

БЕЛЕШКЕ УЗ ЗБИРКУ СУДСКИХ ОДЛУКА ЗА 1968. И 1969. ГОДИНУ

1. *Пресуда због изостанка.* — Наши судови нису наклоњени мери торном одлучивању према туженом који се држи пасивно. Један од начина на који они ублажавају строгост члана 321. ЗПП-а састоји се у крајње широкој примени одредбе по којој се пресуда због изостанка може донети само ако тужени није поднеском оспорио тужбени захтев (ст. 1, тач. 3). Свака његова делатност узима се као изражај његове спремности да води спор, другим речима, као оспоравање тужбачеве претензије. Ово схватање заступљено је у судској пракси од првог дана примене ЗПП-а ⁽¹⁾. Одлу кама које изражавају тај став треба додати још једну: поднесак којим пуномоћник тужене стране пре одржавања припремног рочишта обаве штава суд да је именован заступником и да му се упути позив за рас правно рочиште, има значење оспоравања тужбеног захтева, па се у так вом случају не може донети пресуда због изостанка (Реш ВС БиХ, Гж 183/69) од 23. 3. 1969, ЗО 1969-2-170).

Мислимо да је изложена пракса правилна. Наведене радње туженог не могу се разумети друкчије него као конклюдентно испољавање његове воље да се брани. Гледиште да такав смисао може имати само онај под несак којим се захтев оспорава изрично, било би крајње формалистичко. Но, предњем ставу има места само од тренутка кад је парница заснована. Непризнавање обавезе пре парнице, чак и кад је службено констатовано, не може се узети као оспоравање тужбеног захтева. Зато је тачно схватање Врховног војног суда, да се не може уважити жалба туженог заснована на разлогу да његов приговор против решења старешине о накнади штете и његово тражење да о накнади одлучи војни суд (чл. 254. ЗЈНА) — имају карактер оспоравања, те да је контумациона пресуда недопуштена (Пр II Г 26/68 од 16. 4. 1968, ЗО 1968-2-259). Аргумент туженог је неприхватљив, јер би се онда таква пресуда могла побијати и у другим случајевима у којима је туженик још пре парнице ставио на несумњив начин тужнопу до знања да не признаје обавезу.

Ненаклоњеност судова према пресуди због изостанка види се и из тумачења одредбе по којој се одлука може донети само ако основаност тужбеног захтева произлази из чињеница наведених у тужби (чл. 321, ст. 1, тач. 4. ЗПП-а). У свом решењу Гж 1048/68 од 22. 5. 1968. ВС Хрватске каже: ...,у конкретној одштетној парници из чињеница наведених у тужби (превртну се камион у којем се налазио тужитељ; камион је пре возио раднике туженог подuzeћа са радног мјеста, па и тужитеља који је

(1) Тако, на пример, нема места пресуди због изостанка: ако је тужени свој одговор на тужбу ограничио на приговор ненадлежности (Реш. ВС НР Срб., Гз 226/56, од 22. 11. 1956, ЗО 1956—3—743); ако је телеграмом тражио одлагање рочишта (ВС АПВ, Рзв. 119/59, Гласник АК АПВ 1960/4); Врховни војни суд узима у својој пракси да сваки одговор на тужбу који не садржи признање тужбеног захтева представља његово оспоравање (Реш. II Г 110/67, од 18. 11. 1967, ЗО 1967—3—361). Супротно наведеним одлукама, Врховни привредни суд узима да поднесак којим тужени предлаже одлагање расправе не представља сам по себи и оспоравање тужбеног захтева (Сл. 311/66, од 11. 3. 1966, Привредноправни приручник 1966/7).

такођер био радник код туженог; тужитељ је тјелесно повријеђен и одведен у болницу и др.) произлази само то да тужитељ основано може тражити од туженог накнаду штете, односно да основано може против њега подићи тужбу за накнаду штете, али не произлази и основаност самог конкретно постављеног тужбеног захтјева да му тужени плати 30.267 н. динара. Из ниједне од чињеница наведених у тужби не произлази основаност нпр. захтјева за уплату болнине у висини од 20.000 н. динара. То исто вриједи и за друге у тужби наведене одштетне ставке, чија се висина може утврдити само путем вјештака или признањем тужбеног захтјева од стране туженог. Овлашћење за доношење пресуде због изостанка темељи се на претпоставци да тужени својим изостанком признаје чињенице којима се у тужби оправдава тужбени захтјев, а не на претпоставци да он признаје сам тужбени захтјев”....

Из наведеног образложења проистиче да се по тужби за накнаду штете пресуда због изостанка може донети ако из чињеница наведених у тужби проистиче не само да је тужбени захтев основан у основи, већ да је оправдан и у количини — што је речено и у наслову под којим је одлука у Збирци објављена (30 1968-3-280).

Поводом предње одлуке треба приметити да судови скрупулозно пазе на услов да тужба буде конклудентна. Тај став се изражава у читавом низу одлука ⁽²⁾. Посебно треба поменути оне у којима се истиче да пресуди због изостанка нема места ако у тужби нису наведене чињенице из којих се види да је оштетни захтев оправдан у висини означеној у тужбеном предлогу. При томе се има нарочито у виду неимовинска штета, или нека друга чија се висина утврђује слободном оценом, по чл. 212. ЗПП-а ⁽³⁾. Таква пракса је оправдана ако се има у виду да је у ЗПП-у прихваћена строга контумациона пресуда, која се не може отклонити обичним, необразложеним противљењем као у француском и немачком праву (*opposition, Einspruch*).

Да би се предњи услов у погледу висине тачно разумео, треба спроводити разлику између тужиоцевих чињеничних тврдњи и његовог силогистичког закључивања. Кад тужилац, на пример, наводи да му за испоручену робу није плаћена цена, утврђена уговором у једном одређеном износу, онда су то његове тврдње које суд не проверава. А кад он предлаже да суд осуди туженог да му тај износ плати, онда у том предлогу треба видети његов субсумпциони закључак, који се јавља као резултат његове сопствене силогистичке операције и који за суд није обавезан. У овом примеру тужбени захтев треба да констумационом пресудом буде усвојен, јер из чињеница тужбе проистиче одиста да тужени дугује износ тужбеног захтева. Међутим, нису сви случајеви тако прости. Савсвим је могућно да се из тужиоцевог излагања не намеће онај закључак о коме он тражи одлуку. Тако, на пример, суд мора за доњи став свог силогизма да узме тврдњу да је тужилац за оправку ствари, оштећене од стране туженог, платио износ наведен у тужби. Али за суд није обавезан тужиоцев закључак да му је тужени дужан платити тај исти износ. Јер сасвим је могућно да овај знатно прелази оно што се за такву оправку обично плаћа, дакле оно што је тужени дужан да тужиоцу накнади. Усвојити увек такав захтев у предложеној висини пресудом због изостанка, значило би некритички преузети тужиоцев силогизам, а то није смисао одлучивања пресудом због изостанка. Да би суд удовољио тражењу, он мора да има пред собом још једну чињеницу, а то је уобичајена цена оправке. У том циљу, он ће зака-

(2) Види нарочито: ВС НР БиХ, Реш Гзз 140/56, од 19. 11. 1956, 30 1956—3—740; СВС, Рев 1009/58, од 28. 3. 1959, 30 1959—1—61; ВС АПВ, бр. Гж 973/58, Гласник АК АПВ 1958/8; ВС Срб., Одељ. НС, бр. Гж 1454/63, Гласник АК АПВ 1964/9; ВС АПВ, бр. Гж 87/63, Гласник АК АПВ 1963/8; ВС АПВ, бр. Гж 380/69, Гласник АК АПВ 1969/11.

(3) Види: ВС Срб., Одељ. Пришт., Гж 5/66, Билт. ВС Срб. бр. 8; ВС Срб., Одељ. НС, бр. Гж 1485/66, Гласник АК АПВ 1967/2; ВС АПВ, бр. Гж 1026/62, Гласник АК АПВ 1962/11; ВС Срб., Одељ. НС, бр. Гж 1948/65, Гласник АК АПВ 1966/4.

зати даље рочиште. (Дискусију заслужује питање да ли би у овом примеру било места контумационом одлучивању да је тужилац навео, са потребним појединоштима, чињеницу да је више радних организација (или занатских радњи) по његовом тражењу показало спремност да изведе оправку по цени која није мања од плаћене. Ми бисмо били за потврдан одговор, јер и то је једна чињенична тврдња тужиочева.) Исти начин резонувања намеће се и у парници по тужби за осуду на плаћање износа који суд одмерава својом оценом (чл. 212. ЗПП-а), посебно износа на име задовољења за неимовинску штету. Не бисмо се сложили са мишљењем да се у таквим парницама никад не може одлучити пресудом због изостанка (3а). Износ на који осуђује туженог, суд одмерава пошто брижљиво оцени све значајне околности — како се то у одлукама наглашава (4). Ако су све те околности наведене у тужби, онда не видимо сметње да их суд оцени и да висину обавезе утврди пресудом због изостанка. Избегавање судова да тако пресуде може се протумачити правним осећањем које се буни против мериторног одлучивања на подлози финтираног признања тужбених чињеница. Пресуда због изостанка може се, по нашем мишљењу, донети и у спору о законском издржавању ако су у тужби садржане све околности потребне за одмерење износа издржавања. Ипак, у корист детета таква пресуда не би могла бити донесена, пошто је суд дужан да, пазећи на његове интересе, проверава чињенице од којих зависи висина издржавања.

Из оног што смо рекли проистиче да је могућна пресуда због изостанка којом се досуђује мање од предложеног износа (5). За преостали део суд треба да донесе пресуду којом се тужбени захтев одбија.

Што се тиче могућности побијања пресуде због изостанка којом је износ потраживања одмерен по чл. 212. ЗПП-а, треба разликовати околности које је суд узео за основ своје оцено, и саму ту оцену. Околности су чињенични елемент, који не може бити нападнут пошто се ради о контумационој пресуди. Супротно томе, оцена висине потраживања ствар је схватања суда о томе колико потраживање, према околностима датог случаја, треба да износи. Тим схватањем суд у својој одлуци изражава један стандард средине у којој врши функцију. Зато и питање да ли је висина износа добро одмерена није чињенично, него правно, те може бити покренуто жалбом против пресуде због изостанка (чл. 342, ст. 2. ЗПП-а) (6).

2. *Судско поравнање*. — Последњих година пракса врховних судова опште надлежности чврсто стоји на становишту да се судско поравнање, као и вансудско, може побијати само тужбом у парници, а не предлогом за понављање поступка. Једна одлука којом се изражава такво схватање објављена је у другој свесци Збирке за 1969, под бр. 163 (Реш ВС БиХ, Гж 1968/67 од 18. 12. 1969). Своје разлоге против овог гледишта изнели смо

(3а) Воргић у свом чланку *Пресуда због изостанка и новчана накнада неимовинске штете*, Гласник АК АПВ 1970/12, наводи одлуке ВС Војводине бр. Гж 1026/62. и Гж 1968/45. у којима је заступљен став да се пресуда због изостанка не може донети у спору око накнаде неимовинске штете (стр. 23).

(4) Види став утврђен на саветовању судија грађанског одељења ВСЈ и представника грађанских одсеља републичких и покрајинских врховних судова, које је одржано у дана 12. и 13. 2. 1970 (Наша законитост, бр. 1970/4). Види, исто тако: СВС, Рев 1964 од 23. 9 1960, (Билт. СВС, бр. 4); ВСЈ, Рев 89/68, од 23. 5. 1968 (Правни живот, 1968/4—5).

(5) Тако *Fasching* за аустријско право, позивајући се на праксу Врховног суда у парницама за накнаду на име болнине, унакажености или за накнаду друге штете која се плаћа у виду ренте. Исти писац наводи и једну одлуку Врховног суда из 1901, којом је „одмерен“ предложени износ обавезе издржавања детета (*Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, II Band, 1966, S. 622).

(6) Исто за аустријско право, *Fasching*, наведено дело. У југословенској пракси и наци владајуће је супротно становиште. Види ближе Познић, Грађ. проц. право, стр. 306. и 307. Као најновији рад у коме се заступа становиште о чињеничној природи судске оцено, види Воргић, наведено дело, стр. 25. и след.

раније (⁷). На овом месту хтели бисмо да додамо још и следеће: прво, у погледу начина побијања, за процесно поравнање треба да важи исто што и за одрицање од тужбеног захтева, јер оба имају исто дејство. ВС БиХ је у томе доследан утолико што узима да се одрицање не може напасти предлогом за понављање поступка (⁸). Друго, основни аргумент за стано-виште врховних судова био би у томе што се судско поравнање закључује исто као и вансудско, дакле сагласношћу воља. Другим речима, то поравнање има исту (материјалну) правну природу као и вансудско. Ни овај аргумент није лако прихватити. Јер, ако би се судско поравнање по својој природи свело на уговор, онда би странкама стајало на вољу да тако закључено поравнање (као и вансудско) споразумно раскину, те би настало стање као да оно није ни закључено. Доследно томе, ништа не би стајало на путу да се после тога парница окончана на тај начин настави са тачке на којој је била завршена. Међутим, тако нешто противило би се изричној законској одредби чл. 312. ЗПП-а, да се парница у којој је закључено судско поравнање окончава једном за увек. Изгледа да ову консеквенцу — да отклањањем поравнања оживљава парница која је њиме настала — судска пракса не извлачи ни из свог става, по коме се поравнање отклања пресудом у редовној парници. Та консеквенца је неминовна, пошто парница поводом поравнања може довести само до тога да оно буде поништено, тако да отпада акт којим је ранија парница приведена крају. Нема, дакле, сметњи да се она настави. Не треба изгубити из вида да је тако и у поступку по предлогу за понављање: кад пресуда буде решењем по том предлогу укинута, прелази се у следећи стадијум — *judicium rescissorium*, у коме се поново расправља о предмету спора. Али, ако се ово схватање прихвата, онда се побијање судског поравнања предлогом за понављање показује као целисходнији пут него редовна парница. Треће, владајућим схватањем се странка која побија процесно поравнање ставља у повољнији положај од оне која побија пресуду на основу признања или због изостанка, издејствовану на недопуштен начин. Ако је таква једна пресуда донесена и постала правноснажна под утицајем претње, она се може предлогом за понављање успешно напасти тек пошто кривичном пресудом буде правноснажно утврђено постојање кривичног дела којим је претња учињена. Супротно томе, ако је исто такво дело довело до процесног поравнања, странка може ово да у парници обори и без претходне кривичне пресуде. Да ли је то разликовање оправдано?

3. *Одрицање од тужбеног захтева.* — ВС БиХ заступа становиште да се одрицање од тужбеног захтева не може побијати предлогом за понављање поступка (Реш Гж 1266/67, од 8. 1. 1969, 30 1969-2-173. Супротан став заузима Врховни привредни суд (Реш Сл 287/59, од 13. 4. 1959, 30 1953-1-196). Овај други став треба узети као исправан. Пошто је у питању ситуација која је у свему једнака са ситуацијом у којој постоји пресуда, тешко је прихватити ма коју другу солупију осим понављања поступка. Но, ако се усвоји гледиште ВС БиХ, поставља се питање на који се начин онда може помоћи тужиоцу? Изгледа да овај суд сматра да је одрицање, као и процесно поравнање, једна материјалноправна изјава, те да би је требало, као и поравнање, побијати тужбом у парници. Овај аргумент би овде могао да убеди још мање него у случају судског поравнања. Јер, док ово личи на вансудско (материјалноправно), дотле је просто немогуће узети да се суштина одрицања од тужбеног захтева своди на изјаву о отпуста дуга. Та изјава претпоставља тражбени однос, а о таквом односу није реч у свакој парници. С друге стране, одрицање од тужбеног захтева је могућно у сваком судском спору. Не желимо да на овом месту понављамо

(7) Побијање судског поравнања у пракси врховних судова, *Анали* 1964/2—3. Види на истој месту податке о судској пракси. У смислу владајућег става, објављене су и одлуке ВСЈ, *ПР Гж* 40/66, од 24. 6. 1966, 30 1966—2—103, као и одлука ВСМ (без ближих података, *Чаша* законитост 1968/2).

(8) Види излагања у следећој тачки.

остале разлоге у прилог чисте процесноправне природе одрицања, који су са успехом одавно изнесени у науци ⁽⁹⁾.

Даље, као средство да се отклони одрицање, долази у обзир жалба. Ту могућност прихвата, за случај недостатка у изјави воље, ВС Србије, Одељ. у Новом Саду (Гж 1357/64), објављ. у Гласнику АК АПВ 1965/4). Ово схватање претпоставља да поводом одрицања увек треба донети решење којим суд просто констатује да је парница на овај начин престала да тече. Да ли такво решење одиста треба донети? Ми бисмо се с тим сагласили, пошто без те одлуке странка не би могла да се бори у случају у коме жели да истакне да одрицање није предузето. (Она може да тврди да њена изјава, садржана у поднеску, нема смисао одрицања, него повлачења тужбе.) Према томе, и кад тужени не истакне захтев за накнаду парничних трошкова, треба донети решење којим ће суд просто утврдити да је парница окончана одрицањем. Што се тиче побијања изјаве о одрицању жалбом, ми се ни с том могућношћу не бисмо сложили. Јер и одрицањем које има у себи недостатак у изјави воље, парница је окончана са дејством правноснажног пресуђења, управо онако као што је окончана правноснажном пресудом против које стоје разлози понављања. (Одрицање замењује пресуду.) Доследно томе, жалбом би се одрицање могло побијати само из разлога да одрицање није предузето, те да ни констатација суда није правилна. Ако је, пак, предузето, онда је оно изазвало престанак парнице и може се побијати као и пресуда.

4. *Ко треба да буде тужен за утврђење постојања брака после смрти брачног друга?* — Једним својим решењем ВС БиХ заузео је став да у спору ради утврђења постојања брака умрли брачни друг не може бити тужена странка (Гж 1066/67 од 14. 2. 1968, ЗО 1968-1-63). Поводом овог става — који је по нашем мишљењу ван дискусије — поставља се питање ко онда треба да буде тужен. (Ваља приметити да тужба за утврђење постојања брака није у Закону изрично предвиђена, али се могућност њеног подношења мора прихватити пошто се, по устаљеном становишту праксе, о брачном и породичном статусу не може инцидентно решавати.) Из поменутог Закона не види се ни ко треба да буде тужен за поништај брака који је престао (чл. 44). Занимљиво је да пасивна легитимација није прописана ни за спорове о очинству (чл. 24. и 28—31. ОЗОРД). На постављено питање, цитирана одлука даје одговор да тужени могу бити: 1) наследници умрлог брачног друга, или 2) заинтересовано лице које оспорава брак, или 3) старалац који ће од стране органа старатељства бити постављен „да у спору наступа као тужена странка у интересу заштите свих заинтересованих.“ Неке раније одлуке заузимају нешто друкчији став. Тако, по једној, „тужбу треба поднети против оних којима је стало до тога да се то статусно питање реши“ ⁽¹⁰⁾. ВС ОПВ мишљења је да тужба за установење постојања брака има карактер статусне тужбе, те мора бити уперена против свих наследника покојног брачног друга (Гж 1143/1960, Гласник АК АПВ бр. 1961/9). ВС Србије у једној својој одлуци каже да се тужба за утврђење да је између тужиње и њеног покојног мужа био закључен брак, може поднети против законских наследника умрлог брачног друга, а уколико ових нема, онда против одређеног староца (Гж 337/66, Билт. ВС Срб. бр. 9).

Далеко најчешће, до спора долази у оставинском поступку у коме суд упућује лице које тврди да је брачни друг оставиоца, на парницу против осталих наследника који му то својство оспоравају. Тужба треба да обухвати све те наследнике. Разлог не лежи у томе што је пресуда по овој тужби декларативна, те као таква не би дејствовала према оним наследницима који нису обухваћени. Пресуде у спору брачног и породичног статуса

(9) Види: Juhart, Civ. proc. pravo, 1961, str. 404. i 516; Triva, Građ. proc. pravo, 1965, str. 346. i 602; Poznić, Građ. proc. pravo, 1970, str. 154. i 321. За немачко право, види Lent, Zivilprozessrecht, 1957, S. 129. i 130.

(10) Одлуку је, без ближег означавања, пренео из часописа Наша законитост 1954/6—7 Јухарт у прегледу судске праксе уз члан 308. ЗПП-а (Zakon o pravednem postupku, s pojašnili, 1963, str. 443).

дејствују егга omnes и кад у тај статус не уносе промену ⁽¹¹⁾. Сви наследници који у оставинском поступку оспоравају постојање брака треба да буду тужбом обухваћени зато што се онима који би остали по страни не може наметнути исход спора на који они нису утицали. Мислимо да исти став треба заузети и за парницу у којој се постојање брака утврђује према наследницима и ван оставинског поступка. Ако других наследника нема, својство брачног друга се доказује пресудом у парници против посебног стараоца. Но, могућно је замислити случај да је постојање брака оспорено у неком другом, а не наследноправном односу. У таквом случају тужба опет треба да буде управљена против оног ко оспорава својство брачног друга лицу које у том односу истиче своје право. Могућно је и то, да треба поднети доказ о постојању брака са умрлим лицем да би се издејствовало право на пензију. Из одредбе чл. 145—147. ЗУП-а проистиче да, у недостатку одговарајућег доказа, брачни друг који поставља захтев за породичну пензију треба да покрене парницу за утврђење да је био у браку са умрлим лицем од кога изводи своје право. Ко треба да буде тужен? Мислимо да та улога не припада заводу за социјално осигурање. Строго узев, завод не тврди да брак није постојао. Он, просто, тражи доказ. Уместо завода, тужба треба да буде поднесена против посебног стараоца. Према томе, наведена одлука ВС БиХ је тачна, с тим да три могућности о којима се у њој говори, нису постављене алтернативно (по избору тужиоца) него се свака односи на одређену ситуацију.

Нарочито је значајно то да судска пракса узима да је тужени стара-лац странка (тзв. странка по дужности). Мисао да се у тој процесној улози може појавити субјект који није заинтересован у спорном односу, била је после рата страна једном делу праксе, па и законодавству. Тако, на пример, привремени старалац заоставштине води парницу у име непознатих наследника, дакле као њихов законски заступник (чл. 134. ЗН). Како може непознато лице да буде странка у поступку! У ствари, странка треба да буде старалац. И ту је у питању један случај права на вођење спора без стварне легитимације. У нашем послератном праву, овлашћење на побијање правних радњи стечајног дужника има и сам стечајни дужник (!); тужбу за утврђење оспореног потраживања поверилац подноси против стечајног дужника; (види чл. 95. и 107. ЗППС); судска пракса узима да је стечајни дужник тужилац у парници коју покрене или наставља у току стечајног поступка. По Стечајном закону од 1929, својство странке у парници која се у целини или делимично односи на стечајну масу, има стечајни управитељ (§§ 6, 7, 36, 87).

5. *Повлачење предлога за развод брака.* — Врховни суд Србије, Одељење у Новом Саду, стало је својим решењем Гж 1241/67, од 26. 1. 1968, на становиште да суд не може обуставити поступак чим један брачни друг у току бракоразводног спора, покренутог споразумним предлогом у смислу чл. 399. ЗПП-а, одустане од тог предлога. Поводом такве парничне радње обустава је могућна тек пошто и други брачни друг одустане од предлога. Ако нема одустанка другог брачног друга, ранији заједнички предлог странка има се третирати као његова тужба за развод брака. (Види 30 1968-1-68.) Ово гледиште налази оправдање у својој практичној страни. Теоријски, процесну фигуру споразумног предлога није лако конструисати. Преовлађује схватање да је реч о две узайамне тужбе, од којих је свака истовремено и противтужба. Према томе, ако једна буде повучена, остаје друга ⁽¹²⁾. Овакво схватање треба у извесној мери приписати и томе што

(11) Ово гледиште није у југословенској науци уопште усвојено. Види Poznić, Грађ. прос. право, 1970, стр. 360.

(12) У науци, у том смислу изјашњава се изрично Јuhart, Civ. прос. право, стр. 549. и 550. Као Узajамно тражење развода, споразумни предлог је схваћен и у пресуди ВСМ Гж 129/66 од 30. 8. 1966. (Билт. ВСМ, бр. 22). Консеквентно спровођење изложене конструкције видимо и у решењу ВС НР Сл., од 21. 2. 1964, којим се потврђује одлука Окp. суда у Љуб-

се одредбе о поступању по споразумном предлогу налазе у ЗПП-у, дакле у пропису којим се уређује поступак покренут тужбом. Уосталом, друкчија конструкција није могућна ако се узме да се поступак наставља са класичном поделом улога међу странкама. Онај ко не прихвата схватање о узајамним тужбама, а залаже се за наставак поступка после једностраног одустања, тешко може да објасни како се други супружник од предлагача преображава у тужиоца. Изложеном становишту — иако би било неоправдано узети га као нетачно — могу се упутити извесне замерке. Прво, конструкција да се споразумни предлог своди на две узајамне тужбе показује се као артифицијелна. Узети да су се супружници споразумели да један другог туже и да своје тужбе истовремено изнесу једним поднеском, значи приписивати им нешто што њихова воља стварно није. Јер, споразумним предлогом они не траже заштиту права један према другоме, као у случају тужбе и противтужбе. Управо зато нам се не чини прихватљивим да се уз споразумни предлог стави и предлог за проглашење кривице ⁽¹³⁾. Друго, са наведеним схватањем долази се у тешкоћу по питању одустања од предлога после доношења првостепене пресуде. У поменутој одлуци ВС Словеније стоји се на становишту да је после тог тренутка могућно само споразумно (обострано) повлачење, са дејством да се поступак окончава. Овај став није у складу са схватањем да се заједнички предлог састоји од узајамних тужби. Наиме, у тој конструкцији нормално је очекивати примену одредбе да је повлачење бракоразводне тужбе могућно и после закључења главне расправе, али са пристанком друге стране (чл. 410, ст. 1. ЗПП-а). Примена тог правила довела би до тога да странка која је пристала на одустанак друге странке остаје при својој тужби, те би пресуда којом је изречен развод постала правноснажна. Ова се консеквенца, међутим, не жели, пошто се не може узети да је странци која одустаје свеједно што ће брак бити разведен по тражењу друге странке. Одустанак једног супружника мотивисан је жељом да развод буде осујећен. ВС Словеније је управо о томе водио рачуна кад је заузео став да је после закључења главне расправе допуштен само обострани одустанак. На друкчијем становишту стоји ВС Србије, Одељ. У Новом Саду, у својој одлуци Гж 628/66 (Гласник АК АПВ 1966/8). У једном бракоразводном спору првостепени суд је одбацио, као недопуштену, изјаву о повлачењу предлога, коју је једна странка поднела у току рока за изјаву жалбе против пресуде којом је брак разведен. Врховни суд је укинуо то решење првостепеног суда, сматрајући за погрешно мишљење да је у наведеној ситуацији могућно само обострано повлачење. Истовремено, он је укинуо и пресуду и вратио правну ствар првостепеном суду на поновно расправљање и доношење нове (мериторне) одлуке. У закључку свог образложења, Врховни суд је рекао да се пресуда о разводу брака, донесена по заједничком предлогу брачних другова, не може одржати ако један од њих свој предлог повуче. Утолико је став Врховног суда јасан. Нејасно је то што се у образложењу каже да повлачењем предлога једне странке друга не постаје самим тим тужилац. Ако се пресуда укида и правна ствар враћа на поновно одлучивање, онда се, по нашем мишљењу, то може разумети само тако да у том даљем поступку улогу тужиоца има она странка која при свом предлогу остаје.

По једном схватању, једнострани одустанак могућан је и после закључења главне расправе. Само, требало би да супруг који је одустао, одмах изјави жалбу против пресуде, јер би у противном она ускоро постала правноснажна, па би тако произвела конститутивни učinak разарања брачног односа, који се више не да отклонити ⁽¹⁴⁾. На ово се може приме-

љани, П 1415/63, од 21. 12. 1963. (Правник 1964/10—12). Исто схватање заступа и СВС у својој одлуци Р 1816/56, од 9. 11. 1956. (ЗО 1956—3—727). Трива узима да је прикладније становиште по коме брачни друг који није одустао од предлога преузима улогу тужиоца (наведено дело, стр. 622).

(13) Супротно Трива, наведено дело, стр. 629.

(14) Тако Трива, наведено дело, стр. 622.

тити да подношење жалбе овде значи примену једне установе за остварење циља коме она није намењена. Сасвим је могућно да странка која жели да одустане, сматра пресуду за тачну. Осим тога, питање је да ли суд треба да се упусти у испитивање жалбе, јер за ову не постоји интерес: пресудом је предлог усвојен онако како су га брачни другови ставили.

Најзад, ВС Црне Горе својим решењем Гж 481/65, од 31. 12. 1965, заступа мишљење да повлачењем предлога једне странке предлог друге не добија карактер тужбе, те се поступак по њему не може наставити (Правни зборник 1966/1). Ово становиште има своју слабу страну прво у томе што се брачни друг, који и после одустанка друге стране хоће да постигне развод, осећа изиграним. Такво реаговање је обично неоправдано, јер је одустанак већином последица стварне промене става према разводу, а не радња којом се открива да је брачни друг који сада одуштаје био нелојалан још у време подношења предлога. Даље, умесна је замерка да услед одустанка једног супружника, други мора да без своје кривице поново подноси тужбу. Поред тога, слаба страна ове солуције лежи и у томе што прикупљена процесна грађа остаје неискоришћена, дакле, труд суда био је узалудан. Замерка је оправдана. Ипак, не треба изгубити из вида да ће супружник који после одустанка сам тражи развод, често знатно изменити приказ бракоразводног разлога, па можда и навести неки други уместо првобитног. Питање је колико у таквом случају могу бити од користи радње предлагача, предузета пре одустанка, и резултат доказа изведених пре тог тренутка. Но, с друге стране је став, изражен у цитираној одлуци, теоријски једино исправан: споразумни предлог је посебан процесни облик покретања бракоразводног поступка. Кад овај буде на тај начин једном инициран, он може да тече све док такав споразумни предлог постоји. Подношењем предлога не заснива се међу супружницима уговорни однос услед кога би један од њих могао одустати од тражења развода само са пристанком другог. Предлог се не може конструисати ни као узајамно тражење, те се на њега не могу применити ни одредбе о тужби и противтужби. Отуда, не може се ускратити право и само једном од брачних другова да од предлога увек одустане, са истим дејством као да су то учинила оба.

6. *Оспоравање ванбрачног очинства.* — Пажњу привлачи одлука ВС Хрватске, по којој дете може, у смислу члана 30. Основног закона о односима родитеља и деце, оспоравати не само брачно него и ванбрачно очинство, па и оно ванбрачно очинство које је утврђено правомоћном судском одлуком (Рјеш Гж 375/69, од 18. 2. 1968, 30 1969-1-10). Изгледа да је за предње становиште одлучујући утицај имао законски текст. Наиме, у поменутој одредби каже се да дете може тужбом оспоравати да му је отац лице које се по овом Закону сматра његовим оцем, а у члану 24. истог Закона речено је да се за оца детета рођеног ван брака сматра лице које га признаје за своје или чије је очинство утврђено правноснажном судском одлуком. Одиста, формална логика упућује на основу ових текстова на закључак до кога је суд дошао. Упркос томе, изложено становиште је неприхватљиво, јер се њиме игнорише правноснажност пресуде којом је очинство утврђено. Ако би се за наше право допустила дискусија о томе да ли једна декларативна статусна пресуда дејствује према трећем, не може се довести у питање принцип да она дејствује према странкама спора у коме је донесена.

7. *Старање о интересима деце поводом бракоразводне пресуде.* — У једној бракоразводној парници тужена страна је тражила 60 нових динара месечно на име издржавања детета. Врховни суд Југославије сматра да другостепени суд није био везан тим њеним захтевом, већ је могао досудити и више, и то се не би сматрало прекорачењем захтева. Из тих разлога закон није повређен ни другостепеном пресудом уколико се она односи на досуђивање износа који је већи од онога што је тужена тражила у првостепеном поступку (Рев. 228/67, од 8. 12. 1967, 30 1968-1-16). Овом схватању се не би имало шта приметити. Оно је потпуно у складу са принципом да суд о смештају и издржавању деце одлучује независно од захтева и споразума стра-

нака, водећи рачуна првенствено о интересима деце (чл. 60. и 66. ОЗБ, чл. 408. ЗПП). Али ако другостепени суд досуди више, онда то значи да одлука првостепеног суда није била у складу са тим интересима. Ови, према томе, остају окрњени у случају у коме првостепена одлука није била нападнута. Приликом ревизије породичног законодавства (или можда ЗПП-а) требало би размислити о томе како да се обезбеди оцена првостепене пресуде по службеној дужности, у интересу деце, дакле независно од тога да ли пресуду напада нека од странака. (Разуме се, ово под претпоставком да се, и после ревизије ЗПП-а, о смештају и издржавању деце одлучује пресудом којом се изриче престанак брака.)

8. *Споредно мешање у спор о очинству.* — Дискусију заслужује и одлука објављена у другој свесци за 1969, под бр. 168. Лице које је сумњиво да је ванбрачни отац детета рођеног у браку нема правни интерес да ступи у парницу ради оспоравања очинства као умешач на страни тужених (Реш ВС Срб., Одељ. у Новом Саду, Гж 164/69, од 20. 3. 1969). Објављени део образложења је кратак, али сасвим јасно изражава схватање суда: трећи нема интереса за интервенцију зато што он, у случају успеха тужбе, може у каснијем спору по тужби за утврђење очинства да употреби сва одбрамбена средства која му стоје на располагању. Пресуда којом се дете проглашава за рођено ван брака има за треће лице значај само утолико што ово у каснијем спору не може да се брани тврђом која би тој пресуди противречила. Треба се сложити са овим схватањем о могућностима трећег у парници за утврђење очинства после правноснажног проглашења детета за ванбрачно. Но, то још не значи да из таквог схватања проистиче закључак да трећи у овом случају нема оправданог разлога за мешање. Интервенијентов интерес, уопште, лежи у томе што један одређени исход спора утиче на његов правни положај. Јемац који одговара у другом реду, има и те како интереса да главни дужник одбије тужбени напад, јер у таквом случају парница против њега (јемца) неће бити ни покренута. У спору који је дао повода наведеној одлуци, трећи има интереса да тужећи победи, јер после тога против њега неће бити поднесена патернитетска тужба. Према томе, полазећи од одредбе чл. 195, ст. 1. ЗПП-а о правном интересу као претпоставци за допуштеност учешћа интервенијента, овде би требало, супротно цитираној одлуци, дозволити трећем учешће. На примену ове одредбе указује то што у глави ЗПП-а о поступку у споровима брачног и породичног статуса није садржано никакво посебно правило о интервенцији. Остаје, међутим, питање да ли природа једног таквог спора допушта учешће трећег, као умешача, под истим условом као и у једном имовинскоправном спору. Извесно је да своју вредност има и мисао да је статусни спор у толикој мери лична ствар странака да против њихове воље трећи не би могао да се у тај спор умеша ни кад би за то имао интереса. Интервенисати би могао само онај ко prima facie има статус родитеља. У нашем праву би, на пример, мати могла да интервенише уз дете у спору по тужби за утврђење очинства, јер се усвајањем тужбе ствара прејудицијум за основаност њеног захтева за накнаду трошкова порођаја. Треће лице не би имало право на интервенцију ни у каквом патернитетском спору, јер његов интерес не заслужује превагу над вољом странака да отклоне утицај трећег на развој поступка у једној ствари која спада у област њиховог интимног живота. При томе је свеједно да ли трећи жели да отклони од себе опасност да буде тужен за утврђење очинства или би, обратно, хтео да му исходом спора буде омогућено да дете призна за своје. Само, за такво схватање интервенције у породичним споровима законски текстови не пружају ослонац. На крају напомињемо да је питање интервенције у патернитетским стварима сасвим прецизно уређено новелама немачког Законика о парничном поступку, које су ступиле на снагу 1. 7. 1970. ПО § 640ц, родитеља који није странка у спору позива суд, уз достављање тужбе, на рочиште за усмену расправу. Исто важи и за дете, ако је мајка напала признање очинства. Позивање, само по себи, не даје позваном својство умешача. За ту његову улогу потребна је и његова изјава о при-

супању једној од странака ради њеног помагања. (У циљу бољег разумевања ове одредбе, додајемо да по немачком праву тужбу којом се очинство оспорава може поднети дете против оца, и отац, или његови родитељи после његове смрти, против детета.) По § 641б, дете које намерава да тужи трећег за случај да његова тужба за утврђење ванбрачног очинства буде одбијена, може тог трећег до правноснажности одлуке да обавести о парници. (Ранији текст Законика то право није предвиђао.) Дејство обавештења састоји се пре свега у томе да обавештени не може у каснијој парници да се као тужени брани тврдњом о нетачности пресуде којом је претходни спор окончан. Ове одредбе показују да се у данашњем немачком праву на могућност мешања у породични спор не примењују правила општег парничног поступка. Та могућност је ограничена. Да додамо и то да је у данашњем немачком праву принцип субјективно неограниченог дејства пресуде у патернитетском спору изрично прописан. У Законику је речено и то да пресуда дејствује и према оном трећем лицу које полаже право на ванбрачно очинство, а није учествовало у спору. Међутим, пресуда којом се у другим случајевима утврђује постојање односа родитељ-дете или родитељске власти, не дејствује према трећем који у спору није учествовао, а приваја тај исти однос или родитељску власт (§§ 640х и 641к). Ти други случајеви су утврђење брачности, позаконење, усвојење и пуноважност признања очинства⁽¹⁵⁾. Остављајући по страни вредност приказаних правила, примећујемо да би приликом ревизије ЗПП-а ваљало размислити да ли за интервенцију у патернитетском спору треба да важе одредбе општег парничног поступка.

9. *Привремени заступник по чл. 135. ЗПП-а.* — У одлуци Сл. 1354/68, од 30. 9. 1968 (ЗО 1968-4499) Врховни привредни суд је дао правилно тумачење чл. 135. ЗПП-а — да привремени заступник именован од стране суда странци са седиштем или пребивалиштем у иностранству, коју у Југославији не заступа пуномоћник, има само положај пуномоћника за примаче писмена, а није овлашћен за предузимање парничних радњи. Забуну ствара употреба речи „привремени заступник“, дакле истог термина који је употребљен за означавање процесног субјекта којег је суд у смислу чл. 77. ЗПП-а именовао са задатком да под одређеним условима заступа туженог у парници све док законски заступник не преузме своју дужност у парници. О потреби терминолошке измене требало би водити рачуна приликом ревизије ЗПП-а.

10. *Да ли је смисао управног акта поднесеног суду у парници чињенично или правно питање?* — У једној својој одлуци ВС Југославије узима да разјашњење смисла неке одлуке, донесене у управном поступку, кад нема могућности да се то постигне исправком или којим изванредним правним средством, представља чињенично стање које решава орган коме је то потребно за решење правне ствари (Гж 61/68, од 5. 12. 1968, ЗО 1969-2-167). Пре свега, редактор образложења је вероватно хтео рећи да је питање смисла једне такве одлуке чињенично питање, а не чињенично стање. Нагла-сак образложења — како смо га разумели — лежи на томе да ово питање није правно. Са овим се не бисмо сложили. Тумачење једног државног акта, како нормативног тако и конкретног, није доказивање чињенице, него делатност која је управљена на одређивање садржине једног правног важења. Тачност оваквог становишта не доводи се у питање тиме што се смисао акта открива читањем исправе у којој је он садржан, да би се за основ закључка узеле околности случаја. (За оцену да ли понашање једног лица треба узети као савесно (правна оцена), потребно је бити на чисто с чињеницама тог понашања.) Кад би смисао акта био једно чињенично питање, онда би се о овоме могло изводити доказивање свим средствима, па и саслушањем оних лица која су као јавни функционери (судије, радници у управи) акт донели. Тако је нешто немогућно замислити. Став о

(15) Види Thomas, Putzo, Zivilprozessordnung, 1970, S. 715, 719. i 726.

карактеру који има питање смисла једног конкретног акта, нема само теоријски значај. Од тог става зависи допуштеност ревизије ^(15a).

11. *Алтернативна осуда и др.* — По тужби једне од сестара против брата, правноснажно је пресуђено да је тужени дужан да извезан број златника (аустријских круна) преда у заоставштину њихове мајке, да би били уручени наследницима, или да је дужан да плати противвредност златника по курсу на дан правноснажности пресуде. У каснијој парници, по тужби друге сестре, тужени је обавезан да тужиља преда опет извезан број златника или да јој накнади њихову вредност. (Из образложења се не види како је дошло до овог другог спора.) У погледу те вредности нижи судови се у другој парници међу собом не слажу. По мишљењу првостепеног, она се одређује по курсу на дан подношења тужбе. Другостепени суд сматра да је за ту вредност меродаван курс на дан правноснажности пресуде у првој парници зато што је њом изречена поменута обавеза и зато што су наследници (сви, па и они који у првој парници нису учествовали, прим. Б. П.) у погледу расправе заоставштине јединствени супарничари. ВС Југославије је својом одлуком Рев 291/68, од 8. 1. 1969, укинуо другостепену пресуду и вратио правну ствар другостепеном суду, стављајући му у дужност да утврди вредност златника. (Види ЗО 1969-2-166.)

У образложењу је заузет исправан став да тужиља друге парнице није учествовала у својству странке у првој парници, те зато и пресуда која је у овој донесена не дејствује према њој, доследно принципу *Res iudicata ius facit inter partes*. У погледу тог дејства такво образложење било би довољно. Ревизијски суд је, међутим, нагласак ставио на супарничарство, па је указао на неправилност схватања другостепеног суда о наследницима као јединственим супарничарима, истичући — по нашем мишљењу непотребно — да је за постојање својства јединственог супарничара, као и за постојање супарничара уопште, нужно учешће у парници, у својству странке. Исто то речено је и у наслову под којим је одлука објављена. (Да ли је било оправдано због таквог труизма унети је у збирку?)

Друго, занимљиво је како се у судској пракси упорно задржава оно „или“ (... „или да јој накнади вредност златника“). Таквом изреком изражава се алтернативна осуда. Ова је, међутим, могућна само по алтернативној облигацији са правом избора на страни дужника, који тај избор није учинио пре парнице ⁽¹⁶⁾. Вероватно је тужиља поднела захтев за осуду на износ вредности златника на име накнаде за случај да покушај принудног извршења предаје остане неуспешан. Ако је тако, онда није у питању алтернативна, него евентуална осуда. За разлику од евентуалног спајања захтева у смислу чл. 184. ЗПП-а, овде суд изриче осуду на обе чинидбе. Могућност такве осуде није изрично прописана у ЗПП-у, али је тешко видети разлог због кога она не би могла бити изречена. Није искључено ни то да је тужиља предлогом за алтернативну осуду изразила своју спремност да уместо златника прими њихову новчану вредност (*facultas alternativa solutionis*). У том случају се још мање може изрећи осуда на обе чинидбе алтернативно.

Из образложења се јасно не види правно схватање ревизијског суда о околностима меродавним за вредност златника. Пошто се његовим решењем одбацује становиште другостепеног суда као неправилно, могло би се извести да се том пресудом, као меродавна, узима курсна вредност у време подношења тужбе, дакле, онако како је узео првостепени суд. То би значило да би вредност била утврђена на основу извештаја Народне банке. Међутим, у решењу о ревизији говори се о дужности другостепеног суда да узме у обзир све околности. Које?

На крају, може се поставити питање зашто је ревизијски суд вратио правну ствар *другостепеном* суду. Даљи поступак потребан је да би се утвр-

^(15a) Питање смисла одлуке суда или другог органа узимају као правно питање *Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO*, 1956, објашњење под III/5 уз § 549.

⁽¹⁶⁾ *Schönke, Schröder, Niese, Zivilprozessrecht*, 1956, S. 227.

дио износ динарске вредности златника. Другостепена пресуда укинута је, истина, због (релативно) битне повреде одредаба парничног поступка, која се састоји у томе што нижи суд није предузео све што је потребно да се разјасни чињеница вредности златника (чл. 287. ЗПП-а). (Да је укидање изречено из разлога повреде процесне одредбе, може се закључити по томе што се равизијски суд у образложењу своје одлуке позива на чл. 375. ЗПП-а.) Реч је, дакле, о једном чињеничном питању на које је тачан одговор требало да пружи већ првостепени суд.

12. *Уговор о арбитражној експертизи.* — У току последњих година срећу се у издавачким уговорима одредбе којима се предвиђа надлежност једног тела (арбитраже, жирија), за случај да између издавача и аутора дође до спора о квалитету дела. У једном таквом уговору било је предвиђено да издавач, ако утврди да се дело као некавалитетно не може издати, има право да затражи раскид уговора и повраћај исплаћене аконтације, но с тим да ће одлуку о томе донети посебан жири од три члана које ће уговорачи одредити. Одлука ће бити коначна и обавезна за обе странке (чл. 5). У другој одредби предвиђено је да издавач, осим овог случаја, може уговор једнострано раскинути ако му дело из било којих разлога не одговара, али у том случају дужан је платити аутору уговорени хонорар и вратити му рукопис (чл. 8). Тужилац тврди да је извршио уговор и предаже осулу на исплату хонорара. Тужени се томе противи, тврдећи да дело има таквих недостатака да се уопште не може штампати. Првостепени суд је усвојио тужбени захтев. Другостепеном пресудом првостепена је преиначена и тужбени захтев одбијен као преурањен. Врховни суд Југославије, одлучујући о ревизији тужиоца, укинуо је обе наведене пресуде из следећих разлога:

„Првостепени суд је обавезао тужено предузеће да плати тужиоцу ауторски хонорар будући да је утврдио да уговор о издавању од 22. липња 1964, склопљен међу странкама није једнострано разврнут, него је и даље остао на снази. Будући да тужено предузеће неће да објави тужиочево дјело, дужно је да му исплати уговорени хонорар у смислу члана 8. цитираног уговора који треба примјенити ако не дође до формирања посебног жирија у смислу чл. 5. цитираног уговора. Приједлог тужене стране за формирање жирија тужилац је одбио.

Другостепени суд је прихватио као правилано утврђење првостепеног суда да је споменути уговор још на снази и да је тужилац одбио формирање жирија. Са становиштем првостепеног суда, да треба примјенити члан 8. цитираног уговора ако не дође до формирања посебног жирија из члана 5. цитираног уговора, другостепени суд се не слаже будући да сматра да се члан 5. примјењује у случају када раскид уговора одређује посебан жири и кад до раскида долази због неодговарајуће квалитете рукописа, а члан 8. се примјењује кад до раскида уговора долази једнострано из других разлога.

Другостепени суд сматра да је потребно да странке поступају према њиховим уговорним обавезама, што значи да у конкретном спору, гдје се ради о квалитету рукописа, треба да обавезно формирају посебан жири у смислу члана уговора. Будући да тужилац на приједлог тужене странке да се формира жири није пристао, то је његов тужбени захтев преурањен.

Врховни суд Југославије слаже се са становиштем другостепеног суда да се у овом спору, гдје се о праву странака одлучује оvisно од квалитете рукописа, не може примјенити члан 8. уговора те тужиоцу, без утврђења да ли је његово дјело квалитетно или не, исплатити цио уговорени хонорар. Но овај суд не дјели мишљење другостепеног суда да морају странке обавезно формирати посебан жири у смислу члана 5. уговора и да, ако тако не поступе, немају право тражити судску заштиту. Закључак другостепеног суда да је тужиочев захтев преурањен не може се бранити ни на основу спорног уговора будући да су се странке у члану 11. уговора споразумјеле да у случају било каквог спора насталог из уговора спор рјешава суд.

Нема сумње да је и на случај отклањања жирија, неслагања с његовом одлуком и тако даље ствар спора који свака уговорна странка може у смислу нашег правног поретка и позитивних прописа изнијети пред суд. Сваки супротан уговор закључен међу странкама, да се ствар не може утужити суду, нема правне важности. У смислу члана 2. Закона о парничном поступку суд не може одбити да одлучује о захтјеву за који је надежан" (Рјеш ВЈСЈ, Рев 15/68 од 26. 3. 1968, ЗО 1968-1-15).

Ревизијски суд није дао јасан одговор на централно питање, а то је пуноважност уговорне одредбе о жирију. Примећујемо да у приказу образложења та одредаба није јасно парафразирана. Речено је да ће посебни жири донети одлуку „о томе“. О чему? Да ли о раскиду уговора и повраћају аконтације или само о квалитету дела? Ми бисмо били за ово друго, јер се само тако одредба о надлежности жирија може довести у склад са одредбом да сваки спор из уговора решава суд. Из оваквог тумачења проистиче да жири нема својство избраног суда. Он је предвиђен као тело надлежно по уговору да на једно питање пружи одговор који ће бити обавезан за странке и за суд, у случају да аутор затражи заштиту својих права. Закључење уговора којим се предвиђа таква надлежност могућно је у капиталистичким земљама (нем. *Schiedsgutachten*, франц. *expertise-arbitrage*). Тако је, на пример, у СР Немачкој такав уговор често примењивана установа у питањима мана робе (тзв. арбитража о квалитету). Задатак избраног тела може се састојати не само у утврђивању једне чињенице, него и у подвођењу чињеница под правни појам. На тај уговор не примењују се одредбе о избраном суду. Његово дејство састоји се у томе што је државни суд везан оценом стручњака, осим кад је та оцена очевидно неправична. У немачкој науди и пракси узима се да чињеница остаје недоказана ако странка на коју пада терет њеног доказивања не може да докаже њено постојање налазом или мишљењем експерата. Кад то сматра потребним, суд може странци оставити рок да налаз или мишљење накнадно поднесе. Све док је уговор о експертизи на снази, суд не може изводити доказ о коме стручњаци треба да дају свој суд. Тужба поднесена пре тога, одбија се као преурањена. Уговор престаје да важи ако један од стручњака отпадне или ускраћује оценоу, или ако ова иначе постане немогућна ⁽¹⁷⁾.

О могућности да странке својим споразумом препусте експертима утврђивање елемената спора, наши послератни прописи не говоре. ЗПП садржи само одредбе о избраном суду. О праву странака да уговоре поменућу надлежност не говоре ни закони о ауторском праву од 1957, односно од 1968. Требало је, дакле, очекивати да ревизијски суд заузме јасан став по питању да ли је таква клаузула у нашем праву допуштена. Из текста образложења пре би се рекло да је суд узима као могућну. Реченица која почиње речима „Но овај суд“ итд. указује на став да странке, пошто не морају да образују жири, могу то да учине. Смисао даљег текста образложења лежи у томе да постојање клаузуле о жирију није сметња да се сваки спор из уговора, па и онај који се тиче образовања жирија и прихватања његове одлуке, може да изнесе пред суд и пре него што се изнесе пред жири. (Та мисао је узета и за наслов одлуке.) Из тога би проистицало да би се спор пред жири могао изнети, што би имало практичног смисла само ако би став жирија био обавезан. Но, ови закључци нису сигурни. Ревизијска одлука не садржи несумњив одговор на питање које смо горе поставили.

Мишљења смо да уговор о арбитражној експертизи у нашем праву није допуштен. Разлог треба видети у томе што државни суд не може бити везан чињеничном или правном оценом коју дају арбитражни експерти. То проистиче већ из принципа слободне оценое доказа (чл. 7. ЗПП), који има когентни карактер. Треба додати да клаузула о којој дискутујемо не може бити пуноважно уговорена ни због тога што су у нашем праву дозвољени

(17) Види: Rosenberg, Schwab, *Zivilprozessrecht*, 1969, S. 932. i 933; Schönke, Schröder, *Nicse, navedeno delo*, S. 475 i 476; Habscheid, *L'expertise-arbitrage, Liber amicorum for Domke*, 1967, S. 103.

само они процесни уговори које закон изрично предвиђа као могућне. Арбитражну експертизу, која има природу процесног уговора јер је намењена да произведе дејство у парници ⁽¹⁸⁾, ниједан наш закон не помиње. Када је реч о странкама које по нашем праву не могу пуноважно да уговоре надлежност избраног суда — као што је случај у овом спору — против могућности арбитражне експертизе говори и то што би у противном недопуштеном избраног суда постала готово илузорна. Ако ЗПП искључује избрано судство за одређене категорије спорова, онда он то чини зато што хоће да све елементе битне за решење спора утврди државни суд. Арбитражна експертиза, међутим, отклања један од тих елемената.

Предњи закључак ипак не значи да ће суд експертизу просто игнорисати. Писмено мишљење изабраних стручњака суд треба да оцени слободно као и сваку другу нејавну исправу, којом једно или више стручних лица даје свој суд о некој околности од значаја за пресуђење. Битно је да се тим мишљењем не отклања дужност суда да изводи доказе о околности о којој су експерти казали своју реч ван судског поступка.

Остаје и питање да ли странке могу закључити уговор о експертизи за случај да су уговориле надлежност избраног, а не државног суда. Мислимо да на ово питање треба одговорити потврдно. Уколико странке могу да уговоре надлежност оног првог, утолико могу да се споразумеју да ће за њега бити обавезна оцена коју буду дали стручњаци, унапред именовани од странака. Само, ако је уговорена надлежност сталног (институционалног) избраног суда, уговор о експертизи морао би посебним одредбама о поступку пред тим изабраним судом да буде предвиђен као могућан. Јер, иначе се примењује принцип слободе оцено, а овај је неспојив са обавезним карактером оцено стручњака.

На крају, да приметимо и то да смо у судској пракси нашли два случаја која се тичу обавезности мишљења стручњака (вештака, арбитратора). У оба спора одлуке су донесене поводом поравнања којим су странке утврдиле да ће одређени број лица дати обавезно мишљење о имовинскоправном захтеву који је споран. У првом (ранијем) случају првостепени суд је стао на становиште да је, упркос томе што је употребљена реч „мишљење“, у ствари уговорен изабрани суд. У другостепеном поступку тај став је потврђен. При томе је додат и аргумент да се овде не ради о уговору којим двојица изражавају сагласност да им трећи одреди цену или да одлучи о управи заједничке ствари или о деоби такве ствари. Одлуком по жалби истакнуто је и то да по таквом уговору арбитратори не поступају, не изводе доказе, супротно ономе што су били позвани да учине у случају који је дао повода овом спору. Суд трећег степена је одбио ревизију. (Првост.: Окр. суд Љубљ., 17. 1. 1958, I 1148/57; другост., ВС НР Сл. 10. 4. 1958, Гж 142/58; трећи ст.: СВС, 29. 7. 1958, Рев. 360/58; Билтен ВС НР Слов. 1959/3.) У другој, новијој одлуци заузет је супротан став. (Један вештак-арбитратор требало је да одреди вредност засада за које се тужени обавезао да тужиоцу плати накнаду.) Поставило се питање да ли оцена коју вештак даје, има карактер извршног наслова. Суд је, сасвим исправно, одговорио одречно. Али у образложењу се каже да уговор којим се вештаку поверава утврђивање износа обештећења има материјалноправну, а не процесноправну природу и да је оцена до које је вештак дошао обавезна за суд и странке, те мора бити преузета у пресуду (Реш Окр. суда Копер, 23. 6. 1970, Гж 101/70 у вези са Реш Општинског суда Пиран, 30. 12. 1969, I 509/69; Билтен ВС СР Слов. 1970/2) (18а).

(18) О процесним уговорима у југословенском парничном поступку, види ближе Poznić Grad. прос. право, 1970, стр. 154—156.

(18а) За аустријско право Pollak узима да мишљење арбитратора није обавезно, пошто уговор на основу којег он даје мишљење, као уговор о доказивању, не везује суд (*System des Österreichischen Zivilprozessrechtes, II Teil, 1931, S. 771. i 772.* У новије време се против уговора којим се ограничава доказивање, одлучно изјашњава Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III Band, 1966, S. 237.*

13. *Признање и извршење стране арбитражне пресуде.* — Одлуке у области међународног приватног процесног права срећу се у Збирци релативно ретко. Једна, која се тиче извршења стране арбитражне одлуке, објављена је у првој свесци за 1969, под бр. 116. У арбитражном спору између иранског држављанина и југословенског предузећа, Арбитражни суд при Трговинској комори у Цириху донео је одлуку којом је удовољио тужбеном захтеву иранског држављанина за плаћање извесног новчаног износа. На основу те одлуке, тужилац је пред југословенским судом предложио извршење. Првостепени суд је извршни предлог одбио, пошто је нашао да нису испуњени законски услови за дозволу извршења на подлози страног извршног наслова. Другостепени суд је, потврђујући првостепено решење, жалбу одбио. У разлозима своје одлуке он оправдано истиче да нема места примени чл. 11. Уговора о трговини између ФНРЈ и Швајцарске конфедерације од 1948, нити примени Женевске конвенције од 1927. Уговор се не може применити зато што се обавеза узајамног признања и извршења арбитражних одлука односи само на странке које су биле домицилиране на подручје једне од држава уговорница. Женевска конвенција не долази у обзир јер је њена примена предвиђена само за случај да обе странке спадају под јурисдикцију земаља потписница, а Иран не спада у те земље. Жалбени суд сматра да је првостепени код таквог стања правилно нашао да допуштено извршење треба ценити према одредбама чл. 16. до 21. Уводног закона за ЗПП. Узимајући те одредбе за основ свог става, другостепени суд је закључио да у овом случају није испуњен услов узајамности. По мишљењу другостепеног суда, из чл. 17. УЗ несумњиво проистиче да је при томе реч о материјалној узајамности, дакле о таквом правном и чињеничном стању које омогућује извршење домаће арбитражне одлуке у страниој земљи под оним истим условима које прописује домаћи закон за извршење туђих арбитражних одлука. На постојање таквог, фактичког реципроцитета извршни суд пази по службеној дужности. Пошто је предлог за извршење имплицитно садржао у себи тврдњу да је овај услов испуњен, то је тражилац извршења морао поднети о томе доказе. Он, међутим, у својој жалби не доказује ничим постојање узајамности између Југославије и Ирана у материји извршења арбитражних одлука. Чињеница да између обеју држава постоје редовни дипломатски односи и да се међу њима развија редовни робни и платни промет, никако не значи да међу њима у овој области важи стварна узајамност (Реш Окр. привр. суда у Марибору, I 2489/67-4, од 15. 9. 1967; Реш Вишег привр. суда у Љубљ. Сл. 384/67-3, од 8. 12. 1967).

Ова одлука значајна је прво зато што доприноси одређивању појма узајамности у југословенском праву. Одредба чл. 17. УЗ — која говори о условима за признавање стране одлуке и на коју посредно упућује члан 21. истог закона — сасвим кратко каже да ће одлука бити призната, поред осталих услова, ако постоји узајамност, не одређујући ближе шта под истом треба разумети. У томе лежи недостатак о коме треба повести рачуна приликом новелирања ЗПП-а. Одлука узима да узајамност мора бити материјална. То је и становиште науке ⁽¹⁰⁾.

Друго питање поставља се поводом оног става образложења у коме се констатује да није доказано постојање узајамности између Ирана и Југославије. Није јасно зашто се у овом случају узима Иран као земља са којом би морао постојати реципроцитет. Тачно је да је пресуда донесена у корист иранског тужиоца, али то није одлучујуће. Узајамност, као зако-

(10) За материјалну узајамност изрично: *Трива*, наведено дело, стр. 75; *Juhart, Civ. proc. pravo*, стр. 603. Не истичу материјални карактер узајамности, али га очигледно имају у виду: *Poznić, Град. proc. pravo*, стр. 396; *Protić i dr., Međunarodna pravna pomoć*, стр. 99. За чињеничну узајамност у југословенском праву изјашњавају се још: *Beitzke, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer zivilrechtlicher Entscheidungen in Jugoslawien; Kalodera, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen in Jugoslawien; Stojković, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Jugoslawien*. Сва три чланка објављена су у *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 29. Jahrgang, 1965, стр. 646. и след., 675. 693.

ном прописани услов за признање и извршење стране судске одлуке, мора постојати између земље у којој одлука треба да испоји своје дејство и земље у којој је она донесена. У тач. 4. чл. 17. УЗ то није изрично речено, али то проистиче из текста тач. 1—3. истог члана. Исто важи и за страну арбитражну одлуку. Ову треба у случају о коме дискутујемо узети за Швајцарску. Она тај карактер има било да се као мерило узме седиште изабраног суда, било прописи меродавни за његово образовање и поступак. Да је другостепени суд узео да је реч о односу Швајцарске и Југославије, можда би и његов закључак о постојању реципроцитета био друкчији.

Даље, у образложењу решења каже се да предлагач није доказао да постоји узајамност. Необично је да је у питању једна процесна претпоставка на коју суд пази по службеној дужности — што се у самом образложењу изрично и каже — а да се искључиво на предлагача ставља процесни терет доказивања да је ова претпоставка испуњена, те се њено постојање узима као недоказана чињеница зато што одговарајући доказ није поднесен. Овакво становиште није у складу са ставом који је на другим местима заузет по питању да ли је услов узајамности испуњен. Наиме, у случају сумње о постојању узајамности, кад је реч о обезбеђењу парничних трошкова, о ослобођењу од тих трошкова и о међународној правној помоћи, суд прибавља обавештење од Савезног савета за правосудје (чл. 159, 167. и 169. ЗППа-). Истина, одредбе Уводног закона, које се односе на признање и извршење страних одлука, не садрже правило о оваком начину обавештавања кад се ради о узајамности, али не видимо зашто овде не би било места аналогiji. Ако дакле суд треба и о овој чињеници да прибави обавештење од поменутог савезног органа (или можда од неке установе као што је правни факултет или институт) он ће добити одговор. Доследно томе, ни став суда не може зависити од тога да ли предлагач подноси неке доказе којима се постојање узајамности потврђује. Сасвим је могућно да он те доказе није поднео просто зато што од иранског суда никад није захтевана екзекватура југословенске арбитражне одлуке. (Полазимо од поставке од које је пошао другостепени суд, а коју не сматрамо тачном — да узајамност у овом случају треба да постоји између Југославије и Ирана.) Али, то онда значи да се одредбе Уводног закона о признању и извршењу примењују тако да се непостојање праксе пред страним судом у ствари изједначају са непостојањем узајамности ⁽²⁰⁾. Одбијањем екзекватуре стране арбитражне пресуде у Југославији ствара се у таквом случају преседан који страном суду пружа основ да он касније, примењујући закон своје земље, ускрати екзекватуру југословенској арбитражној одлуци. Да ли су редактори Уводног закона тако схватили материјални реципроцитет и били спремни да приме ову последицу? Примећујемо још и то да између Југославије и Ирана узајамност не постоји већ самим тим што ирански суд даје екзекватуру под знатно тежим условима него што то чини југословенски ⁽²¹⁾. Овај разлог за одбијање предлога за дозволу извршења био би у овом случају убедљивији, ако се већ пошло од тога да узајамност треба да постоји између Југославије и Ирана.

Б. Познић

(20) За немачко право — у коме се узајамност тражи само за судске, а не и за арбитражне одлуке — *Thomas, Putzo* изјављују да је у случају непостојања праксе услов узајамности испуњен ако страна држава прописује, у ономе што је битно, исте услове за признање пресуде исте врсте (наведено дело, стр. 445). *Beitzke* у цитираном чланку каже о овом питању: „Изгледа као да би се у свакој држави морало чекати на то да други учини прва корак ка признању. Али тиме би прописи о захтеву узајамности у признању пресуда били узајамно парализани и признање пресуде би фактички било искључено, мада су обе државе спремне на признање. То не може бити смисао прописа о захтевима узајамности у признању на бази узајамности — треба узети да је узајамност зајемчена управо том спремношћу, и у њеном оквиру (наведено дело, стр. 650).

(21) У Ирану се извршење не дозвољава непосредно, на основу стране арбитражне одлуке, него је у том циљу потребно поднети посебну тужбу. При томе, та одлука може да послужи као доказ исправом. Треба с тим рачунати да се ирански судови сматрају овлашћеним да одлуку повргну мериторном преиспитивању (*révision au fond*). Тако *Bilow, Arnold, Internationaler Rechtsverkehr*, 1957, 495—i.