o razvodu prethodi pokušaj mirenja, a u slučaju neuspeha sud će izdati potvrdu o nemogućnosti pomirenja. U svakom slučaju, razvod može biti izrečen i registrovan tek pošto je uz zahtev podneta i pomenuta isprava (čl. 8 zakona iz 1967. godine).

Sličnu situaciju imamo i u Tunisu koji je zakonom ukinuo odredbu običajnog prava o repudijaciji žene. Umesto toga, odredbom čl. 31 t. 3 zakona o ličnom statusu bračnim drugovima pružena je mogućnost

¹² Begović, isto, str. 124. Ovi razlozi predviđeni su, npr. u marokanskom zakonu o ličnom statusu iz 1957. godine. (Vidi: Revue belge de droit int. et comparé, 3—1981, str. 246). Inače, prema ovom zakonu svaki od bračnih drugova može tražiti razvod braka zbog povrede od strane drugog bračnog druga neke zakonske ili ugovorne obaveze koja proizilazi iz braka.

da od suda traže razvod braka, ali bez obaveze navođenja brakorazvodnog uzroka. Novina je i u tome što se odluka o razvodu braka donosi na osnovu sudske procedure, pri čemu strana koja nije kriva za razvod po zakonu ima pravo da dobije obeštećenje.¹³

Prema predloženim rešenjima u Prednacrtu alžirskog zakona o statusnim odnosima, koji je trenutno predmet veoma žive rasprave u ovoj zemlji, jednostrana repudijacija bi se ukinula. Kao novo predlaže se pravo na razvod sudskim putem ili sporazumom bračnih drugova.

III

1. Različiti su slučajevi u kojima se domaći sudovi mogu suočiti sa problemom priznanja akta o repudijaciji. Do toga će najčešće dolaziti kada državljanin države u kojoj važi šerijatsko pravo želi da sklopi brak na domaćoj teritoriji pred domaćim organom čiji propisi ustanovljavaju princip monogamije. Moguće je, takođe, da se takvo lice protivi zahtevu za izdržavanje, pozivajući se na to da je njegov brak sa tražiocem izdržavanja punovažno prestao prema odredbama njegovog religioznog prava koje u ovim državama predstavlja lični statut fizičkih lica.

Pitanje punovažnosti akta o odricanju od žene može postati aktuelno i u momentu smrti supruga. Ovo se prevashodno tiče naslednopravnog zahteva žene ovog lica ukoliko je osporila pravnu valjanost izjave o repudijaciji. Isto tako, domaći sudovi mogu biti dovedeni u situaciju da se izjasne o punovažnosti repudijacije i onda kada je postavljen zahtev za plaćanje sume osiguranja u slučaju smrti osiguranog lica, kao i onda kada je u pitanju realizovanje nekog prava iz socijalnog osiguranja, a sedište ustanove kod koje je bio osiguran umrli nalazi se na domaćoj teritoriji.

2. Istražujući problem repudijacije i njenog priznanja u međunarodnom privatnom pravu uočili smo da je najveći broj sudskih odluka u vezi sa tim donet od strane sudova industrijski razvijenih zemalja zapadne Evrope i SAD. To je posledica okolnosti da u njima zbog rada i inače trajno boravi velik broj muslimana i činjenice da su oni iz praktičnih razloga mnogo više upućeni da odgovor na sva pitanja u vezi sa pravnom sudbinom njihovog braka potraže u pravilima šerijatskog prava, nego da se za to obraćaju lokalnim sudovima.

Analiza sudske prakse nekih zemalja pokazuje da je problem priznanja dejstava akta o odricanju od žene bio rešavan na različit način. Na odluke sudova, po pravilu, uticala su dva osnovna faktora: gde je izjava o repudijaciji bila data (da li u stranoj državi čiji propisi poznaju ovaj vid prestanka braka ili ne ili je do toga došlo u domaćoj zemlji) i od procene sadržine međunarodnog javnog poretka *lex fori*.

3. Stav prava Belgije prema repudijaciji žene, u nedostatku preciznijih zakonskih propisa o priznanju stranih odluka o razvodu do kojih je došlo vansudskim putem, formulisan je u odlukama sudova ove

¹³ Vidi obrazloženje uz odluku Cour de Ire instance Tunisa, 19. IV 1977; Clunet, 3—1979, str. 652.

zemlje. Analiza nekih njihovih presuda ukazuje na to da stav sudske prakse nije uvek bio identičan.

U nekim slučajevima dolazilo je do priznavanja punovažnosti ovakvog načina prestanka braka. Tako je, na primer, Tribunal civil u Briselu u presudi od 13. III 1974. godine (Clunet, 1—1979, str. 177) priznao pravno dejstvo repudijacije koju je preduzeo pred notarom jedan Alžirac u Maroku. Izjašnjavajući se o zahtevu žene da dete rođeno u braku sa njenim bivšim mužem, nakon 12 meseci od prekida njihovog braka aktom repudijacije, bude priznato kao bračno,¹⁴ sud u Briselu stao je na stanovište da je ovakav način prestanka braka u skladu sa zajedničkim nacionalnim zakonom bračnih drugova i da zato ima biti priznat kao zakonit akt o repudijaciji. Sud je, takođe, konstatovao da odricanje od žene, potvrđeno aktom notara u Maroku, nije u suprotnosti sa shvatanjem ustanove međunarodnog javnog poretka Belgije.¹⁵

Iz novije prakse belgijskih sudova izdvajamo odluku Justice da le Paix de Fléron od 8. V 1979. (Rev. belge de droit international et comparé, 3—1981, str. 246) koja svedoči o zaokretu prakse u odnosu na problem priznanja pravnih dejstava izjave o odricanju žene do koje je došlo u skladu sa odredbama muslimanskog prava u inostranstvu.

Rešavajući o priznanju marokanske odluke o repudijaciji sud je konstatovao da ona ne sme da vređa domaći ordre public, dok u postupku njenog donošenja treba da bude poštovano pravo na odbranu tužene strane u skladu sa čl. 570 Code judiciaire Belgije. Budući da se odluka marokanskog suda osnivala na jednostrano izraženoj volji muža o odricanju od žene, pri čemu ženi nije pružena mogućnost zaštite njenih prava i isticanja zahteva prema mužu, to bi priznanje takve odluke bilo u koliziji sa međunarodnim javnim poretkom lex fori.

4. Francuski sudovi su se u nekoliko navrata sretali sa problemom priznanja akta o repudijaciji žene u smislu šerijatskog prava. Globalno posmatrano mogu se razlikovati dva perioda u odnosu na stav francuske sudske prakse prema ovom pitanju.

U periodu do 1979. godine dominira shvatanje da se u Francuskoj ne mogu priznati ovakvi akti, makar oni u svemu odgovarali zahtevima redovno nadležnog stranog prava. Ovo je bilo potvrđeno u dve odluke donete 1978. godine.

U prvoj od njih, koju je izrekao Kasacioni sud 20. VI 1978., odbijeno je priznanje repudijacije žene izvršene u Alžiru kao protivno francuskom ordre public (slučaj »Ferroudi«).¹⁶

¹⁴ Žena se pozivala na to da je repudijacija bila opozvana nakon dva meseca i da je posle toga bračna zajednica ponovo bila uspostavljena u kom periodu je dete i bilo začeto.

¹⁵ Stav jednog broja belgijskih autora izgleda da nije naklonjen ovakvom rešenju. Tako, recimo, Lenoble ističe da pravo Maroka ignoriše pravo žene na odbranu, a Van Hecke i Rigaux da kod donošenja odluke o priznanju repudijacije treba voditi računa i o časti i dostojanstvu žene, kao i njenom pravu da štiti svoje interese u postupku za razvod braka.

¹⁶ Kasacioni sud upotrebio je ordre public protiv opozive repudijacije koju je učinio jedan Francuz domiciliran u Alžiru i na taj način otklonio od primene alžirski zakon kao redovno nadležan u smislu francuske kolizione norme. O tome više: Fadlallah, op. cit., str. 25 i sl.

Odluka Tribunal grande instance Pariza od 26. I 1978. (Clunet, 4—1979, str. 855) u tom pogledu otišla je još dalje.

Sud je, naime, utvrdio dva principa koji moraju biti uzeti u obzir kod donošenja odluke o priznanju akta o repudijaciji. Prvo, ni jedna strana odluka o razvodu braka ne može biti priznata u Francuskoj ako nije izrečena od strane državnih sudova. Drugo, na punovažnost izjave o repudijaciji koja je data u Francuskoj ne utiče okolnost što je ona bila učinjena pred ovlašćenim službenim licima koja prema domovinskom (šerijatskom) pravu muža imaju pravo na njen prijem u inostranstvu (notar, konzul).¹⁷

Promena kursa francuskih sudova uočljiva je u odlukama Kasacionog suda od 5. XII 1979. godine. U oba slučaja radilo se o refleksnom dejstvu repudijacije na izdržavanje dece i oba puta žena je bila ta koja se pozivala na repudijaciju izvršenu u Maroku tražeći da joj sud dosudi izdržavanje za maloletnu decu. Sud je udovoljio njenom traženju smatrajući da je odricanje od žene u skladu sa domaćim ordre public, s obzirom na to da je za ocenu akta o repudijaciji od odlučujućeg značaja utvrditi da je u postupku u stranoj državi bilo poštovano njeno pravo na odbranu.

Isti stav potvrđen je i u presudi Tribunal grande instance de Paris od 21. III 1980. godine, takođe prema repudijaciji žene koja je bila izvršena u Maroku. Sud je konstatovao da se iz akta o repudijaciji vidi da su se supruzi pojavili pred kadijom i da je žena pristala na repudijaciju, uz obavezu muža da joj plati otpremninu. Zbog toga, ne može se, po shvatanju suda, zaključiti da je u pitanju jednostrana repudijacija, već prestanak braka koji podseća na sporazumni razvod koji je dopušten najnovijim francuskim propisima. Po mišljenju suda, marokanska odluka o prestanku braka na ovaj način nije u suprotnosti sa francuskim shvatanjem ustanove ordre public u međunarodnom privatnom pravu. Ublaženo dejstvo ordre public u ovom slučaju dolazi kao posledica činjenice da se radi o priznanju u Francuskoj jednog činjeničnog i pravnog stanja koje je regularno nastalo prema stranom redovno nadležnom zakonu.¹⁸

Na osnovu izloženog može se zaključiti da su se sudovi u Francuskoj u velikoj meri »otvorili« u odnosu na priznanje pravnih učinaka akta o odricanju od žene u smislu šerijatskog prava. Tome u prilog govori i smanjena upotreba instituta ordre public u ovoj materiji, koja je, čini se, rezultirala iz reforme francuskog porodičnog prava okončane donošenjem zakona od 11. VII 1975. godine.¹⁹

5. Stav sudova SAD u odnosu na vansudski razvod izgleda da je prvi put bio formulisan u odnosu na razvod braka dobijen upotrebom

¹⁷ Prema Fadlallah-u ova zabrana je jedno vreme bila zanemarivana od strane konzula nekih arapskih zemalja u Francuskoj, iako danas to izgleda nije više slučaj. Takvo ovlašćenje stranih službenih lica u koliziji je sa čl. 5 Dekreta od 5. XII 1975. godine koji propisuje nadležnost suda po bračnom domicilu za sva pitanja u oblasti bračnih sporova.

¹⁸ Cit. iz komentara ove odluke koji je objavljen u Revue belge de droit international et comparé, 3—1981, str. 244.

¹⁹ U tom smislu i M. Simon Depitre u komentaru uz odluku Tribunal gr. instance Compiègne, JCO, 1976. II 18432).

instituta ghett iz jevrejskog prava. Tom prilikom sud je zauzeo stav da ako je do razvoda došlo na ovaj način u inostranstvu, dejstvo takvog akta biće priznato u SAD, pod uslovom da je takav oblik prestanka braka dopušten prema propisima zakona koji je nadležan za pitanje razvoda.²⁰

U slučaju Shikoh v. Murff iz 1958. godine jedan Pakistanac (oženjen državljanom SAD) želeo je da raskine brak upotrebom repudijacije u odnosu na njegovu prvu ženu, takođe pakistansku državljaniku. Sud je, međutim, smatrao da se ovo lice ne može pozivati na odredbe šerijatskog prava da bi raskinulo raniji brak, tako da je talak preduzet u SAD ostao bez pravnog dejstva.²¹

6. Stav engleskog prava prema vansudskom razvodu braka, kao i u drugim državama, najbolje se očituje u odlukama sudova ove zemlje. Evolucija rešenja ovog pitanja ide od priznanja pravnih dejstava jednostranim izjavama o odricanju od žene, pa do njihovog potpunog ignorisanja u Engleskoj.

Jedna starija sudska odluka doneta 1924. godine u vezi sa zahtevom jednog Jevrejina da se odluka o razvodu njegovog braka, izrečena od strane Velikog rabinata u Aleksandriji, oglasi ništavom, pokazuje da su engleski sudovi u početku imali blagonaklon stav prema ovakvim razvodima.²² Privy Council odbio je žalbu na odluku prvostepenog suda, smatrajući da se odluka rabinatskog suda²³ može priznati u skladu sa Ottoman Order in Council iz 1910. godine, prema kome nehrišćani mogu zahtevati primenu njihovog religioznog prava i običaja na sva pitanja u vezi sa bračnim statusom.

Ista orijentacija podržana je i mnogo godina docnije u slučaju Har-Shefi 1952. godine. Ona je, takođe, u skladu sa mišljenjima nekih engleskih autora (n. pr. Cheshire) da englesko pravo ne odbija da prizna strane odluke o razvodu braka samo sa tog razloga što su izrečene u vansudskom postupku. To je, uostalom potvrđeno i u nekim novijim odlukama engleskih sudova (na primer, Russ v. Russ, 1964. i Lee v. Lan, 1967.).

Jedna od poslednjih odluka u tom smislu doneta je u slučaju Qureshi 1972. godine. Sud je priznao kao punovažnu izjavu o odricanju od žene koju je učinio jedan Pakistanac u Engleskoj, sa obrazloženjem da do toga može doći samo ako su supruzi imali prebivalište u državi koja poznaje ovakvu formu prestanka braka.

Može se reći da je 1972. godina bila prelomna u rešavanju ovog pitanja u međunarodnom privatnom pravu Engleske. Na promenu stava engleske sudske prakse verovatno je najjači uticaj imalo donošenje Recognition of Foreign Divorces and Legal Separations Act-a 1971. godine.

²⁰ Cit. G. W. Bartholomew: »Recognition of Poligamous Mariages in America«, Int. & Comp. Law Quarterly, july 1974, s. 1070.

²¹ Bartholomew, op. cit., str. 1078.

²² M. Borm-Reid: »Recognition and Enforcement of Foreign Judgements«, Int. & Comparative Law Quarterly, 3, 1954, str. 66.

²³ Prema zakonu o parničnom postupku Izraela iz 1952. g. postoji isključiva nadležnost rabinatskih sudova za razvode Jevreja, bez obzira na to gde im se nalazio domicil .

Određujući svoju nadležnost zakon propisuje da se njegove odredbe primenjuju na sve razvode do kojih je došlo izvan područja V. Britanije, pod uslovom da je odluka o tome doneta »u bilo kojem postupku koji je punovažan prema propisima te strane države« (čl. 2 zakona). Iako je na ovaj način pružena široka mogućnost za priznanje stranih brakorazvodnih odluka, uključujući tu i one koje su bile donete upotrebom tâlak-a ili gueth-a, za praksu ove zemlje mogu nastati određene teškoće u njegovoj primeni.

Naime, da bi vansudski razvod braka mogao biti priznat u ovoj zemlji, neophodno je da je drugi bračni drug bio obavešten o razvodu na ovaj način i da mu je pruženo pravo odbrane (čl. 8 t. 2 zakona). Međutim, kako u velikoj većini islamskih država ovi zahtevi nisu poštovani, to bi dosledno ostajanje pri slovu ove zakonske odredbe značilo nemogućnost priznanja ovih jednostranih izjava kao stranih odluka o razvodu.²⁴

Uprkos izvesnih dilema u jednom delu pravne nauke Velike Britanije o domašaju ovog propisa u praksi, čini se da su one ubrzo rešene nekim kasnijim odlukama engleskih sudova. Tako je Family Division u odluci od 11. V 1972. godine (slučaj Radwan) stao na stanovište da se tâlak preduzet od strane jednog egipatskog državljanina pred egipatskim konzulatom u Engleskoj ne može priznati, bez obzira što je to dopušten način prestanka braka prema domovinskom pravu ovog lica. Sud je, takođe, potvrdio stav engleskog prava da ni jedan akt preduzet na domaćoj teritoriji koji nije odluka domaćeg suda, ne može raskinuti bračnu zajednicu.²⁵

Ovo rešenje bilo je reafirmisano u odluci Family Division od 14. XII 1975. u slučaju Regina v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages, Ex. p. Minhas. Izjava o odricanju od žene koju je dao jedan Pakistanac, koji je izvesno duže vreme boravio u Engleskoj, bila je upućena nadležnom organu u Pakistanu gde je bilo prebivalište žene. Prema pakistanskom pravu (Muslim Family Law's Ordinance iz 1961. godine) ovakva izjava dovodi do razvoda braka pod uslovom da je potvrđena u roku od 90 dana od dostavljanja akta o odricanju žene i da joj nije prethodio pokušaj mirenja. No, i pored toga ona nije mogla biti prihvaćena kao razvod braka u Engleskoj, jer se tome protivi odredba čl. 6 t. 1 Domicil and Matrimonial Proceedings Act iz 1973. godine.²⁶

Iz toga, međutim, ne bi trebalo zaključiti da svaki vansudski prestanak braka ostaje bez pravnih dejstava u ovoj zemlji. Tumačenje čl. 16 t. 2 zakona iz 1973. godine ostavlja određene mogućnosti u tom smislu. Do toga dolazi pod pretpostavkom ispunjenja sledećih uslova: 1) ako su supruzi imali prebivalište u državi u kojoj je repudijacija preduzeta, 2) ako je makar jedan od njih tu bio domiciliran, dok je prema personalnom statutu drugog supruga tâlak priznat kao način prestanka

²⁴ Više o tome: J. H. C. Morris, op. cit., str. 180.

²⁵ Ova odluka analizirana je u Clunet, 1—1980, str. 120.

²⁶ Neki noviji propisi prava V. Britanije u materiji međunarodnog privatnog prava komentarisani su u Clunet, 1—1973.

braka i 3) ako je repudijacija preduzeta u nekoj trećoj državi, ali je takođe punovažna i prema zakonu zajedničkog domicila bračnih drugova.²⁷

Interesantno je napomenuti da se razvod braka preduzet na ovaj način prema nekim odlukama ne smatra a priori protivnim domaćem međunarodnom javnom poretku. Okolnost da je razvod upotrebom tálak-a jednostran po pravilu, kao i da zato može teško oštetiti ženu koja nije skrivila razvod, izgleda da ne može biti osnov za pozivanje na povredu domaćeg ordre public.²⁸

IV

1. Priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka u pravu SFRJ regulisano je odredbama čl. 17 i 18 uvodnog zakona za zakon o parničnom postupku (Sl. list FNRJ, 4—1957).

Odluke stranih sudova u bračnim stvarima priznaće se: 1) ako je po propisima o nadležnosti koji važe u našoj državi strani sud mogao postupiti u toj stvari, 2) ako su licu protiv koga je donesena odluka, poziv ili naredba kojom je otpočet postupak bili lično dostavljeni, ili se to lice na ma koji način upustilo u postupak, 3) ako postoji potvrda nadležnog stranog suda ili drugog nadležnog organa o pravosnažnosti ili izvršnosti odluke prema pravu države u kojoj je donesena i 4) ako postoji uzajamnost (čl. 17 Uv. zakona za zakon o parničnom postupku).

Međutim, i kada postoje uslovi iz prethodnog člana, neće se priznati strana odluka: 1) ako lice protiv koga je doneta odluka nije moglo usled nepravilnosti u postupku da učestvuje u postupku i 2) ako bi priznanje odluke bilo protivno javnom poretku SFRJ (čl. 18 Uv. zakona za zakon o parničnom postupku).

2. Jedno od prethodnih pitanja na koje domaći sudovi moraju afirmativno odgovoriti u vezi sa priznavanjem akata o repudijaciji šerijatskog prava jeste, da li se i pod kojim uslovima oni eventualno mogu kvalifikovati kao sudske odluke podobne za priznanje.

Polazeći od toga da je odricanje od žene lično pravo muža da jednostranom izjavom volje raskine bračnu vezu i da taj akt ne mora uvek da bude preduzet u prisustvu ili uz sadejstvo nadležnog državnog organa, čini da mu se ne može priznati karakter sudske odluke. Ovo i onda kada se njegova registracija zahteva kao uslov punovažnosti, jer izvršen upis ne može biti zamena za odluku suda o razvodu braka. Taj dokument nije, dakle, odluka nadležnog suda i nema konstitutivni, već samo dokazni karakter.

Međutim, kada je u pitanju repudijacija sporazumom bračnih drugova izvršena pred šerijatskim sudijom (kadija) i uz to punovažna prema odredbama personalnog zakona bračnih drugova, smatramo da

²⁷ Tálak, prema tome, nema nikakvih pravnih učinaka u V. Britaniji ako su supruzi tu imali domicil, ako im je domicil bio u inostranstvu, a izjava o odricanju od žene bila je data u V. Britaniji i ako je tálak preduzet u stranoj državi, a supruzi su neposredno pre toga bili nastanjeni u V. Britaniji makar 1 godinu dana. (O tome detaljnije: Clunet, 1—1980, str. 131).

²⁸ Cit. iz obrazloženja odluke u slučaju Qureshi, 30. X 1972.

nema smetnji tretirati takvu odluku kao sudsku, bez obzira na okolnost što se u ulozi sudije pojavljuje svešteno lice.

3. Karakter repudijacije kao načina prestanka braka dovodi do toga da žena od koje se muž oslobađa ovim putem ne mora uvek biti neposredno obavještena o preduzetoj repudijaciji. Čak i onda kada joj je to saopšteno u njenom prisustvu, ne znači da se ona na taj način upustila u postupak i da se može, koristeći procesna ovlašćenja, usprotiviti razvodu braka koji joj je jednostrano nametnut. Na taj način nije zadovoljen jedan od najopštijih zahteva za priznanje stranih sudskih odluka, zahtev poštovanja prava odbrane u postupku pred sudom. Kada se to ima u vidu postaje jasno da repudijacija izvršena saobrazno odredbama prava ove grupe država, razume se u meri u kojoj posle izvršenih reformi u oblasti porodičnog prava ima mesta za njenu upotrebu u nekim od njih, ne može biti priznata kao punovažan akt prestanka braka u našoj zemlji.

Repudijacija do koje je došlo sporazumno, uz obavezu žene da zbog toga plati određenu naknadu mužu, mogla bi se, pod napred navedenim uslovima, tretirati kao sporazumni razvod i kao takva, uz ispunjenje ostalih zahteva iz zakona, biti priznata od naših sudova.

4. U vezi sa priznanjem pravnih dejstava sporazumne repudijacije može se postaviti problem njene saobraznosti sa međunarodnim javnim poretком SFRJ, s obzirom da sva naša republička i pokrajinska zakonodavstva zahtevaju (uz izvesne modifikacije u zakonima SR Hrvatske, SR Bosne i Hercegovine i SAP Kosovo) da sporazumnim razvodom ne budu dovedeni u pitanje materijalna egzistencija dece i njihov odgoj nakon razvoda njihovih roditelja.

Budući da strani sud odluku o dodeli dece na čuvanje zasniva polazeći od sopstvenih shvatanja roditeljske dužnosti i interesa dece, koja ne moraju uvek biti istovetna sa zakonskim regulisanjem uloge roditelja i položaja dece nakon razvoda braka u nas, postavlja se pitanje, u kojoj se meri može upotrebiti ustanova međunarodnog javnog poretka u cilju odbijanja priznanja pravnih dejstava repudijacije u SFRJ, ako se zna da su mogućnosti za njeno priznanje i inače veoma ograničene.

5. Jugoslovenski sudovi mogu prići ovom problemu na dva različita načina.

U jednom slučaju, polazeći od šire koncepcije o sadržini domaćeg međunarodnog javnog poretka, oni bi bili u mogućnosti da odbiju priznanje sporazumne repudijacije ako je odluka stranog suda u pogledu dodele deteta na čuvanje jednom od roditelja doneta bez razmatranja okolnosti od značaja za dete.²⁹ Nebitno je pritom čije državljanstvo (strano ili domaće) su imali dete ili njegov drugi roditelj odn. da li je odnos u pitanju preko nekog od svojih elemenata pravno »povezan« sa teritorijom SFRJ.

²⁹ Tako, npr. moglo bi doći do odbijanja priznanja strane odluke o sporazumnoj repudijaciji koja je dodelila dete na čuvanje ocu, osnivajući se na propisu tuniskog zakona o ličnom statusu fizičkih lica, prema kome je otac taj koji kao šef porodice preuzima obavezu staranja i izdržavanja dece u slučaju razvoda braka.

Ovakvo rešenje moglo bi se pravdati ustavnim principom o posebnoj društvenoj zaštiti majke i deteta u SFRJ (čl. 188 Ustava SFRJ), kao i odredbom da stranci u SFRJ uživaju one slobode i prava koji su utvrđeni Ustavom, zakonima i međunarodnim ugovorima (čl. 201 Ustava SFRJ).

Međutim, upotreba međunarodnog javnog poretka može rezultirati i samo u situaciji u kojoj je odlukom stranog suda o dodeli deteta jednom od roditelja doveden u pitanje interes deteta koje ima jugoslovensko državljanstvo, budući da je rođeno iz mešovite braka jednog muslimana i jugoslovenskog državljanina, a inače ispunjava uslove koji se traže za sticanje državljanstva SFRJ.

6. U kritičkom osvrtu na mogućnost upotrebe ustanove međunarodnog javnog poretka u ovoj oblasti, treba istaći sledeće.

Prva koncepcija kao mogućnost odgovara jednom idealističkom stavu prema kome postoji univerzalni međunarodni javni poredak čiji autoritet ne poznaje prostorne granice. Zbog toga za njegovu primenu od strane domaćih sudova nije relevantan stepen »vezanosti« spornog slučaja za pravni poredak SFRJ.

Mada se ne može osporiti visoki stepen principijelnosti ovakvom gledištu, sigurno je da se ne može zanemariti teritorijalni momenat koji je u direktnoj vezi sa obimom primene ove ustanove u međunarodnom privatnom pravu svake, pa i naše zemlje. Ako se tome doda činjenica da zbog prirode međunarodnog javnog poretka iz njegove upotrebe mogu nastati i štetne posledice po domaću državu odn. odluke njenih organa u inostranstvu, onda nam izgleda opravdanim njegovu primenu samo u onim slučajevima kada bi primena stranog zakona ili priznanje na njemu zasnovane sudske ili koje druge odluke dovodilo u pitanje osnovne principe našeg pravnog poretka.

U prilog ovako shvaćene upotrebe instituta međunarodnog javnog poretka od strane jugoslovenskih sudova govori okolnost da se i sudovi velikog broja država, u ovakvim i sličnim prilikama, ponašaju na isti način. Iako se takvoj praksi može zameriti da poseduje izvesnu dozu pravnog šovinizma, sigurno je da ona najvećim delom odražava aktuelno stanje uporednog međunarodnog privatnog prava i međunarodne pravne saradnje.

V

Na osnovu svega izloženog o suštini i pravnim dejstvima akta o odricanju od žene u međunarodnom privatnom pravu, mogu se izvući sledeći zaključci:

1) Repudijacija žene sama po sebi ne predstavlja sudsku odluku, makar bila registrovana kod nadležnog suda u zemlji u kojoj se nalazi domicil bračnih drugova i po čijim propisima predstavlja pravno valjani način prestanka braka. Samim tim prilično su sužene mogućnosti priznanja pravnih dejstava ovakvim jednostranim izjavama u državama koje poznaju uobičajen način prestanka braka putem razvoda.

2) No uprkos toj činjenici, sudska praksa nekih država, u nekim slučajevima, priznavala je pravnu važnost takvim aktima, polazeći od

toga da ih treba priznati ako su preduzeti saobrazno zahtevima prava nadležnog za razvod braka (neke sudske odluke belgijskih, francuskih i engleskih sudova).

3) Kao osnovni argument protiv priznanja jednostranih izjava o odricanju od žene sudovi su upotrebljavali ustanovu međunarodnog javnog poretka, smatrajući, takođe, u nekim prilikama, da njegovu sadržinu čini i pravo žene na odbranu koje zbog prirode repudijacije u većini slučajeva nije moglo biti ostvareno.

4) S obzirom na izvršene zakonodavne reforme u pravima jednog broja muslimanskih država (neke od njih predviđaju ukidanje jednostrane repudijacije), čini se da je problem priznanje eksteritorijalnog dejstva akata o repudijaciji žene znatno izgubio na značaju i u onim državama u kojima se do sada uglavnom pojavljivao.

5) Okolnost da u pravu naše zemlje brak prestaje isključivo odlukom nadležnog suda koja se izriče na osnovu sprovedenog postupka uz učešće bračnih drugova, što podrazumeva mogućnost najpotpunijeg vršenja prava odbrane, čini da se u nas ne mogu priznati pravna dejstva izjavama o odricanju žene. Izuzetak bi mogao biti učinjen kada je u pitanju sporazumna repudijacija pred sudom, budući da u mnogome podseća na sporazumni razvod braka. No sve to pod uslovom da njeno priznanje nije u suprotnosti sa našim shvatanjem sadržine ustanove javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu.

LA RENONCIATION A LA FEMME DANS LE DROIT MUSULMAN
ET SES EFFETS JURIDIQUES DANS LE DROIT INTERNATIONAL
PRIVE DE CERTAINS ETATS

R é s u m é

Cet article traite le problème de la reconnaissance de l'exterritorialité des déclarations relatives à la renonciation à la femme en tant que mode de cessation de l'union conjugale qui est valable dans un certain nombre d'Etats de droit musulman. Quoiqu'à cause du nombre relativement peu élevé des cas dans lesquels la question se pose de la validité de ces actes devant les tribunaux nationaux, cette question n'a pas une plus large importance pratique dans le droit international privé elle peut se poser d'une manière potentielle dans les différentes situations (la conclusion du mariage, les droits de succession de la femme ainsi répudiée, la réalisation des droits de l'assurance sociale et de l'assurance de retraite à l'étranger) surtout dans les Etats industriellement développés de l'Europe et aux Etats-Unis d'Amérique.

En analysant un certain nombre de décisions des tribunaux de ces Etats, l'auteur a démontré que la question de la reconnaissance des effets juridiques par ces déclarations unilatérales n'était pas toujours résolue de la même manière. Dans un certain nombre de cas les tribunaux de ces Etats avaient pris une attitude bienveillante à l'égard de la reconnaissance de la répudiation. En ce qui concerne cette question ils se sont contenté de constater que par la reconnaissance de la répudiation dans l'Etat national ne serait pas porté atteinte à l'ordre public international *lex fori*, à condition qu'à la femme soit donnée la possibilité de réaliser les droits de la défense dans la procédure. Cette prise de position a été exprimée dans certaines décisions des tribunaux belges, français et anglais.

Contrairement à une telle prise de position les tribunaux se sont parfois placé sur le point de vue que la répudiation, quoiqu'elle soit conforme aux exigences du droit musulman, ne peut être reconnue comme rupture du mariage sur le territoire national. Le plus souvent on arrivait à cette conclusion dans les cas que ce procédé était pratiqué sur le territoire de l'Etat national (certaines décisions des tribunaux de l'U.S.A. et de l'Angleterre) en se référant à l'ordre public national dans le droit international privé, ainsi qu'à la mésestimation du principe processuel *audiatur et altera pars*.

Les tribunaux dans la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie ne se sont pas prononcé sur cette question. Cependant en prenant en considération le fait que la déclaration de la répudiation ne peut être traitée comme une décision judiciaire, même si elle est enregistrée chez l'organe compétent de l'Etat d'après le droit duquel un tel procédé de la cessation du mariage est considérée valable, il en résulte que les possibilités pour sa reconnaissance chez nous sont exceptionnelles. Selon l'opinion de l'auteur on pourrait aboutir à un tel état de choses seulement dans le cas conditionnellement de la répudiation sur laquelle on c'est mis d'accord, et non point en cas de répudiation unilatérale, eu égard que cette sorte de renonciation ne met pas la femme dans une position inférieure, et qui reste par ses caractéristiques rappelle dans une large mesure le divorce par le consentement mutuel.