

*Dr Georg Petschek — DER ÖSTERREICHISCHE ZIVILPROZESS,
EINE SYSTEMATISCHE DARSTELLUNG, Wien, 1963, S. 514+XII*

1. — Из предговора сазнајемо да је проф. Печек оставио рукопис овог дела после своје смрти, 1947. год. Др Фридрих Штагл (Friedrich Stägel) узео је на себе задатак да дело преради. Он је у рукопис унео стилске исправке, довео га у склад са изменама у законодавству и местимично га допунио. При томе је настојао да ауторове мисли остану нетакнуте.

2. — Градиво дела изложено је у три књиге. Прва је посвећена основним учењима парничног когниционог поступка. Предмет друге су правосудни органи и правозаступништво. Трећа књига — која носи назив „Ergkenntnisverfahren“ садржи приказ парничног поступка. У првом одсеку треће књиге, под насловом „Процесне претпоставке“, говори се прво о надлежности, о допуштености редовног правног пута и о непристрасности правосудних органа. Тек после тога, у другом одељку, реч је о странкама и заступницима. Затим следује излагање о процесним сметњама, и то о правоснажно пресуђеној ствари и о одрицању од тужбеног захтева. У истом одсеку писац износи основе „одбијања процеса“. Овим појмом он обухвата захтев за обезбеђење парничних трошкова и именовање претходника. У другом одсеку обрађене су процесне радње. Трећи носи назив „Садржина процесног односа“. Под овим широким називом изложена је различита материја: образовање и оцена процесне грађе (са излагањем о терету доказивања); претпоставке правне заштите; одлучивање; множина правозащитних интереса. Развојем процесног односа у општем поступку бави се аутор у четвртом одсеку. Пети је посвећен посебним поступцима.

Местимично, систематика је изразито теоријска, и кроз њу аутор оперише богатим апаратом конструкција, којима се немачка и аустријска правна мисао радо служи. Неки називи појединих одељака показују један особен приступ материји. Тако на пример, принципи диспозиције и официозности, расправни и истражни, изложени су под насловом „Одговорност процесних субјеката за правилно прикупљање процесне грађе“; претпоставке правне заштите и истицање правозащитног захтева обухваћени су насловом „Основи одређивања садржине одлуке“ итд.

3. — Писац ставља своје дело у традиционалне оквире аустријске науке. Он пре свега одбацује тзв. апстрактно право на тужбу. Не може се говорити о *праву*, каже он него о једној општој могућности ако држава мора да поступа у својој правосудној функцији по свачијем захтеву. Али зато, као и други аустријски процесуалисти, П. се без резерве изјашњава за правозащитни захтев у смислу Ваховог (Wach) учења (стр. 11 и 12). Он не препоручује израз конкретан право на тужбу, јер би се тако занемариле различите подврсте правозащитног захтева. Осим тога, овај термин не покрива правни захтев туженог.

У Вахово схватање П. ипак уноси једну корекцију коју је пре њега већ учинио Хелвиг (Hellwig): Правозащитни захтев је управљен само против државе, а не и против друге странке. Пошто није усмерен према туженом, то се не може прихватити ни постојање дужности туженог да према

себи трпи радње правне заштите. То што држава те радње предузима и против његове воље, објашњава се потчињеношћу појединаца њеној власти. Поред осталих аргумената у прилог постојања правозащитног захтева у позитивноправном систему, аутор истиче да се овај захтев не може порећи ако се савременој држави истовремено не порекне карактер правне државе. Овде се он у ствари враћа на Јелинеково (Jellinek) схватање права на тужбу у систему субјективних јавних права. Прихватање појма правозащитног захтева води закључку да то право припада туженом у случају у коме не припада тужиоцу. Према томе, пресуда је одлука о томе која од двеју странака има правозащитни захтев. П. узима да овај захтев има карактер једног субјективног права због тога што се он не признаје свакоме, него само ономе на чијој страни се налазе претпоставке за пружање заштите, утврђене процесним правом као нужне. На то се одмах можемо питати шта је са материјалноправним претпоставкама? Суд доноси одлуку у корист тужиоца само ако овај, поред процесноправних, испуњава и претпоставке предвиђене материјалним правом за постојање његовог права. Упркос релативно обимном излагању (стр. 10—15) — у коме он углавном дискутује о аргументима Розенбергове (Rosenberg) критике — аутор није успео да нас убеди у тачност свог дуалистичког става.

4. — Утицај класичних схватања на П. огледа се и у његовом ставу према појму процесноправног односа (стр. 16—18). Он ту прихвата учење Билова (Bülow), дајући му већи теоријски значај него што се то данас у науци чини. Наиме, аутор полази од тога да један однос уопште има карактер правног односа само ако су у датом случају испуњене претпоставке његовог постојања, нормиране објективним правом. У недостатку тих претпоставки, не настају дејства која се за однос везују. По мишљењу писца, то мора да важи и за процесноправни однос, који се за процесне претпоставке везује у толикој мери да се кроз њега изражава могућност доношења мериторне одлуке (dass eine Sachentscheidung überhaupt ergehen kann...). Доследно томе, стадијум који претходи утврђивању недостатка неке процесне претпоставке, за П. је само привид процесноправног односа (Schein eines Prozessrechtsverhältnisses). У савременој науци, међутим, постојање тог односа се не чини зависним од постојања процесних претпоставки. (Види, на пример, Никиш (Nikisch), Zivilprozessrecht, 2. Aufl., S. 16). Уосталом, још је Хелвиг рекао да се недостатак процесне претпоставке утврђује одлуком којом се процесни однос разрешава (System, I, S. 398). Тај однос је постојао и у поступку у коме је недостатак такве претпоставке откривен тек по закључењу главне расправе, приликом већања. Но, говорећи о процесноправном односу, П. је остао дужан да каже нешто о правима и дужностима који чине његову садржину. У данашњој теорији се истиче да баш постојање тих права и дужности између процесних субјеката пружа основ за конструкцију парнице као односа. (Види, на пример, Шенке (Schönke), Lehrbuch, S. 7). Узалуд смо очекивали да нађемо нешто о поштењу и савесности у парници. П. се у једној ствари ипак одваја од Билова и од владајућег учења: он узима да процесноправни однос постоји између суда и сваке стране, дакле да није тростран.

За аутора, јединство циља чини од поменутог односа један јединствен однос. Према томе, нема сврхе да се он сведе на множину правних односа који настају појединим парничним радњама (У нашем праву ово друго схватање заступа Живановић, од аустријских правника — Менгер, међу Немцима — Сауер).

5. — Поводом појма странке, пада у очи да тзв. формални појам странке — који представља коначну тековину немачке науке — није наишао на одзив у аустријској теорији. Ни П. не оперише конструкцијом права на вођење спора (Prozessführungsrecht). Он се изјашњава против појма странке по дужности. Ово својство се у науци придаје извесним лицима која воде парницу са дејством према једној имовинској маси, на пример стечајном управитељу. По мишљењу аутора, улога странке у таквим случа-

јевима припада самој маси, а лице које води парницу има у њој положај законског заступника (стр. 147. и след.). Слично решење писац даје и за питање коме припада улога странке у парници тражиоца извршења против извршениковог дужника за остварење потраживања пренесеног ради наплате: странка је само потраживање, а као законски заступник појављује се тражилац извршења (стр. 151).

Полазећи од пословне неспособности правних лица, П. узима да су она и парнично неспособна (стр. 155).

6. — Аутор даје једну телеолошку дефиницију парничних радњи. По њему, то су вољне делатности процесних субјеката које утичу на постизавање процесног циља. Ова дефиниција, сама по себи, нема ничег необичног, и среће се често у уџбеницима. Но, П. је допуњава још једним елементом, који представља ауторов оригинални прилог: (Радња је процесна ако је предузета од стране једног процесног субјекта према једном од друга два (стр. 178). Поводом овог обележја треба приметити, прво, да се за судске радње (нарочито одлуке!) тешко може усвојити да су оне предузете само према једној од странака. Сам П. каже да није парнична она радња која није предузета према другом процесном субјекту. Као пример, наведено је, поред осталог, већање и гласање (die Schlussfassung eines Kollegiums). Мислимо да ова консеквенца није лако прихватљива, и да баш она доводи у питање исправност ауторовог схватања о поменутом обележју. Већање и гласање су радње суда, предузете у поступку, и то у циљу његовог даљег развоја. (Примећујемо да се у савременој науци обавештавање о парници готово једнодушно узима за парничну радњу, мада је оно управљено према лицу које уопште није учесник поступка (Баумгертел (Baumgärtel), Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, s. 82). За овакво схватање одлучујући је телеолошки момент: Странка предузима обавештавање зато да би засновала интервенцијско дејство пресуде, дакле да би постигла један процесни циљ).

Слажемо се с аутором да радње заступника и умешача имају природу парничних радњи. Међутим, дискусију заслужује становиште да исто својство припада и радњама неких других учесника који се појављују као субјекти једног инцидентног спора од значаја за њих. Као пример, писац наводи ускраћивање сведочења. Да ли је исправно — питамо се — узети за парничну једну радњу која није предузета од стране субјекта процесноправног односа, нити има дејство као да ју је он предузео?

Доследно схватање да је парнична радња вољна делатност којом се остварује циљ процеса, П. стоји на становишту да исказ странке, дат у доказне сврхе, не представља парничну радњу. Овакав став изгледа нам прихватљив. Он је у складу са предњом дефиницијом. Странка, дајући исказ у доказном поступку, не предузима акт воље у сврху развоја или окончања поступка. Њена улога је у таквом случају слична улози сведока.

У даљем излагању, говорећи о врстама парничних радњи странака, П. износи још једну карактеристику тих радњи. Претпоставке за њихову пуноважност и њихово дејство подлеже искључиво процесном праву (стр. 222). Тачност овог становишта — за које се у новијој науци залаже нарочито Розенберг (Lehrbuch, 6. Aufl., str. 257) — доведена је од стране неких писаца у питање. (Види Lent, ZPR, 7. Aufl., str. 74). Подношење тужбе и њено достављање, на пример, имају дејства која су регулисана материјалним правом.

Најзад, кад је реч о парничним радњама, треба приметити да нам ова материја не изгледа довољно обрађена. Посебан осврт заслужило је питање правне природе материјалноправних изјава воље, предузетих у поступку. Писац се не осврће ни на општи појам процесних уговора.

П. дели радње странака на предлоге, чињенична тврђења и изјаве. Под овим последњим он разуме диспозитивне радње, као и ставове странке према датој процесној садржини (zum gegebenen Prozessinhalt?) (стр. 221).

Рекло би се на први поглед да је ово једна нова, оригинална подела. У ствари она се не разликује од познате Голдшмиотве (Goldschmidt) класификације на радње од посредног и на оне од непосредног утицаја на поступак.

7. — У погледу природе избраног суда, П. заступа једно чисто материјалноправно схватање. По њему, арбитражни уговор нема за последицу недопуштеног редовног правног пута, јер се о томе учесници правних односа не могу ни споразумевати. Исто тако, није тачно да се тим уговором отклања надлежност, како то узимају владајуће мишљење и пракса. Јер надлежност је ствар односа једног суда према другом, а арбитража није суд у оном смислу у коме закон ту реч употребљава кад говори о надлежности. За П. арбитражни споразум има карактер једне приватноправне диспозиције, предузете у циљу да садржина спорног правног односа буде утврђена изреком избраног суда. Полазећи од ове поставке, писац долази до закључка по коме државни суд треба, због привременог недостатка једне претпоставке за правну заштиту, да донесе одлуку у самој ствари, неповољну по тужиоца (*verneinendes Sachurteil*), а не одлуком којом се тужба одбацује (*Prozessabweisung*). Пошто приговор постојања арбитражног споразума има карактер једног материјалноправног приговора, то се он може изнети до закључења расправе (стр. 241). Аргументација није јасна. Становиште је оригинално и заслужује дискусију. Изгледа да је овде материјалноправно схватање арбитражног уговора спроведено даље него што допушта његов стварни смисао. Странке су само хтеле да решење спора изуму из делокруга државног правосуђа и повере га избраном суду. Утолико им се допушта да отклоне редовни правни пут.

8. — Од владајућег схватања П. одступа и по питању природе правног интереса за утврђење. Он сматра да постојање тог интереса представља претпоставку правне заштите. Том појму он дакле придаје материјалноправни карактер, а не сматра га за процесну претпоставку. Доследно томе, у случају непостојања правног интереса, суд треба да донесе мериторну одлуку неповољну за тужиоца (стр. 248 и 249).

9. — Говорећи о правозаштитном захтеву тужиоца, П. каже да се тужба (*die Geltendmachung des Entscheidungsanspruchs*) састоји од одређеног тражења и од свих чињеница чије подвођење под одговарајућу норму оправдава тужбени захтев, дакле даје у свом резултату правну основаност тужбе (*Schlüssigkeit der Klage*). То су све оне чињенице о којима тужилац мора да постави тврђење у циљу образложења да постоје претпоставке правне заштите. Изјашњавајући се за теорију супстанцирања, П. на другом месту истиче да под основом тужбе треба разумети свеукупност чињеница које заснивају овлашћење на тражење правне заштите. Још је Никиш пре тридесет година скренуо пажњу на то да је овакво, објективно дефинисање основа тужбе нетачно. Процесноправно, тужба садржи основ ако су у њој наведене чињенице које *по тужиоцевом схватању* чине захтев конклюдентним.

Иначе, из осталих пишевих излагања не може се извести закључак о његовом ставу према проблему идентитета. Недовољан наговештај у том погледу представља мисао да преиначење „постоји при свакој промени чињеница битних за тражење правне заштите“ (стр. 273).

10. — О правној природи судског поравнања, П. заступа чисту процесну теорију: Тај акт није везан за грађанскоправне претпоставке поравнања, нити подлежу грађанскоправним основима побијања. За аутора је процесно поравнање двострана парнична радња којом се окончава поступак. Оно је сурогат пресуде (стр. 291). Као и други аустријски писци (Sperl, Lehrbuch, str. 484; Pollak, Syst., 2. Aufl., str. 419), и П. узима да судско поравнање представља не само извршни наслов, него има и дејство правоснажне пресуде.

11. — Постоји још читав низ ставова који би заслуживали да буду поменути (на пример, редослед испитивања процесних претпоставки — стр.

176. и 177. теорија ирелеванције за случај располагања спорним правом у току парнице — стр. 270). Простор нам не дозвољава да се на њима задржимо.

12. — Печекова књига заслужује признање. Писац је очигледно добро упућен у ставове аустријске науке и праксе. (Местимично се чак осећа његова жеља да избегне немачки утицај и да остане веран националној теорији). Вредност дела лежи нарочито у томе што се писац не устручава да пође својим путем, и да заступа сопствени, понекад смели став. Расподела градива није срећно изведена. Поједине партије обухваћене су појмовима који представљају, најблаже речено, сувишне конструкције. Књига је написана прилично тешким стилем дугих реченица. Педагошки, она се не може препоручити, али ће ипак добро послужити као систематски приказ који садржи одговор по многим спорним питањима по којима и теоретичари и практичари траже обавештење. Управо због тога, ово дело је нов, крупан прилог аустријској и средњоевропској науци.

Б. Познић

Jürgen Mejer: »DIALEKTIK IM STRAFPROZESS

Eine Untersuchung der Spannungen im Strafprozess unter besonderer Berücksichtigung der dialektischen Gewinnung der Strafurteile im Kräftefeld der Schlussanträge. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts — und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen, Band 12. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen 1965. XI + 153.

Посреди је једно актуелно истраживање, један покушај да се у кривичном поступку корисно примене идеје дијалектичке филозофије, уз истовремену тежњу да се под правнофилозофским углом даље развије сазнање о „динамици поступка“ у оквиру учења Ц. Голдшмита о „поступку као правном положају“. Овај и овакав захват заслужује свако поштовање. Проучавање тематике о дијалектици у кривичном поступку остало је и до данас по страни, док се за Голдшмитово учење то не може рећи. Код Мајера су сви акценти на питањима дијалектике, а динамика поступка је нешто што се претпоставља и што следи, те се може рећи да је он више посредно него непосредно дао изванредан допринос учењу о „поступку као правном положају“.

Прве странице Мајерове монографије посвећене су многим значењима дијалектике како у етимолошком тако и у идејноисторијском погледу. Ово излагање не излази из оквира енциклопедијског презентирања различитих схватања дијалектике и у резултату нам пружа опредељење самог аутора. Ј. Мајер је протагониста Хегелових схватања са примесом сократовско-платоновске дијалектике. Код овакве оријентације аутора потпуно