

БЕЛЕШКЕ УЗ ЗБИРКУ СУДСКИХ ОДАУКА ЗА 1972. ГОДИНУ

1. — *Месна надлежност по пребивалишту туженог у месту у коме се налази његова угоститељска радња.* — Врховни суд Југославије је у једном спору заузео став да се као пребивалиште туженог има узети и место где тужени има своју угоститељску радњу (Реш. Р 455/71, од 25. 1. 1972. ЗО 1972—1—80). Одлука је значајна, прво, за појам пребивалишта. Тај појам није у ЗПП-у дефинисан, те се пракса нижих судова — бар на подручју СР Србије — служила одредбом чл. 4. Закона о пребивалишту и боравишту грађана („Сл. гл. СРС”, бр. 51/71), по којој је пребивалиште место на коме се једно лице *настанило* са намером да у њему стално живи. У овом спору, међутим, тужени је имао стан на подручју другог суда, а не оног на чијем подручју се налазила његова радња. Изгледа да ВС Југославије стоји на становишту да пракса треба да појам о коме говоримо изграђује независно од законских текстова који нису намењени судским поступцима. Друго што поводом ове одредбе треба приметити, то је да се допушта могућност постојања два пребивалишта. Законик о грађанском судском поступку од 1929. изрично је предвиђао такву могућност (§ 62. ст. 2), коју треба прихватити и за данашње право (<sup>1</sup>).

2. — *Месна надлежност за спор против војне установе.* — Врховни суд Хрватске је у свом решењу Гж 1553/71, од 2. 6. 1971 (ЗО 1972—1—78) исправно узео да се одредба о искључивој месној надлежности за спор против федерације из обавезе коју је засновала војна јединица, не примењује на спор против војне установе. Одлучујући је аргумент — бар према објављеном делу образложења — да Закон о Југословенској народној армији разликује у чл. 7. војне јединице и војне установе. Ово тумачење разумемо тако да одлучујуће треба да буде то што тужени има сопствени персоналитет, различит од персоналитета федерације. (У спору се радило о захтеву радника против војне угоститељске установе код које је запослен.)

3. — *Месна надлежност за спор поводом изгубљеног родитељског издржавања.* — Ова тужба је по својој природи тужба за накнаду ште-

(<sup>1</sup>) Ту могућност предвиђају и савремени југословенски аутори, који појму настаниности дају шири смисао. Види: Пуља (*Zuglia*), Грађански парнични поступак ФНРЈ, 1957, стр. 165; Јухарт, Цивилно процесно право ФАРЈ, 1962, стр. 148; Трива, Грађанско процесно право I, 1972, стр. 206.

те, те се надлежност по избору одређује по чл. 46. ЗПП-а, с не по чл. 45, где је реч о споровима у којима се предлаже осуда на законско издржавање (Реш ВС Југославије Р 359/71, од 25. 1. 1972, ЗО 1972—1—81). Разлика између ове две надлежности за овакав спор састоји се само у томе што по чл. 46. тужиоцу стоји на располагању и суд на чијем је подручју штета учињена. Овој одлуци нема шта да се примети. Мислимо да није неумесно питати се да ли јој је место у Збирци.

4. — Судија за кога је у току поступка утврђено да је изузет по сили закона, искључен је од даљег вршења судијске функције у истој правној ствари и ако је накнадно отклоњена околност која повлачи изузеће. — Овај став заузео је ВС Југославије у једној кривичној ствари (Кз 16/72, од 5. 10. 1972, ЗО 1972-4478), али мислимо да исто схватање важи у подједнакој мери и за парнични поступак. Радило се о случају у коме је на главној расправи суделовао и пресуду изрекао судија у погледу кога је постојао разлог за изузеће који се састоји у брачном односу или сродству — чл. 38. тач. 2. ЗКП, чл. 65. тач. 2. ЗПП. Тиме је учињена битна повреда поступка (чл. 334. ст. тач. 2. ЗКП, чл. 343. ст. 2. тач. 2. ЗПП), те је виши суд укинуо пресуду. Након тога је, на место лица које је са судијом било у односу који повлачи изузеће, ступио у поступак друго лице, а улогу судије задржао је онај исти судија који је по закону био изузет (вероватно полазећи од тога да је отпао разлог за изузеће). ВС Југославије оправдано узима да и поновно суђење представља апсолутно битну процесну повреду. Аргумент је пре свега тај да накнадно суђење од стране таквог судије није законом предвиђено као могућно. Напротив, закон изрично прописује да је судија, чим сазна да постоји неки од разлога због којих је изузет по самом закону, дужан да *прекине сваки рад* на истом предмету и да о томе обавести председника суда, који ће му одредити замену (чл. 39. ЗКП, чл. 66. ст. 1. ЗПП). Развијајући своје образложење на примеру у коме је браниоца који је брачни друг судије заменило друго лице, ВС Југославије исправно закључује да би даље суђење од стране истог судије „било у супротности са сврхом института изузећа, јер би јавност могла посумњати у објективност таквог суда”.

Поводом одлуке којом се пресуда укида зато што је судио судија који је по закону изузет, треба истаћи да су све радње тог судије ништаве. То у Законнику о кривичном поступку и у Закону о парничном поступку није изрично речено, али то проистиче из природе ствари. Што се тиче радњи странака, оне остају пуноважне. За југословенско право то мишљење изрично износи *Лухарт*. Овај писац истиче да тужбу не треба поново подносити и да не треба понављати тврдње и доказне предлоге. Пред новим судијом странке имају могућност да изјаве колико остају при већ предузетим радњама <sup>(2)</sup>. Прихватајући то становиште, ми бисмо додали да расправљање треба поновити већ самим тим што је измењен састав суда. При томе, странка може да изнесе нове тврдње и да

(2) Наведено дело, стр. 122. За немачко право Розенберг-Шваб (*Rosenberg-Schwab*) изрично кажу да радње странака нису непуноважне стога што се предузете пред узетим судијом — *Zivilprozessrecht*, 1969, стр. 103.

стави нове предлоге. Ако се новом радњом, због њене природе, не отклања дејство раније, суд ће приликом чињеничне оцене узети у обзир и ранију радњу. Што је речено за судију, важи и за судију поротника.

5. — *Постављање привременог заступника.* — Једна термилошка омашка приликом израде текста ЗПП-а ствара у пракси неспоразуме и данас. Наиме, по чл. 77. ст. 2. тач. 5. истог закона суд ће туженом поставити *привременог заступника*, поред осталог, ако се тужени или његов законски заступник, који немају пуномоћника у Југославији, налазе у иностранству, а достављање се није могло извршити. (Под достављањем треба разумети достављање тужбе.) Овај привремени заступник има у поступку за који је постављен сва права и дужности законског заступника. Он та права врши све док се тужени или његов пуномоћник не појави пред судом. По чл. 135. ЗПП-а странку или њеног законског заступника који имају пребивалиште или седиште у иностранству суд је дужан да позове да у примереном року поставе пуномоћника за примање писмена у Југославији. Ако они то не учине, суд ће странци поставити *привременог заступника* на њен трошак и о томе је обавестити. Очигледно је да су редактори под привременим заступником овде имали у виду пуномоћника за примање писмена. Ако суд треба да постави „*привременог заступника*” по чл. 135. ЗПП-а у случају у коме то странка није учинила, онда се то може тумачити само тако да је за њу настао процесни терет да то учини, а тај терет је могао настати само ако јој је налог суда да именује пуномоћника за примање писмена уредно достављен. Ову радњу предузима суд уз достављање тужбе. Другим речима, ако је тужба са позивом за именоване пуномоћника уредно достављена, онда нема места именовану привременог заступника по чл. 77.

На жалост, нижи судови у свом раду, због термилошке непрецизности, још не уочавају дистинкцију између две поменуте функције и доносе нетачне одлуке. Тако је у једном спору првостепени суд, позивајући се на чл. 77. став 2. тач. 5. у вези са чл. 135. ЗПП-а, одредио привременог заступника туженом који се налази у иностранству, а затим спровео поступак и пресудио, иако није извршио достављање. Неопходно је да се приликом усклађивања ЗПП-а са Уставом измени текст чл. 135. тог закона, да би се истакла наведена разлика и отклонио извор забуне у раду судова. (Види решење Врховног привредног суда Сл. 1956/71, од 13. 1. 1972, ЗО 1972-1-140.)

6. — *Парнична способност.* — Врховни суд Босне и Херцеговине у свом решењу Гж 1265/71, од 22. 3. 1972. правилно истиче да је за оцену пословне способности неког лица у часу закључења правног посла одлучујуће стварно стање његовог душевног здравља, а не да ли му је у то време била одузета пословна способност (ЗО 1972-1-71). Што је речено за пословну, важи и за парничну способност. Према томе, одредбу чл. 75. ЗПП-а, по којој суд у току целог поступка мора по службеној дужности пазити да ли је странка парнично способна, ваља разумети тако да суд треба да по службеној дужности узима у обзир околности из којих се раба сумња да ли странка ту способност стварно има. Другим речима, суд не сме да — позивајући се на то да не постоји решење о

одузимању пословне способности или можда на то да се у том циљу не води никакав поступак — пребе преко усменог излагања странке, које указује на њену душевну поремећеност. Исто треба рећи и за њен поднесак или за веродостојан исказ сведока, који изазивају сумњу у погледу пословне, па самим тим и парничне способности странке. У том случају суд треба, пошто евентуални извиђаји потврде ту сумњу, да застане са поступком и да извести орган старатељства, који ће странци поставити привременог стараоца. (Ако се ради о туженом, суд може и сам именовати привременог заступника — чл. 77. ЗПП.) (3)

7. — *Преображајна тужба*. — Ова врста тужбе, супротно тужби за осуду и тужби којом се предлаже утврђење, није у ЗПП-у предвиђена на један општи начин. То, међутим, није била сметња за југословенску науку да постојање преображајне тужбе узме за коначну тековину (4). Што се тиче праксе, она све доскоро — бар у одлукама које су нам биле доступне — није говорила о преображајној као о трећој врсти тужбе. Недавно је ова тужба коначно добила своје признање у једној одлуци ВС Словеније, по којој се одредбе чл. 34. Закона о принудном поравнању и стечају односе само на тужбу за осуду на чинидбу, а не и на тужбу за утврђење и за правни преображај. Доследно томе, нема сметњи да се у поступку принудног поравнања оствари против дужника захтев за поништај уговора о купопродаји некретнина (Реш од 27. 1. 1972, Пж 1017/71 у вези са пресудом Окр. суда Марибор, од 17. 6. 1971 П 885/70, ЗО 1972-1-66). Мислимо да у овој одлуци треба видети једно приближавање праксе и науке.

8. — *Одређеност тужбеног захтева*. — Врховни привредни суд је одлучно да се не може донети пресуда због изостанка по тужби за накнаду штете, којом је предложено да се висина штете утврди вештачењем

(3) По Јухарту, ако настане спор о парничној способности, парнични суд мора у том претходном спору узети као парнично способну странку која тврди да ту способност има — наведено дело, стр. 183.

(4) У страниој науци не влада једнодушност. Данас се ниједан систематски приказ грађанског процесног права у Аустрији и СР Немачкој не може замислити без појма преображајне тужбе. Због тога није потребно ни цитирати писце из тих земаља. Друкчије је у италијанској науци. Идеја да постоје преображајна (потестативна) права тек је почела да продире у схватања о класификацији тужби. Цанџуки (*Zanzucchi*) сматра да се о постојању конститутивне тужбе у италијанском праву не може дискутовати, јер је она изрично предвиђена у чл. 2908 Италијанског грађанског законика. Исти писац, међутим, сматра да, строго теоријски посматрано, и преображајна тужба тежи у ствари утврђењу (*Diritto processuale civile, I, 1964, стр. 145*). У селомом издању свог систематског приказа, Сага (*Satta*) каже да је „тројна деоба постала уобичајена и да може бити задржана без штете“ (*Diritto processuale civile, 1967, стр. 111*). Конститутивну тужбу, уз друге две, прихвата и Фацалари (*Fazzalari, Istituzioni di diritto processuale, 1975, стр. 51. и 165*). Супротно наведеним писцима, Реденти (*Redenti*) не узима тројну деобу у основ свог система, али, допуштајући могућност различитих класификација, он помиње и такву у којој се као типови тужбе узимају тужба за утврђење, за осуду, преображајна и она којом се покреће извршни поступак (*Diritto processuale civile, I, стр. 51*). Роко је одлучно против појма преображајне тужбе (*Rocco, Trattato di diritto processuale civile, I, 1957, стр. 289*). У француској науци деоба тужби по процесноправном мерилу се уопште не помиње (*Cornu et Foyer, Procédure civile, 1958, стр. 274, Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, I, 1961, стр. 59. и след.*) У совјетској науци већина писаца одбацује постојање преображајне тужбе као посебне врсте, сматрајући да случајевни који се под ту врсту подводе представљају само неке врло декларативне тужбе (*Graždanskij process, po obščei redakcii Judeljsona, 1972, стр. 148*).

(Сл 493/72, од 4. 8. 1972, ЗО 1972-3-444). По нашем мишљењу, у таквом случају не може се донети не само контумациона, него ни нека друга пресуда. Наиме, ЗПП, по угледу на предратно југословенско (данашње аустријско) право захтева да тужба садржи *одређени* захтев (чл. 174. ст. 1). Та одређеност тиче се не само садржине, него и обима захтева. Према томе, тужба са захтевом који не испуњава овај услов неуредна је, и као таква недопуштена. Одређеност тужбеног захтева, поред осталог, значи и то да новчани износ за који се предлаже осуда мора бити бројно тачно одређен. За данашње југословенско право изрично тако *Јухарт*. Овај аутор указује на то да тужба за полагање рачуна садржи у себи два захтева: један, усмерен на само полагање рачуна подношењем одговарајућих исправа, и други — на плаћање износа који из положеног рачуна проистиче. Док је први одређен, други је неодређен и не може бити истакнут већ у тужби, него тек додавањем (преиначењем тужбе) кад развој поступка у стадијуму главне расправе покаже величину износа (5). *Трива* подвлачи да захтев мора бити свестрано одређен (6). У том погледу не видимо разлике према предратном праву, у коме је Законик од 1929. прописивао да тужбени поднесак треба да садржи „опредељено тражење”. Ту одредбу тумачи *Најман* тако да новчани захтев треба да буде цифарски прецизиран (7). Истој одредби у савременом аустријском праву *Фашинг (Fasching)* придаје исти смисао речима „Новчани износи безусловно морају бити бројчано наведени” (8). Правило потпуне одређености израз је принципа диспозиције, по коме суд одлучује у границама тужбеног захтева. Другим речима, суд својом пресудом даје одговор на питање да ли тужиоцу припада оно што он тврди да му припада и до границе коју он поставља. Задатак суда не састоји се, дакле, у томе да он из утврђеног чињеничног стања применом одговарајуће норме изведе закључак о томе шта и колико тужиоцу припада.

Став да је тужба уредна и кад је одређивање обима захтева остављено вештацима објашњава се тиме што тужиоцу у време покретања парнице понекад није познат тачан износ тужбеног захтева. Изгледа да је то разлог због кога у данашњој југословенској науци *Марковић* узима да у тужби за накнаду износ захтева не мора да буде означен, ако величину штете треба да утврде вештаци, или кад она треба да буде одмерена слободном оценом у смислу чл. 212. ЗПП (9). Ако се узме да је тужилац ипак дужан да у тужби означи тачан износ, онда се он излаже опасности да му буде досуђено мање него што је тражио. Из оваквог исхода раба се његова обавеза да туженом накнади сразмеран део његових трошкова. Могућно је и обратно, да тужилац у току поступка оцени да захтев који је истакао не достиже претрпљену штету. На ово се може одговорити, прво, да се првобитно постављени захтев може променити делимичним повлачењем тужбе или проширењем захтева. Друго,

(5) Види наведено дело, стр. 257. и 263.

(6) Види наведено дело, стр. 324.

(7) Коментар грађанског парничног поступка (прев. С. Греговић), 1935, св. II, стр. 757. и 758.

(8) *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III Band, 1966, atr. 25.*

(9) Грађанско процесно право, књига прва, свеска друга (поликопирано), 1972, стр. 140.

опасност од осуде на обавезу делимичне накнаде трошкова противнику не представља неки посебан процесни ризик. Таквој опасности излаже се тужилац и у парници за накнаду у којој се висина штете не одређује вештацима ни слободном оценом <sup>(10)</sup>.

9. — *Достављање ОУР-у који заступа његов радник као пуномоћник.* — С обзиром на текст чл. 123, 127, 128, 130. и 131. ЗПП, мислимо да је исправно становиште ВС Босне и Херцеговине да се достављање организацији удруженог рада, која за пуномоћника има свог радника, увек врши предајом писмена лицу овлашћеном за примање писмена или службенику који се затекао у канцеларији односно пословној просторији (чл. 123. ст. 1). Ово правило односи се, дакле, и на достављање писмена за које је прописано лично достављање. Никаквог смисла не би имало да се и у таквом случају примењује чл. 131. у вези са чл. 130. ст. 1. и 2. Само ако је пуномоћник ОУР-а адвокат, достављање се врши предајом у његовој канцеларији (чл. 128).

10. — *Пропуштање судског рока.* — Пажњу привлаче две одлуке ВС Босне и Херцеговине. По једној, није могућно донети решење о одбацивању тужбе као неуредне, ако је поднесак којим странка исправља тужбу стигао после истека рока који је за то одређен од стране суда, али пре отпреме решења којим се тужба одбацује (Реш Гж 560/71, од 10. 6. 1971, ЗО 1972-1-76). Радило се о решењу којим је пуномоћнику тужиоца на рочишту решењем наложено да достави потпуну адресу туженог. Суд је припремио решење о одбацивању тужбе као неуредне, али је пре отправљања решења стигао поднесак тужиоца којим се недостатак отклања. Суд свој став образлаже тиме да се ово решење сматра донесеним кад буде отпремљено. При томе се суд позива на чл. 333. ЗПП.

Друго решење истог врховног суда, од 18. 11. 1971, Гж 1662/71 (ЗО 1972-1-72) изражава у ствари исту мисао: последице пропуштања једне радње не могу наступити ако странка радњу предузме по истеку судског рока који је за радњу одређен, али пре наступања последица. И у овом случају радило се о пропуштању које се састојало у томе што тужилац није поднео адресу тужене странке пре истека рока који му је ради тога одређен.

Пре свега, може се поставити питање зашто је требало да суд у наведеним случајевима доноси решење о одбацивању тужбе. Одредба ст. 4. чл. 98. ЗПП-а, којом се прописује последица оваквог пропуштања, сасвим је јасна: сматра се да је поднесак *повучен*, ако не буде враћен суду у одређеном року. Не треба нарочито наглашавати да се цитирана одредба односи и на тужбу. Ова, дакле, не треба да буде одбачена, него се по законској фикцији сматра као повучена, и то у тренутку истека рока. (По истом ставу чл. 98. ЗПП-а поднесак се одбацује, ако буде благовремено поднесен, али без исправке или допуне.) Последица се, другим речима, не састоји у томе да тужба постаје недопуштена, него да се

<sup>(10)</sup> Отуда нисмо убеђени у исправност одредбе предатног законика, по коме суд може у случају делимичног усвајања тужбеног захтева досудити тужиоцу све трошкове ако је величину његовог потраживања „тек требало утврдити вештацима, по узајамном обрачунавању или по увиђавности суда“ (§ 145. ст. 2).

по сили закона узима као да није била ни поднесена. Како је сад могућно узети да та, законом предвиђена последица није наступила ако суд у време кад му приспе исправка недостатка још није донео решење којим се просто констатује да је последица (у прошлости!) настала? Истина, чл. 98. говори о поднеску који није благовремено суду враћен (поново предат), а не о поднеску којим странка допуњава непотпуни поднесак који је остао код суда, као што је овде случај. Али, ми између та два случаја не видимо никакву суштинску разлику. Да ли ће суд вратити поднесак да га странка допуни, или ће јој у истом року наложити да га допуни новим поднеском, то је у погледу процесних последица свеједно (11).

Одлуке су, по нашем мишљењу, *contra legem*. Аргумент економичности поступка може изгледати привлачан: није целисходно да се због пропуштања води нова парница, кад се спор може решити у текућој. Али, шта онда значе судски рокови? Изгледа као да се наведеним решењима заступа конструкција да се рок сматра прећутно продуженим до доношења одлуке, што значи на неодређено време (12). Чему онда служи одредба о продужењу судског рока *на предлог* заинтересованог лица у случају у коме суд налази да за то *постоје оправдани разлози*? Поменуте одлуке представљају једно повољно тумачење (*benigna interpretatio!*) у корист немарне странке која није благовремено тражила продужење рока. Тиме нисмо рекли да је становиште суда апсурдно. Оно је противно законском тексту, те би овај требало променити ако се стане на становиште да принцип економичности овде треба да буде одлучујући.

Додајемо и то да у пракси првостепених судова није редак случај да суд прими, као благовремено, на пример, обавештење о адреси сведока, поднесено по истеку судског рока. Но, ситуација ипак није иста као кад се ради о неуредној тужби која није благовремено допуњена. Наиме, ако суд не би извео доказ сведоком, то не би спречило странку да предложи извођење истог доказа у жалби, и виши суд би тај предлог морао узети у обзир. Овде се принцип економичности намеће у већој мери.

11. — *Прекид поступка у коме се јавља претходно питање управноправне природе.* — Врховни суд Босне и Херцеговине исправно узима да се парнични поступак не може прекинути да би се сачекао исход управног поступка у коме треба да се правноснажно одлучи о питању које се у парници појављује као претходно — ако се тај управни поступак, у коме још није донесен првостепени акт, покреће по службеној дужности, а не на иницијативу странке (Гж 2028/71, од 29. 12. 1971, ЗО 1972-1-75). Повод одлуци био је спор грађанина против општине ради утврђења права својине и предаје непокретности тужиоцу у посед. Првостепени суд је прекинуо поступак, полазећи од тога да исход спора зависи од одговора на питање да ли непокретност о којој се води спор

(11) На сасвим супротном становишту стоја ВС Срб., Одељ. Нови Сад у својој одлуци Гж 935/68, од 12. 9. 1968, Билт. ВС Срб. бр. 14. По тој одлуци тужба се не може сматрати као повучена ако тужилац не преда благовремено поднесак којим се тужба, по налогу суда допуњава. На жалост, уз ту сентенцу нису објављени разлози.

(12) Кажемо на „неодређено време“, јер се рок одређује на дане, месеце и године.

треба да постане друштвена својима по аграрним (или неким другим принудноправним) прописима. Другостепени суд је уважио жалбу тужиоца из разлога што у време доношења решења о прекиду није донесен ни првостепени управни акт, а управни поступак је спадао у ону врсту која се покреће по службеној дужности, па тужилац не може утицати на покретање и што брже окончање таквог поступка. У одлуци коју приказујемо речено је и то да може доћи до апсурдне ситуације у којој управни орган не доноси решење о томе да непокретност не постаје друштвена својина (а он није дужан да такво решење донесе), тако да прекид траје и даље и тужилац нема могућност да предложи настављање поступка. Становиште изложено у приказаној одлуци исправно је и у складу са ставовима данашње југословенске науке. Ако се управни поступак, у коме се решава питање од прејудисиелног зналачаја, покреће по предлогу странке суд може прекинути парницу, пошто му та или друга странка поднесе доказ да је управни поступак покренут. Али, ако се овај поступак покреће по службеној дужности и у њему још није донесена никаква одлука, онда парничном суду не преостаје друго него да без застоја расправља и одлучи (13).

12. — *Приговор о подељеној одговорности у парници којој је претходила кривична пресуда.* — По чл. 11. ст. 3. ЗПП, суд је у парничном поступку везан за правноснажну пресуду кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим. По истој одредби та везаност се ограничава на утврђење да је учињено кривично дело и да је учинилац кривично одговоран. Домашај овог правила, које је у наше данашње право преузето из предратног (данашњег аустријског) у науци је споран (14). Преовлађује становиште да се у парничном поступку не могу довести у питање констатације кривичног суда неопходне за постојање кривичног дела. Доследно томе, ако је кривичном пресудом утврђено да је оштећени својим понашањем допринео проузроковању штетне (инкриминисане) последице, парнични суд том констатацијом није везан. Другим речима, тужилац може тврдити да он са своје стране није дао повода наступању штете. И обратно, ако се у осуђујућој кривичној пресуди ништа не говори да проузроковање треба делимично приписати и оштећеном, то не представља сметњу да тужени такву околност истакне приговором подељене одговорности. Јер, и у једном и у другом случају постојање кривичног дела осуђеног (туженог у парници) није доведено у питање. Врховни суд то у ствари и каже у својој пресуди Рев 237/72, од 14. 11. 1972 (ЗО 1972-4-500). Сматрамо да сентенца заслужује више образложења.

13. — *Право на тужбу учесника конкурса за попуњавање радног места.* — Врховни суд Хрватске у свом решењу Рев 234/72, од 3. 10. 1972 (ЗО 1972-4-522) изразио је мишљење да право на тужбу учесника конкурса за попуњавање радног места садржи у себи и постојање правног

(13) Види: Цуља (Зуглиа), наведено дело, стр. 43; Јухарт, наведено дело, стр. 81; Трива, наведено дело, стр. 73. и 74.

(14) У француском праву — у коме је парнични суд начелно везан и за ослобађајућу пресуду — обим везаности још увек је предмет дискусије у науци и пракси. Види Valticos, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, 1953.



интереса на страни учесника конкурса. Околност да учесник конкурса — каже се даље у сентенци одлуке — не испуњава услове конкурса, не може искључити његово право на тужбу, те се ова стога не може одбацивати као недопуштена. Напомињемо да је одлука донесена за време важења Основног закона о радним односима, који је изричито предвиђао да сваки учесник конкурса има право да поднесе тужбу суду (чл. 24). Изгледа да исти смисао имају и одредбе чл. 56. и 57. Закона о међусобним односима у удруженом раду, па се зато на цитираној одлуци и задржавамо.

Став да право на тужбу учесника конкурса имплицира постојање правног интереса заслужује дискусију. Суд полази од једне поставке формалне логике: необориво се претпоставља да учесник има правни интерес самим тим што му закон даје право на тужбу. Међутим, однос између правног интереса и тужбе (или било које процесне радње) такав је да право на тужбу постоји под претпоставком постојања правног интереса<sup>(15)</sup>. Само ономе треба признати право да тужи који би одлуком коју предлаже своју правну ситуацију побољшао или би бар спречио да се она погорша. Ако се пође од таквог схватања тужбе и правног интереса, онда се у овом случају намеће питање у чему лежи интерес оног кандидата који ни сам не испуњава конкурсне услове. (Резоновање „нека не буде изабран ни он, кад већ не могу да будем изабран ја” представља субјективну реакцију на неуспех, а не интерес који заслужује признање у праву.) Обеснажењем избора *његов* се положај ни уколико не мења. Зашто му онда дати право да тужи избор обара? Може се резонovati и тако што ће се рећи да општедруштвени интерес налаже да се не допусти конвалидација неправилног избора истеком рока за тужбу, па зато треба право на тужбу дати сваком учеснику. Полазна тачка у овом резоновању није неприхватљива, али онда право на тужбу треба дати сваком правном субјекту. Радило би се, дакле, о једној *actio popularis*. Не видимо зашто би се у таквом случају поменуто право ограничило само на лица која су узела учешћа на конкурс.

Горња критика је у ствари више упућена редакторима законског текста него Суду, коме се не може много замерити што је строго поштовао законски текст.

14. — *Мишљење вештака којим се искључује очинство.* — Суд се не упушта у оцену мишљења вештака којим се, у спору ради утврђења очинства, на основу прегледа крвних група и крвних фактора, искључује очинство туженог. Та мисао изражена је у сентенци у којој се, поводом пресуде ВС Србије Гж 4479/7, од 18. 4. 1972 (30 1972-3-313) каже да су у поменутој хипотези „без утицаја на одлуку суда сви остали, томе супротни докази”. Треба приметити да је тежиште објављеног дела образложења у томе да доказ испитивањем крвних група и фактора треба извести и кад тужени, који је пропустио да се подвргне испитивању у првостепеном поступку, предлаже жалбом да се тај доказ накнадно изве-

(15) L'interêt est la mesure de l'action (Интерес је мерило за право на тужбу) — кажу Французи.

де. У објављеном делу образложења је, вероватно редакцијском омашком приликом припремања Збирке, испуштен један део текста. Али, оно што је објављено указује на закључак да поменути суд заступа мишљење изражено у сентенци. Оно се намеће снагом поверења у исправност једне тековине Биолошке науке, али оно истовремено представља одступање од принципа слободне оцене доказа, које ЗПП-ом није прописано. Данас је од тога принципа предвиђен само један изузетак — јавна исправа (чл. 219. ст. 1). (Није ли доношење Закона о односима родитеља и деце било једна прилика да се за суд прогласи обавезним мишљење вештака којим се на основу прегледа крвних група и фактора искључује очинство?) Став ВС Србије израз је оног огромног значаја који данас у кривичном и грађанском судском поступку има доказ вештаком уопште. Штета је што се не воде статистички подаци из којих би се видело у коликом је проценту спорова, у којима је ради утврђења спорне чињенице употребљен овај доказ, суд одбио да мишљење стручњака прихвати у основ своје одлуке. Верујемо да је тај процент мали. Без обзира што принцип слободне оцене треба и даље да важи за вештака, овај има тако велики утицај на пресуђење да га у процесном систему не треба третирати као обично доказно средство <sup>(16)</sup>.

16. — *Главна расправа пред већем у измењеном саставу.* — По једној одлуци ВС Србије, када главна расправа почиње изнова због промене у саставу већа, онда се не може прочитати записник о извођењу доказа саслушањем странака, већ ако је овај доказ потребан, суд мора поново саслушати странке (Гж 5232/71, од 22. 2. 1972, ЗО 1972-3-400). Одлука је заснована на тексту чл. 304. ст. 3. ЗПП, у коме се каже да веће може ... „одлучити да се поново не саслушавају сведоци и вештаци и да се не врши нов увиђај, већ да се прочитају записници о извођењу тих доказа.” У овој одредби, дакле, одиста се не помиње могућност да се прочита записник о извођењу доказа саслушањем странака. Мислимо да је одлука исправна. Само, тежиште аргумента у прилог заузетог става видимо не толико у цитираном законском тексту, колико у томе што би се у случају читања записника радило у ствари о посредном извођењу доказа, а такво доказивање, по правилу, није допуштено кад се ради о саслушању странака (чл. 255).

16. — *Пребијање потраживањем за које постоји правноснажна пресуда.* — Нема никакве сумње да тужени дужник може истаћи приговором пребијања једно потраживање за које постоји правноснажна пресуда, под условом, разуме се, да то потраживање испуњава услове да буде компензирано. Осуда на исплату тог потраживања не може бити схваћена у том смислу да из ње проистиче само могућност добровољног или принудног извршења пресуде. Потпуно је неприхватљива мисао да поверилац може једно потраживање истаћи у пребој ако оно пресудом није кас постојеће утврђено правноснажном пресудом, а не може се бранити на исти начин ако је постојање потраживања учињено несумњивим

<sup>(16)</sup> У француском праву он је *auxilière de la justice* (помоћни орган правосудја). Види Трива, наведено дело, стр. 437.

од стране суда. Па ипак, и првостепени и другостепени привредни суд стали су на становиште да поверилац (тужени у другој парници) може своје потраживање да наплати од дужника (тужиоца у другој парници) у извршном поступку, а не може исто потраживање да конзумира приговором пребијања. Било је потребно да Врховни привредни суд, по захтеву за заштиту законитости, исправи погрешно правно схватање (П 201/71 од 27. 9. 1972, ЗО 1972-3-461).

17. — *Супститут има онолико овлашћења колико је пуномоћник на њега пренео.* — Ако је у заменичком пуномоћју наведено да пуномоћник супститута овлашћује само да га замењује на одређеном рочишту, онда је неправилно доставити супституту пресуду донесену после тог рочишта (Врховни привредни суд, П 62/72, од 13. 6. 1972, ЗО 1972-3-462). Мислимо да није неумесно поставити питање да ли ова одлука, као и она из претходне тачке, заслужују да уђу у Збирку.

17. — *Пресуда због изостанка.* — И после 16 година од доношења ЗПП-а пресуда због изостанка не престаје да буде предмет различитих схватања у пракси, и то у ономе што је основно. У том погледу упућујемо на оно што смо раније рекла у белешкама уз Збирку судских одлука (17). У решењу Гж 658/71, од 10. 8. 1971, ВС Босне и Херцеговине изражава став да се пресудом због изостанка не може усвојити тужбени захтев за накнаду штете због претрпљених болова и страха, ако се из чињеничних навода тужбе види да су износи накнаде који се траже очигледно превисоко постављени у односу на описани интензитет и трајање болова и страха (ЗО 1972-1-23). Прво, ваља приметити да поменути суд допушта могућност контумационе пресуде поводом тужбе за накнаду неимовинске штете. То је био и начелан став ВС Југославије, који смо прихватили у својим ранијим белешкама. Но, необично је у цитираној одлуци то што могућност доношења пресуде због изостанка у оваквом спору зависи од тога да ли тражени износ накнаде одговара, по схватању суда, задовољењу које тужилац за претрпљене неугодности треба да прими. Излази као да тврдња о износу штете има смисао чињеничне тврдње кад суд тај износ цени као добро одмерен, те га без доказивања уноси у подлогу пресуде. Супротно томе, о износу ваља извести доказивање ако је очигледно превисоко постављен. Самим тим, контумационој пресуди не би било места. Нисмо спремни да то схватање усвојимо. Може се претпоставити да је суд заузео изложени став зато што полази од тога да против те пресуде не би могла бити уложена жалба из разлога што је висина штете једно чињенично питање (чл. 342. ст. 1. тач. 2. ЗПП), тако да би био досуђен прекомеран износ. То би било у складу са схватањем изнесеним у пресуди ВС Југославије (ЗО 1970-1-54). По нашем мишљењу, треба разликовати тужбичеве тврдње о суштини и интензитету штете и његов закључак да му за такву штету припада право на задовољење у износу који он у тужби наводи. Тврдњом о штети суд је везан. Обратно, закључак о износу задовољења суд цени слободно (чл. 212.

(17) Види: Анали 1971/1—2, стр. 172. и 173; Анали 1972/5—6.

ЗПП), па може наћи да тужноцу припада мање и донети пресуду због изостанка за износ који усваја, а у преосталом делу тужбени захтев одбити (чл. 321. ст. 4. ЗПП) <sup>(18)</sup>. Контумациона пресуда којом је износ задовољења одмерен слободном оценом по чл. 212. ЗПП, по нашем мишљењу, може се жалбом напасти и у погледу тог износа, јер се ради о једном питању правне, а не чињеничне оцене <sup>(19)</sup>.

18. — *Одлучивање о поверавању детета на чување и васпитавање и о његовом издржавању у пресуди којом се одбија бракоразводни захтев.* — Врховни суд Хрватске својом пресудом Гж 977/72, од 13. 4. 1972 (ЗО 1972-2-161) заступа становиште да суд *може*, на захтев једног од брачних другова-родитеља, одлучити о поверавању заједничке деце на чување и васпитавање и о њиховом издржавању не само пресудом којом се изриче престанак брака, него и оном којом се бракоразводни захтев одбија. *De lege ferenda* таквом становишту је тешко наћи замерку. Радило се о случају у коме родитељи не живе заједно, и међу њима је спорно да ли је тужени дужан да доприноси издржавању детета. Околности су дакле такве да интереси детета налажу да се пресудом одлучи и о његовом смештају, одгоју, чувању и издржавању. Укратко, његова ситуација је управо иста као да се пресудом изриче развод. Принцип економичности налаже да се не покреће нова парница, него да се одлука која се тиче детета унесе у пресуду којом се захтев одбија. За исправност таквог схватања у конкретном случају наводи се у образложењу и то да је суд приликом доношења одлуке узео у обзир и мишљење органа старатељства. Као што смо рекли, посматрана са становишта целисходности, одлука је сасвим прихватљива, али је она супротна јасном тексту чл. 408. и 25. ЗПП-а. И ова одлука спада у оне које дају повода да се измена одговарајућих законских одредаба узме у обзир приликом усклађивања тог закона са Уставом.

19. — *Судско поравнање закључено пред страним судом.* — Врховни суд Хрватске изражава кроз своју одлуку Гж 2634/71, од 15. 7. 1971. већ устаљени став у упоредном праву да се судско (процесно) поравнање, закључено пред страним судом, не изједначује у погледу могућности признања са правноснажном пресудом страног суда (ЗО 1972-1-77). Овој одлуци, која је заснована на граматичком тумачењу чл. 17—22. Уводног закона за ЗПП не би се имало шта додати. Спор о једној ствари о којој је пред страним судом закључено судско поравнање решава се пред југословенским судом као и сваки други спор о коме је закључено поравнање у иностраној држави. Није, дакле, од значаја да ли у земљи у којој је закључено, поравнање има дејство правноснажне пресуде. Изузетак од овог начелног става може да представља одредба међународног уговора. Као такав изузетак наведена је у образложењу цитиране одлуке Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству.

Б. Познић

<sup>(18)</sup> Види: Анали 1972/5—6, стр. 547.

<sup>(19)</sup> Види: Познић, Грађанско процесно право, 1973, стр. 245.