АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35 YU ISSN 003-2565

АПФ

СВЕЧАНИ БРОЈ ПОВОДОМ ОСАМДЕСЕТОГ РОЂЕНДАНА
ПРОФЕСОРА БОРИВОЈА ПОЗНИЋА

2–3

БЕОГРАД, 1996.

АПФ, година XLIV, Београд, бр. 2–3, март-јун 1996, стр. 1–183

Најстарији југословенски живи часопис из области права „Архив за правне и друштвене науке" од свог покретања 1906. године до краја 1945. године био је гласило Правног факултета у Београду. У том периоду његови уредници били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомиљ Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945). Почев од 1946. „Архив" је наставио да излази као орган Савеза удружења правника Југославије, а његово место на Правном факултету у Београду попунили су „Анали", настављајући тако један континуитет започет 1906. год.

ДОСАДАШЊИ ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИЦИ „Анала": др Михаило Константиновић (1953–1960), др Милан Бартош, заменик др Борислав Т. Благојевић (1960–1966), др Војислав Бакић (1966–1978), др Војислав Симовић (1978–1982), др Обрен Станковић (1982–1996).

УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР

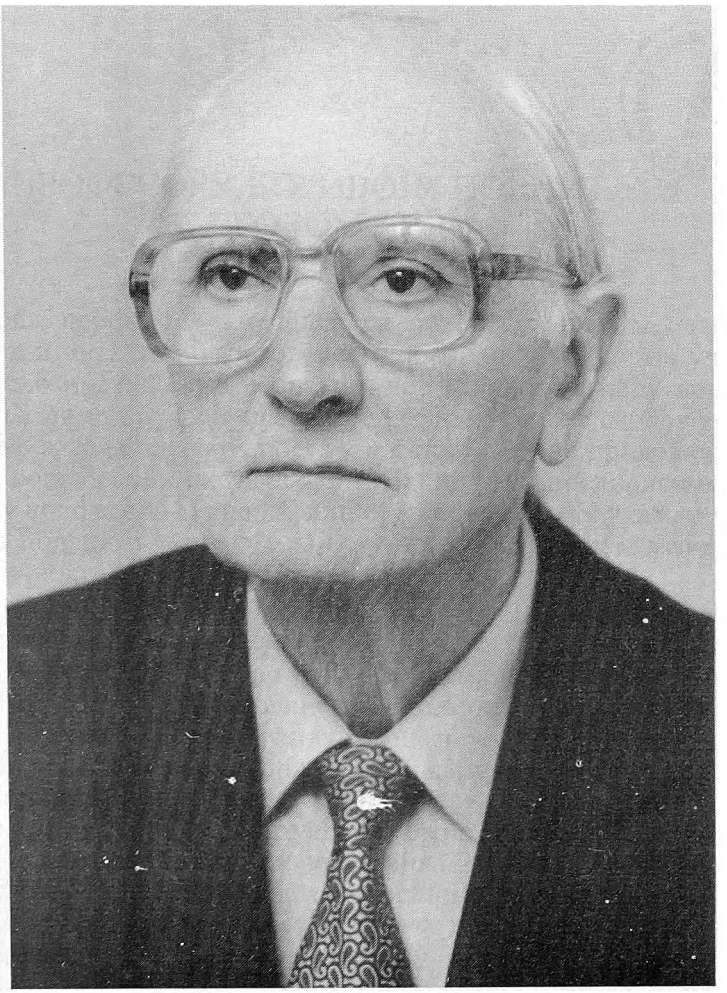
В. д. главног и одговорног уредника: др Дејан Поповић. Чланови: др Предраг Шулејић, др Сима Аврамовић, др Драгољуб Поповић, др Боривоје Шундерић, др Мирјана Тодоровић, др Ђорђе Игњатовић, др Љиљана Радуловић, др Милан Пауновић, мр Војислав Станимировић и мр Силвија Пановић-Ђурић (секретар уређивачког одбора).

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

Председник: Радосав Ћосић. Заменик председника: др Обрад Станојевић. Чланови: Драгослав Ћекић, Радивоје Јевтић, др Љубиша Лазаревић, Драгутин Милићевић, Михаило Младеновић, Гордана Симеуновић и др Обрен Станковић.

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Београду

Технички уредник: Мирко Милићевић
Лектор и коректор: Јасна Жарковић
Слог, прелом и штампа: Досије



АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLIV, Београд, бр. 2–3, март-јуни 1996, стр. 1–183

YU-ISSN 0003–2565

О ПРОФЕСОРУ БОРИВОЈУ ПОЗНИЋУ И ЊЕГОВОМ ДЕЛУ

Радови професора Познића, са интересовањем и пажњом дочекивани и читани у југословенској правничкој јавности, учинили су његово име не само познатим, већ и чувеним међу правницима. Они који имају срећу да са професором ближе сарађују и да га као човека боље познају, постају и остају његови приврженици, а не само поштоваоци његовог дела. Заклоњени пословичном повученошћу професора Познића, широј јавности су, међутим, остали непознати подаци о његовом животу, професионалном успону, о његовој личности.

Боривоје Познић је рођен 21. септембра 1914. године у Новој Градишки, као једино дете Вукосаве и Данила Познића, службеника финансијске контроле. Као дечак дошао је у Београд и у њему остао. У Београду је 1924. године завршио основну школу, а исте године се уписао у Другу мушку гимназију. Матурирао је 1932. године. Први корак према правничкој каријери учинио је 1932. године, уписавши се на Правни факултет у Београду. Професор Познић је један од најбољих студената своје генерације. Дипломирао је 11. новембра 1936, тек навршивши 22 године, са просечном оценом 9,54, тј., према тадашњим званичним оценама, са одличним успехом. Одмах по дипломирању уписао се и похађао докторандски курс на Правном факултету.

Почеци његове професионалне правничке делатности везани су за правну праксу. Неколико месеци по дипломирању (26. јануара 1937. године) ступио је на рад као адвокатски приправник, а истовремено и на обавезну праксу, у Окружни суд за град Београд. Као адвокатски и судски приправник радио је до септембра 1938. године, када је отишао на одслужење војног рока. Стекао је чин резервног потпоручника, што је остало једино подручје његове делатности у коме није напредовао. По доласку из војске наставио

је да ради као адвокатски приправник на стажу у суду. У државну чиновничку службу, у којој ће дуго остати, ступио је крајем 1939. године, запославши се у Државном правобранилаштву у Београду, као чиновник VIII положајне групе. Други светски рат га је затекао на тој дужности, коју је обављао до 1945. године, положивши у међувремену, 1942. године државни судијски испит. После ослобођења, 1945. године, ступио је у Министарство за Конституанту и тамо радио годину дана, а затим га преузима Комитет за законодавство и изградњу народне власти Владе ФНРЈ, у коме ради све до доласка на Правни факултет (1960. године) изузев у периоду од 1949. до 1951. године, који је провео као службеник у Министарству државних резерви ФНРЈ и у Савету за промет робом ФНРЈ.

Први наговештај о посебном интересовању професора Познића за правну област у којој је постао ауторитет, налазимо у његовој службеничкој документацији из 1946. године, у којој стоји да се бави научним радом у области грађанског процесног права. То је већ време када је почео са припремањем своје докторске дисертације. Радећи у Комитету за законодавство, професор Познић је највећи дао свога стажа провео у припремању и праћењу законских текстова у области грађанског права и грађанског процесног права. Не само његова интересовања током студија, већ и први његов објављени рад — „О неправичном обогаћењу" из 1939. године — дакле из времена када је, као двадесетпетогодишњак, био адвокатски приправник, показује изразиту цивилистичку оријентацију. Иако је основни предмет његових интересовања, од самих почетака научне делатности, било грађанско процесно право, професор Познић је писац немалог броја радова из материјалног грађанског права. Писао је, како ће се из библиографије добро видети, о различитим материјалноправним темама, посебно онима на које га је упућивао његов рад у Комитету за законодавство — о експропријацији, станарском праву, правном субјективитету у имовинским односима везаним за друштвену својину, о Једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари итд.

У свет процесне науке ушао је на велика врата, својом (нажалост) још увек необјављеном дисертацијом из 1952. године „О објективним границама правноснажности грађанске пресуде". Оцена коју су о тој дисертацији дали професори Михајло Константиновић и Борислав Благојевић, заслужује да буде поновљена у овој прилици:

„У својој дисертацији Б. Познић обрађује једно од теоретски и практично најинтересантнијих питања грађапског судског поступка, али и питање које је било и остало једно од најспорнијих питања ове материје, задржавајући се при томе у првом реду на проблему објективних граница правоспажности. Отуда и полазна поставка у овом раду: одредити предмет спора да би се тиме добили елементи за одређивање граница правоснажности, јер пресуда не

може ићи преко онога што је предмет спора. При томе се Познић задржава на разним мишљењима изнетим у науци и у појединим правима о садржини предмета спора, а посебно, с обзиром на проблем правоснажности, на утврђивању елемената којима се одређује идентитет предмета спора, упуштајући се у познату теоретску проблематику о природи права на правну заштиту, а у вези с тим и у питање односа материјалног и процесног права. У вези с тим он се критички односи према извесним процесноправним теоријама о аншпруху, сматрајући да се при решавању овога питања никада не сме губити из вида нужан однос између материјалног и формалног права, па зато сматра субјективно право предметом спора, што другим речима значи да предметом спора сматра тужбени захтев јер се кроз њега изражава управо субјективно право чија се заштита тражи. (...) Овим излагањима Б. Познић показује познавање све суштинске теоретске проблематике процедуре уопште, а напосе правоснажности, показујући тиме способност за научни рад у овој области, способност која се иначе ретко среће у редовима процесуалиста, и то не само код нас него и у другим земљама."

Препоручивши се својом солидношћу и поузданошћу, а посебно темељним познавањем европског законодавства и научне мисли у области грађанског процесног права, Боривоје Познић је у фебруару 1955. године изабран за хонорарног доцента на Правном факултету у Београду. Крајем 1960. године постаје стални професор и тада престаје његов рад, али не и трајна сарадња са Комитетом за законодавство. Напротив — и као државни чиновник и, касније, као професор, био је један од аутора најзначајнијих процесних и неких материјалноправних законских текстова. За редовног професора изабран је 1965. године. Две године — 1967/68 и 1968/69, у бурним временима за Универзитет, био је продекан Правног факултета.

Почев од шездесетих година професор Познић ради и као арбитар у Спољнотрговинској арбитражи у Београду, често у функцији председника већа.

Ступањем на факултет, Боривоје Познић постаје професор у најплеменитијем смислу речи. Готово сви који данас суде или заступају странке у овој земљи, научили су грађански судски поступак од њега. Било непосредно, слушајући предавања, било посредно, читајући његов уџбеник. Предавања професора Познића, изрицана непогрешивом дикцијом, са подвлачењем и поштовањем супротних становишта, памте хиљаде данашњих правника. Бројни његови курсеви на постдипломским студијама, увек нови и брижљиво припремани, наставили су да живе, међу онима који су имали срећу да их слушају и дуго памте, па је велика штета што су само фрагментарно публиковани у виду чланака. Нека само

мали избор тема са постдипломских курсева буде презентиран читаоцу: право на тужбу, пресуда због изостанка, појам парничне радње, дејства кривичне пресуде у парници.

Систем свог најутицајнијег дела — уџбеника „Грађанско процесно право" — професор Познић је поставио 1958. године, објавивши скрипта о грађанском судском поступку. Тај систем професор вредно усавршава до данас. Од 1962. до 1995. године изишло је 14 издања овог уџбеника. Већина њих су измењена и обогаћена, не само променама у позитивном законодавству, већ новим научним сазнањима, а посебно систематичним излагањем ставова судске праксе. Основна теоријска линија концепта грађанског процесног права у обради професора Познића, креће се од одређивања битних карактеристика науке грађанског процесног права као самосталне научне дисциплине, теоријски одвојиве, а функционално неизбежно повезане са материјалним грађанским правом — до појачаног указивања на нужност интензивнијег научног повезивања процесног и материјалног права, у новијим радовима и у необјављеним гледиштима.

Нема ниједног интригантног научног задатка из области грађанског процесног права кога се професор није подухватио у својим радовима. Ипак, ваља издвојити теме у којима је дао незаобилазан научни допринос: појам тужбеног захтева, правноснажност, правни лекови, утицај кривичне пресуде на парнични поступак, арбитражни споразум и арбитражни поступак, признање и извршење страних судских и арбитражних одлука. Резултате своје научне делатности и стање југословенске теорије и праксе више пута је представио међународној стручној јавности у рефератима које је припремао и личним учешћем.

У начину обраде и систематици чини се да професор нема доминантне узоре. Ипак, опажа се утицај професора Цуље, међу домаћим, те утицај Rosenberga, а у новије доба и Faschinga, међу страним писцима.

Од професора Познића наша правничка јавност очекује опсежан Коментар Закона о парничном поступку, коме је посветио зреле године свога живота.

Начин на који професор Познић приступа свакој теми коју разматра, јесте, вероватно, највећа вредност његовог дела. О свакој теми читалац редовно добија поуздану упоредноправну и позитивноправну информацију. Талентован за стране језике, професор лако чита неколико. При томе, систематично прати, обрађује и излаже ставове праксе. Када препоручује решење проблема који поставља, професор Познић са подједнаком пажњом износи супротна гледишта, па и антиципира још неизнесене противаргументе. У залагању за свој став, код њега има жара, али никад, чак ни између редова, нема потцењивања супротног становишта. Увек је

спреман да са онима који далеко мање знају од њега, провери своје аргументе и да, са уважавањем, саслуша њихово мишљење. Професор Познић је у научној дискусији изузетно фер борац.

Тај манир је пренео и у свакодневне контакте. Или се, обрнуто, у својим научним радовима показује онаквим какав је иначе: господин. Будући наизглед затворен и штедљив на речима, зна, међутим, да добро заинтересује друге за тему и да их наведе на разговор. Каквим психолошким механизмима то постиже, тешко је рећи. Изгледа да је у питању дискретни шарм једне толерантне личности која изазива поштовање и тиме што за оно што чини ни не очекује ни не тражи јавне и приватне хвале и признања.

Површно гледано, његова животна девиза је песимистична. На уобичајено питање како је, редовно одговара: „Хвала Богу, нема ништа ново!" Јер, ново често може бити неугодно. Његови сарадници и пријатељи су, међутим, имали прилике да се увере да овај исказ није резултат песимизма, већ здравог разума искусног човека. Уздржаност и ненаметљивост професора Познића не значе, међутим, никако слабост. Упорност, са којом континуирано следи пут чисте науке, ослобођене идеолошких и, уопште, ванначних обзирности, резултира и у професоровом раду и у животу једном ретком последицом. Све што чини, чини *lege artis*, дакле, са посвемашњом прилагођеношћу предмету, без обзира да ли је тај предмет научни, педагошки или чисто лични. Једини компрописи на које је спреман, увек остају у оквиру правила струке и часнога живота. Његова тиха, а упорна борба за друштвену афирмацију права и правништва, одвија се на правим местима: на Правном факултету, у Спољнотрговинској арбитражи, у брижљиво обављаној дужности секретара Удружења за упоредно право, коју је некада вршио. Данас, у поштовања вредним годинама, човек који је готово читав живот провео у једном месту, а ипак живео у четири државе, који се сећа дана када су сађени платани испред зграде Правног факултета, нашао је времена, а посебно младалачког интересовања да се укључи у нова правничка удружења: у обновљено удружење за упоредно право и удружење за право Европске уније.

Са професором Познићем је лако сарађивати — још лакше је од њега учити. Он воли то што ради. Његов интелект је избегао старост. Увек критичан, никад о себи није мислио као о великом професору и научнику. И не воли велике речи о себи. Само зато их нисам написала.

др Весна Ракић-Водинелић

УЗ 80-ти РОЂЕНДАН ПРОФ. Б. ПОЗНИЋА
— нека моја размишљања о професоровом раду –

Осамдесет година живота проф. др Б. Познића је дивна прилика да се подсјетимо рада нашег изврсног педагога и учитеља, врлог научног посленика, заљубљеника истине и правде, те одабране одоре-форме у коју се ове дају утиснути и да слављенику зажелимо нове животне и радне јубилеје.

Кад год сам читао његове књиге, радове, слушао његове савјете, слиједио примједбе, трагао по његовим упутима, у једном се нијесам колебао: проф. Б. Познић је рођен да буде врли педагог и саговорник, велики правник и процесуалиста, примјеран хуманиста. Томе у прилог професорова дивна и увијек присутна одмјереност и пројектован и педантан прилаз образовним, научним и другим пословима.

У мојој намјери да се бавим процесним правом прве прочитане странице професоровог уџбеника освојиле су ме. Свако даље читање његових књига и студија, белешки, коментара и радова будило је у мени мисао коју сам некако интимно његовао и наметала ми се као заповјест: слиједи професоров начин писања, расуђивања и казивања ако хоћеш међу процесуалисте. И сви други професорови ђаци, вјерујем, да су му у томе захвални. Моја генерација постдипломаца (грађанско-правни смјер) имала је срећу и у другим ауторитетима као што су били проф. Беговић и проф. Константиновић — мајстори опажања, анализирања, закључивања и упоређивања, писања и нарације — мајстори језика у правној литератури. Истини за вољу, ни наш слављеник проф. Познић није кренуо са ледине — имао је кога подражавати — читаву плејаду великих професора и научника окупљених у последњем столећу око Правног факултета у Београду до закључно са академиком проф. др Б. Благојевићем. Њега не могу да не поменем; он је нас његове ђаке плијенио присношћу и свеколиком пажњом. Свима нама који смо ђаци два Бора импоновао је и њихов однос — однос искреног и правог уважавања. Однос за школу свима који раде на факултетима. То је и однос претходника и следбеника у којем је овај први имао срећу да прије „удари" по бројним крупним проблемима у процесним наукама (*Начела о парничном поступку*, 1936. год.), а други да настави и не сустопицом него оригинално у том правцу нудећи генерацијама преко уџбеника и других радова систематизовану грађу грађанског процесног права, а преко овог своја

и гледања других о свим значајним и отвореним проблемима у овој дисциплини.

Отуда је дјело проф. Познића настављање традиције београдске школе. Проф. Познић то чини баш по мјери, обавезујући оне који долазе да наставе и чувају ту дивну традицију. Иако на том путу никада не достају заваравања и разне странпутице, данас их има као никада, ипак не треба страховати да наслеђе неће наставити да проноси славу те школе по мјери и баш у складу са традицијом.

Познићево најважније дјело је уџбеник: *Грађанско процесно право*. То дјело је допуњавано и пречишћавано у дугом временском периоду у 14 издања. Толика брушења учинила су ово дјело не само по концепцији, садржају и форми него и по начину казивања — језику, комплетним и незаобилазним за све оне који ће се бавити проблемима процесних наука. У нашим оквирима и шире, ријеч је о књизи којој се стално враћају студије и практичари увјерени да ће у њој наћи све што им је нејасно и што их интересује.

Овим дјелом Познић успоставља нераскидивост форме и садржине и даље праксе и науке, показујући како се прва довија тамо гдје је теорија и даље сива и недоречена, тамо гдје се трагања даље настављају.

У овој књизи која је писана енциклопедијски, што је још један квалитет овог дјела, професор је милимикронски одредио квантум који студенти треба да науче, остављајући литературу онима који више хоће. Измјерио је тако и толико колико је потребно да се овлада појмовима и проблемима, да се разум подстиче и развија у мисао која је јасна, логична и прецизно формулисана умјешношћу коришћења језичким законитостима и грациозностима, тим срећним погодностима језика, које су се уткале, показује проф. Познић и у језик процесних наука. На тај начин се студент и читалац уводи у смисао вредновања и систем вредности у науци грађанског процесног права, разликујући при том оне које смјерају универзалности (актуелним у свим сличним системима у свијету) и оне које негује наш поредак, које су из потребе и конвенционалности тренутка. У том смислу за примјер су навођења о самоуправном судству. Тако јер њихову конзистентност није могао никада до краја смјестити у учености о поступцима у грађанском судовању.

Сва професорова казивања иду за тим да се у поретку — правном систему створе једнаке могућности заштите за све грађане, не признавајући међу овима никакве подвојености. Исто тако пледира да је заштита слободна и да њој са аспекта субјеката не приличе никаква ограничења, или прецизније, не приличе док су у оквиру правила која одређују поступак. Поступци су у законима, а ови пледира проф. Познић ваља да буду изведени из правила и

достигнућа у другим законодавствима и достигнућа теоријских наука, с једне стране и искустава, с друге стране. Поштујући искуства професор као да савјетује законодавцу да пази на традицију. Кодификације које су је заобилазиле тешко су се гнијездиле у живот. Закони који се не потврђују у пракси, најчешће су промашаји.

Ми не смијемо и нећемо замјерити професору, што у првим издањима, у формулацијама промичу извјесна довијања, нпр. кад говори о судовима, одговорности судија, избору, подобностима за избор, реизбору итд; они су у строгости које су ограђивале ондашњу врховну и сваку власт од било каквих опорих и јаких ријечи, или, не дај Боже, грубости, а не у професоровим оваквим или онаквим пропустима. То је проф. Познић, као ненаметљив, тих и рекло би се политички неангажован човјек, одмах осјетио, па је тај дио у примјерима и преко критикованих норми облачио у меку ријеч, по оној народној: „Тиха вода бријег ваља".

У обликовању уџбеника много му је помогло знање страних језика, посебно њемачког. На том језику је огромна литература из процесних права, посебно грађанског процесног — у њој су и многе теорије. У ишчитавању те литературе крцао се новим сазнањима и информацијама. То му је добро дошло да припреми одличну шему — модел за књигу Грађанско процесно право. Преко тих ишчитавања, већ на старту је начисто да га сва она питања која су теоријска, у којима се ослобађа и суочава дух са идејама од фундаменталних важности, које су увијек отворене и актуелне неће спутати у објашњавању конфликта — спора без кога се не могу замислити грађански поступци, посебно парнични, нити објашњавати радње кроз које ти конфликти пролазе. У тим дјеловима ове књиге је огромна помоћ правницима практичарима, адвокатима и судијама.

У теорисању о неким проблемима у контексту истине и лажи, слободе и правде, природе парнице и односа, права на тужбу и тужбе, разума и увјерења, увјерења и сумње, професор се труди да цјеловито поставља проблеме, да их објашњава одабраним ријечима и разумљивим језиком и опет у оквиру теорија за које је убијеђен да су најкомплетније, мада је свјестан да се таквим расправама не чине бог зна какви помаци у теорији и филозофији овог права.

Афирмишући форме парничног, ванпарничног и извршног поступка професор показује да су њихове границе опет у формама, али сада других поступака предвиђених и срочених за друга права. Ове форме су складне ако се разумију, ако су до краја доречене, ако су узајамне и ако се заодијевају у цјелину правног поретка. У том смислу су запажена професорова тумачења односа међу поступцима, посебно парничног и кривичног, те парничног и управног

и обрнуто. Тамо се потенцирају и све финесе међу овим поступцима.

У свом укупном дјелу, проф. Познић је имао срећу да је на другом великом факултету истог језичког подручја (то исто нам, надам се не могу узети ни свјетски моћници, ни други зли дуси ни повампирени и распамећени духови ни жеље одређених језикословаца у Хрватској да и то уразличите!), у Загребу, радио исто тако врли процесуалиста, академик проф. др Синиша Трива, па се имао и с ким поређивати. У таквим поређењима су подстицаји да се комплетније, љепше, ученије, свестраније, језички дотераније саопштава цјелокупна грађа. Зато није случајно да је свако ново издање њихових уџбеника све богатије и богатије гледањима и ставовима оног другог. Иначе, у питању су аутори који су се узајамно цијенили и поштовали. Оба ова аутора и сваки на свом факултету и опет независно радили су трудно да дисциплинама обезбиједе завидно мјесто у наставним плановима, а својим радовима и у литератури. На нама је обавеза да се као носиоци наставе из грађанског процесног права задржимо на том путу. У наше вријеме, због многих злоупотреба не само материјалног права него и поступка, обавезе су још веће. Ми морамо трагати за таквим и новим механизмима и средствима којима ће се заштита у поступцима пред судовима учинити ефикаснијом и бољом. При том разумије се не смије се заборављати на велика начела поступка — она не смију бити уштинута.

Нијесу само у питању злоупотребе већ и корупција и криминал. На многим скуповима правника и социолога широм свијета недвосмислени су у закључцима да су корупција и криминал највеће опасности по стабилност поредака и да од тога нема амнестираних дјелатности — оне у властима су најопасније, а у нас су теже и опасније чињеницом ратног окружења. Стога су обавезе нас процесуалиста да истрајавамо на путу изналажења најбољих форми, тим веће. Кад сам већ у овим водама, ваља подсјетити да је господин Ериксон — предсједник Интерпола, ту, скоро, на скупу у Кини истакао да носиоци корупције и криминала поткупљују власт, нудемито у неодољивим свотама, улазе у све сфере живота, стичу велике положаје, угрожавају демократију, спречавају слободу и конкуренцију и тако постају често снажнији и од саме власти. У том смислу ваља подсјетити на афере каква је она са Вилијем Класом или Андреотијем и ко зна још колико таквих и сличних и у нас и у свијету. Даље наводи да је борба против корупције и криминала те корумпираног дијела власти питање живота или смрти наше планете. Зато морамо сви бити забринути. Нас посебно брину такве појаве у судској власти, ближе у грађанско судским поступцима, а у питању су увијек кад се у суђењу судија дрзне против закона, а таквих примјера у нашој пракси има напретек. У

трагању за новим средствима у систему заштите ваља изаћи из фарсе о одговорности судија, каква је у нашим важећим законима о судовима у обје републике. Код накалемљене сталности судијске функције, без праве, доречене, стварне и отворене одговорности и по органу посве одређене нема сигурне и праве борбе у правосуђу против свих суданија и других зала која се тамо увлаче. Додао бих, и без несметане, ничим ограничене и слободне иницијативе грађана у покретању поступака одговорности судија и гаранција да ће о њој решавати независан орган, свеједно је како ће се звати.

Овим излетом, колико се год чини да се на тренутак одвајамо од слављеникова рада, жеља је да се управо покаже колико је такав рад значајан и како и колико поменуте појаве опомињу на стално трагање за бољом заштитом, а посебно оном пред судовима. На том послу професор Познић је од првог објављеног рада. Ових дана са нама, његовим ђацима, радио је на измјенама и допунама Закона о парничном поступку. Великом знаношћу и смјерним опажањима, у сваку дилему је улазио са пуно аргумената, сервирајући нам како је слична ситуација дефинисана у другим системима, посебно великим као што су њемачко или француско право. Наручиоцу посла, Министарству правде није превидио да покаже да измјене и допуне које се нуде нијесу ништа више до само премошћавање права минуле државе у позитивно право као и да то премошћавање не може ићи даље од коначних опредељења о судбини форме на нивоу парламената, посебно савезног. Тада, каже проф. Познић ми опет треба да засучемо рукаве и да изнова припремимо текстове за сваки од грађанских поступака.

Импонује у овом послу професорова издржљивост. Упркос тако лијепих година, он са нама ради и прије и после подне и скоро без паузе. Ми, његови ђаци, му се дивимо и уједно желимо да то потраје.

И овом приликом као и увијек професорова запажања смјерају на све пропусте и нуде најбољу и најчистију дефиницију. То је у континуитету његових настојања и жеља за најприкладнијом формом, формом из које судови преко својих одлука ваља да сеју законитост, истину, једнакост према субјектима, поштовање права и поступака, те да смјерају правди гдје год је она опипљива, потврђујући тако циљеве и намјере који слиједе из великих начела процесног права, а онда и сам правни поредак.

Кроз такву праксу, говори професор Познић, навиру идеје за мијењање оних правила у поступку која се покажу уским и недореченим за поменута начела, или пак за допуне тамо гдје је то могуће. Добра судска пракса брзо осјети и правила у којима се закидају или заобилазе људска права. У тим и таквим оквирима дешава се да судови крену и обрнуто — тада судска пракса застра-

њује. Пратећи оба ова смјера у судовању, професор Познић је учинио низ бељешки о судској пракси. Поменимо оне за 1968. и 1969. („Анали", јануар-април 1971), па оне за 1970. („Анали", септембар-децембар 1972), и даље за 1971. („Анали", новембар-децембар 1973) и за 1972. („Анали", мај-јун 1975). У њима је професор Познић на најтананији и најфинији начин, заобилазећи сукобе са судским властима, што је својеврсна мудрост, показивао пропусте које чине судови и то како оне који се дешавају у приступу и поступку тако и оне који су суштинског значаја. У њима се неријетко професор отисне у теоријска разматрања, као на примјер кад говори о дејству кривичне пресуде у парници — в. Белешке за 1971. годину, или кад говори о злоупотребама процесних права — в. Белешке за 1972. годину и сл. То су радови које они који буду заокупљани проблемима судске праксе и шире проблемима судских поступака не могу заобилазити. И не само да их не могу заобилазити него ће им се оне начином писања, расуђивања и закључивања наметати да их слиједе. У томе је нарочита врлина професоровог писања.

Судијама, свршеним правницима, адвокатима, наставницима и свакако слушаоцима — студентима, подарио је *Коментар закона о парничном поступку*. И ту је дошла до изражаја Борина способност одличне прегледности и исто такве систематичности у рељању судске праксе. Сви који су имали ову књигу утиска су да је ријеч о коментару из којег се да не само сазнати него и учити као из врло прегледног уџбеника.

И сви други његови радови — највише их је у „Аналима", показују велику префињеност у казивању и дефинисању проблема. Неки су писани прије четрдесетак година и ваља примјетити, кад их и данас читамо, њихову актуелност и свјежину. И тада и у сваком његовом раду настојао је да прескочи оно што тематски није значајно или што не почива на разуму и логици. Имало је и тога у развоју наше процесне норме. И у томе су вредности његовог писања.

Приводећи крају овај осврт, не би ваљало а да се не потенцира како је својим ученицима и студентима савјетовао: „Држите се чињеница!" За оне који оду да раде у судовима наводио је да ће неопростив гријех учинити кад год заобиђу чињенице, а још већи ако им се деси да их силују или изврћу.

Као добар познавалац историје процесних права, а онда и традиције, Познић у својим радовима показује да их ваља уважавати и да их треба мирити с модерним гдје год је то могуће.

Његово дјело, уравнотеженост у трагањима, те приступ проблемима, систематичност и цјеловитост грађе и језичка дорећеност прибавља му несумњив и велики ауторитет и неподијељено пошто-

вање правника, нарочито оних који раде на факултетима, у судовима, адвокатурама и на сличним пословима. У име свих ових бранши одважио бих се да предложим Правном факултету у Београду да већ од ове године раде на припреми и издавању цјелокупног дјела професора Познића.

У свему, жалим што нијесам имао много прилика да се дуже и више дружим са проф. Познићем. То су условљавале и објективне околности, повелика раздаљина између Београда и Подгорице. Из то сусрета, у два и са госпођом Надом, супругом проф. Познића, сигуран сам да је великим дијелом у њеној бризи професоров мир и свака удобност коју породица пружа, што је професору давало маха за рад, те да им је и због тога овај јубилеј заједнички. Вјерујем да ми допуштате да у име свих пожелим да славимо наредне професорове јубилеје богатије за још које дјело.

др Милисав Чизмовић
редовни професор
Правног факултета у Подгорици

UDK 347.92

др Владимир В. Водинелић
ванредни професор Правног факултета у Београду

ЦИЉ И ПРЕДМЕТ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА
— две рефлексије о односу субјективних права и парничног поступка —

Враћајући се докторској дисертацији јубилара, проф. Боривоја Познића, о правоснажности (1952), писац се ограничава на питања: шта је циљ грађанског процеса и шта је предмет спора. — Двојака промена, која је уследила у међувремену а једва да се наговештавала у оно доба, чини потребним да се прошири како одредба примарног, непосредног циља парничног поступка (заштита субјективног права одн. индивидуалног интереса) заштитом и правних позиција које не представљају субјективна права већ остваривање скупних интереса, тако и одредба секундарног, посредног циља (остваривање, потврђивање објективног права одн. општег, друштвеног интереса) задатком стварања права. — У погледу спора о предмету спора, писац сматра потребним једно прецизирање ставова о тужбеном захтеву као предмету спора. Stricto sensu предмет спора није тужбени захтев, већ основаност тужбеног захтева. Није спорно сам тужбени захтев, већ је спорно једно његово својство — основаност; суд заузима став према истинитости, основаности тужбеног захтева: он испитује његову основаност, и одлучује о њој.

Кључне речи: *Парнични процес. — Циљ парничног процеса. — Предмет парничног процеса.*

Тема докторске дисертације јубилара, професора Боривоја Познића — објективне границе правоснажности грађанске пресуде (1) — од оних је тема које писцу намећу истовремено опредељивање и о многим темељним стварима дисциплине. Изискују изјашњење, рецимо, и о типовима пресуде, о појму тужбеног захтева и односу са тужбом, о предмету спора (шта је предмет одлучивања у парници), о томе какав је однос судске одлуке и субјективног права, шта је циљ процесног права и грађанског судског поступка

(1) Боривоје Познић, *О објективним границама правоснажности грађанске пресуде*, Правни факултет у Београду, Београд, 1952.

итд. Нека од ових питања онда опет неизбежно воде ка заузимању става и о *односу материјалног и процесног права* и траже да се искажу сопствене материјалноправне позиције. И ето онда места где ова дисертација буди пажњу и некога ко се бави само материјалним грађанским правом. Одабрао сам за ову прилику два таква питања о односу парничног поступка и субјективних грађанских права.

1. Једно од њих јесте питање о *циљу парничног процеса* одн. парничног процесног права. Питање правоснажности спада међу она малобројна централна питања процесног права која стоје непосредно у вези са питањем процесног циља (2).

Познић је своја разматрања поставио као опредељивања према два супротстављена става: по једноме од њих, парнични поступак и парнично процесно право служе остваривању правног поретка (објективног права) одн. остваривању општег, друштвеног интереса, а по другоме, парнични поступак и парнично процесно право намењени су заштити субјективног права одн. остваривању приватног интереса. У време када је дисертација писана, ти ставови су још увек били заступани претежно у смислу искључиве опредељености писаца за један или за други (3). Познић се не опредељује ни за једно од тих екстремних становишта, већ говори о два циља парничног процесног права одн. парничног процеса: о једном ближем и једном даљем, одн. како он то каже — непосредни и пос-

(2) О таквим питањима в. код H. F. Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, Archiv für die civilistische Praxis, 1, 1968, стр. 35, а о теоријама о циљу парничног поступка осим у том раду в. и код E. Schmidt, *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie (Mit einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sog. Prozeßökonomie)*, Frankfurt a.M., 1973, стр. 9 и д., 12 и д., 24 и д., исти, Einleitung, у: *Kommentar zur Zivilprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare)*, Neuwied-Darmstadt, 1987, стр. 5 и д.

(3) Уп. из тог времена од угледних аутора опредељење A. Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, 1950, стр. 12, 13. Види и исти, *Einführung in die Rechtswissenchaft*, Karlsruhe, 1949, стр. 218. Управо у то време појавила се и једна од најодлучнијих, иначе ретких негаторних теорија о смислености бављења питањем о циљу поступка, која само учење о циљу поступка дисквалификује као псеудо-метафизичку догму, F. von Hippel, *Zur modernen konstruktiven Epoche der „deutschen Prozeßrechtswissenschaft"*, Zeitschrift für Zivilprozess, 6, 1952, стр. 431 и д., 433. Она се обрушила на схватање да је „циљ сваког процеса истина и правда", које је формулисао W. Niese, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre)*, Göttingen, 1950, стр. 16, 19. Кључна места von Hippel-ове критике су ова: „... *дефиниције 'циља' поступка не могу у крајњем резултату бити задовољавајуће. Или су образоване једностарано и уско,* пошто се при дефинисању имало у виду само неке могућности процесних решења, која су одговарајућа додуше за извесне случајеве, али нипошто за све. *Или дефиниција испада контрадикторна,* јер догматичар, да би спречио такве једностраности, као циљ истог процеса комбиновано надовезује једну на другу више међусобно неспојивих солуција. Или се пак, да би се истовремено избегла Сцила једностраности као и Харибда у себи противречног одређења, циљ процеса дефинише *тако уопштено и празно,* да је он додуше очигледно „исправан", али, прецизније сагледано, више не исказује ништа обавезујуће и применљиво", стр. 432.

редни циљ поступка. *Непосредни циљ* поступка он види у заштити субјективних приватних права, а *посредни* у одржавању објективног права, правног поретка. Речима самог аутора: „Тешко је наћи одлучан аргумент за једно или за друго схватање о непосредном циљу процеса. Нама ипак изгледа да при одређивању овог циља треба поћи од онога што грађанин у процесу види, а то је пут за остварење (заштиту) његовог субјективног права. Тужбом суду обраћа се он зато што мирним путем своје правно није могао остварити. Покрећући спор он има првенствено пред очима своје право, свој интерес, формиран у оквиру могућности које му пружа његова класа. Зато не можемо да разумемом Sauer-a кад каже: 'Моје право својине не пропада нити бива угрожено (!) тиме што ми је ствар одузета или што други смета његовој употреби'. Али, питамо се, шта ће бити од нашег власништва на тој ствари, ако једног дана неко трећи стекне своје власништво на њој? Ако нам ствар не буде добровољно враћена, онда нам само процес омогућава да поново дођемо у ситуацију у којој ћемо моћи да са њом радимо оно на што смо као њени сопственици овлашћени. — Но, не може се порећи ни исправност поставке 'објективиста' да се грађанским процесом потврђује (одржава) правни поредак. Само, овај задатак процес обавља посредно, обављањем задатка пружања заштите правима грађана. У томе смислу и Б. Благојевић закључује своја излагања о циљу процеса, ако смо га тачно разумели. ('Начела', стр. 112–113). Спор добија решење у складу са објективним правом, то право се конкретизује, али то бива давањем одговора на тужиочево тражење. — Ако кажемо да процес има за задатак заштиту субјективних права, тиме не мислимо да га обележимо као инструмент кога држава ставља грађанима на располагање, да они њиме рукују по свом нахођењу и путем њега у својим правним односима по потреби остварују циљеве који не одговарају задатку процеса. Ако постоји ради заштите права грађана, то не значи да се само грађана тиче. Мада има у првом реду за циљ заштиту субјективних приватних права, процес ипак задржава јавноправни карактер. Он је инструмент којим рукује држава и као такав не сме се употребљавати у сврхе које се не слажу са његовим главним задатком"... (4) „У ствари, одржавање правног поретка је онај виши, посредни циљ једног и другог. Као такав, он представља један од основних елемената за покушаје њихове позитивноправне интеграције и научне синтезе" (5).

Заштиту субјективних приватних права Познић сматра не само непосредним него и *специфичним циљем* парничног процеса, јер се управо по овоме тај процес разликује од кривичног процеса: „Заштита субјективних приватних права као специфичан циљ грађанског процеса омогућује да се ова правна грана по свом циљу

(4) стр. 2 и д. фуснота 1а.

(5) стр. 3 фуснота 1а (последњи пасус).

јасно разликује од осталих, а пре свега од кривичног поступка. Та разлика се губи код 'објективноправне' теорије. Ако је одржање правног поретка специфичан циљ како једног тако и другог процеса, има ли онда између њих какве разлике у том погледу?" (6)

Да је у доба када је писао дисертацију Познић пристао да чини концесије духу времена, као циљ поступка одредио би једино остваривање правног поретка одн. општег интереса, или би — у најбољем случају — успоставио управо обрнути редослед између индивидуалног и општег интереса у погледу њихове примарности или секундарности. Како *данас* ствар стоји са Познићевим ставом о заштити субјективног права одн. индивидуалног интереса као примарном, а остваривању (потврђивању) објективног права одн. општег, друштвеног интереса као о секундарном циљу парничног поступка? Мислим да је у међувремену уследила двојака промена, која једва да се наговештавала у оно доба.

а) У конкуренцију са тако одређеним примарним циљем парничног поступка ступио је *још један примарни циљ*, или, можда прецизније, тај примарни циљ *проширен* је на заштиту и нечега што није субјективно право одн. нечега што није индивидуални интерес. Кроз грађански поступак штите се данас, како у упоредном праву (7), тако и код нас, и оне правне позиције које се не изражавају као субјективно право, а посматрано са становишта интереса не значе заштиту индивидуалног интереса (ни физичког лица, а ни правног лица) већ *скупних, колективних интереса.* Заштита потрошача, заштита човекове околине, заштита коректности (лојалности) конкуренције у неким видовима и сл. не почива, наиме, на заштити субјективних права, нити на индивидуалној погођености неког појединачног интереса, него на колективном, групном интересу који је погођен сумирајућим ефектом. У таквом парничном поступку, какав се може покренути захтевом предвиђеним нпр. у чл. 156 Закона о облигационим односима (1978) (8),

---

(6) стр. 3 фуснота 1а (други пасус).

(7) в. M. Cappelletti — B. Garth, *Introduction* у: M. Cappelletti (ред), *Accès a la justice et état-providence*, Paris, 1984, стр. 15 и д, H. Kötz, *La protection en justice des interets collectifs — Tableau de droit comparé*, у: M. Cappelletti (ред), *ibid*, стр. 93 и д., V. Rakić-Vodinelić, *Protection of Diffuse, Fragmentary and Collective Interests in the Yugoslav Court Procedures*, Yugoslav Law, 3, 1982, стр. 43 и д., иста, *Еколошка тужба*, у: Закон о облигационим односима 1978–1988, Књига о десетогодишњици, том II, Београд, 1988, стр. 436 и д.

(8) Чл. 156 ЗОО: „*Свако* може захтевати од другога, да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета њему или *неодређеном броју лица*, као и да се уздржи од делатности од које произлази узнемиравање или опасност штете ..." (ст. 1). „Суд ће на захтев *заинтересованог лица* наредити да се предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете или узнемиравања, или да се отклони извор опасности ..." (ст. 2).

по среди је заштита правних позиција које су различите од субјективног права, и заштита колективних, групних интереса, који су различити од приватних, појединачних, а различити су и од општих, друштвених. Као нешто између субјективног права и правног поретка, као нешто између приватног и општег интереса, они се појављују са становишта примарног циља парничног поступка у истој равни са субјективним правом и индивидуалним интересом (мада ни у законодавству ни у пракси тако учестало као ови).

б) Данас се, осим тога, боље види него у оно доба да ваља *проширити* и одредбу *посредног циља* парничног поступка, и то у смислу да је задатак тог поступка не само да остварује (потврђује) правни поредак, него и да доприноси његовом стварању. Када то кажем немам у виду само посао суда (речено традиционалним терминима) у случају попуњавања правних празнина, у случају поступања praeter или contra legem него и када тумачи право и када поступа secundum legem. Развој правне методологије у (скупно исказано) антипозитивистичком правцу, управо у последњих пет деценија није оставио више ни мало места за виђење судије као супсумционог аутомата који остварује (потврђује) правни поредак тако што случај подводи под унапред од стране законодавца сасвим зготовљену норму, за виђење правничког посла као примене већ справљених решења, нити за виђење објективног права (прописа) као довољног система из којег се могу логичким путем извести, дедуцирати сви одговори на правна питања. Да само законодавац (парламент) ствара право, а суд га само примењује, тај став (уставноправно подупрт) концептуално сасвим одсечно предочава поделу рада у свету права (сликовито представљену Montesquieu–овом фигуром судије као усана које само изговарају законодавчеве наредбе) (9), али бива коригован у сусрету са фактицитетом правничког поступања. Нити су законодавчеве норме нека, у односу на судију, већ у целости зготовљена решења, и довољна да се само на основу њих донесе судска одлука, нити је судска делатност обична примена тих норми и служење само њима при одлучивању (док по радикалнијим ставовима, законски текст не само да није једини него ни одлучујући критеријум правилности одлуке) (10). У доба рационализма (од 16. в.) формирана је представа о изрицању права као примени унапред формулисане (законске) норме и о примени права

(9) Монтескје, *О духу закона*, том I, Београд, 1989: „народни судији су само уста која изговарају речи закона, беживотна бића која не могу да му ублаже ни снагу" (стр. 183). „Од трију власти ... судска је на неки начин ништавна" (стр. 180). „... пресуде морају да буду у тој мери устаљене да увек представљају само прецизан текст закона. Ако би изражавале појединачно мишљење судије, живело би се у друштву а да се не би тачно знале обавезе које се у њему преузимају" (стр. 178).

(10) В. нпр. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1967, стр. 159 и д.

као логичком закључивању (дедуцирању) (11), и пригрљена у позитивизму 19. века, али је већ од почетка 20. века таква представа правничког поступања непрестано оспоравана (најјасније у школи слободног права). Још увек је нерешен спор између методолошких традиционалиста који верују у дедуктивну структуру правног одлучивања и у (изворни или проширени) канон тумачења и, са друге стране, реторицисте који (и сами међусобно различити по разним питањима сложно) оспоравају свако поступање извођењем из система мада им није пошло за руком да понуде нешто што би као алтернатива наишло на шире прихватање међу правницима. Али је бар општеприхваћено да се правне одлуке не могу доносити, нити се доносе само употребом традиционалног скупа правила тумачења (12), и да се ни правна норма ни чињенично стање не затичу као већ готове дате. Тумаче се и норма и чињенично стање. Повезују се, доводе се у везу једно са другим путем поступака који нису само логички, поготово не само формалнологички. Чак ни у најједноставнијим случајевима када су норма и чињенично стање већ унапред формулисани. Суд не може да резултат своје делатности из парничног поступка учини извором права, ако под тиме подразумевамо општеобавезну правну норму, али је позван да управо он мериторно одлучи и тиме не само да спроведе и потврди неки поредак који већ постоји него да га изграђује, будући да неки већ зготовљени не затиче: правна норма која ће представљати правно решење неког случаја не своди се на прописану одредбу него је резултат и судијине делатности. Право судија не затиче као нешто већ готово, већ довршено, па га ни парнични поступак не остварује (потврђује) као таквог, него га и ствара и доствaрује.

2. Постоји један проблем који је мезимче немачке, аустријске па и швајцарске процесне теорије, док је у француској, италијанској нпр. пре пасторче. У нашој теорији такође заузима истакнуто место, а у погледу њега ни данас нема потпунијих разматрања од оних у дисертацији проф. Познића. Тај проблем гласи: шта је *предмет расправљања у парници* — о чему се води спор — шта изриче пресуда у изреци одн. о чему то суд одлучује? Од одговора на то питање зависи неколико ствари: да ли постоји идентитет (истоветност) предмета спора, да ли је по среди преиначења тужбе, ради ли се о постојању двоструке или вишеструке литиспенденције,

(11) В. код H. Fiedler, *Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre*, у: G. Kohlmann (Hrsg), Festschrift für U. Klug zum 70. Geburtstag, Köln, 1983, стр. 55, 59.

(12) В., уместо многих, R. Weimar, *Rechtstheoretische und methodologische Aspekte zur richterlichen Entscheidung*, у E. Mock и др. (Hrsg), Auslegung — Einsicht — Entscheidung, Frankfurt a. M. и др., 1983, стр. 82, E. Bund, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg. i. Br., 1983, стр. 174.

а између осталог зависи и то шта је онда обухваћено правоснажношћу, због чега је то питање и разматрано у дисертацији, будући да „Одредити домашај правоснажности у објективном смислу, значи одредити границе онога што је у датом случају као спорно међу странкама добило пресудом своје решење. Те границе, дакле, одређене су конкретним карактером пресуде: оне не могу ићи преко онога што је било предмет спора". (13)

О питању шта је предмет спора постоји, пре свега, једно *предтеоријско* становиште, тј. оно што би лаик, просечна странка о томе рекла. А она ће казати нпр. да се спор води о тараби, или о биљкама које је обрстила коза, или о парама, или о части итд. У тој лаичкој визури догађа се поистовећивање — само на терену процесних категорија — од оне врсте коју цивилисти познају код својине, где лаик ставља знак једнакости у своме исказу између предмета права својине и права својине самог. Познић указује да тако схваћен предмет спора употребљава понекад и судска пракса, па и законски текст, и исказује у односу на њега извесно разумевање са становишта тежње да се законски текст што више приближи народу (14).

У процесноправној теорији забележена су три основна става о предмету спора (15). Најсажетије приказани, држећи се редоследа њиховог настанка, то су ови ставови.

По *субјективноправној концепцији* (тзв. *материјалноправна*, или *цивилистичка*, или *пандектистичка* концепција): субјективно грађанско право је предмет спора; тужилац захтева од суда нешто (правну последицу) у погледу одређеног субјективног права, а судска одлука исказује да ли му то (правна последица) следује по *том* субјективном праву.

По *изворној процесноправној концепцији*: субјективно право није предмет спора, него су правна последица и чињенични скуп предмет спора; тужилац захтева од суда нешто (правну последицу) у погледу одређеног чињеничног скупа, а судска одлука исказује да ли му то (правна последица) следује из *тог* чињеничног скупа, макар и по неком другом субјективном праву различитом од онога на којег се тужилац позива.

По *радикалној процесноправној концепцији*: субјективно право није предмет спора, нити тужилац захтева од суда нешто (правну

(13) Б. Познић, *op. cit.* (у прим. 1), стр. 1.

(14) *op. cit.* (у прим. 1), стр. 5 прим. 2.

(15) Подробније о схватањима в. Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1993, стр. 170 и д., М. Дика, *Право на тужбу*, Загреб, 1987, стр. 201 и д., Б. Чалија, *Предмет спора и објективне границе правоснажности*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1988, стр. 43 и д., и преглед код H. Köhler, *Der Streitgegenstand bei Gestaltungsklagen*, Frankfurt a. M., 1995, стр. 3 и д., сви са даљим упућивањима на лит. и судску праксу.

последицу) у погледу одређеног чињеничног скупа, већ поставља одређени захтев, а судска одлука исказује да ли му то (правна последица) следује из *тог или било ког* другог чињеничног скупа, и да ли му следује по *било ком* субјективном праву.

Познић исцрпно у дисертацији приказује сва становишта и одвагава аргументе за и против. Усваја *изворни процесноправни став*, став о правној последици и чињеничном стању као предмету спора: тужбени захтев је предмет спора, а тај тужбени захтев у процесном смислу представља тврдњу тужиоца да има неко угрожено или повређено право које произлази из одређених чињеница (16). Тако схваћен тужбени захтев јасно се разликује од, с једне стране, захтева у смислу грађанског права, и од правозаштитног захтева, с друге стране (17).

Чини ми се да је у вези са ставом о тужбеном захтеву као предмету спора, потребно једно *прецизирање*, и то из следећих разлога. 1° Као тужиочева тврдња, што он јесте, сам тужбени захтев је *известан, а није споран*; извесно је а није спорно шта је то што тужилац износи, извесна је, неспорна је његова садржина, шта му је садржина. 2° Оно што је *спорно* међу странкама, оно што није извесно, оно о чему су странке несагласне, и о чему суд треба мериторно да одлучи то је *да ли је* та тврдња, тај захтев *тачан, истинит* — исправан, или, правно речено — *основан*. 3° Суд не заузима став према тужбеном захтеву — он тужбени захтев прима на знање и упознаје се са његовом садржином, и то је све. Суд не испитује тужбени захтев. Оно што суд ради то је да *заузима став* према истинитости, основаности тужбеног захтева: он *испитује* његову *основаност*.

Сматрам, дакле, да предмет спора *у строгом смислу* није тужбени захтев, већ основаност тужбеног захтева. Није споран сам тужбени захтев, већ је спорно једно његово својство — основаност.

Ако изгледа необично да се својство нечега раздваја од онога чега је својство, могло би се рећи и овако. Предмет спора је двојак. *Константан* елеменат предмета спора, *једнак у свакој парници* јесте основаност тужиочевог тражења: да ли је тужиочево тражење основано. *Варијабилан* елеменат предмета спора, *различит од парнице до парнице*, јесте конкретан тужбени захтев *одређене садржине*: дотично кондемнаторно, конститутивно или декларативно тражење. Суд ће одлучити да ли је конкретни тужбени захтев одређене садржине основан или није.

А основаност конкретног тужбеног захтева суд испитује и о њему одлучује с обзиром, на једном страни, на објективно право (може ли се у правном поретку наћи основ за усвајање одн. одби-

(16) *op. cit.*(у прим. 1), стр. 33 и д., 46.

(17) *op.cit.* (у прим. 1), стр. 35 (други пасус).

јање тужбеног захтева, био то онај основ на који тужилац рачуна или неки други) и с обзиром, на другој страни, на чињенични скуп који се утврди у поступку (био тај чињенични скуп подударан са оним којег је изнео тужилац или другачији). Како до одлуке о основаности или неоснованости тужбеног захтева суд долази повезујући онај *чињенични скуп који је утврђен у поступку* са неком *правном нормом* (које посредовање подразумева низ продуктивних и репродуктивних корака, утврђивање и тумачење чињеница, утврђивање и тумачење норме, утврђивање и попуњавање празнине сопственом нормом и др.), то се оваквим одређењем предмета спора — одређивањем основаности тужбеног захтева као предмета спора — излази на позицију коју сам означио напред као радикалну процесноправну концепцију. Овакво одређење предмета спора није друго до једно *прецизирање* које је мутатис мутандис подједнако примењиво, међутим, и у оквиру оне друге напред наведене, изворне процесноправне концепције, ако се стоји на њеним позицијама. То прецизирање представља побољшање тек на сазнајном плану (којим се постиже коректност приказивања, равна оној већ поменутој, нпр. када се не поистовећује право својине са стварју која је објект тог права), а не мења ништа у погледу (већ познатих) практичних добрих и лоших страна извесне позиције.

Dr Vladimir Vodinelić
Associate Professor at the Faculty of Law in Belgrade

THE AIM AND THE SUBJECT MATTER OF LITIGATION PROCEDURE

— Two Reflections Concerning the Relationship Between Subjective Rights and the Litigation Procedure —

Summary

While returning to the doctoral dissertation of the jubilarian — professor Borivoje Poznić, elaborating final judgments (1952), the author distinguishes two questions in it, namely: what is the aim of the civil procedure, and what is the subject matter of litigation?

The author points out at a doublefold change which took place in the meantime, while barely being apt to be forecasted at the time of the dissertation mentioned above: the first relates to the attitude according to which protection of a subjective right, namely of the individual interest, is a primary and a direct aim of the litigation procedure, while the secondary aim, namely the indirect one, is the realisation (asserting) of the objective law, namely of the general, social interest.

This primary aim has been extended to include the protection of legal positions which do not amount to subjective rights, namely to the individual interests, and even to the general interests of society: the protection of collective, group, common interests (namely, protection of consumers, of the human environment, fair and honest dealing, loyalty in some kinds of competition in the market, and the like). It is more visible today than at the beginning of the fifties, owing to the development of legal methodology too, which has taken place in the meantime, that it was necessary to extend also the provision concerning the secondary, indirect aim of the litigation procedure. The task of that procedure is not only to realize (assert) the legal order, but also to contribute to its creation. While working in order to express what is the law in a specific litigation, the judge does not find in front of him a law which is entirely prepared, already finalized, so that at the litigation procedure, too, he does not put it into effect (assert) as such, but instead creating it and completing it.

As far as the subject matter of dispute is challenged in theory (the conflict between the substantive law conception, the genuine — original law-of-procedure one, and the radical law-of-procedure one), the author considers that what is needed is only making a more precise the standpoints regarding the plaintiff's claim as the subject matter of dispute. Speaking *stricto sensu*, the subject matter of a dispute is not the claim as expressed in the accusation, but the well-foundedness of the claim. There is no dispute over the very claim expressed in the action; that what is contested is just one of its characteristics, namely — the well-foundedness. Thus the court decides according to the authenticity, soundness of the claim in the action: it inquires into its well-foundedness and then decides accordingly.

Key words: *Litigation procedure. — The aim of the litigation procedure. — The subject matter of the litigation procedure.*

dr Vladimir V. Vodinelić
professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

LE BUT ET L'OBJET DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE
— deux réflexions sur le rapport entre les droits subjectifs et la procédure contentieuse —

Résumé

Se penchant sur la thèse de doctorat du professeur Borivoje Poznić, traitant de la force de chose jugée (1952), l'auteur se limite à l'examen de deux questions: quel est le but du procès civil et quel est son objet.

L'auteur attire l'attention sur le double changement, survenu entre temps et qui n'était alors qu'à peine esquissé, vis-à-vis de l'opinion selon laquelle la protection du droit subjectif, c'est-à-dire de l'intérêt individuel, représente le but primaire, direct, de la procédure contentieuse, alors que son but secondaire, indirect, est représenté par la réalisation (confirmation) du droit objectif, c'est-à-dire de l'intérêt général, social. — Le but primaire a été élargi à la protection des situations juridiques qui ne représentent ni les droits subjectifs, c'est-à-dire des intérêts individuels, ni les intérêts généraux de la société: la protection des intérêts des groupes, des intérêts communs, collectifs (protection des consommateurs, de l'environnement, de la loyauté de certains types de concurrence, etc.) — Grâce au développement de la méthodologie juridique qui s'est opéré entre temps, on se rend mieux compte aujourd'hui que par le passé, qu'il convient d'élargir également la détermination du but secondaire, indirect, de la procédure contentieuse. Son devoir n'est pas seulement de réaliser (confirmer) l'ordre juridique, mais aussi de contribuer à sa création. Afin d'établir ce qui est juste dans un litige, le juge ne dispose pas d'un droit antérieurement instauré dans sa totalité, ni ne le réalise (confirme) en tant que tel au cours de la procédure contentieuse, mais le crée et le complète.

Quant aux divergences concernant l'objet de la procédure contentieuse (opposition entre conception matérielle du droit, conception originelle et conception radicale de la procédure juridique) l'auteur estime qu'il est nécessaire de préciser les positions relatives à l'action en tant qu'objet du litige. Stricto sensu l'objet du litige n'est pas l'action mais son bien-fondé. Ce qui est litigieux n'est pas l'action elle-même mais une de ses qualités — son bien-fondé; le tribunal prend position envers la véridicité et le bien-fondé de l'action: il examine son bien-fondé et statue sur lui.

Mots clés: *Procédure contentieuse. — But de la procédure contentieuse. — Objet de la procédure contentieuse.*

UDK 347.94

др Стефан Георгиевски,
редовни професор Правног факултета у Скопљу

ИСТИНА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Начелима о тражењу истине и о слободној оцени доказан је пренаглашен однос Закона о парничном поступку према чињеничном стању. То није случај са применом правне норме, иако се ради о премисама пресуде у парници. Док је утврђивање чињеничног стања законски уређена категорија, примена правне норме је само стандард. Приватни карактер спорног односа за који се води парница и утицај воље странака на утврђивање чињеничног стања (суд ће одустати од извођења доказа, ако странке нису положиле потребни аванс), не правда ово разликовање. Потребно је, стога, и наведена начела свести на процесно-правни стандард. Довољна је у том смислу само одредба Закона и примена правила о терету доказивања.

Кључне речи: *Истина. — Начело материјалне истине. — Начело слободне оцене доказа.*

1. Опште напомене

1. О тужбеном захтеву суд одлучује у парничном поступку пресудом, а само у поступку због сметања поседа решењем (1). Пресудом (односно решењем у поступку због сметања поседа) суд одлучује о основаности тужбеног захтева који је истакао тужилац према туженом, мериторно.

Мериторном одлуком у парничном поступку врши се усклађивање фактичког односа који постоји између странака у спору са одговарајућом правном нормом која се односи на тај однос (којом је тај однос уређен). Тиме, мериторна одлука у парничном поступку значи: прво, правно уређење спорног односа (субјективни, тј. појединачни циљ парничног поступка), и друго, оживотворење правног поретка и кроз тај спорни случај (објективни, тј. општи циљ парничног поступка). Због тога се и каже да мериторна одлука донета у парничном поступку представља „правну норму" — „*ius*" за странке („*iudicatum ius facit inter partes*"), која, поставши право-

(1) Члан 129, став 2. Закона о парничном постуку из 1976. године (даље: ЗПП).

снажна, имаће за странке дејство „*res indicata*", а поставши и извршна (када садржи кондемнаторну изреку), биће основ за принудно извршење.

2. Да би донео мериторну одлуку, суд је дужан да утврди чињенично стање спорног односа о коме тече парница. А то значи: од свег оног што су му предложиле странке, и од свег оног што сам сматра потребним, као чињеничну грађу — да издвоји одлучујуће (релевантно) за доношење одлуке; то је тзв. чињенична основа (или: чињенична подлога (2) пресуде (*praemissa minor*). То је неопходно, да би суд могао да изврши правно квалификовање тог чињеничног стања, што значи — да изнађе и да правилно примени одговарајућу правну норму, што пак представља правну основу (подлогу, *preamissa maior*) пресуде. Сама пресуда, према томе, представља логички закључак (силогизам) тих двеју основа (3).

3. У погледу изношења чињеничне грађе афирмисала су се два начела.

Прво и старије, тзв. расправно начело, према коме су странке дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају основаност свога захтева. У најчистијој форми ово начело било је изражено кроз правило: „*Da mihi facta, dabo tibi ius*". У једном стадијуму развитка римског права судија, ако није био у стању да формира суд о чињеничном стању, могао је чак и одбити доношење одлуке изричући: „*Non liquet*" (4). То свакако није прихватљиво, али сходно расправном начелу, судија ће, ако странка није изнела све релевантне чињенице, донети пресуду којом ће одбити тужбени захтев, што значи да ће ипак донети мериторну одлуку (5).

---

(2) Б. Познић, *Грађанско процесно право*, једанаесто допуњено издање, Београд, 1989, стр. 238 и др.

(3) *Preamissa minor* и *preamissa maior* углавном сачињавају процесни материјал односне парнице.

(4) Трива-Белајец-Дика, *Грађанско парнично процесно право*, шесто измењено и допуњено издање, Загреб, 1986, стр. 105 и др.

(5) Супротно: Врховни суд НРМ, „Збирка судских одлука" 1965–1–152 (Цитирано по Б. Познићу, *op. cit.*, стр. 238).
Римски судија је, поред одклањања суђења услед „Non liquet", то могао учинити, „*Actionem denegare*", и услед недостатка одговарајуће правне норме. Заслужује пажњу факат да до тога (отклањање правне заштите због недостатка одговарајуће правне норме) долази и у функционисању правних система земаља у транзицији, што доводи до негативних импликација, као што је појава правних празнина, заштита законитости старог правног поретка, инфериорност судске власти према другим двема (в. поближе: С. Георгиевски, *Единство на правото во транзиција*, „Безбедност" бр. 4/93; *Пет децении на судството во Република Македонија*, „Безбедност" бр. 2/1995 и *Основни принципи за граѓанското процесно право на Република Македонија*, Скопје, 1995, стр. 20–35), као и упућивање странака на самопомоћ и повреда права на једнаку правну заштиту (в.: Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 105).

Друго, новије начело, налаже суду дужност да сам истражи и утврди чињенице за основаност тужбеног захтева. Ово начело претпоставља активни суд, а тражење (утврђивање) истине у принципу није ограничено.

Савремени грађански процесни системи у највећем броју случајева прихватају комбинацију оба наведена начела. То важи и за ЗПП. Питање је, међутим, у којој мери ЗПП даје суду довољно овлашћења да изврши предодређени задатак, или се, можда, са изузетком када је у питању јавни интерес, само ради о привиду. Намеће се и друго питање: какав став треба заузети *de lege ferenda*. О томе ће поближе бити речи даље у тексту.

2. Начело тражења истине по ЗПП

1. За изношење (истраживање, утврђивање) чињеничне грађе се у науци говори о терету тврдње (6). За неограничено важење расправног начела овај појам има велики значај: свака странка мора навести оне чињенице на којима заснива свој предлог; на тужиоцу лежи терет да изнесе чињенице из којих изводи тужбени захтев, реплике итд., а на туженом лежи терет навода о чињеницама услед којих се тужбени захтев показује као неоснован; од туженог би морали потећи приговори, дуплике итд. Суд би, држећи се пасивно, донео пресуду на штету странке која није изнела одговарајућу тврдњу (7).

Према ЗПП, наглашава се, терет тврдње губи свој значај услед крупних ограничења расправног начела. Странци која има активно држање у парници „Закон налаже да изнесе сву процесну грађу". Странка је дужна да чињенично стање из кога је дошло до спора прикаже потпуно, а „не да износи само околности које њој иду у прилог". Добија се утисак да ови закључци немају ослонца у одредбама ЗПП, на које се при том позивају (8).

Према члану 7, став 2. ЗПП, наиме, странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају *своје* захтеве и да предложе доказе од значаја за одлучивање. У блажој форми то произлази и из члана 299, став 1 ЗПП, према коме — свака странка у својим излагањима треба (дакле, није дужна) да изнесе све чињенице потребне за образложење *њених* предлога и да понуди (дакле, ако хоће) доказе потребне за утврђење *својих* навода. Истина, по овом пропису, свака странка треба да се изјасни о наводима и

(6) В.: Б. Познић, *op. cit.*, стр. 249, који за ЗПП упућује на Ј. Јухарта.

(7) *Ibidem*.

(8) *Ibidem*.

понуђеним доказима противне странке; треба, али не мора, при чему, разумљиво, сноси ризик за неуспех у спору, а не због неистражености истине. У смислу наведеног ништа нарочито не казује ни члан 298. ЗПП, који чак није ни адресиран на странке, већ на суд (председника већа). Право значење цитираних одредби види се из свих ограничења суда да истражи истину, о чему ће посебно бити речи *infra* 3.

2. Сврха поступка може бити постигнута само ако је судска одлука тачна, а она може бити таква само ако се чињенично стање које утврди суд подудара са стварношћу (9). Ради тога, суд је дужан да у парници истражи истину. Ако странка оспорава једну или више чињеница које противник износи, „суд мора испитати да ли је тврдња странке која оспорену чињеницу износи, истинита", да се је та чињеница догодила у прошлости, односно да она постоји у садашњости (10). Све ово значи начело тражења истине у парничном поступку, које, како се сматра, јесте начело и ЗПП.

Начело тражења истине у ЗПП изражено је у одредби из члана 7, став 1, која гласи: „Суд је дужан потпуно и истинито да утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева". Већина аутора ово начело убраја у основна начела ЗПП (11). По Б. Познићу у питању су „начела материјалне истине" (12). Неки аутори сматрају да је начело тражења истине централно и главно (детерминантно) основно начело парничног поступка (ЗПП), са којим су више или мање повезана друга начела овог поступка и од њега условљена и детерминисана (13).

Бројна ограничења суда да истражи истину у парничном поступку према ЗПП указују да има места за резерве на изнете оцене начела за истраживање истине.

3. Ограничења тражења истине по ЗПП

1. За остваривање (операционализацију) прихваћеног начела тражења истине у ЗПП има неколико одредаба којима се утврђују права суда да у (конкретној) парници истражи истину (утврди чињенично стање); на овим одредбама овај рад не би се задржавао.

(9) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 236.

(10) *Ibidem.*

(11) Међу њима и аутор ових редова, С. Георгиевски, *Парнична постапка*, друго измењено издање, Скопје, 1988, стр. 77 и 105–110.

(12) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 236.

(13) Тако: А. Лазаревић, *Основи на граѓанската судска постапка — Парнична постапка*, друго издање, Скопје, 1972, стр. 167, а такође и аутор ових редова (*Парнична постапка*, стр. 107).

Али, од интереса за овај рад је друга група одредаба које садржи ЗПП, којима се, обратно, ограничава остваривање начела предвиђеног чланом 7, став 1. Ова ограничења, како ће бити укратко наведено, нису занемарљива.

Разлози за ограничавање тражења истине су различити. Неки су тзв. „објективне" природе, а други су „субјективне" природе.

У одредбе ЗПП којима се ограничава суд у тражењу истине из „објективних" разлога спадају оне којима се суд ограничава у праву на слободни избор доказних средстава. Даље, ту спадају и одредбе којима се суд ограпичава у праву на слободну оцену доказа. На крају, трећу подгрупу ових одредаба чине оне којим се у знатној мери смањује могућност спознаје истине (14).

2. Посебну пажњу заслужују одредбе које предвиђају ограничавање тражења истипе услед диспозиције странака. Ту, пре свега, треба указати на право туженог да призна тужбени захтев, на право тужиоца да се одрекне тужбеног захтева и на право обе странке да закључе судско поравнање. Ту, такође, треба споменути и могућност признавања чињеничне основе спора, као и могућност признавања појединих чињеница.

Од посебног значаја је могућност да странке утичу на извођење доказа за утврђивање чињеница које сâм суд сматра потребним и важним, на тај начин што неће положити код суда предујам потребан за извођење тих доказа. Свакако, странке могу на исти начин да утичу и на извођење доказа за утврђивање чињеница на њихов предлог, ако, предомисливши се, опет не положе од суда одређени предујам потребан за извођење предложених доказа.

3. Сва ограничења тражења истине под утицајем странака о којима је реч, могу у парници бити таквог интензитета да представљају блокаду суда у његовом пастојању да истражи истину и да га принуде да се сва његова активност и сва његова „права" при том сведу на утврђивање истине само за чињенице које странке сматрају важним. Ова оцена није „преувеличавање" утицаја странака на утврђиваље истине (15), већ се заснива на стварним могућностима које ЗПП даје странкама да утичу на утврђивање истине. А то, чини се, и није лоше, тако да тај тренд треба *de lege ferenda* подржати: у парници треба да се истражује и утврђује истина која интересује странке и суду треба ускратити могућност за интервенцију (члан 7, став 3 ЗПП), са изузетком када је тангиран јавни интерес (члан 7, став 4 ЗПП), ако о томе и даље треба да се стара суд (16).

---

(14) Опширније: Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 134 и 135.

(15) Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 137.

(16) Могуће је старање о јавном интересу у парници препустити другом органу, на пример — јавном тужиоцу (члан 205 ЗПП).

Услед ограничења тражења истине по вољи странака, како је наведено, каже се оправдано да се у парничном поступку истина, схваћена и у релативном смислу, не може увек истражити. То је разлог због чега начело тражења истине не може да има апсолутни примат, већ је подвргнуто општем правилу о ограничавању и компромису кад комплексни захтеви правне заштите траже његово жртвовање (17), дакле — супротно ставу неких писаца како је то изложено супра — 2–2 (18).

4. Стварно место и значај тражења истине према ЗПП

1. И поред тога што је правна норма исто као и чињенично стање основа (*praemissa*) пресуде, уочљиво је да јој ЗПП не придаје исту важност какву придаје чињеничном стању. Када се ово истиче има се у виду формални моменат — сâма реглементација: примена правне норме је са стране ЗПП практично сасвим занемарена, што није случај са утврђивањем чињеничног стања. За примену правне норме нема у ЗПП ниједне норме, која би налагала суду да правилно примени правну норму, каква постоји за утврђивање чињеничног стања (члан 7, став 1 ЗПП). Када нема норме која би садржала начело за правилну примену правне норме приликом доношења мериторне одлуке, нема ни других норми у том правцу, као што је то случај са нормама које садржи ЗПП, а које представљају операционализацију начсла из члана 7, став 1. Чак штавише, и још нека друга начела ЗПП исто тако се односе на утврђивање чињеничног стања, као што је то случај, на пример, са начелом за слободну оцену доказа (члан 8. ЗПП).

2. Правилна примена правне норме се, дакле, подразумева према ЗПП, а није експлицитно нормирана. У питању је, према томе, стандард, а не норма ЗПП, која обавезује суд да у парници доносећи мериторну одлуку правну норму примени правилно.

Ако већ нема правну норму (начело) за правилну примену норме материјалног права, ЗПП ипак има правну норму којом санкционише неправилну примену такве норме. Погрешна примена материјалног права је, наиме, разлог за побијање неправоснажне пресуде (члан 353, став 1 тачка 3 ЗПП), као уосталом и за побијање правоснажних одлука неким ванредним правним лековима (чл. 385, став 1 тачка 3 и чл. 395, став 1 тачка 2 ЗПП). Из тога се може закључити да је ЗПП ипак нормирао правилну примену норме материјалног права. Не треба, међутим, изгубити из вида да је исто као и санкционисање погрешне примене материјалног права, ЗПП санкционисао и погрешно или непотпуно утврђивање чињеничног

(17) Трива-Белајец-Дика, *op.cit.*, стр. 133, позивајући се на Удеа.

(18) В. текст испред фусноте 13.

стања, што је по њему разлог за побијање (додуше — само) неправноснажне одлуке (члан 353, став 1 тачка 2 ЗПП) (19) и, посебно, поред начела за тражење истине и неких других начела, као и низа одредаба које се изводе из њих, како је то било напред изнето.

Треба подвући и то да према ЗПП, другостепени суд није дужан да по службеној дужности пази да ли је чињенично стање правилно и потпуно утврђено (члан 365, став 2). Такву дужност — да пази по службеној дужности на правилну примену материјалног права има по овом Закону и другостепени суд (цит. одредба), а и ревизијски суд (члан 386). Изузетак је само одредба из члана 370, став 2 ЗПП, према којој, другостепени суд, ако нађе да је ради правилног утврђивања чињеничног стања потребно одржати нову главну расправу, може укинути првостепену одлуку и предмет вратити првостепеном суду на поновно суђење, и ако странка није побијала првостепену одлуку услед погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања, ако се при решавању по жалби појавила основана сумња да су чињенице на којима је заснована првостепена пресуда биле правилно утврђене. Други изузетак је и одредба из члана 395, став 2 ЗПП, према којој ревизијски суд, ако утврди да је услед погрешне примене материјалног права и чињенично стање непотпуно утврђено, може укинути одлуке нижих судова, и ако се ревизија иначе не може изјавити ради погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (члан 385, став 3 ЗПП).

5. Закључак

1. Чињенично стање и примена правне норме се односе на суђење, а не на провођење поступка. Услед тога, повреда члана 7, став 1 ЗПП не увршгава се у битне повреде одредаба парничног поступка, већ, као грешка у суђењу, сама представља посебан разлог за жалбу, како је то наведено. Из тог разлога ова одредба (начело) је сувишна и треба, као и сама примена норме материјалног права, да се трансформише у стандард. То значи да тражење истине даље не би било начело ЗПП. Исто то треба да важи и за члан 8 ЗПП: и слободна оцена доказа треба такође да се сведе на стандард, јер се и ово начело не односи на провођење поступка већ на сâмо суђење. И у погледу чињеничног стања, ако није потпуно и правилно утврђено, довољна је санкција из члана 353, став 1 тачка 3 Закона, исто као што је санкционисана и неправилна примена норме материјалног права. Довољна замена за начело тражења истине и за начело о слободној оцени доказа јесте одредба

(19) Делимично и за побијање неправноснажне одлуке понављањем поступка (члан 421, тач. 4, 5 а нарочито 9 ЗПП).

из члана 221а ЗПП, којом су, у погледу утврђивања чињеничног стања, озакоњена правила о терету доказивања.

2. Могућа је и друга варијанта промене ЗПП: преформулација члана 7, став 1 у смислу да се тражење истине креће у границама чињеница понуђених од странака. У том смислу, ставови 1 и 2 би променили редослед, а став 3 истог члана треба брисати. Став 4 члана 7 остао би само ако би и даље остала обавеза суда да се стара о јавном интересу у парници.

Dr Stefan Georgievski
Professor at the Faculty of Law in Skopje

THE TRUTH IN LITIGATION PROCEDURE

Summary

The 1976 Law on Litigation Procedure attaches more importance to the finding of the actual state of facts than to the application of norms of substantive law, although these are but the premises of the meritorous decision in the case.

Determining the state of facts is, namely, a category regulated by law which is related even to several principles. Those important are — the searching for truth, and the freedom in evaluating the evidence. Both these principles are regulated in detail in several provisions, out of which particularly significant is the one authorizing the court to bring about also the evidence which is not proposed by the parties should it be relevant for the decision-making.

The application of a substantive law norm, however, is not regulated by the Law as a matter, instead being only indicated as a standard supposed by the Law. There is no provision either in the Law as to how to proceed in applying legal norms. There is only a provision according to which an irregular application of a legal norm makes a ground for appeal (as well as for some extraordinary legal remedies). Such a provision, however, exists regarding the incompletely and erroneously determining of the state of facts, too (this again makes a ground for appeal, as well as, in a certain sense, for some extraordinary legal remedies).

It is necessary also to reduce the principles of establishing the truth and of the freedom in evaluating evidence, to the standard of legal procedure, the more so as establishing of the state of facts depends anyway on the will of the parties (the court shall, namely, abstain from bringing about the evidence it the parties do not make a specified advance payment), which is not the case with the application of a legal norm. It is quite sufficient, along

these lines, that the court adheres to the provision of the Law, otherwise binding it as far as the burden of proof is concerned.

Key words: *Litigation procedure. — Establishing the truth. — State of facts in litigation proceedings. — Application of substantive legal norm.*

dr Stefan Georgievski
professeur à la Faculté de droit de Skoplje

LA VÉRITÉ DANS LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

Résumé

La Loi sur la procédure contentieuse de 1976 donne plus d'importance à la constatation de l'état de fait qu'à l'application de la norme du droit matériel, même s'il s'agit des prémisses d'une décision méritoire dans le litige.

La constatation de l'état de fait est, en effet, une catégorie réglée par la loi et faisant même l'objet de plusieurs principes. Les plus importants sont la recherche de la vérité et la libre évaluation des preuves. Ces deux principes sont rendus opérationnels par plusieurs dispositions dont la plus importante est celle autorisant le tribunal à administrer aussi les preuves que les parties n'ont pas proposées, si elles sont d'une importance lors de la prise de décision.

Cependant l'application du principe du droit matériel n'est pas une matière réglée par la loi, mais seulement un standard que la Loi sous-entend. La Loi ne contient pas de disposition sur la façon d'appliquer une norme juridique. Seule existe une disposition déterminant que l'application incorrecte d'une norme juridique constitue un motif de plainte (et de certaines voies de recours extraordinaires). Mais il existe aussi une disposition semblable en ce qui concerne la constatation incomplète et inexacte d'un état de fait (cela aussi constitue un motif de plainte et, dans un certain sens, un motif autorisant certaines voies de recours extraordinaires).

Il est également nécessaire de ramener à un standard de procédure juridique les principes de la recherche de la vérité et de la libre évaluation des preuves, d'autant plus que la constatation d'un état de fait dépend déjà de la volonté des parties (le tribunal renoncera à l'administration des preuves pour lesquelles les parties n'ont pas fait l'avance nécessaire), ce qui n'est pas le cas pour l'application d'une norme juridique. En ce sens s'avère suffisante la disposition de la Loi obligeant le tribunal à s'en tenir à la règle sur la charge de la preuve.

Mots clés: *Vérité. — Principe de vérité matérielle. — Principe de libre évaluation des preuves.*

UDK 347.922.6

др Милорад Живановић
доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

ПОЈАМ ТУЖБЕ ЗА УТВРЂЕЊЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

У раду се обрађује појам једног специфичног института грађанског процесног права којим се отклања несигурност и неизвесност у правним односима између субјеката, а обезбеђује друштвена равнотежа и правна сигурност. Износе се основне карактеристике тужбе за утврђење, као и услови за њену примену. Такође се анализирају позитивни законски прописи и судска пракса, али и решења из упоредног права.

Кључне речи: *Парница. — Тужба за утврђење. — Појам.*

Несигурност и неизвесност у правним односима између субјеката представља потенцијалну опасност за њихову повреду. Неодређеност садржаја правних односа изазива оправдану сумњу да би право могло бити повређено. Да би се избегло ово нарушавање друштвене равнотеже и да би се успоставила поремећена сигурност, Закон о парничном поступку предвиђа као посебно правно средство тужбу за утврђење која има за циљ да се судским путем установи да ли постоји или не постоји неко право или правни однос или истинитост, односно неистинитост неке исправе (1).

Шведски *Rättegangsbalk* поред „постојања неизвесности у погледу неког правног односа" изричито прописује и да та неизвесност „излаже тужиоца могућој штети" (2).

Тужбом за утврђење тужилац тражи да суд на ауторитативан и несумњив начин утврди да између тужиоца и туженог постоји

(1) Чл. 187. ст. 1. Закона о парничном поступку од 1976; § 256 *Zivilprozessordnung*–а; чл. 71. Грчког законика о грађанском судском поступку од 16. септембра 1968.

(2) Ruth Bader Ginsburg-Anders Bruzelius, *Civil procedure in Sweden*, Martinus Nijhoff, The Hague — The Netherlands, 1965, стр. 143.

одређени грађанско-правни однос или да утврди да је одређена исправа истинита или не (3).

Код тужби за утврђење суд својом изреком не ствара нове правне односе нити преиначује постојеће, већ на несумњив начин утврђује да ли они постоје или не(4). Чизмовић сматра да ово правило поприма релативан карактер, када су у питању тужбе које иду за утврђивањем непостојећег брака. Ово због тога, што је у питању фактичко стање које није без последица, без обзира што је *ex lege* непостојеће и од самог почетка. Отуда одлуком о непостојању, не само да се уноси ред и сигурност, већ се и то фактичко стање ликвидира. Ова релативност је тим присутнија, ако се има у виду да неки текстови, као на пример ранији Закон о браку САП Војводине, разлоге непостојања третирају као разлоге ништавости. Тако исти разлози, зависно од текстова, поприма ју различите третмане (5).

За разлику од кондемнаторног система правне заштите који се ставља у покрет тек *post festum*, тј. када је већ дошло до повреде права, декларативни систем правне заштите активира се *пре наношења повреде* са циљем да се за убудуће умање могућности њеног евентуалног наступања од стране туженог или неког трећег лица.

Превентивни карактер тужбе за утврђење огледа се у томе што суд несумњивим утврђивањем да један правни однос постоји или не постоји отклања истовремено и неизвесност у погледу тог односа и унапред смањује могућност евентуалне повреде неког тужиочевог права убудуће. Због тога се декларативни систем правне заштите назива још *прејудицијелна правна заштита*, а тужбе за тражење ове правне заштите *прејудицијелне тужбе* (*actiones prejudiciales* или *praejudicia*) (6).

Поред наведеног облика превентивног деловања, тужбе за утврђење могу имати и друге видове превентивног дејства. Тако, оне могу бити подигнуте и у циљу обезбеђења доказа и накнаде будућих евентуалних штета које могу настати као последица садашњих повреда.

То се најбоље види из следећег примера: А и Б су дугогодишњи станари у једној згради. Оба користе већ више година

---

(3) Др Самуел Камхи, *Грађански судски поступак*, „Веселин Маслеша", Сарајево, 1961, стр. 302.

(4) Окружни суд Госпић, Гж-258/84 од 27.XII 1984. године, Преглед судске праксе 28/1985, одлука бр. 87.

(5) Доц. др Милисав Чизмовић, *Тужбе и противтужбе у брачним споровима*, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, бр. II, 1978, стр. 74.

(6) Проф. др Спиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, V измењено и допуњено издање, „Народне новине", Загреб, 1983, стр. 301.

заједнички набављену веш-машину, која је смештена у вешерници. Б тврди да је машина његово власништво и изјављује да би исту понео са предстојећим исељењем. А, напротив, истиче да је машина сувласништво обојице. Б је нанео телесне повреде А-у, који због тога није био способан за рад. А није захтевао накнаду штете због нанете повреде, али сматра да би Б требао да буде одговоран за све евентуалне последице у будућности које би произишле од нанете озледе. А се плаши да би касније имао доказних потешкоћа и због тога подиже декларативну тужбу. Чија је тврдња тачна у овом примеру не може се изјаснити ни кондемнаторном (*Leistungsklage*) ни конститутивном тужбом (*Gestaltungsklage*), јер се нико не може осудити на чинидбу, нити би било могуће предузети преображај (промену) права (7).

Актуелност декларативног система правне заштите посебно долази до изражаја у привредно-правном промету, заснованом на систему планирања, дугорочних прогноза и кредитирања привредних активности. Тужбе за утврђење представљају највиши облик правне заштите, јер осигуравају нормалан развој правних односа. Оне умањују могућност будућих повреда, уместо да на њих делују тек и када оне наступе. Странкама у будућности дају поуздане смернице за њихово понашање (8). Тако, на пример, између закуподавца и закупца, може да постоји несагласност о томе да ли од одређеног момента између њих постоји закупни однос. У том случају закуподавац може да има интерес да се то тачно утврди, јер би неизвесност у том погледу могла да наведе закупца да повреди његово право на закупнину у одређеном износу. Исто је и са законским наследницима који су подигли тужбу са захтевом да се утврди да нису дужни исплатити легат због неваљаности тестамента. У првом случају тужба је управљена на утврђивање постојања, а у другом случају на утврђивање непостојања права, односно правног односа. У оба ова случаја суд није ништа досудио тужиоцу, нити је туженом наредио извршење неке чинидбе, него је само утврдио правни однос између парничних странака и на тај начин смањио могућности будуће повреде тужиочевог права.

Кад суд пресудом утврди постојање неког спорног права, сувишно је изреком пресуде налагати туженику да је дужан признати то право јер ће у противном признање заменити пресуда. Пресуда не замењује давање признања, већ производи правни учинак у смислу утврђења постојања спорног права (9).

---

(7) Hans Nathan, *Das Zivilprozessrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Erster Band, VEB deutscher Zentralverlag, Берлин, 1957, стр. 149.

(8) Проф. др Синиша Трива, *op. cit*, стр. 301.

(9) Окружни суд у Осијеку Гж–1749/89–2 од 11. маја 1989. године, Преглед судске праксе 12/1989, одлука бр. 75.

Карактеристично је код ове тужбе да захтев не може да садржи осуду на извршење какве чинидбе од стране туженог, него њоме тужилац тражи да се постојећи правни однос односно право утврди, тј. декларише на несумњив начин. Због тога и нема места приговору застарелости дуга ни примене застарних законских рокова (10).

Ако имамо у виду да декларативне тужбе имају за циљ констатацију, декларисање правнога, онда декларативна тужба може бити, по смислу свога петитума, који је, ако математичком формулом изразимо ову ситуацију, увек истога правца, било позитивна било негативна, тј. она може бити управљена на утврђење постојања правнога, извесног правног стања или правно релевантне ситуације, односно на утврђење непостојања ових појава. У овом смислу све декларативне тужбе могу се појављивати као једна од ових врста, па теоретска систематизација и захтева њихову двојну групацију. С обзиром на смисао тужбеног захтева, све декларативне тужбе могу се класификовати у две групе: позитивне и негативне, без обзира на њихов предмет који представља, имајући у виду ограниченост њихове допуштености, само један од услова за њихову употребу (11).

Међутим, у теорији грађанског процесног права има и мишљења (12) да поред позитивне и негативне декларативне тужбе постоје и тужбе за утврђење истинитости, односно неистинитости неке исправе, као самосталне, категоријално једнаке вредности, врсте. Ово је свакако погрешно, јер је ова друга подела само подврста оне прве поделе, јер је и подела с обзиром на предмет, каквом би неки хтели да ову систематизацију обележе, исто тако двојна: тужбе које имају за предмет утврђење неког права или правног односа и тужбе које имају за предмет утврђење истинитости неке исправе. Основ ове поделе није у природи предмета који може бити објект ових тужби, већ у законском ограничењу у погледу њиховог предмета. Код првих је предмет утврђења право или правни однос, а код других — чињеница. Међутим, наше грађанско процесно право познаје још једну тужбу којом се утврђују чињенице. То је тужба за утврђење да је тужена странка знала за постојање разлога који брак чине непостојећим, односно ништавим.

Према томе, тужбе за утврђење могу бити позитивне (*потврдне*) или негативне (*негативне*), одречне (*отрицателне*), зависно од тога да ли се њима тражи да суд утврди постојање или

(10) Виши привредни суд у Београду, П-206/66.

(11) Др Борислав Т. Благојевић, *Начела приватног процесног права*, Издавачко и књижарско предузеће Геце Кона, А.Д. Београд, 1936, стр. 284.

(12) *Ibid*, стр. 284, 285.

непостојање одређеног правног односа или права (13). Позитивну тужбу подноси субјект у чијем је интересу да правни однос или право постоји, а негативну онај који има супротан интерес. Поводом ових тужби, ако суд нађе да су захтеви основани, доноси позитивну односно негативну декларативну пресуду. Одређени смисао негативне декларативне пресуде састоји се и у томе што се њоме тужени ослобађа од захтева тужиоца, премда тужени нема потребу за подизањем негативне декларативне тужбе којом би постигао овај циљ (14).

Совјетски теоретичари посебно истичу особености основаности тужбе о признању, које су према њима различите у позитивним и негативним тужбама. Основ позитивне тужбе о признању су чињенице с којима тужилац повезује настанак спорног правног односа. Тако, на пример, основ тужбе о признању за тужиоца као носиоца права на коришћење стамбених просторија, служе чињенице на које је указао тужилац, са којима он повезује настанак права сталног коришћења стамбене површине на начелима договора о стамбеном праву. Основ негативне тужбе о признању, чине чињенице због којих спорни правни однос по тврђењу тужиоца није могао настати, на пример, непостојање писмено оформљеног уговора у случајевима када је тако прописани по закону уговор потребан за настанак, односно дејство правног посла; непостојање слободне воље (заблуда, превара, претња, принуда), при закључењу посла и томе слично. Указивање на такве недостатке посла, означава да чињенични скуп, потребан за настанак правних односа (или макар један његов део) не постоји, дакле правни однос који чини предмет спора у будућности не постоји (15).

Пресудом по позитивној тужби за утврђење којом се захтев усваја, или негативној којом се он одбија, потврђује се постојање правног односа или веродостојност исправе (документа), а ако се позитивна тужба за утврђење одбија или негативна усваја тада се правоснажно утврђује непостојање правног односа или неверодо-

(13) Walther J. Habscheid, *Droit judiciaire privé Suisse*, Libraire de l' Université, Genéve, стр. 229; Leo Rosenberg-Karl Heinz Schwab, *Zivilprozessrecht*, Zehnte, neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1969, стр. 444; Kurt Schellhammer, *Zivilprozess, Theorie-Praxis-Fälle*, Fin Lehrbuch, 4, neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, стр. 59; Sergio Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Unione tipografico — Editrice Torinese, стр. 32; Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, „Савремена администрација", Београд, 1982, стр. 187; проф. др Синиша Трива, *op. cit.*, стр. 302; Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, Књ. II, Ниш, 1987, стр. 142; Jože Juhart, *Civilno procesno pravo — oris*, Љубљана, 1973, стр. 118; *Гражданскиј процесс, юридическое издателʹство Министарства юстициии СССР*, Москва, 1948, стр. 166.

(14) Sergio Costa, *op. cit.*, стр. 32.

(15) В.М. Гордон, *Искии о ӣризнании*, гл. II, Јарослав, 1906. године. (Види код М.А. Гурвича, *Совјеткиј ӣражданских ӣроцесс*, Москва, 1967, стр. 125).

стојност исправе (16). Позитивна тужба за утврђење дејствује исто правоснажно као и одбијање негативне и обратно — одбијање позитивне дејствује као усвајање негативне тужбе (17). Код делимичне основаности негативне тужбе за утврђење, ако треба правни однос побити, потребно је донети делимичну пресуду на негативну тужбу за утврђење. Обратно је код делимичне основаности позитивне тужбе за утврђење, коју не треба у целости одбити, него само један део признати (18).

Посматрајући са становишта тужби, у пракси се више јављају позитивне него негативне тужбе за утврђење, али, у односу између декларативних тужби и декларативних пресуда, превагу односе ове друге, из разлога што свака пресуда којом се тужбени захтев одбија (без обзира на то је ли донесена поводом декларативне, конститутивне или кондемнаторне тужбе) има декларативни карактер, јер се њоме утврђује да тужиоцу не припада овлаштење за тражење правне заштите одређеног садржаја (19). Поред тога, међупресуда (*Zwischenurteile*) може бити само позитивног декларативног карактера (20), а и све кондемнаторне и конститутивне пресуде су у једном делу (изреке) утврђујуће. У кондемнаторној пресуди, да би суд могао да изда заповест на чињидбу, мора претходно да утврди садржај тужиочевих обавеза. Исто је и код конститутивне пресуде. Пре него што изрекне промену или укидање правног односа, суд мора претходно да утврди садржај правних односа између странака, као и право тужиоца на преиначење тог односа. Одлука о овим претходним утврђењима уноси се по правилу у образложење пресуде. Декларативне пресуде садрже само утврђење и ништа више, што је инспирисало италијанске теоретичаре да декларативним пресудама дају назив пресуде за *чисто утврђење* (*mero accertamento*) (21).

Суд неће уважити такво признање тужбеног захтева из тужбе за утврђење, ако се због недостатка образложења правног интереса из којега је тужба поднесена не може закључити да парница није покренута у сврху да се изиграју прописи или правила морала (22).

У брачним споровима, упркос томе што су посебно предвиђене, утврђујуће тужбе нису баш тако честе. Кад се и јаве, онда

(16) Leo Rosenberg-Karl Heinz Schwab, *op. cit.*, стр. 444.

(17) Wieczorek, *Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 2. Auflage, Walter de Gruyter and CO, Berlin, 1970, стр. 718.

(18) *Ibid*, стр. 722, 723.

(19) Боривоје Познић, *op. cit.*, стр. 187; проф. др Синиша Трива, *op. cit.*, стр. 302.

(20) Leo Rosenberg-Karl Heinz Schwab, *op. cit*, стр. 444.

(21) Sergio Costa, *op. cit*, стр. 32.

(22) Решење Врховног суда БиХ Гвл 25/1980. од 18.IX 1980, Збирка судских одлука од 1980, Књ. V, св. 3, Одлука бр. 216.

углавном иду за утврђивањем постојања одређеног брачног односа. Оне друге, тј. оне које иду за утврђивањем непостојања брака, све су ређе и ређе. То је последица уредно вођених књига, с једне стране, и особите пажње представника државног органа у поступку закључивања брака, с друге стране (23).

Од правила да се тужбом за утврђење може тражити само утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа, а да правоснажно утврђење правних чињеница не може бити предмет ове тужбе, постоји један изузетак који се односи на позитивну или негативну тужбу по питању истинитости исправе. Према томе, предмет утврђења не може бити, на пример, датум закључења уговора, исплата одређеног износа, давање изјаве воље одређене садржине, као ни постојање или непостојање правне или пословне способности, утврђивање својства одређене ствари и сл. (24).

Поред наведених услова, за подизање тужбе за утврђење тужилац мора да учини вероватним постојање свог конкретног правног интереса да се његов декларативни захтев узме у разматрање. Ово због тога што његово право није повређено, него је само угрожено, а он у покрет ставља правосудни систем.

Правни интерес за подизање тужбе за утврђење ће у правилу постојати кад се у једном правном односу појаве околности које уносе неизвесност у погледу његове природе и садржаја пре доспелости захтева за чинидбу из тог односа. Неизвесност и несигурност обично настаје као последица држања туженог који радњама или изјавама изазива спор о постојању или непостојању правног односа. У таквим околностима тужилац има правни интерес да устане тужбом за утврђење како би издејствовао одлуку којом се отклања несигурност ауторитативним утврђењем да правни однос постоји, односно не постоји. Тиме је постигнут циљ правне заштите (25).

---

(23) Доц. др Милисав Чизмовић, *op. cit.*, стр. 74.

(24) Проф. др Бранко Чалија, *Грађанско процесно право-први део*, Сарајево, 1982, стр. 161; Јанковић и др. *Коментар закона о парничном поступку*, „Привредна штампа", Београд, 1977, стр. 242.

(25) Проф. др Бранко Чалија, *Грађанско процесно право*, Сарајево, 1986, стр. 409.

Dr Milorad Živanović
Assistant Professor at the Faculty of Law in Banja Luka

THE NOTION OF BRINGING AN ACTION FOR ESTABLISHING IN THE LITIGATION PROCEDURE

Summary

The subject matter of the present work is the notion of bringing an action for establishing in the litigation procedure. This kind of legal action is apllied prior to an inflicting of injury (damage), with the aim of diminishing the possibility of such injury to be done by the defendant or a third person. The claim for establishing may cover the establishment of the existence of a right or a legal relationship (this is called a positive action for establishing), or the establishment of the authenticity or falseness of a document. In the first two cases the object of establishing is a right or a legal relationship, while in the third one — a fact.

The analysis of the court practice reveals that there are more positive than negative actions for establishing, but prevailing in the relationship between declaratory actions and declaratory judgments, are the latter ones. The existence of a legal interest of the plaintiff is one of the requirements for bringing the action, and such an interest shall be always present if the circumstances emerge causing uncertainty in terms of its nature and substance prior to the maturity of the claim regarding the duties out of such relationship. Declaratory system of legal protection is particularly actual in the sphere of economic and legal transactions. It makes possible the normal development of relations in the sphere of law and diminishes the possibility of their violations in the future.

Key words: *Litigation. — Bringing an action for establishing. — The notion of such an action. — Declaratory judgment.*

dr Milorad Živanović
chargé de cours à la Faculté de droit de Banja Luka

LA NOTION D'ACTION EN CONSTATATION DANS LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

Résumé

L'objet de cet article est la notion d'action en constatation dans la procédure contentieuse. On applique ce type d'action avant que n'ait été infligé un préjudice dans le but de réduire les risques de voir ledit préjudice infligé par le défendeur ou un tiers. Par l'action en constatation on peut demander soit la constatation de l'existence d'un droit ou d'un rapport de droit (action en constatation positive), soit la constatation de non-existence d'un droit ou d'un rapport de droit (action en constatation négative), ainsi que la constatation de la véracité ou de la non-véracité d'un document. Dans les deux premiers cas l'objet de la constatation est le droit ou le rapport de droit, alors que dans le troisième l'objet en est un fait. L'analyse de la jurisprudence montre que les actions positives sont plus nombreuses que les actions négatives, alors que dans le rapport entre les actions déclaratives et les jugements déclaratifs, les seconds l'emportent. L'existence d'un intérêt juridique du demandeur est une des conditions pour intenter cette action, et cet intérêt existera chaque fois que dans un rapport de droit apparaîtront des circonstances introduisant l'incertitude au sujet de sa nature et de son contenu avant l'échéance de la demande en prestation provenant de ce rapport. Le système déclaratif de la protection juridique est aujourd'hui tout particulièrement appliqué dans le trafic économique et juridique. Il rend possible le développement normal des rapports juridique et diminue la possibilité de leur violation dans le futur.

Mots clés: *Litige. — Action en constatation. — Notion.*

UDK 347–921.2

др Зоран Ивошевић
судија Врховног суда Србије

ЈЕДИНСТВЕНО СУПАРНИЧАРСТВО

Централна разматрања посвећена су положају јединственог супарничара у парничном поступку и дејствима пресуде на супарничаре. Јединствено супарничарство може бити вољно и нужно. Значај поделе тиче се пре свега оцене стварне и процесне легитимације супарничара, а потом и услова за заснивање. Анализиране су све битне процесне ситуације у којима се поставља питање дејства радњи у случају јединственог супарничарства.

Кључне речи: *Јединствено супарничарство. – Вољно јединствено супарничарство. – Нужно јединствено супарничарство.*

Према положају супарничара у парници, супарничарство се дели на обично и јединствено. Положај супарничара је условљен њиховом материјално-правном повезаношћу: што је она већа, самосталност супарничара је мања, и обрнуто. Код обичног супарничарства ова повезаност је дељива, или је уопште нема, па сваки супарничар задржава положај самосталне странке и његове радње или пропуштања не користе нити штете другим супарничарима (члан 200. ЗПП). Код јединственог супарничарства материјалноправна повезаност супарничара је изразита, па их то у парници чини међусобно зависним. Овде ће, наравно бити речи само о јединственом супарничарству.

1. Појам

Према члану 201. ЗПП, ако се по закону или због природе правног односа спор може решити само на једнак начин према свим супарничарима, тада се они сматрају као једна парнична странка, тако да се, у случају ако поједини супарничари пропусте коју парничну радњу, дејство парничних радњи које су извршили други супарничари протеже и на оне који те радње нису предузели.

Парнични односи јединствених супарничара сједињени су у поступку одређеном унутрашњом материјално-правном везом коју намеће закон или природа правног односа (1). „Јединствено супарничарство није ту ради супарничара заједно нити ради овлашћивања појединих супарничара, већ ради правног односа у парници који захтева јединствену пресуду" (2). Зато и може настати из материјалног супарничарства (чл. 196. ст. 1. тачка 1. ЗПП). Не и из формалног (чл. 196. ст. 1. тачка 2. ЗПП). Али, оно може бити и активно и пасивно.

Јединствено супарничарство намеће закон у парницама ради: утврђивања и оспоравања очинства и материнства (3), поништаја брака по тужби јавног тужиоца или заинтересованог лица (4), поништаја уговора јавног тужиоца или заинтересованог лица (5), побијања уговора због повреде права прече куповине (6) и другим случајевима које експлиците или имплиците одређује. Њих нема превише.

Много је, међутим, чешће јединствено супарничарство кога намеће природа правног односа. Супарничарство је јединствено ако правни однос не допушта да се спор према појединим супарничарима реши различито (7). Отуда су јединствени супарничари: законски наследници кад побијају тестамент; наследници кад их суд упути на парницу ради утврђивања или оспоравања туђег права; титулари заједничке имовине кад туже или су тужени ради те имовине; закупац и чланови његовог породичног домаћинства кад се тражи њихово исељење; сувласници кад се од њих тражи предаја недељиве ствари; наследници кад нови наследник тражи свој део заоставштине; наследници неподељене заоставштине у споровима са повериоцима и дужницима оставиоца; лица која оспоравају постојање неког апсолутног права или истинитост неке исправе о таквом праву; преостали ортаци кад неки желе иступити из ортаклука; сувласници кад захтевају испражњење просторије; коаутори кад траже забрану коришћења ауторског дела; проналазачи кад траже заштиту патента или поништај, односно раскид уговора о лиценци итд.

Основни разлог једнаког суђења према свим јединственим супарничарима је што, због природе правног односа, захтеви које

(1) Б. Познић, *Грађанско-процесно право*, 1989, стр. 345; З. Ивошевић, *Супарничарство* (докторска дисертација) 1979, стр. 87–89; Ж. Анђелић, *Супарничарство* (необјављен магистарски рад), стр. 104–105.

(2) R. Pollak, *System des osterreichischen Zivilprozessrechts* I, 1930, стр. 197.

(3) Види чл. 368. и 371. Закона о браку и породичним односима.

(4) Види чл. 79. ст. 1. Закона о браку и породичним односима.

(5) Види чл. 109. Закона о облигационим односима.

(6) Види чл. 27. ст. 2. Закона о промету непокретности.

(7) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 87.

истичу или од којих се бране морају бити идентични, како у погледу петитума, чињеничног и правног основа, тако и услова, рокова и других модалитета правног односа (8).

Процесне услове за јединствено суђење обезбеђује правна фикција да се сви јединствени супарничари сматрају као једна парнична странка. То их судбински повезује, па у поступку „свако може да ради за све, али ни један против свих" (9). Отуда, ако један од супарничара докаже основаност захтева, основани су захтеви свих, а ако увери суд у неоснованост захтева, захтеви су неосновани према свима. Да би то било могућно, радње делатних супарничара делују и на неделатне. То је и разлог што јединствене супарничаре неки проглашавају „колективним заступником странке" (10), о чему ће бити речи касније.

Јединствено супарничарство може бити вољно и нужно.

2. Вољно јединствено супарничарство

Вољно јединствено супарничарство постоји кад од воље тужиоца зависи хоће ли сви или само неки субјекти правног односа учествовати у поступку као једна парнична странка. Другим речима, супарничарство је вољно кад није нужно да у процесну заједницу уђу сви субјекти правног односа који би, иначе, могли бити јединствени супарничари, при чему се они који су у њој сматрају као једна парнична странка, па се спор може решити само на једнак начин (11). Процесна заједница супарничара може, а не мора, бити потпуна, али се мора донети јединствена одлука.

Случајеви вољног јединственог супарничарства сврставају се у две групе: првој привлачи проширење правноснажности, а другој — идентичан захтев (12).

1) Проширење правноснажности — Проширење правноснажности привлачи случајеве у којима би правноснажна пресуда према једном субјекту правног односа деловала према свима и кад остали не би били обухваћени супарничарском процесном заједницом. Ти случајеви настају из правног односа који допушта да се, појединачним тужбама, заснивају сукцесивне парнице, али не и да се оне завршавају противречним одлукама. Проширење правно-

(8) H. Sperl, *Lehrbuch der Burgerlichenrechtspflege* 1930, стр. 191; L. Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprocessrechts*, 1954, стр. 441; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 87.

(9) H. Sperl, *op. cit.*, стр. 191.

(10) G. Petschek, *Der osterreichische Zivilprozess*, 1963, стр. 303.

(11) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 89. и 90.

(12) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 346; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 90.

снажности код сукцесивних парница, доводи до вољног јединственог супарничарства код истовремених парница (13).

Правноснажност пресуде делује само према странкама које су учествовале у поступку њеног доношења (14). Ово правило има, међутим, своје изузетке. Они и образују случајеве када се правноснажност пресуде простире на лица која нису била странке. Тако: пресуда о исељењу ранијег закупца или бесправно усељеног лица делује и на чланове његовог домаћинства; пресуда о престанку закупа у спору против закупца, делује и на подзакупца; пресуда о извршењу уговора закљученог у корист трећег лица, делује према кориснику који није био странка у уговору; пресуда донета после забележбе спора делује и према лицу које је стекло право на непокретности после подношења молбе за упис забележбе; пресуда донета у парници извршиоца тестамента или управитеља наследства делује на наследнике, иако они нису учествовали у поступку њеног доношења; пресуда донесена према повериоцу или дужнику, делује и на лице које је преузело потраживање, односно обавезу итд.

Ако би у овим и другим сличним случајевима, у поступак била укључена и лица до којих допире проширење правноснажности, они би имали положај вољних јединствених супарничара заједно са лицима чију би правну судбину делили да су остали ван поступка.

Проширењем правноснажности објашњено је вољно јединствено супарничарство у овим случајевима:

„Ако отац откаже коришћење стана свом пунолетном сину због тога што су се према њему стекли оправдани разлози за то, онда исту судбину са њим деле и чланови његове уже породице". (Пресуда Врховног суда Србије Гзз. 92/69 од 19. 09. 1969).

„У парници о захтеву да је без правне важности уговор о купопродаји и да се брише укњижба права власништва, може се тужба проширити и на потоњег купца, да би се спор на једнак начин решио према њему и претходном купцу". (Решење Врховног суда Србије Гж. 2619/76 од 12. 06. 1977).

„Тужена је требало да стан, после напуштања, врати тужиоцу. Уместо тога, она га је уступила трећем лицу. Отуда пресуда донесена о њеном исељењу делује својом материјалном правноснажношћу и на лице коме је тужена неовлашћено уступила стан". (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 118/94 од 9. 02. 1994).

2) *Идентичност предмета спора* — Пошто је идентичност захтева опште обележје јединственог супарничарства, постоји ми-

(13) L. Rosenbert, *op. cit.*, стр. 442; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 90.

(14) *Res iudicata ius facit inter partes.*

шљење да се вољно јединствено супарничарство исцрпљује случајевима проширења правноснажности (15). Оно нема присталица, јер га оповргава пракса. Ипак, не може се занемарити, јер изискује да се идентичност предмета спора ближе одреди као стожер друге групе случајева вољног јединственог супарничарства. Зато и треба нагласити да ту групу чини специфичним што се неопходност јединственог решавања спора заснива искључиво на идентичним захтевима које супарничари истичу или од којих се бране (16).

Идентичност захтева је једини разлог што су вољни јединствени супарничари: сувласници који на основу истог чињеничног и правног основа траже предају ствари; закупци који од истог власника, односно носиоца права располагања траже да им се призна право откупа на становима у истој згради; супоседници који траже заштиту државине поводом истог чина сметања; учесници огласа који побијају исту одлуку о избору кандидата; лица оштећена без своје кривице истом деликтном радњом; наследник и јавни тужилац који у истом поступку траже поништај брака итд.

Неки случајеви вољног и јединственог супарничарства из ове групе, могу се, у одређеној ситуацији, објаснити и проширењем правноснажности, на пример: кад више лица тражи да се утврди истинитост или неистинитост неке исправе; кад коаутори траже забрану коришћења ауторског дела; кад више наследника тражи да се утврди недостојност за наслеђивање истог лица; кад сувласници траже брисање укњижбе и успоставу ранијег земљишно-књижног стања итд. То је, међутим, могућно само ако се спор оконча пресудом којом се тужбени захтев усваја. Таква пресуда заиста делује на остала лица која су могла тужити а нису. Али, на њих не делује пресуда којом се захтев одбија, тако да могу поднети нову тужбу са истим захтевом, без ризика да ће бити одбачена због постојања правноснажне пресуде. Према томе, проширење правноснажности није довољно да се ови случајеви сврстају у прву групу вољног јединственог супарничарства. Утолико пре што је у моменту подношења тужбе, када настају дејства супарничарства, неизвесно да ли ће тужбени захтев бити усвојен или одбијен (17).

Јединствено вољно супарничарство засновано искључиво на идентичном предмету спора, препознаје се у овим случајевима:

„Ако се у спору за поништај брака тужиоцу придружи још неко лице које има непосредни правни интерес да брак буде поништен, то лице има положај јединственог супарничара". (Пресуда Врховног суда Србије Гж. 308/67 од 27. 06. 1967).

(15) Schwab, *Lehrbuch des Zivilprozessrechs*, 1953, стр. 274.

(16) З. Ивошевић, *op.cit.* стр. 93.

(17) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 93.

„Према међусобном споразуму, четири даваоца лиценце остварују од корисника лиценце накнаду, док је пети, одсутни, давалац не остварује (на нули је). Из овог следи да одсутни давалац лиценце не дели са осталим даваоцима лиценце исти правни интерес у односу на предмет спора, па може, али и не мора, бити у процесној заједници тужилаца. Зато за њега важе правила вољног јединственог супарничарства". (Решење Врховног суда Србије Гж. 853/91 од 10. 07. 1992).

„Ако се у парницу по захтеву за брисање уписа у судски регистар друштва са ограниченом одговорношћу укључи и холдинг компанија, у чијем саставу друштво послује, компанија мора имати статус јединственог супарничара". (Решење Врховног суда Србије Прев. 25/94 од 16. 03. 1994).

3) *Посебна правила* — Посебна правила за вољно јединствено супарничарство произлазе из његове особине да сви носиоци правног односа могу, али и не морају, бити обухваћени процесном заједницом супарничара.

Ако та заједница, дакле, може бити непотпуна, могућно је да неко од супарничара повуче тужбу, односно да према неком од супарничара тужба буде повучена (18). На то указује и решење Врховног суда Србије Гж. 853/91 од 10. 07. 1992: „Нужни јединствени супарничари не могу а вољни јединствени супарничари могу појединачном изјавом повући тужбу". Наравно, ако „правни ефекат ове радње не прелази на друге" (19). Уколико прелази, тужба се не може повући. На пример, не би је могао повући супарничар који је једини поднео тужбу пре истека преклузивног рока, или који је једини истакао приговор застарелости потраживања а остали то више не могу учинити (20).

Ако је повлачење тужбе могућно, појединачно одрицање од тужбеног захтева није. Таква парнична радња доводи до пресуде на основу одрицања (члан 331а. ЗПП), а пошто се она не би односила на остале супарничаре, њено предузимање није могућно, пошто се, у супротном, спор не би могао решити на исти начин према свим супарничарима.

3. Нужно јединствено супарничарство

Јединствено супарничарство је нужно кад се судска заштита може остварити само ако процесна заједница супарничара обухва-

(18) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 347.

(19) С. Трива, *Грађанско процесно право* I, 1972, стр. 356.

(20) З. Ивошевић; *op. cit.*, стр. 95.

ти све субјекте правног односа из којег је настао спор (21). Отуда се овде јединствен начин решавања спора увек односи на сва лица која би имала статус нужних јединствених супарничара. Изостајање неког од њих водило би „неразрешивим заплетима" (22) и судска заштита не би могла бити пружена.

1) *Недељивост правног односа* — Овакав карактер нужног јединственог супарничарства произлази из недељивости правног односа који је предмет спора. И код нужног и код вољног јединственог супарничарства, правни однос је — јединствен. Али, код нужног је јединствен и недељив а код вољног јединствен и дељив.

Недељиви правни односи настају поводом недељивих стварних и других права.

Спорови о недељивим стварним правима тичу се стварних службености, залоге, заједничке имовине, неподељене заоставштине, заједничких делова зграде и др. Нужно јединствено супарничарство у тим споровима постоји, на пример: између сувласника непокретности на којој се тражи установљавање или престанак службености; између сувласника заложене ствари кад заложни поверилац захтева реализацију залоге ради намирења тражбине или кад се према њима истиче захтев да је заложно право престало; између брачних другова или чланова породичног домаћинства кад држалац ствари из њихове заједничке имовине захтева утврђење права својине по основу одржаја; између сувласника послужног добра кад траже укидање службености пролаза; између корисника заједничке просторије у згради, кад траже њено испражњење; између наследника неподељене заоставштине кад захтевају брисање укњижбе, између сопственика породичне зграде кад сусед тражи постављање антене итд. Оно се може уочити у овим судским одлукама:

„Једна од странака у парници за установљење стварне службености пролаза на градском грађевинском земљишту мора бити и општина, што значи да тужбом морају бити обухваћени корисник градског грађевинског земљишта и општина, јер установљено право стварне службености делује према свима па и према општини". (Решење Врховног суда Србије Гзз. 80/80).

„Санаследници у погледу заоставштине која је на њих прешла *ipso iure* — стоје у јединственој недељивој правној заједници, па се нужно појављују као јединствени супарничари, због чега у парници треба сви да учествују". (Решење Врховног суда Србије Гж. 1610/60 од 22. 12. 1960).

„Нижестепени судови су занемарили да парница ради утврђења права својине на стварима стеченим радом у заједничком

(21) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 96.

(22) G. Neumann, *Коментар грађанског судског поступка* (превод С. Грегорић), Београд, 1933, стр. 255.

домаћинству захтева да њоме буду обухваћени сви који су у том стицању учествовали. Својинска права на неподељеној ствари из заједничке имовине изискују да се тужби за утврђење сувласничких удела једног заједничара супротставе сви који имају својинска права на тој ствари, јер то налаже члан 201. ЗПП о нужном јединственом супарничарству". (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2581/95 од 12. 06. 1995).

Спорови о другим недељивим правима имају порекло у породичном, наследном, ауторским, стамбеним, радним, имовинским и другим правним односима који странке у спору повезују истим правним интересом у односу на противнике у поступку. Нужни јединствени супарничари су, на пример, у породичним споровима: брачни другови — по тужби једног тужиоца за поништај брака, родитељи — по тужби детета за утврђење очинства или материнства, мајка и дете — по тужби мајке детета за оспоравање очинства; у наследним споровима: оглашени наследници — кад нови наследник тражи свој наследни део или преостали наследници — кад један или неки од њих траже поништење наследничке изјаве; у ауторским споровима: коаутори — по тужби трећег лица да се утврди да је и оно аутор, коаутори кад траже забрану издавања или дистрибуције свог дела или коизумитеља — по тужби претендента за поништавање патента; у стамбеним споровима: оба носиоца станарског права, односно закупца — по тужби трећег лица за поништај уговора о замени станова; у радним споровима: оба послодавца — по тужби радника за поништај споразума о преузимању; у имовинским споровима: продавац и купац — кад носилац права прече куповине тражи поништај уговора о купопродаји, преостали ортаци — кад један или неки од њих траже разортачење, преостали сувласници — кад један или неки од њих траже развргнуће сувласничке заједнице, сукцесори — кад поверилац њиховог правног претходника тражи извршење обавезе итд.

О нужном јединственом супарничарству у споровима поводом других недељивих права говоре следеће судске одлуке:

„Кад очинство оспорава муж мајке детета који се по закону сматра оцем детета, тужба се управља против детета, али је тужилац дужан да тужбом обухвати и мајку детета, јер су у питању односи родитеља и детета, а за промену таквих односа непосредно су заинтересовани: дете, лице које се по закону сматра оцем детета и мајка детета. Спор о очинству тиче се сваког од њих те се свима њима мора омогућити да у парници учествују као странка. Према томе, када једно од њих тужи друго двоје морају бити тужени". (Пресуда Врховног суда Србије Гж. 2846/65)

„У овој парници суд је утврдио ништавост уговора само према даваоцу издржавања, ваљда зато што је прималац издржавања умро. Али, како уговори „надживљују" странке, уместо умрлог

примаоца издржавања морали су да се појаве његови наследници. Они се, с обзиром на предмет спора, налазе у недељивом правном односу са даваоцем издржавања, услед чега се уговор о доживотном издржавању не може поништити према једној а остати на снази према другој. Обе стране су, дакле, морале бити обухваћене процесном заједницом пасивних нужних супарничара. (Решење Врховног суда Србије Рев. 5491/94 од 16. 11. 1994).

„Сви земљишно-књижни власници непокретности морали су учествовати у поступку доношења пресуде, јер се налазе у недељивом правном односу према претензији тужиоца да на њој, по основу одржаја, стекну право својине. С обзиром на то, сви су се морали наћи у процесној заједници нужних јединствених супарничара. Пошто су два сувласника била изван те заједнице... мора им се омогућити да се укључе у поступак како би био окончан на јединствен начин према свим сувласницима, што је последица недељивости правног односа у коме се налазе". (Решење Врховног суда Србије Рев. 4638/94 од 5. 10. 1994).

Без обзира колико случајеви нужног јединственог супарничарства били различити, заједничко им је што субјекте са истом страначком улогом везује у супарничарску заједницу и недељив (дакле, исти) правни интерес. На то упозорава и Решење Врховног суда Србије Гж. 853/91 од 10. 07. 1992. године: „За нужно јединствено супарничарство потребно је да, поред недељивог права и правног односа о којима се одлучује, постоји и недељив правни интерес у односу на предмет спора и противника у парници". Недељивост интереса произлази из недељивости правног односа. Најчешће сви субјекти тог односа деле исти интерес и тада их окупља иста супарничарска заједница на тужилачкој или туженој страни. Али, њихови интереси у међусобном спору могу бити и различити, на пример, при деоби заједничке имовине, развргнућу сувласничке заједнице или раскиду ортаклука. Тада су подносиоци тужбе, на једној а сви остали на другој страни у парници. Субјекти истог правног односа са различитим правним интересима не могу бити у истој супарничарској заједници, али морају бити обухваћени истим поступком, да би се према свима донела иста одлука (без обзира што са њом неће сви бити једнако задовољни) и обезбедило једнако решавање спора према свим супарничарима са истим интересима (23).

Према једном схватању, „треба узети да нема нужног супарничарства на активној страни", упркос множини субјеката недељивог правног односа, јер њихова интеграција не би била могућна, на пример, „кад би се тражило да тужбу поднесу сви — знани или

(23) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 100 и 101.

незнани — стечајни веровници", док би „због пасивности једног од њих оним другима било ускраћено право на тражење правне заштите" (24). Први аргумент није делотворан јер стечајни повериоци нису субјекти недељивог правног односа, па нису јединствени него обични супарничари. Други аргумент заслужује пажњу, пошто опструкција једног од носилаца недељивог правног односа доиста може онемогућити судску заштиту осталима. Али, и тужба једног носиоца недељивог правног односа може значити опструкцију према осталима, уколико они сматрају да је вођење судског поступка супротно њиховом правном интересу. Потпуност активне супарничарске заједнице није само пуко процесно правило нужног јединственог супарничарства, већ је и знак да сви субјекти недељивог правног односа имају исти правни итнерес према потреби подношења тужбе. Стога, као што пасивност једног може другима онемогућити остваривање судске заштите, тако и активност једног може нарушити интерес осталих да тужбу не поднесу. У оба случаја судска заштита се не може остварити без потпуне интеграције субјеката недељивог правног односа и њихових правних интереса. То, уосталом, произлази из суштине материјално-правног односа из којег извире нужно јединствено супарничарство. Ако је неки правни однос недељив, онда то важи за све носиоце права из тог односа, без обзира да ли су на активној или пасивној страни.

Ипак, поменуто схватање упозорава на могућност непринципијелне опструкције којом се злоупотребљава процесни положај нужног јединственог супарничара. То, међутим, не може бити разлог да се укине активно потпуно супарничарство, јер би онда „са прљавом водом из корита избацили и дете". Зато ово упозорење ваља искористити да се пронађе решење за непринципијелну опструкцију.

Код пасивног супарничарства решење је у проширењу тужбе на новог туженог, у смислу члана 196. став 2. ЗПП, а у одсуству његовог пристанка — у подношењу посебне тужбе и спајању парница по ранијој и новој тужби, у смислу члана 313. ЗПП.

Код активног супарничарства, решење је нешто сложеније, али постоји. Најпре треба, у смислу члана 211. ЗПП, обавестити недостајућег супарничара о парници и позвати га да приступи тужби по члану 196. став 2. ЗПП. Ако он то не учини, треба га сматрати потенцијалним умешачем који не жели да буде странка. Другим речима, својеврсним учесником поступка из члана 209. ЗПП, који „има положај јединственог супарничара", иако то формално није. Његова овлашћења су равна овлашћењима јединственог супарничара који је то формално постао, будући да он, по

(24) С. Трива, *op. cit.*, стр. 346 и 347.

члану 209. став 2. ЗПП, може поднети и „ванредни правни лек у парници у којој до наступања правноснажности одлуке о тужбеном захтеву није учествовао као умешач". С обзиром на овакав положај, на њега се има сходно применити члан 201. ЗПП, по коме се дејство парничних радњи делатних супарничара простире и на неделатне. Како је ово правило установљено да би се спор решио на једнак начин према свим носиоцима недељивог правног односа, има се узети да се правноснажност донесене одлуке простире и на њега. Као и код вољног јединственог супарничарства. Оваква последица изискује да се према субјекту недељивог правног односа у опструкцији, суд односи као према странци у погледу достављања и позивања.

2. *Посебна правила* — Посебна правила за нужно јединствено супарничарство условљена су његовом одликом да у процесну заједницу нужних јединствених супарничара морају ући сви субјекти правног односа према којима се спор може решити на једнак начин.

Судска заштита се може остварити ако сви субјекти недељивог правног односа, односно сви субјекти који у оквиру тог односа имају исти правни интерес према противној страни, буду у одговарајућој супарничарској заједници. Пошто нико од њих не може остати ван те заједнице, заштита се не може остварити појединачном, већ само заједничком тужбом. Она, међутим, не захтева јединственост тужбене радње, (25) што значи да се супарничарска заједница може употпунити све до закључења главне расправе ако је неко изостао. То се постиже приступањем нових тужилаца уз постојеће, проширењем тужбе на новог тужиоца, спајањем парница или на који други начин, о чему ће бити речи касније.

Постоје неслагања о начину санкционисања непотпуне супарничарске заједнице. Према једном мишљењу, тужбу која не обухвата све субјекте правног односа треба одбацити, по некима — због недостатка процесне легитимације (26), а по некима — због неуредности тужбе (27). Према другом мишљењу, тужбени захтев из такве тужбе треба одбити због недостатка активне или пасивне стварне легитимације (28). — Друго мишљење више одговара нужном јединственом супарничарству, судбински зависном од спор-

(25) L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 441.

(26) С. Трива, *op. cit.*, стр. 360 и 361; L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 441 и 442; A. Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, 1963, стр. 614.

(27) М. Јанковић и др., *Коментар Закона о парничном поступку*, 1977, стр. 270 и други који следе начелно мишљење Проширене опште седнице Савезног врховног суда бр. 61/60 од 6. 04. 1960. године.

(28) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 346; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 104; G. Petschek, *op. cit.*, стр. 302; G. Neuman, *op. cit.*, стр. 260; S. Costa, *Manuele di diritto prosessuale*, стр. 158 и 159.

ног материјално-правног односа. Сједињујући више парничних односа у једном поступку, супарничарство сједињује и захтеве које супарничари истичу или од којих се бране. Како иза сваког од тих захтева стоји субјективно право одређеног лица, ти захтеви задржавају своју индивидуалност, без обзира што су идентични. Пошто сваки субјект има самостално право на тужбу и код недељивих правних односа, појединачна тужба јесте допуштена, али се субјективно право не може остварити без потпуне процесне заједнице свих који би морали бити нужни супарничари. С обзиром на то, непотпуност супарничарске заједнице утиче само на стварну легитимацију тужилачке или тужене стране у поступку. Како је стварна легитимација материјално-правно а не процесно-правно питање, недостатак активне или пасивне легитимације се може санкционисати одбијањем тужбеног захтева а не одбацивањем тужбе. Одбацивање тужбе се не може правдати ни њеном неуредношћу. Уредност се тиче њеног формално-правног изгледа а не круга лица која туже или су тужена. Суд може налагати да се отклоне формални недостаци тужбе, али не и материјални. Будући да непотпуност супарничарске заједнице утиче на материјално-правну основаност тужбеног захтева, суд не може, применом члана 109. ЗПП, наложити употпуњавање те заједнице, нити може одбацити тужбу, ако то не буде учињено (29).

Пресуда која не обухвата све нужне супарничаре не делује ни према онима које обухвати. На то указује решење Врховног суда Србије Рев. 3940/95 од 13. 09. 1995. године: „Правноснажном пресудом на основу признања суд је, због апсолутне ништавости у ранијем спору поништио уговоре о откупу стана према једном субјекту у истој страначкој улози. У овом спору тужилац тражи да се уговори пониште и према другом правном субјекту. Апсолутна ништавост је недељива, јер је незамисливо да исти уговор према једном субјекту важи а према другом не. Зато је овде реч о правном односу који изискује употављање нужног супарничарства из члана 201. ЗПП, да би се спор због природе правног односа морао решити на јединствен начин према свим супарничарима. Наведена одредба има у виду два облика јединственог супарничарства: нужно и вољно. Код нужног јединственог супарничарства, правни однос је јединствен и недељив, док је код вољног јединственог супарничарства, јединствен и дељив. С обзиром на то, није било могућно поништити уговор само према једном субјекту недељивог правног односа. Пошто је то у ранијем спору ипак учињено, донесена пресуда на основу признања је без дејства, не само према осталим субјектима правног односа него и према туженој која је тужбени захтев признала".

(29) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 103 до 106.

4. Јединствено дејство парничних радњи

Јединствено супарничарство се препознаје пре свега по дејствима парничних радњи супарничара. Она су заједничка и за вољно и нужно јединствено супарничарство, а настају из правне фикције да се сви јединствени супарничари сматрају као једна парнична радња, па ако се деси да поједини супарничари пропусте коју парничну радњу, дејство парничних радњи које су извршили други супарничари протеже се и на оне који те радње нису предузели (члан 201. ЗПП). Без оваквог дејства парничних радњи не може се остварити циљ јединственог супарничарства: једнак начин решавања спора према свим супарничарима. Зато је оно основна одлика јединственог супарничарства. Овај циљ је, уједно, и граница до које предузета парнична радња може деловати на друге супарничаре. Даље од тога не може. Зато је теза о јединственим супарничарима као „колективним заступницима једне странке" (30), више сликовита него тачна. Тачније је правило да код јединственог супарничарства „свако може да ради све, али ни један против свих" (31). Најтачнији је, међутим, следећи исказ: „Штетне процесне радње не делују ни према коме, па ни према оном ко их је предузео, осим ако су их предузели сви. Корисне процесне радње једнога делују и у корист оних који их нису предузели" (32).

Размотрићемо колизију парничних радњи, протезање парничних радњи и диспозитивне парничне радње.

1) Колизија парничних радњи — Јединственом супарничарству највише одговара да сви супарничари предузимају истоветне парничне радње. Али, то се не догађа увек. Пошто свако од њих задржава процесну индивидуалност, јединствени супарничари могу предузимати различите парничне радње, па да, рецимо, један призна тужбени захтев, други изостане са припремног рочишта, трећи оспори тужбени захтев. Како ове радње воде разним исходима, ваља и тада наћи пут јединственог поступања.

Преовладава схватање да при предузимању колидирајућих парничних радњи, супарничари треба да следе најповољнију (33). У наведеном примеру то би била радња оспоравања тужбеног захтева, јер једино она може довести супарничаре до успеха у спору. „Дакле, кад један супарничар тужбени захтев признаје а други предлаже да се одбије, кад један признаје нешто што други оспорава, кад један не спори чињенице а други предлаже доказе,

(30) G. Petschek, *op. cit.*, стр. 110.

(31) H. Sprel, *op. cit.*, стр. 191.

(32) S. Triva, *op. cit.*, стр. 359.

(33) Б. Познић, *op. cit.*, 347; S. Triva, *op. cit.*, стр. 359; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 113; H. Sperl, *op. cit.*, стр. 192; G. Neumann, *op. cit.*, стр. 270; Schrutka, Ulman, Demetinus (по Pollak-у, *op. cit.*, стр. 201, ф.н. 76).

за све супарничаре важи радња која омогућује развој парнице, расправљање, извођење доказа" (34).

Многи, међутим, сматрају да колидирајуће парничне радње суд, у сваком конкретном случају, треба да оцењује по слободном уверењу, у склопу укупних резултата доказивања и њиховог утицаја на одлуку (35).

Постоји и становиште по коме код колидирајућих парничних радњи треба узети да парничне радње уопште нема (36). Схватање да повољнија парнична радња одређује положај свих супарничара, највише одговара суштини јединственог супарничарства, јер штити читаву супарничарску заједницу од појединачних штетних радњи, укључујући и оне који такву радњу предузму, а ипак омогућује да се, у случају колидирајућег понашања, обезбеди једнак положај свих супарничара. Под најповољнијом парничном радњом треба сматрати ону која обезбеђује једнако решавање спора према свим јединственим супарничарима а ником не угрожава право на судску заштиту (37).

Слободна оцена није поуздан пут решавања колидирајућих ситуација, јер удаљава од објективних критеријума и прејудицира исход спора.

Фикција о непостојању парничне радње је неприхватљива. Јер, ако у колизији изјављене жалбе и изјаве о одрицању жалбе треба узети да парничне радње нема, консеквенца је да нема жалбе. На тај начин, штетна радња надвладава корисну, чиме се, заправо, оптира за неповољнију радњу (38). Зато и овај став нема присталица.

2) Протезање парничних радњи — Ако поједини супарничари пропусте коју парничну радњу, на њих ће се протегнути дејство парничних радњи које су извршили други супарничари (члан 201. ЗПП). На тај начин „неделатни супарничари размењују последице своје неактивности за последице активности делатних" (39). Чак и против своје воље. Отуда ће жалба једног супарничара одложити правноснажност пресуде и према оном који је није поднео. Делатни супарничар може, дакле, да смета неделатном, али не и да му штети. Протезање парничне радње на неделатне супарничаре неки зову и „рефлексним дејством јединственог супарничарства" (40).

---

(34) H. Sperl, *op. cit.*, стр. 192.

(35) Ф. Горшић, *Коментар грађанског парничног поступка* I, 1993, стр. 424; A. Nikisch, *Zivilprozessrecht*, 1952, стр. 441; L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 448.

(36) R. Pollak, *op. cit.*, стр. 200.

(37) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 113.

(38) *Ibid.*

(39) R. Pollak, *op. cit.*, стр. 202.

(40) G. Petschek, *op. cit.*, стр. 33.

Ово дејство се испољава зависно од конкретне ситуације. Одговор на тужбу једног супарничара делује као да су га поднели сви, тако да ће према свима спречити доношење пресуде због изостанка, али ће бити и знак да су се сви упустили у расправљање. Приговори истакнути од једног супарничара деловаће и на остале. Присуство једног супарничара искључује доношење пресуде због изостанка према свима, а предлог једног да се ова пресуда донесе биће довољан да то буде учињено према свима. Ако правни лек изјави један супарничар, узима се као да су га поднели сви. Ово указује да се радњама делатних супарничара развијају и парнице неделатних. Пропуштањем једне радње супарничар не губи право на предузимање наредних. Према неделатним супарничарима суд има исте обавезе у погледу позивања и достављања, као и према делатним.

3) Диспозитивне парничне радње — Признање тужбеног захтева, повлачење тужбе, преиначење тужбе, проширење тужбе, одустанак или одрицање од правног лека, пристанак на све ове радње, закључење поравнања и друге радње располагања, могу се предузимати само уз сагласност свих јединствених супарничара, осим повлачења тужбе од стране вољног јединственог супарничара који то, под одређеним условима, може учинити и појединачном радњом. Та сагласност, према једном схватању, мора бити изричита (41), а према другом, може бити и прећутна (42). Нашем процесном праву, у коме влада принцип негативне литисконтестације („ко ћути, не признаје"), одговара схватање о изричитој сагласности, која се најчешће исказује заједничким предузимањем диспозитивне парничне радње. Отуда, ако неки супарничари признају а неки оспоре тужбени захтев, изјава о признању не делује ни према онима који су је дали, па се поступак наставља према свима. Како се ћутање о захтеву такође сматра његовим оспоравањем, исто ће бити и кад неки супарничари оспоре захтев а неки пропусте рочиште на коме је требало да се о захтеву изјасне.

5. Јединственост одлуке

Правила о јединственом дејству парничних радњи супарничара, успостављена су да обезбеде једнак начин решавања спора према свим јединственим супарничарима (члан 201. ЗПП). Зато

(41) Б. Познић, М. Вражалић и Ф. Бачић, *Закон о парничном поступку са коментаром*, 1957, стр. 168; S. Triva, *op. cit.*, стр. 360; Ф. Горшић, *op. cit.*, стр. 425; G. Neuman, *op. cit.*, стр. 270; A. Gotl, *Ungarishe Zivilprozess — Ording*, 1911, стр. 73.

(42) Д. Аранђеловић, *Грађанско процесно право*, књига прва, 1932, стр. 128; H. Sprel, *op. cit.*, стр. 192; R. Pollak, *op. cit.*, стр. 201; A. Nikisch, *op. cit.*, стр. 441

јединственост одлуке представља суштину јединственог супарничарства. Њој су подређена и сва остала правила јединственог супарничарства.

1) Немериторно одлучивање — Немериторно одлучивање тиче се одбацивања тужбе због недопуштености, неблаговремености или неуредности.

Тужба је недопуштена кад постоје сметње за развој поступка као што су: литиспенденција, постојање правноснажне одлуке у истој ствари, постојање поравнања, непостојање правног интереса код тужбе за утврђење, апсолутна ненадлежност суда, неподношење приговора пре тужбе у радном спору. У оваквим случајевима тужба се одбацује само ако су сметње наступиле према свим супарничарима. Супарничар на кога се сметње не односе, спашава процесни положај осталих јединствених супарничара.

Тужба је неблаговремена ако је поднета после истека преклузивног рока. Одбацује се само ако је рок истекао према свима. Супарничар према коме рок тече чува рокове осталих и кад су их они пропустили. Тако је и код осталих рокова, о чему ће бити речи.

Тужба је неуредна ако не садржи све што је потребно да се по њој поступа. Недостаци се могу односити на страначку, односно парничну способност и засупање (члан 83. ЗПП) или на садржину тужбеног поднеска (члан 109. ЗПП). Решење о одбацивању тужбе (односно да се тужба сматра повученом) према једном супарничару неће утицати на вољне јединствене супарничаре, јер они могу остварити судску заштиту и без потпуне супарничарске заједнице. Али, утицаће на нужне јединствене супарничаре, који без потпуне супарничарске заједнице немају стварну легитимацију, па ће услединти и одбијање тужбеног захтева, „јер се предмет парнице само преко свих или против свих може решити" (43).

2) Мериторно одлучивање — Мериторно одлучивање тиче се пресуде којом се решава спорни однос. Та пресуда мора на једнак начин решити спор према свим јединственим супарничарима, без обзира да ли су вољни или нужни. Овде нема изузетака, какви постоје код немериторног одлучивања према вољним јединственим супарничарима. Основаност, односно неоснованост тужбеног захтева мора се подједнако тицати свих јединствених супарничара. Тужбени захтев може бити или усвојен или одбијен према свима. То важи и за његово делимично усвајање или одбијање.

Делимична пресуда се не може донети према појединим супарничарима (44). Али, може према свима у истој сразмери. Исто

(43) L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 445.

(44) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 342; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 122 и 123; М. Јанковић и др., *op. cit.*, стр. 269.

правило важи и за међупресуду. И оне, дакле, морају бити јединствене. Одредба члана 201. ЗПП инсистира на једнаком решавању спора, али не и на доношењу једне пресуде (45).

3) Конкуренција пресуде на основу признања и пресуде због изостанка — Како суд треба да поступи кад један супарничар призна тужбени захтев а други пропусти рочиште и створи услове за доношење пресуде због изостанка? На ово питање дају се различити одговори. Према једном схватању, треба донети јединствену пресуду због изостанка, јер је изостанак с рочишта повољнији од признања захтева (46). Према другом схватању, треба донети јединствену пресуду на основу признања, којој пасивно држање другог не смета (47). Треће схватање се залаже за функцију неопредељеног става, која тражи наставак суђења заказивањем следећег рочишта (48). Четврто схватање налази решење у доношењу пресуде на основу расправљања (49).

Доношење јединствене пресуде због изостанка није могућно, јер присуство супарничара који је захтев признао (не и изјава о признању) делује и на одсутног, тако да контумацију искључује према обојици. Доношење јединствене пресуде на основу признања није могућно, јер је признање захтева диспозитивна парнична радња, па не може бити предузета од стране једног за све, већ сагласно од свих. Идеја неопредељеног става, води решењу, али уз извесно прецизирање. Неодређеност става тиче се странака а не суда. Он је опредељен према даљем расправљању и доказивању, а то значи и према доношењу јединствене одлуке на основу укупних резултата расправљања. Другим речима, идеја „неопредељеног става" је опредељена према доношењу јединствене пресуде на основу расправљања (50).

6. Остала заједничка правила

Остала заједничка правила јединственог супарничарства односе се на: структуру и употпуњавање супарничарске заједнице,

(45) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 123.

(46) S. Zuglia, *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, 1957, стр. 395.

(47) Руп, *Још једном о доношењу пресуде код јединственог супарничарства*, Гласник АКВ, бр. 5/61; Ротварт, *Један проблем у вези јединственог супарничарства*, Гласник АКВ, бр. 3/59; R. Pollak, *op. cit.*, стр. 201; Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen* II, стр. 199.

(48) S. Triva, *op. cit.*, стр. 360; Б. Познић, *op. cit.*, стр. 347; Ж. Анђелић, *op. cit.*, стр. 137.

(49) Маркићевић, *Поводом чланка „Један проблем у вези супарничарства"*, Гласник АПВ, бр. 9/60; L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 447 и 448.

(50) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 123–126.

литиспенденцију, рачунање и дејства рокова, прекид и мировање поступка, расправљање и чињеничну грађу, правне лекове, правноснажност и процесну индивидуалност супарничара. И она су изведена из правне фикције да се сви јединствени супарничари сматрају као једна парнична странка (члан 201. ЗПП).

1) Структура и уподтуњавање супарничарске заједнице — Процесна заједница јединствених супарничара може бити хомогена и хетерогена.

Хомогену супарничарску заједницу чине само вољни или само нужни јединствени супарничари, што је и уобичајено.

Хетерогену супарничарску заједницу чине и вољни и нужни јединствени супарничари. То није уобичајено, али је могућно. На пример: кад сувласници захтевају предају исте ствари, они су вољни и јединствени супарничари и не морају бити сви тужиоци, али ако је један сувласнички део заједничка имовина стечена у браку, брачни другови у процесној заједници вољних јединствених супарничара имају положај нужних јединствених супарничара, јер се као тужилац не може јавити само један брачни друг (51). На такав случај односи се решење Врховног суда Србије Гж. 853/91 од 10. 07. 1992. године: „Процесна заједница активних јединствених супарничара у овој парници је специфична: за четворо процесних субјеката важе правила једипственог нужног супарничарства а за једног, и то оног одсутног, правила вољног јединственог супарничарства. Према међусобном споразуму даваоца лиценце... прва четири даваоца лиценце остварују лиценцну накнаду... док је пети, одсутни, давалац не остварује (на нули је). Из овог следи да одсутни давалац лиценце не дели са осталим даваоцима лиценце исти правни интерес у односу на постојање, односно раскид лиценцног уговора, тако да може, а и не мора, бити у процесној заједници тужилаца".

Супарничарска заједница јединствених супарничара може бити потпуна и непотпуна. Непотпуна се, међутим, може употпунити, што је нарочито важно за јединствене нужне супарничаре, којима од тога зависи стварна легитимација.

Супарничарска заједница се употпуњава: приступањем новог тужиоца, проширењем тужбе на новог туженог, спајањем парница, укључивањем нових тужених уместо првобитног и ступањем претходника, сукцесора или умешача у парницу (52). Сваки од ових начина је стриктно прописап и ту не може бити импровизације. Ње, нажалост, има, што и показује случај из решења Врховног суда Србије Гж. 853/91 од 10. 07. 1992. године: „Основни проблем ове парнице је: непотпуност процесне заједнице тужилачке стране,

(51) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 89.

(52) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 54–71.

изазвана трајном одсутношћу једног носиоца патента, односно даваоца лиценце. Тужба је овај проблем покушала да реши укључивањем тог процесног субјекта у парницу у својству туженог, што је омогућило да му се одреди привремени заступник, у смислу члана 86. ЗПП. Покушај није био делотворан, јер се један од давалаца лиценце не може наћи изван процесне заједнице, пошто сви заједно чине скупину јединствених активних супарничара. Како се у ту скупину не може вратити док тужба према њему не буде повучена, овај проблем тек треба решити. При том, ваља имати у виду да процесна заједница јединствених супарничара може бити нужна или вољна. У оба случаја спор се мора решити на једнак начин према свим супарничарима. Разлика између нужног и вољног супарничарства је само у томе што је у првом случају заједничка тужба нужна, док у другом није". Суд, дакле, не може јединственог супарничара премештати из активне у пасивну супарничарску заједницу, како му је воља. Он остаје где га је поставила тужба, односно парнична радња којом је извршено употпуњавање одговарајуће супарничке заједнице. Све остало је ствар материјално-правног односа, односно стварне легитимације.

2) Литиспенденција — Чим тужба буде достављена једном од тужених, литиспенденција настаје према свим супарничарима процесне заједнице тужилаца. Од тог тренутка нова тужба против истих тужених не би могла бити поднета. Тужиоци више не би могли изменити месну надлежност суда, нити би без изјашњења тужене стране могли преиначити тужбу.

На туженој страни литиспенденција настаје за сваког туженог посебно, а ако имају заједничког пуномоћника — за све тужене истовремено.

3) Рачунање и дејство рокова — Према члану 202. ЗПП, ако рокови за извршење парничне радње за поједине јединствене супарничаре истичу у разно време, ту радњу може предузети сваки супарничар све док ма и за једног од њих рок тече. Рок истиче за све оног дана када је истекао за супарничара према коме је најкасније почео да тече. То значи да супарничар према коме рок тече чува рокове осталих и кад су их они пропустили. Ово правило штити супарничара који се придржава рока, „јер он не сме да трпи штету због држања других" (53). О року за тужбу већ је било речи.

Разлози за повраћај у пређашње стање тичу се само оног на којег се односе, али ако он „врати" рок, враћен је и за оне који су га пропустили. Отуда се усвајање предлога за повраћај у пређашње стање простире на све.

(53) L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 447.

4) Прекид и мировање поступка — Јединствено супарничарство изискује да сви супарничари имају истоветан положај при прекиду и мировању поступка.

Ако услови за прекид поступка настану макар и за једног супарничара, поступак се прекида према свима (54). Радње предузете за време прекида остају без дејства како према противничкој страни, тако и међу супарничарима. Наставак поступка може тражити сваки супарничар а не само онај код кога су се стекли услови за прекид.

5) Расправљање и чињенична грађа — Јединствено супарничарство предпоставља јединствено расправљање и јединствену чињеничну грађу.

Расправљање је јединствено ако се према свима примењују прописи о претходном испитивању тужбе, припремању главне расправе, главној расправи и доказивању.

Недељивост спорног односа захтева да доказивање и чињенична грађа буду јединствени. То није лако обезбедити, пошто јединствени супарничари самостално износе чињенице и нуде доказе. Евентуалне разлике се отклањају правилима о идентификацији спорних чињеница. Неспорна је само она чињеница коју таквом сматрају сви јединствени супарничари. Ако неко признаје а неко оспорава изнету чињеницу, она је спорна јер је оспоравање повољнија радња од признања. Оспоравањем се сматра и неизјашњавање о изнетој чињеници (принцип негативне литисконтестације). Противречне изјаве појединих супарничара оцењују се у склопу укупних резултата поступка (чл. 8. ЗПП). Пошто се доказивање односи на све јединствене супарничаре, јединствена и мора бити оцена изведених доказа. Јединствени супарничари не могу један другом сведочити, јер су субјекти истог материјално-правног односа. Они, дакле, могу бити саслушани само као странке а суд може одлучити да ли ће саслушати све или неке супарничаре (55).

6) Правни лекови — Ако неко од јединствених супарничара изјави жалбу или други правни лек сматра се као да су то учинили сви. Један супарничар правним леком отвара вишу истанцу за све супарничаре, укључујући и оне који су правни лек повукли или су се одрекли његовог подношења (56).

Одлука о правном леку делује према свим супарничарима, дакле, и према оним који жалбу нису поднели.

---

(54) Б. Познић, *op. cit.*, стр. 347; З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 109; М. Јанковић и др., *op. cit.*, стр. 269. L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 448; G. Neumann, *op. cit.*, стр. 272.

(55) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 119–121.

(56) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 127; A. Nikisch, *op. cit.*, стр. 441.

Ако је само један супарничар поднео правни лек, може ли га повући? Постоји схватање да не може, јер се радња подношења протеже на све, па без сагласности свих нема ни повлачења (57). Али, ако би се узело да се изјавом о повлачењу једини подносилац правног лека придружује правном ставу осталих (да се правни лек не поднесе), могло би се разумети и становиште да постоји прећутна сагласност свих за предузимање овакве парничне радње (58). Ипак, пошто сагласност мора бити изричита, први став је прихватљивији, јер неко од супарничара можда није побијао одлуку рачунајући да је правни лек једног довољан за све.

Једнако решавање спора према јединственим супарничарима намеће одређени режим употребе правних лекова и противнику. Он, наиме, правним леком мора обухватити све јединствене супарничаре. Изостави ли једног, правноснажност наступа према свима. Стога, ако га поднесе само према неким супарничарима, правни лек се има одбацити према свима — као недопуштен, јер се другачије не може обезбедити једнак начин решавања спора.

Субјект материјално-правног односа, који би имао положај јединственог супарничара, може поднети правни лек у својству умешача, и кад претходно није био укључен у одговарајућу процену заједницу (члан 209. став 2. ЗПП).

7) Правноснажност пресуде — Пошто се подношење правног лека од једног јединственог супарничара узима као да су га поднели сви, формална правноснажност пресуде настаје тек кад се ни један супарничар више не може користити жалбом (59). Али, правноснажност не мора на исти начин наступити према свим супарничарима. Могућно је да је неки изазову неподношењем а неки одрицањем од жалбе. Она је, међутим, недељива, и не може се тицати појединих супарничара, него свих или никог.

Материјална правноснажност делује на однос сваког супарничара према противној страни, а не на однос између супарничара, осим код вољног јединственог супарничарства услед проширења правноснажности, када делује и између супарничара (60).

8) Процесна индивидуалност супарничара — Фикција да се јединствени супарничари сматрају као једна парнична странка, без које се не може обезбедити једнако решавање спора, не утиче на индивидуалност њиховог парничног субјективитета. Они задржава-

(57) G. Neumann, *op. cit.*, стр. 271.

(58) L. Rosenberg, *op.cit*, стр. 448.

(59) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 128; A. Nikisch, *op. cit.*, стр. 441; L. Rosenberg, *op.cit*, стр. 447 и 448.

(60) Б. Познић, *op. cit.*

ју процесну персоналност и око ње се образују многа процесна правила (61).

Постојање процесних претпоставки, допуштеност и уредност тужбе, испитују се према сваком супарничару посебно (62), о чему је било речи.

Литиспенденција настаје према сваком од јединствених супарничара, ако немају заједничког пуномоћника. Отуда, ако онај коме је тужба достављена прихвати преиначење или проширење тужбе, оно ће деловати и према супарничарима којима првобитна тужба није била уручена. Изјава о неприхватању преиначења или проширења тужбе од стране оних којима је тужба уручена, изазваће иста дејства као да је дата и од оних којима тужба није уручена.

Свако од јединствених супарничара може имати свог пуномоћника. Могућно је да један супарничар заступа другог. Тада у својој парници парничне радње предузима за себе а у парници супарничара кога заступа, у његово име и за његов рачун.

Ако немају заједничког пуномоћника, достављање поднесака и позива врши се сваком јединственом супарничару, посебно. Због тога се рочиште не може одржати, ако позиве нису примили сви.

Сваки јединствени супарничар самостално подноси предлоге, даје поднеске и предузима друге парничне радње.

Диспозитивне парничне радње јединственог супарничара не делују на друге супарничаре. Оне морају бити заједничке.

Предлог за повраћај у пређашње стање тиче се само личности супарничара који износи разлог. (Предузета радња, ако предлог буде усвојен, деловаће, међутим, и на друге.)

Мера одржавања реда у току суђења (опомена, новчана казна, удаљење из суднице) предузимају се с обзиром на личност сваког супарничара.

Јединствени супарничари сносе трошкове поступка сразмерно издацима које су имали. Трошкови оног ко има и оног ко нема адвоката, неће бити једнаки. Трошкове правног лека који није усвојен сноси само онај ко га је изјавио. Имовинске прилике супарничара се оцењују појединачно, па је могућно да суд неке ослободи а неке не ослободи обавезе плаћања трошкова поступка.

Процесна индивидуалност супарничара не може се, међутим, испољавати преко мере којом се доводи у питање једнако решавање спора према свим јединственим супарничарима.

---

(61) З. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 128–130.

(62) L. Rosenberg, *op. cit.*, стр. 445; A. Nikisch, *op. cit.*, стр. 404 и 441; A. Blomeyur, *op. cit.*, стр. 618.

Dr Zoran Ivošević
Judge, Supreme Court of Serbia

UNDIVIDED CO-LITIGANT POSITION

Summary

The undivided co-litigant position is fatefully made dependent on the substantive-law relationship, so that a dispute out of such relationship may be settled only in an equal manner regarding all the parties having that capacity in the suit. It, however, may be willing (intended) and necessary. The one intended covers the case of a law-suit community without the need of being joined by all subjects of the contested legal relationship. A necessary co-litigant position is dictated by the need to realize court protection, due to undivisibility of the legal relationship, only after all of its subjects are included in the proceedings.

In both of these forms the disputed legal relationship is single, i.e. undivided, but only in case of the intended (willing one) — it is unique and divisible, while in case of the necessary one — unique and undivisible. In order to achieve an undivided decision, the co-litigants are considered as one single party to the proceedings, so that every one of them is entitled to take useful, but not harmful acts. However, every one of them keeps his (her) procedural individuality.

Key words: *Capacity of a co-litigant. — Legal relationship. — Procedural individuality.*

dr Zoran Ivošević
juge de la Cour suprême de Serbie

LE LITISCONSORTIUM UNIQUE

Résumé

Le litisconsortium unique est une conséquence irrémédiable d'un rapport matériel et juridique, de sorte que tout litige relevant d'un tel rapport ne peut être résolu que d'une même façon pour tous les litisconsorts. Il peut, cependant, être volontaire ou nécessaire. Il est volontaire lorsqu'il n'est pas indispensable que tous les titulaires du rapport de droit litigieux rentrent dans la communauté processuelle. Il est nécessaire au cas où la protection judiciaire, en raison de l'indivisibilité absolue du rapport de droit, ne peut être

réalisée que si la communauté processuelle englobe tous les sujets du rapport de droit. Dans les deux cas le rapport de droit litigieux est unique, si ce n'est que dans le premier il est unique et divisible alors que dans le second il est unique et indivisible. Pour que la décision unique puisse être prise, les litisconsorts sont considérés comme constituant une partie en litige, de sorte que chacun d'eux peut entreprendre des actions utiles et aucun des actions dommageables. Toutefois, chacun d'eux garde son individualité processuelle.

Mots clés: *Litisconsortium unique. — Litisconsortium unique volontaire. — Litisconsortium unique nécessaire.*

UDK 347.94+343.1

др Загорка Јекић
редовни професор Правног факултета у Београду

ПРАВО НА ДОКАЗ У ПАРНИЧНОМ И КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Основни предмет анализе аутора јесте оцена о томе да ли југословенски извори парничног и кривичног процесног права представљају основ за право на доказ, онако како се оно схвата у савременој теорији доказног права. Право на доказ, у оба поступка (парничном и кривичном) припада не само суду, већ и странкама. Ово право је комплементарно са теретом пружања доказа у оба поступка.

Кључне речи: *Парнични поступак. – Кривични поступак. – Право на доказ.*

У кривичном процесном праву говори се искључиво о терету пружања доказа који подразумева обавезу изношења доказа од стране одређених субјеката (овлашћених тужилаца). Међутим, у неким другим процесним наукама истиче се и право на доказ које означава право суда да у грађанској парници захтева од појединих субјеката да му ставе на располагање одређене доказе. Иако проблем није нов, он је дуго времена пролазио неопажен у теорији грађанског процесног права. Овакво стање настало је, према тумачењу теоретичара исте гране права, због тога што је у либералном контексту и акузаторском поступку, где је спор прихваћен као двобој у коме је судија привилегован гледалац, главна брига да се обезбеди поштена расправа и, ту нема двоумљења, да треба повећати број формалних одредаба које имају за циљ да избегну све што би могло да доведе у опасност достојанство правде. Ако се тако гледа на ствар, онда је проблем права на доказ стављен у други план; оно је мање важно од жеље да се одржи савршена једнакост између парничара који треба да се повинују правилима игре и да буду мудри да изађу са доказима у прави час, не очекујући од судије било какву помоћ која би могла да доведе у опасност његову неутралност. Треба, уосталом, рећи да је такво гледиште било јако заступљено у законској концепцији права, што је била карактеристична црта XIX века и извесно неповерење у погледу евентуалне самовоље судије. Међутим, данас су бриге другачије. Сада, на крају XX века наши су модерни духови неповерљиви

према формама које прикривају реалност и према симболима који чине да се она заборави. Брига да се открије истина постала је већи императив и у том циљу власт судије је повећана. Нема сумње да су правници Западне Европе остали обично привржени тој идеји да, бар што се тиче грађанских парница, није на судији да истражује „објективну истину" против воље странака. Али су постали свесни чињенице, много јаче него у прошлом веку, да је неопходно бдети како би се све учинило да одлука правде буде, што је више могуће, одраз истине. Због тога се данас даје толики значај праву на доказ. Та еволуција иде заједно са опадањем наших акузаторских процедура и повећањем права која су призната судијама (1).

Право на доказ у неким државама не произилази само из њихових процесних закона, него и устава. У том погледу италијански устав пружа савршен пример јер у свом чл. 24. нарочито, одређује елементе битне за право странака да „се бране доказујући", а на основу тог текста Уставни суд Италије није пропустио да цензурише одредбе закона које су се јављале као апсолутни доказни лимити. Поред тога, португалски устав садржи одредбе о праву на доказ које се односе на кривични поступак, а у Немачкој је Федерални уставни суд одлучио да свако ограничење права на доказ треба да буде образложено (2).

1. Право на доказ у парничном поступку

Закон о парничном поступку (3) садржи многобројне одредбе које се тичу доказа. Чак су и нека посебна поглавља посвећена доказима. Међутим, њихови наслови сасвим прецизно одређују садржај одредаба које регулишу материју доказа. Они се, наиме, односе на „доказе и извођење доказа" (гл. XVIII, чл. 219–271), односно на „обезбеђење доказа" (гл. XIX, чл. 272–276). Бројне законске одредбе у оквиру наведених поглавља регулишу, пре свега, терет пружања доказа (чл. 219), елиминисање чињеница које не треба доказивати (чл. 221), слободну оцену суда (чл. 223) и др., као и извођење појединих доказа (увиђај, исправе, сведоци, вештаци). Према томе, стиче се утисак да ЗПП и не познаје институт права на доказ. Можда се због тога о њему и не говори у научним системима грађанског процесног права и поред изванредне обраде других института везаних за материју доказа (основни појмови о

(1) Perrot R., Le Droit a la Preuve (Das Reht auf den Beweis) у књизи: *Effektiver Rehtssschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Die Generalberichte zum VII. Internation alen Kongress für Processrecht, Würzburg 1983, Bielefeld, стр. 96, 97.

(2) Perrot R., *op. cit.*, стр. 96; B Verf. GE, Juristenzeitung. 1972, стр. 2216.

(3) Службени лист СФРЈ, 4/77.

доказивању, предмет доказивања, призната чињеница, терет тврдње и доказивања, слободна оцена доказа итд.) (4).

Међутим, анализа наведених, као и неких других одредаба Закона о парничном поступку пружа довољно основа да се издвоји „право на доказ" као самосталнн процесни институт. Ту, пре свега, мислимо на чл. 7. ст. 3. и 4. ЗПП који подвлаче да је „*суд овлашћен* да изведе и доказе које странке нису предложиле ако су ти докази од значаја за одлучивање", одн. да је „*суд овлашћен* да утврди чињенице које странке нису изнеле ако из резултата расправе и доказивања произилази да странке иду за тим да располажу захтевима којима не могу располагати". Исто оправдање за издвајање права на доказ налазимо и у чл. 299. ст. 2. и 3. јер *омогућују странкама* да у току главне расправе изнесу нове чињенице и *да предлажу нове доказе*, као и да у току главне расправе упућују поднеске у којима ће навести чињенице које намеравају да изнесу на рочиште, као и доказе чије извођење намеравају да предложе. Овим одредбама придружује се и чл. 352. ст. 1. који прописује да се у жалби *могу износити* нове чињенице и *предлагати нови докази* с тим да је жалилац дужан да, позивајући се на нове чињенице, наведе доказе којима би се те чињенице утврдиле, а предлажући нове доказе дужан је да наведе чињенице које помоћу тих доказа треба утврдити.

Све наведене законске одредбе, од којих су неке генералне и начелне (чл. 7) а друге специфичне за поједине фазе поступка (чл. 299. и 392.), сасвим су довољне да се оправда самосталност института права на доказ који, паралелно са теретом пружања доказа, уокviрује доказну грађу релевантну за судско одлучивање у парничном поступку.

С друге стране, вредно пажње је запажање да право на доказ не изазива толико проблема у својој практичној примени, као што је то случај са теретом пружања доказа. При томе, не ради се уопште само о теоријском разматрању ових института, већ о различитим реперкусијама њихове примене у судској пракси. Колико дилема изазива питање расподеле терета доказивања у парничном поступку, најбоље може да илуструје неколико примера: пре свега, essentialia negotii доказује онај ко из уговора изводи једно право, а то је тужилац; на тужиоца пада терет да доказује врсту правног посла, обим чинидбе коју потражује (посебно висину примерене цене, закупнине или заступничке награде, у случају када тужени приговара висини туженог износа), чињеницу да је са своје стране учинио потребну спецификацију купљене ствари, постојање споразума о уговорној казни (ако је тужбом тражи), постојање пуно-

(4) Познић Б., *Грађанско процесно право*, 14. изд., Београд, 1995, стр 201–217. и др.

моћја за закључење уговора из кога тужи (како на једној тако и на другој страни) (5). Супротно томе, „тужени доказује уговорно право на одустанак од уговора и задржану својину у случају продаје"; затим, тужени доказује испуњење обавезе ако суд треба да изрекне осуду на испуњење итд. (6). Наведени и други примери свакако показују да није једноставно применити основни принцип савремене процесне теорије по коме „свака странка сноси терет доказивања чињенице која њој по материјалном праву иде у прилог" (7).

Описаних проблема нема код института права на доказ. Код њега, може бити речи само о коришћењу или не, као и ускраћивању (када имамо повреду закона) или уважавању.

2. Право на доказ у кривичном поступку

У односу на ЗПП, Закон о кривичном поступку (8) садржи много већи број одредаба из којих „извире" право на доказ. То се тиче како процесних субјеката појединачно, тако и одређених фаза поступка. Оваква нормативна ситуација у погледу доказа, резултат је чињенице да је питање терета пружања доказа у кривичном поступку другачије регулисано него у парничном поступку, с једне стране, и потребе да се створи таква нормативна база које ће омогућити утврђивање истине, с друге стране. Од законских одредаба које конституишу право на доказ, у овоме раду анализиране су оне које се односе на странке у ширем смислу речи (тужилац, окривљени, оштећени и бранилац) (9), кривични суд, представника предузећа од кога треба одузети имовинску корист као и лице на које је та имовинска корист пренесена. При томе, ваља нагласити да је садржај права на доказ које припада одређеним процесним субјектима различит, па ће он за сваког од њих бити одвојено изложен (због ограниченог обима рада само укратко) (10). Поред тога, треба имати у виду да неке друге особености процесног положаја сваког од тих субјеката нужно уводе и одређене корекције тог, у суштини, истог основног права на доказ. Оваква ситуација захтевала је и од законодавца да предвиди нека додатна права

(5) Познић Б., *op. cit.*, стр. 212–213.

(6) *Ibid.*

(7) Познић Б., *op. cit.*, стр. 211–213.

(8) Службени лист СФРЈ, 4/77.

(9) Јекић З., *Појам странке у делу Томе Живановића*, Зборник Правног факултета у Загребу, 1985, бр. 1, стр. 73–83.

(10) Видети ближе о праву на доказ у књизи Јекић З., *Докази и истина у кривичном поступку*, Београд, 1989, стр. 17–25.

наведеним субјектима или да им наметне одређене дужности које су неопходне код реализације њиховог права на доказ.

Отуда, тек комплетна анализа свих законом регулисаних односа процесних субјеката према доказима може довести до јасног разграничења оног садржаја права на доказ који се појављује као општи, заједнички за све кривичнопроцесне субјекте од онога који је специфичан само за неке од њих.

а) Овлашћени тужилац

Права која има овлашћени тужилац у погледу доказа треба у ЗКП-у тражити не само у одредбама у којима су она директно наведена за тужиоца, него и тамо где се она дају странкама јер је, према чл. 147. овог закона, тужилац странка у кривичном поступку.

Када је реч о државном (тј. јавном) тужиоцу (11), онда су његова права и дужности садржани и у свим оним законским нормама које регулишу положај и активности државних органа. Поред тога, мора се имати у виду да основну дужност одн. терет пружања доказа сноси овлашћени тужилац, као и то да јавни (државни) тужилац, за разлику од осталих, има дужност да „са једнаком пажњом испитује и утврђује чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист" (чл. 15. ст. 2. ЗКП). Изузимајући ове особености, које се више односе на дужност утврђивања одређених чињеница, право јавног тужиоца на доказ је исто као и код других овлашћених тужилаца (приватног и сукцесивног тужиоца) било уопште, било у појединим фазама кривичног поступка.

Што се тиче оштећеног и приватног тужиоца, прва законска одредба која регулише њихово право на доказ је општег карактера иако се односи на фазу истраге и главног претреса. Тако је у чл. 59. ЗКП прописано да „оштећени и приватни тужилац имају *право* да у току истраге укажу на све чињенице и да *предлажу доказе* који су од важности за утврђивање кривичног дела, проналажење учиниоца кривичног дела и утврђивање њихових имовинскоправних захтева, а на главном претресу, поред осталих овлашћења имају, такође, право да предлажу доказе. О наведеном праву истражни судија и председник већа упознаће оштећеног и приватног тужиоца, иако нема процесних последица уколико такво упозорење изо-

(11) Термин „државни тужилац" није предвиђен у ЗКП-у, већ у Закону о Савезном државном тужиоцу и Закону о државном тужиоцу Републике Црне Горе. Одсуство овог термина у ЗКП-у је последица његове неусклађености са Уставом СРЈ. Међутим, у теоријским радовима се користе паралелно термини „државни", одн. „јавни" тужилац. Вид. Јекић З., *Кривично процесно право*, 5. изд. Београд, 1994, стр. 80–94.

стане (12). У посебним законским одредбама које регулишу фазу истраге, поново је наведено ово право истих процесних субјеката. Дакле „*странке и оштећени* могу у току истраге стављати истражном судији предлоге да се изврше поједине истражне радње" (чл. 167. ст. 1). Поред наведеног, странке и оштећени могу и после заказивања главног претреса захтевати да се на главни претрес позову нови сведоци или вештаци или прибаве други нови докази. У свом образложењу захтева странке морају назначити које би се чињенице имале доказати и којим од предложених доказа (чл. 282. ст. 1). Законски термин „захтевати" треба схватити и тумачити као „предлагати", што произилази не само због могућности суда да то одбије, већ и зато што ЗКП изричито наводи у следећим ставовима истог члана „предлог странака за прибављање нових доказа" (чл. 282. ст. 2. и 3).

б) Окривљени

Окривљени је једини субјекат кривичног поступка који има искључиво право, а не дужност подношења доказа. Такав његов положај у сфери доказивања произилази из његовог права на одбрану које је зајемчено Уставом и законом (чл. 29. ст. 1. УСРЈ и чл. 11. ЗКП). То право се, најопштије, може дефинисати као могућност развијања процесне активности у правцу одбијања или делимичног побијања правног напада тужиоца; порицања учинилаштва или одговорности за учињено кривично дело и уопште истицање околности супротних околностима (елементима) оптужбе (13). Основно право на одбрану праћено је низом појединачних права која омогућују његову реализацију (нпр. право окривљеног да буде испитан, да му се остави довољно времена за припремање одбране и др.). Међутим, право на доказ је самостално право јер подразумева не само могућност побијања оптужбе или давања признања, већ и предлагања чињеница и доказа који су за окривљеног од користи. То право произилази, пре свега, из чл. 4. ст. 2. ЗКП који прописује да се „окривљеном мора омогућити да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да *изнесе* све чињенице и доказе који му иду у корист". За разлику од ове опште правне норме, у другим одредбама ЗКП-а право окривљеног да предлаже доказе посебно је наглашено за поједине фазе кривичног поступка. Тако ће истражни судија, пре завршетка истраге, обавестити окривљеног и његовог браниоца да у одређеном року могу разгледати предмете и списе који се односе на доказе и да

(12) Петрић Б., *Коментар Закона о кривичном поступку*, 2. изд., Београд, 1987, I књ., стр. 124.

(13) Васиљевић Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, 3. изд., Београд 1991, стр. 161–163.

могу *ставити своје предлоге* за извођење доказа (чл. 173. ст. 1). Специфичност наведене процесне ситуације је у томе што примена и успостављање права на доказ зависи од процене истражног судије, наиме ако он „установи да је у интересу поступка да се окривљени и његов брапилац упознају са важним доказима прикупљеним у истрази" (чл. 173. ст. 1). У одредбама које регулишу право окривљеног и његовог браниоца на подношење приговора није изричито наведено и право на предлагање доказа, али оно посредно произилази из чл. 281. ст. 1. ЗКП. Ова одредба закона регулише позивање одређених процесних субјеката на главни претрес. Тако је, између осталог, прописано да ће се на главни претрес „позвати сведоци и вештаци које су *предложили* тужилац у оптужници и *окривљени у приговору* против оптужнице, осим оних за које председник већа сматра да њихово саслушање на главном претресу није неопходно".

Анализа свих наведених законских одредаба показује да су права тужиоца и окривљеног на подношење доказа у ствари, произашла због разлике у њиховој основној функцији оптужбе и одбране. Законодавац је, отуда, та права на доказ морао одвојено да прикаже за тужиоца, односно окривљеног. У свим осталим процесним ситуацијама у којима им је положај формалноправно исти, законодавац додељује (уопштено или конкретније) право на доказ странкама до изрицања неправноснажне пресуде, а после тога преносиоцима жалбе.

в) Кривични суд

У теорији кривичног процесног права је релативно касно издвојена и дефинисана активност суда која се састоји у одређивању доказа у првој фази доказног поступка. Мање разлике између појединих аутора у називу те доказне иницијативе (наступања доказа (14), одређивање доказа од стране суда (15) и др.) не мењају њену суштину. У питању је само другачији језички израз за исто деловање суда у одређеним процесним ситуацијама. До тога, свакако, не би дошло да се уместо конкретне активности суда узео у обзир њен правни основ и правни рудимент, а то је право на доказ. Ratio legis тог права, када је реч о суду, је другачији него код других субјеката, такође титулара тог права. Њега налазимо у неопходној потреби да суд не буде везан само предлозима странака у погледу извођења доказа јер једино тада може да одговори својој дужности утврђивања истине и формирања свог слободног судијског уверења. Наиме, суд је, као и други државни органи који учествују у

(14) Васиљевић Т., *op. cit.*, стр. 312.

(15) Јекић З., *Процесни појам доказа*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1971, бр. 1, стр. 40–42.

кривичном поступку, дужан да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке и да с једнаком пажњом испита и утврди како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист (чл. 15). Посебно је прописана дужност председника већа да се стара за свестрано расправљање о предмету и проналажењу истине (чл. 192. ст. 2). Исто тако, право суда и државних органа који учествују у кривичном поступку да оцењује постојање или непостојање чињеница није везано ни ограничено посебним формалним доказним правилима (чл. 16). Иначе, право на доказ које припада суду јасно произилази из законских одредаба које се односе на поједине фазе кривичног поступка. Тако, истражни судија после доношења решења о спровођењу истраге, *и без предлога странака*, предузима радње за које сматра да су потребне за успешно вођење поступка (чл. 166). Исто тако, истражни судија и органи унутрашњих послова којима је поверено извршење појединих истражних радњи извршиће, према потреби, и друге истражне радње које са овим стоје у вези или из њих проистичу (чл. 164). У фази припремања главног претреса „председник већа може *и без предлога странака*, наредити прибављање нових доказа за главни претрес" (чл. 282. ст. 3).

Основна разлика између права на доказ које припада суду и другим кривичнопроцесним субјектима је у томе што њихови предлози за извршење доказа не морају бити прихваћени, док одређивање доказа од стране самог суда (и органа унутрашњих послова под одређеним условима), само по себи, подразумева обавезност. Отуда потиче и право суда да захтева привремено одузимање предмета који могу послужити као доказ у кривичном поступку, као и могућност изрицања одређених санкција онима који то одбију.

г) Представник предузећа и лице на које је пренесена имовинска корист

Поједини теоретичари кривичног процесног права истичу да право подношења предлога за извођење истражних радњи, има и представник предузећа (16) и лице од кога се може одузети имовинска корист на основу чл. 87. КЗ СРЈ (чл. 502. ст. 1. ЗКП). Наиме, „специфичан процесни положај наведеног представника односно лица, очигледно им даје *право на стављање предлога* (подвукла З. Ј.) истражном судији јер им је то право дато изричито и на главном претресу (чл. 502. ст. 3.), па не би имало никакве логике да им се оно не призна и у истрази. Свакако је рационалније и ефикасније

(16) У ЗКП-у се још увек помиње представник организације, одн. заједнице, а не представник предузећа, због његове неусклађености са другим законима из ове области.

доказе проверити још у истрази и не остављати то за главни претрес" (17). Представник предузећа овлашћен је да на главном претресу „предлаже доказе у вези са утврђивањем имовинске користи и да, по овлашћењу председника већа, поставља питања окривљеном, сведоцима и вештацима" (чл. 502. ст. 3). Према тумачењу појединих теоретичара „то не значи да се предлози које представник организације чини на главном претресу могу односити само на постојање и висину користи за организацију и одговорност организације за накнаду. Ти се предлози односе и на утврђивање кривичног дела и кривичне одговорности окривљеног јер, ако отпадне изрицање пресуде којом се оптужени проглашава кривим, отпада и могућност изрицања ове мере безбедности" (18). Због тога се и представник организације, одн. заједнице, као и лица од којих треба одузети имовинску корист могу сврстати у круг процесних субјеката који имају право на доказ у кривичном поступку. То право не може оспорити ни чињеница да се представник организације, одн. заједнице и лице од кога треба одузети имовинску корист не појављује у сваком кривичном поступку, као што је то случај са странкама и оштећеним, већ само када се ради о одређеним кривичним делима. Ова околност, наиме, има значај само за учесталост реализације њиховог права на доказ, а никако и на конституисање тога права.

д) Особености права на доказ у појединим фазама кривичног поступка

Право на доказ не остварује се у свим фазама кривичног поступка на исти начин. ЗКП је за неке од њих прописао и посебне допунске услове. У једном случају реч је о претходном услову који мора бити испуњен да би субјект реализовао право на доказ (да истражни суд нађе да је у интересу поступка да се окривљени и његов бранилац упознају са важним доказима прикупљеним у истрази и да могу ставити своје предлоге на извођење нових доказа, чл. 173. ст. 1).

У другом случају, у питању је допунска обавеза онога који предлаже нове доказе после заказивања главног претреса или у жалби на пресуду првостепеног суда. За обе процесне ситуације постоји дужност странака, односно подносиоца жалбе да у своме образложеном предлогу мора назначити које би се чињенице тим доказима доказале (чл. 282. ст. 1, 362. ст. 4). Поред тога, жалилац је дужан да наведе разлоге зашто нове чињенице и нове доказе није раније изнео (чл. 362. ст. 4).

(17) Петрић Б., *op. cit.*, стр. 325.

(18) Васиљевић Т. — Грубач М., *Коментар Закона о кривичном поступку*, 2. изд., Београд 1982, стр. 825.

3. Закључак

Анализа одговарајућих одредаба Закона о парничном поступку и Закона о кривичном поступку, које регулишу област доказа и доказног поступка, омогућила је два глобална закључка:

а) да право на доказ не припада само суду (као што се то, углавном, истиче за грађанску парницу), већ и странкама у парничном поступку, као и странкама у ширем смислу речу у кривичном поступку (даклe, тужиоцу, оштећеном, окривљеном и браниоцу);

б) да је право на доказ комплементарно са теретом пружања доказа у оба поступка.

Такође, запажамо да су особености једног, односно другог закона у погледу регулисања права на доказ резултат специфичности које се односе на установу терета пружања доказа у сваком од наведених поступака. Колико је то питање сложено, показали смо на неколико примера везаних за парнични поступак а што се тиче кривичног процесног права у њему се, у погледу овог института, издвајају два модалитета: законски терет доказивања (the legal burden of proof) и коначан терет доказивања (the evidential burden of proof) (19). Ову поделу диктирали су различито уређени кривични поступци у земљама англосаксонског и континенталног правног система. Другим речима, различита улога пороте у овим земљама утицала је и на другачију поделу терета доказивања. Интересантно је указати на једну теоријску новину по којој у неким случајевима терет доказивања у кривичном поступку пада на оптуженог (нпр. када је реч о утврђивању алибија) (20). Међутим, о свему томе није могуће на овом месту даље расправљати.

На крају, можемо закључити да особености законског регулисања права на доказ у парничном и кривичном поступку не мењају његову основну суштину, нити угрожавају самосталност овог института у било коме од њих.

(19) May R., *Criminal evidence*, 3. ed., London, 1995, стр. 49, 59; Anrews J. — Hirst M., *Criminal evidence*, 2. ed., London, 1992, стр. 62–63.

(20) Andrews J. — Hirst M., *Criminal evidence* (Supplement), London, 1995, стр. 13.

Dr Zagorka Jekić
Professor at the Faculty of Law in Belgrade

THE RIGHT TO EVIDENCE IN THE LITIGATION AND CRIMINAL PROCEDURES

Summary

The subject matter of the article concerns the institute of the right to evidence in the litigation and criminal procedures. After analyzing the rudimentary theoretical elements in the approach to the problem, the relevant provisions of the Law on Litigation Procedure and the Law on Criminal Procedure are dealt with, as far as they relate to the source of the „right to evidence". Such analysis includes both the subjects (parties in the strict and wider senses, the court, and the like) having such right and the several phases of mentioned proceedings, as well as the substance of the right to evidence pertaining to every one of these parties.

Particular attention is dedicated to the analysis of the burden of providing evidence in the litigation and criminal procedures, as well as to the problems relating to the burden of proof in both of these procedures. Following are the two basic theses exposed in the present article by the author: the right to evidence does not belong only to the court (as was the concept emphasized mainly as far as the civil law proceedings are concerned); the right to evidence is complementary to the burden of providing evidence in both of these procedures.

In her conclusions, the author particularly stresses that the independence of the institute of the right to evidence has been preserved, both in the litigation and the criminal procedures, as well as that the differences between them are but a consequence of different legal regulation of the burden in providing the evidence needed.

Key words: *Right to evidence. — Litigation procedure. — Criminal procedure. — Burden of providing evidence.*

dr Zagorka Jekić
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

DROIT À LA PREUVE DANS LES PROCÉDURES CONTENTIEUSE ET PÉNALE

Résumé

Cet article examine l'institution du droit à la preuve dans les procédures contentieuse et pénale. Tout d'abord, l'auteur attire l'attention sur le rudiment théorique de son traitement, puis procède à l'analyse de certaines dispositions de la Loi sur la procédure contentieuse et de la Loi sur la procédure pénale, desquelles découle le „droit à la preuve". Cette analyse englobe aussi bien les sujets (les parties au sens étroit et au sens large, le tribunal, etc.) auxquels appartient ce droit, que certaines étapes des procédures mentionnées, ainsi que le contenu du droit à la preuve pour chacune d'entre elles. Une attention particulière est attachée à l'analyse de la charge de la preuve dans la procédure contentieuse et pénale, ainsi qu'aux problèmes qui apparaissent lors de la division de la charge de la preuve dans ces deux procédures. Les deux thèses fondamentales exposées par l'auteur dans cet article sont les suivantes: premièrement, le droit à la preuve n'appartient pas exclusivement au tribunal (comme on le prétendait, généralement, en ce qui concerne le procès civil), mais aussi aux parties. Deuxièmement le droit à la preuve est complémentaire avec la charge de la preuve dans les deux procédures. Pour conclure l'auteur souligne tout particulièrement le fait que l'autonomie de l'institution du droit à la preuve a été préservée aussi bien dans la procédure contentieuse que dans la procédure pénale et que les différences entre elles ne sont que la conséquence du règlement juridique différent de la charge de la preuve.

Mots clés: *Procédure contentieuse. — Procédure pénale. — Droit à la preuve.*

UDK 347.918

др Гашо Кнежевић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

ПРИПАДНОСТ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ И ЊЕН ПОНИШТАЈ
(интерни — југословенски — извори права) (1)

Аутор, у чланку, разматра нека питања везана за поништај арбитражне одлуке. Та се питања ограничавају на одређивање националне припадности такве одлуке, међународне надлежности за њен поништај, те на судбину арбитражног споразума после поништаја одлуке на бази кога је она донета.

Кључне речи: *Национална припадност арбитражне одлуке. – Међународна надлежност за поништај. – Ревитализација арбитражног споразума.*

1. Дефинисање проблема. Као и свака одлука, којом се одлучује о заштити права физичких и правних лица, и арбитражна одлука мора бити подвргнута извесној контроли (2). Из југословенских интерних, релевантних извора (3) произлази да се контрола арбитражних одлука, од стране државних судова, или „друго-

(1) Под југословенским правом, овде и даље, подразумевам право СРЈ. Под југословенским ауторима, овде и даље, подразумевам оне правне писце који живе и раде на територији СРЈ. Међутим, неспорно је да су се, до распада СФРЈ, под југословенским ауторима подразумевали и они који су живели ван територије данашње СРЈ, а на територији тадашње СФРЈ. Због тога ће се и њихови ставови узимати у обзир. Најзад, како је, по распаду СФРЈ и стварању нових држава, дошло до преузимања, за моје питање, релевантних закона СРФЈ од стране новонасталих држава, те како су и после распада СРЈ то исто питање коментарисали поједини аутори који су сада држављани тих нових држава, сматрам допуштеним, а због рационализације простора, да не наглашавам увек, када се на њих позивам, да су они сада страни аутори. Због тога ту дистинкцију даље нећу правити иако она несумњиво постоји. Овим се унапред извињавам Удеу и Илешичу о којима се заправо ради. Такође и читаоцима које нисам желео да доведем у заблуду.

(2) Државе ће се тешко одрећи бар минималне контроле арбитражних одлука. В. Стојковић, *Могућност постојања међународне арбитраже независне од националних закона*, у „Спољнотрговинска арбитража", III, Београд, 1965, стр. 108.

(3) Релевантни су Закон о парничном поступку (даље: ЗПП) и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (даље: ЗРСЗ).

степених" арбитража (само када је у питању жалба против првостепене арбитражне одлуке), врши или у поступку њиховог признања и(ли) извршења (арг. из чл. 97. и даље ЗРСЗ), или у поступку по жалби против првостепених арбитражних одлука (арг. из чл. 483. ст. 1. ЗПП), или у поступку по тужби за њихов поништај (арг. из чл. 484. ЗПП) (4). Ово излагање бавиће се само последњим поменутим средством — тужбом за поништај арбитражне одлуке, и то само са аспекта југословенског позитивног права.

Тужба за поништај спада у круг ванредних правних средстава без суспензивног учинка, мада извршни суд може, после њеног подношења, одложити извршење нападнуте одлуке (арг. из чл. 63. Закона о извршном поступку, ЗИП). Надлежни суд одлуку може испитивати само са разлога који су законом одређени, што значи да се ради о систему ограничене контроле (controle limite), који се у нас примењује и у поступку признања страних арбитражних одлука. Тужба има конститутивну садржину; уколико усвоји захтев суд ће само поништити арбитражну одлуку (iudicium rescindens), а сам неће одлучивати о тужбеном захтеву поводом кога је поништена арбитражна одлука донета (iudicium rescissorium) (5). У току поступка странке се не могу користити материјалном диспозицијом (нпр. поравнање), а суд не може донети одлуку на основу признања или изостанка (6). Суд који је надлежан за тужбу за поништај (стварно и месно) је онај који би био надлежан за спор да његова надлежност није дерогирана уговором о арбитражи. О тужби за поништај не може се расправљати прејудицијелно већ само као о главној ствари.

Из до сада реченог произлазе сва три питања која су, за ово излагање, релевантна. Једно је питање које одлуке домаћи суд може поништавати: да ли само оне које се везују за домаћи правни систем, или и оне које се везују за неки страни правни систем. Међутим, овом се питању намеће и претходно питање: како се одређује национална припадност (припадност одређеном правном систему) једне арбитражне одлуке. Најзад, уколико суд усвоји ту-

(4) О могућности коришћења захтева за заштиту законитости писао је Дика у Сајко, Дика, *Арбитражно рјешавање међународних трговачких спорова*, Љубљана, 1989, стр. 52 и даље (даље: Сајко, Дика). Изневши аргументе за и против ове могућности, он се коначно опредељује против ње. Делимо исти став — у сфери арбитражних одлука захтев за заштиту законитости је недопуштен.

(5) За наше право став није споран. В. Голдштајн, Трива, *Међународна трговачка арбитража*, Загреб, 1987, стр. 185 (даље: Голдштајн, Трива). Међутим, поједина права (нпр. новелирано италијанско арбитражно право — чл. 830. Законика о грађанској процедури) овлашћују суд да одлучи и о меритуму, сем уколико се странке нису другачије договориле. В. Code de procedure civile — превод на француски објављен у Revue de l'arbitrage, 1994, н. 3.

(6) Тако Познић, Дика, Трива. В. уместо свих, са аргументацијом Трива у Голдштајн, Трива, *op. cit.*, стр. 187–188.

жбени захтев и правоснажно поништи арбитражну одлуку поставља се ново питање: како је основни спор између странака, и даље, остао нерешен ко је надлежан за његово решавање; да ли поново арбитража или државни суд. Другим речима, каква је, дакле, правна судбина арбитражног споразума после поништаја арбитражне одлуке која је на бази тог споразума донета. Ово питање биће трећа тема излагања.

2. Припадност арбитражне одлуке. Свака се арбитражна одлука мора, преко одређених критеријума, везивати за процесноправни поредак одређене земље, који онда постаје меродаван за арбитражу, њену одлуку и побијање те одлуке (7). Уколико се једна одлука на бази, од законодавца датих, критеријума везује за Југославију, тј. њен поредак, каже се да је у питању југословенска одлука, а уколико се везује за неку страну земљу ради се о страној одлуци, и она припада земљи за чији је поредак везана. У досадашњој југословенској књижевности проблемом одређивања државне припадности арбитражних одлука, колико је мени познато, најисцрпније су се бавили Трива и Дика (8) у својим критичким коментарима чл. 97. ЗРСЗ који успоставља југословенске критеријуме за повезивање одлука са правним поретком одређене државе. Ставови ових аутора се битно разликују по, најмање, три питања, и то: по питању примарности једног од два законом постављена критеријума квалификације одлуке, по питању примене метода „огледала" приликом волунтаристичког везивања одлука и по питању комплементарности критеријума везивања арбитражних одлука домаћег и страног права.

2.1. Трива је становишта да је примарни критеријум за одређивање државне припадности арбитражне одлуке тзв. процесноправна аутономија воље странака. Уколико су странке искористиле своје право да арбитражу подвргну процесном праву *одређене државе* онда се одлука везује за државу чије је процесно право изабрано од стране странака (9). Тек уколико се странке нису користиле овом могућношћу, што се (истина) по правилу и дешава, ступа на сцену супсидијарни територијални критеријум и одлука се везује за државу на чијој је територији донета. Даље, примарни

(7) Није спорно. В. са навођењем даље литературе у Кнежевић, *Признање и извршење страних арбитражних одлука по југословенском праву*, ПЖ, бр. 7–8/90, стр. 1024 (даље: Кнежевић, Признање).

(8) Уместо свега в. Голдштајн, Трива, *op. cit.*, стр. 210 и даље, као и Дика, Кнежевић Стојановић, *Коментар закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, *op. cit.*, стр. 320 и даље (даље: Дика, Кнежевић, Стојановић).

(9) Овај аутор, с правом, констатује да је редакција чл. 97. ст. 3. ЗРСЗ лоша. Наиме законодавац не одређује да процесноправни поредак могу бирати само странке, а како би требало. Дакле, у овом ставу недостају речи које би јасно упућивале на то да само странке могу бирати процедуру одређене земље, те тиме и везати одлуку за ту земљу. В. Голдштајн, Трива, *op. cit.*, стр. 212.

волунтаристички критеријум треба примењивати по методу „огледала", тј. равнотеже и симетрије (10), у крајњој инстанци принципијелно. Ово, заправо, значи да је он одлучујући критеријум без обзира где је одлука донета — у Југославији или у иностранству. Правне последице су: одлука донета у Југославији уз примену страног процесног права, које су странке изабрале, припада земљи чије је процесно право примењено, што није спорно. Али, и одлука донета у иностранству уз примену југословенског процесног права, на бази споразума странака, а због метода огледала, јесте југословенска одлука, мада то у ЗРСЗ изричито не стоји. Тек уколико нема процесне аутономије везује се територијално, по месту доношења одлуке. И најзад, да би се сматрало да одређена одлука, а на бази критерија ЗРСЗ, припада некој страној држави потребно је да та држава има комплементарне критеријуме, тј. да и она држи ту одлуку за своју (11). Остало је питање: шта радити уколико то није случај.

Управо у овој последњој тачци (проблем комплементарних критеријума) Триви се придружује *Wedam-Lukić* (12), која, такође, сматра да арбитражна одлука не би могла да припада држави која је не сматра својом. Међутим, она иде и корак даље, па делимично одговара на питање шта урадити уколико држава, за коју се одлука по домаћим критеријумима везује, нема комплементарне критеријуме повезивања, па одлуку не сматра својом. Аутор аргументује да, уколико та држава сматра да је одлука Југословенска, и ми би је имали сматрати југословенском (арг. из чл. 6. ст. 2. ЗРСЗ — renvoi). Остало је нерешено, истина више теоријско, питање шта уколико та држава не узвраћа на Југославију већ преузимање даље, тако што она сматра да та одлука припада некој трећој земљи.

Најзад, у својим новијим текстовима, Триви се придружује *Уде* (13) и то по питању метода „огледала". Он се, уколико сам га добро разумео, опредељује за примарност територијалног критеријума у односу на волунтаристички (арг. из чл. 97. ст. 1. ЗРСЗ и чл. 486а. ЗПП). Међутим, због поштовања принципа примата међународних извора права у односу на интерне, он дозвољава могућност да се ЗРСЗ тумачи тако да домаћом треба сматрати и ону арбитражну одлуку која је донета у иностранству уз примену домаћег процесног права, што у закону не пише (метод огледала)

(10) В. Голдштајн, Трива, *op. cit.*, стр. 213.

(11) В. Голдштајн, Трива, *op. cit.*, стр. 211.

(12) Wedam-Lukić у Илешич, Полајнар-Павчник, Wedam-Lukić, *Меднародно засебно право — закон с коментарјем*, I издање, Љубљана, 1983, стр.122 (даље: Wedam-Lukić).

(13) Уде, *Побијање арбитражне одлуке*, Привреда и право, бр. 3–4/94, Загреб, 1994, стр. 247–248 (даље: Уде).

(14). Међународни извори који налажу овакво понашање, по Удеу, су Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука и Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи.

2.2. Насупрот Триви, *Дика* (15) се опредељује и залаже за дословно тумачење ЗРСЗ, а ако се тај закон дословно тумачи, намећу се следећи закључци: 1. Примарни критеријум је територијални — одлука која није донета у Југославији има припадност државе у којој је донета (арг. из чл. 97. ст. 1. и 2.). 2. Одлука донета у иностранству, ни на један начин, се не може везати за Југославију (не може бити југословенска), па ни на бази процесне аутономије странака (16). 3. Наспрам томе, одлука донета у Југославији је југословенска, осим уколико при њеном доношењу није примењено страно процесно право. Уколико јесте, а на бази воље странака, има се сматрати страном и припада држави чије је процесно право примењено (арг. из чл. 97. ст. 3. и 4). Из изнетог јасно произлази да метод огледала, приликом формулације чл. 97. ЗРСЗ, није примењен. Законодавац је рестриктиван: његова интенција није да већи број арбитражних одлука прогласи домаћим, већ, обрнуто, да их прогласи страним. Најзад, при одређивању државне припадности арбитражних одлука, никаква се комплементарност критерија повезивања не тражи — одлука је страна, уколико је таква по критеријумима ЗРСЗ, те припада страној земљи и уколико је законодавац те земље, а на бази сопствених критеријума, не сматра својом (17).

Дики се, у оваквом тумачењу Закона, придружују, како изгледа, *Сајко*, *Пак* и *Цигој* (18).

2.3. Имао сам прилике да се, већ у неколико наврата, дотакнем истог проблема (19). И тада и сада остао сам код становишта које се, најкраће, може сажети на следећи начин: *ЗРСЗ не предвиђа јединствени режим повезивања арбитражних одлука.* Рез се прави с обзиром на место њиховог доношења (претходна примарност територијалног критеријума). Један режим важи уколико је одлука донета на домаћој територији, други уколико је донета у иностранству. У првом случају примарни систем повезивања је процесноп-

(14) В. Уде, стр. 248.

(15) Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 320. и даље.

(16) Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 321. т. 4.

(17) Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 321. т. 4.

(18) В. уместо свега Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 321–322.

(19) В. Кнежевић, Признање, стр. 1024; Кнежевић, *Поступак признања и извршења страних судских и арбитражних одлука*, Књига о грађанско судском поступку, Том II, Београд, 1989, стр. 136; В. и Зборник радова: *Престанак СФРЈ — правне последице*, Београд, 1995, стр. 223.

равна аутономија странака. Уколико су оне, својом вољом, подредиле процедуру процесном праву стране земље, у оквирима императивних прописа Југославије (20), одлука има припадност оне земље за чије су се процесно право странке определиле. Уколико се уговарачи не користе овим својим правом, или се определе за УНЦИТРАЛ правила о арбитражи (21), ступа у дејство супсидијарни територијалпи критеријум и одлука се сматра југословенском јер је донета на југословенској територији. Уколико је, пак, одлука донета ван територије Југославије, важи само територијални критеријум повезивања: одлука се везује за процесно правни систем земље на чијој територији је донета и то без обзира на чињеницу што су странке, евентуално, подвргле процедуру неком страном процесном праву, па било оно и југословенско.

Из реченог произлази да се мој став суштински поклапа са Дикиним. Примарност територијалног критерија садржаног у нашем ЗРСЗ, чини се, није тешко бранити. Дика с правом упозорава да је аргумент, по коме и Европска и Њујоршка конвенција као примаран критеријум одређују волунтаристички, у најмању руку, сумњив, бар када је у питању други од поменутих међународних извора (22). Сем тога, увођење метода огледала у тумачење ЗРСЗ директно се противи изричитом тексту тог закона. Слажући се са Тривом да је аргумент равнотеже (због кога би се југословенском имала сматрати и арбитражна одлука донета у иностранству уз примену југословенског процесног права) озбиљан, ипак морамо рећи да га законодавац, очито, није уважио. Да ли због страха да ће се, увођењем метода огледала, један број одлука донетих у иностранству третирати као домаће, те ће, тиме, оне имати директну проходност у извршном поступку на југословенској територији (дакле, без поступка признања), или због неког другог разлога, тек југословенски законодавац је „једносмеран": волунтаристички критеријум омогућава само да се нека одлука „скине" са списка југословенских, обрнуто није могуће. Најзад, законодавац ни једном речју не инсистира на комплементарности критеријума домаћег права и права земље за коју се арбитражна одлука, а на бази ЗРСЗ, везује (став који заступају Трива и Wedam-Lukić). Примена чл. 6. ЗРСЗ, тј. примена института renvoi не може доћи у обзир (заговара га Wedam-Lukić; поновимо, по том ставу, уколико земља за коју се, по критеријумима југословенског права, одлука везује,

(20) За објашњење в. Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 324–325; исто Голдштајн, Трива, стр. 213.

(21) Није спорно да примена УНЦИТРАЛ правила не утиче на везивање. В. Голдштајн, *Признање и извршење страних арбитражних одлука у трговачким стварима*, Анали, бр. 1–4/83, стр. 230–231.

(22) В. Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 322.

сматра одлуку југословенском, а не својом, и ми ћемо је сматрати југословенском, тј. домаћом јер је страно право узвратило на наше). Стога се институт renvoi може примењивати само на нивоу колизионих норми (23), а норме којима се одређује припадност арбитражне одлуке нису колизионе природе, што произлази и из њиховог места у систему Закона. У процесној сфери renvoi је искључен.

3. Које (чије) се арбитражне одлуке могу поништавати пред домаћим судом. Ово питање, можда, не би заслуживало посебну пажњу да се у југословенској теорији, али (нажалост) и у пракси нису појавили ставови који су почели да подривају, до тада, неспоран одговор на постављено питање.

3.1. Тај неспоран одговор Лопичић формулише на следећи начин: „Опште прихваћено правило је да суд који је надлежан за поништај арбитражне одлуке и арбитражна одлука која се поништава, морају бити исте „националности" (24). Из тога следи да домаћи (југословенски) суд може поништавати само оне арбитражне одлуке које се, по критеријумима из чл. 97. ЗРСЗ, сматрају југословенским (25). Стране се одлуке контролишу, од стране домаћег правосуђа, у поступку њиховог признања и(ли) извршења, и не могу се поништавати пред домаћим судом јер је то, правно-политички, неодрживо због тога што води повреди суверенитета стране државе, тј. државе чија је одлука (26).

Супротан изнетом је став по коме, уз извесне услове, домаћи суд може поништавати и оне арбитражне одлуке које се, по домаћим критеријумима, сматрају страним. Заступници оваквог мишљења се разликују у аргументацији, али им је закључак исти. Њихови се аргументи ослањају или на одредбе чл. 475. ст. 3 у вези са чл. 484. ст. 2. ЗПП, или на (мислим погрешно) тумачење чл. 99. ст. 10. ЗРСЗ.

Окружни привредни суд у Скопљу је 1981. поништио једну одлуку Арбитражног суда МТК (страну одлуку). Основ своје надлежности је пронашао у наведеним одредбама ЗПП — за поништај арбитражне одлуке је надлежан суд који би био надлежан за спор

---

(23) В. чл. 6. ЗРСЗ. В. и Кнежевић, *Pripadnost arbitražne določbe in renvoi pristup po jugoslovanskem pravu,* PP, 15/89, Љубљана, 1989, стр. 4.

(24) Лопичић, *Поништај арбитражне одлуке*, ПЖ, Правда и постојеће право, бр. 9–10/94, стр. 1437. Исто формулише (то је опште познато правило) и Уде, стр. 247.

(25) Исто тврде Трива (в. у Голдштајн, Трива, стр. 154. и даље), Дика (Сајко, Дика, стр. 46 и даље), Уде (Уде, стр. 247) итд.

(26) Овај аргумент износи Дика у Сајко, Дика, стр. 46. По њему се правнодогматски аргумент за исто налази у чл. 99. т. 10. ЗРСЗ и у чл. V.I.е. Њујоршке конвенције.

да није дерогиран арбитражним уговором (27). Како би исти суд заиста могао бити надлежан за спор да он није поверен арбитражи МТК, он је нашао да може поништити страну одлуку. Превид при оваквом резоновању лежи у чињеници да су наведене одредбе ЗПП одредбе о интерној надлежности које се примењују тек уколико постоји међународна надлежност југословенског правосуђа. Дика износи другу страну овог начина резоновања, која ствар доводи до апсурда: „Наличје ове варијанте било би у томе да југословенски судови не би могли одлучивати о поништају домаћих арбитражних одлука онда када за спор не би били надлежни и да није склопљен уговор о арбитражи" (28).

Другу аргументацију за исти став износе Савезно јавно правобранилаштво, Ј. Митровић и М. Пак (29). Заједнички им је именитељ да дозвољавају поништај стране арбитражне одлуке, од стране домаћег суда, уколико је она донета применом југословенског *материјалног* права на меритум, а на бази споразума странака. Грешка је у погрешном тумачењу чл. 99. т. 10. ЗРСЗ и одговарајућих одредаба Њујоршке конвенције (В.1.е.). Наиме, право о коме ови извори говоре (синтагма: „државе на основу чијег права је донесена") није материјално већ *процесно* право, те конструкција ових аутора има погрешне темеље.

3.2. Све напред речено отвара ново питање. Како метод огледала и услов комплементарности, по мишљењу изнетом у т. 2.3, у ЗРСЗ нису заступљени могу се појавити арбитражне одлуке које све земље сматрају страним. Назовимо их „апатридним" арбитражним одлукама (30). Уколико ни једна земља не сматра неку арбитражну одлуку својом произлази, а на основу аргумената изнетих у т. 3.1, да се ни у једној држави та арбитражна одлука не може нападати тужбом за поништај. Управо ова чињеница навела је Удеа (31) да пледира за увођење метода огледала у тумачење чл. 97. ЗРСЗ. Разлог томе је што би, у супротном, странке биле ускраћене за уставно право на правно средство против одлука судова и других органа (па и арбитража). Правно средство је овде ускраћено тиме што је заинтересованом лицу ускраћена могућност да тужбом за поништај затражи контролу законитости арбитражне одлуке. Даље следи коментар овог става.

---

(27) Пресуда Окружног привредног суда Скопље бр. VII П–2529 из 1981.

(28) В. у Сајко-Дика, стр. 47. нап. 3.

(29) В. уместо свега Голдштајн, Трива, стр. 154. и даље. Критика коју износи Трива је и најпотпунија и најоштрија критика ових ставова.

(30) Правно-логички посматрано такве би се одлуке могле појавити и уколико би услов компатибилности био заступљен у нас, али то и није битно за ово излагање.

(31) Уде, 246–248.

Прво, појава апатридних (32) арбитражних одлука само значи да могу постојати одлуке које, ex lege, не могу бити побијане пред судовима ниједне земље, али не одузима тим одлукама државну припадност некој земљи. Уколико једна арбитражна одлука, по критеријумима ЗРСЗ, припада Немачкој, а по критеријумима Немачке Југославији, то, заиста, значи да се она не може побијати тужбом за поништај ни у Немачкој ни у Југославији (негативан сукоб надлежности), али то не значи да она нема државну припадност: за Немачку одлука је југословенска и обрнуто.

Друго, оно што је заинтересованим лицима, свакако, ускраћено је право на тужбу за поништај те одлуке. То је последица поменутог негативног сукоба надлежности, који произлази из апатридности одлуке. Међутим, последица апатридности није само у томе што се односна одлука ни у једној земљи не сматра домаћом, већ и у томе што се у свим земљама сматра страном. Из тога произлази да иста одлука ни у једној земљи нема директну проходност у извршном поступку, нигде се не може извршити без претходног поступка признања. Тиме је изгубљено, у једној земљи, право на тужбу, али је у тој истој земљи стечено право на противљење признању. У свим другим земљама ништа се није догодило: остало је право на противљење признању и(ли) извршењу.

Најзад, Удеов страх од повреде уставног права на правно средство озбиљно се може довести у питање податком да је тужба за поништај ванредно правно средство (33).

4. Судбина арбитражног споразума после поништаја арбитражне одлуке. Последње питање које постављам гласи: Уколико надлежни суд поништи арбитражну одлуку јесу ли странке, за исти спор, и даље везане споразумом о арбитражи, или се морају обратити државном суду, уколико не закључе нови споразум о арбитражи (34). Уколико је тачно прво, онда туженом, у евентуалном новом судском поступку, стоји на располагању приговор ненадлежности суда (а због постојања арбитражног спразума), уколико

(32) За слично Дика користи термин „анационална одлука". В. у Дика, Кнежевић, Стојановић, стр. 323.

(33) Постојање различитих критеријума повезивања арбитражних одлука у појединим земљама може водити и појави бипатридних арбитражних одлука. То би биле оне одлуке за које две земље тврде да се везују за њихов правни систем. Као ни апатридија, ни бипатридија одлука не изазива посебне правне проблеме.

(34) Није спорно да странке могу закључити нови арбитражни споразум и тиме, поново за исти спор, дерогирати државно судство. Такође није спорно да, под извесним условима (на пример уколико одлука није поништена због непостојања или инвалидности арбитражног споразума), исти споразум остаје на снази и везује странке за друге спорове из истог правног односа. Спорно је везује ли их и за идентичан спор. В. Познић, *Поступак изабраног суда*, у Триво, Познић, Воргић, Варади, *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад, 1973, стр. 148 (даље: Познић).

је тачно друго, онда му у евентуалном новом арбитражном поступку стоји на располагању исти приговор.

Непостојање законског решења у нас, као и чињеница да се пракса о овом питању још није изјаснила, отворили су теорији поље утицаја. У најпотпунијем раду, који сам имао прилике да прочитам у југословенској књижевности, Трива (35) анализира законодавства 48 земаља, ставове домаћих и страних аутора и формира свој став, који се може сажети у следеће: Судбина арбитражног споразума зависна је од разлога поништаја арбитражне одлуке и од вида (модела, у крајњој линији од садржине) самог споразума. Ако је он закључен у виду компромиса (по дефиницији: после настанка спора и са именима арбитара) онда је, по општим правилима уговорног права, безусловно конзумиран доношењем арбитражне одлуке. Чињеница да је та арбитражна одлука, накнадно, одлуком државног суда, поништена не може „ревитализирати" компромис (36). Ревитализација је немогућа јер су странке изгубиле поверење у конкретне арбитре чија је одлука поништена (37). Уколико је, пак, споразум о арбитражи закључен у виду компромисорне клаузуле (по дефиницији: пре настанка спора и без одређивања конкретних арбитара) његова судбина зависи од разлога због којих је одлука поништена. Уколико је она поништена због непостојања или инвалидности споразума о арбитражи, или због прекорачења граница овлашћења арбитара (чл. 485. т. 1. и 4. ЗПП) компромисорна клаузула је безусловно и коначно конзумирана доношењем одлуке која је поништена, те, без новог уговора о надлежности, арбитража поново не може судити о истом. Али, уколико је арбитражна одлука поништена из неког другог разлога из чл. 485. ЗПП компромисорна клаузула „преживљава", пошто је конзумирана само под резолутивним условом да одлука не буде поништена, те су странке и даље обавезне да се обрате арбитражи. Уколико би се једна од странака обратила суду после поништаја арбитражне одлуке, по овој концепцији, успео би приговор ненадлежности (38).

Друго становиште заступа Познић (39), по коме после поништаја арбитражне одлуке нема места новом поступку пред арбитражом, наравно, за исто питање. Ово стога што је, доношењем

---

(35) В. Трива, *Арбитражни уговор, након поништаја арбитражне одлуке*, реферат за стручно саветовање Арбитражно решавање међународних привредних спорова, Београд, 1987, стр. 7. и даље (даље: Трива).

(36) Трива, стр. 46.

(37) Трива, стр. 35.

(38) У новијој литератури овом се становишту придружио и Уде, мада је раније заступао друго становиште. Поредн Уде, *Civilni pravni postopek in samoupravni sodni postopek*, Љубљана, 1980, стр. 381. са Уде, 259, где се придружује Триви.

(39) В. Познић, стр. 148.

одлуке, безусловно конзумиран арбитражни споразум (без обзира на његов модалитет — компромис или клаузула) јер је постигнут циљ тог уговора — одлука је донета. Арбитри су функцију обавили и мандат им је престао. Да би га поново добили (било који арбитри и било која арбитража) потребан је нови арбитражни уговор. До његовог, евентуалног, закључења за исти је спор једино надлежан суд (40).

Са правног становишта ближи ми је став Познића, иако и он може имати своје недостатке (конфузија арбитражног споразума и арбитраже). Ово стога што разлози поништаја једне арбитражне одлуке нису обухваћени њеном правном снагом, те би било могуће, у посебном поступку, тражити да се утврди да је арбитражни уговор пуноважан (или да постоји) иако је арбитражну одлуку, донету на бази њега, редовни суд поништио образлажући поништај нпр. управо инвалидношћу арбитражног споразума. Један једини разлог, ипак, окреће ме ставу изнетом код Триве. Борбу за развој арбитража (као паралелног суда, сервиса за пружање правних услуга недржавног типа) треба упорно водити јер међународној трговини она погодује због флексибилности, неутралности, стручности и брзине (која произлази и из једностепености поступка). Тој линији размишљања ближи је Тривин од Познићевог става.

Dr Gašo Knežević
Associate Professor at the Faculty of Law in Belgrade

APPERTAINING OF AN ARBITRATION DECISION AND ITS ANNULMENT

Summary

Three questions are considered in the present article, from the angle of the Yugoslav positive law, connected to the settling of international commercial disputes by way of arbitration. The first one concerns the process of determination of appertaining in terms of a country, of an arbitration decision; the second deals with the possibility of contesting such decision through an action for annulment, lodged with the state courts; and the third one relates to the jurisdiction of the arbitration tribunal in case of a new dispute, if the arbitration decision has been annulled.

(40) Износећи аргументе за и против оба става Дика се, изричито, не опредељује; в. Сајко, Дика, стр. 61.

Referring to the first question, the author supports the view that the so-called voluntary criterion (i.e. the law-of-procedure autonomy of will of the parties) should be used in the one-way manner, namely, only with the aim of connecting an arbitration decision enacted in Yugoslavia to some foreign country. The voluntary criterion is not applicable if the arbitration decision has been enacted abroad. This means that article 97 of the Yugoslav Law on Private International Law, by which the appertaining of an arbitration decision is determined, does not contain in its aubstance the system of „mirror".

As far as the second question is concerned, the author submits relevant arguments, otherwise prevailing in Yugoslav legal literature, according to which domestic regular (state) courts may be competent only in annulling arbitration decisions which, on the ground of article 97 of mentioned Law, are considered as Yugoslav ones.

Finally, the fact that an arbitration decision concerning a disputed issue has been annulled by the court, does not mean — according to the author — that the arbitration tribunal has lost its juristiction without any exception, so that, as a consequence, the state court would be eventually competent in the repeated proceedings over the same contested issue. The exceptions are as follows: the court shall have no jurisdiction if the parties conclude a new arbitration agreement (which is not contestable); the case of an arbitration decision being annulled due to grounds which do not relate the existence and validity of the arbitration clause serving as the basis for deciding by the arbitration. In the latter case the parties are still bound by the arbitration clause which is not annulled by the court decision.

Key words: *Arbitration decision. — Appertaining of arbitration decision. — The Law on Private International Law. — Jurisdiction of the state court. — Jurisdiction od an arbitration tribunal.*

dr Gašo Knežević
professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

LA NATIONALITÉ DES SENTENCES ARBITRALES ET LEUR ANNULATION

Résumé

Dans cet article sont examinées, du point de vue du droit positif yougoslave, trois questions relatives à la solution arbitrale des litiges commerciaux internationaux. La première question concerne la détermination de l'Etat auquel appartient une sentence arbitrale, la deuxième examine la

possibilité de sa révocation par voie d'une demande en annulation auprès des tribunaux nationaux, et la troisième porte sur la compétence de l'arbitrage en cas de nouveau jugement lorsque la sentence arbitrale, prise lors du litige antérieur sur le même problème, a été annulée.

Au sujet de la première question l'auteur se prononce pour l'utilisation unilatérale du critère dit volontariste (autonomie de la volonté de la procédure juridique), c'est-à-dire seulement dans le but de lier à un pays étranger une sentence arbitrale prise en Yougoslavie. Le critère volontariste n'est pas applicable si la sentence arbitrale est prise à l'étranger. Cela veut dire que l'article 97. de la Loi yougoslave sur le droit international privé qui détermine l'appartenance d'une sentence arbitrale, ne contient pas le système „de miroir".

Au sujet de la deuxième question l'auteur avance des arguments en faveur de l'opinion, prédominante dans la théorie juridique yougoslave, selon laquelle les tribunaux yougoslaves ne peuvent être compétents que pour l'annulation des sentences arbitrales qui, d'après les critères de l'art. 97, sont considérées comme yougoslaves.

Enfin, dans le cas où une sentence arbitrale sur une question est annulée par un tribunal cela, d'après l'auteur, n'implique pas que l'arbitrage a totalement perdu sa compétence et que dorénavant seul un tribunal d'Etat puisse être compétent lors d'une nouvelle procédure sur la même question. L'auteur cite les exceptions constituées par les cas suivants: le tribunal ne sera pas compétent si les parties concluent un nouveau contrat d'arbitrage (ce qui n'est pas litigieux), et si la sentence arbitrale est annulée pour des raisons n'étant pas liées à l'existence et la validité de la clause d'arbitrage à la base de laquelle elle (la décision) a été prise. Dans ce cas les parties restent liées par la clause arbitrale qui n'a pas été annulée par la décision du tribunal.

Mots clés: *Appartenance d'une sentence arbitrale. — Compétence internationale pour l'annulation. — Révitalisation du contrat d'arbitrage.*

UDK 347.918

Павле Лопичић,
адвокат из Београда

ПОТРЕБА ЗА ДОНОШЕЊЕМ ПОСЕБНОГ ЗАКОНА У ОБЛАСТИ АРБИТРАЖНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Аутор предлаже доношење посебног закона о арбитражи наводећи разлоге који по његовом мишљењу оправдавају ту потребу. Такође анализира постојећи Закон о парничном поступку и даје одговарајуће предлоге одредби које би требало да нађу места у будућем закону.

Кључне речи: *Арбитража. — Хармонизација арбитражног права. — Арбитри.*

Арбитража има значајну улогу у међународној трговини у данашње време. Уговори у области међународне трговине најчешће садрже у себи клаузулу о решавању међусобних спорова путем арбитраже. У свету је као последица тога дошло до развоја законодавне делатности која прати овај начин решавања спорова. Активност УНЦИТРАЛ-а у овој области је дала значајне резултате.

Учињени су велики напори у покушају хармонизације арбитражног права на међународном плану. Многе државе су приступиле или изменама постојећих закона о арбитражи или доношењу нових, који би на савремен начин регулисали ову област, обухватајући сва модерна решења у арбитражном решавању спорова. Промене на политичком плану које су довеле до стварања нових држава несумњиво треба да изазову и промене у законодавству тих земаља, па и у погледу арбитраже. Свестан да у нас нису извршене ни промене у законодавству у неким наизглед значајнијим областима, ипак мислим да би доношење једног закона којим би се регулисала арбитража у целости допринело бржем укључивању у област светске трговине, пошто смо из ње били искључени извесно време и могла би да поврати углед нашој арбитражи, који је тешком муком остварен у ранијем периоду.

Потреба за једним савременим законом је произашла из праксе а и из тога што наш Закон о парничном поступку (ЗПП) који регулише арбитражно решавање спорова има неких празнина и не прати довољно модерне тенденције у свету у овој области. Поготово након распада тзв. источног блока, у који је наша земља била сврстана и у којем смо по општем мишљењу били водећи у области

арбитраже и по законодавству и по практичним решењима. Новостворене државе на тим просторима су већ донеле нове законе о арбитражи, прихватајући модерне тенденције и покушале на тај начин да се приближе модерним државама. Тако да наша земља сада заостаје у решењима у којима смо пре распада били први. При том ја не плединам за доношење закона о арбитражи само из разлога да би се приближили или изједначили са другим државама, већ да би успешно одржали корак у овој области после периода у коме смо били искључени из области међународне трговине па тако и из области арбитраже. Пред нашом Спољнотрговинском арбитражом је ранијих година било у просеку око 450 спорова годишње, док по сазнањима аутора сада не прелазе око 20 спорова годишње. Не бих овде говорио о предности за југословенске странке да могу да воде спор пред југословенском арбитражом, јер су оне опште познате, али за једном тешко стечени углед, који је изгубљен, треба исто толико времена, ако не више, да буде поновно враћен. Зашто да доношење једног закона о арбитражи не буде први корак у том напору.

Покушаћу овде да изнесем нека од решења која по мом схватању треба предвидети у новом закону, анализирајући при том постојеће одредбе из прописа који регулишу арбитражно решавање спорова и учинити покушај да дам нека могућа решења. При том, сасвим сам свестан да за предлог закона мора да постоји претходно активан рад на проучавању упоредно правног законодавства и да треба обезбедити активну сарадњу теоретичара и практичара у овој области, како би евентуално доношење тог закона одговорило у потпуности или на најбољи начин оном због чега се предлаже доношење једног таквог закона.

Да овакав предлог учиним у броју часописа „Анали" Правног факултета посвећеном проф. Познићу сматрам сасвим прикладним јер аутор за своја стручна сазнања и схватања о арбитражи у сваком погледу може да захвали професору Познићу, са којим је имао част да сарађује дуго година у Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије.

Арбитражно право у Југославији је уређено многим домаћим законима. Пре свих наравно ЗПП, главом XXXI, чланом 469–487. Затим Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (ЗРСЗ), Законом о извршном поступку (ЗИП), Законом о страним улагањима (ЗСУ) и Законом о облигационим односима (ЗОО). Поред тога, Југославија је ратификовала и све најзначајније мултилатералне конвенције о арбитражи: Женевски протокол о арбитражним клаузулама из 1923; Женевску Конвенцију о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 1927; Њујоршку конвенцију о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 1958; Европску Конвенцију о међународној трговачкој арбитражи и Вашингтонску Конвенцију о решавању инвестиционих спорова између држава и гра-

ђана других држава. Поред овога, Југославија је закључила и велики број билатералних конвенција које регулишу нека питања везана за арбитражу (Алжир, Аустрија, Бугарска, Грчка, Италија, ЧСР, Јапан, Мађарска, Монголија, Немачка, Пољска, СССР, Швајцарска). Извор арбитражног права свакако представља и Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије. При том, због регулисања арбитраже у разним законима оно није увек спроведено доследно, па се јављају неке значајне разлике које би требало избећи, а то би се, по мом мишљењу, најбоље урадило доношењем једног закона о арбитражи, који би регулисао ову област у целини.

Покушаћу да дам анализу постојећих норми о арбитражи и евентуална решења која би требало да послуже као основа за доношење Закона о арбитражи. При том мислим да би у том закону требало регулисати и домаћу и међународну арбитражу.

Одредбе о арбитрабилности спорова (чл. 469) би требало уредити прецизније. У овом члану долази до мешања арбитрабилности *ratione materiae* и *ratione personae*. У погледу *ratione materiae* арбитрабилан је онај спор о правима којима странке слободно располажу. Општа је сагласност југословенских аутора да је то спор у коме странке могу да постигну поравнање. (Видети одредбе ЗПП о ограничењима слободног располагања странака). Међутим да би се ваљано уговорила надлежност арбитраже, потребно је и да спор буде са међународним елементом. Непрецизност ове одредбе може довести до различитог тумачења и до спорова око тога шта се под тим подразумева. Стога мислим да треба уложити напор да се дефинише шта се под међународним елементом сматра. При томе овде треба имати у виду нпр. одредбе које у том смислу имају Француска или Мађарска, које су прецизније. Нарочито имам у виду међународне Конвенције о арбитражи које је наша земља ратификовала. Овде пре свега мислим на Европску конвенцију о међународној трговинској арбитражи (1961) и Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука (1958) и резерве које смо прихватили. У погледу *ratione personae* очигледно је да се арбитража може уговорити само ако бар једна од странака има пребивалиште или трајно боравиште у иностранству. Следеће ограничење је да се може уговорити арбитража, под условом да за ту врсту спорова није предвиђена искључива надлежност југословенских судова. Нема помена о томе да арбитража која се уговара може бити и *ad hoc* и институционална арбитража. Посредно, тумачењем се може доћи до тога да су и једна и друга врста дозвољене али само кад су у питању странке од којих бар једна има пребивалиште или трајно боравиште у иностранству. Неправедно и неправилно је учињена разлика између могућности уговарања арбитраже кад су у питању само домаћи субјекти. Тада је могуће уговарати само сталне избране судове основане при коморама. Нејасно је шта је законодавац хтео када је онемогућио да домаће

странке уговоре арбитражу *ad hoc* за своје спорове. Не могу да видим оправдање за овај различит третман када је у питању „међународна" и „домаћа" арбитража. Мишљења сам да би и домаће странке требало да имају могућност да уговарају арбитражу *ad hoc*. Поготово кад се има у виду да је једна од предности арбитраже да су странке слободне да бирају арбитре који ће им судити а имајући у виду начин избора арбитара на листу арбитра сталних избраних судова и критерије који преовлађују код избора, а за који нисмо сигурни да су нестали променама које су се догодиле, то неће увек бити случај. Или ће се догодити да странке именују увек једне те исте арбитре, или ће се дешавати да се именовањем одређених арбитара покушају увести и неки елементи страни арбитражама.

У погледу начина уговарања арбитраже, мислим да не треба много мењати, јер ове одредбе садрже у себи све модерне тенденције и схватања око закључивања арбитражног уговора.

Код одредби о именовању арбитара, мислим да треба унети одредбу о општим својствима за могућност да се буде арбитар. Требало би да нађу своје место одредбе о пунолетности (Мађарска има одредбу да не може бити арбитар лице млађе од 24 године), одредбе о пословној способности итд. (У том смислу види одредбу у Правилнику о Сталном избраном суду при Привредној комори Југославије која утврђује да суђењу мора присуствовати дипломирани правник).

Одредба о ограничењу кад су у питању судије редовних судова нема смисла, нарочито ако би се у Закон унела одредба која говори о обавези арбитара о непристрасности и независности од странака. Нећу говорити о одредби која се односи на судије судова удруженог рада, који су престали да постоје.

Код одредби о постављењу арбитара у случају да нека од странака не изврши или одбије да изврши постављење, треба избацити захтев за престанак важности уговора о избраном суду из разлога који су у ЗПП наведени. Наравно, уколико би се заузео став *in favorem arbitrii*, за шта по мом мишљењу има пуно разлога. То је значајно нарочито кад се данас углавном инсистира или на органу именовања, који је надлежан да изврши именовање уместо странке која то не жели да учини као и да постави председника већа у случају кад се арбитри не могу споразумети о њему, или да то постављење изврши суд. Уколико се прецизно утврди ова могућност, онда и нестају разлози за захтев за поништај уговора о избраном суду. Тај захтев нема оправдања јер су се странке иницијално сложиле да ће своје спорове изнети пред арбитражу, па пропуст око именовања арбитара не би требало да се заврши поништајем арбитражног уговора већ другим средствима предвиђеним за тај случај у модерним законодавствима односно међународним конвенцијама. Сигурно је да би требало предвидети начин

престанка мандата арбитрима и могућност њихове замене, што ће сигурно допринети правној сигурности странака у арбитражном судовању.

Питање изузећа арбитара мислим да би требало другачије уредити. Требало би набројати разлоге због којих се може тражити изузеће, а не примењивати ЗПП (чл. 71). У постојећем тексту формулација одредби не одговара садашњим законским решењима. Мислим да би овај део материје требало уредити посебно у Закону о арбитражи, макар одредбе биле и врло сличне. Мислим да би требало уредити поступак за изузеће, ко може ставити захтев за изузеће и у ком тренутку. Сигурно је да се не може применити одредба из ЗПП о захтеву за изузеће председнику већа. Мислим да би било врло добро унети одредбу да се изузеће може тражити само ако су разлози за изузеће настали пошто је именовање већ било извршено, тј. ако је странка знала да постоји разлог за изузеће у моменту кад је постављење вршено а није се противила постављењу, треба сматрати да је изгубила да то право тражи накнадно. Није лоше да се од арбитара тражи приликом именовања једна изјава којом би изјавили да су непристрасни и независни од странака у спору па и од заступника странака. То не мора одлучујуће да допринесе објективности арбитраже али може да има утицаја да се постигне неопходна мера објективности.

Код одредби које у ЗПП регулишу поступак, постоји само три члана која га регулишу. Мислим да овај важан сегмент арбитражног суђења заслужује већу пажњу и да треба предвидети у Закону о арбитражи низ одредби које ће поступак регулисати тако да се не оставља сумња о томе шта ће се на поступак применити, или да се поставља проблем око тумачења или евентуалне супсидијарне примене других одредби ЗПП, које могу да не одговарају природи арбитражног судовања.

Требало би у сваком случају предвидети основна правила о томе шта треба да садржи тужба, одредбу о почетку арбитражног поступка (што је врло важно нпр. због застарелости), одредбе о томе кад се може поднети противтужба, и основне разлике између поступка пред арбитражама *ad hoc* и институционалним арбитражама. Мислим да би требало на неки начин упутити странке како се о поступку могу споразумети. Да ли утврђивањем основних одредби или позивањем на нека већ утврђена правила поступка. Треба им рећи да је могуће позивати се на правила неке институционалне арбитраже или нпр. на правила УНЦИТРАЛ кад је у питању арбитража *ad hoc*. Треба утврдити каква је последица пропуштања да се одговори на тужбу, кад се може оспорити надлежност арбитраже, предвидети независност арбитражног уговора у односу на „главни уговор", тзв. *separability*, те овлашћење арби-

трима да сами одлучују о приговору ненадлежности. У складу са тиме, требало би утврдити и овлашћење арбитрима да доносе међупресуду у односу на надлежност и предвидети могућност поништаја те одлуке можда пре него је арбитражни поступак окончан.

Треба дати овлашћење арбитрима да доносе привремене мере и мере обезбеђења, с тим што би, наравно, требало предвидети да у случају да странке неће добровољно да изврше ове мере, да ће суд наложити странкама да ове мере изврше. Могло би се за овај случај предвидети (када редовни суд налаже извршење) и једностепеност. Исто тако требало би предвидети одредбе о одређивању вештака и основне одредбе о давању налаза и мишљења и о расправљању о овом налазу. Наравно, морала би да постоји једна генерална одредба које у ЗПП нема, а то је одредба да су арбитри дужни да обезбеде једнак третман странака у поступку. Нарочито стога што је неједнак третман странака у арбитражном поступку један од разлога због кога се може тражити поништај арбитражне одлуке. Посебно треба унети одредбу која ће се односити на меродавно материјално право које ће се примењивати као и начин како ће се то право утврдити у случају да нема споразума странака. Требало би унети и одредбе о усменој расправи и како ће се она водити, о саслушању сведока вештака и других учесника у поступку. У Закону о арбитражи треба да нађу своје место и одредбе о језику поступка као и о седишту арбитраже. Сигурно је да би требало размислити и о једној општој одредби којом ће се предвидети да ако странка у току поступка видевши да нека од обавезних одредби поступка није поштована не изнесе свој приговор у одређеном року, да је изгубила право да накнадно тај приговор изнесе.

Код норми о доношењу арбитражне одлуке, требало би предвидети обавезну форму и садржај одлуке. Код одредби о доношењу одлуке, размислити о ситуацији када нема већине гласова о могућности да глас председника већа буде пресудан. Размислити о изричитом давању овлашћења арбитрима да могу доносити делимичне одлуке. Требало би предвидети одредбу о исправкама одлуке и року у коме се ове исправке могу захтевати. При том се треба ограничити на исправке које су рачунске, типографске или сличне природе. Треба предвидети могућност да се у одређеном року може захтевати од арбитражног већа да донесе допунску одлуку, у случају да је веће пропустило да одлучи о неком захтеву који је био постављен у току арбитражног поступка. Ваљало би размислити о могућности да странке у одређеном року захтевају тумачење арбитражне одлуке.

Мислим да би обавезно било предвидети могућност окончања поступка поравнањем међу странкама као и начин закључења

поравнања, те доношење одлуке у складу са тим поравнањем. Присталица сам решења да арбитражна одлука може бити донета без образложења, само уз изричиту сагласност странака.

Одредбе о потписивању арбитражне одлуке могу да остану исте, као и одредбе да стални арбитраже саме стављају потврде о извршности и правоснажности на своје одлуке.

Давање потврде о правоснажности и извршности арбитражних одлука код арбитража *ad hoc* треба оставити у надлежности редовних судова, с тим што треба предвидети одређени поступак за то. Сигурно је да код давања клаузуле о правоснажности и извршности, кад су у питању арбитраже *ad hoc*, треба претходно утврдити идентитет арбитара те аутентичност њихових потписа на одлуци. Ако би се предвидео овај поступак, избегла би се свака могућност за евентуалну злоупотребу. Може се замислити да редовни суд изда потврду о правоснажности и извршности без претходног поступка, који сам укратко горе изложио, а то може довести до тешких последица.

Требало би, у сваком случају, предвидети могућност поништаја арбитражне одлуке као јединог средства против арбитражне одлуке. При том би требало размислити, као што је у Швајцарској урађено, о једностепености овог поступка. Наравно, тада би требало предвидети да то буде или Виши привредни суд или Врховни суд Републике. Исто тако мишљења сам да би свуда где је предвиђена судска интервенција у арбитражни поступак (сада суд предвиђен у члану 475. ЗПП), требало предвидети да то буде само један суд. На овај начин би се постигла концентрација ових поступака у вези са арбитражом као и могућност одговарајуће специјализације судија у једном суду за питања везана за судску интервенцију у арбитражни поступак. То би даље омогућило уједначавање праксе и не би изазивало различита решења за исту ситуацију, што је по садашњем систему апсолутно могуће. Јер број судова који би требало ову интервенцију да врши је приличан, а с обзиром на смањену територију државе, овај предлог има пуно оправдања. Наравно, потребно је предвидети и поступак признања и извршења арбитражних одлука, имајући у виду нарочито конвенције које смо ратификовали, као и одредбе из ЗРСЗ. При том поступак може бити посебно утврђен у складу са овим конвенцијама или се може утврдити позивањем на те Конвенције (Њујоршка Конвенција).

Кад се говори о разлозима због којих се може тражити поништај арбитражне одлуке, уколико се у Закону о арбитражи буду предвиделе све одредбе о поступку које сам овде предложио, онда сигурно више не постоји потреба за разлогом из члана 485. став 7. ЗПП. Не може се тражити поништај ако постоји неки од разлога за понављање поступка. Прво зато што су многи од раз-

лога за понављање обухваћени у предложеним одредбама око арбитражног поступка па се не могу стећи разлози за понављање поступка. У том смислу треба размислити о тачки 6. члана 485, прво јер не одговара данашњој ситуацији, а друго да ли је та формулација добра да покрије оно што се у ствари хтело, а то је да је одлука супротна јавном поретку. Треба предвидети код одредби за поништај арбитражних одлука могућност да се поништи само део арбитражне одлуке, уколико је то могуће, који је у супротности са јавним поретком, а да се други делови арбитражне одлуке могу извршавати.

Пробао сам у овом чланку да укратко дам разлоге због којих би ваљало приступити реформи арбитражног права и то доношењем посебног закона о арбитражи. Мислим да сам указао на празнине у постојећем Закону односно законима, а мислим и да је сазрело време за један овакав захват. Овде ни у ком случају не треба заборавити Модел закон о арбитражи, који је донет од стране УНЦИТРАЛ-а, који може у сваком случају да послужи код доношења оваквог закона. При том се он може инкорпорирати у целости као национални закон о арбитражи или се може донети нови, ослањајући се на одредбе Модела закона. И једна и друга могућност су боље од овога што имамо и мислим да би то био почетак у покушају враћања места које смо у арбитражном свету раније оправдано заузимали.

Pavle Lopičić
Practicing Lawyer, Belgrade

THE NECESSITY OF ENACTING SPECIAL LAW IN THE FIELD OF SETTLING DISPUTES DY ARBITRATION

Summary

The author of the present article suggests the enactment of a separate law on arbitration, and to this aim elaborates the relevant reasons, to justify the idea. He also analyzes the Law on Litigation Procedure, while submitting specific proposals of the provisions which should find their place in the future law covering the matter discussed.

Key words: *Arbitration. — Harmonizing the law of arbitration. — Arbitrators.*

Pavle Lopičić
avocat de Belgrade

SUR LE BESOIN D'ADOPTION D'UNE LOI SPÉCIALE DANS LE DOMAINE DU RÈGLEMENT ARBITRAL DES LITIGES

Résumé

Dans cet article l'auteur propose la création d'une loi spéciale sur l'Arbitrage en avançant des raisons justifiant sa position. Il analyse les dispositions existant déjà dans le Code de procédure civile et propose les dispositions qui devraient entrer dans la future loi.

Mots clés: *Arbitrage. — Harmonisation du droit arbitral. — Arbitres.*

UDK 347.91/.95

Проф. др Божидар С. Марковић
професор Правног факултета у Београду, у пензији

СУЂЕЊЕ ПО ПРАВИЧНОСТИ У ОПШТЕМ И У АРБИТРАЖНОМ ПРАВУ

Суђење по правичности означава такав начин суђења при којем се судија не ограничава само на примену законских прописа него их допуњава и посматрањем друштвених чињеница, старајући се да у сваком конкретном случају донесе одлуку у складу са друштвеним схватањем правде датог тренутка. Суђење по строгом праву ослања се међутим искључиво на формалнологичко резоновање по законским текстовима и услед тога доводи до „законске правде", која није ни увек ни потуно истоветна с друштвеном правдом. — Правичност на тај начин врши тројаку функцију: исправља недостатке законског правила, индивидуалише апстрактну општу норму и уводи у позитивни поредак ново право које се временом ствара у друштву. А суђење по правичности није ни субјективно ни произвољно суђење, него је изразито научно, социолошко суђење, које се руководи објективним, рационалним и владајућим друштвеним критеријумима. Његова крајња сврха је да се постигне приближна једнакост престација, тј. да само строгом применом законских и уговорних одредаба једна страна не постигне неосновану корист, односно, да друга страна не поднесе неоправдан терет.

Кључне речи: *Опште право. — Арбитражно право. — Правичност. — Правда*

У општем праву континенталне Европе редовно се суди по формулисаним и писаним правним правилима, ређе по обичајном праву, тј. по усменим, но ипак одређеним и формулисаним правилима. Али, истовремено, сви европски правни системи упућују судове да у појединим областима и случајевима одлучују и по правичности.

Слично поступа и арбитражно право које, поред правила општег права, сачињавају одредбе о избраним судовима, међународне конвенције о арбитражи, правилници и статути сталних арбитража и избраних судова, као и арбитражни уговори странака којима оне заснивају надлежност одређене арбитраже.

Арбитри, као и судије редовних судова, доносе своје одлуке првенствено по општем праву, на основу прописа надлежног материјалног и процесног права, обичајног права, одредаба уговора и правичности тамо где их опште право упућује на правичност. Али у арбитражном праву се арбитрима отвара и једно знатно шире поље за суђење по правичности него што је то случај са суђењем по правичности од стране редовних судова. Наиме, већина правилника сталних арбитража садржи одредбе према којима странке могу овластити арбитре да у њиховом спору одлуче применом начела правичности у целој области права а не само у случајевима где их закон упућује на правичност. То проширење власти арбитара представља уједно и најзначајнију разлику између суђења и правичности у општем и у арбитражном праву.

Опште право о суђењу по правичности кодификовано је најчешће у грађанским законицима појединих земаља. — Тако по члану 1135 француског Грађанског законика из 1804: „Уговори обавезују не само на оно што је у њима изражено, него и на све последице које правичност, обичај и закон везују за облигацију према њеној природи". — По члану 4. швајцарског Грађанског законика из 1907: „Судија примењује правила права и правичности, кад му закон додељује власт оцењивања или му налаже да доноси одлуку водећи рачуна било о околностима било о правичним побудама", а таквих случајева у самом Грађанском законику има око 70. — Швајцарски Законик о обигацијама од 1912. упућује судију на одлучивање по правичности посебно у области накнаде штете и при одмеравању висине штете (чл. 26, 29, 39, 44, 47, 52, 54). — Немачки Грађански законик од 1900. не садржи општу одредбу о суђењу по правичности, ту улогу по немачком праву великим делом обавља стандард „поверење и поштење" („Treu und Glauben"), али тај Законик у великом броју случајева упућује судију и на „захтеве правичности" и на „правичну накнаду штете" (чл. 660, 829, 847, 971, 1300, 1361, 1579, итд). — Општи аустријски грађански законик из 1811. се не позива изричито на правичност, али његов § 7 садржи све битне елементе појма правичност кад налаже судији како ће попуњавати празнине у закону.

Што се, посебно, тиче југословенског општег права о суђењу по правичности, оно је дошло до израза у више законских текстова. — Српски Грађански законик из 1844. изјављује нпр. у своме § 2 да он прописује „постојана правила ради правде и правице", а у §-у 8 каже, ако се неки случај не би могао расправити ни тумачењем ни помоћу аналогије, да га онда „треба протумачити тако да се са основима здравог разума и природне правице слаже". — Веома сличну одредбу садржи и Богишићев Општи имовински законик из 1888, према чијем члану 3 кад се појаве празнине у закону, случај треба решавати „по општим основама правде и

правице", док се у члану 782. дају ближа упутства о томе како треба судити по правди и правици. — За југословенско опште право о суђењу по правичности од посебног практичног значаја су и одредбе Закона о облигационим односима из 1978. године. Јер тај закон, поред одредаба општег значаја о суђењу по правичности (чл. 101, 133/1, 208), упућује судију односно арбитра да и у двадесетак конкретних случајева доноси своје одлуке по начелима правичности.

Арбитражно право о суђењу по правичности дошло је до израза нарочито у правилницима и статутима иностраних, међународних и наших сталних арбитража. — Тако на пример члан 5 Правилника Арбитраже при циришкој Трговинској комори садржи лаконску одредбу према којој „странке могу закључити споразум којим овлашћују арбитражни суд да одлучи према праведности", што чини без икаквих даљих упутстава или ограничења, чиме тој Арбитражи оставља пуну слободу при доношењу одлука по правичности. — Статут Сталног арбитражног суда при Немачкој арбитражној комисији даје арбитрима једно још шире овлашћење, јер у §-у 30 само каже: „Суд ће своју одлуку донети према праведности", при чему такав начин суђења не условљава чак ни овлашћењем странака. — Правилник Арбитражног суда Међународне трговинске коморе у Паризу има посебно обележје. По члану 13 став 4 тога Правилника „Арбитража добија овлашћења пријатељског посредника (amiable compositeur) ако су странке сагласне да му даду ова овлашћења". Суђење по правичности и пријатељско посредовање су свакако две различите установе, али којима је заједничко то што се обе супротстављају суђењу по строгом праву, што арбитрима дају широка овлашћења при доношењу одлуке, и што им је крајња сврха постизање правичног решења. — Потребно је још напоменути да и међународне конвенције о арбитражи чешће регулишу пријатељско посредовање него суђење по правичности. Тако Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 1961. прописује у своме члану 7 став 2: „Арбитри ће одлучити као пријатељски посредници ако је таква воља странака и ако то допушта закон који важи за арбитражу." Истоветну одредбу садржи и члан 39 Правилника Арбитражне економске комисије за Европу при Организацији Уједињених нација из 1966. године.

У погледу југословенског арбитражног права о суђењу по правичности од најширег значаја је Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије од 1984. године. Према члану 41 став 6 тог Правилника „Арбитри могу доносити одлуке држећи се искључиво начела правичности само ако су им странке дале такво овлашћење". — Битно друкчију формулу садржи члан 53 став 2 Правилника о Изабраном суду (Арбитража)

при Привредној комори Југославије, према којем: „По сагласном предлогу странака арбитри могу да одлуче и применом принципа правичности, држећи се основних начела југословенског права, узанси и пословних обичаја." — Као што се из предњег може закључити, југословенско позитивно право о суђењу по правичности није јединствено, него зависи од арбитражног форума који је надлежан да одлучује у појединим конкретним случајевима.

Поводом суђења по правичности постављају се и извесна општа теоријска питања. — Једно од њих је зашто сви правни системи упућују судије и арбитре да поред суђења по формулисаним правним правилима доносе своје одлуке и по начелима правичности. Разлози томе су тројаки. Законодавци прибегавају правичности на првом месту да би се исправили недостаци формулисаног правила, посебно да би се отклониле законске нејасности и попуниле празнине у закону. Други разлог је апстрактност формулисаних правила, која због своје општости нужно занемарују значајне специфичне околности многих индивидуалних случајева. Трећи разлог је дејство времена на законске текстове, тј. стална еволуција животних односа која неприкидно доноси нове чињенице и нова схватања друштвених вредности а с њима и промене у области права. Правичност на тај начин представља и допунски извор права који ступа на сцену кад је позитивно правно правило нејасно, недовољно, непостојеће или застарело. Укратко, правичност исправља техничке недостатке писаних правила, прилагођава апстрактну норму особеностима конкретног случаја и доводи је у временски склад са актуелним мерилима друштвених вредности.

Друго питање од општег теоријског значаја је однос који постоји између правде и правичности као блиских и сродних појмова. У суштини оба та израза имају исто значење, при чему се наизменично употребљавају и као синоними. Данас је међутим уобичајено и опште прихваћено да се термин правда првенствено употребљава кад хоће да се изрази апстрактна и објективна идеја правде као филозофска категорија, док се правичност претежно користи кад је реч о остваривању правде у пракси и у конкретним случајевима.

Идеја правде се изводи из логичког и математичког принципа идентитета као основног закона природе и правилног мишљења, наиме из става да је свака ствар равна самој себи. Из тог принципа идентитета проистиче даље и етичко начело правде, које налаже да се с једнаким стварима једнако поступа а с неједнаким стварима неједнако али сразмерно њиховој неједнакости. Које су, пак, ствари једнаке односно у којој су мери неједнаке оцењују друштво и држава према њиховима сазнањима и незнањима, циљевима, веровањима, идеологијама и заблудама. Услед тога, правда је садржин-

ски битно релативна и промењљива категорија, зависна од научних, метафизичких и друштвених мерила вредности.

Правичности је задатак да позитивно право у конкретним случајевима доводи у склад са друштвеним схватањем праведног, отклањајући нарочито негативне последице формализма, општости и статичности правила позитивног права. Правичност се у томе смислу противставља строгом праву које се руководи ригорозном применом логичког резоновања по формулисаним правним правилима, без обзира да ли ће такво резоновање довести и до правичног решења — *dura lex sed lex*. Правичност, међутим, има за главну сврху изналажење праведног решења, ради чега се служи слободнијим закључивањем које није везано само за законске текстове него улази и непосредно у спорни однос и у животну стварност. Она тако представља неку врсту директног правног метода.

Посебан значај представља питање шта значи суђење по правичности односно како треба судити по правичности. Као што је напред изложено, поједини законски текстови и арбитражни правилници и статути дају у томе правцу судијама и арбитрима основна упутства, која међутим треба допунити и ближим објашњењима.

Суђење по правичности на првом месту није ни субјективно ни произвољно суђење, али не сме бити ни сентиментално нити идеолошко суђење, засновано искључиво на некој апстрактној догми, религијској, филозофској или политичкој. Оно треба да буде једно изразито научно, ако се хоће социолошко суђење, које се руководи објективним, рационалним и владајућим друштвеним критеријумима вредности.

Судија и арбитар, судећи по правичности, расправљају конкретан спор директно и без посредовања правних конструкција. Улазе у суштину правног односа, у његову социјалну и економску позадину, у мотиве који су руководили странке да заснују спорна права и обавезе и у њихову савесност. У имовинскоправној области посебно настоје на приближној једнакости престација, тј. да само строгом применом законских и уговорних одредаба једна страна не постигне економски неосновану корист, односно да друга страна не поднесе економски неоправдан терет.

Суђење по правичности расправља тако правне спорове из вишеструке перспективе. Полази од формалног позитивноправног поретка и уговора странака, које допуњава, често и коригује, улази у материјалне изворе права, у мотиве странака и у крајњи резултат решења. Подразумева, дакле, пре свега формалноправну анализу сировог стварног односа, даље психолошку анализу странака и њихових воља и најзад практичан исход решења.

Силазећи тако са чисто јуристичког плана у суштину правног спора и у коначан резултат одлучивања, суђење по правичности

представља сложено и комплетно суђење, које је због тога и најтежи и најодговорнији облик дељења правде.

Dr Božidar Marković
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

ADMINISTERING JUSTICE ACCORDING TO EQUITY IN THE GENERAL AND ARBITRATION LAWS

Summary

The general law concerning administration of justice according to equity is codified in the civil codes in individual countries, while the law of arbitration concerning the same subject matter — in the international arbitration conventions, then in the regulations and internal statutes of permanent arbitration tribunals, as well as in the arbitration agreements entered into by the interested parties.

Particularly significant for the administration of justice according to equity in the present-day Yugoslav general law are the provisions of paragraph 8 of the Serbian Civil Code of 1844, as well as articles 101, 133/1 and 208 of the Yugoslav Law on Obligation Relations (Torts and Contract Law) of 1978.

Administering justice according to equity requires, first of all, making a formal legal analysis of the disputed case, followed by an economic and wider sociological analysis of the raw actual relationship, the psychological analysis of the parties, including their intention (will), and finally — the practical consideration of the outcome of the solution sought.

Equity is derived out of the notion of justice. Justice means an equal approach in treating equal things and inequal treatment in approaching the inequal things — proportionately to their inequality. Administering justice according to equity, on its part, has as its aim the bringing into accord the positive law in specific cases with the social conception of the just at a given moment.

Key words: *Administering justice. — Equity. — General law. — Law of arbitration.*

dr Božidar Marković
professeur émérite à la Faculté de droit de Belgrade

ACTE DE STATUER EN ÉQUITÉ DANS LE DROIT COMMUN ET DANS LE DROIT ARBITRAL

Résumé

Le droit commun sur l'acte de statuer en équité est codifié dans les Codes civils des pays particuliers et le droit d'arbitrage sur le même sujet dans les conventions internationales sur l'arbitrage, dans les règlement et les statuts des arbitrages permanentes, ainsi que dans les conventions d'arbitrage des parties mêmes. Les arbitres peuvent prendre des décisions en équité sortant du cadre des dispositions du droit commun lorsque le droit d'arbitrage et les parties les y autorisent.

Concernant l'acte de statuer en équité dans le droit yougoslave commun contemporain une importance particulière est attachée aux dispositions du paragraphe 8 du Code civil serbe de 1844; ainsi qu'à l'article 101, 130/1 et 208 de la Loi yougoslave sur les rapports d'obligation de 1978. Concernant notre droit d'arbitrage contemporain, la disposition fondamentale est contenue dans l'article 41/6 du Règlement d'arbitrage sur le commerce extérieur auprès de la Chambre économique yougoslave de 1984.

L'acte de statuer en équité exige tout d'abord une analyse juridique formelle du cas litigieux, puis une analyse économique et sociologique la plus large possible du rapport réel brut, ensuite une analyse psychologique des parties et de leur volonté et enfin l'issu pratique de la solution.

L'équité est déduite de la notion de justice. Alors que la justice désigne un traitement égale envers des choses égales et un traitement inégal envers des choses inégales, proportionnellement à leur inégalité, l'acte de statuer en équité a pour objectif de mettre en accord dans des cas concrets le droit positif avec la compréhension du juste de la société dans un moment donné.

Mots clés: *Droit commun. — Droit arbitral. — Equité. — Justice.*

UDK 347.4/.7(4)

др Миодраг Орлић
редовни професор Правног факултета у Београду

СМИСАО ПОНУДЕ У ЕВРОПСКОМ И АНГЛО-САКСОНСКОМ ПРАВУ

Понуда се у европским правима дефинише као предлог за закључење уговора, а у енглеском праву као обећање. У чланку се разматрају разлике између два система и указује на разлоге због којих се у нашем и у другим европским правима о понуди говори као о предлогу.

Кључне речи: *Понуда. — Предлог. — Обећање. — Двострано обавезни уговори. — Једнострано обавезни уговори.*

1. Понуда као предлог за закључење уговора

1. Понуда се у нашем праву дефинише као предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу (1). На исти начин одређује се појам понуде у другим законодавствима (2), и у правној теорији европских континенталних земаља. Понудилац својом изјавом воље одређује услове под којима пристаје да закључи уговор (3) и истовремено овлашћује понуђено лице да одлучи хоће ли уговор бити закључен (4). По наведеном обележју понуда се разликује од свих других иницијатива до којих долази у току преговора. Наиме, у раздобљу које претходи закључењу уговора, стране које преговарају упућују једна другој и размењују разне врсте предлога и противпредлога о условима под којима би биле спремне да

(1) Упоредити: „Понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор". Чл. 32. ст. 1. Закона о облигационим односима; М. Константиновић, *Облигационо право* (према белешкама са предавања М. Костантиновића), Београд, 1959, стр. 21; Младен Драшкић, *Закључивање уговора о продаји*, Београд, 1986, стр. 60; Слободан Перовић, *Облигационо право*, 5. издање, I, Београд, 1981, стр. 266; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Општи део, 4. издање, Београд, 1990, стр. 79.

(2) Упоредити: §145 и даље Немачког Грађанског законика; чл. 1326. и даље Италијанског Грађанског законика: чл. 3. и даље Швајцарског Законика о облигацијама.

(3) У овом смислу Стеван Јакшић, *Облигационо право*, 4 издање, Сарајево, 1962, стр. 100–101; Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 81–82.

(4) Упоредити: W. Schönenberg, P. Jäggi, *Das Obligationenrecht*, Band V 1a, Zürich, 1973, стр. 426, n° 11.

закључе уговор. Али, сви ти предлози и преписка у којој су садржани имају припремни карактер и подложни су изменама и даљој расправи. У односу на њих понуда се разликује тиме што представља коначан предлог за закључење уговора о коме понуђени може да се изјасни само тако што ће га у потпуности прихватити или га одбити опет у целини. Он не може о понуди расправљати у појединостима, па неке делове прихватити, а друге одбити, а да при том не разори и саму понуду.

2. Подобност за прихватање

2. Као коначан предлог уговора понуда представља изјаву воље која је подобна за прихватање (5). Што се понудиоца тиче, у предлогу је изражена његова уговорна воља (6) и истовремено је омогућено понуђеноме да изјавом воље доврши закључење уговора (7) започето понудом. Обележје подобности за прихватање огледа се у томе што, ако понуђени позитивно одговори на понуду (што ће рећи ако је прихвати), уговор је закључен у тренутку прихватања без икаквог доцнијег изјашњавања понудиоца. Упућујући понуду као коначан предлог уговора, понудилац је унапред дао свој пристанак (8) као саставни део уговора, тако да после тога закључење уговора зависи искључиво од воље понуђеног (9). У том смислу, подобност понуде за прихватање означава моћ (10) понуђеног да својом изјавом воље понуду, као једностраиу изјаву воље, претвори у уговор.

3. Обећање

Насупрот европском поимању понуде као предлога за закључење уговора, у енглеском праву (11) као и у другим земљама

(5) Видети о подобности за прихватање: Михаило Вуковић, *Облезно йраво*, књига II, Загреб, 1964, стр. 95. n° 209.

(6) W. Schönenberger, P. Jäggi, *Das Obligationenenrecht*, стр. 426, n° 12;

(7) Упоредити: Ernst A. Kramer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, Allgemeiner Teil, München, 1978, стр. 914; W. Schönenberger, P. Jäggi, *Das Obligationenrecht*, стр. 436, n° 63.

(8) У овом смислу: С. Јакшић, *Облиīационо йраво*, Сарајево, 1962. стр. 100.

(9) A. von Thur, *Der Allgemeine Teil des Deutschen, Bürgerlichen Recht*, II Band, I, Hälfte, München, Leipzig, 1914, стр. 460; W. Schönenberger, P. Jäggi, *Das Obligationenrecht*, стр. 426, n° 12.

(10) У америчком праву се положај у коме се налази понуђени обележава као моћ прихватања (*power of acceptance*). Упоредити: Jan R. Macneil in Rudolf B. Schlesinger, (General Editor) *Formation of Contracts*, Vol. I, стр. 327. и стр. 714.

(11) Упоредити: „Да би била подобна да се прихватањем претвори у уговор, понуда се мора састојати у коначном обећању да ће понудилац бити обавезан уколико одређени услови буду прихваћени". Cheshire, Fifoot and Furmston's, *Law of Conctract*, 12. Edition, M.P. Furmston, *Historical Introduction*, A. W. B. Simpson, London 1991, стр. 30; P.S. Atyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 2. edition, Oxford, 1971. стр. 34;

Common Law-a (12), понуда се дефинише као обећање (13). Разлика између наведених схватања је значајна и потиче из неједнаког гледања на однос понуде и уговора. Када се понуда посматра као предлог за закључење уговора, што је случај у европским правима, такво одређење делује прилично безбојно (14). Из њега се, наиме, не види какав је однос између иницијативе за закључење уговора и обавезе које ће из уговора настати (15). Насупрот томе, појам обећања (16) је знатно садржајнији јер указује на унутрашњу повезаност између изјаве воље и будуће обавезе. Обећање је наиме, изјава воље о преузимању обавезе у будућности (17) упућена лицу у чију корист изјавилац треба да испуни обећану обавезу. Кад је обећање дато у намери закључења уговора, оно не обавезује само по себи као једнострана изјава воље. Дужност да се обећање одржи настаје у тренутку када га лице коме је било упућено прихвати (18). У том случају између личности изјавиоца и личности дужника у будућем облигационом односу постоји истоветност. Својство обећаоца нужно се претвара у својство дужника по закључењу уговора. Оно што је била намера садржана у изјави сада се остварује у виду обавезе. Уговорна обавеза настаје као правно дејство прихваћеног обећања.

---

(12) Упоредити за америчко право: Samuel Williston, George J. Thompson, *Law of Concracts*, Revised Edition, New York, 1938. стр. 24, § 240; E. Allan Farnsworth, Contracts, Vol. I, Boston, 1990. стр. 210; Friedrich Kessler, Grant Gilmore, Anthony T. Kronman, *Contracts, Cases and Materials*, 3. Edition, Boston, Toronto, 1986, стр. 111 и даље; John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, 3. Edition, St. Paul, 1987, стр. 31-32;

(13) О питању да ли понуда садржи увек обећање упоредити: George W. Goble, *The Non-Promissory Offer*, 48 Northwestern University Law Review, 5/1953, стр. 590 и даље; Samuel J. Stoqar, *Offer, Promise and Agreement*, 50 Northwestern University Law Review 4/1955. стр. 445 и даље; S. Williston, G.J. Thompson, *Law of Contracts*, стр. 24-26; n°s 24a и 25; J.D. Calamari, J.M. Perillo, *The Law of Contracts*, 3. Edition, стр. 31-32.

(14) „Модерна правна терминологија због тога не обележава почетну изјаву воље као обећање *(Versprechen)* него као предлог *(Antrag)*". Wilhelm Schlesinger in Heinrich Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, II Band, 2. Halbband, Wien, 1934, стр. 47.

(15) „Коју улогу ће уговорник имати, не зависи од тога да ли је упутио понуду или је дао изјаву о прихватању. Понуда може потицати од будућег повериоца као што може доћи од будућег дужника, јер се понуда и прихватање односе само на закључење уговора, а не и на правни положај у облигационом односу". E.A. Kramer, B. Schmidlin, *Obligationenrecht, Berner Kommentar*, t. VI, Bern 1986, стр. 228, n° 25;

(16) Видети о појму и о етичким и правним аспектима обећања: P.S. Atiyah, *Promises, Morals and Law*, Oxford, 1981, стр. 1 passim.

(17) E.A. Farnsworth, *Contracts*, Vol. I, Boston 1990, стр. 5; S. Williston, G.J. Thompson, *Law of Contracts*, New York, 1938, стр. 2-3, § 1a;

(18) Такво је било схватање утилитариста. Упоредити P.S. Atiyah, *Promises, Morals and Law*, стр. 45 и даље; супротно: Heinrich Siegel, *Das Versprechen als Verpfichtungsgrund im heutigen Recht*, Berlin 1873, стр. 21 стр. 41 и даље. Према овом схватању, обећање везује само по себи као једнострана изјава воље, јер ствара обавезу да се обећање одржи.

4. Другачије одређивање појма понуде у енглеском праву у односу на европска права има своје корене у различитом схватању уговора (19). У европским правима, уговором се назива свака сагласност воља двеју страна у циљу постизања одређених правних дејстава (20). Тако посматран, ослобођен свих конкретних обележја, уговор представља један од најопштијих правних појмова, унутар којег су могуће разноврсне квалификације. Између осталог, у његовом оквиру се налазе и тако различите правне појаве као што су поклон и продаја, међу којима нема готово ниједне сличности, изузев што и једна и друга представљају сагласност изјављених воља. Отуда, једна од најважнијих карактеристика апстрактно постављеног појма уговора у европским правима јесте што су њиме обухваћени двостранообавезни (и теретни) уговори на једној страни и једнострани (и доброчини) уговори на другој страни (21).

5. Појам уговора у енглеском праву је знатно ужи, него у европским правима и начелно обухвата само оно што бисмо у нашем праву назвали теретним (или можда прецизније двостранообавезним) уговором. Из тог појма искључени су најпре доброчини правни послови *(gifts, gratuitous promises)* (22) али и неки други споразуми (23), који иначе у нашем праву представљају уговоре. Наиме и у енглеском праву је за настанак уговора потребна сагласност воља *(agreement)* као и у европским правима. Али за разлику од ових права у којима је сагласност воља довољна за настанак уговора, у енглеском праву неопходан је још један елемент: противнакнада (*consideration*) (24). Сагласност сама за себе није довољна за закључење уговора. Ако страна којој је нешто обећано не даје ништа заузврат, ако дакле не пружа противнакнаду за обећање, уговора нема. Док у европским правима сагласност представља констатацију чињенице да су се две стране споразумеле о томе да ће једна од њих, или обе, нешто учинити, дати или трпети,

(19) Видети о разликама о поимању уговора у енглеском и француском праву: René David, *Cause et Consideration, Mélanges Maury*, стр. 116; René David, Françoise Grivart Kerstrat, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1973, стр. 63, и даље, n° 66 и даље; Denis Tallon, Donald Harris (sous la direction de), *Le contrat aujourd'hui Comparaisons franco-anglaises*, Paris, 1987, стр. 17, passim; Barry Nicholas, *French Law of Contract, London*, 1982, стр. 31 и даље.

(20) Видети на пример: С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 151; унеколико другачије: Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 57;

(21) Видети на пример: С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 197–198; Ј. Радишић, стр. 116–119.

(22) Упоредити: E.A. Farnsworth, *Contracts*, Vol. I, стр. 5. („Извршени поклон, кад су, на пример, јабуке већ предате поклонопримцу, није уговор, јер не укључује ни обећање ни размену") и стр. 70–71;

(23) Упоредити: R. David, F. Grivart Kerstrat, *Les contrats en droits anglais*, стр. 64 и даље, n°s 67 и даље;

(24) Видети: Cheshire, Fifoot, and Furmston's, *Law of Contract*, 12. Edition, London 1991, стр. 70 и даље; Anson's, *Law of Contract*, 24. Edition by A.G. Guest, Oxford, 1977, стр. 88 и даље.

при чему није битно да ли ће обавезе бити само на једној или на обе стране, у енглеском праву и у осталим земљама *Common Law-a*, сагласност у себи садржи и елемент размене *(bargain)* узајамних давања, чињеница или трпљења (25). Стога сагласност у овим правима прати захтев за постојањем узајамности *(qui pro quo)*. За појам уговора битно је да постоји не само двостраност, кад је реч о изјавама воља, него и узајамност у погледу преузетих обавеза. Очевидно је стога да доброчини правни послови нису обухваћени појмом уговора. Истина, поклони и други бестеретни правни послови нису непозната ствар на британским острвима, али се они у енглеском праву закључују у форми свечане исправе. Као такви они се не изучавају у оквиру Уговорног права (*Law of Contract*) него у другим областима права (26).

6. Наведени појам уговора у енглеском праву настао је као резултат историјског развоја. Енглески правници нису се бавили уопштеним разматрањима о вољи и о сагласности изјављених воља као основи уговора, него су, полазећи од сасвим практичних потреба трговине, испитивали које пословне операције треба да добију правну заштиту. При том је схватање о неопходности да се за сваку услугу да нека противнакнада *(consideration)* пружало поуздано мерило према коме се могло ценити који уговори јесу од важности за трговину, а који за њу немају значаја (27). Треба напоменути и то да се на почетку еволуције на уговор гледало као на акт размене ствари за услугу или ствар *(executed contracts)* али да се постепено у току времена усталило схватање да уговор може да представља размену обећања за давање (или чињење) или што представља и завршни чин развоја, обећање за обећање (28) *(executory contracts)*. Али у свим поменутим случајевима, маколико да су се појавни облици мењали, била је непрестано присутна идеја о узајамности терета и давања. Само оне сагласности у којима је садржан и елемент узајамности правно су признате као уговори у енглеском праву. Споразуми којима овај елемент недостаје, искључени су из ове категорије.

7. Када се посматра структура уговора у енглеском праву може се запазити да се сагласност воља нужно састоји од обећања (29). Идеја о давању противнакнаде подразумева да страна која

(25) Упоредити: E.A. Farnsworth, *Contract*, Vol. I, стр. 61 и даље; R. David, *Cause et Consideration*, Mélanges Maury, стр. 118, фуснота 13.

(26) E.A. Farnsworth, *Contracts*, Vol. I, стр. 69–70, и фуснота 3. на страни 70.

(27) Видети: R. David, *Cause et Consideration*, Mélanges Maury, стр. 115–116.

(28) Patrick Selim Atyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, стр. 441 и даље.

(29) Упоредити дефиницију уговора у америчком Зборнику правила о уговорима *(Restament Second of Contracts* § 1 „Уговор је обећање или скуп обећања за чију повреду право пружа средство, или чије испуњење право признаје на неки начин као дужност".

покреће иницијативу за закључење уговора мора понудити нешто што представља материјалну вредност, да би од друге стране могла очекивати нешто слично. Док су се уговори закључивали и извршавали истовремено, а правна дејства испитивала пошто је једна страна своју обавезу испунила *(executed contracts)*, наведена структура уговора као да није била особито уочљива. Али у току развоја дошло је до преокрета. Уговори су се све више појављивали у облику сагласности узајамних обећања (или размене обећања за неко давање, чињење или трпљење) и као такви производили правна дејства за убудуће, а нису представљали просту потврду о већ извршеним радњама (30). Разуме се, да се у таквој ситуацији тежиште правне природе са структуре уговора преноси на његову генезу. Оно што у структури представља сагласност воља уз узајамност терета и давања, разлаже се у процесу настајања уговора на понуду и прихватање, при чему и једна и друга изјава воље означавају преузимање обавезе у будућности (31). Некадашња узајамност испуњења преображава се сада у узајамност обећања. У том склопу понуда означава обећање лица које започиње закључење уговора док се прихватање изражава као обећање понуђеног, или као његова радња.

4. Анализа понуде у европским правима

8. Чињеница што се понуда у енглеском праву одређује као обећање, а у европским правима обележава као предлог не значи да међу њима постоје непремостиве разлике. Напротив, наведени појмови могу се схватити као концентрични кругови, код којих обећање означава ужи, а предлог шири круг. Да бисмо показали истинитост овог тврђења, размотрићемо однос између предлога и обећања са становишта европског поимања понуде.

9. Треба напоменути да у највећем броју уговора понуда и у европским правним системима означава истовремено и обећање. Наиме, обећање чини унутрашњу садржину понуде кад год понудилац поред тога што другој страни предлаже закључење уговора својом изјавом воље преузима у будућности и неку обавезу. То је и најчешћи случај у уговорном праву и на њега се редовно мисли кад се говори о понуди. Али није свуда тако. Као што обећање не мора увек представљати понуду, тако ни свака понуда није истовремено и обећање. Између понуде и обећања могу постојати разлике. Додуше, у пракси су овакви случајеви ретки, и чак се може рећи да су сведени на изузетак, али свеједно, због начина на који

(30) P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, стр. 441 и фуснота 64.

(31) P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, стр. 446.

је одређен појам уговора у европским правима, за разлику од енглеског права, нити се понуда може изједначити са обећањем, нити се њен појам може одредити као обећање. Да би се сличности и разлике међу њима могле сагледати, потребно је размотрити однос између понуде као предлог за закључење уговора и правних дејстава која из закљученог уговора настају. У овом погледу ваља разликовати двострано-обавезне од једностранообавезних уговора.

5. Двостранообавезни уговори

10. Кад је реч о закључењу двостранообавезних уговора понуда по својој унутрашњој садржини представља не само предлог за закључење уговора, него и обећање. Наиме, однос између предлога за закључење уговора и распореда узајамних обавеза које из уговора проистичу је такав да понудилац нужно мора ступити у улогу дужника (као што ће имати и улогу повериоца) без обзира са које стране је иницијатива за закључење уговора потекла (32) и о ком двостранообавезном уговору је реч. Коју год улогу имао у облигационом односу насталом из оваквог уговора, било да је купац или продавац, наручилац или посленик, закупац или закуподавац, понудилац предлажући закључење уговора мора истовремено да преузме и обавезу из тог уговора. Изјава воље којом се тежи закључењу двостранообавезног уговора неизбежно садржи и вољу понудиоца да се правно обавеже, а то значи да понуда у оваквим уговорима представља не само предлог него и обећање.

6. Једностранообавезни уговори

11. Разлика између понуде као предлога за закључење уговора и понуде као обећања, може се уочити када се посматрају једностранообавезни уговори, код којих из обостране сагласности уговорника настаје обавеза само на једној страни. Насупрот двостранообавезним уговорима, овде, кад је реч о структури понуде, није свеједно са које стране долази иницијатива за закључење уговора. Наиме, постојање само једне обавезе и положај уговорника у односу на њу, битно утичу на унутрашњу садржину понуде. Она може, али и не мора да се састоји у обећању зависно од тога да ли закључење уговора предлаже страна која ће у будућем облигационом уговору имати улогу дужника или повериоца (33) . У

(32) „Код двостранообавезних уговора, понуда обухвата изјаву понудиоца да хоће да буде и поверилац и дужник сауговорника" Andreas von Thur, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Halbband, Tüubingen 1924, стр. 160.

(33) Упоредити: W. Schönenberger, P. Jäggi, *Des Obligationenrecht*, стр. n° 20.

првом случају понуда у себи садржи и обећање, у другом она остаје предлог за закључење уговора, али је елемент обећања из ње искључен.

7. Случај код закључења уговора предлаже будући дужник

12. Иницијатива за закључење једностранообавезног уговора редовно долази од стране оног лица које ће у облигационом односу имати улогу дужника. Тако је код уговора о дару када понуду упућује будући поклонодавац. Његова изјава воље, разуме се, има и обележје предлога за закључење уговора као и код сваке друге понуде, али оно што јој даје особени карактер јесте обећање једне будуће и то бесплатне обавезе (поклона). Исто ће бити ако поверилац из постојећег облигационог односа понуди дужнику да му опрости дуг. И овде предлог за закључење уговора значи исто што и обећање дужнику да ће му обавеза бити отпуштена. Рећи да је поверилац предложио или да је дужнику обећао опроштај дуга представља само различити начин изражавања, али је садржина изјаве у оба случаја иста. Отуда се структура понуде, у случају када закључење једностранообавезног уговора предлаже лице које ће у будућем облигационом односу имати улогу дужника, не разликује од понуде у двостранообавезном уговору (34). У оба случаја, она означава предлог за закључење уговора, али и обећање будуће обавезе.

8. Случај када закључење уговора предлаже будући поверилац

13. Маколико изгледало необично, дешава се да закључење једностранообавезног уговора предложи страна која ће у будућем облигационом односу имати улогу повериоца, а не дужника. Тако ће бити када понуду за закључење уговора о дару упућује лице које жели да му неко други учини поклон, или када понуду за отпуштање дуга чини досадашњи дужник, или када будући послугопримац тражи ствар на послугу. Овакви случајеви су укупно узев релативно ретки, мада и међу њима постоје знатне разлике. По правилу, људи ће се устезати да отворено траже поклон, код отпуштања већ постојећег дуга ће се нешто мање устручавати, док је код послуге карактеристично да иницијатива, по правилу, долази од послугопримца. Како год било, треба напоменути да у наведеним примерима понуда означава предлог за закључење уговора, али по својој унутрашњој садржини не представља обећање, него тражење (35).

(34) Упоредити: W. Schönenberger, P. Jäggi, *Das Obligationenrecht*, стр. 428, n° 20.

(35) Упоредити: Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2. Auflage II *Band 1. Hälfte, Das Recht des Shuldverhältnisse*, Wien 1928, стр. 128.

Понудилац за разлику од свих досадашњих случајева не обећава ништа у будућем облигационом уговору. Његов предлог се састоји у тражењу нечега што би супротна страна требало да да, учини или трпи. Обавезе из уговора чије се закључење предлаже биће само на другој страни, док понудилац неће имати никакву обавезу. Стога случај када закључење једностранообавезног уговора нуди будући поверилац представља једини пример у коме предлог уговора није истовремено и обећање.

9. Осврт на развој схватања о понуди

14. До схватања о понуди као предлогу за закључење уговора дошло се релативно касно. На почетку развоја (36) понуда је готово у свим правним системима била посматрана као обећање. Корени тога схватања налазе се у филозофији природног права. Штавише и сам назив понуда није био у употреби. Уместо њега говорило се једноставно о обећању *(promissio)* и о његовом прихватању *(acceptatio)* (37). Према становишту теоретичара природног права када једно лице хоће да пренесе своје право на другог, онда оно даје обећање, а таква изјава има исто дејство као и отуђење својине. Отуђење ствари исто је као и отуђење неког дела наше слободе. Тамо је реч о обећању давања, овде о обећању радње (38).

15. Занимљиво је напоменути да је у законицима који су били на снази у предратној Југославији, иницијатива за закључење уговора била обележена као обећање, а не као понуда. Тако је било и у Аустријском (39) и Српском Грађанском законику (40). Другачије се говорило само у Општем Имовинском законику за Црну Гору у коме се претежно употребљавала реч понуда, а само на појединим местима и израз обећање (41).

---

(36) Упоредити о еволуцији схватања о закључењу уговора: E.A. Kramer P. Schmidlin, *Obligationenrecht*, стр. 222 и даље; о обећању као једностраној изјави воље: H. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, стр. 20 *passim* Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 8. Auflage, II Band, Frankfurt am Main, 1900, стр. 219 и даље и фуснота 12 на страни 222 (о *Zigelovom* схватању).

(37) Упоредити како је говорио француски правник Потије (Pothier): „Уговор обухвата учешће воља двају лица од којих једна страна обећава нешто другој, а друга прихвата обећање које јој је учињено". Oeuvres de Pothier, par M. Bugnet, Vol. II *Traité des obligations*, Paris, 1961. стр. 5.

(38) E.A. Kramer, B. Schmidlin, *Obligationenrecht* стр. 222–223.

(39) § 861 Аустријског Грађанског законика.

(40) „Уговор је закључен онда када једна страна што обећа, а друга то прими, или се изјасни да прима" § 531 Српског Грађанског законика.

(41) „Кад се погађања чине по поруци или писмено, понудилац је везан за своју понуду, ако јој рок иначе одређен није, до онога часа ког му је могао стићи одговор од друге стране". Чл. 497. ст. 1. Општег Имовинског законика за Црну Гору.

16. Ослањајући се на и тада већ помало застарело и превазиђено природноправно схватање о уговору као начину на који се преноси право, редактори Аустријског грађанског законика су у првобитном тексту из 1811. године рекли да када неко учини обећање *(Versprechen)* он тиме изјављује да хоће да на неког другог пренесе своје право. Закључење уговора састојало се, према овом становишту, сасвим у духу природноправних погледа, из две радње: прва је обећање *(Versprechen)* а друга примање обећања *(Annahme)*. Доцније су се појавиле критике појма обећања у аустријској правној теорији као и предлози о другачијем схватању садржине изјаве којом се покреће закључење уговора. Али је знатан број правних писаца и даље остајао веран законској дефиницији по којој је почетна изјава воље била окарактерисана као обећање. Тако се, примера ради, у значајним правничким делима с почетка двадесетог века још увек говорило о обећању и примању (прихватању) обећања. До преокрета у схватањима дошло је у правној теорији непосредно пред Први светски рат, а у законодавству са Трећом новелом Аустријског грађанског законика од 1916. године. Што се теоријских радова тиче, за разлику од ранијих издања у којима се говорило о обећању (42), у четвртом издању водећег систематског дела се каже да облигациони уговор започиње по правилу понудом једне стране, а затим се наводи да се она може састојати у обећању, када иницијативу за закључење уговора даје будући дужник, али и у потраживању када понуду за закључење уговора даје будући поверилац (43). У доцнијим издањима у потпуности је одбачен појам обећања и изјава воље којом започиње закључење уговора назива се предлогом *(Antrag)* (44).

Закључак

17. На први поглед рекло би се да између појма понуде у *Common Law-y* и њеног схватања у европским правима нема никакве сличности. Тамо је понуда дефинисана као обећање, овде као предлог за закључење уговора. Али тај први утисак не треба да нас завара. И у нашем праву, као и у осталим правним системима на Континенту, понуда у највећем броју случајева има за садржину

(42) Упоредити: Cf. Josef Krainz, L. Pfaff, Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3. Auflage, 2. Band, Wien 1900, стр. 46–47. У одељку о уговору се структура сагласности воља раставља на обећање *(Versprechen)* и прихватање обећања *(Annahme)*, а тек доцније се у тексту говори о предлогу *(Antrag)*.

(43) Josip Krainz, L. Pfaff, Armin Ehrenzweig, *Sistem Austrijskoga Općega Privatnoga prava*, 4. издање, Opći dio obaveza, preveo Ivan Maurović, Zagreb, 1911. стр. 59.

(44) Armin Ehrenzweig, *System des österreischischen allgemeinen Privatrechts*, 2. Auflage (7. Auflage). 2. Band I. Hälfte, *Das Recht des Schuldverhältnisse*, Wien 1928, стр. 128.

управо обећање (45) будућег дужника. Код двостранообавезних уговора, понуда увек значи и обећање, ма са које стране долазила. Било да је упути купац или продавац, наручилац или посленик у изјави воље којом се предлаже закључење уговора садржано је и обећање будуће обавезе. Истина, понуда у поменутим примерима обухвата и тражење (46), (продавац ће за робу коју нуди тражити одређену цену, купац, за цену коју обећава да плати, захтевати испоруку робе итд.). Тако посматрана, понуда садржи целовит нацрт у коме су предвиђене и обавезе које понудилац обећава, као и оне које он тражи од друге стране. Али, у предлогу двостранообавезног уговора битан је елемент обећања, јер он даје обележје читавој понуди и представља разлог због кога је понуђени спреман да понуду прихвати и да заузврат да обећање са своје стране.

18. Понуда се не може свести на обећање у европским правима због једностранообавезних уговора. У овим уговорима, она има карактер обећања само онда када потиче од будућег дужника. Иначе, ако закључење уговора нуди лице које ће бити поверилац (на пример код уговора о дару будући поклонопримац) онда таква понуда нема ничег од обећања него представља чисто тражење (47). Када се наведена разлика узме у обзир, очигледно је да се два тако удаљена појма, као што су обећање на једној страни и пуко тражење на другој страни, могу обухватити само једним вишим, неутралним појмом, као што је предлог за закључење уговора. Једино на тај начин, понуда се може односити на све уговоре и помирити супротстављене садржине.

19. У *Common Law-у* оваквих тешкоћа нема. Појам уговора обухвата само оно што бисмо у нашем праву назвали двостранообавезним уговорима. Чисти једностранообавезни уговори (као на пример поклон), не улазе у област уговорног права, него се изучавају у другим гранама права. Како је у сваком уговору потребно да једна страна нешто да или учини као противнакнаду *(Consideration)* за оно што прима од друге стране, неизбежно је да свака понуда за закључење уговора садржи обећање понудиочеве радње у будућности. Пуко тражење не може чинити садржину понуде, јер

---

(45) Упоредити: Ј. Радишић, *Облигационо право*, 4. издање, стр. 79.

(46) Упоредити: „Сваки предлог за закључење уговора какогод био формулисан, било писано или усмено или преко конклудентног понашања, било између присутних или између удаљених особа, нужно се састоји из два битна израза: 1) изражавање захтева упућеног неком другом лицу (или скупу других лица): то је у основи једно тражење. 2) изјава воље, којом се изражава сопствено приступање одређеном регулисању интереса које може проистећи из уговора". Alberto Ravazzoni, *La formazione del concratto*, I, Milano, 1973, стр. 122.

(47) Armin Ehrenzweig, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 2. Auflage, Wien 1928, стр. 128; V. Hasenöhrl, *Das oesterreischische Obligationenrecht*, I Band, 2. Auflage, Wien, 1892. стр. 631 и фуснота 5.

уговор за понудиоца (као уосталом и за понуђеног) не може бити бесплатан. Понуда у *Common Law-y* може да се дефинише, као обећање, јер је елемент обећања садржан у свакој понуди. У европским правима, због случајева, истина ретких, у којима понуда представља пуко тражење (на пример поклона) неопходно је изградити виши, општији појам и понуду дефинисати као предлог за закључење уговора. Као што се може видети, разлика у поимању понуде има основ у различитом схватању уговора у *Common Law-y* и у европским правима.

Dr Miodrag Orlić
Professor at the Faculty of Law in Belgrade

THE SENSE OF OFFER IN EUROPEAN CONTINENTAL AND ANGLO-SAXON LAWS

Summary

Dissimilar determination of the notion of offer in the English law as contrasted to European continental laws is rooted in the different conception of contract. The notion of contract in English law, namely, is considerably narrower, since it includes, in principle, only those legal transactions which, in terms of our law, are represented by bilaterally binding contracts. This is why in English law the offer is defined as a promise, while in the European — as a proposal for entering into contract. These differences in defining of notions, however, are not insurmountable, since mentioned notions may be conceived as concentric circles, where the promise represents the narrow and the proposal — a wider circle. The relationship determined like this is illustrated by an analysis of connection between the proposal for entering into contract and the promise, according to the European meaning of offer.

After analyzing the relationship between the proposal and offer in terms of the concluding bilaterally binding and unilaterally binding contracts (firstly those whose conclusion is suggested by the future debtor, and then those unilaterally binding whose conclusion is proposed by the future creditor), one may conclude that the differences between the notion of offer in the common law and in the European continental laws are not that great as it would seem at first sight. In the European continental laws, too, the offer in most cases has as its substance the very promise of the future debtor. However, due to the existence of unilaterally binding contracts, the offer in European laws can not be reduced to the promise. In these contracts, namely, it has the character of a promise only after being initiated by the future

debtor. Should the future creditor offer the conclusion of a contract, such an offer is not a promise but only a proposal.

Key words: *Offer. — European continental laws. — Anglo-Saxon law. — Notion of offer. — Comparative analysis.*

dr Miodrag Orlić
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE SENS DE L'OFFRE DANS LE DROIT EUROPEEN ET ANGLO-SAXON

Résumé

La différence dans la notion de l'offre dans le droit anglais par rapport aux droits européens, trouve ses racines dans la différente conception du contrat. En effet, la notion de contrat dans le droit anglais est plus étroite, car elle n'englobe, en principe, que les actes juridiques qui représentent des contrats synallagmatiques. D'où, dans le droit anglais, la définition de l'offre en tant que promesse, et dans le droit européen en tant que proposition de conclusion d'un contrat. Cependant, ces différences dans la définition des notions ne sont pas irréconciliables — les notions mentionnées peuvent en effet être considérées comme des cercles concentriques, la promesse désignant le cercle intérieur et la proposition le cercle extérieur. Le rapport ainsi défini est illustré par l'analyse du rapport entre proposition pour la conclusion du contrat et la promesse du point de vue de la conception européenne de l'offre.

Après l'analyse du rapport entre la proposition et la promesse du point de vue de la conclusion des contrats bilatéraux et unilatéraux (d'abord de ceux dont la conclusion est proposée par le futur débiteur, et puis des contrats unilatéraux dont la conclusion est proposée par le futur créancier) l'auteur conclut que les différences entre les notions d'offre dans le Commun Law et dans les droits européens ne sont pas aussi importantes que cela semblait être le cas à première vue. Dans les droits européens également l'offre a en effet pour contenu, dans la plupart des cas, la promesse du futur débiteur. Cependant, du fait de l'existence des contrats unilatéraux dans les droits européens, l'offre ne peut être réduite à la seule promesse. Dans ces contrats elle n'a le caractère d'une promesse que lorsque elle provient du futur débiteur. Toutefois, si c'est le futur créancier qui propose la conclusion du contrat, une telle offre ne constitue pas une promesse, mais seulement une proposition.

Mots clés: *Offre. — Proposition. — Promesse. — Contrats bilatéraux. — Contrats unilatéraux.*

UDK 347.91/.95

др Весна Ракић-Водинелић
ванредни професор Правног факултета у Београду

ОБИЧНА ИНТЕРВЕНЦИЈА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
(упоредноправни преглед и југословенско право)

Предмет рада јесте анализа процесног положаја тзв. обичног интервенијента. Под обичном интервенцијом ваља подразумевати добровољно ступање у парницу трећег лица које има правног интереса за успех странке којој се придружује. Анализа законских решења у упоредном праву показује значајне разлике. Правна празнина у југословенском позитивном праву у погледу дејстава пресуде на треће лице (интервенцијско дејство) попуњава се аналогијом са решењима из немачког закона о грађанском поступку. Нема места ванредном правном леку трећег лица којим би се тражило отклањање дејства пресуде према њему.

Кључне речи: *Интервенција. — Обични добровољни интервенијенти. — Интервенцијско дејство пресуде.*

Улога трећег лица у парничном поступку, процесноправни односи који настају услед његовог учешћа у парници, материјалноправна веза за коју се тврди да постоји између трећег и једне од парничних странака, не само да су теоријски занимљива и умногоме тешко решива питања, већ се, упоредноправно посматрано, одликују посебном разноврсношћу законског уређења и доктринарног (као и судског) тумачења. Но, упркос тој разноликости, заједничка је одлика трећег који суделује у туђој парници, његов *правни интерес*, који се у конкретном практичном ефекту одређује као заинтересованост за успех једпе од парничних странака, јер њен неуспех редовно резултира негативним утицајем за правну сферу трећег лица. Правне празнине југословенског позитивног права поводом интервенције у парницу, изражене посебно у недостатку општих правила о тзв. интервенцијском дејству пресуде, попуњавају се имплицитном аналогијом са неким иностраним правима, а не посебним креативним напором судске праксе. Како треба тумачити основне услове за интервенцију трећег лица и последице његовог учешћа у парници или изостанка? Због постојања правних

празнина, одговор се може дати анализом решења на ширем компаративном плану. То је основни задатак овог текста. А, централни предмет јесте тзв обични (или, споредни) умешач. Наиме, израз *мешање (интервенција) у парницу* нема исто значење у свим правним системима. Чак и у оквиру истог правног поретка, овај израз служи за означавање различитих процесних института (1). Израз обично (споредно мешање), а тако исто и: обични (споредни) умешач, овде треба схватити у смислу добровољног ступања трећег лица у парницу која тече између оригинерних парничних странака, при чему трећи, у текућој парници не истиче самостални захтев ни према једној странци, већ се само, као помоћник, придружује једној од њих, зато што има правног интереса за њен успех.

I. ПОЈАМ

Појам умешача се често не дефинише у законском тексту, него доктрина, руководећи се пре свега условима за допуштеност мешања, покушава да га одреди.

1. Француско право

Тешкоће дефинисања овог појма у француском праву у доброј мери потичу из непрецизне редакције основног услова за интервенцију: интервенција је допуштена само онда када је довољно повезана са претензијама (захтевима) странака (2). Оцена постојања „довољне повезаности" омогућује суду да допусти интервенцију трећег лица у разумним границама. Али, те границе нису прецизиране, тако да суд има широка, готово сасвим дискрециона овлашћења при одлучивању о допуштености интервенције (3). Доктринарни покушаји да се ближе одреди појам „довољне повезаности" интервенције трећег са захтевима парничних странака, своди се на ставове: интервенција је недопуштена ако прекорачује природне границе (без прецизирања шта оне значе) (4); интервенција је прихватљива и онда када може довести до одуговлачења поступка, али ће тад суд прво одлучити о главној ствари (али, ништа није речено како ће се поступити кад није могуће одлучити о главној ствари без узимања у обзир радњи интервенијента, а то је редовно

(1) Тако, Dika, *The Problem of Multiply Arbitration from the Standpoint of Yugoslav Law*, Hague — Zagreb, Essays 5, on the International Trade, стр. 136.

(2) Чл. 325 Code de procedure civile (CPC): „L'intervention n'est recevable que si elle rattache aux pretensions des parties par un lien suffisant".

(3) Тако, Blanc (avec la concours de Viatte), *Nouveau Code de procedure civile (commente dans l'ordre des articles)*, Paris, без ознаке године издања, (cit. Blanc-Viatte), стр. 237.

(4) *Ibid.*, стр. 237.

случај) (5); довољна веза постоји онда када бар једна парнична странка има такве правне интересе који би се могли тицати трећег лица (6).

2. Немачко право

Појам обичног интервенијента је дефинисан законом: онај ко има правног интереса за то да у текућој парници између других лица, једна од странака победи, може уз ту страпку ступити у поступак, у циљу њеног помагања (7). Због постајања законске дефиниције у немачкој литератури и јудикатури, основни напор усмерен је на ближе одређење правног интереса за интервенцију. Обично се иде на елиминацију интереса који се не сматрају правним или недовољно повезаним са очекиваним успехом помогнуте странке: за интервенцију није довољан само економски интерес (8); свој правни интерес треће лице мора изводити непосредно из успеха помогнуте странке (9). Спорно је да ли *јавни* интерес оправдава интервенцију. Према једном гледишту, заснованом на пракси немачких судова, у случају да се у парници појави питање од јавног интереса, учешће трећег је допуштено, ако се без тога тај интерес не би могао заштити (10).

Да би се појам правног интереса конкретизовао у позитивном смислу речи, посеже се, редовно, за казуистичким приступом. Тако: сингуларни следбеник једне од парничних странака има правног интереса за учешће у парници, ако би се дејства правноснажности проширила на њега (11); овај интерес треће лице има и онда када би на страни помогнуте странке, услед њеног неуспеха у парници, настало право на накнаду штете према трећем (12); јавни бележник има правног интереса за учешће у парници која се води ради пуноважности уговора, закљученог између парничних странака, који је тај бележник оверио (13); трговац на велико има правног интереса за мешање у парницу која се води између купца робе и

(5) Тако, Larguier, *Procedure civile, droit judiciaire prive*, Paris, 1981, стр. 112.

(6) Уп. Marette, *Procedure civile et voies d'execution*, Paris, без озн. године изд., стр. 31.

(7) Уп. параграф 66, ст. 1 *Zivilprozessordnung*-а (ZPO).

(8) Тако, Arens, *Zivilprozessrecht*, Muenchen, 1988, стр. 300.

(9) Тако, Wieser, *Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten*, 1965, стр. 27.

(10) Уп. *Kommentar zur Zivilprozessordnung (Reihe Alternativ-Kommentare), Hrsg. R. Wassermann*, Neuvied und Darmstadt, 1987, стр. 182 (цит.: *Kommentar*). Супротно становиште, за аустријско право, уп. Најман, *Коментар грађанског парничног поступка* (превод: С. Грегорић), Београд, 1935, Књ. I, стр. 284.

(11) Arens, *op. cit.*, стр. 300; *Kommentar*, стр. 182, у коме се позива на одлуке *Bundesgerichtshof*-а (Врховног суда) Немачке.

(12) Arens, *op. cit.*, стр. 300.

(13) *Ibid.*, стр. 300.

његовог клијента; осигуравач има правног интереса у парници која се води између осигураника и оштећеног; један солидарни дужник има правног интереса да се меша у парницу која се води против другог солидарног дужника (14).

3 Аустријско право

Обични умешач је лице које има правног интереса да, у парници која тече међу другим лицима, једна од странака успе. Такође, то је свако кога посебни прописи овлашћују на интервенцију (уп. параграф 118 аустријског ZPO). Начин дефинисања правног интереса одликује се истим приступом као у Немачкој. Није, наиме довољно да интерес буде фактички, економски или морални (15). Али, интерес трећег не мора бити приватноправни (16). Интерес трећег треба да буде актуелан, а не само могућ, дакле, зависан од будућег неизвесног догађаја (17). Није довољно да правни интерес буде општи (18).

4. Швајцарско право

У погледу основног услова за интервенцију — правног интереса трећег — нема битних разлика између кантоналних процесних законодавстава и федералног извора. Будући да је интервенција неизбежно извор компликација у парничном поступку, она се може дозволити само ономе ко има непосредни правни интерес, који треба строго тумачити (19). Неки кантонални закони садрже дефиницију интервенције: треће лице може интервенисати само ако је то оправдано правним интересом за победу оне странке којој се придружује (20). Ближе одређивање појма правног интереса, попут стања у Немачкој, одликује се негативним дефинисањем: тј. одређује се који интереси нису правни. На пример: друштво за заштиту животиња не може интервенисати у парници која је покренута реивиндикационом тужбом ради враћања животиње; акционар не може интервенисати у парници у којој је странка акционарско друштво, само зато што би губитак парнице могао акционару проузроковати новчане губитке (21).

---

(14) Ови примери: *Kommentar*, стр. 182.

(15) Најман, *op. cit.*, 283.

(16) *Ibid.*, стр. 283.

(17) *Ibid.*, стр. 284.

(18) *Ibid.*, стр. 284.

(19) Habscheid, *Droit judiciaire privé Suisse*, Geneve, 1975, стр. 205.

(20) Чл. 4 новог Законика о грађанском поступку Кантона Швиц, од 25. X 1974. године.

(21) Тако, Habscheid, *op. cit.*, стр. 205.

Појединачни примери за позитивно конкретизовање правног интереса, који се наводе у литератури, а заснивају се на пракси судова, идентични су онима у Немачкој.

5. Енглеско право

Уз претходну напомену да интервенијент у англоамеричком моделу процедуре представља заправо странку (и одређује се као трећа странка — *third party*), те да се поступак који он иницира пријавом свог учешћа, сматра самосталним и одвојивим од текућег поступка, може се, ипак, тврдити да је основ његовог учешћа, правни интерес. Специфичност у односу на континентална европска права састоји се у следећем: тужени (не и тужилац) има овлашћење да укаже на треће лице, да тражи његову интервенцију, позивајући се на исти материјалноправни основ на коме је заснован тужбени захтев. Овај институт подсећа на интервенцију ради обезбеђења која постоји у француском праву, а у мањој мери на интервенцију ради заштите од евикције и на именовање претходника, у нашем праву. Дакле, интервенција, због правног односа тужиоца са трећим лицем, *није* предвиђена. Из овакве конструкције следи да трећи, пошто је позван да учествује у парници, може истаћи противзахтев (*counterclaim*) према туженом из текуће парнице, или, пак, може означити неко четврто лице и увући га у поступак (22). Али, будући да постоји материјалноправна веза само између *туженог* и трећег лица, тужилац не може издејствовати пресуду која би деловала између њега и трећег, нити, пак, трећи може истаћи противзахтев према тужиоцу (23).

6. Право САД

Интервенција се у америчком праву дефинише као институт који омогућава лицима без својства оригинерне странке, да постану странке, по сопственој иницијативи. На тај начин, треће лице може заштити своје интересе од могућих негативних дејстава пресуде (24). Исто као у енглеском праву, интервенијент има својство странке. У поступак се укључује управо зато да би постао странка, јер само ако има то својство може предузимати радње о којима се суд мора изјаснити (25).

---

(22) Уп. Poillot-Peruzzetto, *Guide pratique de la procedure civile Anglaise,* Paris, 1989, стр. 231.

(23) *Ibid.*, стр. 231.

(24) James — Hazard, *Civil Procedure*, Boston-Toronto, 1977, стр. 511, 512.

(25) Интервенција у америчком праву има своје корене у поморским стварима, па чак и у подели на *equity* и *common law*. Али, те историјске основе су биле рудиментарне, резервисане само за случајеве у којима су одређене ствари или права биле стављене под старање суда. Данас је интервенција изричито уређена процесним законима држава-чланица и у *Federal Rules of Civil Procedure*.

Извори права о интервенцији у државама чланицама се разликују. У начелу, треће лице може интервенисати ако има какав правни интерес у погледу предмета спора, или ако има правни интерес за успех једне од странака или ако има какво право које може истаћи против обеју странака (26). Али овакви услови за интервенцију, важе само у оним државама-чланицама које имају либерално процесно законодавство (27). У законима држава-чланица које теже да ограниче могућност интервенције, ова је допуштена само онда кад треће лице има самосталан захтев у односу на право које је предмет поступка. (28)

Према *Federal Rules* (Правило 24), обична интервенција је допуштена онда: (1) кад неки федерални закон изричито предвиђа безусловно право на интервенцију и (2) кад треће лице тврди да има какав интерес који се тиче права или правног посла (а ови су предмет спора), при чему је тај интерес такав, да га располагања странака у парници могу повредити, или могу спречити његову заштиту. Али, у случају интервенције описаном у тач. (2), мешање трећег је допуштено само под условом да његов интерес није већ адекватно заступан од оригинерних парничних странака. Ова два вида интервенције називају се интервенција на основу закона и интервенција на основу правног интереса (29). У пракси федералних судова, услови за интервенцију на основу правног интереса се прилично широко тумаче (30).

Интервенијент не мора имати самостални правни основ за надлежност федералног суда: поступак поводом пријаве учешћа трећег је акцесоран и долази до атракције надлежности.

7. Југословенско право

Обична интервенција је законски дефинисана у југословенском праву: лице које има правни интерес да у парници која тече

---

(26) Тако су редиговани услови за интервенцију у параграфу 387 Code of Civil Процедуре државе Калифорнија.

(27) Ово је оцена James-Hazard-a, *op. cit.*, стр. 512.

(28) *Ibid.*, стр. 512.

(29) Према изворном тексту *Federal Rules*, из 1938. године, интервенција на основу интереса била је редигована овако: „Кад је заступање интереса трећег лица од стране постојећих странака било или могло бити неадекватно, па је треће лице везано или би могло бити везано пресудом, или када би треће лице могло бити оштећено располагањем правом....". Ова формулација је квалификована у теорији и пракси као „Квака-22", јер је треће лице морало доказати да би могло бити везано пресудом, а та везаност би имала да резултира из његовог неадекватног заступања, при чему трећи такође мора доказати да је био неадекватно заступан, па се стално врти у круг. Зато је одредба радикално промењена 1966. године. О тумачењу изворног текста и тешкоћама које је изазивао у пракси, уп. исцрпно, James-Hazard, *op,. cit.*, стр. 513.

(30) Уп. примере из праксе, код: James-Hazard, *op. cit.*, стр. 514.

међу другим лицима, једна од странака успе, може се придружити тој странци (чл. 206 ст. 1 ЗПП). Као што се види, појам је одређен готово идентично као у немачком ZPO — параграф 66 ст. 1.

Правни интерес за победу једне странке у спору, у југословенској процесној теорији, једино *Познић* ближе одређује, дефинишући *типове* тог интереса. (1) Правни интерес трећег постоји онда када се правноснажност пресуде проширује на њега (31). (2) Треће лице има правног интереса за суделовање у парници онда када, у случају неуспеха странке, у њену корист настаје регресно право према трећем. (32) (3) Треће лице има правног интереса за мешање зато што у његову корист може настати право на накнаду штете према странци ако ова изгуби спор. (33) Ова класификација на неколико типова правног интереса, као што се види, изведена је на основу критеријума процесноправних последица које наступају правноснажношћу пресуде донесене у текућој парници. За своју подлогу, она има апализу случајева материјалноправне повезаности једне од странака са трећим лицем, случајева које одређује југословенско материјално грађанско право. За разлику од осталих аутора, *Познић* не посеже за елиминацијом интереса који нису правни, као за полазном премисом, јер ова елиминација не може довести до прецизног позитивног одређења правног интереса. Такође, тиме је избегнут казуистички приступ. Ако би се употребиле теоријске формуле, *Познићева* класификација показује следећу слику: тип правног интереса означен у тач. (1) постоји ако треће лице треба да утиче на садржину пресуде, јер га она непосредно везује; тип у тач. (2) — правни интерес трећег постоји зато што ће, у случају да помогнута странка успе, избећи да касније буде тужен; тип у тач. (3) — правни интерес трећег постоји зато што ће, ако помогнута странка успе, избећи да касније сам тужи. Ваља указати на следеће: у прва два типа правног интереса, губитак парнице на страни помогнуте странке има евидентне негативне консеквенце за треће лице (оно је непосредно везано пресудом тиме што се правноснажност на њега проширује, па може бити подвргнуто принудном извршењу; оно је посредно везано пресудом, зато што помогнута странка стиче према трећем одређено право које може реализовати у новој парници са добрим изгледима на

(31) Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1993, стр. 299, наводећи као пример лице на кога је у току парнице прешло спорно право.

(32) Познић, *op. cit.*, стр. 299, а као примере наводи: обавезу заштите купца од евикције; право цедента да се придружи цесионару у спору који је овај повео против дужника; право једног солидарног дужника да се придружи другом; радник који је грађанину проузроковао штету, може се придружити правном лицу које је тужено ради накнаде штете.

(33) Познић, *op. cit.*, стр. 300, а као пример наводи право комитента да се умеша на страни комисионара који је поднео тужбу ради исплате цене.

успех). У трећем случају, међутим, губитак парнице на страни помогнуте странке, за интервенијента рађа одређено право према тој странци. Да ли би ово значило да треће лице има заправо интерес да помогнута странка *не* успе (будући да њен неуспех значи стицање права на страни умешача)? Ако би се трећи тип правног интереса овако схватио, не би се уклопио у законску дефиницију појма обичног умешача, јер би указивао на неко самостално право трећег лица према помогнутој странци. Али, ако се неуспех странке схвати тако да треће лице, стекавши одређено право према помогнутој странци, мора да сноси терет нове парнице коју ће према тој странци покренути, и овај тип правног интереса би се могао уклопити у законску дефиницију обичне интервенције.

Остали угледни југословенски аутори не посежу за типологијом правног интереса трећег, него прихватају манир немачких аутора, начелно одређујући овај интерес негативном формулацијом, тј. као онај који се не сме тицати само економске, моралне, емотивне или неке друге интересне сфере трећег лица, која није правна. (34) Такође, у конкретизацији правног интереса, углавном се посеже за казуистиком, а не за типологијом, какву је формулисао *Познић*. (35)

II. ВРСТЕ

Иако је предмет овог прегледа обична добровољна интервенција трећег лица у текућу парницу, ипак је, због разумевања стварног и процесног положаја трећег и дејстава пресуде према њему, нужно представити основне врсте интервенције у упоредном и југословенском праву. Са тог становишта, ваља издвојити две класификације: с обзиром на значај воље трећег лица за интервенцију:

(34) На пример: Трива-Белајец-Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1986, стр. 367, подвлаче да постојање неправног интереса, као економског, друштвеног, емотивног, није довољно за интервенцију. Слично, Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, Београд, 1936, стр. 350, 351; Горшић, *Коментар грађанског парничног поступка* I, Београд, 1933, стр. 428, наглашава да само правни интерес има значај тзв. *интервенцијског интереса*; овај мора бити егзистентан, а не очекивани, а може бити не само грађанскоправни, већ и породичноправни, али и јавноправни, нпр., кривичноправни, те се приметно руководи аустријском праксом и Најмановим *Коментаром*.

(35) Уп. примере код: Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 367; Zuglia, *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, Загреб, 1957, стр. 389, 399 изричито вели да правни интерес трећег постоји само онда кад од успеха помогнуте странке зависи постојање или остварење каквог његовог права, уз навођење уобичајених примера за илустрацију; Горшић, *op. cit.*, стр. 428 конкретизује правни интерес тако што налази да се он мора односити на исход парнице у којој суделује помогнута странка, тј. да није довољан интерес трећег лица само за извођење доказа или за предузимање појединих радњи.

на *добровољну* и *принудну интервенцију*; и с обзиром на процесна својства интервенијента: на интервенијента који постаје *странка* и оног који остаје *треће лице*.

1. Добровољна и принудна интервенција

Подела на добровољну и принудну интервенцију у *француском* праву је законска. Услови за добровољну интервенцију уређени су у чл. 328–330 ЗПС. Према чл. 330 ст. 2 ЗПС, добровољна споредна (обична) интервенција је допуштена ако интервенијент има интереса за очување својих права тако што ће помагати једној од странака у текућем спору. Циљ са којим се предузима добровољна интервенција лежи у одступању од општег правила о релативном дејству пресуде (само према странкама). Треће лице коме прети проширење правноснажности има правног интереса да превенира негативна дејства правноснажности и зато се добровољно, спонтано меша у текућу парницу. (36) Добровољност (или спонтаност) интервенције, постоји онда када се трећи меша у парницу по сопственој иницијативи, а не на позив. (37) Изостајање добровољне интервенције, иако су за њу били испуњени услови, не ствара за треће лице тако озбиљне процесне последице, као изостанак принудне интервенције. Треће лице које није добровољно интервенисало може, под условима одређеним законом, изјавити посебан ванредни правни лек — приговор трећег.

Принудна интервенција (*intervention forcée*) се врши на позив било које од парничних странака или на позив суда (чл. 331 и 332 ЗПС). Странка позива треће лице да јој се придружи онда када за то има правног интереса, довољно повезаног са главном ствари (чл. 331 ст. 1 ЗПС) и онда када треба донети пресуду која би била заједничка за помогнуту странку и за треће лице (чл. 331 ст. 2 ЗПС). Суд може тражити од странака да позову треће лице да интервенише, ако сматра да је учешће трећег неопходно за решење спора (чл. 332 ст. 1 ЗПС). Али, у ванпарничном поступку, суд је овлашћен да сам, непосредно позове трећег на интервенцију, ако одлука коју треба донети може дирати у права или интересе трећег (чл. 332 ст. 2 ЗПС). Интервенција ради обезбеђења (*appel en garantie*) је један вид принудне интервенције у француском праву (чл. 334–338), с тим што је трећи који интервенише ради обезбеђења увек самостална странка.

У случају да су били испуњени услови за принудну интервенцију, али се треће лице није активно умешало у парницу, губи право да поднесе приговор (*tièrce opposition*), за разлику од трећег који би, да је интервенисао, био добровољни интервенијент.

(36) Arguier, *op. cit.*, стр. 112.

(37) Couchez, *Procedure civile*, Paris, 1984., стр. 245.

Поред главне интервенције (која је иста као у југословенском праву), *немачки* ZPO, познаје још три врсте: споредну (обичну) интервенцију (параграф 66); супарничарску интервенцију (параграф 69) и интервенцију претендованог повериоца (*Glaubigerstreit, Pratendententenstreit* — параграф 75). У овом последњем случају ради се о парници коју је покренуло лице које тврди да је поверилац, против дужника. Међутим, ако тужени (дужник) о овој парници обавести треће лице које претендује на утужено потраживање и положи износ потраживања, ослобађа се улоге туженог, а на његово место ступа претендовани поверилац. Положени износ досуђује се оном повериоцу који успе у парници. (38) Али, ступање претендованог повериоца, не везује се за стање у коме се парница налази у том моменту: узима се да иступањем туженог дужника из парнице, почиње тећи нова парница између првобитног тужиоца и претендованог повериоца (као новог туженог). (39) Оно што остаје нејасно у оваквој законској редакцији — јесте садржина тужбеног захтева. Првобитно стављени тужбени захтев гласи на обвезивање дужника да врати дуг, али у ситуацији када се уместо дужника, као тужени јавља претендовани поверилац, захтев, по природи ствари више не може бити исти, већ декларативни. Но, оно што ваља посебно подвући јесте околност да треће лице, у случају иступања туженог из парнице под описаним условима, задобија положај странке (туженог) независно, па и против његове воље, дакле, *принудно*, иако се у немачкој литератури овај израз не користи. Зато се и може говорити о принудној интервенцији у случају мешања претендованог повериоца на позив туженог дужника.

Као што је већ речено, интервенција трећег у енглеском праву, има смисао принудне интервенције, јер само одазивањем на позив странке, трећи може себе заштити од негативних дејстава правноснажне пресуде. Интервенција за основу закона у америчком праву, сматра се принудном, а о интервенцији на основу правног интереса, мишљења су подељена.

2. Интервенијент као странка или као треће лице

Већ је речено да у енглеском и америчком праву, треће лице, интервенцијом у парницу, стиче својство странке . У енглеском праву, његов захтев има карактер противтужбе усмерене према оригинерном туженом. У америчком праву, његов захтев је усмерен према једној или обема странкама. Смисао признавања интервенијенту својства странке у овим правима лежи углавном у томе што се дејства правноснажности, лакше него у континенталним

(38) *Kommentar*, стр. 189.

(39) *Ibid.*, стр. 189.

правима, могу проширити на трећа лица. Зато положај интервенијента у првостепеном поступку треба учинити моћним — тј. снабдети га таквим овлашћењима којима може битно утицати на садржину пресуде

Континентална европска права, поготово она која попут немачког, аустријског, швајцарског (у неким кантонима) и југословенског дејства пресуде везују по правилу за странке, постављају релативно чврсту границу између парничног и ванпарничног поступка и чине позитивноправно разликовање између парнице и поступка, разликују интервенцију која трећем даје својство странке, од оне у којој трећи ово својство нема.

У *француском* праву добровољна интервенција може бити главна и споредна (акцесорна). Интервенција је главна онда када се истиче самостални захтев у корист интервенијента. Дакле, у основи, слична југословенској главној интервенцији, иако нешто шире одређена. Главни интервенијент, истичући свој захтев, стиче својство парничне странке (тужиоца). Такође, у француском праву, и треће лице које интервенише ради обезбеђења, има својство странке (чл. 335 CPC).

Ван случаја главног мешања, у *немачком* праву, својство парничне странке има претендовани поверилац, кад га дужник позове на интервенцију и положи износ дуга. Обични интервенијент није странка, него треће лице, што недвосмислено произилази из овлашћења која му закон признаје.

Оно што је, као заједничко, неизвесно у *немачком, југословенском и аустријском* праву, јесте процесно својство интервенијента са положајем супарничара. Претходно, ваља скренути пажњу на разлике које постоје између немачког текста, на једној, и југословенског и аустријског, на другој страни.

Према параграфу 69 *немачког* ZPO: у случају да по прописима (материјалног) грађанског права, правноснажност пресуде има дејство на обичног интервенијента, тада се овај сматра супарничарем главне странке у смислу параграфа 61 ZPO. А, у параграфу 61 нема фикције по којој би се сви супарничари сматрали као једна парнична странка. Дакле, прва разлика у односу на југословенско право састоји се у томе што је за посебан статус оваквог интервенијента довољно да има положај супарничара који је јединствени, али без поменуте фикције. Друга разлика је наизглед редакцијска, али изузетно значајна. У тексту параграфа 69 ZPO изричито стоји да се, у наведеним околностима, споредни умешач сматра супарничарем (важи као супарничар — *gilt der Nebenintervenient....als Streitgenosse*). Да ли оваква редакција значи да се положај овог интервенијента у свему изједначава са положајем простог супарничара,

дакле, парничне странке? У судској пракси влада став да он *није* странка, те да зато не може признати захтев противника, нити се захтева странке којој се придружује, може одрећи. (40)

Текст параграфа 121 *аустријског* ZPO и чл. 209 *југословенског* ЗПП су слични — ако правно дејство пресуде треба да се односи на интервенијента, он има положај јединственог супарничара. Да ли треће лице које испуњава ове услове, интервенцијом стиче својство странке, или, пак, остаје треће лице? У југословенској савременој теорији, мишљења су подељена. Иако интервенијент са положајем јединственог супарничара има шира овлашћења него обични (блиска онима које има јединствени супарничар), он није странка, он не може предузимати диспозитивне парничне радње (не може, на пример, повући тужбу). У закону је речено само то да он *има положај* странке. (41) Супротно: с обзиром на то да се дејства пресуде односе непосредно на оваквог интервенијента, оправдано је да му се признају овлашћења која има странка у јединственом супарничарству, те оригинерна странка, заједно са оваквим супарничарем, представља једну парничну странку. (42) Елиминишимо околност да овакав интервенијент није тужбом означен као странка; такође, не држимо се дословно речи употребљених у ЗПП (...”има положај јединственог супарничара”). Да би се одредило стварно, а не само формално својство интервенијента са положајем јединственог супарничара, ваља, на првом месту, размотрити утицај његових радњи на странку којој се придружује. Тачно је да овакав интервенијепт не може повући тужбу, нити се одрећи тужбеног захтева и сл., ако се странка томе противи, или у истој процесној ситуацији, предузима радњу супротне садржине. Али, он то не би могао учинити ни да је од започињања парнице био оригинерна странка у формалном смислу речи, јер тек заједно са другим, чини једну парничну странку, јер, таква је конструкција јединственог супарничарства. Да је југословенски законодавац, уподобио оваквог интервенијента простом супарничару, он извесно, не би имао својство странке. Једина разлика између обичног интервенијента и овог тада би се састојала (као што се у немачком праву и састоји), у оцени услова за интервенцију, тј. олакшала би се оцена његовог правног интереса. У југословенском (и аустријском) праву, таквом интервенијенту се признаје положај јединственог супарничара. Заједно са помогнутом странком, он чини једну странку и зато стварно јесте странка, а не тек треће лице. Основни практични значај разликовања обичног умешача од овог посебног, дакле умешача који није парнична странка и оног који то јесте, састоји се у

(40) *Kommentar*, стр. 185.

(41) Тако, Познић, *op. cit.*, стр. 301, 302.

(42) Тако, Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 371.

дејствима пресуде: за првог важи посредно, интервенцијско дејство, а за другог, непосредно, исто оно које важи за сваку странку.

III. ДЕЈСТВА ПРЕСУДЕ

Ratio legis интервенције трећег лица лежи управо у томе да му се омогући утицај на садржину пресуде, јер ће га она, у извесној мери и обиму, везивати. Овакав *ratio legis* је у литератури мање-више неспоран. (43) Али, показало се да превентивна интервенција (она која претходи правноснажности пресуде у текућој парници) није увек довољна да спречи неповољне ефекте пресуде на умешача онда када су они незаслужени. Зато континентална европска права предвиђају интервенцију и *a posteriori*. Постоје два основна метода те интервенције: (1) приговор несавесног вођења спора (*ex. male conducti processus*), чијим се усвајањем делимично или у целости отклања интервенцијско дејство и (2) ванредни правни лек трећег лица, чије усвајање води делимичном или потпуном отклањању дејстава пресуде на треће лице.

1. Приговор несавесног вођења спора

Пресуда која се донесе између оригинерних странака делује и према интервенијенту, у парници коју накнадно поведе помогнута странка која је изгубила правноснажно окончану парницу, против интервенијента. Субјективне и објективне границе интервенцијског дејства нису сасвим извесне ни у оним правима које питање интервенцијског ефекта позитивноправно уређују.

(а) Поставља се питање да ли (и под којим условима) пресуда делује према трећем лицу које није имало својство интервенијента, иако су услови за интервенцију били испуњени. О овом питању, позитивни прописи (упоредноправно гледано), углавном ћуте. У литератури преовлађује став да дејство пресуде на треће лице које пре правноснажности није имало својство интервенијента зависи од тога да ли је оно *било позвано* (од странке, у нашем праву; од странке или суда у неким страним правима) да интервенише у парници и да ли се том позиву благовремено одазвало. Уколико је треће лице било обавештено о парници, али није интервенисало, пресуда ће у односу на њега имати интервенцијско дејство. И не само то — могућности за стављање приговора несавесног вођења

(43) Каже се, на пример, да интервенција не производи никакву стварну корист ако интервенијент на неки начин није везан пресудом (уп. Habscheid, *op. cit.*, стр. 206); правило о релативности правноснажно пресуђене ствари (везаност само странака пресудом) трпи значајне изузетке, јер правни поредак неминовно предвиђа проширење правноснажности на трећа лица у одређеним ситуацијама (Larguier, *op. cit.*, стр. 112), итд.

спора, ће бити радикално ограничене. (44) Од овог принципа, ипак постоји одступање: у случају да је трећe лице благовремено тражило интервенцију, али је суд ову неоправдано одбио, држећи да за њу нису испуњени услови, интервенцијско дејство се може отклонити ако се докаже да је интервенција неосновано ускраћена. Само ако се одсуство интервенције може приписати кривици трећег лица, наступа интервенцијско дејство, са битно суженим могућностима за његово отклањање.

(б) Пресуда има интервенцијски ефекат само на однос између *помогнуте странке* и *трећег лица*: она не делује на однос између противника помогнуте странке и трећег. Према томе, испољиће се само у поступку који се води између раније помогнуте странке и интервенијента (или трећег лица које је било обавештено о парници). Став је неспоран у немачкој, аустријској и југословенској литератури.

(в) Да ли се интервенцијско дејство може испољити само у *парници* између наведених субјеката, или евентуално и у извршном поступку? У хипотези да извршни поверилац (ранија помогнута странка) докаже да је потраживање прешло на њега, као и да је обавеза прешла на извршног дужника (интервенијент или треће лице обавештено о парници), суд може донети решење о извршењу против раније интервенијента. Овај би могао, у извршном поступку истаћи приговор несавесног вођења спора, само под условом да се ради о разлогу који спречава извршење, тј. о разлогу за приговор дужника против решења о извршењу из чл. 50 ЗИП.

(г) Да ли интервенцијско дејство има само пресуда која је донесена у парници у којој је трећи интервенисао или је требало да интервенише, или пак и судско поравнање којим се та парница правноснажно окончава? Према тумачењу Врховног суда Немачке, само пресуда, а не и поравнање, може деловати интервенцијски, јер поравнање нема исти онај ауторитет који се придаје пресуди, иако се и њиме парница правноснажно окончава. (45)

(д) Садржина интервенцијског дејства уређена је у неким страним правима. Према параграфу 68 *немачког* ZPO, основно правило о интервенцијском дејству гласи: споредни интервенијент не може према главној странци истицати да је у парници у којој је суделовао неправилно пресуђено. Али, може ставити приговор да је главна странка несавесно водила парницу, само онда када је интервенијент био спречен да предузме неку офанзивну или дефанзивну радњу, због стања у коме се парница налазила у моменту ступања у њу; или ако су офанзивне или дефанзивне радње које је

(44) Тако, Zuglia, *op. cit.*, стр. 498.

(45) *Kommentar*, стр. 184.

требало предузети, биле непознате интервенијенту, а главна странка их није предузела намерно или из крајње непажње. У погледу обима везаности интервенијента пресудом, упркос недостатку изричног текста, немачка пракса и теорија су, углавном, сагласне: пресуда везује интервенијента не само својим правним (материјалноправним) већ и чињеничним основом. (46)

Сами приговори несавесног вођења спора заснивају се на пропуштањима помогнуте странке или на томе да је странка предузела неадекватну радњу. У оба случаја, странка треба да сноси кривицу (намера или груба непажња). Ту се укључује и неблаговремено обавештавање трећег о парници.

Правило о садржини и границама интервенцијског дејства, као и о приговорима, садржи и чл. 51 *бернског (кантоналног) Законика о грађанском судском поступку*: „Интервенијент не може приговорити главној страници да је у парници неправилно пресуђено у односу на стање које је презентирано суду. Он може приговорити због начина вођења спора од стране главне странке, имајући у виду стање ствари у време његове интервенције и радње главне странке које су спречиле интервенијента да употреби нападна или одбрамбена средства, или зато што је главна странка намерно или из грубе непажње пропустила да предузме нападна или одбрамбена средства, која су интервенијенту била непозната". Редакцију треба схватити тако да суд, у новој парници, не може пресудити противно раније донесеној одлуци, сем кад усвоји приговор несавесног вођења спора. (47) Она се тумачи исто као у немачком праву.

Аустријски ZPO и југословенски ЗПП не садрже ни правила о интервенцијском дејству пресуде, ни о приговорима, а о начину попуњавања ове правне празнине у нашем праву, биће речи у даљем тексту.

2. Ванредни правни лек трећег лица

Овај метод за отклањање дејстава пресуде на треће лице представља значајан позитивноправни институт у француском праву и у правима која следе француске процесноправне традиције. Уређен је, доста детаљно, у чл. 582 — 592 француског ZPC.

Основно правило о овлашћењу на изјављивање овог ванредног правног лека, одређује да га може изјавити свако ко има правног интереса да се пресуда измени или укине, под условом да

(46) *Kommentar*, стр. 184. Ово становиште је прихваћено у домаћој литератури. Уп., Позинић, *op. cit.*, стр. 301, који наводи једну судску одлуку која то становиште прихвата; исто, Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 370.

(47) Тако, Habscheid, *op. cit.*, стр. 206, 207.

није био странка у поступку, нити представник странке (чл. 583 СРС). Посебна правила о допуштености приговора трећег важе за повериоца било које странке и за приговор трећег у ванпарничном поступку (чл. 583 ст. 2 и 3 СРС) (48). У пракси се појам правног интереса трећег за побијање пресуде широко тумачи: свако лице које има какав материјалноправни однос, повезан са оним о чему је пресуђено, може изјавити овај правни лек (подвлачим: не тражи се *довољна* повезаност). У пракси су, међутим, донекле спорна тумачења појма трећег лица. Да ли се трећим лицем може сматрати онај ко је био странка, па је (из било ког разлога) у току првостепеног поступка, иступио из парнице? У пракси преовлађује позитиван одговор, дакле и ово лице може изјавити правни лек (49). Посебне компликације изазива текст одредбе којим се ускраћује право на овај правни лек ономе ко је био *представник* странке (под овим се не подразумева заступник). Уколико је странка умрла у току поступка, а пресуда се ипак односи на њу, универзални сукцесор се не сматра представником странке, па може изјавити приговор.

Приговор се може изјавити против сваке правноснажне пресуде (чл. 585 СРС). Он је ремонстративни правни лек (чл. 589 СРС). Поводом њега, побијана пресуда се може укинути или изменити само у мери у којој се тиче правних интереса трећег лица.

3. Правна празнина у југословенском праву

Какво дејство има пресуда на треће лице које је било интервенијент у парници из које пресуда потиче (или је о њој било обавештено, али није интервенисало)? ЗПП о овом дејству нема никаквих правила. Извесна посебна правила са ограниченим процесноправним значајем, садржана су у чл. 509 и 511 Закона о облигационим односима (ЗОО). Та правила су, међутим, због њиховог посебног карактера, примењива само у случају да је у парници интервенисао (или био обавештен) продавац ствари, а парница се води против купца, ради предаје ствари, дакле, као последица обавеза на заштиту од евикције. Ове одредбе не садрже уопште никакво правило о дејствима правноснажне пресуде на треће лице, већ за свој предмет имају уређење обавезе купца да продавца обавести о парници која је против њега покренута (чл. 509 ЗПП) и ограничење приговора купца, који се без обавештавања продав-

(48) Допуштеност приговора трећег лица је знатно проширена у односу на стари текст СРС. Раније се приговор могао изјавити само онда кад су пресудом била *повређена* права трећег лица. Данас је довољан његов правни интерес. Међутим, и пре доношења новог СРС (1976), судови су шире него што је то законски текст омогућавао, допуштали подношење овог правног лека (уп. Blanc-Viatte, *op. cit.*, стр. 396).

(49) Уп. одлуке наведене код: Blanc-Viatte, *op. cit.*, стр. 396.

ца, упустио у спор и спор изгубио (чл. 511 ЗОО). Позитивних правила о интервенцијском дејству и приговорима против тог дејства, дакле, нема. Ипак, у југословенској судској пракси признато је и интервенцијско дејство пресуде и могућност његовог отклањања стављањем приговора несавесног вођења спора. (50) У делима неких југословенских аутора се изричито признаје да је за попуњавање ове правне празнине употребљено решење из параграфа 68 немачког ZPO. (51) У другима се, пак, излаже садржина немачког решења, без навођења извора, или се правила о интервенцијском дејству и приговорима, која се само могу наслутити из чл. 509 и 511 ЗОО проширују и конкретизују. (Ваља додати да је ситуација у аустријском праву иста као и код нас: ZPO такође не садржи правила о интервенцијском дејству и приговорима, па се примењују немачка решења).

Попуњавање правне празнине применом параграфа 68 немачког ZPO је оправдано, јер у погледу услова за обичну интервенцију и положаја обичног интервенијента у југословенском и немачком праву, нема готово никаквих разлика — не само у садржини законског текста, него ни у доктринарном тумачењу, које се углавном одликује прихватањем ставова који преовлађују у немачкој литератури. Оскудна пракса судова о овом питању је — изгледа — под утицајем угледних југословенских процесуалиста. Одиста, у југословенском праву је први модел отклањања интервенцијског дејства, стављањем приговора несавесног вођења спора примеренији од другог — ванредног правног лека трећег лица. Не само зато што постоји значајна разлика између југословенског и француског модела интервенције у парници, већ и зато што за ванредне правне лекове важи *numerus clausus*, тј. не би могли бити допуштени они који изричито нису прописани. И код нас, интервенијент може (под одређеним условима) изјавити ванредни правни лек, али он се сматра правним леком странке којој се обични интервенијент придружио. Остаје, зато, да се за сада примењују немачка правила о интервенцијском дејству и приговорима несавесног вођења спора. Али, као што је показано, та правила ни у земљи у којој су рецигована не решавају све проблеме и изазивају различита тумачења. Зато је потребно да југословенски законодавац ову правну празнину попуни. Тада би се могло размишљати и о увођењу посебног правног лека трећег лица.

---

(50) Уп. одлуке наведене код: Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 37; Познић, *op. cit.*, стр. 307.

(51) Тако, Трива-Белајец-Дика, *op. cit.*, стр. 370.

Dr Vesna Rakić-Vodinelić
Associate Professor at the Faculty of Law in Belgrade

SIMPLE INTERVENTION IN THE LITIGATION PROCEDURE

— Comparative Review and Yugoslav law —

Summary

The subject matter of the present contribution covers the review of a comparative law nature concerning the conditions for the simple intervention, the kinds of intervention, and the effects of the judgment regarding the simple intervening party.

The simple (secondary) intervening party implies a third person voluntarily taking part in a litigation after having an interest of his own in succeeding at the court of one of the litigant parties termed as principal (original) parties. In spite of differences regarding the requirements for the intervention by a third person, in terms of comparative law, one may still conclude that European continental laws and the Anglo-American laws recognize the right of intervention to a third person having a legal interest relating to a specific litigation, provided such interest emanates out of substantive-law connection between the third person and one or both of the original parties to the case. The basic difference between the European continental laws, on the one hand, and the Anglo-Americal laws, on the other, as far as reqirements for the intervention are concerned, consists, in the case of the former laws, in the fact that the third person should only have a legal interest which does not need to result into an independent claim aimed against one or both of the parties. In the Anglo-American model, however, an independent claim of the intervening third person is necessary. Therefore in the Anglo-American laws, the intervening party has the capacity of a litigant, so that his (her) participation creates a new litigation. On the other hand, according to the solution in the European continental laws, a simple and voluntary intervening party ordinarily does not have the capacity of a litigating party, namely, he (she) may have it only as an exception.

The *ratio legis* of the intervention discussed in the article relates to the need of a third person to influence the substance of the judgment, since it may bind him directly (after acquiring the capacity of a party, or after being a party), or it may bind him in an indirect way (so-called intervention effect). The binding character of a judgment regarding the intervening party is eliminated in the European continental laws by way of the two following methods: by an objection claiming unconscionable proceeding, and through an extraordinary legal remedy applied by the third person.

Yugoslav law does not contain norms covering the intervention effect of the judgment, and the objections claiming unconsionable proceeding in the litigation, so that this legal lacuna is eliminated by analogous application of the solution found in German positive law. The author considers that this is justified since the requirements for the simple intervention and the position of the simple intervening party are almost identical in both systems of law.

Key words: *Simple intervention. — Litigation procedure. — Effect of judgment on the third person. — Differences in approach in European continental and Anglo-American laws.*

dr Vesna Rakić-Vodinelić
professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

L'INTERVENTION ORDINAIRE DANS LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

Résumé

Dans l'article l'auteur passe en revue, du point de vue du droit comparatif, les conditions d'une intervention ordinaire, les types d'interventions, ainsi que les effets du jugement sur un intervenant ordinaire.

Sous le terme d'intervenant ordinaire (accessoire) on sous-entend un tiers qui de son propre gré entre dans un procès déjà engagé car il est juridiquement intéressé au succès d'une des parties originaires (principales) au procès. Malgré les différences qui existent quant aux conditions d'intervention d'un tiers dans le cadre du droit comparatif, on peut toutefois conclure que les droits européens continentaux et les droits anglo-saxons, reconnaissent le droit d'intervention à un tiers ayant un intérêt juridique dans l'objet concret du contentieux, intérêt juridique provenant de la liaison matérielle et juridique du tiers avec une ou les deux parties en procès. La différence principale entre les droits européens, d'une part, et les droits anglo-saxons, de l'autre, concernant les conditions d'intervention, réside dans le fait que d'après les premiers il suffit seulement que le tiers ait un intérêt juridique, lequel n'est même pas tenu de se traduire par une demande autonome dirigée vers l'une ou les deux parties. Dans le modèle anglo-saxon, par contre, l'intervenant doit faire une demande autonome pour intervenir au procès. Il en résulte que dans les droits anglo-saxons l'intervenant a qualité de partie et que sa participation engage un nouveau procès, alors que dans les droits européens continentaux un intervenant ordinaire volontaire n'a pas en principe qualité de partie, c'est-à-dire qu'il ne peut l'acquérir qu'exceptionnellement.

La *Ratio legis* d'une intervention consiste en général dans le besoin qu'a un tiers d'influer sur le contenu d'un jugement, car il pourrait se trouver directement lié par ce dernier (s'il acquérait ou s'il avait la qualité de partie), ou bien indirectement (effet d'intervention). Les droits européens continentaux connaissent deux méthodes pour éliminer le lien obligeant l'intervenant par le jugement: par une opposition s'appuyant sur le fait que le procès n'a pas été mené consciencieusement, et par voie de recours extraordinaire du tiers. Le droit yougoslave ne contient pas de normes juridiques sur l'effet du jugement d'intervention et sur les oppositions s'appuyant sur le fait qu'un procès n'a pas été consciencieusement mené, de sorte qu'on remédie à cette lacune juridique par l'emploi analogue de solutions reprises au droit positif allemand, ce qui peut être considéré comme justifié, puisque les conditions pour une intervention ordinaire et la position de l'intervenant ordinaire suivent le même modèle.

Mots clés: *Intervention. — Intervenant ordinaire volontaire. — Effet du jugement d'intervention.*

UDK 347.951.2

мр Горан Свилановић
асистент Правног факултета у Београду

О СМИСЛУ РАЗЛИКОВАЊА ФОРМАЛНЕ И МАТЕРИЈАЛНЕ ПРАВНОСНАЖНОСТИ

Аутор излаже схватања већине домаћих аутора, као и најважнијих аутора Аустрије, Немачке и Швајцарске, о разликовању правноснажности на формалну и материјалну. Мишљење већине о потреби овог разликовања упоређује са појединим ставовима који говоре у прилог потреби задржавања јединственог појма правноснажности. Анализирајући практичне последице прихватања једног од ових становишта, аутор покушава да покаже релативну несврсисходност задржавања оба ова термина у речнику Грађанског процесног права. У другом делу рада изложен је став о потреби разликовања две правне ситуације, једне која наступа с релативном непобојношћу правноснажне пресуде и друге која наступа са коначном непобојношћу пресуде.

Кључне речи: *Правноснажност. — Формална. — Материјална. — Релативна непобојност. — Коначна непобојност.*

Разликовање формалне и материјалне правноснажности било је, до скора, широко прихваћено у југословенској литератури. У њу је дошло из аустријске и немачке књижевности Грађанског процесног права, где је такво схватање и настало (1).

Према *Rosenberg* и *Schwab*, формална (или спољашња) правноснажност је неоспоривост (непобојност) судске одлуке. Она значи да је пресуда у својој изреци тачна и да више нема могућности за подношење жалбе. Ненападивост не претпоставља и непоновивост поступка и апсолутну неизменљивост, већ само неизменљивост у смислу услова за допуштеност приговора и жалбе, те других (редовних) правних лекова који би били подношени вишим судовима (2). Неоспоривост пресуде (редовним правним лековима) је само једна њена карактеристика, али је она истовремено и прет-

(1) Чини се да је највећи утицај на домаће ауторе, нарочито старије савременике имао Fasching, *Komentar zu dem Zivilprozessgesetzen*, III, 1966, као и Немац, Rosenberg, *Lehrbuch des deutchen Zivilprozessrecht*, 1960.

(2) Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 14. издање, Мшхен, 1986, стр. 964.

поставка и смисао њеног деловања, а то деловање је материјална (или унутрашња) правноснажност. Материјална правноснажност значи важење њене садржине. Она неће спречити поништај одлуке или њену измену, као што то чини формална правноснажност, већ она има за циљ само да спречи могућу опасност од доношења друге, супротне одлуке (3). Како је нова одлука могућа само у другом поступку, материјалном правноснажношћу је онемогућено ново расправљање и одлучивање о правноснажно већ утврђеној правној последици, и у том смислу су државни органи и странке правноснажном одлуком везани (4). Формална и материјална правноснажност су два посебна појма, који, међутим, стоје у нераздвојном односу: формална правноснажност је незаобилазни услов материјалне, али материјална правноснажност није обавезна последица формалне, јер нема свака одлука, за материјалну правноснажност подобно, утврђење (5).

Од значајнијих старијих аутора код нас, ово двојство прихватају *Ђорђевић* (6), *Zuglia* (7), *Аранђеловић* (8), затим *Благојевић*

---

(3) У том смислу материјална правноснажност има за сврху обезбеђење правне сигурности. Уп. Rosenberg-Schwab, *op. cit.*, стр. 970. Исто и Гаул, *Festschrift fuer Flume*, 1978, стр. 453.

(4) Rosenberg-Schwab, *op. cit.*, стр. 964.

(5) Rosenberg-Schwab, *op. cit.*,стр. 964, 965.

(6) Ђорђевић, *Теорија Грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију*, 1891. Формална правна снага судске одлуке значила би „да се ова не може више никаквим (бар редовним) правним средствима нападати (*sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest*)." Материјална правна снага односила се на сам садржај правноснажне пресуде и означава њен материјални утицај на сам правни однос. Формална правна снага је претпоставка материјалне; прва би спадала у процесно, друга у материјално право. Уп. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 489.

(7) Zuglia, *Грађански парнични поступак у Хрватској и Славонији* (предавања), 1928. По *Zugli*, судска решења која се не могу побијати редовним правним лековима, „постају на подручју дотичне парнице, у којој су донешена, непромијенљивим и због тога формално правомоћнима (...)". Код неких, нарочито мериторних осуда, ова решења показују и један даљњи ефекат, а то је да „постају неизмијенљива и обавезна за судове и странке не само на подручју дотичне парнице, него и у свим будућим парницама, које би се касније покренуле међу истим парничним странкама о истом предмету. Та се страна правомоћности често назива материјалном правомоћношћу." Уп. Zuglia, *op. cit.*, стр. 161. У каснијим радовима овај аутор одступа битно од својих ранијих поставки и настоји да превлада разликовање између формалне и материјалне правноснажности. Уп. Zuglia, *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, стр. 481–493.

(8) Аранђеловић, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, II, 1933. Формална правноснажност је „ненападљивост, непобојност" пресуде или закључка, редовним правним лековима, док се материјална правноснажност састоји у „везаности за садржај одлуке". Дејство материјалне правноснажности је двојако: у позитивном смислу она представља коначно утврђење да постоји један одређен правни положај, у негативном искључење поновног судског остваривања захтева за који је суд изрекао да му има или нема места. Уп. Аранђеловић, *op. cit.*, стр. 216–218.

(9), *Живановић* (10). Од старијих савременика, ово двојство прихватају и *Јухарт* (11), *Познић* (12), *Уде* (13), *Марковић* (14). У овој групи домаћих аутора издвајају се *Zuglia* и *Живановић*, као заговорници цивилистичке (материјалноправне) концепције правноснажности, за разлику од осталих, који се могу сврстати у заговорнике процесуалистичке концепције правноснажности. Ипак, сва ова схватања могу се поједностављено приказати, као разумевање формалне правноснажности као непобојности судске одлуке редовним правним лековима, а материјалне правноснажности, као дејства судске одлуке као правног акта у неком другом спору. Ту је мисао најјасније изразио *Познић* (15). Формална правноснажност

(9) *Благојевић, Начела приватног процесног права*, 1936. Смисао „перфектности" (формалне правноснажности) види у разграничењу између редовних (корективних) и ванредних (допунских) правних лекова. Уп. Благојевић, *ор. cit.*, стр. 405.

(10) Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, II, 1941. Материјално правни смисао правне снаге пресуде, њено дејство у материјалном праву, јесте својство или дејство одлуке, да за пресуђену ствар ствара право: res iudicata ius facit. У процесноправном смислу, правноснажност је својство пресуде да се не може побијати редовним правним лековима пред вишом инстанцом. Уп. Живановић, *ор. cit.*, стр. 152–154.

(11) Јухарт, *Цивилно процесно право ФНР Југославије*, 1961. Формалну правноснажност дефинише као непобојност, која припада одлукама без обзира на њихов садржај. Она је претпоставка материјалне правноснажности, која представља меродавност садржаја судске одлуке, а огледа се у везаности судова и странака за садржај судске одлуке. Уп. Јухарт, *ор. cit.*, стр. 445.

(12) Познић, *О објективним границама правноснажности грађанске пресуде*, 1952; исти, *Грађанско процесно право*, Београд, 1991.

(13) Уде, *Civilni pravdni postopek in samoupravni sodni postopek*, 1980. Правноснажност, с једне стране искључује даља редовна правна средства (то би била формална правноснажност), а с друге стране, подразумева везаност странака и суда за садржај судске одлуке и забрану поновног суђења у истој ствари, и то је материјална правноснажност. Разлика између формалне и материјалне правноснажности у традиционалном смислу показује се код неких ванпарничних одлука, нпр. код ограничења или одузимања пословне способности. Код ових одлука везаност за садржај није апсолутна, јер је могуће поновно одлучивање којим би се та везаност одстранила. Уп. Уде, *ор. cit.*, стр. 262, 263.

(14) Марковић, *Правноснажност*, Зборник Правног факултета у Нишу, 1977, 5–22, и 1978, 5–13. Формална правноснажност је својство пресуде, непобојност редовним правним леком. Дејство пресуде изван парнице у којој је изречена, а које се огледа у везаности судова (осим кривичних) и других државних органа за садржај пресуде, затим меродавност (ауторитативност неоспоривости о обавезности) њеног садржаја, представља материјалну правноснажност. Везаност се огледа у забрани поновног суђења у истој ствари, односно у дужности да се раније одлука која је од преудицијелног значаја за каснију, узме за подлогу касније. Циљ везаности је у спречавању доношења противречних пресуда. Уп. Марковић, *ор. cit.*, 1977, стр. 5, 6.

(15) У својој докторској дисертацији, Познић је изнео другачије становиште, у прилог потреби одређивања јединственог појма правноснажности, тј., насупрот подели на материјалну и формалну, као нетачној, с обзиром на то да се ради о „две стране једне исте појаве". Уп. Познић, *О објективним границама правноснажности пресуде*, Београд, 1952., необј., стр. 95. Касније, у свом системском делу, *Грађанско процесно право*, Београд, 1991, Познић износи ставове које овде цитирамо.

је својство судске одлуке да не може више бити нападнута редовним правним леком. Материјална правноснажност односи се на садржину одлуке и испољава се у њеном дејству као правног акта. Материјална правноснажност наступа (пресуда почиње да делује) наступањем формалне правноснажности према обема странкама. Материјална правноснажност састоји се у неоспоривости утврђења садржаног у пресуди. Пресуда има снагу законске истине, сваки суд њоме је везан и мора је узети у подлогу своје одлуке ако питање њоме решено има значај претходног питања за тај суд, односно не може поново одлучивати о ономе о чему је материјално правноснажном пресудом одлучено, као о предмету спора, јер се томе противи принцип *ne bis in idem* (16). При том, постоје значајне разлике у одређивању дејст(а)ва судске одлуке, тј. у одређивању обима појма материјалне правноснажности.

Другачије правноснажности пресуде приступа *Трива*. Он о правноснажности говори као једном стадијуму у дијалектичком расту правне снаге једне пресуде, од тренутка када је донета, до тренутка у којем постаје апсолутно неопозива (*irrevocable*) (17). Наступањем правноснажности чврстина пресуде добија нови правни квалитет. Он говори о правноснажности као о „сложеном квалитету судске одлуке", који се састоји у забрани поновног суђења о пресуђеној ствари (18), ауторитативном регулисању правних односа међу странкама (она је за њих закон), и у истинитости онога што се њоме потврђује или одређује. Разликовање формалне и материјалне правноснажности потпуно напушта 1983. године, и настоји да конструише јединствен појам правноснажности. Критикује схватање о непобојности пресуде као о формалној правноснажности, истичући да је непобојност услов за наступање правноснажности. То што је пресуда ненападива редовним правним лековима, још увек не значи да делује, већ се тиме само стварају услови да почне да делује. Почеће да делује када постане непобојна за обе странке (и то је тај стадијум који *Трива* назива правноснажност), да би њена правна снага расла и након тога, до тренутка у којем више не може бити оспоравана ни ванредним правним лековима, тј. до тренутка када постаје апсолутно неоспорива.

Могло би се приметити да, иако не користи термине формална и материјална правноснажност, он ипак говори о две правне ситуације: једној, која наступа непобојношћу пресуде за обе странке (19) и другој, коју одређује као апсолутну неоспоривост пресуде.

(16) Уп. Познић, *op. cit*, стр. 246–248.

(17) Трива, *Грађанско парнично процесно право*, 1983, стр. 488.

(18) Овим обухвата оно што се традиционално разуме као формална правноснажност. Уп. Трива, *op. cit.*, стр. 490.

(19) Јасно се опредељује за недељивост правноснажности, умесно критикујући становиште о подељеној правноснажности, аргументом, да ако би се оно прихватило, пресуда у којој је у потпуности усвојен тужбени захтев постала је формално правноснажна за тужиоца од часа њеног публиковања. Уп. Трива, *op. cit.*, стр. 490.

Дика настоји да конципира потпуно нови појам правноснажности. Он полази од критике овде изнетих схватања као традиционалистичких, којима замера прво, искључивост полазне премисе да је сврха правосудне делатности декларисање преегзистентних права. Прихватајући нормативистичку концепцију *Келсена*, и достигнућа опште теорије права, *Дика* полази од тога да је улога суда и да право креира, те да, дакле, пресуде немају примарно утврђујуће дејство, већ и конститутивно, суд ствара право. Судска одлука којом је створена норма је само она која је коначна и мериторна, а не и све друге. Општа и редовна способност такве судске одлуке (коначне и мериторне) јесте да производи правна дејства, да делује. Та способност судске одлуке да делује јесте њена правноснажност (20). Садржај овако одређене правноснажности чине она дејства која копачна мериторна одлука производи *ex lege* стекавши то својство, као и њен квалитет да може бити претпоставка даљих дејстава тог правног акта (нпр. извршности) (21). Правноснажна судска одлука делује тројако: као правно релевантна чињеница, као јавна исправа (доказно средство) и као индивидуална правна норма (22).

Савремена литература у земљама које су традиционално утицале на настанак и изглед југословенског грађанског поступка, није отишла ни корак од ставова изнесених крајем 19. и почетком 20. века. Бар судећи према најновијим издањима великих уџбеника и коментара Аустрије, Немачке и Швајцарске, који су нам доступни.

Fasching стоји на традиционалном становишту, да формална (спољашња) правноснажност судске одлуке значи њену непобојност у поступку у којем је донета. Формална правноснажност је нужна претпоставка материјалне правноснажности, јер ова (материјална) не може наступити без формалне. Обратно, међутим, не важи: није свака формално правноснажна пресуда способна за материјалну правноснажност (као пример наводи међупресуду о основаности захтева). Обавезност одлуке за суд који ју је донео, није у вези с наступањем формалне правноснажности. Материјална правноснажност је меродавност (ауторитативност, *massgeblichkeit*) одлуке, након чијег наступања је поновно расправљање о предмету спора искључено, којом су судови и странке везани. Материјална

(20) Ова је способност општа, јер све судске одлуке које су коначне и мериторне производе дејства стицањем ове способности (осим ако није нешто друго предвиђено). Она је редовна јер искуство показује да пресуде претежни део својих дејстава производе тек када ову способност (да делују, правноснажност) стекну. Уп. Дика, *О бити и границама правомоћности*, Загреб, 1991, стр. 276.

(21) Дика *op. cit.*, стр. 277.

(22) Дика, *op. cit.*, стр. 285.

правноснажност је делотворни процесни инструмент за обезбеђење правне сигурности и реда (23).

Новији аустријски аутори, следе *Faschinga*, те о формалној правноснажности пишу као о непобојности пресуде у парници у којој је донета, а која наступа након истека рокова за подношење редовних правних лекова, односно, након одлучивања о њима. Изричито наводе да формална правноснажност није никакво дејство пресуде (иако чл. 416 аустријског ЗПО говори о дејству одлуке на странке). Напротив, дејства пресуде које они уочавају су: утврђујуће (и њега идентификују са дејством материјалне правноснажности, *materielle Rechtskraftwirkung*), извршно, преображајно и чињенично дејство. Наглашавају да је формална правноснажност неопходна претпоставка за наступање материјалне правноснажности (утврђујућег дејства одлуке) и преображајног дејства, а да није неопходна за извршност. Значај материјалне правноснажности је у утврђујућем дејству одлуке. Сама материјална правноснажност, пак, има своја дејства и то два: забрану поновног суђења (*ne bis in idem*) и обавезност (24).

Gottwald на следећи начин објашњава исте појмове у немачком праву. Одлука донета у облику пресуде обавезује суд који ју је донео, али је странке могу оспоравати. Ако више нема правних лекова или су рокови за њих истекли, онда је та одлука по дефиницији из чл. 705 немачког ЗПО, формално правноснажна. Формална правноснажност претпоставка је да би пресуда обавезивала странке у даљем посупку. Материјална правноснажност значи да је садржина одлуке за странке као и за суд, као и за неки каснији спор о истом, важећа, обавезна. Материјална правноснажност спречава сваки нови спор о истом. Даља претпоставка материјалне правноснажности је коначност одлуке у поступку у којем је донета, тј. наступање формалне правноснажности по чл. 705 ЗПО. Док год одлука може бити оспорена неким правним леком странке, она нема унутрашњу обвезујућу снагу, па зато није ни материјално правноснажна. Формална правноснажност је услов за наступање материјалне, она је услов да би пресуда везивала неки суд у другој парници. Наступањем формалне правноснажнсти пресуда постаје непобојна (25).

---

(23) Fasching, *Lehrbuch des oesterreichischen Zivilprozessrechts*, Беч, 1990, RdNr 1493–1498. О материјалној правноснажности као о институту процесног права који обезбеђује правну сигурност уп. Oberhammer, *Richterliche Rechtsgestaltung und Richterliches Gehoer*, Juristische schriftenreihe, band 72, Беч, 1994, стр. 89.

(24) Rechberger-Simotta, *Grundriss des oesterreichischen Zivilprozessrecht*, Беч, 1994, RdNr 692–694.

(25) Gottwald и група аутора, *Muenchener Kommentar zur ZPO*, Минхен, 1992, чл. 322, RdNr 1, 17, 24 и чл. 705, RdNr 14.

Слично и *Arens-Luecke*. Из разлога правног мира и правне сигурности, мора сваки правни спор једном да буде окончан. О томе се стара формална правноснажност (или спољашња). Она наступа када једна пресуда постаје инстанционо (*in Instantenzug*) непобојна, тиме је тај процес окончан. Могућност понављања поступка на то нема утицаја. Материјална (унутрашња) правноснажност треба да онемогући да странке новим парницама обнављају спор који је окончан формално правноснажном одлуком. Материјална правноснажност значи везаност судова (не само оног који је одлучио) садржајем формално правноснажне пресуде. Материјална правноснажност има увек као своју претпоставку формалну правноснажност. Тачност пресуде више не може доћи у питање (26).

Thomas и *Putzo* у својем коментару не иду даље од већ реченог. Формална правноснажност је непобојност пресуде и она је услов за материјалну. Материјална правноснажност значи да је садржина пресуде меродавна за суд и странке (27).

Нешто је другачије формална правноснажност одређена у коментарима новијих аутора Немачке. Нпр., *Zimmerman* каже да материјална правноснажност наступа са формалном правноснажношћу и узрокује да садржина пресуде буде обавезујућа у каснијим поступцима (28). Формално правноснажна пресуда значи непобојност. Пресуда је формално правноснажна када више не може бити оспорена. Дејство формално правноснажне пресуде је у томе да је садржина формално правноснажне пресуде меродавна (ауторитативна), ако у неком каснијем поступку буде исто питање постављено. Та меродавност зове се материјална правноснажност (29). *Zoeller* говори о двоструком дејству формалне правноснажности, а то је извршност и неоспоривост (30).

Традиционално схватање обележава и литературу Швајцарске. Формална правноснажност значи да више нема могућности да се одлука оспорава редовним правним леком. Материјална правноснажност је обавезност пресуде у каснијим поступцима (31). Свака пресуда једном постаје правноснажна. То се догађа када више не може бити оспоравана редовним правним лековима, кантоналним или савезним. То се назива формална правноснажност. Од ње,

(26) Arens-Luecke, *Zivilprozessrecht*, Минхен, 1992, стр. 244, 246, RdNr 348, 351.

(27) Thomas-Putzo, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, Минхен, 1990, чл. 322, RdNr 1, и чл. 705, RdNr 1.

(28) Zimmerman, *Zivilprozessordnung*, Хајделберг, 1991, чл. 322, RdNr 2.

(29) Zeiss, *Zivilprozessrecht*, Тибинген, 1993, RdNr 554, 556.

(30) Zoeller, *Zivilprozessordnung*, Келн, 1991, чл. 705, RdNr 2–3.

(31) Walder-Bohner, *Zivilprozessrecht*, Цирих, 1983, стр. 79, 281.

Закон, пракса и теорија разликују материјалну правноснажност. Формална правноснажност значи да одређена пресуда не може више бити измењена у истом поступку. Она не говори ништа о томе може ли та пресуда бити измењена у неком другом поступку, као ни о томе да ли је судија у другом поступку везан овом пресудом или не. Такву једну обавезност да установи, задатак је материјалне правноснажности, коју, иако узрокована формалном правноснажношћу, треба од ње разликовати (32).

За нас је неспорна привлачност тезе коју је тек 1983. године изнео *Трива*, а коју налазимо код *Познића* (33) још у његовој докторској дисертацији, 1952. године, о потреби одређења јединственог појма правноснажности, односно о сувишности њеног разликовања на формалну и материјалну. Међутим, треба одговорити, који је то тренутак када је пресуда постала правноснажна и која су дејства наступања правноснажности (материјалноправна и процесноправна). Је ли то тренутак који називамо формална правноснажност или онај други, даљи, који традиционално називамо материјалном правноснажношћу? Или неки трећи?

Сва дејства која се правноснажној пресуди придају, она, по Закону, има већ од тренутка у којем је непобојна за редовне правне лекове. Она је већ тада закон за странке, већ тада су њоме обавезани и суд и странке, већ тада се не сме поново судити о истом. Отуда, чини се да су *Познић* (34) и *Трива* у праву када јединствени појам правноснажности везују управо за овај тренутак. Међутим, *Трива* тврди да је јасно да то још увек није највиши квалитет њене правне снаге. Дакле, правна снага пресуде је по њему динамичка категорија и иако једном наступа као правноснажност, она још увек нараста до једног новог момента. Ако смо претходни одредили као правноснажност, ваља пронаћи име и за тај каснији, други тренутак, у којем она постаје коначно неоспорива.

Иако има доста теоријских аргумената у прилог одређења првог, нижег нивоа правне снаге пресуде (тзв. формалне правноснажности), као правноснажности, има аргумената да се и о другом, каснијем тренутку говори као о правноснажности. Не само зато што су ванредни правни лекови још увек допуштени, већ и зато

(32) Habscheid, *Schweizerisches Zvilprozess — und Gerichtsorganisationsrecht*, Базел, 1990, стр. 269.

(33) Познић, *О објективним границама правноснажности грађанске пресуде*, Београд, 1952, необј., стр. 95: „И својство ненападљивости и дејство пресуде су обележја која једновремено наступају и не могу се једно без другога замислити. Али то су само два аспекта, две стране једне исте појаве. Нетачно је, према томе, говорити о формалној и материјалној , као о две врсте правоснажности."

(34) Познић, *op. cit.*, стр. 95: „И својство ненападљивости и дејство пресуде су обележја која једновремено наступају (...)."

што се у пракси неретко догађа да се извршење одлуке одлаже док не истекне рок за ревизију, или док се јавни (државни) тужилац не одлучи хоће ли или не улагати захтев за заштиту законитости. Међутим, то не утиче на остале видове њене обавезности. Дакле, могло би се приметити да пресуда у тренутку наступања правноснажности (формалне), понекада још није у животу, у пракси, (по ЗПП јесте) стекла сва својства која може и која се од ње очекују (и по Закону и треба да их стекне). Али, је ли то уопште битно за њену правну обавезност? Чини се да с обзиром да су противзаконита, та поступања до којих у пракси долази, постају и ирелевантна.

Правноснажност разумемо као једно својство судске одлуке (35), које стиче у тренутку који законодавац одреди (код нас је то тренутак у којем против ње више није могуће изјавити редовни правни лек). То својство састоји се у правној обавезности пресуде. Читајући Закон (чл. 333), ствари изгледају тако као да је последица непобојности правноснажност (36), а најважнија последица правноснажности је подобност такве судске одлуке да буде принудно извршена (уколико је кондемпаторна); правна обавезност њеног нормативног садржаја којим утврђује нова правила понашања странака (и када је кондемнаторна и када је декларативна и када је конститутивна), наступање промене правног статуса или правног односа која је њоме изречена (када је конститутивна). Кондемнаторна пресуда може бити (истеком парицијног рока) принудно извршена; декларативна пресуда може бити основ за друге правне претензије које из правноснажног утврђења правног односа могу проистицати (између осталих и право на повољну судску одлуку по кондемнаторној тужби након доспелости захтева); конститутивна пресуда постаје обавезна, не само за странке већ и за сва трећа лица (у статусним стварима, тј. увек када се може говорити о апсолутном, *erga omnes* дејству), и постаје основ за вршење неких права која проистичу из промењеног статуса странке (право на закључење другог брака).

Сва би се дејства правноснажне пресуде могла подвести под правну обавезност и из ње даље изводити. Нпр., пошто је одлука постала правноснажна, њоме прописано правило понашања постало је обавезна за суд који ју је донео, за странке и за сваки други суд. Обавезност правноснажне пресуде чини је истинитом а не њена унутрашња тачност (*res iudicata pro veritate habetur*). Њена обавезност даје правилу понашања за странке које је у њој садржано

(35) *Дика* га назива способност да правно делује.

(36) А у ствари сматрамо да је ствар обратна, последица наступања правне обавезности правноснажне пресуде, јесте и немогућност улагања правних лекова, осим изузетно, и тада су ти правни лекови ванредни, јер је пресуда већ правноснажна (правно обавезна).

карактер закона за странке (*res iudicata facit ius inter partes*). Обавезност те норме се противи новом суђењу о истом (*ne bis in idem*). Обавезност те норме захтева да је сви судови имају у виду као правно релеватну чињеницу (чињенично дејство). Обавезност њеног садржаја чини да су остали судови (у грађанском и управном, а не и у кривичном поступку) везани њоме када се спор њоме решен појави као претходно питање у неком другом поступку. Обавезност њеног садржаја омогућава интервенцијско дејство на умешача. Правна обавезност пресуде услов је и за друга посебна дејства пресуде, као и за њено материјалноправно деловање.

Правна обавезност се јавља у различитим видовима (у нашој и страној литератури познатим као извршност, чињенично дејство, негативни или позитивни аспект правноснажности, итд.). Ипак, та обавезност је на известан начин маљива. Наиме, још увек су допуштени ванредни правни лекови. Њихова несуспензивност последица је правне обавезности правноснажне пресуде. Ако ипак они буду успешно искоришћени, норма која је у пресуди садржана је или укинута или преиначена. У првом случају, више нема пресуде а ни норме, у другом случају, правна обавезност опстаје, јер постоји норма у пресуди садржана, али је садржина тог правила понашања измењена.

Неуспешна употреба ванредних правних лекова, или истек свих рокова за њихову употребу, правној обавезности правила понашања у пресуди садржаног, дају нови квалитет, а тај квалитет бисмо назвали коначна непобојност (обавезност). Има ли разлике између ње и претходно поменуте и претходно постојеће правне обавезности? Па има, у мери у којој има разлике између обориве и необориве претпоставке. Правна обавезност правноснажне пресуде постала је необорива. То међутим не умањује квалитет претходно постојеће правне обавезности правноснажне пресуде. Она није постала више обавезна него што је била. За све за које је она и до тада била обавезна, обавезна је и убудуће. Није се проширио круг лица њоме обавезаних. Није добила ниједно ново дејство које до тада није имала. Само је могућност измене тих дејстава у потпуности отпала. То је, међутим, не чини више обавезујућом него је до тада била. Нада у могућност измене правила у пресуди садржаног је отпала, али она је била и остала једнако правно обавезна.

Када упоредимо правноснажну пресуду са неправноснажном, питање је каква је разлика између њих. Неправноснажна пресуда (код нас редовно првостепена пресуда), разликује се од правноснажне управо у недостатку правне обавезности. Није њен спецификум у томе да је оспорива, већ да није правно обавезна. Она није правно обавезна, не зато што је оспорива (оспорива је ванредним правним лековима и правноснажна пресуда, па је ипак обавезна) већ зато што јој Закон не даје то својство. Дакле, правноснажност

наступа зато што је законодавцу (и странкама и суду) потребно да у једном тренутку спор сматра коначно и мериторно решеним, а све у циљу задовољења потребе за правном сигурношћу, за извесношћу односа који међу странкама постоје. Да би то постигао, законодавац (не арбитрерно, већ имајући у виду потребу равнотежног односа између задовољења принципа правне сигурности и принципа материјалне истине, те економичности поступка) дефинише један тренутак у коме наступа правна обавезност пресуде. Наступањем тог тренутка наступањем правне обавезности, пресуда је постала правноснажна. Постоји дакле привид да је тај тренутак превасходно одређен немогућношћу даљег подношења редовних правних лекова. Не, тај тренутак је одређен вољом законодавца. Он у изменама закона може ићи даље и један правни лек учинити од ванредног редовним или обратно (случај с ревизијом код нас). Оно што лекове чини редовним или ванредним није њихова унутрашња разлика (и редовни и ванредни могу бити и двострани и једнострани, могу бити и деволутивни и ретракциони) (37). Оно што их чини редовним или ванредним је само чињеница да ли се могу поднети пре или након наступања правне обавезности пресуде. Они сами по себи, својом природом, не утичу на наступање или ненаступање правне обавезности пресуде, те их разврставамо на ванредне или редовне само с обзиром на тренутак у којем могу бити поднети имајући у виду временски развој поступка. (38)

Који је, ипак, значај коришћења термина формална правноснажност и материјална правноснажност? Да ли има практичних последица с обзиром на то хоће ли се прихватити став о подели правноснажности на формалну и материјалну или не? Нама се чини да практичних последица прихватања једног од овде изнетих ставова нема. Неспорно је да постоје две процесноправне ситуације и да би биле боље уочене и схваћене све њихове консеквенце, потребно их је и терминолошки разликовати. Отуда се терминологија која се традиционално користи у смислу потребе за разликовањем јавља као сврсисходна. Њен је смисао и педагошки и систематизацијски (39). Њихова језичка непогодност (јер се те две ситуације

(37) Када одлучује о тим њиховим карактеристикама законодавац се руководи потребом организовања кохерентног правног поретка а не специфичностима које правни лекови морају имати или већ имају по свом појму (суштини). Наравно, при томе има увек у виду искуства у организацији система правних лекова код сличних правних поредака.

(38) Али та чињеница, да ли су допуштени пре или након правноснажности, утиче на начин на који ће конкретан правни лек бити организован, на услове допуштености, разлоге и поступак.

(39) Јер помажу бољем разликовању две различите правне ситуације у развоју правне снаге пресуде, које су карактерисане различитим правним последицама које изазивају једна и друга пресуда и јер олакшавају објашњење појмова редовни и ванредни правни лек и омогућавају прецизно дефинисање различитих фаза у развоју поступка.

уочавају као два степена правноснажности, или као две врсте правноснажности) створила је низ проблема у разумевању суштине правноснажности (40). Важно је, међутим, уочити, да, у ствари, нема два степена правноснажности, већ је само један. Пресуда је правноснажна (правно обавезна) или то није. Али процесноправно посматрано, може се још разликовати и да ли има могућности да та пресуда буде укинута или измењена ванредним правним леком или не. У том смислу се може само говорити о динамици у развоју правне снаге пресуде. Ми тај смисао видимо само као процесноправни, јер он даје одговор на питање даљих правних средстава против једне одлуке и на питање окончања поступка пред судом. Међутим, са становишта правне природе правне снаге пресуде (степена правне обавезности) нема разлике.

Пресуда која је у закону одређена као правноснажна, неоспорива је редовним правним лековима. Можемо је видети и као релативно непобојну (с обзиром да је још увек оспорива ванредним правним леком). Друга је процесна ситуација када та иста пресуда, једнако правно обавезна, постане и коначно непобојна, тј., непобојна било којим, па и ванредним правним леком. Од тога тренутка правна обавезност те пресуде је потпуно ван дискусије.

Имајући у виду број ванредних правних лекова којима једна грађанска пресуда може бити оспоравана, а нарочито имајући у виду веома благе услове за улагање најчешћег међу њима, ревизије (веома ниска вредност предмета спора као један од услова допуштености), може се с разлогом наглашавати потреба разликовања апсолутне и релативне непобојности. С обзиром да релативна непобојност, правноснажност, у условима једноставно испуњивих услова за ванредни правни лек, постаје веома „релативна", то у пракси, понекада, доводи до оклевања да се крене у извршење док год се не види шта ће бити са ревизијом, односно да ли ће јавни (државни) тужилац изјавити захтев за заштиту законитости. Правило понашања садржано у правноснажној пресуди која је оборива (ванредним правним лековима) постаје неделотворно у животу, практично, до оног тренутка док та пресуда не постане коначно непобојна. Отуда потреба за одржавањем двојства у динамици развоја правне снаге пресуде. Међутим, то двојство не чине формална и материјална правноснажност, већ побојност и непобојност правноснажне пресуде ванредним правним лековима. То, ипак, нису два вида правноснажности. Правноснажност је јединствена. Она наступа када то законодавац одреди, а то је код нас када пресуда више не може бити оспоравана редовним правним лековима. Суштина је правноснажности пресуде у правној обавезности, која се може јавити у различитим видовима.

(40) Али, претпоставка тим проблемима било је и разумевање сврхе правосудне делатности као искључиво декларативне.

Правноснажност није један стадијум у развоју правне снаге пресуде. Правноснажност је својство пресуде да је правно обавезна, а релативна и коначна непобојност су стадијуми у развоју (дијалектичком) њене правне снаге.

Mr Goran Svilanović
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

THE SENSE OF DISTINGUISHING BETWEEN FORMAL AND SUBSTANTIVE LEGAL VALIDITY

Summary

Distinguishing between the formal and substantive legal validity prevails both in the domestic civil procedure law literature and among the authors of Austria, Germany and Switzerland. This is a traditional standpoint. The author accepts the opinions expressed by various domestic authors regarding the inappropriateness of this dichotomy, as well as regarding the legal validity as an undivided phenomenon.

A judgment becomes full and valid according to lawmaker's determination. One of the consequences of the above is a relative incontestableness of the final decision (namely, incontestableness through regular legal remedies). The essence of the legal validity is in the obligatoriness, in terms of law, of the decision of the court, which is expressed in several different aspects, i.e. as the obligatoriness of the rules of conduct otherwise prescribed within it — for the parties and the courts, as a prohibition of another trial in the same matter, and the like. After the time limit has expired for lodging extraordinary legal remedies, namely after such remedies have failed after being lodged, the judgment becomes finally full and valid. In such a way a rule of conduct as expressed by the court decision becomes effective in practice (in real life).

However, the legal validity of a judgment, either relative or finally incontestable, does not lead to various degrees of legal obligatoriness, although sometimes it may look so in practice.

Key words: *Legal validity. — Formal and substantial.*

mr Goran Svilanović
assistant à la Faculté de droit de Belgrade

SUR LE SENS DE LA DISTINCTION ENTRE FORCE DE CHOSE JUGÉE FORMELLE ET MATÉRIELLE

Résumé

La pratique d'une distinction entre force de chose jugée formelle et force de chose jugée matérielle prédomine aussi bien dans la bibliographie des auteurs yougoslaves traitant du Droit de la procédure civile, que parmi les auteurs autrichiens, allemands et suisses les plus éminents. Il s'agit là d'un point de vue traditionaliste. Pour sa part, l'auteur partage les opinions de certains auteurs yougoslaves qui soulignent l'inopportunité de ce dualisme et les rejoint dans leur conception de la force de chose jugée en tant que phénomène unique.

Un jugement obtient force de chose jugée lorsque le législateur le prescrit. Une des conséquences en est l'irrévocabilité relative d'une décision ayant qualité de force de chose jugée (l'irrévocabilité par voies de recours ordinaires). L'essence de la force de chose jugée réside dans le caractère juridique obligatoire d'une décision judiciaire, laquelle apparaît sous différents aspects, en tant que caractère obligatoire des règles de comportement que cette décision prescrit pour les parties et pour les tribunaux, en tant qu'interdiction de la répétition du jugement, etc. A l'expiration du délai pour l'introduction des voies de recours extraordinaires, c'est-à-dire suite à leur rejet, le jugement devient définitivement irrévocable. Ainsi la règle de comportement exposée par le jugement devient vraiment effective dans la vie même.

Toutefois, la force de la chose jugée d'un jugement, que celui-ci soit relativement ou définitivement irrévocable, n'implique pas les différents degrés de son caractère juridiquement obligatoire, même si cela semble être parfois le cas dans la pratique.

Mots clés: *Force de chose jugée. — Formelle. — Matérielle. — Irrévocabilité relative. — Irrévocabilité définitive.*

UDK 347.23:342.5(497.1)

др Зоран Р. Томић
ванредни професор Правног факултета у Београду

О ДРЖАВНОЈ ИМОВИНИ И ДРЖАВНОЈ СВОЈИНИ У ПРАВУ СРЈ

— Нека запажања —

Потписник наилазећих редова је настојао да теоријски сагледа структуру државне имовине, посебно имовине Савезне Републике Југославије према овдашњем постојећем праву. Анализирао је уставни обим државне својине и (не)усклађеност Федералног система са Републичким (Србија) подсистемом, у томе погледу. Пружио је и основна обавештења о дефинисању јавног добра у садашњој француској доктрини, као и о елементима појма јавне ствари у данашњем немачком праву.

Кључне речи: *Државна имовина. — Државна својина. — Јавно добро. — Јавна ствар.*

„Litus publicum est eatenus,
qua maxime fluctus exaestuat"
(Iavolenus — D. 50, 16, 112)

„Обала је јавно добро до места
до кога најдаље допире талас".

I

1. Ово је само мали оглед, готово излет до руба управног права, у један његов специјални пасаж — у подручје које се укршта са грађанскоправном материјом: имовина — али *државна*, својина — а *државна, јавне ствари, јавно добро*...

Државна имовина и *државна својина* могу се претресати кроз релацију општег и посебног, као потцелина свеколике имовине, односно као одређени облик својинског присвајања. Но, исте појаве се могу изучавати и под јавноправним окриљем, из угла јавноправних овлашћења и ограничења, са становишта подлоге државног организационог апарата и његове делатности. У сваком случају, тематика државне имовине и државне својине, класификаторски тешко уклопљива, појављује се, по правилу, као некакав додатак

или засебан део било грађанскоправне, било управноправне области.

У нашим условима, нешто више у првој Југославији (1), касније понешто мање, што вреди и за раздобље тзв. државног социјализма — југословенска управноправна наука се реченим категоријама није подробније бавила (2). Савремена домаћа теорија управног права, бар она која се изражава у *систематским радовима, само местимично и узгред обрађује државну имовину и државну својину* (3). Наслућујем да већина управноправних писаца, у које и сâм спадам, налази да је разматрању државне имовине и државне својине место у *посебном*, а не општем управном праву — о којем, пак, новијих уџбеничких прилога на нашем простору за сада нема.

2. Предстојеће штиво намењено је, прво, елементарном *осврту на државну имовину* у важећем праву Савезне Републике Југославије — на појам и уже конститутивне групације, затим на њен предмет, особито *на опште теоријско одређење јавнога добра (јавне ствари)*. Поред тога, упутићу један кратак поглед на *поставке оквира државне својине* у Савезном уставу и Уставу Републике Србије (Устав Републике Црне Горе исто питање оставља по страни).

II

1. *Државну имовину* чине право својине и друга стварна права, као и остала имовинска права (права интелектуалне својине, на првоме месту) државе, укључујући и обавезе које падају на њен терет. Овде ће ова имовина бити анализирана само у смислу активе, не и њене пасиве.

2. Са гледишта свога предмета, државна имовина би се могла разделити на две потцелине: А) *државну јавну имовину* и Б) *држав-*

(1) В. на пример: Л. Костић, *Административно право Краљевине Југославије*, II, *Управна делатност*, Београд, 1936, стр. 321–350.

(2) Тако Н. Стјепановић (*Административно право ФНРЈ*, I-III, Београд, 1948) пропушта да посебно говори о државној имовини и државној својини тога времена. Супротно поступа И. Крбек (*Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, 1950, стр. 507–562: *„Државна имовина"*)

(3) Већу важност, премда сасвим на завршетку својих књига, придају јој: С Поповић — Б. Марковић — М. Петровић, *Управно право, општи део*, Београд, 1992, стр. 821–847 (*„Управно-правни односи у вези са друштвеном и приватном својином"*) — али, зачудо, у другом издању истога уџбеника (Београд, 1995) тај одломак је у целини изостављен; I. Borković, *Upravno pravo*, Zagreb, 1981, стр. 503–531 (*„Управно право с обзиром на ствари"*). Д. Милков (*Управно право, управна делатност*, Београд, 1988) и С. Лилић (*Управно право*, Београд, 1995) излажу од тзв. управног стварног права, једино лекцију о *„Управним ограничењима својине и других права грађана на добрима"* (стр. 294–310, код Милкова) и *„Управна ограничења својине"* (стр. 403–406, код Лилића).

ну приватну имовину. Тачка разграничења је у томе да ли се држава узима као јавноправно, или као приватноправно лице, што је повезано са сврхом односно наменом појединих скупова добара на која се права из састава те имовине односе.

А) *Државна јавна имовина* има за свој објект, у првоме реду, тзв. *јавна добра.* Најуже схваћено, јавно је свако оно добро које је по свом карактеру такво да нико није изузет од његовог потенцијалног коришћења. Традиционално, ту спадају *природна богатства* и *„добра у општој употреби" (res quae in publico uso habetur* — путеви, мостови, јавни тргови, паркови, јавне воде, канали...) (4). Она су *extra commercium* у приватноправном значењу, али могу бити пренесена са једног јавноправног субјекта на други, у смеру старања над њима. Укратко, ова јавна добра су предмет *опште јавне државне имовине.*

Од ње се раздваја *посебна — управна државна јавна имовина.* Њен објект су ствари које директно служе државном апарату, одређеном органу или организацији за њихово редовно и уредно функционисање (5). У склоп ствари на којима постоје права из управне јавне државне имовине улазе: управне зграде и пословне просторије, царински магацини, касарне и војни полигони, службена возила, намештај, канцеларијски материјал и сл. Овде је дакле реч о *посебним јавним добрима*, према њиховој намени и субјектима у чијим се рукама непосредно налазе, а не према доступности *erga omnes.*

Док се општа јавна имовина регулише чисто јавноправним нормама, дотле за управну јавну имовину вреди хибридан правни режим: делом јавне, делом приватноправне одредбе. Тако за општу јавну имовину важе нарочита правила о стицању и престанку својства јавности, управљању (одржавању), коришћењу, као и о ограничењима и правној заштити. Она спадају у корпус *специјалног управног права*, у његов одељак јавноправних норми с обзиром на ствари — управно стварно право (где су и модалитети јавноправног одузимања односно ограничења својине: национализација, конфискација, експропријација, комасација, арондација, реквизиција...) (6).

Бележим да је, примера ради и за углед, савремено становиште о *јавном добру* односно *јавном домену (domain public)* у *француском праву* знатно пространије у поређењу са класичним. У тамошњој науци се, наиме, наводе *три* кумулативне ознаке

(4) Berthélemy је појам јавног домена проширивао и на ствари које, с обзиром на своју намену, употребу или вредност имају општи значај (H. Berthélemy, *Traité elementaire de droit administratif*, Paris, 1908, стр. 404 и сл.).

(5) Погледати код Л. Костић, *op.cit.*, стр. 322. и сл.

(6) В. о томе код С. Поповић — Б. Марковић — М. Петровић, *op. cit.*, стр. 821. и сл.

јавних добара (les biens publics): (а) да нужно припадају држави или неком другом јавном телу (територијално децентрализованом колективитету или јавној установи) — *„appartient necesserment à une personne publique"* — чиме се устоличава ексклузивни титулар јавне својине над њом *(„le proprietaire du bien"* — *„La proprieté d'une personne publique"*; (б) да директно служе јавној (општој) употреби — или пак одређеној јавној служби, било по самој својој природи, било да су својом специјалном наменом подешена за постизање посебних циљева одговарајуће службе; (в) да су подвргнута нарочитом режиму управљања, тј. да су под засебним правним уређењем (7).

Другачије од описаног је гледиште о *јавним стварима (öffentliche Sachen)* у *немачком* правном систему. Немачка доктрина познаје углавном *четири* групе јавних ствари, према критеријуму профила њихове непосредне јавне сврхе: (а) оне у *општој* употреби (*Gemeingebrauch*); (б) у *нарочитој* употреби (*Sondergebrauch*); (в) јавне ствари које користе *установе* (*Anstaltsgebrauch*); (г) јавне ствари којима се служи *државна управа (Verwaltungsgebrauch)*.

Мало је њихових заједничких правила: махом око заснивања и окончања јавноправног статуса ствари и правних дејстава у односу на власника. При томе је успостављена могућност да *особеним управним актом* — *Widmung-ом*, извесна ствар у приватној својини добије својство јавне, што држави или другом јавном телу обезбеђује специфичну власт над њом *(Sachherrschaft)* (8).

Произилази да јавне ствари у немачком правничком контексту могу да буду, или искључиво објект неке јавне имовине (9) — или, истовремено, и приватне и јавне у одређеном сегменту (10).

---

(7) G. Dupius — M.-J. Guédon, *Institutions administratives,* Droit administratif, Paris, 1988, стр. 301–305, нар. 302; „Domaine public": „Domaine constitué par les biens qui sont affecté soit à l'usage du public soit à un service public et soumis en tant que tels à un régime juridique particulier" — G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, 1990, стр. 284. За детаљно упознавање препоручујем: Ch. Debbasch — J. Bourdon — J.-M. Pontier — J.-C. Ricci, *Institutions et droit administratifs, 3* — Biens, Expropriation, Travaux publics, Paris, 1980, стр. 123–201.

(8) О јавном стварном праву *(öffentliches Sachenrecht)* консултовати: J. Salzwendel in Erichsen — Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* Berlin — New York, 1988, стр. 479. и сл.; H. Faber, *Verwaltungsrecht,* Tübingen, 1992, стр. 368. и сл.; G. Köbler, *Juristisches Wörterbuch*, München, 1991, стр. 307–308.

(9) У литератури се износи пример да јавни путеви на територији Хамбурга припадају *(gehören)* том граду; исто вреди и код површинских вода „првога и другога реда" за Baden-Württenberg. Користи се (и) израз *„öffentliches Eigentum"* — *„јавна својина"* — разуме се, уз забрану располагања у грађанскоправном смислу *(J. Salzwedel, op. cit.,* стр. 480–481.)

(10) Примерице, класична овлашћења власника ствари („господара ствари") ограничена су њеном јавном сврхом, прецизније — предвиђеном *јавноправном службеношћу ствари (öffentliche Dienstbarkeit)*.

Према овој, *„дуалистичкој концепцији"*, немачко јавно стварно право оставља приватну имовину нетакнутом (?!): једино (*sic!?*) *јавноправна сврха* оптерећује приватну својину, чинећи од њеног предмета јавну ствар. Али, у случају колизије грађанских и јавних правила — јавна сврха избија у први план (тако, заштита добре вере односно савесности сопственика не бива примењена) (11).

Заиста, у једном *еластичном смислу, јавном* се може назвати свака ствар — без обзира ко је титулар права својине над њом — помоћу које се, уз меродавни правни благослов, *претендује на задовољење јавних потреба, на остварење јавних интереса.* Јасно је да тада појам јавног добра (јавне ствари) далеко премашује оквире предмета државне јавне имовине.

Б) Поред јавне имовине државе, може се говорити о њеној *приватној имовини.* Посреди су углавном ортодоксна грађанскоправна овлашћења државе као обичног правног лица, као *фискуса.* Отуда и назив — *„фискална имовина" (Finanzvermögen)* (12). Њен објект су одређена земљишта, рудници, новац, хартије од вредности, учешћа у имовинској маси предузећа и установа и друго. Из њих се црпу средства државне благајне, окренута потребама самог државног апарата у рангу самосталне правне личности; сврха им није унапред одређена (13).

3. *Закон о имовини Савезне Републике Југославије* („Службени лист СРЈ", бр. 41/93) утврђује садржину *управне јавне* имовине савезне државе и изворе њене *фискалне, приватне* имовине. Што се тиче природних богатстава и добара у општој употреби, она су под уређењем специјалних прописа, посвећених појединим од њихових облика (14).

Иако је имовина СРЈ у принципу јединствена, *раздвајање управне јавне и приватне државне имовине* није одвећ тешко уочити. Тако (по члану 5): „Имовина СРЈ служи за остваривање надлежности СРЈ" (став 1). „Имовина СРЈ може се користити и за обављање привредних и других делатности у земљи и иностранству

(11) *H. Faber, op. cit.*, стр. 368.

(12) E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, стр. 544–545; J. Salzwedel, *op. cit.*, стр. 484; G. Köbler, *op. cit.*, стр. 122.

(13) „Управна имовина у ужем смислу стоји по средини између фискалне имовине и јавних добара. Са јавним добрима заједничко јој је то што она служи јавном циљу вредношћу непосредне употребе, а не приносом од капитала. Са фискалном имовином заједничко јој је да се њом не користе појединци непосредно већ само посредно. За фискалну имовину важе искључиво прописи приватног права, за јавна добра искључиво прописи јавног права, за административну имовину важе углавном прописи приватног права, али постоји читав низ посебних одредаба јавноправног карактера које се односе на отуђивање, залагање, опорезивање и томе слично" (Л. Костић, *op. cit.*, стр. 325).

(14) В. Р. Јелић, *Државна и друштвена својина*, Београд, 1995, стр. 64–79.

ради стицања добити, односно прихода у складу са савезним законима којима се уређује обављање тих делатности" (став 2). „Стицање прихода од имовине из става 2. овог члана остварује се њеним издавањем у закуп, продајом, пласирањем новчаних средстава и хартија од вредности на тржишту новца и капитала и на други начин" (став 3). „О коришћењу и располагању имовином, у смислу ст. 2. и 3. овог члана, одлучује Савезна влада" (став 4).

Без слуха за одељивање права од њиховог објекта, мешајући појмове имовине и имовинске масе, дотични пропис издваја *три* конститутивна елемента имовине СРЈ (чл. 9–42); (а) *ствари*; (б) *новчана средства и хартије од вредности*; (в) и „друга" (*sic!*) имовинска права. Међу *стварима*, разликује непокретне (земљиште, стамбене зграде, непокретности за посебне намене — за војне потребе и за потребе безбедности и др.) од покретних (превозна средства, опрема и потрошни материјал, средства за посебне намене...).

Новчана средства се, ex lege, обезбеђују у савезном буџету за финансирање надлежности СРЈ. Респектабилна су и новчана средства која користи Народна банка Југославије, у складу са савезним законом. У погледу *хартија од вредности*, исти текст познаје оне на којима СРЈ има право располагања и хартије која је сâма, „по основу имовине" (члан 41. став 2), издала.

„*Друга имовинска права*" (члан 42) су права индустријске својине (право на патент, право на лиценцу, право на модел, узорак и жиг) и остала имовинска права утврђена савезним законом.

III

1. *О државној својини* пишем у смислу најширих правних ингеренција државе — комплета њених јавноправних и грађанскоправних овлашћења — над обухваћеним добрима. Државне својинске прерогативе чине најзначајнији активни састојак државне имовине. Ограничавам се на *уставни домашај државне својине* у нашем постојећем праву, из перспективе њеног *објекта*.

2. Према слову и духу *Устава СРЈ* (1992. год.), *у државној својини* су неколике групе добара (члан 73):

— (а) *Природна богатства;*

— (б) *Добра у општој употреби* — уз законске изузетке за поједина добра у општој употреби: она могу бити „у приватној и другим облицима својине, у складу са законом" (став 4);

— (в) *Друга добра од општег интереса*, уз одређена ограничења и законска одступања — код пољопривредног земљишта,

шума и шумског земљишта, као и код градског грађевинског земљишта. Прво набројано „може бити и у приватној и у другим облицима својине" (став 2). За друго вреди иста формула, са додатком — „у границама утврђеним законом" (став 3). У погледу градског грађевинског земљишта, уз већ цитирану одредбу, стоји „у складу са законом" (став 4);

— (г) *„Непокретности и друга средства која користе савезни органи и организације, органи и организације република чланица и јединица локалне самоуправе и организације које обављају јавну службу..."* (став 5). Ако строго дословно тумачим завршни део пренетог уставног текста, долазим до апсурдног закључка да су све, садашње и будуће, јавноправне и приватноправне организације које врше јавну службу — апсолутно подржављене!? Међутим, пре ће бити да су се код *напослетку наведених организација* имале у виду само оне чији је оснивач држава односно децентрализована територијална јавна заједница, обезбедилац почетних средстава за обављање делатности од јавног интереса. Другим речима, налазим да су овде у питању једино недржавни субјекти образовани одговарајућим јавноправним, а не и приватноправним актом — и то́ искључиво у смислу уставно-својинског уређивања затеченог стања (15). Јер, чини ми се неспорним начелно аутоматско непоклапање, односно не ретка растављеност јавноправног оснивања неке организације од њеног својинског устројства (државно, приватно, мешовито...), као и од њеног деловања у јавну корист, посебно при обављању јавних служби уз примену поверених јавних овлашћења. Узгред, Савезни устав и федерално законодавство нису се упустили чак ни у површну разраду категорије „јавне службе", а ни израза „јавна овлашћења" (в. члан 118. Устава СРЈ);

— (д) *Добра, објекти приватне (фискалне) имовине* на којима је конституисано право својине државе у пуном грађанскоправном значењу.

3. *Устав Републике Србије* (1990. год.) и њено законодавство постављају у посматраноме миљеу нешто другачије принципе. *Три неподударања са савезним правним нивоом* су најупадљивија:

---

(15) Према члану 9. *Закона о универзитету* („Службени гласник Републике Србије", бр. 54/92, 39/93): „Непокретности и друга средства која обезбеди Република као оснивач за остваривање и рад универзитета и факултета у државној су својини" (став 1). „Непокретности из става 1. овог члана не могу се отуђивати без сагласности оснивача" (став 2). „Непокретности и друга средства из става 1. овог члана могу се користити само за обављање делатности универзитета и факултета утврђених овим законом" (став 3). „Непокретности и друга имовина коју универзитет, односно факултет стекне обављањем своје делатности, као и на основу завештања и поклона, својина су универзитета, односно факултета који је ту имовину стекао" (став 5).

— ад 1) „Природна богатства и добра у општој употреби, као добра од општег интереса, и градско грађевинско земљиште у државној су или друштвеној својини" (члан 60. став 1. Устава);

— ад 2) Ускраћена је, *ex constitutione*, правна алтернатива *да градско грађевинско земљиште* буде и у приватној својини — али се предвиђа да се „на добрима од општег интереса и на градском грађевинском земљишту може..., под условима утврђеним законом, стећи право коришћења" (члан 60. став 3. Устава) (16);

— ад 3) *Средства којима послују вршиоци јавних служби* „могу бити у свим облицима својине" (члан 2. Закона о јавним службама, „Службени гласник Републике Србије", бр. 42/91). А по истом пропису, могући *оснивачи* јавних служби су: (а) правна лица — држава, аутономна покрајина, град, општина, као и свако друго јавноправно и приватноправно лице; (б) физичка лица, грађани (члан 4. Закона).

IV

Време је за свођење мисли.

1. Како је већ констатовано, правни институт јавног добра односно јавне ствари, по свој прилици увелико *прелази границе објекта државне јавне имовине*. Пресудно мерило за разлучивање јавних добара (ствари) од осталих је — или би требало да буде — њихова *поглавита сврха*: она служе, искључиво или претежно, непосредно или посредно, јавним а не приватним циљевима. Сматрам да је *суштинска разделница француског и немачког поимања јавног добра* (јавне ствари) та што прво подразумева самосталан и незаобилазан *појам јавне својине*, односно својине јавноправне личности — док друго једноставно само наглашава *правно уобличени јавни статус* појединих ствари, независно од природе носиоца права својине у конкретном случају. Изгледа ми, без свестранијег промишљања, да би, *de lege ferenda*, немачки модел био примеренији југословенским правним околностима.

2. Затим, уместо каквог закључка, запажам неколикогодишњу *нормативну офанзиву државно-својинских односа* на сада-

(16) *Закон о грађевинском земљишту Србије* („Службени гласник Републике Србије", бр. 44/95), прилично опрезно прокламује (члан 7); „Грађевинско земљиште је у промету, ако законом није друкчије одређено" (став 1). „Градско грађевинско земљиште у државној својини не може се отуђити из државне својине" (став 2). Но, допушта се, *implicite* — и мимо Републичког устава, а сагласно Савезном — *да градско грађевинско земљиште буде и у приватној својини*, оптерећеној односном јавноправном службеношћу. Тако, „актом о одређивању градског грађевинског земљишта не мења се облик својине на земљишту које се одређује за градско грађевинско земљиште" (члан 4. став 3).

шњем југословенском простору, понајпре у Србији. С тим у вези, централизовано формирање прекобројних јавних предузећа и јавних установа — као парадржавних организација недовољне самосталности, тј. превелике, и то не једино својинске, зависности од државне извршне власти — има за последицу њихов неоправдан, потенцијално злоупотребљив монополски положај у друштвеној стварности. Ово је, свеукупно узев, некомплементарно идејама приватне иницијативе, конкуренције и тржишне економије, као и укључивању у светске привредне токове.

Подсећам и на уставно *о(ū)стајање друштвене својине*, штавише „плуралитета" и „равноправности" различитих својинских матрица: „Јамче се друштвена, државна, приватна и задружна својина и други облици својине". „Сви облици својине имају једнаку правну заштиту" (члан 56. ст. 1–2. Устава Србије).

3. Све у свему, *у сфери ūправноī уређивања државне имовине и државне својине*, домаћи федерални и републички прописи уставног и законског ранга су не само неконзистентни, међусобно неусклађени — него и знатно мањкави, умногоме недовршени и празњикави, често превазиђени, застарели.

Dr Zoran R. Tomić
Associate Professor at the Faculty of Law in Belgrade

STATE PROPERTY AND STATE OWNERSHIP IN THE LAW OF THE FR OF YUGOSLAVIA

Summary

(1) Structurally, the state property consists of public and private domains. In case of the state public property, it is possible to distinguish general and the so-called administrative property, the relevant criterion being the availability and purpose of the property. It is subjected exclusively, or at least partially (administrative public state property), to the norms of public law.

The private (fiscal) state property refers to various sources of means intended for feeding the treasury. It is regulated only by the norms of civil law.

(2) The legal institute of public domain, namely public thing (property), by all means, transgresses to quite a degree the limits of object of the state public property. The decisive criterion for distinguishing the former category from the other ones is — or should be — their dominant purpose:

they serve, entirely or partially, directly or indirectly, to public and not to private purposes. The principal dividing line according to the French and German conceptions of the public domain (public property or thing) lies in the fact that the former presupposes a separate and unavoidable notion of public ownership, namely of the ownership of the subject having the position of entity in the sphere of public law, while the German conception only emphasizes the legally modelled public-law status of specific things, independently of the nature of the subject of the right of ownership in the concrete case. It seems to the author that, without entering in a more detailed analysis — *de lege ferenda* — the German model would be more appropriate to Yugoslav legal environment.

(3) The state property of the Federal Republic of Yugoslavia is expressed in its legislative form as an inconsistent mixture of rights and object (things). Still, it is possible to discern within it some components of both administrative public, and private (fiscal) property. As far as the scope of the state ownership is concerned, the lack of coordination is visible between the republic (Serbia) and the federal constitutions; also present are deep legislative lacunae or even anachronous normative solutions.

Key words: *State property. — State ownership. — Public domain. — Fiscal (private) state property. — Lack of coordination of categories of state ownership in the FRY legistation.*

dr Zoran Tomić
professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

SUR LE PATRIMOINE ET LA PROPRIÉTÉ D'ÉTAT DANS LE DROIT YOUGOSLAVE

Résumé

1. Du point de vue structural le patrimoine d'Etat se compose du domaine public et privé. Dans le cadre du patrimoine public d'Etat on peut distinguer le patrimoine général et particulier, dit administratif — vu l'accessibilité et la affectation des biens lui appartenant. Le patrimoine public administratif d'Etat est soumis exclusivement ou au moins en partie à des règles relevant du droit public.

Le patrimoine privé (fiscal) d'Etat constitue les différentes sources assurant l'alimentation de la caisse de l'Etat. Il est réglé uniquement par les normes relevant du droit civil.

2. La notion juridique de bien public, c'est-à-dire de chose publique, s'étend, de toute évidence, largement au-delà de ce que l'on conçoit par objet

du patrimoine public d'Etat. Le critère décisif pour la distinction entre biens (choses) publics et autres biens est — ou devrait être — leur objectif dominant. Ils servent exclusivement ou principalement, directement ou indirectement, à des objectifs publics et non privés. La différence principale entre la conception française et allemande du bien public (chose publique) réside dans le fait que la première sous-entend la notion particulière et inéluctable de propriété publique, c'est-à-dire d'une propriété de la personne morale de droit public — alors que la seconde se contente de souligner le statut, juridiquement conçu, de droit public de certaines choses indépendamment de la nature du titulaire du droit de propriété dans les cas concrets. Sans entrer dans une analyse minutieuse du problème, il semblerait que, *de lege ferenda*, le modèle allemand soit plus approprié aux circonstances juridiques en Yougoslavie.

3. Le patrimoine d'Etat de la RF de Yougoslavie est également présenté comme un mélange inconséquent du droit et des choses dans lequel il est toutefois possible de discerner des éléments appartenant tant au patrimoine public administratif qu'au patrimoine privé (fiscal). Quant au volume de la propriété de l'Etat, on constate une évidente incompatibilité entre la Constitution de la République de Serbie et la Constitution fédérale, ainsi que de profondes lacunes juridiques voire des solutions normatives anachroniques.

Mots clés: *Patrimoine d'Etat. — Propriété d'Etat. — Bien public. — Chose publique.*

UDK 340.1

др Јасминка Хасанбеговић,
асистент Правног факултета у Београду

О ПРАВНОМ СИЛОГИЗМУ

Како се ваљаност форме односи на исправност садржине закључка? Да ли су премисе правног силогизма истините? Да ли су оне нужне? У чему се састоји вредност силогистичке форме закључивања? Шта је дијалектички силогизам и какав је његов однос према проблемском и системском мишљењу? То су основна питања на која се одговара у овом тексту.

Кључне речи: *Правни силогизам. — Формална логика — Дијалектички силогизам.*

Вредност силогизма у формалној логици састоји се у томе што њена правила обезбеђују ваљаност ове врсте закључака (1). Ваљаност се односи само на облик, форму закључака, али не и на њихову садржину. Право се, међутим, не задовољава само ваљаном формом, јер закључак у праву треба да буде и ваљан по форми и исправан по садржини — с обзиром на вредности које право штити. Као практичка делатност, право није само себи циљ, већ средство које треба да оствари одређене друштвене вредности, а које уз то има и самосталну вредност. Но, може ли ваљан логички облик да буде гарантија исправне садржине? Може, под одређеним условима: ако ваљаност садржински прати истинитост, или ако су премисе нужне, па ваљаност закључивања обезбеђује то исто својство и закључку.

Прва ситуација подразумева да се полази од истинитих премиса, и у њој ваљана форма закључивања нужно води истом својству — истинитости — закључака. Дакле, у тој ситуацији ваљана форма закључивања гарантује истинитост закључка (2). Наравно, истинит се закључак може добити и из неистинитих премиса и/или неваљаним закључивањем, али не нужно, већ случајно (3). Зато је

(1) Gajo Petrović, *Logika*, „Školska knjiga", Zagreb, 1972, стр. 74–75, а шире стр. 8–14.

(2) Chaïm Perelman, *Logique juridique — Nouvelle rhétorique*, deuxiéme édition, Paris, Dalloz, 1976, стр. 1–2.

за истину формална логика са својим учењем о ваљаним облицима мисли изузетно значајна. Али, не и за право. Јер, нити су премисе правног силогизма истините, нити је прва брига у праву да закључак буде истинит. Премисе правног силогизма нису истините зато што се као истинито може, евентуално, утврђивати једино како норма гласи, али не и шта она значи, док се у погледу мале премисе само донекле може утврдити истинитост постојања чињеница, али не и истинитост њихових правног значаја, њихове квалификације. Па ако се не може говорити о истинитости премисâ правног силогизма, онда је то немогуће и у односу на његов закључак. Заиста, прва брига у праву не може бити да закључак буде истинит, већ је прва брига да он буде законит, праведан итд. Зато изгледа неоправдано истицати као идеал ситуацију, без обзира на то што се наглашава да се она ретко налази у пракси, у којој је примена права чисто механички поступак, у којој се стварно ништа не додаје постојећој општој норми, у којој је цела садржина појединачне норме унапред дата у општој и само се механички извлачи по неумитним логичким законима. Тако схваћен идеал могао би да остварује и неки аутомат, што се и покушава у кибернетици (4). Овакво схватање оставља утисак да се правни проблеми могу решити логички, односно да се правно расуђивање може подврћи правилима формалне логике и утисак да је то идеал коме треба тежити. А када се пак говори о стварној правној пракси, признајући примени права стваралачки карактер, унутар овог схватања се наглашава да су слобода и домашај тог стваралаштва, наравно, ограничени, но, не објашњава се чиме (5). Отуда и став да *„правни силогизам, као строго логички поступак обезбеђује тачну примену норми. Наравно, услов за то је да су претходно исправно решена одговарајућа правна и чињенична питања. Зато је чудно и неприхватљиво мишљење да он не обезбеђује тачно решење зато што се услед нејасности појмова, не зна да ли односне чињенице спадају под дату норму или, обрнуто, да ли се норма примењује на утврђене чињенице* (6). *У оваквим случајевима, наравно, није крив силогизам него нетачно решена претходна правна и чињенична питања"* (7). При свему томе се не само не истиче (8) начелна немогућност формалнологичке одређености, извесности решењâ тих за силогизам одлучујућих питања него се, напро-

(3) *Ibid.*

(4) В. Радомир Д. Лукић, *Методологија права*, Београд, „Научна књига", 1971, стр. 222.

(5) *Ibid.*

(6) V. Bodenheimer, *Jurisprudence* — Нав. Радомир Д. Лукић, *loc. cit.* стр. 333–8.

(7) В. Радомир Д. Лукић: *op. cit.*, стр. 233–234.

(8) *Op. cit.*, стр. 223–233.

тив, неистицањем спорних или тешко решивих питања, оставља утисак да се она са извесношћу могу решити.

Ако већ нису и не могу бити истините, могу ли премисе правног силогизма бити нужне на други начин (нпр. тако прецизно, јединствено, једнозначно одређене да не остављају логичку могућност другачијег одређења), чиме би се ваљаним формалнологичким закључивањем обезбедило исто својство закључку? Одговор на ово питање, и историјски и логички посматрано, мора бити негативан. Историјски, јер на то указује и историја правне праксе и њен савремени упоредноправни преглед, и то и у оним системима које други и/или који сами себе сматрају најразвијенијим. Логички, зато што обе премисе садрже значајне вредносне компоненте — условљене тумачењем односно квалификацијом — које онемогућавају њихову логички јединствену, једнозначну одређеност односно нужност.

Ово признају и прихватају чак и аутори који полазе од става да правно расуђивање има силогистички облик (9) и да је, сходно владајућем схватању, правосудна функција само декларисање права, које субјективна права односно обавезе доводи само до евиденције а не до егзистенције (10). Но, ни ти аутори не поричу сваки стваралачки карактер правосудној делатности, већ га, између осталог, виде управо у процесу утврђивања чињеничног стања и у процесу тумачења правног, прецизније, законског правила (11). Одатле би могло произлазити да би закон могао бити чинилац који би — по правилу бар — обезбеђивао логичку нужност премиса и да би законитост, као формална вредност, могла унети извесност у односе међу свим осталим правним вредностима и тиме обезбедила бар правну сигурност. Па ипак, да ни према поменутом схватању није тако, види се из излагања начела законитости, односно слободе суда у односу на закон, и то како слободе у односу на чињенично питање, тако и у односу на право. Ограничења те слободе нису правна, већ их чине: животно искуство, логика, уобичајена схватања, а пре свега владајућа идеологија у друштву. С друге стране, констатује се тенденција повећања слободе суда и закључује се да начело законитости не значи никад потпуну везаност суда, већ то да поред поменутих ограничења, гарантије против злоупотребе те слободе леже, поред осталог, у дужности суда да у пресуди образложи своју чињеничну и правну оцену (12). Овај став,

(9) В. нпр. Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, „Савремена администрација", 1978, стр. 47.

(10) *Op. cit.*, стр. 46.

(11) *Op. cit.*, стр. 46–47.

(12) *Op. cit.*, стр. 53–54.

дакле, иако полази од силогизма, изричито казује да премисе правног силогизма нису и не могу бити нужно, једнозначно одређене.

Пошто се премисе правног силогизма не могу формалнологички релевантно утемељити ни као истините ни као нужне, онда се вредност правног силогизма као форме правног расуђивања, изгледа, озбиљно доводи у питање. Па ипак, тај закључак ваља још проверити. Можда силогизам као облик расуђивања има сам по себи неку вредност, независно од својства премиса које га чине, које се налазе у његовој основи? Но, пре тога (и у вези с тим) треба нагласити да то што се нужност премиса не може формалнологички утемељити никако не значи да су оне нужно арбитрарне. Оне су само потенцијално, виртуелно арбитрарне, али, да ли ће такве бити и стварно, актуелно, у пракси, то, истина, не зависи од правила формалне логике, нити она ту могу да помогну, већ то зависи од принципа на којима је организована сама та пракса, пре свега судска пракса, која може допринети да се у начелно, формалнологички арбитрарно правно расуђивање унесе бар стабилност, извесност, правна сигурност, а, наравно, и друге правне вредности, под одређеним условима о којима се овде неће расправљати.

Остало је, дакле, питање вредности силогизма као форме расуђивања. Чини се да се може заступати став да изван логике, ако се она схвати само као дисциплина о облицима ваљане тј. по форми исправне мисли, силогизам, као ни било који други облик расуђивања, нема вредности по себи. Уосталом, ни тако схваћена логика није сама себи циљ. Проучавајући ваљане форме мисли, она осветљава ту њихову страну да би омогућила примену својих сазнања у пракси. А пракса се не интересује само за облик (ваљан или неваљан) мисли, већ и за њихову садржину (истинитост — нпр. у науци, или праведност итд.). Према томе, да би силогизам имао вредност у некој области ван логике, мора се претходно признати (придати) нека вредност премисама, коју ће силогизам својом формалном вредношћу (ваљаношћу) пренети на закључак. У праву то значи да је горња премиса, као норма, добро изабрана, важећа и добро протумачена, а да су чињенице, које чине доњу, добро оцењене као (не)релевантне, добро утврђене (најчешће доказане) као постојеће и добро квалификоване у конкретном случају. Било које оспоравање, истицање недостатка у неком од ових елемената, води недостатку у закључку.

Но, и када се не доводи у питање вредност премиса, у филозофији и логици се поискад оспорава вредност силогизма, и то најчешће у два правца: било његова доказна, било његова сазнајна вредност. Оспоравање доказне вредности силогизма овде није толико значајно, зато што се под доказом подразумева логички по-

ступак чија је сврха да покаже (утврди, заснује) истинитост неког суда (13). Треба само рећи да, заиста, није довољно да теза коју треба доказати произлази из ваљаног силогизма као закључак, већ и да премисе морају бити истините (14), а њихова истинитост није никада резултат само неких других, претходних закључивања него се утврђује и проверава ванлогичким средствима. Овде је значајнији приговор који се ставља сазнајној вредности силогизма (15). Наиме, не оспоравајући логичку ваљаност силогизма и не поричући да у силогизму закључак нужно следи из премиса, неки филозофи негирају његову сазнајну вредност, истичући да тај закључак не доноси ништа ново, већ само понавља нешто што је већ речено у премисама (16). Заиста, закључак јесте садржан већ у премисама — иначе и не би могао бити формалнологички ваљан — али не у свакој засебно узетој, него тек у обе премисе узете заједно, те у том — и само у том — смислу он пружа сазнање које не пружа ниједна премиса сама за себе. У истом смислу он јесте ново сазнање. Ради се, дакле, о различитом схватању критеријума шта је ново сазнање, који је код оних који оспоравају сазнајну вредност силогизма много строжи (17). Изгледа да се та мала новина, само непосредно, изричито изражена закључком, а посредно већ садржана у неспорним премисама из којих је ваљаним закључивањем изведена, ипак боље изражава када се каже да је функција силогизма експликативна, него када се говори о новини (макар и малој). Наиме, експликативном функцијом силогизма се пре прецизирају место и односи међу појавама које се изражавају премисама и закључком, него што се они њиме — тј. силогизмом — сазнају. За само право, ово је питање, дакле, значајно за правну подуку и правно списатељство, али не и за примену права.

Ако се, имајући у виду све раније речено, ипак инсистира на силогистичкој форми правног расуђивања, онда се правни силогизам може схватити и приказати само као дијалектички силогизам, чије премисе нису ни истините ни нужне, већ само вероватне. Перелман наглашава да се правном расуђивању увек може дати силогистички облик (у овом, дијалектичком смислу), али да се тиме ништа не добија, осим детињастог задовољства да се покаже да се све правно расуђивање (које почива на најразличитијим аргументима) може подвести под исту форму. Тиме дијалектички закључак

(13) Гајо Петровић, *op. cit.*, стр. 209.

(14) *Op. cit.*, стр. 210.

(15) *Op. cit.*, стр. 211.

(16) *Op. cit.*, стр. 97. Тај став изричито заступа Michel Mayer, *Logique et argumentation*, Bruxelles, Presses Universiitaires de Bruxelles, 1984/85, стр. 12–16.

(17) Гајо Петровић, *op. cit.*, стр. 98.

не постаје аналитички, нужан (18). Оно што је у праву битно и што је ново, не налази се у закључку дијалектичког силогизма, већ у његовим премисама. Инсистирање на силогистичкој форми само потискује та сазнања, остављајући привид логичке утемељености и исправности. За право је битно какво је тумачење правила дато у конкретном случају — да ли је оно ново, као што је битно и то како је квалификован случај — да ли у складу с досадашњом праксом или не, и на основу којих разлога. А ова се два повезана процеса могу само вештачки раздвојити у две премисе. Новина се у праву не налази у закључку у односу на његове премисе, него, евентуално, у конкретном случају у односу на раније случајеве исте врсте тј. у односу на постојећу судску праксу, и огледа се у новом, другачијем тумачењу односно другачијој квалификацији.

Правно расуђивање је пре свега проблемско, па тек потом (и под одређеним условима) системско (19). Тек када се конкретан случај као проблем реши, може му се — дакле, само накнадно — дати силогистички облик. А правни проблем се силогизмом не може решити, већ се само већ решен, евентуално, може уврстити у систем. При томе, ни давање силогистичке форме, ни уврштивање у систем немају сами по себи никакву ни логичку, ни друштвену вредност. Никакву логичку, зато што то не може бити нужно, него само вероватно закључивање, а никакву друштвену, зато што правни поредак било да има системски било казуистички карактер може служити остваривању најразличитијих друштвених вредности.

(18) Chaïm Perelman, *Logique juridique*, стр. 2–3.

(19) О овоме в. и Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, C. H. BeckVerlag, 1974; Karl Engish, *Sinn und Tragweise juristicher Systematik, Studium generale*, X, 1957, стр. 173. и д.; Reinhold Zippelius, *Problemjurisprudenz und Topik, Neue Juristiche Wochenschrift*, 1967, стр. 2229 и д.; Uwe Diederichsen, *Topiches und systematishes Denken in der Jurisprudenz, Neue juristische Wochenschrift*, 1966, стр. 697. и д.; Michel Meyer, *Logique et argumentation*; Samuel Stoqar, *System and Topoi, Rechtstheorie*, Bd. 12, 1981, Heft 4, стр. 385–393.

Jasminka Hasanbegović
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

ON LEGAL SYLLOGISM

Summary

Premises of a legal syllogism are not authentic because one may determine, eventually, as authentic only the wording of a norm, but not its meaning, while as far as a minor premise is concerned, it is only possible to determine partially the authenticity of the existence of facts, but not the authenticity of their significance in terms of law, namely, in terms of their evaluation. Hence, it is not possible to speak on the authenticity of a conclusion of the legal syllogism either. The premises and the conclusion of the legal syllogism are also not necessary. Due to that, a legal syllogism may be only a dialectical syllogism, namely an inference concerning the probable. Legal reasoning may acquire a syllogistic form only later on — after a legal problem, i.e. specific case, has been settled. Legal reasoning is therefore primarily a problem-solving reasoning, while legal problems are impossible to be solved by applying syllogisms. Subsequent ascribing a syllogistic form to the legal reasoning has, as such, no logical or social value at all. It may have an explicatory value, but it can not be a guarantying factor of the value of the contents of conclusions in the sphere of law.

Key words: *Logical syllogism. — Formal logic. — Dialectical syllogism.*

dr Jasminka Hasanbegović
assistant à la Faculté de droit de Belgrade

SUR LE SYLLOGISME JURIDIQUE

Résumé

Les prémisses d'un syllogisme juridique ne sont pas vraies car seule la formulation d'une norme, et non ce qu'elle signifie, peut être éventuellement établie en tant que vraie, alors qu'au sujet d'une prémisse mineure ce n'est que la véracité de l'existence des faits, et non celle de leur importance juridique, de leur qualification, qui peut être établie jusqu'à une certaine mesure. Pour ces raisons il n'est pas possible non plus de parler de la véracité de la conclusion d'un syllogisme juridique. Les prémisses et la conclusion d'un syllogisme juridique ne sont d'ailleurs même pas nécessaires. Pour cette

raison, le syllogisme juridique ne peut être qu'un syllogisme dialectique, une conclusion sur le probable. Le raisonnement juridique ne peut revêtir la forme d'un syllogisme qu'ultérieurement, lorsque le problème juridique, le cas concret, est résolu. Le raisonnement juridique est donc avant tout un raisonnement basé sur un problème donné, et les problèmes juridiques ne peuvent pas être résolus par des syllogismes. L'octroi ultérieur d'une forme syllogistique à un raisonnement juridique n'a par lui-même aucune valeur logique ni sociale. Il peut avoir une valeur explicative, mais ne peut être garant de la valeur du contenu des conclusions en droit.

Mots clés: *Syllogisme juridique. — Logique formelle. — Syllogisme dialectique.*

БИБЛИОГРАФИЈА
ПРОФЕСОРА ДР БОРИВОЈА ПОЗНИЋА

Књиге и скрипта:

О објективним границама правноснажности грађанске пресуде, докторска дисертација, необјављено, Београд, 1952, III + 147 стр.

(коаутор), Ђорђе Мијић, *Уредба о управљању основним средствима привредних организација,* Београд, Нова администрација, 1954, 92 стр.

(коаутор), Миодраг Матејић, *Приручник за правно пословање привредних организација,* Београд, Нова администрација

1. изд. 1954, 302 стр.

2. изд. 1955, 377 стр.

(коаутор), Божидар Радановић, *Закон о промету земљишта и зграда* (редакција — Леон Гершковић), Београд, Нова администрација, 1955, 79 стр.

(коаутор), Михајло Вражалић, Фрањо Бачић, *Закон о парничном поступку са коментаром, Уводним законом и регистром појмова,* Београд, Нова администрација, 1957, 460 стр.

(коаутор), Божидар Радановић, *Коментар Закона о експропријацији,* Београд, Нова администрација, 1957, 156 стр.

Основи грађанског судског поступка, свеске 1, 2 и 3, скрипта, Београд, Савез студената Правног факултета

Свеска 1, 1958, 117 стр.

Свеска 2, 1958, 117–399 стр.

Свеска 3, 1959, 71 стр.

(коаутор), Божидар Радановић, *Збирка закона о непокретностима са коментаром и прописима за њихово спровођење,* Београд, Службени лист СФРЈ, 1962, 372 стр.

Грађанско процесно право, Београд, Савремена администрација

1. изд., 1962, 470 стр.

2. изд., 1965, 675 стр.

3. изд., 1970, XVI+518 стр.

4. изд., 1973, XV+540 стр.

5. изд., 1976, XV+504 стр.

6. изд., 1978, XV+504 стр.

7. изд., 1980, XVI+508 стр.

8. изд., 1982, XIII+507 стр.

9. изд., 1986, XV+547 стр.

10. изд., 1987, XV+547 стр.

11. изд., 1989, XV+547 стр.

12. изд., 1991, XII+460 стр.

13. изд., 1993, XIV+460 стр.

14. изд., 1995, XV+460 стр.

(коаутор), Божидар Радановић, *Коментар Закона о промету земљишта и зграда са судском праксом,* Београд, Службени лист СФРЈ

1 изд., 1967, 112 стр.

2. изд., 1969, 115 стр.

(коаутор), Синиша Трива, Никола Ворги̇ћ, Тибор Варади, *Арбитражно решавање спорова.* О арбитражи, њеној правној природи и арбитражном уговору. Поступак избраног суда. Признање и извршење страних арбитражних одлука, Нови Сад, Завод за научноистраживачки рад Правног факултета у Новом Саду, 1973, 210 стр.

E drejta e procedures civile, (превод на албански уџбеника *Грађанско процесно право,* преводилац: Фаик Брестовци), Приштина, 1976, 656 стр.

Допунска скрипта уз уџбеник Грађанско процесно право, Београд, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 1977, 28 стр.

Уговор о арбитражи и арбитражни поступак, у: Уговори у међународној трговини, Београд

1. изд., 1984–85, Књ. I, 50 стр.

2. изд., 1987, Књ. I, 235–272 стр.

Чланци:

О неправичном обогаћењу, Правна мисао, 1939/3–4, стр. 107–122

Пројект униформног закона о међународној продаји телесних покретних ствари, Архив за правне и друштвене науке, 1951/3, стр. 480–493

Питање правних субјеката у имовинскоправним односима који се тичу општенародне имовине. Поводом закона о јавном правобранилаштву, Народна држава, 1952/5–6, стр. 290–296

О утицају кривичне пресуде на грађански спор, Архив за правне и друштвене науке, 1952/1, стр. 30–39

Нацрт уредбе о управљању основним средствима привредних организација, Нова администрација, 1953/4, стр. 263–270

Процесноправна природа спорова из чл. 18 ст. 2 и чл. 82 ст. 2 Закона о државним службеницима, Правни живот, 1953/2, стр. 7–12

Уредба о имовинским односима и реорганизацији сељачких радних задруга (наше ново законодавство), Нова администрација, 1953/2, стр. 165–169

Избрани судови и наши нови правосудни закони, Анали Правног факултета у Београду, 1954/3, стр. 305–310

Мировање поступка *de lege ferenda,* Архив за правне и друштвене науке, 1954/2, стр. 169–175

Поводом Закона о промету земљишта и зграда, Архив за правне и друштвене науке, 1954/3–4, стр. 405–418

(коаутор), Ђорђе Мијић, *Управљање основним средствима привредних предузећа,* Нови правни прописи, 1954, стр. 93–121

Закон о промету земљишта и зграда, Нова администрација, 1954/3, стр. 246–250

Осврт на Закон о убрзању парничног поступка пред редовним судовима, Нова администрација, 1955/4, стр. 408–413

Поводом Закона о убрзању парничног поступка пред редовним судовима, Архив за правне и друштвене науке, 1955/1–2, стр. 83–88

Расправљање заоставштине (Тумачење неких одредаба Закона о наслеђивању и расправљању заоставштине), Анали Правног факултета у Београду, 1955/3, стр. 257–266

Надлежност народних одбора општина по прописима о управљању основним средствима привредних организација, Народни одбор, 1956/4, стр. 220–224

Нека питања другостепеног парничног поступка, Архив за правне и друштвене науке, 1956/2, стр. 193–202

Нови Закон о парничном поступку, Анали Правног факултета у Београду 1956/6, стр. 748–754

Пресуда због изостанка, Анали Правног факултета у Београду, 1956/3, стр. 272–289

Изрека о кривици у бракоразводној пресуди, Архив за правне и друштвене науке, 1958/1, стр. 50–60

Евентуално спајање тужбених захтева, Анали Правног факултета у Београду, 1959/1, стр. 19–32

Law and Nationalization of Tennent-Houses and Building Land, New Yugoslav Law, 1959/1–2, стр. 23–27

Међународна надлежност југословенског правосуђа по Закону о парничном поступку, Југословенска ревија за међународно право, 1959/3, стр. 400–412

Нови стамбени закони, Архив за правне и друштвене науке, 1959/2–3, стр. 270–277

Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта, Нова администрација 1959/5, стр. 633–637

Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, Архив за правне и друштвене науке, 1959/2–3, стр. 266–270

Закуп пословних просторија по Закону о пословним зградама и просторијама, Нова администрација, 1959/4, стр. 496–500

La propriété privée sur les fonds agricôles en Yougoslavie, Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato, Prima assamblea, Firenze, 1960, стр. 15

Поводом одредаба Закона о парничном поступку о признању чињеница, Зборник Правног факултета у Загребу, 1960/3–4, стр. 269–278

Управни и грађански судски поступак у истој ствари, Нова администрација, 1960/4, стр. 378–387

Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта, Архив за правне и друштвене науке, 1960/1–2, стр. 131–136

Ограничење другостепеног суда на жалбене разлоге — разматрање *de lege ferenda*, Анали Правног факултета у Београду, 1961/4, стр. 618–625

Рад Хашке конференције у области грађанског судског поступка, Београд, Институт за упоредно право, 1961, Саветовање о савременим питањима међународног приватног права, стр. 14

Развитак грађанског судског поступка, Архив за правне и друштвене науке, 1961/3–4, стр. 294–306

La rôle du tribunal dans la diréction du procès civil, Rapports nationaux yougoslaves au VIe congrès international de Droit comparé, 1962, стр. 81–91

Поводом права на правну заштиту (чл. 55 Преднацрта устава СФРЈ), Анали Правног факултета у Београду, 1962/3–4, стр. 310–314

Нека питања арбитражног поступка која се тичу надлежности, Спољнотрговинска арбитража и арбитражна клаузула и арбитражни поступак, 1963, стр. 76–80

Одлучивање о трошковима странака у поступку пред арбитражом, Спољнотрговинска арбитража и арбитражна клаузула и арбитражни поступак, 1963, стр. 80–81

Побијање судског поравнања у пракси врховних судова, Анали Правног факултета у Београду, 1964/2–3, стр. 314–321

(коаутор), Божидар Радановић, *Настанак и развој државне социјалистичке својине,* Београд, САНУ, Симпозијум о друштвеној својини, 1965, 10 стр.

Нови Грађански процесни законик Руске СФСР, Анали Правног факултета у Београду, 1966/3–4, стр. 428–447

Правна средства против арбитражних одлука у страним правима (упоредноправни приказ), Спољнотрговинска арбитража, 1966, III, стр. 73–99

Избрано судство као начин решавања спорова између домаћих предузећа, Радна и друштвена заједница, 1967/2–3, стр. 91–94

Појам грађанског процесноправног односа у совјетској науци, Анали Правног факултета у Београду, 1967/4, стр. 667–680

Internationale Zuständigkeit der jugoslawischen Gerichte in Angelegenheiten des Familienrechts, Zeitschrift fuer Zivilprozess, 1968, Bd. 81, Heft 5–6, стр. 429–458

In memoriam: Проф. др. Срећко Цуља, Анали Правног факултета у Београду, 1969/3–4, стр. 507–509

Туживост субјективног права, Анали Правног факултета у Београду, 1969/2, стр. 157–176

Procédure écrite et procédure orale, Rapports nationaux yougoslaves au VIIIe congrès international de Droit comparé, 1970, стр. 77–86

Белешке уз Збирку судских одлука за 1968 и 1969 годину, Анали Правног факултета у Београду, 1971/1–2, стр. 172–187

Нови грчки Законик о грађанском судском поступку, Анали Правног факултета у Београду, 1971/4, стр. 407–427

Белешке уз Збирку судских одлука за 1970. годину, Анали Правног факултета у Београду, 1972/5–6, стр. 941–950

In memoriam: др Самуел Камхи, Анали Правног факултета у Београду, 1972/4

Нека питања надлежности изабраног суда, Анали Правног факултета у Београду, 1972/1–3, стр. 461–47

Поводом измена и допуна Закона о парничном поступку, Анали Правног факултета у Београду, 1972/5–6, стр. 967–972

Белешке уз Збирку судских одлука за 1971. годину, Анали Правног факултета у Београду, 1973/6, стр. 80–102

Правноснажност решења у парничном поступку, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1973, год. XXI, стр. 291–299

Пољски законик о грађанском судском поступку, Анали Правног факултета у Београду, 1973/1, стр. 86–93

\ *Суђење и јавно тужилаштво,* Анали правног факултета у Београду, 1973/3–4, стр. 72–79

Поводом Закона о судовима удруженог рада, Анали Правног факултета у Београду, 1974/4, стр. 441–453

Субјективно преиначење тужбе, Анали Правног факултета у Београду, 1974/5–6, стр. 769–778

Белешке уз Збирку судских одлука за 1972. годину, Анали Правног факултета у Београду, 1975/3, стр. 306–317

Осврт на неке одредбе од процесног значаја у Нацрту закона о удруженом раду, Анали Правног факултета у Београду, 1976/4, стр. 351–359

Белешке уз Збирку судских одлука, Анали Правног факултета у Београду, 1977/1–2, стр. 224–233

Нови Закон о парничном поступку, Анали Правног факултета у Београду 1977/4, стр. 578–589

Осврт на неке одредбе Закона о облигационим односима, Анали Правног факултета у Београду, 1978/3–5, стр. 367–387

Предмет и начела Закона о извршном поступку, Извршење судских одлука, Београд, 1979, стр. 27–42

О признању и извршењу страних судских и арбитражних одлука, Анали Правног факултета у Београду, 1983/6, стр. 1054–1075

Осврт на неке процесноправне одредбе Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Правни живот, 1983/6–7, стр. 712–740

Општи услови уговора и надлежност арбитраже, Анали Правног факултета у Београду, 1984/5, стр. 670–676

Осуда на будуће камате, Анали Правног факултета у Београду, 1984/6, стр. 841–844

Противтужба у арбитражном спору, Анали Правног факултета у Београду, 1985/3–4, стр. 421–425

Осврт на неке одредбе процесног значаја у Закону о облигационим односима, Закон о облигационим односима — Књига о десетогодишњици, Београд, 1988, Том II, стр. 390–406

Међупресуда, Правни живот, 1989/11–12, стр. 1625–1638

Утицај кривичне пресуде на парницу, Анали Правног факултета у Београду, 1991/1–3, стр. 249–263

Границе арбитражног уговора, Правни живот, 1993/11–12, стр. 1821–1840

Приређени закони и други прописи:

(коаутор), Добривој Бобић, *Регистар прописа објављених у Службеном листу ФНРЈ, 1945–1949*, Београд, Службени лист ФНРЈ, 1950, стр. LXXX + 274

(коаутор), Михајло Михајловић, *Регистар савезних прописа објављених у Службеном листу ФНРЈ од 1945–1953,* Београд, Службени лист ФНРЈ, 1954

Уредба о управљању основним средствима привредних организација, Нова администрација, Београд,

1. изд., 1955, стр. 105

изм. и доп. Уредбе, 1957, стр. 11

(коаутор), М. Вражалић, *Закон о парничном поступку,* Београд, 23 издања

Прикази:

Самуел Камхи, Грађански судски поступак, Архив за правне и друштвене науке, 1952, стр. 254–256

Arthur Nikisch, Zivilprozessrecht, Анали Правног факултета у Београду, 1953/1, стр. 87–90

Foth Heinrich, Reines Prozessrecht, Анали Правног факултета у Београду, 1955/1, стр. 112–113

Srećko Zuglia, Грађански парнични поступак ФНРЈ, Анали Правног факултета у Београду, 1957/3, стр. 357–360

Taunno Tirkkonen, Das Zivilprozessrecht Finlands, Анали Правног факултета у Београду, 1959/1, стр. 97–100

Мирко Бесаровић, Признање и извршење иностраних арбитражних одлука, Архив за правне и друштвене науке, 1959/4

Jože Juhart, Civilno procesno pravo FRL Jugoslavije, Анали Правног факултета у Београду, 1962/1–2, стр. 139–141

Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Анали Правног факултета у Београду, 1965/3–4, стр. 454–458

Rudolf Bruns, Zivilprozessrecht, Анали Правног факултета у Београду, 1970/1–2, стр. 194–198 Сталев - 198-202

Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, Анали Правног факултета у Београду, 1975/1–2, стр. 214–221

Напомена: Библиографија је израђена на основу података у Библиотеци Правног факултета у Београду и прегледа часописа које Факултет прима. Захваљујем професору Познићу на помоћи коју ми је пружио у састављању пописа његових радова.

приредила: *В. Ракић-Водинелић*

Анали Правног факултета у Београду

АПФ, Година XLIV, Београд, бр. 2–3, март-јуни 1996, стр. 1–183
UDK 34/35 YU-ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

страна

О професору Боривоју Познићу и његовом делу
— *др Весна Ракић-Водинелић* – – – – – – – – – – (1–5)

Уз 80-ти рођендан проф. Б. Познића —
нека моја размишљања о професоровом раду
— *др Милисав Чизмовић* – – – – – – – – – – – – – (6–12)

ЧЛАНЦИ

др Владимир В. Водинелић, Циљ и предмет парничног поступка – (13–23)

др Стефан Георгиевски, Истина у парничном поступку (24–32)

др Милорад Живановић, Појам тужбе за утврђење у парничном поступку – – – – – – – – – – – – – – – – (33–41)

др Зоран Ивошевић, Јединствено супарничарство – – – (42–65)

др Загорка Јекић, Право на доказ у парничном и кривичном поступку – – – – – – – – – – – – – – – – (66–77)

др Гашо Кнежевић, Припадност арбитражне одлуке и њен поништај – – – – – – – – – – – – – – – – – – (78–90)

Павле Лопичић, Потреба за доношењем посебног закона у области арбитражног решавања спорова – (91–99)

др Божидар С. Марковић, Суђење по правичности у општем и у арбитражном праву – – – – – – – – – (100–106)

др Миодраг Орлић, Смисао понуде у европском и англо-саксонском праву – – – – – – – – – – – – – – (107–119)

др Весна Ракић-Водинелић, Обична интервенција у парничном поступку — упоредноправни преглед и југословенско право – – – – – – – – – – – – – – – – – (120–139)

мр Горан Свилановић, О смислу разликовања формалне и материјалне правноснажности – – – – – (140–153)

др Зоран Р. Томић, О државној имовини и државној својини у праву СРЈ — нека запажања – – – – – – – (154–164)

др Јасминка Хасанбеговић, О правном силогизму – – – (165–172)

Библиографија професора др Боривоја Познића – – (173–180)

The Annals of The Faculty of Law in Belgrade

AFL, Year XLIV, Belgrade, No. 2–3, March-Jun 1996, Pp. 1–183
UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

page

On Professor Poznić and his Work —
Dr. Vesna Rakić-Vodinelić - - - - - - - - - - - - - - - (1–5)

On the 80th Birthday of Professor Poznić
— *Dr. Milisav Čizmović* - - - - - - - - - - - - - - - - (6–12)

ARTICLES

Dr. Vladimir Vodinelić, The Aim And The Subject Matter Of Litigation Procedure - - - - - - - - - - - - - (13–23)

Dr. Stefan Georgievski, The Truth In Litigation Procedure - - - (24–32)

Dr. Milorad Živanović, The Nation Of Bringing An Action For Establishing In The Litigation Procedure - - - - - - (33–41)

Dr. Zoran Ivošević, Undivided Co-litigant Position - - - - - - (42–65)

Dr. Zarogka Jekić, The Right To Evidence In The Litigation And Criminal Procedures - - - - - - - - - - - - - - - - (66–77)

Dr. Gašo Knežević, Apperatining Of An Arbitration Decision And Its Annulment - - - - - - - - - - - - - (78–90)

Pavle Lopičić, The Necessity Of Enacting Special Law In The Field Of Settling Disputes Dy Arbitration - - - - - (91–99)

Dr. Božidar Marković, Administering Justice According To Equity In The General And Arbitration Laws - - - - - (100–106)

Dr. Miodrag Orlić, He Sense Of Offer In European Continental And Anglo-saxon Laws - - - - - - - - - - (107–119)

Dr. Vesna Rakić-Vodinelić, Simple Intervention In The Litigation Procedure - - - - - - - - - - - - - - - (120–139)

Mr. Goran Svilanović, The Sense Of Distinguishing Between Formal And Substantive Legal Validity - - - - - (140–153)

Dr. Zoran Tomić, State Property And State Ownership In The Law Of The Fr Of Yugoslavia - - - - - - - - - (154–164)

Dr. Jasminka Hasanbegović, On Legal Syllogism - - - - - - (165–172)

Bibliogarphy - (173–180)

Annales de la Faculté de Droit de Belgrade

AFD, année XLIV, Belgrade, numéro. 2–3, mars-juin 1996, pp. 1–183
UDK 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE DES MATIÈRES

page

Du professeur Poznić et de son oeuvre — *Vesna Rakić-Vodinelić* – – – – – – – – – – – – – – – – – (1–5)

A l'occasion du 80ème anniversaire du professeur Poznić — *Milisav Čizmović* – – – – – – – – – – – – – – – – – – (6–12)

ARTICLES

Vladimir V. Vodinelić, Le but et l'objet de la procédure contentieuse – – – – – – – – – – – – – – – – (13–23)

Stefan Georgievski, La vérité dans la procédure contentieuse – (24–32)

Milorad Živanović, La notion d'action en constatation dans la procédure contentieuse – – – – – – – – – – – – (33–41)

Zoran Ivošević, Le litisconsortium unique – – – – – – – – (42–65)

Zagorka Jekić, Droit à la preuve dans les procédures contentieuse et pénale – – – – – – – – – – – – – – – – (66–77)

Gašo Knezević, La nationalité des sentences arbitrales et leur annulation – – – – – – – – – – – – – – – – – – (78–90)

Pavle Lopičić, Sur le besoin d'adoption d'une loi spéciale dans le domaine du règlement arbitral des litiges – – – – – (91–99)

Božidar Marković, Acte de statuer en équité dans le droit commun et dans le droit arbitral – – – – – – – – (100–106)

Miodrag Orlić, Le sens de l'offre dans le droit europeen et anglo-saxon – – – – – – – – – – – – – – – – (107–119)

Vesna Rakić-Vodinelić, L'intervention ordinaire dans la procédure contentieuse – – – – – – – – – – – – – – – (120–139)

Goran Svilanović, Sur le sens de la distinction entre force de chose jugée formelle et matérielle – – – – – (140–153)

Zoran Tomić, Sur le patrimoine et la propriété d'état dans le droit Yougoslave – – – – – – – – – – – – – – – (154–164)

Jasminka Hasanbegović, Sur le syllogisme juridique – – – (165–172)

Bibliographie – (173–180)

Уредништво „Анала" моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Своје радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „Чланци" истовремено доставити апстракт (скраћени резиме) од 10 до 20 редова, резиме до највише 25 редова, и кључне речи са највише пет израза, без веза. Апстракт и резиме куцати на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 5 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издавања, година издавања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, стр. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), број и годину излажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду", бр. 2–3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС", бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл, навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Порасти и разлози пораста пореског оптерећења*, „Финанције и финанцијско право", ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осијек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Куповопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада", том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије Ш У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе", бр 7–8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гзз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука", књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна иза друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу *op. cit.* Уколико се једно дело истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу *ibid.*

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду дати у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основице је, као што предвиђа одредба чл. 3. Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србије исплаћеног у предходној години.

13. Пошто се часопис „Анали" штампа ћирилицом, црвеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев се односи и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба да буду штампани *курзивом.*

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и кузивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, „Yugoslav Workers Self-management", ed. by F. J. Brockmeyer, Dotrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзивом а не ш п а ц и о н и р а н о (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднаслове највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднаслове обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III. УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Моле се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду" у 1996. години за целу годину износи:

1. За правна лица – – – – – – – – – – – – – –	дин.	200,00
2. За физичка лица – – – – – – – – – – – – –	дин.	75,00
3. За студенте (редовне и ванредне) – – – –	дин.	25,00
4. За један примерак – – – – – – – – – – – –	дин.	50,00
5. За један примерак за иностранство – – –	US$ 25,00	(у дин)

Претплата за иностранство износи 50 US$ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број, 40803-603-4-4356

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
Београд — Булевар Револуције 67, тел. 341–501