

ТУЖИВОСТ СУБЈЕКТИВНОГ ПРАВА

I

Туживост субјективног права дефинисана је у науци најчешће као особина таквог права по којој оно ужива судску заштиту, што значи да ће, на тражење свог носиоца, у случају повреде или угрожења бити правоснажно утврђено и принудно реализовано (1). Способност субјективних права да буду предмет државне заштите, представља редовну појаву. Друштвена вредност тих права управо и лежи у томе што држава њиховим титулацијама пружа јемство да ће кроз судски поступак постићи њихово остарење. Међутим, за извесна права у области тражбених односа закон ускраћује могућност судске интервенције (2). Таква потраживања срећу се у многим законодавствима, али свуда изузетно (3). У појединости не желимо да се упуштамо, пошто би то излазило из оквира постављене теме (4). Напомињемо само толико да се у нашем данашњем праву као главни случајеви наводе: потраживање из усменог обећања поклона, из игре или опкладе; вишак потраживања преко износа утврђеног принудним поравнањем; застарело потраживање (5).

Оно што нас овде више занима, то је правна природа туживости: Је ли она појам материјалноправни, или спада у процесно право? Закон о парничном поступку не помиње туживост уопште, па ни као процесну претпоставку. Одговор не даје ни предња дефиниција. Питање је занимљиво пре свега теоријски. Оно стоји у вези са учењем о праву на тужбу (пр. на судску заштиту, пр. на правосуђе, пр. акције). За правника за

(1) Понекад се уместо туживости говори о изнудивости права (Види Л. Марковић, стр. 81).

(2) Овде остављамо по страни већ превазиђену дискусију по питању да ли такво једно потраживање има правну, посебно тражбеноправну природу. За одречан одговор залагао се у немачкој науци нарочито *Siber*; који је основ натуралне облигације видео у моралу, конвенционалним правилима или обичају, а не у правној норми (стр. 63, 68, 83, 147). Литературу у којој се за немачко право заступа гледајте да овде није реч о једном тражбеноправном појму, више код *Oertmanna*, стр. 9 и 10. У француској науци морални елемент подвлачи нарочито *Ripert* (стр. 386. и след.). Правни карактер натуралне облигације данас је несумњив. Главни аргумент је *soluti retentio*.

(3) У науци и пракси уобичајен је за означавање обавезе која одговара таквом потраживању, израз „натурална облигација“, „природна (непотпуна, несавршена) обавеза“.

(4) Види: за устријско право: *Ehrenzweig*, 2. В., стр. 5. и след.; *Gschnitzer*, стр. 21; за немачко: *Esser*, стр. 87. и 88; *Enneccerus-Lehmann*, *Schuldverhältnisse*, стр. 14. п 15; за француско: *Colin-Capitant-Morandière*, *tome deuxième*, стр. 335. и след.; *Marty-Raynaud*, стр. 273 и след. за италијанско: *Barassi*, стр. 91, 477. и след., 701; *Rotondi*, стр. 330. и 331; *Trabucchi*, стр. 544. и след.

(5) За југословенско право види: *Zuglia*, Природне обавезе, стр. 26—32; *Богданфи и Нуколић*, стр. 5 и 84.; *Благојевић*, Уговори, стр. 80, 81. и 215; *Јакшић*, стр. 41. и 42; *Вуковић*, Обавезно право, стр. 406; *Штемпићар*, стр. 27; *Цигиј*, стр. 40. Специјалну предратну литературу види и код *Петковића*, уз одговарајуће параграфе СГЗ.

кога је право на тужбу појмовно исто што и субјективно материјално право, туживост мора бити несумњиво један материјалноправни појам. Друкчије, ако се право на тужбу схвати као право на повољну пресуду (правозаштитни захтев), или само као право на мериторну одлуку. Јавноправни елементи овако схваћеног права на тужбу упућују на закључак да је туживост појам процесноправни. Такав закључак о њеној природи готово се намеће ако се то право схвати најшире — просто, као овлашћење сваког правног субјекта да се са својим тражењем заштите обрати суду и да овај по том тражењу поступа у складу са материјалним и процесним правом. Ваља, ипак, приметити да се предњи закључак о процесноправном карактеру туживости, као последици једног одређеног схватања о праву на тужбу, не намеће са апсолутном нужношћу. На могућност супротног става указујемо у току даљег излагања.

Но, напред постављено питање није само теоријско. Његов значај не лежи само у томе што оно улази у оквир основне проблематике грађанског процесног права. Са њим се може срести и практичар. Наиме, суд у парници прво испитује допуштеност тужбе проверавањем да ли су испуњени услови за мериторно расправљање и одлучивање (процесне претпоставке). Ако се узме да туживост представља такав један услов, суд мора на његово постојање да пази по службеној дужности. И даље, у случају у коме нађе да је предмет спора једно нетуживо потраживање, он треба да донесе решење о одбацивању тужбе (арг. чл. 76, ст. 5, чл. 271, ст. 1. и чл. 277. ЗПП). Пошто до мериторне одлуке не може доћи, то изостанак туженог не може за собом повући контумациону пресуду. Слично томе, остаје без дејства признање тужбеног захтева ⁽⁶⁾, као и одрицање од њега и поравнање — две радње са дејством правоснажног пресуђења. Ако се, напротив, побе од тога да је туживост ствар самог субјективног права, суд је дужан да расправља о предмету спора и да у случају натуралне облигације одлучи пресудом којом одбија тужбени захтев (као неоснован). Исто тако могућна је пресуда због изостанка или на основу признања, а поменути радње располагања предметом спора производе своје дејство ⁽⁷⁾. Поред тога, треба нагласити да решење, насупрот пресуди, није способно за материјалну правоснажност (чл. 322. и чл. 336 ЗПП). Доследно томе, тужилац би могао поновити тражење заштите у једној правној ствари у којој први пут није успео да увери суд да је поклон писмено обећан, а пронашао је у међувремену исправу која ту изјаву садржи. Напротив, ако се усвоји материјалноправно гледиште, тужилац би у предњем примеру могао само да предложи понављање поступка (чл. 381. ЗПП).

Питање није добило своје непосредно решење ни у страном законодавству. Ставови науке и праксе су подељени. Ваља напоменути да се сва схватања не исцрпљују у две крајности, онако како смо их изложили за

(6) Супротно, за немачко право *Reichel*: Ако тужени дужник може признати један очигледно непостојећи (неосновани) захтев, зашто не би могао признати и један нетужив. Осим тога, у признању захтева треба истовремено видети одрицање од нетуживости (разуме се, уколико је реч о таквој од које се тужени може одрећи.) Исто важи и за поравнање (*JJ*, 1912, стр. 73).

(7) За застарело потраживање горња правила не важе. Оно је способно за судску заштиту, јер тужба води осуди ако приговор застарелости не буде истакнут. Зато има писаца који застареле обавезе не рачунају у природне. Тако, на пример, *Oertmann*, стр. 10, *Esser*, стр. 87.

југословенски поступак. Међу процесноправним гледиштима нека су материјалноправном ближа, а друга даља. Одлучујуће мерило за поделу био је став према природи одлуке, дакле да ли она треба да се тиче поступка или предмета спора.

Као старије заслужује да буде означено мишљење које узима да је туживост ствар суштине спора и да њен недостатак води мериторној одлуци. Оно потиче из времена у коме је за процесне појаве пружано објашњење помоћу материјалноправних појмова. У оквиру таквог погледа на однос ове две области, акција је сведена на субјективно право, што неизбежно води цивилистичком схватању о карактеру туживости. Мисао да ова представља процесни појам, јавила се тек пошто је тријумфовало схватање парнице као односа у коме постоји једно публицистичко право странке према суду. Међутим, цивилистичко гледиште о природи овог појма налазимо и код писаца с краја прошлог или почетка овог века који су стекли заслуге за осамостаљење и развој науке процесног права, посебно код поборника правозаштитног захтева⁽⁸⁾. То може изгледати необично ако се има у виду да знатан део савремене стране науке даје на постављено питање супротан одговор, и то управо на плану односа тужилац-суд, дакле, помоћу јавноправних елемената процеса, који добијају свој најпотпунији израз кроз читав низ теорија о праву на правну заштиту. Но, исти такав одговор може се прочитати и у делима савремених процесуалиста, међу којима неки још увек бране теорију о правозаштитном захтеву⁽⁹⁾.

Као владајуће гледиште у данашњој страниој науци треба означити оно које у туживости види процесни појам. Већи број писаца узима присто да је реч о једној општој процесној претпоставци која се по својој основној природи, не разликује од осталих претпоставки исте врсте⁽¹⁰⁾.

По једном схватању, туживост је ствар процеса, али не спада у процесне претпоставке. Истина, у случају у коме она недостаје, тужбу треба одбацити као недопуштену, а не као неосновану. Али, о постојању туживости треба одлучивати тек пошто буде утврђено да су процесне претпостав-

(8) Тако *Wach*, који узима да је питање да ли је субјективно право натурално, једно питање његове садржине (стр. 122. и 123). За *Hellwiga* је недостатак туживости ствар „грађанскоправног несавршенства природне обавезе“ (*Anspr. und Klagr.*, стр. 13. *Lehrb.*, стр. 19. *Kohler* међу процесним претпоставкама не помиње туживост (стр. 40). По *Goldschmidtu* је способност потраживања да буде предмет заштите једна од претпоставки права на тужбу, чији недостатак води мериторној одлуци (*ZPR*, стр. 29. и 30). *Stein-Juncker* узимају туживост за претпоставку правне заштите са материјалноправним значајем (стр. 6, 14. и 18). За аустријско право, у основи исто становишће заступају од старијих писаца: *Neumann* (стр. 864). *Pollak* (стр. 111) и *Sperl* (стр. 330. и след.). У француској науци *Glasson-Tissier*, иако јасно разликују акцију од субјективног права, сматрају питање конкретног постојања оне прве као једно питање суштине (*question de fond* — стр. 425).

(9) Тако за немачко право *Blomeyer*, који сматра да нетужив захтев треба одбити као правно неизнудив (стр. 170). Међу немачким ауторима, за материјалноправно схватање изјашњава се још изрично *Lent*, за кога је нетужив захтев правно непостојећи (стр. 86). *Bernhardt* (стр. 16—18) и *Wieczorek* (стр. 698) не помињу туживост као процесну претпоставку. То не чини ни *Sauer* у својим таблицама (стр. 227—232). Исто и *Guldener* за швајцарско право (*ZPR*, стр. 178. и след.). У аустријској науци заступа материјалноправно схватање *Petschek* (стр. 239. и 257).

(10) За немачко право, у том смислу: *Bley*; (стр. 89) *Rosenberg*, стр. 337; *Stein-Jonas*, претходне напомене уз § 253. *ZPO Baumbach-Lauterbach* (стр. 471) *Schönke-Schröder-Niese* (стр. 196); *Schnorr v. Carolsfeld* (стр. 250, нат. 21) *Phole* даје предност процесноправном схватању, не оспоравајући сваку тачност оном материјалноправном које би пошло од тога да је туживост саставни део субјективног права (стр. 215). У аустријској науци *Fasching* даје исти одговор за она потраживања за која закон ускраћује тужбу (судски пут, правни пут). Супротно томе, где је ускраћење туживости изведено из материјалног права прописом по коме се „исплата једног дуга неће моћи натраг тражити“, као нпр. у случајевима из §§ 1432. и 1174. *OGZ*, ради се о једном питању материјалног права (стр. 8. и 9). Као процесноправно питање, узима туживост и *v. Tuhr* (стр. 33).

ке испуњене, а према околностима не треба уопште одлучивати ако се тужба показује као неоснована ⁽¹¹⁾.

Постоји и такво мишљење, по коме туживост није нека процесна претпоставка за себе, него се своди на тзв. недопуштеност редовног правног пута ⁽¹²⁾.

У системима у којима о акцији (праву на правну заштиту) говоре законски текстови, туживост налази своје место међу претпоставкама за њено вршење. Класификацију тих претпоставки поједини писци различито изводе, и акција нема исто место код сваког од њих. Али велика већина аутора које смо консултовали заступа мишљење да тужбу треба одбацити *a limine* ако се њоме тражи заштита која није прописана правним поретком ⁽¹³⁾.

Посебну пажњу заслужује гледиште које објашњење недостатка туживости види у разликовању, карактеристичном за немачку науку, између дуга (*Schuld, debitum*) и одговорности имовином за дуг (*Haftung, obligatio*). Код натуралне облигације субјективно право постоји, што се најбоље види из искључења *conditio indebiti*. А ако постоји право, мора постојати и дуг. Оно што у оваквим случајевима недостаје, то је одговорност, која се остварује кроз парнични и извршни поступак помоћу јавноправног овлашћења на судску заштиту ⁽¹⁴⁾.

(11) *Nikisch*, стр. 224.

(12) Тако *Wolff*, стр. 77. Види: *Riezler*, стр. 125; *Reichel*, *JJ*, 1912, стр. 71. Види и следећу напомену.

(13) Тако за италијанско право: *Micheli*, који туживост ставља међу процесне претпоставке (*presupposti processuali*) у ужем смислу, потребне за уредно заснивање парнице, насупрот условима под којима се суд упушта у меритум (тзв. *condizioni dell'azione*) (стр. 18—25). Слично *Redenti*, који узима да је туживост један од услова за допуштеност тужбе (*proporionabilità dell'azione*), али да и она представља мериторно питање у ширем смислу, које треба разликовати како од питања основаности акције (меритум у најужем смислу), тако и од процесних претпоставки. Но, ако се покаже да неки од тих услова није испуњен, суд треба тужбу да одбади, јер нема разлога да се упушта у испитивање њене основаности (стр. 21. и 61). Супротно предјим ауторима, *Zanucchi* не убраја способност права за судску заштиту у претпоставке које морају бити испуњене да би поступак био заснован и развијао се у правцу мериторне одлуке. Према томе, туживост би била услов за пресуду у корист тужилаца (стр. 67, 68, 78. и 79).

Указујући на непостојање процесних одредаба о туживости, *Satta* изражава сагласност са праксом италијанског касационог суда, који туживост узима у једном ширем смислу, дакле не само као недопуштеност судског пута или домаћег правосудја (*difetto di giurisdizione* — чл. 37 *C. Proc. Civ.*), него и као недостатак акције. Иначе, исти писац не инсистира на дубљем разликовању између одлуке о неприхватљивости и неоснованости тужбе, али га сматра целисходним (*Commentario*, 50 стр. 47, 48. и 163).

И савремени француски процесуалисти сматрају туживост као претпоставку за допуштеност мериторне одлуке. *Cornu et Foyer* узимају да је тужба за заштиту потраживања коме одговара натурална облигација неприхватљива (*irrecevable*), јер се ради о праву које је лишено акције. Доследно томе, суд неће дати одговор у погледу суштине спора (*une réponse au fond*), него процесну одлуку којом се тужба из напред наведеног разлога одбија (стр. 269. и 273). Исто тако, и *Solus et Perrot* истичу да носилац једног непотпуног права нема моћ да обавезе суд на испитивање постојања таквог права (стр. 95, 101, 196). У том смислу и *Cuche-Vincent* (стр. 11. и 13.).

(14) Од старијих писаца, ово схватање односа одговорности и туживости заступа *Oertmann* (стр. 11. и 12. Види код овог писца на истом месту и литературу по питању правне природе нетуживости.) *Binder* чак иде тако далеко да пориче постојање правне дужности која би одговарала субјективном праву. Према материјалноправном захтеву стоји само одговорност, која се остварује кроз парницу и принудно извршење. Материјално право има за претпоставку процес, а не обратно (стр. 14). У новије време изводи нетуживост из одговорности нарочито *Esser*. По њему, дужност читања значи заповест, а ова се спроводи кроз парницу и принудно извршење. Другим речима, изнудивост је остварење одговорности (стр. 82—84), која се дакле на првом месту показује као један процесни појам. Примећујемо да се разликовање између дуга и одговорности среће и у науци других земаља, а не само у немачкој. (Види: за аустријско право *Gschneitzer*, стр. 21; за италијанско — *Trabucchi*, стр. 512; за француско — *Mazeaud*, стр. 18; за југословенско: *Вуковић*, стр. 406; *Штемпихар*, стр. 27.) Одвајање дуга од одговорности има и својих противника. Види, на пример, *Schlesinger* (стр. 22. и 23), *Krückmann* (стр. 309).

Најзад, предњи приказ заслужује да буде допуњен кратким освртом на римско право. Строго разликовање између материјално-правне и процесноправне стране парнице том праву није познато, те ни постављено питање не може овде гласити подједнако као за данашње. Ипак, уређење формуларног поступка допушта закључак да су последице онога што данас називамо нетуживошћу наступале кроз правила процеса. Наиме, претор је ускраћивао акцију ако по његовој оцени за чињенично стање, изложено од стране тужиоца, она није била предвиђена. *Denegatio actionis* значила је окончање поступка у његовом првом стадијуму. До расправљања и мериторног одлучивања од стране *iudex*-а није у таквом случају ни долазило ⁽¹⁵⁾.

Југословенски законик о поступку од 1929. не садржи непосредан одговор на питање како треба поступати у случају недостатка туживости једног права *Цуља* (*Zuglia*) у својој монографији о натуралним облигацијама говори о *пресуди* којом је утврђена нетуживост (непринудност) једног потраживања ⁽¹⁶⁾. Доследно том ставу, који указује на материјално-правно схватање, исти аутор ни у свом систематском приказу предатног парничног поступка не наводи туживост као услов за мериторно расправљање и одлучивање ⁽¹⁷⁾. *Благојевић* у својим Начелима не убрја туживост у процесне претпоставке, али зато се на другом месту одлучно изјашњава да тужбу треба по службеној дужности одбацити ако субјективно право не ужива судску заштиту ⁽¹⁸⁾. Предратна судска пракса је поводом тужби за осуду на нетуживу обавезу одлучивала пресудом ⁽¹⁹⁾.

Као што смо рекли, питање заслужује дискусију и у данашњем југословенском праву. Закон о парничном поступку не помиње нигде туживост, нити употребљава неки сличан израз за овај појам. Савезни врховни суд одлучио је *мериторно* по тужби из усменог обећања поклона ⁽²⁰⁾. *Цуља* у свом систематском приказу парничног поступка не узима да је туживост процесна претпоставка ⁽²¹⁾. Ту природу не придаје јој ни *Трива* ⁽²²⁾. Писац ових редова, указујући да је питање контроверзно, изјашњава се изрично у свом уџбенику за материјалноправно схватање ⁽²³⁾, За *Јухарта* је, напротив, туживост процесна претпоставка ⁽²⁴⁾. Такво стање законодавства,

(15) *Kaser*, стр. 52. и 53.

(16) *Цуља*, Природне обавезе, стр. 33.

(17) *Цуља*, Грабанско процесно право, стр. 669 и след.

(18) *Благојевић*, Начела, стр. 222, 302. и 303.

(19) Види, на пример: одлуку бр. 243. у Збирци *Милановић-Штрасер*; одлуку бр. 574. у Збирци *Rucner-Strohhal*; одлуку Рев 199/38 од 16. апр. 1938, уз 564 СГЗ (редакција Г. Петковића).

(20) „Поклон непокретности нема дејства кад уговор о поклону није писмено састављен, иако је обећање поклона дато и прихваћено пре ступања на снагу Закона о промету земљишта и зграда“... *Пресуда* СВС, Рев 1350/50, од 23. 2. 1950, 30, 1960, одл. бр. 16. Види и *пресуду* Врховног суда НР Хрв. Гж. 118/57 од 6. 2. 1957, 30, 1957, одл. бр. 78: „За опстојност и ваљаност усмене даровне погодбе потребна је права предаја (физичка предаја), а ова не постоји ако је дарована ствар након погодбе остала на уживању код дароваоца.“ Напомињемо ипак да се из објављеног дела образложења не види да ли је предмет спора био захтев за предају поклоњене ствари.

(21) *Цуља*, (*Zuglia*), Грађ. парн. пост., стр. 25—27.

(22) *Трива*, стр. 3. и 25—28.

(23) *Познић*, стр. 4. и 20.

(24) *Јухарт*, стр. 253.

праксе и науке допушта оцену по којој цивилистичко учење треба у југо-словенском праву узети као претежно.

Већ сама чињеница да оба схватања имају данас своје присталице показује да ниједно од њих не може претендовати на апсолутну тачност. Питање се своди на то како је исправније схватити однос туживости према субјективном праву. Дефиниција са којом смо почели овај чланак није довољна за објашњење тог односа. Туживост као својство (особина, обележје, квалитет) права може бити различито схваћена. О односу ова два појма могућне су две конструкције, из којих се намећу изложени супротни закључци. За обе конструкције подједнако је значајно да туживост представља могућност права грађанина на судску заштиту. Јер, држава је, уз прописивање услова под којима субјективно право настаје, његовом носиоцу обећала заштиту. Способност тог права да буде заштићено долази, дакле, до изражаја у дужности суда према тужиоцу, која има јавноправни, а не грађанскоправни карактер.

Поменути однос може бити схваћен, прво, тако што би се узело да туживост улази у појам субјективног права, образује његов саставни део, другим речима, представља једно од овлашћења која чине његову садржину. Ова конструкција неизбежно води материјалноправном схватању, и обратно, онај ко се за то схватање залаже, мора однос два појма тако да разуме. Јер, само тако може се објаснити став да је туживост ствар самог субјективног права. На тај начин, састав тог права показује се као разнородан, како по садржини титулареве моћи, тако и по пасивном субјекту: Уз овлашћење на правну заштиту, коме одговара наведена дужност суда⁽²⁵⁾. У сваком потпуном субјективном праву садржан би био, дакле, и један публицистички елемент. Ова хетерогеност у структури субјективног права представља једну слабост прве конструкције, коју неки писци осећају и чине напор да је отклоне⁽²⁶⁾.

По другој конструкцији, туживост не улази у састав субјективног права, него се појављује као његов редован пратилац. Уз материјалноправни однос између странака постоји и акцесорни однос тужилац-суд, који је јавноправног карактера, и, пошто се заснива у вршењу судске функције, треба га сматрати процесно-правним, дакле јавноправним. Туживост се овде показује као ствар процеса, а не материјалноправног односа, те њен недостатак не погађа само субјективно право. Нетужива обавеза значи само то да за суд не може ни у ком случају настати дужност да испитује да ли тужиоцу субјективно право припада. Отуда и одлука по тужби не треба да буде мериторна, него процесна. Ова конструкција изгледа нам

(25) Сматрамо застарелим идејште по коме то овлашћење припада носиоцу субјективног права према другој страни у материјалноправном односу, као што то узима, на пример, *Chiovenda* (стр. 45. и след).

(26) Тако, на пример, *Henle*: „... Могућност тужбе састоји се у заповести судији да заштити повређено (субјективно) право. Ова заповест није, дакле, управљена на појединца... Заповест, иако јавноправне природе, *упијена* је од стране приватног права, с којим је у вези. Доследно томе, могућност тужбе улази у суштину субјективног права. Уз овлашћења која потичу из субјективног права, додаје се и овлашћење за тужбу као један, иако неодољив, а оно ипак различит саставни део...” (стр. 334). Како се може разумети да је заповест судији, иако јавноправне природе, *упијена* од стране приватног (субјективног) права?

убедљивија, зато што она субјективно право ограничава на цивилистичка овлашћења, и не изводи из њега однос између тужиоца и суда. Из тог разлога спремни смо да дамо предност процесноправном учењу ⁽²⁷⁾.

Предња разматрања показују да се процесноправним схватањем јаче подвлачи разлика према случајевима кад тужилац истиче једно право које је позитивноправном систему непознато (на пример, на успостављање заједничког живота у браку), или за које већ по тужби нису испуњене материјалноправне претпоставке (неконклюдентан захтев). Јер, несумњиво је да у таквим споровима субјективног права нема, те је и мериторна одлука на свом месту.

По процесноправном учењу, у случају нетуживог потраживања субјективно право *може да постоји*, али недостаје дужност суда да изрекне заштиту. Доследно таквом ставу, треба донети одлуку која на питање постојања права не даје одговор. Судска изрека треба да се ограничи само на утврђење да заштити нема места, чак и кад би право постојало. Такво одлучивање је, дакле, само процесно, а не и суштинско. Супротно томе, материјалноправна теорија нужно води закључку да се одлучује о питању постојања самог субјективног права (мериторно). Смисао те одлуке није јасан. Њом се тужбени захтев одбија (као неоснован), што би требало да значи да субјективно право за које је тражена заштита, не постоји. Такав закључак, међутим, с обзиром на природу нетуживе обавезе, очигледно не би био тачан. Противречност није лако разрешити.

Процесноправно схватање, међутим, не треба разумети као крајњу супротност материјалноправном. Ако кажемо да туживост не улази у састав материјалноправног захтева, онда тиме нисмо рекли да пред собом имамо таква два односа, од којих сваки може имати своју самосталну судбину. Јер, туживост је по процесноправној теорији не само редован, него и (бар по правилу!) нераздвојан пратилац субјективног права. Прописујући услове за настанак тог права, закон истовремено налаже суду да му за случај повреде пружи заштиту. И обратно, норма о нетуживости је неодвојиво везана са нормом којом је уређено заснивање једне непотпуне обавезе. Две конструктивне могућности, дакле, тичу се само начина на који ће суд такву обавезу третирати у процесу. Из њих не треба извући закључак да су однос тужиоца према суду и однос у коме он истиче своја цивилистичка овлашћења према туженом, два потпуно независна односа. Напротив, оба су уређена истом законодавном вољом.

Горња напомена нема карактер чисто теоријске поставке. Границе овако схваћене туживости огледају се, прво, у оним земљама у којима је законодавство подељено између савеза и феудалних јединица, тако да је онај први надлежан за материјално право, док је поступак стављен у домен оних других. Ако би се процесноправно учење схватило тако да је туживост потпуно одвојена од материјалноправног захтева, онда би се она, као ствар процесног права, налазила у компетенцији федералних јединица. Ове би, према томе, могле одговарајућим нормама спречити ефикасност

(27) Тиме напуштамо став који смо заузели у свом наведеном делу на стр. 2.

појединих субјективних права, предвиђених савезним прописом ⁽²⁶⁾. И обратно, таква могућност стајала би отворена савезу у једној федеративно уређеној земљи, у којој процесноправно законодавство припада њему, а материјалноправно федералним јединицама. Међутим, такве последице процесноправног гледишта су неприхватљиве.

De lege lata, против процесноправног схватања говори то што текст Закона о парничном поступку нигде не помиње туживост уопште, па ни као процесну претпоставку. Кад се има у виду да је он скорашње законодавно дело, треба претпоставити да је његовим редакторима био познат дуализам материјалног права и процеса као коначна тековина науке. Ако они ипак нису унели туживост као услов за расправљање и одлучивање о предмету спора, онда се то може протумачити тако да су прихватили материјалноправно схватање.

Иако предњи аргумент није безначајан, он ипак није одлучујући. Пре свега, процесне претпоставке поменути Закон не набраја таксативно, нити су оне све у том пропису предвиђене. Постоје и претпоставке које су предвиђене другим законима. Такво стање не искључује, дакле, могућност да се процесни карактер туживости изведе из материјалноправних прописа, и да се на поступање суда у случају тужбе за остварење једног несавршеног потраживања примене по аналогiji одредбе прописане за другу, сличну претпоставку, као што је судска надлежност уопште (допуштеност редовног правног пута). Да је овакав начин мишљења могућ, показује упоредно право. Немачки процесни закон не говори о туживости ништа, што за савремену науку те земље не представља сметњу да прихвати процесноправно схватање. Можда ће се приметити да 1877. године, кад је тај закон донесен, ово схватање није ни постојало. Али, као пример се може навести и италијански Законик о грађанском поступку од 1940. Ни у њему се не говори о нетуживости, па ипак већи део науке и судови узимају тај недостатак као ствар акције, а не субјективног права.

Значај туживости као процесне претпоставке такав је да њен недостатак треба у погледу поступања суда изједначити са недостатком интереса за тужбу и са сметњама које проистичу из принципа *Ne bis in idem*. То значи да председник већа сам одбацује тужбу ако нађе да се ради о једном нетуживом потраживању. Ако, напротив, сматра да таквој одлуци нема места, онда о приговору да је посредно нетуживо потраживање одлучује веће у стадијуму главне расправе (чл. 277. и 290. ЗПП).

Нетуживост је установа јавног поретка. Странке не могу својим споразумом учинити једну непотпуну обавезу потпуном ⁽²⁸⁾. Такав споразум нема утицаја на дужност суда да потраживање узме као нетуживо и да донесе решење о одбацивању тужбе.

(26) За швајцарско право до тог закључка долази *v. Tuhr*, који узима да је туживост питање процеса права, и као такво спада у надлежност кантона. Конфедерација је, међутим, својим законодавством прекорачила границу надлежности више пута и регулисала материје које су по својој природи процесне. По мишљењу овог писца, у такве материје спада и туживост (стр. 33. и 34). *Guldener* изрично одбацује могућност да туживост једног правног захтева, предвиђеног материјалним правом конфедерације, буде отклоњена процесним правом кантона. Овај став представља једну последицу начела по коме оно прво има предност пред овим другим (*ZPR*, стр. 64).

(28) Тако, изрично, *Pollak*, стр. 4.

У дискусији о правној природи туживости обично се има у виду парница по тужби за осуду на чинидбу. Међутим, одговор заслужује и питање да ли исте ставове треба заузети и за парницу у којој тужилац свој предлог ограничава на утврђење постојања или непостојања једног нетуживог потраживања. По процесноправној теорији, такву тужбу треба одбацити као и ону којом поверилац жели да постигне извршни наслов. Јер, и у парници по декларативној тужби он тражи судску заштиту, само ова треба да му буде пружена у другом виду. Али, он одговарајућу пресуду не може издејствовати просто зато што право које треба да буде утврђено није уопште способно за судску заштиту. У оквиру материјалноправног учења, за утврђење натуралне облигације питање допуштености тужбе заслужује одговор са становишта правног интереса. Једно гледиште било би у томе да тужилац не може никад имати такав интерес, јер никад неће моћи да судским путем оствари своје право на чинидбу. По другом ставу — који нам изгледа ближи — постојање правног интереса је и у оваквој парници ствар конкретне оцене. По овом другом схватању, не би било разлике према другим парницама по декларативној тужби ⁽³⁰⁾.

II

Напред је било речи о нетуживости која је прописана законом. Поставља се питање може ли овлашћење на судску заштиту бити отклоњено вољом странака, али тако да субјективно (материјално) право постоји и даље. Питање се може поставити само за заштиту оног права којим његов носилац може слободно располагати. У римском праву поверилац је са дужником могао да закључи *pactum de non petendo*, али је тај уговор имао само материјалноправно дејство и представљао је отпуст дуга (*p. d. n. p. in perpetuo*), или одлагање доспелости обавезе (*p. d. n. p. in tempus*). За случај да парница буде покренута противно овом споразуму, дужнику је стајала на располагању *exceptio pacti* ⁽³¹⁾. Са једним изузетком, на који ћемо још указати, савремено страно законодавство не садржи одредбу која то питање непосредно уређује. Већина страних аутора даје потврдан одговор ⁽³²⁾.

Основни аргумент за пуноважност таквог споразума лежи у диспозитивности субјективног права: Ако поверилац може тим правом да располаже и тако што ће отпустити дужнику дуг, онда му се не може порећи

(30) Заступајући процесноправно схватање туживости, *Reichel* одбацује могућност декларативне тужбе, како позитивне тако и негативне (*JJ* 1912), стр. 65. Исто и *Fasching*, стр. 62. Слично и *Sperl*, који ове види и недостатак правног интереса (стр. 313). Супротно *Schoch*, која полази од тога да је туживост уређена од стране цивилноправног, а не од стране процесноправног законодавца, и да представља један чисто материјалноправни појам (стр. 64—67).

(31) *Sohm*, стр. 488. и 489.

(32) За немачко право види: *Reichel*, *JJ*, 1911, стр. 424—451; *Rosenberg*, стр. 378; *Schönke-Schröder-Niese*, стр. 196; *Larenz*, стр. 273; *Stein-Jonas* (излагања под IV, 1c, испред § 253). Види на истом месту литературу о супротном мишљењу. За аустријско право: *Pollak*, стр. 4; влачи да се таквим споразумом овлашћено лице лишава само акције, тако да његово субјективно право добија својство натуралне облигације (стр. 75. и 76); за француско право, види: *Cornu-Foyer*, стр. 309. и 310; *Terré*, стр. 20.

ни овлашћење да се одрекне права на тражење судске интервенције⁽³³⁾. У прилог те могућности наводи се и уговор о избраном суду: Оно што је у том уговору битно — каже један писац — то није поверавање спора арбитражу, него искључење парнице пред редовним правосудјем⁽³⁴⁾. Тај уговор може се закључити само о ономе о чему се странке могу поравнати, а поравнање је могуће само уколико овлашћеном стоји на располагању одрицање од права. Ако странке увек могу парницу да окончају по својој вољи, зашто је не би могле и унапред да искључе — пита се исти аутор⁽³⁵⁾. У прилог такве могућности наводи се и то да држава нема интереса да се парнице воде. Уосталом, ако би туживост и извршност биле изузете од страначког располагања, онда би се за непуневажно морало узети и уговарање ограничене одговорности, а за то не постоје никакви основи⁽³⁶⁾.

За немачко право се могућност закључења уговора о искључењу туживости изводи и из неких материјалноправних одредаба које за извесне врсте односа не допуштају искључење тужбе, као на пример § 133, ст. 3. Трговачког законика (36а). Тим одредбама се придаје изузетан карактер, насупрот општој, прећутној норми која пакт у начелу дозвољава⁽³⁷⁾.

Неки аутори истичу разлику између искључења туживости и одрицања од правног пута уопште. Нетуживошћу једног захтева само се отклања могућност непосредне принуде у циљу заштите једног права, али не и свако право на државну судску помоћ ради остварења других последица неиспуњења обавезе у материјално-правном односу, као што је пребијање у парници, реализација једног заложног права или права задржања, накнада штете итд.⁽³⁸⁾.

У Француској науци спроводи се разликовање између (апстрактног) права на судску заштиту (*le pouvoir d'ester en justice*) и (конкретног) права на обраћање суду у циљу заштите свога права и интереса. Прво од тих овлашћења је јавноправне природе (*une liberté publique*), те се грађанин његове употребе не може одрећи. Супротно томе, посебно одрицање, којим би неко лице ускратило себи да у одређеном односу прибегне право-

(33) Тако *Reichel*, који сматра да се одрицање предузима једностраном изјавом. Из диспозитивности проистиче и то да се дужник увек може одрећи уговорене нетуживости (*JJ*, 1911, стр. 446, 445. и 459).

(34) *Terré* ипак изражава сумњу у вредност овог аргумента (стр. 20).

(35) *Reichel*, *JJ*, 1911, стр. 451. и 453. Слично и *Pohle*, стр. 214.

(36) Тако *Schlesinger* у *Кланговом* Коментару, уз § 859.

(36а) Ништав је споразум којим се искључује или ограничава право ортака да тражи распуштање јавног трговачког друштва.

(37) Тако *Schönke-Schröder-Niese*, стр. 196.

(38) Ту разлику подвлачи *Pisko*, не дајући одговор на питање о могућности туживости (излагање уз § 19. ОГЗ, у *Кланговом* Коментару, стр. 205. и 206). Исто разликовање спроводи и *Schlesinger*, узимајући да је искључење туживости допуштено, под условом да странке имају у виду друге санкције за случај неиспуњења обавезе. Ако би оне отклониле сваку санкцију, то би значило да уговору хоће да одузму карактер правног посла (излагање уз § 859. ОГЗ, у *Кланговом* Коментару, стр. 25). У истом смислу и *Pollak*, који сматра да *actum de non petendo* искључује само тужбу за испуњење, а оставља нетакнуто постојање потраживања и његову способност за пребијање, као и могућност друге тужбе. Овај споразум не представља разлог за недопуштеност правног пута, него само материјалноправни приговор, што је од значаја за доношење пресуде због изостанка (стр. 4). За немачко право *Stein-Jonas* узимају да се један правни субјект не може одрећи правне заштите као такве, али да може уговором засновати натуралну облигацију или постојећи материјалноправни захтев преобратити у такву обавезу (коментар испред § 253, под IV, 1, с).

суђу, у принципу није забрањено. Одступања од ове могућности треба прихватити у ситуацијама у којима је реч о јавном поретку (39).

По једном мишљењу, нетуживост се може уговорити приликом закључења правног посла. Напротив, кад је реч о једном постојећем односу, такав уговор, по правилу, нема процесноправно дејство (40).

Страни писци који поричу могућност споразумног искључења туживости, налазе ослонац у јавноправном карактеру овлашћења на судску заштиту (41). Тако, по једном мишљењу, треба гледати на стварну вољу странака. Ако оне имају у виду субјективно право, другим речима, ако намеравају да на њега утичу (на пример, отпуст дуга, одлагање доспелости, ограничење одговорности), онда се њихов споразум просуђује по грађанском праву. Међутим, ако оне имају за циљ искључење или ограничење процесног овлашћења да једно субјективно право буде изнето пред суда, онда су меродавне процесне норме, а оне познају одрицање од туживости само у виду уговора о избраном суду. Иначе је искључење ништаво. Цивилноправни послови о процесним овлашћењима су по том мишљењу, бесмислен појам! (42).

Изражено је и мишљење да одлучујући аргумент против поменуће могућности не треба видети у јавноправном карактеру права на тужбу, јер и у процесу има таквих јавних права којих се њихов носилац може одрећи (на пример, права на правни лек). Уместо тога, боље је позвати се на то да странке ни уговором о избраном суду не могу потпуно и за све случајеве да се одрекну државног правосуђа. У уговорном искључењу тужбе обично лежи одрицање од самог (субјективног) права (43).

По једном схватању, уговор о ускраћењу судске заштите допуштен је само за оно право на тужбу које за основу нема никакво приватно субјективно право, као што је случај са тужбом за остварење једног преображајног права или са предлогом за извршење, али опет само ако из природе појединог права не проистиче да се ради о изузетку (44).

(39) Terré, стр. 20.

(40) Тако *v. Tuhr*, који је у предњем разликовању усамљен. Исти аутор поставља питање на које не даје одговор — да ли правном послу за који је приликом закључења уговорена нетуживост, треба порећи сваки правни значај, или треба прихватити да из таквог посла настаје једна обавеза која није принудна, али је испуњива (*obligatio naturalis*) (стр. 30)? *Oertmann* није сасвим уверен у могућност да се једном захтеву одузме туживост уговором којим је заснован (стр. II).

(41) О радовима у којима је за немачко право то гледиште изнето, а који нису наведени у овом чланку, види *Stein-Jonas*, излагања под IV, 1с, нап. 79, испред § 253.

(42) *Hellwig, System*, I, стр. 451. Кроз последњу мисао аутор изражава свој начелни став да су допуштени само они процесни уговори које закон изрично предвиђа као такве. По *Faschingu*, право на тужбу је саставни део захтева за правосуђе, који припада јавном праву. Зато странке не могу то право сасвим да искључе, него могу само да га модификују уговарајући изборни суд као посебан вид правне заштите. Према томе, споразумно одрицање од туживости не може се сматрати негативном процесном претпоставком и не води одбацивању тужбе. Тај споразум ће приликом испитивања основаности тужбе моћи да буде схваћен као вансудско одрицање од материјалноправног захтева, изузев у случајевима кад сам закон не допушта то одрицање или се оно има сматрати као противно моралу (стр. 9). Могућност одрицања од мериторне одлуке пре подношења тужбе суду искључује у сваком случају и *Bley* (стр. 68). У савременој немачкој науци против ограничења права на судску заштиту (осим у виду изборног суда) изрично се изјашњава *Wieczorek* (стр. 698).

(43) Тако *Ehrenzweig*, који, позивајући се на судску праксу, своја излагања закључује речима: „Ко хоће да остане при свом праву, не може да се одрекне тужбе“ (I В., стр. 313). У одељку о нетуживим обавезама исти писац понавља свој став да странке уговором не могу отклонити право на тужбу (III В., стр. 7).

(44) Тако *Goldschmidt*, без образложења (*Prozess*, стр. 310, нап. 1605).

На могућност одрицања од туживости осврнуо се у предратној југословенској науци. *Л. Марковић*. Полазећи од тога да право на судску заштиту има јавноправни карактер, он ову могућност пориче ⁽⁴⁵⁾.

У савременом југословенском праву заузели су по овом питању изричан став, колико нам је познато, *Јухарт* и *Познић*.

По *Јухарту*, странке могу закључити *factum de non petendo* уколико им припада право располагања захтевом. Уговор има процесноправно дејство: Ако тужба ипак буде поднесена, суд треба да је одбаци. Што се тиче могућности одрицања од права да се у извршном поступку постигне остварење захтева (*factum de non exequendo*), поменути аутор указује на то да је таква могућност прописана правним правилом из § 35. предратног Закона о извршењу и обезбеђењу ^(45а).

Аутор овог чланка заступа у свом џбенику, без ближег образложења, супротно мишљење: Одрицање од правне заштите редовно има смисао напуштања самог субјективног права. Слично томе, изјава повериоца да се неће обраћати суду за извесно време, дејствује материјалноправно. Она просто значи одлагање доспелости потраживања ⁽⁴⁶⁾.

И за приказана становишта по питању уговорног искључења тужбе треба, пре свега, рећи исто што и за гледишта о последицама законом предвиђене нетуживости. Ниједно од њих не може се, насупрот другоме, узети, просто, као нетачно. Извесно је да оба имају своју вредност.

По нашем мишљењу, одлучујући је карактер односа тужилац-суд, у коме се туживост испољава. Право на подношење тужбе суду представља јавноправно овлашћење. То је једно право грађанина зајамчено Уставом ⁽⁴⁷⁾. Оваква природа туживости не допушта да се њоме располаже као једним цивилноправним овлашћењем. Истовремено, из тог њеног карактера проистиче одговор на следећи аргумент (на први поглед убедљив!): Ако титулар субјективног права може по слободној вољи напустити то своје право, зашто се не би могао, исто тако, обавезати да неће тражити његову заштиту? Ко може више, може и мање! Ово резонување, инспирирано формалном логиком, испушта из вида да две вредности не стоје у квантитативном односу, него представљају различите квалитете. И овде нам се чини ближом конструкција по којој туживост не чини елемент субјективног права, него се јавља као његов пратилац. Од супротног схватања, напротив, само је један корак до закључка да је могућно располагање свима овлашћењима у саставу субјективног права, па и оним које се тиче правне заштите.

Друго — као што смо рекли — за одговор на предње питање, упркос његовом начелном значају, тешко је наћи поуздан ослонац у законским текстовима. Такво стање упућује на то да се решење потражи узимајући у помоћ став који се у оквиру једног позитивноправног система заузима по питању у коликој мери странке могу својом уговорном вољом да утичу на

(45) *Л. Марковић*, стр. 86.

(45а) *Јухарт*, стр. 253.

(46) *Познић*, стр. 4. и 5.

(47) „Свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, управним и другим државним органима и организацијама, који решавају о његовим правима и обавезама” (чл. 67, ст. 1. Устава СФРЈ).

заснивање и уобличавање парнице. Јер, пакт о коме је реч, има — ако би се узео као допуштен — процесноправни карактер већ самим тим што се тиче могућности покретања поступка за судску заштиту. Нисмо спремни да га, супротно поменутих писцима, сматрамо за материјалноправни због начина закључења и због тога што га суд не узима у обзир по службеној дужности него по приговору (48). Међутим, правнодогматички одговор на предње питање, услед недостатка јасних законских правила, битно је условљен правнополитичким ставом, а овај се на одговарајући начин уклапа у друштвену идеологију. Отуда је могућност споразумног искључења туживости прихватљивија за капиталистички правни поредак, у коме се странкама пружа широка слобода уговорног утицања на поступак. И обратно, у социјалистичким правним системима, у којима је та слобода ограничена, правник не може лако да се помири са таквим уговором којим би један правни субјект лишио себе права да се обрати суду. У прилог оваквом начину посматрања може се навести став 2, члана 3. Грађанског процесног кодекса РСФСР, по коме је без дејства одрицање од права на обраћање суду. Одредба важи не само за случај одрицања од сваке судске заштите, него и за случај искључења права на тужбу по неком захтеву који већ постоји или може настати из једног одређеног односа (49). Та одредба има своје дубоко оправдање: Социјалистичким погледима на друштво одговара став по коме је за одржање поретка субјективних права целисходно да носиоци тих права сачувају слободу свог опредељења не само у погледу начина вођења парнице него и по питању да ли ће је покренути (50).

Није сувишно приметити да се неки аустријски процесуалисти, који узимају да је пакт допуштен, изјашњавају одлучно против процесног либерализма, сматрајући да су дозвољени само они уговори са дејством на парницу које закон изрично предвиђа (избрани суд, пророгација, судско поравнање, одрицање од правног лека) (51). Тако се долази до тога да је, на пример, ваљан споразум којим се продавац лишава права да покрене парницу за наплату куповне цене, док је без важности споразум по коме тај исти продавац може у тој истој парници доказивати квалитет робе само исправом издатом од стране одређеног вештака!

Правнополитичка вредност једне установе лежи у томе што она представља најпогоднији инструмент за уређење једног односа или или једне ситуације. Полазећи од тог мерила, можемо се питати да ли *pactum de non petendo* има своје оправдање. Које су то ситуације у којима уговорно искључење туживости представља најпогодније решење? Дужник можда није сигуран да ће моћи одговорити својој уговорној обавези. Али — најблаже речено — питање је да ли одрицање од права на тужбу представља одговарајући инструмент за такав случај. Право средство лежи у области

(48) Види напомену под 38.

(49) Одредба је била садржана још у члану 2. Грађанског законика РСФСР, од 1922, и добила је своју потврду у члану 5. Основа грађанског судског поступка, одакле је преузета у Грађански процесуални кодекс. Види коментарни стр. 11; *Клејнман*, стр. 34; *Јудельсон*, стр. 188.

(50) Види *Познић*, стр. 212. и след.

(51) *Sperl*, стр. 295; *Pollak*, стр. 366. Додајемо још и то да према овом другом писцу странке не могу уговорити могућност парнице за једну природну обавезу (стр. 4). Излази да је неуживост, као ствар јавног поретка, неотклонива, док туживост нема такву природу и може бити искључена!

материјалног, а не процесног права: конвенционална казна, накнадна штете, поравнање. Или, дужник жели да избегне парницу, јер ће улога туженог окрњити његов углед⁽⁵²⁾. Можемо се и овде питати да ли је то један разлог да се *растит* прихвати као постојећи у нашем правном систему. Уосталом, ако се узме — како то подвлаче неки аутори — да се тим споразумом искључује само непосредна принуда, онда дужник помоћу уговора о нетуживости поменути циљ не би могао да постигне, јер остају други видови принуде, која се остварује кроз судски поступак, а пре свега тужба за накнаду штете. Могућно је замислити и то да дужник хоће да искључи парницу само за одређено време, док не изиђе из пословних тешкоћа. И овде се може рећи да је прави пут грађанскоправни уговор и да нема никаквих потреба да се прибегава једном процесном споразуму. Укратко, у низу ситуација материјално право пружа могућност исто тако доброд, ако не и бољег уређења. Најзад, сумњу изражену напред не треба разумети тако да се потпуно искључује сваки случај у коме би уговорно оклакање туживости представљало најцелисходније решење. Али, извесно је да ће такви случајеви бити сасвим ретки. Зато се с правом поставља питање да ли због њих треба сматрати да наш правни систем дозвољава учесницима правних послова предпроцесно одрицање од тужбе за заштиту својих права.

Тачно је да држави није стало до тога да се грађани парниче. Али природан пут да се избегне судска интервенција треба видети у вансудском (материјалноправном) поравнању, а не у закључењу уговора којим грађанину субјективно право остаје без могућности да тражи његову заштиту.

Могућност да поверилац одрицањем од извршења лиши материјалноправни захтев принудне силе, представља једини позитивно-правни аргумент за мишљење да је пак о нетуживости могућан: Истина, та могућност прописана је у § 35. Закона о извршењу и обезбеђењу од 1930. за извршни поступак, али нема сумње да она по аналогiji стоји отворена и за парнични: Ако се поверилац може, задржавајући своје субјективно право, одрећи судске заштите у процедури реализације, тешко је видети зашто он то не би могао учинити већ за когнициони поступак. Но, овај аргумент има своју вредност за старо право. Он би данас могао бити одлучујући само ако бисмо, примењујући Закон о неважности правних прописа, нашли да је поменуто правило у складу са правним системом социјалистичке Југославије, а то је оно у што нисмо уверени. Против пакта о одрицању од извршења могу се навести исти они разлози који су напред изнесени против уговора о нетуживости⁽⁵³⁾.

У данашњем југословенском праву нема одредаба које би за неке односе изрично искључивале могућност уговорног одрицања од права на тужбу, као што је то случај са немачким правом. Отуда за наше право

(52) У старијој немачкој литератури је као мотив наведен страх који дужник осећа од суда. Поред тога, побуда се може састојати у томе што државни службеник жели да избегне настанак законске дужности обавештавања старешине о томе да је против њега покренут судски поступак. (види *Reichel*, *JJ* 1911. стр. 409). Док овај други разлог за југословенско право не долази у обзир, онај први је неубеђив. Ко према суду осећа фобију, нека води парницу преко пуномоћника!

(53) Види *Познић*, стр. 517. и 518.

нема вредности гледиште које ту могућност изводи тумачењем *a contrario* из таквих одредаба.

Не видимо оправдање ни за став по коме је споразум о нетуживости пуноважан ако је закључен приликом заснивања материјалноправне обавезе, док је без процесноправног дејства ако се тиче обавезе која већ постоји. Чиме се може бранити ово разликовање? Ако странке могу искључити право на тужбу за заштиту једног субјективног права које управо у том тренутку настаје, није јасно зашто не могу то исто учинити и за једно право које је настало раније. Уопште, чини нам се да за овакве дистинкције нема места, него треба прихватити један или други став.

Најзад, остаје још и позивање на могућност уговарања избраног суда. Овај аргумент нас убеђује мање него и један други⁽⁵⁴⁾. По нашем мишљењу, смисао арбитражног споразума не лежи у одрицању од правне заштите. Поверавајући спор избраном суду, и једна и друга страна хоће да се о њему донесе одлука снабдевена ауторитетом правоснажно пресуђене ствари, дакле таква, која ће имати својство извршног наслова. То је управо оно што оне, свака на свој начин, желе да постигну и у парници пред државним судом. Реч је, дакле, само о томе да оне својом вољом мењају правни пут којим се правна заштита постиже.

Предња разматрања упућују нас на закључак да споразум о искључењу туживости нема процесноправног дејства. При томе није од значаја да ли је таква сагласност постигнута приликом закључења правног посла на који се она односи, или накнадно, можда тек пошто је дошло до повреде права.

Али, порицати процесноправно дејство не значи порицати и материјалноправно. Закључујући споразум у коме се говори о неподношењу тужбе, или о неупотребљавању права на тужбу, странке обично имају у виду сâмо субјективно право, а не његову заштиту пред судом. Према томе, *pactum de non petendo in perpetuum*, редовно, има исто дејство као и уговор о отпусту дуга. Слично томе, материјалноправну последицу производи и *pactum de non petendo in tempus*: Он значи споразумно одлагање доспелости обавезе⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾. Ако суд, напротив, стекне уверење да су странке одиста хтеле да се њиховим споразумом само искључи тужба, онда такав споразум нема никакво процесно дејство. Материјалноправни смисао може

(54) Сумњу у убедљивост овог аргумента изражавају и неки аутори који су иначе присталице допуштености споразума о искључењу права на тужбу. Види *Terre*, стр. 20.

(55) Ради се, дакле, у оба случаја о уговору, а не о једностраној изјави. Види *Ennescherus-Lehmann*, стр. 284. и 285. Дужник, дакле, може да се са повериоцем изјавом о ослобођењу од тужбе не сложи.

(56) За аустријско право тако *Fasching* (стр. 9). *Ehrenzweig* мисли да у одрицању од тужбе обично лежи условно одрицање од самог права (I В., стр. 313). У немачкој науци слично *Hellwig*, који материјалноправни смисао одрицања од тужбе не узима за редован (*Syst.*, стр. 451). *V. Tühr*, за швајцарско право, сматра да споразум о нетуживости, по правилу, значи отпуст дуга, али изузетно производи процесно дејство, и то у случајевима у којима поверилац има интереса да остане при субјективном праву, на пример, ако жели да задржи залогу или да своје потраживање употреби за пребијање и сл. (стр. 449. и 571). Ни *Oertmann* не ограничава дејство поменутог споразума на процес: Смисао таквог уговора проистиче из околности појединачног случаја. При томе се већином намерава одлагање доспелости (стр. 430). *Ennescherus-Lehmann* узимају да споразум којим се поверилац обавезује да не тужи за одређено време или да не тужи одређено лице, има смисао уговора о отпусту дуга, са слабијим дејством (стр. 285). За совјетско право узима се, просто, да одредаба о одрицању од тужбе, унесено у уговор, нема правног значаја: заинтересовано лице могло би се ипак обратити суду (*Комментарий*, стр. 11).

поменути пакт имати само кад се тиче једне постојеће обавезе. Ако је, пак, закључен истовремено са правним послом на који се односи, он остаје без икаквог утицаја на субјективно право и његову заштиту.

III

Остаје још да се са неколико речи осврнемо на питање туживости у међународном приватном праву. Да ли суд треба једну обавезу која је по *lex fori* нетужива, да узме за туживу ако она по *lex causae* има природу једне потпуне обавезе, и обратно? Тако, на пример, по француском праву неки видови игре и опкладе доводе до порфектног (туживог) потраживања (коњске и атлетске трке и друга спортска такмичења — чл. 1966. Ц. Цив.)⁽⁵⁷⁾. У неким другим правима обећање чинидабе по основу таквих послова рађа натуралну облигацију. Предње питање може се поставити и за случај да по једном од два закона потраживање није судски заштићено, а по другом је непостојеће. Тако је у немачком праву обавеза плаћања награде за посредовање у циљу закључења брака једна натурална облигација (§ 656, *BCB*), док је по југословенском праву уговор којим се таква награда предвиђа, ништав. Или, усменим обећањем поклона заснива се по југословенском праву једна непотпуна обавеза, док по Грађанском законнику РСФСР непоштовање нотаријалне форме поклона чија вредност прелази 500 рубаља, чини обавезу неважном (чл. 47. у. в. са чл. 247).

Гледиште, да је туживост, као процесноправни појам, строго одвојена од субјективног права, упућује на закључак да суд питање њеног постојања треба увек да цени са становишта свог националног закона (*lex fori*)⁽⁵⁸⁾.

По другом схватању, за питање туживости меродаван је *lex causae*. То значи да ће суд обавезу узети као непотпуну ако она по статуту правног посла има такву снагу, упркос томе што је тужива по закону земље суда. И обратно, по истом становишту, обавезу која по *lex fori* није заштићена тужбом, суд ће узети као потпуну ако је као таква предвиђена у страном закону који се примењује на правни посао⁽⁵⁹⁾.

(57) Неке друге примере из упоредног права види код *Riezlera*, стр. 126. и след.

(58) У том смислу за италијанско право (*Liebman*, који свој став по овом питању изражава кроз мисао да су постојање и прихватљивост акције, као и услови њеног вршења, уређени по *lex fori*, без обзира на закон којим је регулисан спорни материјалноправни однос (стр. 39). Слично и *Fasching* поводом допуштености тужбе за утврђивање (стр. 62). У начелу, за *lex fori* се изјашњава и *Kralik*. Међутим, овај писац одамах додаје да је ствар квалификације питање да ли извесне норме о искључењу или ограничењу туживости треба узети као материјалноправне или процесноправне, услед њихове тесне везе са одређеним нормама материјалног права (стр. 12).

(59) За немачко право, тако: *Frankenstein* (стр. 358); *Schoch*, која узима да је нетуживост статутарна грађанским (материјалним) правом и да се при томе уопште није мислило на неку процесноправну квалификацију (стр. 60); *Riezler*, којим изражава извесну сумњу само кад се ради о примени енглеског права (стр. 125. и след.). Изгледа да исто становиште заступа и *Kegel* кад каже да меродавни правни поредак треба да важи за један материјалноправни захтев у сваком погледу (стр. 205). По *Guldeneru*, и за швајцарско право меродавна је материјалноправна норма по питању да ли је правни однос тужив (*IZPR*, стр. 9). Напротив, *Battifol* за француско право сумња да се овде може да одржи опште начело које облигацију подређује закону њеног извора. Разлог за то лежи у природи непотпуне обавезе, која своју каузу налази у дугу савести. Овај аутор, иначе, нема сасвим одређен став по питању коју норму треба применити на природне обавезе (стр. 591).

Ми смо спремни да признамо предност другом од изложених схватања. У прилог тог гледишта наводимо разлоге које смо изнели напред, посматрајући туживост на плану поделе законодавних компетенција у федеративно уређеној држави. Примена *lex fori* у овом питању значи потпуно одвајање туживости од субјективног права, што нам се чини неоправданим. Прописујући претпоставке за настанак једног потраживања, закон не препушта правном поретку друге земље питање да ли то право може уживати заштиту пред њеним судовима. Зар су странке, закључујући правни посао по једном закону по коме се раба потпуна обавеза, желеле да се ова сматра за несавршену ако је као такву предвиђа закон земље суда? Нашем правном осећању одговара став да се питање туживости уређује материјалноправним поретком којим је регулисан извор облигација. Отуда мислимо да се питање способности субјективног права за правну заштиту треба да просуђује по *lex causae*. И у парници у којој долази до примене колизиона норма, смисао процесноправног схватања, како смо га напред изложили, састоји се само у томе што ће југословенски суд одбацити, као недопуштену, једну тужбу за заштиту потраживања нетуживо по закону меродавном за правни посао ⁽⁶⁰⁾.

Међутим, примена *lex causae* треба да трпи значајна одступања у корист супротног принципа. Наиме, по неким писцима, противно је домаћем праву да суд, примењујући страну одредбу, узме као туживу једну обавезу која по његовом националном закону није судски заштићена из разлога јавног поретка ⁽⁶¹⁾. Додајемо са своје стране да би суд, заступајући доследно исти став, морао одбити примену страног права по тужби за осуду на испуњење једне обавезе која је по страном праву непотпуна, а по домаћем ништава.

Став предратног југословенског законодавца био је по предњем питању јасан: Недостатак туживости који је налазио свој основ у обзирима јавног поретка, представљао је сметњу за дозволу извршења ⁽⁶²⁾. Из овог правила проистицало је да страни закон, утолико пре, није смео ни у парници да буде примењен на обавезу којој је домаће право ускраћивало судску заштиту из разлога јавног поретка. У литератури се као примери наводе потраживања из игре, опкладе и диференцијалног посла ⁽⁶³⁾.

Одговарајуће одредбе нашег данашњег права мање су јасне. У ставу 1, члана 20. Уводног закона за Закон о парничном поступку речено је просто да ће се одлуке страних судова извршити ако су испуњени услови прописани и за признање одлуке страног суда у статусној ствари (чл. 17. и 18). Као један од негативних услова, предвиђено је у члану 18, став 1.

⁽⁶⁰⁾ У изложеном смислу, *Schnorr v. Carolsfeld*, стр. 250.

⁽⁶¹⁾ За немачко право тако сматра *Nussbaum*, имајући у виду обавезу из једног берзанског посла, која је по страном праву тужива, али по немачким појмовима нема то својство пошто је треба окарактерисати као диференцијални посао или игру на срећу (стр. 279). Слично и *Kuhlenbeck* (стр. 149). *Riezler* означава то гледиште као владајуће у немачком праву (стр. 126).

⁽⁶²⁾ У § 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, од 9. 7. 1930, била је садржана следећа одредаба: „Иако постоје претпоставке поменуте у §§ 3. и 4. неће се дозволити извршење или која извршна радња у овим случајевима: . . . 4) ако би се извршењем или извршном радњом имао признати такав правни однос или остварити такав захтев, којем у нашој држави по њеним законима из обзира јавног поретка или морала није призната ваљаност или туживост.“

⁽⁶³⁾ *Матијевић—Чулиновић*, стр. 808; *Neumann—Lichtblau*, стр. 328.

истог закона да признање одлуке није противно јавном поретку Југославије. У важећем закону се, дакле, не говори о недостатку туживости. Па ипак, спремни смо да цитираној одредби дамо онај смисао који је изражен кроз одговарајуће правило старог права. Ако се једном прихвати принцип да се на питање туживости примењује *lex causae*, онда ово правило треба да трпи одступање само у случајевима у којима то налаже јавни поредак земље суда. У таквим случајевима долази до примене *lex fori*. Страни закон се, према томе, не може применити на обавезу која је по југословенском праву непотпуна, а тај њен недостатак има своје правнополитичко оправдање у разлогу југословенског јавног поретка (игра, опклада, диференцијални посао). Исто то би важило и за обавезу која је по страном праву непотпуна, а по југословенском ништава, као у предњем примеру са уговарањем награде за посредовање у браку. Напротив, кад објашњење нетуживости по домаћем праву не треба видети у заштити јавног поретка (усмено обећање поклона, застарело потраживање, вишак преко износа утврђеног принудним поравнањем), онда долази до примене *lex causae*.

Др Боровоје Познић

РЕЗЮМЕ

Допустимостъ требованія в исковом порядке субъективнаго права

В статье автор разбирает проблему правовой природы допустимости требования в исковом порядке субъективного права, под которой следует подразумевать способность данного права быть предметом защиты от нарушения. В данном вопросе возможны две точки зрения. По одной, допустимость требования в исковом порядке является материально-правовым понятием и как таковое входит в круг правомочий, составляющих субъективное право. По другой точке зрения, речь идет о процессуально-правовом понятии. Данная проблема является не только теоретической, но имеет также и практическое отражение в позитивном югославском праве. Если допустимость требования будем рассматривать как материально-правовое понятие, в таком случае суд, разбирающий ходатайство о защите обязательства, неподлежащего судебному разбирательству (природная облигация) выносит решение, другими словами — решает о самом субъективном праве. В противоположность этому, процессуально-правовая точка зрения означает, что допустимость требования имеет природу процессуально-правовой предпосылки и суд присуждает своим решением, отказывая в рассмотрении искового заявления, несоответствующего требованиям закона, т.е. поступает так, как поступил бы и в остальных случаях, когда сталкивается с отсутствием закона, предусматривающего вопрос, подлежащий разрешению, например, в случаях если заявление не подлежит рассмотрению в судебных органах, если не существует повода к предъявлению иска и т.д.

Автор допускает возможность, что обе точки зрения можно отстаивать, но в своих выводах он все же высказывается за процессуально-правовую точку зрения. Главный его аргумент — право на предъявление иска (action) является правомочием публично-правового характера, не входящим в состав субъективного права, а получающим свое выражение в правоотношениях истца к суду.

В статье подвергается рассмотрению и вопрос может ли носитель субъективного права по договору отказаться от обращения в суд. Автор

констатирует, что в теории и судебной практике капиталистических стран превадирует мнение, что подобный договор допустим. Автор излагает ряд аргументов, приводимых в науке в защиту данной точки зрения. Сам же он противоположного мнения. Ввиду того, что предоставление права обращения за судебной защитой представляет собой правомочие публично-правового характера, то и субъект права не может располагать им по своему усмотрению, подобно тому, как не может располагать ни другими, такими же как это, правомочиями. Ввиду того, что в законе нет положений, которые бы полностью подкрепили подобную точку зрения, автор воздвигает в качестве аргумента и соображения правовой политики, отвечающие социалистическому общественному строю.

SUMMARY

Prosecution in Subjective Law

The author treats the problem of the legal nature of prosecution in the matter of subjective law. The term prosecution should be understood here as an institute whose attribute is the right to legal protection. Two approaches are possible in this matter. Under one prosecution is a material legal notion and as such it makes part of the powers of which the subjective law consists. The other approach has that it is a notion of the law adjective. The problem is not theoretical only, but it has practical repercussions in the Yugoslav positive law. If the right to prosecution is taken as material, legal notion, the law-court in a suit demanding protection of an obligation which cannot be the matter of prosecution (natural obligation) adjudges and this means that it makes judgement on the grounds of subjective law. Contrary to this, the notion of the law adjective that prosecution is in nature a supposition of the law adjective, and that the law-court would adjudge by rejecting the accusation on the grounds of its not being permissible, i.e. it would proceed as in other cases in which it states that there is an unavoidable impediment, such as for instance incompetence of judicature in general, lack of legal interest for the prosecuting party, etc.

The author allows that both arguments could be defended, but concludes that he is in favour of the concept of the law adjective. His chief argument is that action is a power of public law and it does not come in the subjective law, but is manifested in the relation of the prosecuting party to the law-court.

The article also treats the problem whether the exponent of the subjective law can give up by contract the right to prosecute. The author points out that in theory and judicial practice of the capitalistic countries the standpoint prevails that such a contract is permissible. He comments many arguments in favour of this standpoint put forward in science. His conclusion is contrary. Since authorization to request judicial protection represents a public law authorization then the legal subject cannot dispose with it the same as it cannot dispose with other authorizations of the same kind. For lack of a legal text that would give a firm support to this approach, the author also finds arguments in the reasons of the juristic policy suitable to the socialist system.

RÉSUMÉ

Action en justice relative au droit subjectif

Dans son article l'auteur traite le problème de la nature juridique de l'action en justice relative au droit subjectif. Sous cette notion il faut comprendre la qualité spécifique de ce droit d'être l'objet de la protection juridique. En ce qui concerne cette question il est possible d'adopter deux attitudes.

des. Selon l'une l'action introduite en justice est une notion matérielle juridique, et comme telle elle fait partie d'un ensemble de pouvoirs qui constituent le droit subjectif. Selon l'autre concept on il s'agit d'une notion de procédure juridique. Le problème n'est pas seulement d'ordre théorique, mais il a aussi des répercussions pratiques dans le droit positif yougoslave. Si l'action en justice est conçue comme une notion matérielle juridique, le tribunal dans le procès intenté aux fins de la protection d'une obligation qui ne peut être actionnée (obligation naturelle) statue par un jugement, ce qui veut dire qu'il statue sur un droit subjectif. Par contre, la conception de procédure juridique signifie que l'action en justice a la nature d'une hypothèse de droit de procédure, de sorte que le tribunal statuerait par une décision par laquelle il rejeterait la demande comme inadmissible, donc il agirait comme dans les autres cas dans lesquels il constate l'existence d'un obstacle qu'on ne peut pas écarter, comme par exemple l'incompétence de la justice en général, le manque de l'intérêt juridique pour introduire l'action etc.

L'auteur admet la possibilité de défendre les deux attitudes, mais dans la conclusion il se détermine quand même en faveur de la conception de conception de procédure juridique. Son argument principal est que le droit à l'action est un pouvoir juridique qui ne forme pas partie intégrante du droit subjectif, mais qui se manifeste dans le rapport du demandeur envers le tribunal.

Dans l'article est traitée de même une autre question, à savoir si le titulaire du droit subjectif peut renoncer par contrat à intenter une action en justice. L'auteur attire l'attention sur le fait que dans la théorie ainsi que dans la pratique des pays capitalistes prédomine l'opinion qu'un tel contrat peut être conclu. L'auteur a signalé une série d'arguments qui sont exposés dans la littérature scientifique en faveur d'une telle attitude. Dans sa conclusion il soutient l'opinion contraire. Vu que le pouvoir de demander la protection judiciaire représente un pouvoir de droit public, il s'ensuit que le sujet juridique ne peut en disposer justement de telle sorte, de même qu'il ne peut pas disposer des autres pouvoirs d'une telle nature. A défaut de textes de loi qui représentent un appui solide pour une telle attitude, l'auteur trouve des arguments aussi dans les motifs de la politique juridique qui correspondent à l'organisation sociale socialiste.