

злога, да тражи повраћај. Можемо рећи да је овде неизвесно да ли ће основ настати или не. Ако Б по сазнању враћа износ, његова ситуација је економски узевши — не и правно — најсличнија зајму; то би била „државина зајма“, а не зајам.

Др. Андрија Гамс

ПОКУШАЈ МИРЕЊА У БРАЧНОМ СПОРУ

1. *Посредничка улога суда.* — 1. — Претстојећа свеобухватна реформа породичног законодавства отвара могућност за критичку оцјену и евентуална преиначења и релативно нових процесних одредаба о брачним споровима из закона о парничном поступку од 8 децембра 1956.

Ова наша расправа о проблему покушаја миρεња супрута у брачном спору треба да, склопу осталих наших радова из подручја брачног процесног права, допринесе даљем сагледавању и студирању проблематике са којом се законодавац мора сусрести при обављању свог значајног реформаторског задатка.

2. — Опће одредбе закона о парничном поступку овлашћују суд да током поступка (нарочито на главној расправи) укаже странкама на корисност поравнања и да им помогне да закључе нагодбу о предмету спора (чл. 310, ст. 3). Лице које намјерава подићи тужбу може тражити од суда да позове противника на рочиште на коме ће се размотрити могућност склапања поравнања (чл. 313). Значајно је напоменути: суд није дужан да у сваком случају покуша измирити странке које се споре. Да ли ће суд настојати да се међу странкама постигне споразум, зависи од његове оцјене резултата претходног расправљања.

Законско овлаштење на посредовање ради измирења има значај препоруке. Није се хтјело ићи даље, па наредити суду да у сваком спору сутерира и помогне странкама да се измире и поравнају. Одсуство оваквог наређења може, у први мах, нарочито у условима развијања социјалистичких друштвених односа, изгледати као неко занемаривање опће одгојне функције коју правосудни органи треба да врше. Но обавезна посредничка улога може имати и лоших особина. Да би посредник могао рачунати на успјех, потребно је да прије своје интервенције упозна становишта противника и да узастоји наћи додирне тачке у њиховим опречним ставовима. Практично је готово немогуће да посредник код тога задржи за себе свој став о начину како би спор требало ријешити. Став суда требало би да извире из правилне оцјене изнесених чињеница и правилне примјене материјалног права. То уствари значи: требало би да

суд прије доношења пресуде саопћи странкама како намјерава ствар ријешити. Такво претходно испољавање становишта, иако је могуће да га суд под утјецајем резултата даљег расправљања из основа измијени, може негативно дјеловати на странку којој се сугерира попуштање или чак посвемашње пристајање на противничково тражење; може код ње формирати увјерење о пристрасности суда.

Скептичан став према добрим странама посредовања око нагодбе странака довео је до начела које суду само препоруча али га и не обавезује да настоји странке измирити.

3. — За спорове у брачним стварима не може се ово опће начело прихватити у сваком случају. Према становишту раније израженом у основном закону о браку (чл. 80), а данас у новом закону о парничком поступку (чл. 402—404), потребно је од њега одступити у односу на бракоразводне спорове.

Опћи, друштвени интерес тражи да се сачувају и одрже бракови који с обзиром на своје квалитете могу представљати корисну и позитивну друштвену јединицу. Услијед стјецаја разноврсних склоности могуће је да једна објективно безначајна чињеница проузрокује значајан психички ефекат на појединца. Ово нарочито у брачним односима. Са становишта опћег интереса, интереса брачних другова, а нарочито са становишта интереса њихове заједничке дјеце, било би неоправдано и социјалнополитички недопустиво дозволити да дође до развода брака и у оним случајевима кад је непристраном проматрачу вјероватно да поремећај у брачним односима није такав да је због њега заједнички живот супруга заиста постао неподношљив. Ако имаде изгледа да би настали поремећај и објективно и субјективно могао изгубити од свог значаја, треба, у границама допустивог, предузети мјере да се спријечи реализирање пренагљене одлуке донесене у једном у правилу психички алтерираном стању.

Због тога се сматра да је дужност друштва да помогне брачним друговима да се измире, да се, изражено терминологијом грађанског права, поравнају, и то тако, да тужилац одустане од свог захтјева.

У имовинским споровима постигнута нагодба, којом се ликвидира спор, представља у правилу новацију имовинскоправног односа међу странкама, а понекад и основ за принудно извршење обавеза које су странке на себе преузеле. У бракоразводним споровима поравнање такође доводи до обуставе поступка, али не и до друкчијег уређења статусног односа међу странкама. Напротив, сврха је поравнања да постојећи статус остане неизмијењен. Ово поравнање, с друге стране, наликује оној нагодби у имовинскоправном спору, код које тужилац сасвим одустаје од свог правозаштитног захтјева и одриче се права које је предмет расправљања. Требало би, наиме, узети да је тужилац који се помирио са својим супругом уједно и опростио дјело на коме је засновао свој захтјев, да се брак разведе, а у том случају он у правилу више не би могао с успјехом

водити нову парницу на основу оног дјела на које се позивао као на бракоразводни узрок у парници завршеној измирењем (чл. 75 и 76, ст. 3, основног закона о браку), иако у парници за развод брака одрицање од тужбеног захтјева има само учинак повлаћења тужбе (чл. 410, ст. 3, закона о парничком поступку). Измирење не представља основ за одбацивање нове тужбе засноване на истом захтјеву (чл. 181, ст. 5, закона о парничком поступку), али би зато могло представљати основ за одбијање поновљеног тужбеног захтјева. У новој парници заснованој на истом чињеничном и правном темељу постигнуто измирење брачних другова представљало би, према томе, основ за приговор да је спорни предмет међу странкама већ ријешен њиховим диспозитивним радњама у једној ранијој парници, па да нови спор треба третирати као *rem transactam* и тужиоца одбити са поновљеним захтјевом да се брак разведе (1).

4. — Функција обавезног измиритеља — кад већ дође до спора — повјерава се суду.

Законодавства код утјецајем црквених организација повјеравају ову функцију свећеницима вјероисповијести којој припадају брачни другови. Тек ако ови не покушају измирити супруге, тај покушај врше судови. Тако је раније било у аустријском праву (2). У бившој Југославији тужилац је у спору о растави од стола и постеље на подручју Апелационог суда у Загребу био дужан да уз тужбу приложи свједоцбу надлежног вјерског представника о неуспјелим покушајима измирења односно о недоласку туженог супруга на покушај измирења. На подручју апелационих судова у Љубљани и Сплиту суд је био дужан да прије одређивања роцишта за спорну расправу врши три пута, у размацима од осам дана, покушаје измирење прописане у § 104 Опћег крањанског законика, уколико тужби није била приложена споменута сведоцба вјерског представника (чл. 2 цитиране уредбе од 18 маја 1936).

По шведском праву, које одређује претходни покушај мирења само за неке врсте брачних спорова, мирење се повјерава свећенику или особи коју предсједник суда специјално за то овласти или опћинском изабраном измиритељу који ту дужност врши већ двије године (3). По грчком праву тужилац мора прије подношења тужбе суду молити надлежног владику да спроведе поступак за покушај мирења (4). По исландском праву надлежан је суд уколико странке

(1) У совјетској теорији процесног права нагодби закљученој у имовинскоправном спору придаје се карактер судске одлуке којом се спор мериторно окончава, па склопљена нагодба претставља процесну сметњу за вођење новог спора заснованог на истом стварном и правном основу. Јер се такав квалитет не придаје и протоколираном измирењу брачних другова, истиче се да ово помирење није основ за приговор *rei iudicatae* (док такво својство има поравњање у имовинском спору). Нисмо, међутим, могли установити да ли се у совјетском праву измирењу супруга придаје значај чињенице која би могла представљати основ за приговор *rei transactae*. — Б. С. Н. Абрамов и др.: Граждански процес, Москва, 1953, с. 325.

(2) Pollak: System des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien, 1932, S. 767.

(3) C. G. Björling: Das Eherecht Schwedens, у Leske-Leowenfeld: Das Eherecht der europäischen Staaten und ihren Kolonien, Berlin, 1937, S. 647.

(4) G. Diobouniotis: Das Eherecht in Griechenland, у Leske-Leowenfeld: op. cit., S. 786.

споразумно не одлуче да се у ту сврху обрате надлежном жупнику (5).

Учињено је то унаточ резерва које смо раније изнијели у односу на могућност да се суду стави у дужност да у сваком спору поради око нагодбе странака. Резерве су овдје квалитативно слабије. Прије свега, дужност је и суда, као државног органа, да у своме раду остварује уставну и законску норму, по којој је брак као основа породице под нарочитом заштитом државе (6). То правило у извјесном смислу овлашћује и обавезује суд да у фази прије доношења одлуке, која и овдје мора бити резултат правилне оцјене стварне и правне стране спора, отворено прида већи значај сједињујућим неголи разједињујућим компонентама брачног односа. С друге стране, заузимање суда око измирења брачних другова не мора, као што је то у правилу случај у другим парницама, добити израз прејудииирања одлуке коју суд тек треба да донесе. Одлука за покретање бракоразводног спора резултат је одређеног психичког става једног супруга према другом. Та чињеница омогућује посреднику да, концедирајући и једној и другој страни да су њихови наводи у чињеничном погледу (у погледу стварних збивања) истинити, утјече на њих да ублаже *субјективну оцјену* коју они дају тим збивањима. И напoкон, покушај постизања помирења међу брачним друговима може се организирати и тако да се сасвим избјегне опасност од пристраности услијед претходног отвореног заузимања става о спору од стране суда: повјеравањем функције измиритеља суцу који неће бити и предсједник вијећа коме ће бити повјерено суђење о спору. Ма да би усвајање ове посљедње идеје отклонило приговор пристраности и у другим споровима, начело процесне економије не дозвољава да се она прихвати и за опћи парнични поступак. Није прихваћена ни у новом закону о парничном поступку за бракоразводне парнице (чл. 402, ст. 1). Схватање да је брак толико важан друштвени феномен, да при настојању његовог одржавања у животу друштво може и треба да поднесе и веће жртве, довело је до увођења установе обавезног *покушаја мирeња* у споровима о разводу брака, организираног на посебан начин (7).

II. *Покушај мирeња у споровима ради поништаја брака.* — 1. — Не видимо основаног разлога због кога се установа обавезног покушаја мирeња ограничава (међу брачним споровима) само на бракоразводне парнице. Мишљења смо да би се она, из истих разлога као и у споровима о разводу брака, могла ефикасно и са друштвено-корисним резултатом примјењивати и у споровима ради поништаја

(5) T. Eydólfsson: Das Eherecht Islands, у Leske-Loewenfeld: op. cit., S. 760

(6) В. чл. 26 Устава и чл. 2 ст. 1, основног закона о браку.

(7) По уредби бив. Југославије од 18 маја 1936 у парницама ради развода брака није био прописан посебан поступак за покушај мирeња, већ је само суду препоручено да према околностима појединог случаја „у расправи“ покуша измирење (чл. 161). Посебног покушаја мирeња нема ни у швајцарском, новом чехословачком, норвешком и још неким другим европским правима.

брака из узрока *релативне* ништавости (чл. 41 у вези чл. 47, ст. 2, чл. 44 и 45).

Овај метод не би се могао примијенити и у случају кад поништај брака траже родитељи односно старалац из разлога што је у брак ступило лице које није навршило 18 година живота (чл. 23 и 49). Ту ће, у правилу, оба брачна друга бити за одржање брачне заједнице. Насупрот њима, као јединственим и нужним супарничарима на пасивној страни, стајаће на тужилачкој страни родитељи односно старалац. Међу оваквим странкама по логици ства, ри нема основа примјени овог института, ма да то не значи да нема основа ни покушавати да се странке измире, тј. да тужилац одустане од тужбе.

Основни закон о браку не овлашћује јавног тужиоца, као представника јавног интереса, и трећа лица, која би на томе имала непосредни правни интерес, да лобијају брак који закључи умоболно лице или лице неспособно за расуђивање ако су умна болест или неспособност за расуђивање већ престали, затим брак на чије је закључење брачни друг пристао у страху изазваном озбиљном пријетњом и, напokon, брак закључен у заблуди о личности брачног друга односно о његовим битним особинама. Опћедруштвени интерес не тражи да се у наведеним случајевима брак поништава и против воље брачних другова. Ако брачни другови не сматрају недостатак при закључењу брака толико значајним да доводи у питање хармоничан наставак брачне заједнице, нема разлога да се брак поништава.

Само у односу на заблуду о битним особинама брачног друга основни закон о браку тражи, као услов за оправдање захтјева за поништај барака, постојање чињенице да накнадно уочена заблуда чини заједнички живот неподношљивим (и да су откривене особине такве да би брачног друга одвратиле од ступања у брак, да је за њих знао у часу закључења брака). То не значи да се код одређивања да се брак може понизити и из друга три наведена узрока релативне ништавости није претпостављало да је њихово постојање учинило заједнички живот неподношљивим. Душевна болест односно неспособност за расуђивање, страх изазван озбиљном пријетњом и заблуда о личности брачног друга толиког су домашаја да се мора у *правилу* претпоставити да они својим постојањем онемогућавају наставак брачне заједнице. Због тога у конкретном случају није потребно доказивати и то да је услијед наведеног узрока заједничког живота *заиста* неподношљив. Оваква законска одредба само у начелу омогућује брачном другу да, позивајући се на један од напријед наведених узрока, постигне поништај брака иако су у часу тражења поништаја брачни односи усклађени и ма да су нестале негативне посљедице изазване болешћу, пријетњом односно заблудом. У правилу ће тражење поништаја и у овим случајевима бити резултат чињенице да је за тужиоца постојећа брачна заједница неподношљива. Могућност изузетака толико је мала да о њој

није требало водити рачуна при одређивању законских увјета за поништај. Напротив, захтјев за доказивање поремећаја таквог интензитета да брачну заједницу чини неподношљивом услјед заблуде о битним особинама брачног друга посљедица је схватања да само постојање такве заблуде у правилу нужно не доводи до неодрживости брака. Да се избегне могућа опасност која је у осталим случајевима готово искључена, тражи се овдје и доказ о конкретној неподношљивости живота у браку.

Након изнесених констатација могли би смо закључити: у третираним случајевима релативне ништавости захтјев за поништај долази као посљедица неподношљивости заједничког живота. Неподношљивост је психичка категорија, подложна свакидашњим промјенама у интензитету и квалитету. Није ни мало искључено да и неподношљивост изазвана узроцима релативне ништавости с временом нестане. Основни закон о браку временски ограничава право на захтјев за поништај у претпоставци да су једногодишње прелажење преко уочене заблуде и заједнички живот супруга одкако је принуда престала знак губљења негативних психичких резултата ових околности (чл. 48, ст. 2). Ако, дакле, постоји могућност, о којој се и у закону води рачуна, да брак у почетку мањкав накнадно постане погодан основ за наставак заједничког живота, требало би и приликом захтјева да се такав брак поништи покушати дјеловати на брачне другове у том правцу да по могућности пређу преко нанесених повреда и да наставе брачну заједницу. То настојање требало би да за суд буде обавезно и да се врши на начин као и у споровима ради развода брака.

Нема сумње да у одсутности одредбе о обавезном покушају мирења, изведеног у смислу посебних правила поступања, треба на спорове ради поништаја брака из узрока релативне ништавости примјенјивати правно правило опћег процесног права по коме суд може покушати измирити странке (8). Оно у сваком случају треба да важи за спорове ради поништаја брака покренуте на тужбу родитеља или стараоца против брачних другова од којих један у часу ступања у брак није имао посебно одобрење суда, иако још није био навршио 18 година живота (чл. 23 и 49).

2. — Но, с друге стране, сматрамо да покушају мирења чак ни у оквиру опћих процесних правила нема мјеста у споровима ради поништаја брака из узрока апсолутне ништавости (чл. 40, 41, 42, 43 и 46) и у споровима ради утврђивања постојања или непостојања брака (чл. 48 у вези чл. 15). У споровима покренутим на такву тужбу на правилном утврђивању чињеница и примјени права заинтересирана је и друштвена заједница. Не може се допустити да и даље постоји брак који је ништав због бигамије, постојеће умоболности

(8) По § 668 мађарског поступка из 1911 суд је могао у ма коме стадију парнице у којој се брак напада покушати измирење странака и ради тога их упутити одређеном или замољеном суцу.

или неспособности за расуђивање брачног друга, сродства по крви или тазбини због кога није допуштено закључити брак ни по дозволи суда, одсудности брачних другова при склапању брака (9), или због тога што брак није закључен у циљу заједнице живота брачних другова. Исто тако је недопустиво одржавање фикције да постоји непостојећи брак односно да брак који заиста постоји не производи ефекте брака због тога што није правилно регистриран. Ограничавање диспозиције странака не иде ни у брачним споровима дотле, да се странке могу приморати на покретање спора односно на уступање код тужбе све док се не донесе одлука о главној ствари. Тужилац може и у овим споровима одустати од тужбе и тиме спријечити доношење пресуде којом се брак поништава односно којом се утврђује постојање или непостојање брака (10 и 11). Није ни право ни дужност суда да у том смислу утјече на странке. Напротив, у случају да тужилац одустане од тужбе, била би дужност суда да о постојању оправдане сумње о апсолутној ништавости односно о постојању или непостојању брака скрене пажњу јавном тужиоцу, који би по службеној дужности био обавезан да поновно покрене спор од кога је тужилац одустао.

III. *Када нема мјеста покушају мирења у бракоразводним споровима.* — 3. — У начелу прихваћено правило о обавезном покушају мирења у спору о разводу брака не може се ни у сваком бракоразводном спору примijenити. Немогућност примјене резултат је одређених фактичких околности које овакав покушај сасвим или искључују или га чине тешко изводивим.

У члану 80 основног закона о браку није била изричито предвиђена могућност одступања од опћег правила. Нужност одступања била је, међутим, у пракси диктирана стварним приликама конкретних случаја. Тако је, наприклад, изван сваке сумње да се покушај мирења не може спровести у парницама у којима је неспорно да је тужени брачни друг нестао. Исто би тако било илузорно закивати рочиште за покушај мирења у случају кад је један од брачних другова душевно болестан или неспособан за расуђивање, без обзира на то из којих се разлога и на чију тужбу тражи развод

(9) У смислу чл. 34 и 43 основног закона о браку не сматра се да постоји овај разлог ништавости ако је једног од брачних другова заступао пуномоћник снабђевен прописаним посебним пуномоћјем.

(10) Иако се одредбе чл. 410, ст. 3, закона о парничном поступку односи само на бракоразводне спорове, сматрамо да се странка не би могла ваљано одрећи ни захтјева да побија брак из разлога апсолутне ништавости односно захтјева којим тражи утврђивање постојања или непостојања брака, јер се ради о примјени когентних правних прописа којима се регулира једно статусно питање.

(11) Ова извођења односе се на странку која није јавни тужилац. И јавни тужилац као странка могао би одустати од тужбе, али сматрамо да он то, с обзиром на правила којима се регулира вршење његове службе, не би смιο учинити ако је стекао увјерење да би се парница могла окончати усвајањем тужбеног захтјева. Физичко лице као странка (брачни друг или трећа особа која се као тужилац појављује јер имаде непосредан правни интерес на постављање одређеног захтјева) могло би одустати од тужбе и у таквом случају, јер није дужно да своју одлуку било пред ким образлаже и оправдава.

брака, јер је очигледно да се са таквим супругом не би могло разборито разговарати, па према томе ни покушавати да се између њега и његовог брачног друга нађу елементи који су у стању да отклоне насталу кризу у брачним односима. Било би знатно отежано одржавање овога рочишта у случају кад макар један од брачних другова живи у иностранству. Начело економичности, чијем занемаривању и у брачним споровима треба поставити разумне границе, противило би се инсистирању да се и у овом случају покушај мирена обавезно одређује.

4. — Имајући у виду да је у неким случајевима по природи ствари немогуће наредити покушај мирена, Савезни врховни суд је у образложењу упутства за примјену члана 80, 56 и 77 основног закона о браку од 30 јуна 1947 бр. Су 458/47 (под I) изразио мишљење да покушај мирена не би требало наредити „кад је то по природи ствари немогуће, као напр. када се развод брака тражи из узрока наведених у прописима члана 60, 62 и 63 ОЗБ“ (неизљечива умна болест или неспособност за расуђивање, нестанак брачног друга и осуда за кривично дело одређене врсте или на казну одређеног трајања) (12).

Ослањајући се на ово упутство и даље разрађујући питање, у члану 402, ст. 3, закона о парничком поступку предвиђа се да се не ће одређивати рочиште за покушај мирена: ако је један од брачних другова душевно болестан или неспособан за расуђивање, ако један или оба брачна друга живе у иноземству, те ако се развод брака тражи због нестанка брачног друга.

Оваква редакција подложна је критици:

Неумесно је таксативно набрајати случајеве у којима се неће одређивати рочиште за покушај мирена. Такав метод упућује на закључак да се у свим осталим случајевима ово рочиште мора одређивати. Како ће се из даљег излагања видјети, у закону су изостављени неки случајеви у којима би сигурно, и са становишта његових редактора, требало ослободити суд од дужности да одређује ово рочиште.

Неосновано је допуштати да се рочиште не одржава само у случају кад се развод брака тражи због нестанка брачног друга (чл. 62 основног закона о браку). По природи ствари бит ће рочиште једнако неизведиво и у случају кад се развод брака тражи из неког другог основа а брачни друг је нестао.

Сигурно је, међутим, да имаде и других фактичких стања која у једнакој мјери чине немогућим одржавање овог рочишта и мимо евентуалне воље странака да му приступе. То ће нарочито бити у случају тешке физичке болести која онеспособљава странку да приступи суду и да с њим саобраћа. Због тога би било умјесније, држећи се начелно становишта које је дошло до изражаја у упутству

(12) В. цитирано упуство у „Збирци одлука врховних судова и упуштава Врховног суда ФНРЈ 1945—1952“, св. I., Београд, 1952, с. 359—362.

Савезног врховног суда, предвидети да се рочиште за покушај мирења неће одређивати кадгод је то по природи ствари немогуће. Ако би се уз ту опћу формулу ради илустрације навело неколико типичних случајева (углавном оних који се у закону наводе, но коригираних у смислу извесних примједба), избјегла би се опасност од погрешне интерпретације закона и могућност да судови, ради скраћивања поступка или из других разлога који су супротни интенцијама закона, не заказују ово рочиште и у случајевима кад би било оправдано да се закаже (13).

5. — Сви они објективни разлози који су у стању да онемогуће одржавање рочишта за покушај мирења у спору ради развода брака требало би да имају исти ефекат и у споровима ради поништаја брака из узрока релативне ништавости, код којих је одржавање таквог рочишта по правној нарави ствари у начелу могуће.

IV. Рочиште за покушај мирења. — 1. — Рочиште за покушај мирења не представља саставни дио главне расправе. Оно у процесном смислу није једно од рочишта на којима се има претрести спор и донијети одлука. Због тога за састав суда и радње које суд на овом рочишту предузима не важе у потпуности она иста правила која се примјењују на рочиште за главну расправу. На радње односно пропуштања странака не надовезују се оне процесноправне посљедице које слиједе из радња и пропуштања током главне расправе.

2. — По одредби укинутаг члана 80 основног закона о браку рочиште је у правилу требало да држи предсједник суда, а не судица који ће предсједавати вијећу које треба да донесе пресуду, ако након овог рочишта уопће дође до наставка спора. Предсједник суда био је овлашћен да ову функцију повјери и неком другом суцу. Он је, напосокон, био овлашћен да упути супруге на мирење и пред судца котарског суда на чијем подручју они имају своје пребивалиште или боравиште. Овлаштење на делегирање котарског судца пребивалишта странака омогућавало је одржавање рочишта и у оним случајевима кад се оно без тога не би заказивало из разлога који су страни разлозима због којих се мирење изузетно може и непредузимати. Не треба, наиме, занемарити чињеницу да странке које не живе у сједишту окружног суда понекад не долазе на ово рочиште само ради избјегавања сувишних трошкова скопчаних одласком у друго мјесто.

(13) По новом аустриском праву може се одустати од заказивања рочишта ако одржавање рочишта спречава тешко отклоњива запрета коју тужилац није скривио или ако се са извјесношћу може предвидјети неуспјех покушаја (Wolff: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien, 1947, S. 340. — По § 645 мађарског поступка из 1911 покушаја мирења нема мјеста ако тужбу за развод покреће у име умоболног супруга законски заступник или ако је противник умоболан или непозната боравишта. Од покушаја се може одустати ако противник пребива у иностранству или ако је покушај за претходно помирење скопчан с великим трошковима.

У члану 402, ст. 1, закона о парничном поступку ово рочиште може се одржати само пред предсједником вијећа парничког суда (14).

Мишљења смо да је у новом закону неосновано измијењена одредба основног закона о браку о саставу суда. Измјена се може оправдавати разлозима економичности и досадашњом праксом судова који су поступали баш онако како нацрт предвиђа да би требало поступати. Може се у оправдање истаћи и то да је боље да ово рочиште одржава баш онај судија који ће касније руководити расправом, јер ће он на овом рочишту доћи у прилику да се упозна са суштином спора боље и темељитије него што ће то моћи на главној расправи, која уз процесне формалности и присуство пуномоћника и јавности не пружа такве могућности. Информације стечене на рочишту за покушај мирења могу му корисно послужити да током расправе још једном покуша утјецати на супруге да се помире.

Иако су ови аргументи несумњиво значајни, држимо да прихватање солуције из новог закона не води рачуна о околностима које су претежније од нетом изнесених. Ако се од покушаја мирења нешто очекује (а да се не очекује, не би га требало ни установљавати), онда се нада у успјех заснива добрим дијелом на утиску који ће на странке својим ауторитетом оставити судија, представник државног органа. Нема сумње да предсједник окружног суда ужива ауторитет већег степена од онога што га уживи обичан судија. Чињеница што су у пракси исти судије проводили и мирење и расправу доводила је често до спајања оба поступка у један, а тиме и до посвемашњег искривљавања интенције законодавца. Да то није био усамљен случај, довољно свједочи околност да је Савезни врховни суд нашао за потребно да ради исправљања погрешне праксе изда посебно упутство. Па чак и онда кад се судови формално придржавају сугестија Савезног врховног суда и рочиште за покушај мирења држе одвојено од рочишта за главну расправу, почесто се догађа да, ради скраћивања процедуре на предстојећој расправи, судије-предсједници вијећа проводе ово рочиште у сврху постизања оних резултата који се очекују од припремног, првог рочишта за главну расправу — они са странкама утврђују неспорне и спорне елементе парнице и раде на отклањању околности које могу утјецати на одуговлачење даљег поступка. Већ смо раније истакли да, иако у далеко мањој мјери него у другим споровима, и у брачним споровима судија долази у опасност да странке погрешно схвате његово настојање да их измири, па да му интимно припишу субјективност. Ако до измирења не дође на рочишту специјално подешеном за ту сврху, тешко да ће темељитије познавање суштине спора помоћи судији да измири странке након што су током главне расправе изнесени ар-

(14) Тако и по њемачком праву (Schönke: Zivilprozessrecht, Berlin, 1943, S. 342).

гументи који по нарави ствари продубљују узајамну неподношљивост (15).

Недостаци који прате одржавање рочишта пред предсједником вијећа отклонили би се усвајањем правила по коме ово рочиште треба да држи претсједник суда или судија кога овај одреди (чак и замољени), али ни у ком случају онај који ће предсједавати вијећу ако дође до наставка парнице. На евентуалној пристраности судија различитог од предсједника вијећа не би се могло градити никакво увјерење о разлозима због којих је након расправе победила једна или друга страна. Судија различит од предсједника вијећа не би имао ни подсвијесног интереса да ово рочиште искористи за припремање главне расправе или да у том смислу подлегне сугестији странака којима се жури да дође до развода брака. Лишен тих опрада, и судија који није предсједник окружног суда прионуо би са више залагања настојању да оствари свој посебни задатак. Самим тиме повећао би се ауторитет и суда и овог института. Начело економичности није овдје од толиког значаја да би у брачним споровима могло да превагне над користима које би се постигле његовим дјеломичним занемаривањем.

По француском праву не само да се покушај миренја одржава пред предсједником суда, већ је тужилац дужан да и тужбу лично преда предсједнику суда, чији је задатак да тужиоцу скрене пажњу на све оне околности за које сматра да би овога могле одвратити од устарајања код тужбе. Унаточ скептичког става у односу на успјех који би у оваквим случајевима интимне природе могао постићи један лично незаинтересирани и обично површно информирани државни функционер, у литератури се истиче да су прописане мјере срачунате на то да се повећавањем и сложености процесних форми подстакну брачни другови да у више наврата ревидирају своју одлуку и да се коначно измире. Иако је у француском процесном праву до најновијих измјена процесних прописа редовној парници претходио поступак пред мировним суцем, овдје се изнимно, ради придавања већег значаја овој установи, функција измиритеља повјерава предсједнику суда (16).

По совјетском праву поступак у бракоразводним споровима одвија се пред два суда. У поступку пред народним судом одржава се рочиште за покушај миренја, на коме се осим тога рјешава и питање овлаштења за подизање тужбе те се расправља и о чиће-ницама које могу послужити као основ за одлуку о разводу брака. За случај да до помирења не дође, народни суд доноси рјешење којим констатира неуспјех и завршетак поступка пред тим судом.

(15) По §§ 667, ст. 3, и 682, ст. 4, мађарског поступка из 1911 нема мјеста миренју након што тужилац наведе у тужби нове разлоге, након што тужени поднесе противтужбу, или у поступку за понављање. Очитљиво је да су ове одредбе резултат схватања о постојању минималних изгледа за измирење након што је расправљање већ у току или је завршило.

(16) Вид. Colin—Cotipant: Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1934, p. 221.

Од тужиоца зависи да ли ће се поступак даље наставити пред областним (градским и сл.) судом, који је овлаштен да након спроведене расправе донесе мериторну одлуку о тужбеном захтеву (17). У тач. 3 упутства Пленума Врховног суда СССР од 16 септембра 1949 Но 12/8/У о судском поступку у стварима развода брака нарочито се упозорава на дужност вишег суда да врати предмет народном суду на поновни поступак, ако установи да народни суд није предузео сходне мјере ради покушаја измирења брачних другова (18).

3. — Према одредби члана 403, ст. 1, закона о парничном поступку на рочиште за покушај мирења позивају се оба брачна друга да особно приступе. Из овакове стилизације законског текста не произлази ни дужност достављања непосредно странкама, а ни њиховим пуномоћницима, ни дужност достављања на начин како се доставља тужба, „особно странци“, у смислу одредбе члана 131, ст. 1.

Лична достава обавезна је по закону ван сваке сумње само у односу на туженога и у односу на достављање тужбе. Но ни у том случају лично доставити не значи доставити баш туженоме. Тужба је лично достављена и кад је достављена заступнику туженога. Јер закон одређује да се позив за рочиште доставља без достављања тужбе, ни ова релативно задовољавајућа одредба не може да дође до примјене. Позив странкама да лично приступе не значи и дужност суда да им позив уручи у властите руке. Могућност да се суд послужи личном доставом по овлаштењу члана 131, ст. 1 *in fine*, „из разлога веће опрезности“, тешко би се дала на овај случај примijenити, а осим тога зависи од нахођења суда, дакле од релативно слободне оцјене стања ствари.

Природа рочишта за покушај мирења тражи, међутим, да се позив на ово рочиште објема странкама лично достави, искључивши ту могућност личне доставе преко пуномоћника. Из оних истих разлога због којих пуномоћнику не би требало дозволити да присуствује рочишту, не треба му дозволити ни да се посредовањем код уручења позива интерполира између странака и суда.

4. — Брачни другови нису дужни да дођу на рочиште за покушај мирења (чл. 403, ст. 3). Суд није овлаштен да у односу на њих примјењује принудне мјере ради доласка на рочиште (19). Чињеницу да уредно позвани брачни друг није дошао на рочиште судска пракса тумачи његовим противљењем да се обави покушај мирења (20). На изостанак странака са овог рочишта не примјењују се опћа процесна правила о мировању поступка. Ако се ради о тужиоцу, недолазак се тумачи као устрајање код тужбе за развод брака. Недолазак туженога, иако у правилу значи конклюдентно пристајање на развод

(17) В. С. Н. Абрамов: Гражданский процес, Москва, 1948, с. 323 и сл.

(18) В. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР, Москва, 1953, с. 122 и сл.

(19) По данском праву странке се могу редним казнама силити да особно приступе на рочиште за покушај мирења (H. M u n c h - P e t e r s e n: Das Ehe-recht Dänemarks у Leske-Loewenfeld: op. cit. S. 742).

(20) В. цитирано упутство Савезног врховног суда.

брака, не тумачи се у том смислу, па се из недоласка не изводе никакви правно релевантни закључци у односу на став туженога према тужбеном захтјеву (21). Уноточ недоласка на ово рочиште, тужени се у даљем току спора може са успјехом противити захтјеву да се брак разведе (22).

Овакво третирање неодрживања тужиоца у озбиљној мјери доводи у питање основаност читавог института. Још би се могло усвојити схватање да није потребно никаквим нарочитим мјерама приликовати туженога да дође на рочиште. Но ако се и тужиоцу допусти да не приступи, а да га због тога не задесе никакве штетне посљедице, онда, у крајњој линији, настојање око измирења зависи искључиво од његове добре воље. Ако се већ сматра да покушај мирена треба предузети у опћем интересу, овакова консеквенција не смије се допустити. Туженом супругу који се противи разводу брака требало би зајамчити да ће му се пружити прилика да се на рочишту за покушај мирена састане са својим брачним другом.

У упоредном праву наилазимо на различите процесне методе којима се настоји приморати тужиоца да дође на рочиште. Совјетски поступак у том смислу пружа примјер за углед: ако на први позив не приступе ни тужилац ни тужени, суд је дужан да још једном одреди рочиште за покушај мирена. Ако се тужени не одазове ни другом позиву, поступак се даље наставља. Ако се другом позиву не одазове тужилац, поступак се обуставља (23).

Мишљења смо, да би, из изложених разлога, овај метод требало прихватити и за наше право.

5. — Задатак рочишта је измирење брачних другова. Од покушаја измирења преко посредника не може се очекивати нарочитих резултата. Стога, кад већ пристају да учествују у покушају мирена, брачни другови морају лично приступити. Задатак је суца коме је повјерено одржавање рочишта да из слободно вођеног разговора са брачним друговима упозна узроке који су довели до несклада и да оцијени снагу елемената који би могли представљати спону за наставак брачне заједнице. Да након тога предочи странкама лоше посљедице развода брака, нарочито штету коју од тога могу имати њихова заједничка дјеца, да им помогне да сведу на објективну и разумну мјеру значај околности које су довеле до несугласица.

(21) По новом аустријском праву тужилац који не приступи рочишту мора још једном од суда тражити да се ово рочиште одреди. За случај изостанка туженога суд може једном одложити рочиште (Wolff: *op. cit.*, S. 340). На готово исти начин ријешено је ово питање и у њемачком праву (в. *Zivilprozessordnung*, §§ 608—610, Schönke: *op. cit.*, S. 343). У претпоставци да се тужени обично противи разводу брака па ће стога доћи, на овај се начин у правилу обезбеђује долазак супруга на рочиште. (В. § 646 Мађарског поступка из 1911.)

(22) Не може се, према томе, рећи да се изостанак тужене странке тумачи по начелу афирмативне литисконстатације, тј. да она тиме признаје наводе у тужби и да пристаје на усвајање тужбеног захтјева.

(23) В. С. Н. Абрамов: *op. cit.*, с. 326, и цитирано упутство Врховног суда СССР, *op. cit.*, с. 122.

Да би овако замишљено рочиште постигло свој циљ, оно треба да се одржава одвојено од расправе о главној ствари, у што интимнијој атмосфери, лишеној процедуралних формалности, како би брачни другови могли што слободније изнијети пред суца праве узроке несклада (24). Да се по могућности отклоне сви елементи који би могли негативно утјецати на покушај измирења закон одређује да се уз позив туженоме за рочиште не прилаже тужба. Наводи у тужби, редиговани су крајњим циљем оправдавања захтјева за развод брака, могу послужити као лоша платформа за вођење разговора који имају супротан задатак.

Искуство је показало да присуство адвоката, пуномоћника странака, на овом рочишту у правилу одмаже постизавању крајње сврхе. Пуномоћници, чија је првенствена дужност да током редовног поступка помогну својој странци да докаже истинитост својих навода и основаност свога тражења, могу, остварујући тај задатак и на овом рочишту, допринијети још већем продубљивању јаза који међу супрузима постоји. У парницама у којима развод траже споразумно оба брачна друга они могу, настојећи да одрже странке у првобитној намјери, осујетити психички ефекат који би савјестан и вјешт судија могао постићи непосредним и несметаним утјецањем на расположење супруга. У парницама у којима се тужена страна противи разводу и жели измирење, пуномоћник који подупире настојања таквог клијента може изазвати пуномоћника противне странке да и он са своје стране инсистира на оправдању тужиоцевог става, да на тај начин пред својом странком оправда своје присуство и њен избор. Не очекује се да суд на рочишту за покушај мирења правилно утврди спорне чињенице и ријеши спорна правна питања. Ово рочиште, по својој природи, и није рочиште у строго процесном смислу. Због свега тога није ни потребно да том састанку брачних другова пред неутралним посредником присуствују парнични пуномоћници.

У члану 403, ст. 2, изричито се забрањује пуномоћницима да присуствују рочишту за покушај мирења. Наравно да им се на тај начин онемогућује да и тамо заступају своје клијенте. Изричита одредба о забрани заступања након забране присуства може само унијети забуну. У сваком је случају логички сувишна.

6. — За случај да судија не успе измирити брачне другове, поступак треба да се настави одржавањем главне расправе, за коју треба одредити посебно рочиште. До исте ситуације долази и у случају ако на рочиште не приступи ниједна од уредно позваних странака или ако приступи само једна, ма да она која је приступила изражава жељу да се измири (чл. 403, ст. 3).

Нема сумње да би суд могао (и био дужан) и без посебних законских овлаштења одредити поновно рочиште кад установи да једна (или обје) од странака није приступила, а нема доказа да јој је

(24) В. цитирано Упутство Савезног врховног суда.

позив уредно и на вријеме уручен. Исто тако би се у смислу опћих процесних начела ово рочиште могло одгодити и кад суд сазна да су оправдани разлози спријечили странку да дође.

Закон о парничном поступку оправдано проширује овлашћења суда за поновно одређивања рочишта. Судац може још једном заказати рочиште у случају кад на првом рочишту не дође до измирења, али има изгледа да би до измирења могло доћи (чл. 404). Овако широко одређени услови омогућавају одређивање поновног рочишта и у оном случају кад на прво приступи само један брачни друг, па суд на основу информација добивених од њега стекне увјерење да би било основа још једном покушати мирење. Тако би, мислимо, могао поступити и након рочишта на које није приступио нити један брачни друг, ако суд на неки други начин сазна (напримјер, из извештаја пуномоћника странака) да су међу странкама у том часу односи такви да би до помирења ипак могло доћи.

Законски текст, по коме је поновно одређивање рочишта могуће „ако на рочишту за покушај мирења не дође до измирења“, могао би пружити упориште и за одбрану тезе која се противи овако екстензивној интерпретацији. Увјерени да је ово широко тумачење у складу са опћим духом поступка у брачним споровима, пледирамо за поновно редиговање ове законске одредбе на начин који не би оставио никакве сумње у ширину овлашћења суца коме је повјерен задатак мирења.

7. — Питање је од каквог је значаја процесна повреда коју изврши суд кад не одреди рочиште за покушај мирења иако није било законских услова да се непосредно пређе на расправљање о предмету спора. Закон не упућује на то да би кршење прописа о обавезном одржавању рочишта представљало апсолутно битну повреду правила поступка (разлог ништавости), због које би другостепени суд био дужан да укине првостепену пресуду.

Мишљења смо да би се за ову процесну повреду, кад већ није апсолутно битне нарави, тешко у ма ком конкретном случају могло рећи да је такве природе да је неодржавање рочишта за покушај мирења било или да је могло бити од утјецаја на доношење законите и правилне одлуке. Непокушавање мирења по природи ствари не може утјецати на могућност правилног утврђивања чињеничног стања, а још мање на стварање таквих процесних услова који онемогућавају доношење законите и правилне одлуке. Мирење се обавља на посебном рочишту за главну расправу, чији резултат служи као основ за доношење одлуке о спору. Пропуштање одржавања рочишта може условити изостанак значајне диспозитивне радње тужиоца — одустанак од тужбе још прије почетка расправљања о меритуму спора. Но остајање код тужбе, макар оно и било у вези са пропуштањем покушаја мирења, не може само по себи утјецати на законитост и правилност судске одлуке о тужбеном захтјеву. Због

тога сматрамо да повреда ових процесних правила ни у ком случају не може досећи такав квалитет да постане *релативно* битна и да тако пружи основ за укидање пресуде.

Иако од несумњивог значаја за поступак у неким брачним споровима, установа обавезног покушаја мирења, није, дакле, заштићена никаквим процесним санкцијама. Приговор туженога, који није успио да током главне расправе докаже неоснованост тужиоачевог захтјева да се брак разведе, да до развода не би дошло да је суд покушао мирење брачних другова, остат ће без ефекта. Таква консеквенција је, уосталом, и оправдана. Не би заиста било смисла укидати пресуду којом се брак разводи и изнова започињати поступак у нади да ће се на рочишту за покушај мирења брачни другови измирити, кад је готово сигурно да ће брачни друг на чију је штету пресуда укинута постати услјед такве одлуке суда у правилу само још несклонији прилажењу таквом покушају.

Сматрамо, међутим, да би требало пронаћи метод да се одржавање рочишта превентивно осигура на ефикаснији начин. Показали смо да то није могуће постићи допуштањем да процесна повреда добије у одређеном случају карактер релативно битне повреде. Не би било умјесно прописивати ни да је ова повреда у сваком случају, апсолутно битна. Репарирање посљедица неодржавања рочишта практично је немогуће након што је главна расправа спроведена и одлука о разводу брака донесена. Могло би се, међутим, процесно још више раздвојити поступак мирења од поступка за расправљање о тужбеном захтјеву. Могло би се одредити да ће расправни суд узети у поступак само ону тужбу уз коју тужилац приложи увјерење надлежног суда да је мирење безуспјешно покушано, односно да се ради о случају у коме по закону нема мјеста одређивању рочишта за покушај мирења. Да би тужилац избјегао опасности од губитка права на подношење тужбе кад је она везана за преклузивни рок, требало би одредити да ће се узети да је до прекида рока дошло часом подношења захтјева за заказивање рочишта за покушај мирења. Ма да се након овога не би могли даљим санкцијама обезбијевати од опасности да предсједник расправног вијећа ипак закаже главну расправу, иако тужилац није доказао да је мирење безуспјешно покушано односно да покушају нема мјеста, сматрамо да би могућност овакве повреде закона могла бити сведена на најмању мјеру, нарочито кад би се странкама дало право да посебном жалбом побијају рјешење о заказивању главне расправе јер је донесено иако за то нису постојали прописни законски увјети, с тиме да уложена жалба зауставља даљи ток расправљања о главној ствари. Овај начин спречавања изигравања закона не би, додуше, био од користи у случају споразумног тражења да се брак разведе, но у таквим случајевима и објективно има најмање изгледа да би могло доћи до одустанка од тужбе.

По новом аустриском праву (§ 108 закона о браку и уредбе од 27 јула 1938) онај који намјерава тужити ради развода брака мора од надлежног суда прије тога тражити да се одреди покушај мирења (25). Исто и по њемачком праву (26). Ни у овим правним системима одржавања мирења не представља процесну претпоставку. Стога не може доћи до одбацивања тужбе ако је рочиште за главну расправу одређено иако рочиште за покушај мирења није било одржано.

У француском процесном праву, у коме се достављање врши на захтјев странака и преко помоћних судских органа, суд, кад рјешењем констатира да покушај мирења није успио, овлашћује тужиоца да позове туженика на расправно рочиште (27).

По грчком праву суд не поступа по тужби прије него што од епископа, коме се тужилац мора обратити ради мирења, не добије обавијест да је мирење остало без успјеха, односно прије него што протекну три мјесеца од дана од кога је епископ требало да о томе обавијести суд (28).

По § 645, ст. 3, мађарског поступка из 1911, ако молилац за тридесет дана од дана кад је суд утврдио рјешењем да је помирење остало безуспешно не поднесе тужбу, имаде се сматрати као да није ни било молбе за покушај мирења (§ 647.).

Ако се усвоји приједлог о могућности активног учествовања јавног тужиоца и у споровима ради развода брака, сама могућност да јавни тужилац уложи жалбу против рјешења суда о одређивању главне расправе, којој није претходило рочиште за покушај мирења, била би довољна гаранција да ће се мирење у сваком стору предузимати.

Др. Синиша Трива

ДЕТЕРМИНИЗАМ, ИНДЕТЕРМИНИЗАМ И ЉУДСКА СЛОБОДА

Са открићем нове квантне физике поново је, на новим основама и у новој форми, оживела дискусија старих филозофских проблема детерминизма и питања људске слободе који има несумњив не само неки уско филозофски него и шири друштвено-историски и посебно научни, нарочито социолошки значај.

ПРЕЛИМИНАРНИ РЕЗУЛТАТИ САВРЕМЕНЕ ДИСКУСИЈЕ ПРОБЛЕМАТИКЕ ДЕТЕРМИНИЗМА И СЛОБОДЕ, КОЈА СЕ ВЕОМА ЖИВО ВОДИ У ФИЛОЗОФСКОЈ И СОЦИОЛОШКОЈ ЛИТЕРАТУРИ ПОСЛЕДЊИХ ТРИДЕСЕТ ГОДИНА, МОГУ СЕ ИЗРАЗИТИ СЛЕДЕЋИМ ОСНОВНИМ ТЕЗАМА: (1) класични, механистички, строги детерминизам као једино и опште гледиште показао се неодржив зато што је доказано да такав детерминизам, какав је некад за-

(25) Wolff: *op. cit.*, S. 339.

(26) Schönke: *op. cit.*, S. 342.

(27) Colin — Capitant: *op. cit.* p. 220 et s.; Code civil, art. 234 et s.; Code de procédure civile, art. 481 et s.

(28) Diobouniotis: *op. cit.*, p. 786. В. § 651, ст. 2, и § 654 мађарског поступка из 1911.