

Правне расправе, 1921.

Садржај

1. Да ли је брат дужан издржавати брата односно сестру
2. Објашњење §§ 113 и 114 Грађанског законика
3. Објашњење § 128 Грађанског законика
4. Неколико речи о обећању које се јавним огласом чини
5. О остави или аманету
6. Несавесно парничење
7. О судском поравнању
8. Приговор неиспуњенога уговора
9. Неколико речи о противтужби
10. Поновљење парнице
11. Кратко суђење по писменим исправама
12. Принципи аустријског грађанског судског поступка
13. Прикупљавање и распоред процеснога материјала по аустријском грађанском судском поступку
14. Прикупљавање и распоред процеснога материјала по угарском грађанском судском поступку
15. О поступку по правном средству жалбе и ревизије по српском и аустријском грађанском судском поступку
16. Напомена

SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIJU I
DOKUMENTACIJU DELATNOST

Inv. br.

SIGN.

24/11-1922

БИБЛИОТЕКА

Министарство Правде

ПРАВНЕ РАСПРАВЕ

Уведено у нови инвентар бр. 21
1 јануара 1942
Београд

ОД

Др. Д. Аранђеловића

професора универзитета



БЕОГРАД

ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА

1 Кнез Михајлова улица 1

1921.

Да ли је брат дужан издржавати брата односно сестру?

Наш грађански законик у § 119 овако одређује дужност сродника за издржавање: „Све трошкове поради издржавања и васпитања деце дужан је поглавито отац носити, а после њега мати, за њим дед и баба од очине стране, а за овима стричеви, а после дед и баба од материне стране и ујаци; осим ако нису у задрузи, у ком случају ако уживају имање у заједнини, дужан је старешина кућни о снабдењу свију старати се и после оца сву бригу поглавито носити.“ Из овога законскога прописа следовало би, на први поглед, да брат није дужан брата ни сестру издржавати.¹ Ово би наређење у толико неправичније било, што по истом законском пропису стриц је дужан издржавати синовца и синовицу, и ако су му они даљи сродници, и још из побочне линије, као и ујак сестрића и сестричину. Брат није дужан издржавати свога брата или сестру, а дужан је издржавати њихову децу! Законодавац је, изгледа, имао у виду, доносећи овај пропис, нормалан случај да су синовац, односно синовица или сестрић и сестричина, много млађи од стрица односно ујака, и да им је, као малолетним, потребна заштита ових сродника, али није имао у виду да у животу по каткад бива да и пунолетан брат може имати малолетну браћу и сестре, као и да пунолетан брат и сестра могу допасти беде и невоље тако да им је потребна заштита пунолетног брата. Ипак сматрамо да овако неправично решење овога питања не изражава *праву мисао* законодавчеву, и да ову треба путем аналогije сазнати. Кад већ законодавац, одступајући од свога изворника, аустријског законика, оптерећује стрица и ујака као *побочне* сроднике на издржавање, онда је зацело *права његова намера* била да је и брат дужан

¹ Што брат, као наследник свога оца, има дужност да из наслеђеног имања издржава сестру (§ 397), то је друго питање.



Ин. бр.
39153

БЕОГРАД

Штампарија „МИРОТОЧИВИ“ Вука Караџића ул. бр. 26.

1920.

брата и сестру издржавати, као *ближе побочне* сроднике, чим би се они нашли у положају да им је издржавање потребно. Кад је неко дужан издржавати даље сроднике, дужан је и ближе, иначе би изашло да је законодавац био и неправичан и нелогичан и за то треба употребити тумачење и аналогију, да се сазна права намера законодавчева и да се неправичност и нелогичност отклоне. И кад законодавац не говори изрично о дужности брата да издржава брата и сестру, а допушта у § 10 аналогију, као средство да се сазна права воља законодавчева, онда зашто је не бисмо овде употребили да отклонимо једно неправедно и нелогично решење? Друга би ствар била, да је закон одредио да дужност издржавања пада само на сроднике у правој линији, али кад он већ прелази и на побочну линију, и оптерећује једно лице као стрица односно ујака, онда зар не одговара вољи законодавца да то лице, које би као стриц односно ујак морало издржавати дете свога брата односно сестре, има исту дужност и према оцу односно мајци тога детета, кад се они нађу у оскудном положају, у коме им је издржавање потребно? Овако тумачење одговара и високом схватању родбинских веза, које постоје у нашем народу, за који је законик донесен, и због којих је законодавац проширио дужност издржавања и на ове побочне сроднике.¹

¹ Као што рекосмо, аустријски грађ. зак. (§ 143) не обвезује побочне сроднике на издржавање, већ само деду и бабу с очеве стране, а после ових деду и бабу с материне стране. Аустријски писци, с обзиром на основ, из кога ова обавеза потиче, готово једнодушно узимају да се под „дедом и бабом“ (Grosseltern) подразумевају сви претци (B. Stübenrauch, Kommentar I стр. 223), а нарочито због тога што аустријски законодавац овај израз „Grosseltern“ употребљава за означавање предака. Да ли би по нашем законуку прадеде и прабабе и даље претци били дужни давати издржавање својим прауницима односно даљим потомцима? Мислимо да се то не би могло тврдити (и ако би одговарало правичности) за то, што наш законодавац после деде и бабе с очеве стране прелази на побочну линију и дужност издржавања намеће стрицу, а после деде и бабе с материне стране ујаку, завршујући на тај начин набрајање сродника, који су обавезни давати издржавање, тако да аналогији не би било места. Да је законодавац хтео да дужност издржавања наметне и прадеди и прабаби, он не би онда после деде и бабе одмах одређивао да је стриц обавезан на издржавање. Са колико је мало правичности наш законодавац регулисао питање о издржавању сродника, види се и по томе што он обвезује деду и бабу на издржавање унучета, а не одређује да је и унук дужан издржавати деду и бабу, већ само родитеље своје (§ 127 у вези са § 115). Кад је већ законодавац и побочне сроднике оптеретио дужношћу издржавања, онда је требало одредити, да та дужност буде узајамна и да је и синовац и сестрић дужан издржавати стрица и ујака.

Немачки грађан. законик прописује у § 1601 да су сродници у правој линији дужни један другом давати издржавање. Међу тим пруски

Ако узмемо да су по нашем законуку браћа дужна издржавати браћу и сестре, онда настаје питање: под којим условима су они дужни то издржавање давати? Ако има више браће, сви су дужни давати издржавање сразмерно својој имовини, својим и своје породице потребама, и у оној мери која ће брату, односно сестри омогућити скромно и пристојно живљење. Брат односно сестра, који тражи издржавање, не може рефлектовати на то да живи онако као и онај од кога издржавање тражи, али с друге стране не може ни на издржавање обавезни брат, и ако је имућан, сматрати да је одговорио својој обавези, ако да тако бедно издржавање да се од њега не може скромно и пристојно живети. Један брат, који је имућан, не може се ослободити да даде *пошћуно* скромно и пристојно издржавање за то што други брат, с обзиром на своје и своје породице потребе, није у стању да даје штогод за издржавање оскуднога брата или сестре. Брат који има таман толико прихода да може са својом породицом живети као што приличи његовом сталежу, није дужан себе и своју породицу ограничавати да би давао издржавање брату или сестри, јер његова обавеза није као очева према детету, који је дужан делити оно што има са својом децом. Брат или сестра, који траже издржавање, треба да су *оскудни*, па да могу издржавање тражити, т. ј. да немају довољно свога имања и да нису у стању *привређивати* онолико колико им је за скроман и пристојан живот потребно. Наравно да се од брата само може тражити да привређују онако како су се за живот спремали, а не по сваку цену и ма на који начин. Један имућан брат, који би дужан био давати издржавање, не би могао одбити да даје издржавање за то што на пр. његова сестра, васпитана за домаћицу у имућној кући, може да привређује служећи код другог. С друге стране, ако се спремила за какву самосталну професију, не може тражити издржавање кад може својим професионалним привређивањем издржавати себе. Питање је фактично и суд би имао да оцени да ли је потражилац издржавања, с обзиром на своје здравље, свој друштвени положај и своје васпитање, способан да привређује

законик давао је у ограниченој мери и браћи и сестрама право на издржавање. Такође и по швајцарском грађан. законуку од 1907 сродници у усходној и нисходној линији и браћа и сестре узајамно су дужни потпомагати се чим би без те помоћи у невољу допали (§ 328). У овим новијим законима дужност сродника на издржавање узајамна је, што боље одговара правичности по одредбе нашег законика.

онако како му приличи¹. Нико не треба од рада да бежи, али се не може ни то тражити да се потражилац издржавања ма каквог рада прими. Издржавање малолетног лица обухвата и омогућавање школовања, у колико је обичај у сталежу коме малолетник по рођењу припада да се деца школују. Један *богат* брат дужан је да и школовање свога оскудног брата припомогне, те да овај дође до могућности привређивања. Он се не би могао своје обавезе ослободити што би на пр. предлагао да се оскудни брат даде у трговину или на занат, ако је потражилац издржавања врло добар ученик, те би могао свршити своје школовање.

Ако има више браће, т. ј. рођене, и по оцу само, и по мајци само, онда дужност издржавања пада прво на рођену браћу и браћу по оцу, а за тим на браћу само по мајци, пошто наш законодавац у погледу наслеђивања изједначује рођену браћу и браћу само по оцу, а браћа само по мајци долазе после ових (чак и после сестара по оцу — законодавно тумачење од 29 V. 1853. В. № 523), и онда има места применити аналого овај законски пропис и кад је у питању издржавање.

Брат је дужан давати издржавање брату, односно, сестри само онда и донде докле ови не буду у стању привређивати и докле својим моралним понашањем то заслужују. Ако брат одн. сестра својим понашањем вређају моралне прописе, ако се огреше о дужности према брату, који их издржава, на начин који се у § 567. грађ. законика предвиђа за опозивање поклона, онда немају права тражити издржавање. Законска дужност издржавања брата и сестре не може ићи дотле, да је брат дужан издржавати и неваљалог брата или сестру. И кад и сами родитељи имају права да своје дете искључе из законског дела наслеђа, онда несумњиво да и брат има права да у таким случајима одрекне издржавање. Није потребно да је неваљалство судском осудом за какво дело утврђено, али на сваки начин да брат, који хоће да се ослободи обвезе издржавања, треба судским путем да се те обавезе ослободи, и онда ће суд ценити да ли је потражилац издржавања такав у погледу моралног понашања.

¹ Dernburg, Familienrecht стр. 250 прим. 10. наводи да један студент, који тражи од обвезаног сродника издржавање, не може бити одбијен за то, што би као чистач улице могао зарађивати, али ако би му било могуће издржавати се давањем кондиција, онда не би могао тражити издржавање.

Објашњење §§ 113 и 114 грађан. законика.

На жалост рат је у много случајева пореметио и брачне односе. На дневном су реду разводи бракова и порицање брачности деце, која су од законитих супруга рођена. Отуда §§ 113 и 114 грађ. зак., који су за време мира врло ретко примењивани у судској праксе, добијају већи значај, јер ће број оспоравања законитости деце бити све већи.

По § 113 грађ. зак. брачна су деца она, која се у законном браку роде. За таку закон сматра сву ону децу, која се после 180 дана од дана венчања или за 300 дана после смрти мужевље или коначног развода брачне свезе од законе супруге роде. Али ова претпоставка, да је дете у овом времену рођено брачно,¹ може се оборити (*praesumptio juris tantum*), али само на начин прописан у § 114, а то је да се јасно докаже да муж за време законом одређеног рока од 180 и 300 дана није имао могућности за телесни сношај са својом женом. Свако је друго доказно средство искључено. Јер зачеће је детета тајна природе, и ако је за време, када је зачеће било могућно, жена могла имати сношаја са мужем а и са другим лицем, онда се не може с позитивношћу тврдити да дете није од мужа зачето. Треба дакле да постоји немогућност сношаја жене са мужем у времену кад се дете могло зачети, па да се може узети да оно није од мужа зачето.

Наш законодавац вели да треба доказати да муж није могао имати телесног сношаја са женом за време законом одређеног рока од 180 и 300 дана. Који је то рок? Законодавац узима да је потребно нормално да мати најмање носи дете у утроби 180 дана после зачећа и да га најдуже после зачећа може носити 300 дана. Ако је дакле муж могао имати сношаја са женом у времену од кога до порођаја није прошло мање од 180 дана ни више од 300 дана, онда се узима да је жена дете од њега зачала за то што је нормалан случај у животу да муж има сношај са својом женом, и онда према томе треба доказати да муж није могао полно општити са женом у времену када је дете могло бити зачето. А оно је могло бити зачето најраније 180-ог дана пре порођаја а најдоцније 300-ог дана пре порођаја. Ово време од 180-ог до 300-ог дана пре рођења, дакле

¹ Pater est quem nuptiae demonstrant — За оца детињег сматра се муж мајке.

120 дана, јесте време концепције, време у коме је дете зачето. Треба дакле доказати да за то време муж није могао имати телеснога сношаја са женом, из чега излази да жена са њим није дете зачала, и према томе да је оно ванбрачно.

Муж треба да докаже да за горе означено време није могао имати сношаја са женом. Како ће се ово доказати? Треба доказати узрок, који је онемогућавао телесни сношај са женом: одвојеност од ње, физичка неспособност за сношај (на пр. тешка болест), нарочито импотенција. Као што смо видели, наш законодавац допушта оспоравање законитости детета само у *једином случају* а то је: немогућност сношаја жене са мужем у време зачећа детета. Према томе није довољно доказати да муж није имао сношаја са женом (на пр. признање жене да није имала сношаја с мужем), него да га *није могао* имати. За наше право не може се усвојити оно, што аустријски писци (В. Krasnopolski, Familienrecht, стр. 225) узимају за аустријски грађан. законик, на име да муж може немогућност зачећа доказати тиме, што ће утврдити да из његовог сношаја са женом у времену зачећа детета није могло зачеће тога детета следовати за то што је неспособан за оплођавање или што је она тада већ са другим била зачала или да се тада налазила у стању, у коме није могла, по исказу вештака, остати трудна или најзад тиме што ће доказати да се зачеће није у браку могло десити, јер вештаци тврде, да је дете, рођено у седмом месецу по закључењу брака, потпуно донесено, дакле да је најмање осам месеци ношено. (В. Stubenrauch Kommentar I стр. 237). Све су то по нашем закону несигурни докази за тако важно питање: хоће ли се једном детету, за које закон претпоставља да је брачно, законитост порећи.¹ Којим ће доказним средством муж доказати да није могао имати телесног сношаја са женом, зависи од конкретног случаја. Главна заклетва као доказно средство искључена је и по самој природи оваке парнице, а сведоци се могу допустити само за случај кад нема писмених доказа; наравно да суд по § 213 грађ. суд. пост. има слободно да оцени колико ће вере исказима сведока поклонити.

¹ Међутим ако је дете друге расе од оне, којој мати и њен муж припадају, онда муж на основу само тога факта може порећи законитост детета, јер онда је очигледно да дете од њега није зачето, и ако је он у време зачећа имао сношаја са женом.

Муж има да оспорава законитост детета своје супруге подизањем тужбе код првостепеног суда. Други начин оспоравања није довољан, што се види из § 128, по коме муж, коме је жена пре истека 180 дана од венчања родила дете, треба судским путем да се одрекне детета, па да оно буде ванбрачно. Ради одбране законитости детиње има се поставити нарочити старатељ, који заступа дете као тужену страну (чл. 158 зак. о старатељству).¹ Тужбу има права подићи муж у року од три месеца од дана када је о рођењу детета сазнао.^{2, 3} Законодавац истина не говори у § 114 о овом року, али то следује из § 128, по коме је муж, коме је супруга родила дете пре истека 180 дана од венчања, дужан судским путем одрећи се детета у року од три месеца. По истеку овога времена тужба се не може подићи (преклузивни рок) и дете остаје брачно. Ако је муж пре истека овога времена умро не подигавши тужбу, онда могу његови наследници (дакле лица која би га наследила, по закону или тестаменту, не узимајући у обзир дете, чија је законитост у питању, у току преосталог времена тужбу подићи.⁴ Ако је муж умро не сазнавши о рођењу детета или је пак дете рођено после смрти мужа, онда његови наследници могу тужбу подићи у року од 3 месеца од дана када су за рођење сазнали. У случају да је муж у времену рођења детињег умро болестан, онда његов старатељ има

¹ Мати детиња може ступити у парницу као споредни умешач (§ 65. грађ. суд. пост.).

² Теоријски није искључена могућност да муж сазна о рођењу детета своје супруге тек кад дете постане пунолетно. У овом случају Stubenrauch узима да старатеља не треба ни постављати, пошто је дете тада способно да само своје интересе брани. Овако би имало бити и по нашем закону, који наређује постављање старатељства само лицима, која нису у стању због малолетства или услед других узрока да сами своје интересе бране (чл. 11, 137 и сл.).

³ Специјално за данашње прилике треба имати на уму и пропис чл. 3. зак. од 29. јула 1914, по коме се обуставља ток свију рокова од којих зависи губитак каквих права по грађан. зак. за време од 12 јула 1914 па до истека шесет дана по указу о демобилизацији војске (24-III-1920). За оспоравање брачности деце рођене од 12 јула 1914 до истека шесет дана по демобилизацији (а то је 24-V-1920 закључно) рок од три месеца за подизање тужбе не може ни почети тећи. Тек после овог датума (24-V-1920) може почети тећи овај рок од три месеца, у колико се ово питање не регулише законодавним путем другачије.

⁴ У аустријском законнику изрично се ово право даје наследницима (§ 159). У нашем праву би то следовало из § 394, осим ако би се узело да је то чисто лично право, које престаје смрћу титулара и не прелази на наследнике.

права на подизање тужбе за оспоравање законитости у року од три месеца од дана када је за рођење сазнао.¹ Наравно ако је жена постављена мужу за старатеља (чл. 138 зак. о старатељству), онда се има поставити нарочити старатељ, који ће парницу водити (чл. 155, 157 зак. о старатељству). Право на тужбу престаје и признањем детета за брачно од стране мужа. Јер кад муж може по § 128 да призна за своје оно дете, које је рођено пре истека 180 дана од венчања, онда у толико пре може то учинити за дете, рођено после овога рока, за које постоји претпоставка да је брачно. Признање мужа да је дете његово, услед кога би изгубио право на подизање тужбе за оспоравање законитости детета, треба, с обзиром на важност овога акта, да буде утврђено несумњивим писменим доказима, дакле да писмено потиче од мужа или да је дато пред свештеником, који води црквене књиге рођене и крштене деце. Упис детета као брачног у црквене књиге са пристанком мужа садржи у себи признање да је дете његово, услед чега муж не би могао подизати тужбу за оспоравање брачности. Ако је муж дао изјаву о признању у заблуди или услед претње, онда се она може побијати као и свака друга изјава воље, која се на правни посао односи.

Објашњење § 128 грађан. законика

У § 128 грађанског законика² прави се разлика између ванбрачног детета које је мати невенчана зачала и невенчана родила и ванбрачног детета, које родила мати у браку али пре истека 180-ог дана од венчања или после истека 300 дана

¹ За аустријско право спорно је питање може ли мати дегиња оспоравати брачност његову. За наше право несумњиво је да мати то право нема, јер се у § 114 говори само о оцу да може посумњати у законитост детета и доказивати да није од њега зачала. Са истога разлога ни само дете нема тога права. De lege ferenda одиста нема разлога ускраћивати матери и детету право да оспоравају законитост рођења. (B. Anders, Familienrecht, стр. 17, прим. 7.). Зашто ускраћивати ово право матери и детету, који пре пристају на незаконитост рођаја, него да се дете сматра као брачно дете на пр. морално пропалог мужа матере?

² § 128 грађ. зак. гласи: „Ванбрачно дете или коpile је оно, које је мати невенчана зачала и родила. За тако се држи и оно, које је истина од матере венчане у браку, али пре или после одређенога закона рока од 180 или 300 дана (§ 113) рођен; осим ако је недоношче, или је од оца за своје признато, или отац за 3 месеца дана судски одрекао се њега није“.

по смрти мужа или коначног развода брачне свезе. Она прва ванбрачна деца могу добити положај брачне деце само позакоњењем (легитимацијом), коју предвиђа § 134 грађ. зак., а за ову другу ванбрачну децу законодавац поставља претпоставку небрачности само под извесним условима. Собзиром на сам законски текст §-а 128 начинићемо ову разлику:

1. Дете је рођено пре истека 180 дана од закључења брака. Ово ће се дете сматрати за ванбрачно ако га се отац (муж матере) судским путем одрекне. Овај рок од три месеца рачуна се од дана када је муж за рођење детета сазнао. Пропусти ли муж овај рок, у коме има да оспори брачност детета, онда дете има положај брачног детета, и нико нема права да брачност детета оспорава, „јер би иначе брачни мир био изложен непријатностима.“ (B. Stubenrauch, Kommentar I. стр. 233). Муж има да се одрекне детета у виду оспоравања брачности писменим актом упућеним или изјавом учињеном пред судијом за неспорна дела, а не у виду подизања тужбе. Муж треба да поднесе доказе о времену закључења брака и времену рођења детета, а судија, примивши к знању уредно одрицање брачности детета, да овоме постави старатеља (чл. 158 зак. о старатељству), који би парницом према мужу имао да брани брачност детета (доказивањем да је дете недоношче или да га је муж за своје признао или да оспоравање брачности није учињено у одређеном року). Ако муж умре пре истека тромесечног рока по сазнању рођења, а не оспори законитост детета, или пре но што за рођење сазна, онда његови наследници могу, за преостатак непротеклог рока или од дана сазнања о рођењу детета, путем тужбе нападати законитост рођења детета. У нашем законiku нема о томе изричног прописа као у аустријском (§ 159), али то следује из § 394. по коме сва права, осим чисто личних, прелазе на наследнике.¹ Из овога што је досада речено следује да је у власти мужа, коме је жена пре истека 180 дана од закључења брака родила дете, да детету даде положај брачног детета не протестујући противу законитости његове. Ако време од 3 месеца по рођењу прође, а муж не протестује, дете се сматра за брачно. Међутим и пре истека овога рока од 3 месеца муж може из-

¹ Ако се узме да је право одрицања законитости детета чисто лично право мужа, онда би оно, наравно, и престало смрћу његовом и не би прелазило на наследнике.

рично признати дете за своје, као што га је могао прећутно признати, не оспоравајући законитост у року од три месеца, који му је тога ради остављен. Законодавац не вели на који начин ово признање треба да буде учињено, али према важности самога акта треба узети да то признање треба да буде констатовано несумњивим писменим доказима, или да је дато пред свештеником, који води црквене књиге рођених и крштених.¹ Признање законитости детета лишава мужа права да оспорава брачност детета.

II. Дете је родила супруга по истеку 300-тог дана после смрти мужа или коначног развода брачне свезе (§ 113) т. ј. од дана извршности пресуде о разводу. Такво се дете сматра као ванбрачно и да би се као ванбрачно сматрало није потребно оспоравање његове законитости. Али мати и старатељ детета могу подићи против бившег мужа, односно његових наследника, тужбу и средством вештака утврдити да је дете, с обзиром на развијеност,² ипак у браку зачето.³ Јер кад закон допушта да се може утврђивати да је дете, рођено пре истека 180 дана од венчања, недоношче и као тако да је ипак брачно, онда се аналого томе може узети да је допуштено вештачким прегледом доказати да је дете више ношено но што је то у нормалним случајевима. Признање разведеног мужа да је дете од њега у браку зачето и ако је рођено по истеку 300 дана од развода брака, није довољно само за себе да детету да положај законитог детета, ако вештаци не потврде ту могућност. Кад би само признање разведеног мужа било довољно да детету да положај брачног детета, онда би се дошло до апсурдног резултата да би он могао и једном детету, које је рођено од бивше супруге на две године по разводу, признати да је његово брачно дете, и ако је очевидно да ово дете није могло бити од њега у браку

¹ Dr. Л. Ларковић, Гриђан. Законик, прим. 2 код § 128 сматра да признање треба да буде учињено пред свештеником или другим којим јавним органом. Аустријски судови нису сагласни у мишљењу да ли упис детета као брачног у књиге крштених, а по жељи мужа, повлачи за овога губитак права на оспоравање. В. Anders, Familienrecht, стр. 181 прим. 24.

² Ово право тужбе за брачни патернитет у овом случају изрично предвиђа § 157 аустр. грађ. зак.

³ Наравно да овде може бити у питању незнатно време по истеку 300-тог дана од престанка брака, а не какав дужи рок, за који мати не може дете носити.

зачето, него од кога другог, или баш и од бившег мужа, али у времену после престанка брака. А из таког зачећа рађају се ванбрачна деца, коју отац може позаконити само по § 134.

Шта се тиче деце, коју роди супруга у случају кад је супрузима досуђен одвојен живот (§ 102 грађ. зак.), а по истеку 300 дана од разлучења, ова се деца, пошто брак траје, не могу упоредити деци која су рођена по истеку 300 дана по престанку брака разводом. На ову се децу, рођену пошто прођу 300 дана или ма и више дана од разлучења супруга, примењују прописи о деци у браку рођеној¹ (§§ 113 и 114), т. ј. сматраће се дете за брачно и муж може само тужбом побијати законитост по § 114. Ако је супрузима досуђен одвојен живот пре истека 180 дана од венчања и пре истека овога времена супруга роди дете, онда је меродаван пропис § 128, т. ј. дете ће бити ванбрачно или брачно под истим условима као и да разлучења од заједничког живота није било, а како је горе објашњен случај кад се дете роди пре но што прођу 180 дана од венчања. Ако супрузима буде досуђен одвојен живот тек пошто прођу 180 дана од венчања, онда деца од супруге рођена после тога момента по правилу из § 113 сматрају се за брачну, а муж може на начин из § 114 побијати тужбом брачност рођења, дакле доказивати да за време концепције детета није имао сношаја са женом.²

Неколико речи о обећању које се јавним огласом чини.

1. У теорији приватног права за дуго је владало начело да обећање једнога лица да прима на себе извесну обвезу, има дејства, т. ј. постаје обавезно за онога који га је учинио, тек

¹ Јер кад је брак у целости, онда се може десити да муж одиста и ступи у сношај са женом (и ако је досуђен одвојен живот) и тако да дође до зачећа детета.

² По аустријском грађан. законик (§ § 138, 155) са децом коју роди супруга по истеку десет месеци од судског одвајања од стола и постеље поступа се исто онако као и са децом која се у овом времену роде по разводу брака. Тако је дете ванбрачно, и није потребно за то оспоравање судским путем. У дворском декрету од 15 јуна 1835 изрично се прописује: „да се деца коју роди супруга, одвојена од стола и постеље, десет месеци после судског одвајања, имају само онда као брачне сматрати, кад се према мужу мајке докаже оно, што се у § 163 прописује“. (В. Stubenrauch op. cit. стр. 215, 235.)

онда, кад то обећање буде примљено од стране онога, коме је учињено. Другим речима, тек кад обећање, пријемом његовим од друге стране, постане *уговор*, рађа се облигација — обавеза за једну или за обе уговорне стране. Сматрало се да обећање, само по себи, као једностран акт, не обвезује онога који га чини. Противници обавезне снаге једностраног обећања позивали су се за потврду свога схватања на римско право, које није признавало обавезну снагу једностраном обећању.¹ Али ма како да је ово питање било расправљено у римском праву, несумњиво је да је пандектно право допуштало обавезну снагу једностраног обећања (B. Dernburg, Pandecten II. стр. 14). Са гледишта теоријског нема одиста озбиљног разлога противити се обавезној снази једностраног обећања. Зашто да једна озбиљно и јавно учињена изјава да ће изјавилац платити ономе, који му извесан посао учини, не би стварала обвезу за изјавиоца да одиста и плати оно што је обећао? За што да понудио једнога уговорача другом уговорачу да закључе извесан уговор не би обвезивала понуђача да је дужан остати при својој понуди, да је не може тргнути, док на пр. не прође рок, који је за пријем понуде остављен? Законодавства су, сасвим оправдано, стала на гледиште да и једнострани обећања могу стварати облигације и нормирала случајеве када ће то бити. Тако немачки грађански законик признаје на пр. обавезну снагу једностраном обећању, које се јавно огласом чини (§ 657), за тим обећању које чини издавалац папира на доносиоца (§ 793), понуди за закључење уговора (§ 145). И за аустријско право аутори узимају да једнострани обећања могу стварати облигације. Тако Hasenöhr, Obligationenrecht II. стр. 3., набраја као једностране акте обавезивања, који стварају облигације: легат, понуду за закључење уговора, уговор у корист трећих, обећање које се огласом чини, папире на доносиоца и по наредби.²

¹ Изузимајући случајеве тзв. *pollicitatio* и *votum*. *Pollicitatio* је обећање дара једној варошкој општини због указаних почести, а *votum* једнострано обећање давања ради кога побожног циља. B. Dernburg, Pandecten II. стр. 23.

² О једностраним обећањима не говори изрично аустријски грађ. зак. Односно обећања, које се огласом чини, узима се да оно постоји и по овом закону с обзиром на §§ 862, 914 *in fine* у вези са § 7. (природна правна начела). Види Dniestrzanski, Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 аустр. грађ. зак.) у збирци Festschrift zum Jahrhundertfeier des allg. bürgerl. Gesetzbuchs II. стр. 33.

Црногорски имовински законик признаје обавезну снагу обећању, које се огласом чини (чл. 586). И наш законик грађански изрично признаје обавезну снагу једностраних обећања легата (§ § 469, 471), даље има се узети да је и понуђач за закључење уговора обавезан остати при својој понуди, ако је оставио рок, у коме ће чекати на пријем понуде, а и јавно учињено обећање огласом да ће се дати награда за учињену радњу обвезно је и по нашем закону, као што ћемо се ниже уверити.²

2. У животу су чести случајеви да неко јавним огласом, најчешће путем новина, објављује да ће дати извесну награду у новцу, или у чему другом, ономе ко штогод учини. У немачком и аустријском праву тако обећање назива се „*Auslobung*.“ Тако § 657 немач. грађ. зак. гласи: „Ко јавним огласом одреди извесну награду за предузимање неке радње, нарочито за постигнуће неког успеха, обвезан је платити награду ономе, који је радњу предузео, па и онда, ако је овај делао без обзира на оглас.“ А црногорски законик прописује у чл. 586 овако: „Ко јавним огласом нешто обећа за дјело које би ма ко извршио, обећање га везује. Али опет обећалац може своје обећање и натраг узети све док дјело о коме је ријеч није извршено било.“ У нашем грађан. закону нема изричнога помена о томе, да је обећалац награде јавним огласом обавезан испунити оно, што је обећао, али ипак оправдано је узети да та обвеза његова постоји. Када би се узело да ово обећање постаје *уговор* тиме, што би радња, чије се извршење огласом тражи, била извршена од кога лица, и тиме обећању следовао пријем — а које гледиште, као што ћемо видети, није тачно, онда би обвеза на плаћање обећане награде потицала из уговора, те би и по нашем закону такво обећање било обавезно. Али и да обећање, као једнострани изјава, има да буде обавезно, може се по нашем закону тврдити. Законик наш признаје обавезну снагу уговорима, уговорачи су дужни испунити своје уговорне обвезе (§ § 540, 547 и сл.). Међу тим једнострани обећања слична су уговорним обвезама, и, по аналогiji, кад је уговорач дужан испунити уговорну обвезу, онда је и обећалац јавним огласом дужан испунити своју из једностране изјаве

² И оснивање задужбине по закону о задужбинама је обвеза из једностраног обећања, које се ствара писменим актом добротворовим (чл. 2 закона о задужбинама) и одобрењем надлежне власти (чл. 3 и 4 закона).

потеклу обвезу. Сем тога и једнострану обвезу у погледу испуњења легата (§ § 469, 471) наш законик признаје и наследник је дужан ту обвезу испунити, и онда нема разлога порицати да наш законодавац признаје обавезну снагу обећању, које је огласом јавно учињено. На против може се тврдити, да нећемо ни најмање погрешити ако узмемо да у намери законодавца лежи и признање обавезне снаге једностраном обећању. Наш је законик у § 13 прописао да воља и наредба човечја заступа закон. Па кад закон не помиње обавезе које потичу из обећања награде јавним огласом, а допушта да закон може бити заступљен вољом појединаца, да воља може постати закон, те се онда као закон мора и поштовати и испунити, онда то значи да се појединац може својом вољом обвезати и онде, где закон изрично не спомиње неку обвезу. Наравно да воља појединца да се обвеже не сме се тицати таквих ствари, које би вређале јавни поредак и благонравље. Али кад неко изјави путем јавног огласа да ће дати дозвољену награду ономе, који предузме извесну законом дозвољену радњу, онда то значи да је он тиме прогласио себе обавезним онако исто, као што би био обавезан да је закон изрично установио ту његову обвезу. Он је својом вољом заменио закон, својом изјавом да хоће да се обвеже постао обавезан, што му закон допушта да може учинити. И као што један пут обвезани по закону не може себе за необавезнога сматрати, тако и обвезани по својој вољи, која је закон заменила, не може себе за необавезаног сматрати. Његова је воља да буде обавезан, као што је изјавио, постала закон за њега и за другу страну онако исто, као што је и уговор закон за уговораче.

3. Случајеви да неко огласом јавно обећа награду ономе, ко предузме извесну радњу, тичу се разних ствари. Награда се обећава на пр. ономе ко нађе изгубљену ствар, ко пронађе учиниоца некога недопуштенога дела, ко изради какво уметничко дело, (на пр. разни конкурси за израду споменика, планова за састављање кога литерарног дела итд.), ко изради какав посао или учини обећаоцу или коме другом какву услугу итд. Али у сваком случају ова радња, коју обећалац тражи да се изврши, мора бити дозвољена, не сме ићи против јавног поретка и морала (§ § 538 и 13). И кад би се јавним огласом ишло на то, да се изигра каква законска забрана, обећање не би било пуноважно. На пр. у случајевима које предвиђа § 539 грађ.

зак. Ко јавним огласом обећа ономе ко га излечи какве болести извесну награду, није обавезан то обећање испунити. Јер и да је уговор закључио са лекаром да се за извесну награду прими лечења, такав уговор не би био пуноважан. Исто тако и награда, коју обећалац чини, мора бити таква да се њоме не огрешује о јавни поредак и морал, нити да се њоме вређа каква законска забрана.

4. Да би једнострано обећање награде за предузету радњу било пуноважно, потребно је да је оно **јавно** учињено, било путем новина, растурањем или прилепљивањем огласа по јавним местима, објављивањем путем добоша и сл. У томе **јавном** објављивању лежи извесна гаранција озбиљности воље обећача да се обвеже. А **озбиљност** воље је један од битних захтева за важност сваког правног посла. Према томе у сваком конкретном случају суд би имао из свију околности, које су дотично јавно обећање пратиле, а нарочито из садржине огласа, да се увери да ли је публика, а нарочито онај, који је према јавном огласу радњу предузео, имао разлога веровати у озбиљност обећања. Наравно да није меродавно да ли је обећалац одиста озбиљно помишљао на обвезу, него да ли су публика и извршилац радње **са разлогом** поверовали у озбиљност изјаве. Није меродавна само воља обећаоца, него **изјављена воља** његова. Питање: да ли је у јавном огласу изјављена воља одиста озбиљна воља да се изјавилац хоће да обвеже, врло је тешко питање. (B. Krainz, II. стр. 156. прим. 16). Замислимо случајеве где фабриканти разних производа јавно обећавају награду ономе ко пронађе извесан недостатак на дотичном производу. Проналазач извесне помаде за рашћење косе обећава награду ономе, ко докаже да употребом те помаде коса не расте. Има ли ту **озбиљне воље** фабриканта да се обвеже? Krainz узима да у овом случају недостаје озбиљност воље, пошто је у интересу обећаоца да се дотична радња — доказивање, неефикастности помаде — не предузме. У ствари све зависи од конкретног случаја. Ако једна озбиљна фирма јавно обећа награду ономе ко докаже недостатак некога њенога производа, онда нема разлога сумњати у озбиљност изјаве. Није потребно за пуноважност обећања да обећалац има сопственога интереса да се радња, коју захтева, испуни. Овај може **лежати** или у интересу других лица или у јавном интересу.

5. Огласом јавно учињено обећање награде за извесну радњу услован је правни посао. Онај који обећава награду хоће да буде обвезан под условом да се радња, коју хоће да награди, *изврши*. Услов је одложен, јер награда има да се плати предузимаоцу кад радњу изврши. Међутим увек је меродавна воља обећаоца како хоће да буде обвезан. Он може одредити да ће награду платити и ономе, ко би радњу само *предузео*, али је не би и *извршио*. (За наш законик овде има места аналогој примени § 546).

6. Пошто је обећање огласом јавно учињено тим самим обавезно за обећаоца што је учињено, пошто је то једно-страна обвеза, која и без пријема обећања постоји, то је обећалац дужан испунити своју обавезу, дакле платити награду, и ономе, који би дотичну радњу извршио и не знајући да је за њу награда одређена. (B. Krainz, II. 1 стр. 154). Има пак писаца, који иду чак дотле да награду признају, са разлога правичности, чак и ономе, који је дотичну радњу извршио и *пре* него што је оглас учињен ради њенога предузимања, сем ако би из изјаве обећаоца што друго произлазило. (B. Hasenöhrl стр. 14).

7. Као и сваки услован правни посао, тако и обећање јавним огласом учињено, пуноважно је и пре но што је објављена радња извршена. Правни посао дакле постоји као услован, и ако по њему још нико није стекао право да награду тражи. Последица те пуноважности посла огледа се у томе, што он остаје у важности, ако би обећалац после датог огласа умро или душевно оболео. Наследници и стараоци обећаоца били би дужни да испуне обећање. Даље, опозивању једном већ учињеног обећања не би било места. (B. Hasenöhrl стр. 14). Међутим има писаца који сматрају да смрт и наступела неспособност обећаоца обеснажавају учињено обећање. (B. Windscheid, Pan. § 308 цитир. код Hasenöhrl-a). Изгледа логичније узети да учињено обећање, као свршен пуноважан правни посао, остаје у важности, као и остали правни послови, без обзира на доцније наступеле измене у способности онога који га је створио, или на његову смрт. (B. Dr. Л. Марковић, Грађан. Право I. стр. 228). Зашто би се ту од општег правила одступало? Разлог би томе могао бити само у томе, ако би се хтело узети да је ово обећање чисто лична обавеза, која не прелази на наследнике, а она се као таква не може сматрати

ео *ipso*. Само онда ако би се обећана награда од стране обећаоца састојала у некој његовој чисто личној радњи, коју други не би могао као он извршити, може се узети да обвеза не прелази и на наследнике. То исто важи и за опозивање обећања. Кад се ово сматра као пуноважан правни посао, као посао који обвезује обећаоца, онда како му се може признати право да он сам опозива обећање и ништи своју обвезу? Зар му се тиме не признаје право да он по вољи сматра себе и обвезаним (ако не опозове обећање) и необвезаним (кад обећање опозове), ситуација која је врло незгодна. Једно је лице или обвезано или није обвезано, а не може бити по својој изјави час једно час друго. У осталом, ако би се узело, да обећалац може по својој вољи опозвати учињено обећање, онда се одиста не може ни говорити о озбиљности обећаоца и о његовој намери да се тим обећањем обвеже. Немачки законик допушта истина да се обећање може опозвати, али ипак води рачуна и о томе, да таква слобода у опозивању може поткопати веру у искреност обећаоца да се обвеже и обвезаним остане, за то и допушта обећаоцу, да се може одрећи права на опозивање, и на тај начин створити код оних, који дотичну оглашену радњу хоће да предузму, уверење о својој искренности да остане обавезан. Тако § 658 гласи: „Учињено обећање може бити опозвано докле се радња не предузме. Опозивање има дејства само тако, ако је објављено на исти начин као што је и обећање објављено или ако се изврши нарочитим саопштавањем. У учињеном обећању може обећалац одрећи се права на опозивање; у сумњи узима се да одређивање рока за предузимање радње садржи у себи одрицање“.

8. Учињено обећање јавним огласом циља на извршење радње, која је као услов за плаћање награде уговорена. Према томе чим услов буде испуњен, чим дакле радња буде извршена, обећалац је дужан обећану награду исплатити. Награда се исплаћује ономе, који је радњу извршио и наплату награде тражи. Али ако је више њих, сваки за себе, извршило објављену радњу, онда је у првом реду меродавна воља обећаоца: да ли је хтео само један пут платити награду или сваком извршиоцу радње, а та се воља има утврдити из учињене изјаве у обећању. У сумњи има се узети да је само један пут хтео платити, за то од више извршилаца добиће награду онај, који

је први радњу извршио. Ако је више њих радњу једноврe-
мено извршило, онда правичност захтева да они награду по-
деле. Немачки законик предвиђа и ту евентуалност, да је на-
града по своме својству недељива или да по садржини обећања
само један треба да добије награду, и онда одлучује да ће
у том случају коцка решити (§ 659).

Интересантан је случај кад више њих **заједно** допринесу,
да се објављена радња изврши. За тај случај постоји у не-
мачком законнику ово наређење: „§ 660. Ако су више њих
допринели успеху, за који је обећана награда, онда ће обећалац
по правичном нахођењу поделити између њих награду с
обзиром на учешће свакога од њих у успеху. Подела није
обвезна, ако је очевидно неправична; у том случају одлучиће
пресуда. Ако који од учесника изјави, да не признаје поделу
обећаоца као обавезну, онда је овај овлашћен да одрече
испуњење док учесници не сврше спор о своме праву; сваки
од њих може захтевати, да се награда за рачун њих свију
депонује. Пропис § 659 ал. 2 став 2 примениће се.“ Нема
сумње да би и наши судови имали овако ствар расправити у
оскудици законских изричних прописа по законској и правној
аналогији, а с обзиром на §§ 8, 10, 32, 543, 544, 734, 739,
740. То исто важи и за случај, о коме је у горњој алинеји
било говора (§ 659 немач. законика).

9. У теорији пандектног права чињени су интересантни
покушаји о правној конструкцији јавно учињеног обећања
награде за предузимање извесне радње. Писци, који ово обе-
ћање нису схватили као једнострано обећање, узимају га као
понуду за закључење уговора, упућену неодређеном лицу, која
пријемом одговарајућим постаје уговор. Овај се уговор само
нарочитим особеностима при пријему разликује од осталих
уговора. По овој теорији огласом учињено обећање не за-
снима, само по себи, никакву обавезу и стога може бити
опозвано све док не буде примљено, пошто пандектно право
не зна за неопозивне понуде за закључење уговора. Али овде
са појављује питање: у коме акту треба гледати **пријем** ове
понуде? **Hasenöhr** (стр. 9) овако класификује разна гледишта:
1. За постанак уговора из учињеног јавног обећања потребан
је изричан пријем извеснога лица према обећаоцу, и тим из-
јављеним пријемом, који је допуштен и пре извршене радње,

обећалац је обвезан према пријемнику. 2. Пријем понуде са-
стоји се у припремним радњама, које појединац предузима да би
омогућио извршење радње. 3. Пријем се састоји у предузимању
саме радње, у њој лежи прећутна акцептација. 4. Пријем се састоји
у захтеву извршиоца да му се за извршену радњу даде награда.
Али све ове конструкције имају извесне махне. Тако она под 1.
не обухвата оне случајеве јавнога обећања, где је расписана радња
предузета и без икаквог претходног саопштења обећаоцу. Пре-
дузималац радње овде не би могао тражити награду, јер, по-
што није изјавио обећаоцу да прима његово обећање, то
уговор и није закључен, па према томе ни обећалац није об-
везан да награду плати. Међутим очевидно је да је он објав-
љеним обећањем хтео да се обвеже платити награду ономе,
који радњу изврши. Конструкција под 2. не задовољава за то,
што се може десити да извршилац радње није никакве при-
преме ни чинио да би расписану радњу извршио, на пр.
да је случајно нашао изгубљену ствар, за чији је налазак
јавно обећана награда. И у овом случају обећалац не би био
обвезан, јер, у оскудици припремних радњи, до закључка
уговора није дошло. Јасно је пак, да је обећалац хтео бити
обвезан на случај извршења радње, без обзира на то да ли ће
бити предузимане какве припреме за њено извршење. Кон-
струкција под 3. не задовољава за то, што прећутно може
акцептирати обећање само онај, који је, знајући за њ и с об-
зиром на награду, радњу предузео. Према томе не би дошло
до закључења уговора ни до обвезе обећаоца у случају да је
извршилац радње исту извршио не знајући за обећање. Међу
тим то нити је била намера обећаоца нити одговора правич-
ности. У случају под 4. ваља приметити да извршилац обе-
ћане радње, захтевом да му се обећана награда плати, тражи
да му се **извршењем радње већ стечено право** на награду ре-
ализује, а не иде на то да тим тражењем награде **тек стиче**
право на њу. Ако би се усвојило да се тек тражењем награде
склапа уговор између обећаоца и извршиоца радње, онда је
могућно да обећалац, не будући до тог момента обвезан јер
уговора још нема, своје обећање награде опозове у размаку
времена од извршења радње па до тражења извршиоцевог
да му се награда плати. Такође ако би извршилац радње по-
сле предузете радње умро или изгубио пословну способност,

престала би могућност да тражењем награде изврши акцептацију обећања, и обећалац би био ослобођен обвезе.¹

Из свега овог излагања излази, да се све ове конструктивне тешкоће избегавају кад се усвоји гледиште, да је јавно учињено обећање награде за предузету радњу једностранни правни посао.

О остави или аманету.

А. Нормални случајеви.

1 Дефиниција уговора.

1. Наш грађан. законик у § 569 вели да је „остава или аманет такав уговор, којим ко туђу ствар прими тако да је чува и невредимо натраг врати.“ Таку одредбу садржи и изворник нашег законика, аустријски грађански законик, који у § 957 прописује: „кад ко туђу ствар прими да је чува, онда постаје уговор о остави.“ **Циљ** је дакле уговору о остави (**depositum**) **чување** (**custodia**) ствари, чиме се он карактерише као уговор нарочите врсте. Из тога циља уговора да се ствар чува, следује и дужност чувара да примљену ствар врати „невредимо“, те с тога није било ни потребно да се то изрично у дефиницију уговора о остави уноси, у толико мање што је у § 575 већ прописано да „чувар одговара за сваки квар или штету аманету причињену“. Као што се види из § 957 аустријског законика, такве одредбе у њему нема. **Чување** ствари

¹ У ова два последња случаја питање може бити спорно да ли наследници извршиоца обећане радње односно његов законски заступник могу, тражењем награде у место извршиоца, извршити акцептацију обећања. Ако би се узело да је тражење награде чисто лично право извршиоца, онда ни наследници ни законски заступник његов не би имали права да награду траже и тиме перфектирају уговор (аналого §-у 33 и 552). Али у животу је нормално да се награде траже за извршене услуге. те нећемо погрешити ако узмемо, у принципу, да вољи извршиоца радње одговара тражење награде и да би је и он тражио, да је остао у животу или да је задржао пословну способност. Међутим у сваком конкретном случају суд би, ако обећалац не би хтео да награду плати, позивајући се на смрт извршиоца или његову неспособност и тврдећи да је то његово лично право, које не прелазило на наследнике, имао да оцени: да ли су обећана награда, извршена радња, положај друштвени обећаоца и извршиоца и остале околности такве природе, да би извршилац награду тражио. И ако би нашао да би и он награду тражио допустиће њено тражење и наследницима одн. његовом закон. заступнику.

означује не само примање ствари у своје просторије, него и позитивне радње чуваре, да се отклони сваки квар од примљене ствари (§ 575). Чувар дакле има да предузме све мере, које би се, ради очувања ствари, показале потребним.

2. Из дефиниције уговора о остави следује да он долази у **реалне** уговоре. Он се за закључен сматра тек онда кад ко туђу ствар **прими** да је чува. Ако би уговорачи уговорили да се једна ствар има чувати, али она још не би била предана чувару, онда то још не би био уговор о остави, већ други уговор (**pactum de deponendo**), из кога могу настати обавезе, с обзиром на §§ 531 и 547 за уговорне стране.¹ Такав уговор изрично спомиње § 957 аустријског грађан. законика: „Примљено обећање, да ће се туђа још непредата ствар чувати, обвезује истина страну која је обећала, али то још није уговор о остави.“ Предаја ствари чувару не мора бити из руке у руку (§ 287). Довољно је ставити чувара у могућност да има фактичку власт над ствари, те да је може чувати, на пр. предајом кључева од зграде, где се налази роба, која се има чувати. И у случају кад чувар има ствар код себе на основу другог неког облигационог односа, па овај престане, може ствар бити предана на чување. На пр. по свршетку послуге, закупа, кад пуномоћник прибави ствар за свога властодавца, може се уговорити да онај који је ствар држао и даље је чува као чувар. Такође и у случају кад продавац у споразуму са купцем задржи на чувању продату ствар. (Види **von Schey, Die Obligationsverhältnisse** I 2 стр. 299).

3. У појму уговора о остави по нашем законiku лежи да чувар на чување прима **туђу** ствар, било да је она својина остављача (депонента) или неког трећег лица, па би је остављач

¹ Ако је уговорено да ће уговорач примити ствар на чување, онда се из тога претходнога уговора рађа обавеза за чувара да ствар прими на чување и на накнаду штете ако то не би хтео учинити (§ 31). Онај који је обећао чувати ствар има права захтевати, да остављач плати штету, коју би чувар претрпео тиме што би се на пријем ствари спремио. Та би се штета на пр. могла састојати у трошковима, које је уговорач имао, спремајући се да ствар на чување прими, или, ако је уговорено чување за награду, одбијајући други посао који би му извесну зараду донео, а који није могао примити због тога, што је очекивао да ће други уговорач дати ствар на чување. На пр. у својој шупи спремио је да чува кола другога уговорача па је морао одбити неко друго лице, које је хтелo да са њим за извесну награду закључи уговор о чувању или кирији. Међутим уговорач не може инсистирати на томе да му остављач баш преда ствар на чување, јер у сваком случају остављач има да оцени хоће ли дати ствар на чување.

код себе имао и на чување предао. Депонент може дакле дати на чување ствар, коју на пр. има као купац, послугопримац, заложни поверилац и тражити је натраг, на основу самог уговора о остави. Али да ли постаје уговор о остави кад чувар прима **своју** ствар на чување? Да власник једне ствари може доћи у таку ситуацију да своју ствар и у интересу другог чува, то је неоспорно. На пр. кад је чувар дао своју ствар у залог или коме у циљу плодуюживања, па је заложни поверилац или плодуюживалац даде чувару да он чува. Како закон изрично прописује, да уговор о остави постаје кад ко прими туђу ствар на чување, онда се не би могло узети да је овде закључен уговор о остави, него уговор нарочите врсте, на који би се ипак имали аналого применити прописи уговора о остави. За аустријско право, које такође прописује да се чувар обвезује на чување туђе ствари, мишљења су подељена. Тако **Stubenrauch, Kommentar II.** стр. 154 сматра да у оваком случају не постаје уговор о остави, **von Schey** у нав. делу стр. 286 вели да уговор постоји, ако је чувар **знао** да прима на чување своју ствар, а ако није знао, онда уговор нема важности због **бистине** заблуде, у којој се прималац ствари налазио.

4. Закон вели да је остава уговор о чувању ствари, али не вели какве. Отуда питање: да ли предмет уговора о остави може бити баш свака ствар у оном смислу како је наш законодавац у § 182 дефинише: „Под именом ствари разумева се у законом смислу све оно што није човек или није лице, а за потребу човеку служи.“ Али из природе уговора о остави, који се састоји у чувању ствари од сваког **квара** и штете, следује да само **шелесне** ствари могу бити предмет овога уговора. Што се **права** тиче, она не могу бити предмет овога уговора, јер код њих се не може десити никакав квар, од чега би их требало чувати. Чување би се код њих једино могло замислити у осигурању да наплата њихова не буде угрожена, дакле у мерама које би чувар могао предузети у циљу што брже и потпуније наплате. Али на тако чување законодавац несумњиво није мислио. Примање такве обавезе ради очувања некога права може бити предмет другог уговора, најчешће пуномоћства § 609). Међутим ако би се коме поверила на чување **исправа** о коме праву, онда је то уговор о чувању **шелесне** ствари, пошто чувар у том случају непосредно чува не права остављача, него писмено које се на то право односи

и за доказ о постојању његовом служи. И ствари које су **ван саобраћаја**, које нису у промету, могу бити предмет уговора о остави, на пр. једна црква може црквене утвари дати коме уговором на чување, једна општина може поверити коме уговором да чува општинску чесму,¹ мост² на каквом прелазу, и т. д. **Заменљиве** ствари могу се дати на чување с тим да се **in specie** врате (на пр. цак брашна), а исто тако и **потрошне** ствари, јер чувару се не даје ствар да их потроши него да их чува и врати. По нашем и аустријском грађ. зак. могу се дати на чување и **непокретне** ствари § 574). Само обично је да чувар непокретних ствари, поред дужности чувања као главне, има и друге обавезе у погледу непокретне ствари, а поглавито управљање њоме, у коме случају постаје мешовит уговор из уговора о чувању и пуномоћства (§§ 574 **in fine**) **B. Krainz. System 2,** 1. стр. 246.

5. Сем уговора о остави, при коме је главна садржина уговора дужност чувара да ствар чува, има и других уговора, при којима постоји такође обавеза уговорача на чување ствари. Тако да наведемо: а) код **уговора о послузи** послугопримац је дужан ствар примљену чувати и вратити је послодавцу (§§ 582, 589, 590), али ово чување није **циљ** уговора о послузи, као што је то код оставе, него се циљ послуге састоји у овлашћењу послугопримца на употребу ствари. Према томе ако остављач допусти чувару да ствар може употребљавати, онда треба гледати на то који је **главни циљ** таког уговора: ако је **чување** ствари главно, а употреба се допушта само као нека врста награде за чување (§ 578), онда уговор остаје уговор о остави. А ако је главни циљ уговора да се прималоцу ствар уступи на употребу, онда је то (§ 582) уговор о послузи. (**B. Schey** стр. 289). У том смислу и наш законик у § 571 при крају: ако остављач допусти употребу ствари, онда уговор престаје бити аманетом и прелази у наруч, по разлици ствари и **употребе**, т. ј. да ли је ова допуштена употреба ствари постала главни циљ уговора, у ком случају

^{1 2} У колико дотичном лицу није, сем чувања, и друга дужност поверена, у ком случају постаје мешовит уговор, који се састоји из уговора о остави и другог неког уговора, на пр. најма (ако чувар на пр. има да мост оправља или уговора о пуномоћству, ако је овлашћен да у име општине наплаћује мостарину). У том смислу говори § 574 **in fine**, „ако му није још преко тога што више поверено, које се после к аманетним дужностима додаје.“

уговор престаје бити остава, или је употреба само врста награде за чување ствари и онда уговор остаје и даље остава.¹

б) Ако се коме да ствар покретна или непокретна под закуп, онда је купац дужан чувати закупљену ствар као добар домаћин (§ 687), али та његова обавеза није **главно** код уговора о закупу, нити се овај уговор **ради тога** чувања закључује, као што је код уговора о остави. За то се по § 571 уговор о остави претвара у **уговор о закупу**² кад остављач допусти чувару да ствар употребљава, а овај за то да даје накнаду у новцу или плодовима³) примљене ствари, § 694. в). Ако је прималац ствари овлашћен да примљене заменљиве ствари тако „чува“ да их употреби, а да врати исту количину и квалитет, онда то није уговор о чувању ствари, него **зајам** (§§ 571, 591), г) Уговор о остави треба разликовати од **уговора о најму** (*locatio conductio operarum*). Ако се уговорач обвезе чувати ствар без награде, онда је то несумњиво уговор о остави, а не најам, пошто је најам двострани уговор, те и једна и друга страна има и права и дужности која неопходно постају самим закључењем уговора. (§ 706). Али по § 578 и чувар може тражити награду за свој труд⁴, и то не само онда кад је тако нарочито уговорено, него и онда, ако би се „таква награда по околностима, или по послу и опредељењу лица подразумевала“. Према томе када ће се један уговор, којим се једна страна обвезује да ће чувати туђу ствар — уговарајући за то награду изрично или очекујући је с позивом на прећутан пристанак према § 578 — сматрати као остава, а када као најам? И код прописа о уговору о остави и код прописа о уговору

¹ Од интереса је знати да ли је уговор остава или послуга нарочито због дужности враћања ствари: чувар је дужан вратити ствар кад је остављач затражи (§ 572), а послугопримац кад учини употребу од дате му ствари или кад протече одређено време за послугу (§ 587).

² У § 571 прописује се да уговор о остави прелази у наруч, **најам** или **зајам**, кад остављач допусти чувару употребљавати ствар. Овде је законодавац очигледно мислио на закуп, јер услед тога што ће чувар употребљавати ствар не може постати уговор о најму, пошто је најам уговор „кад се] ко обвезе какву службу чинити (или послужити) или што начинити за опредељену награду у новцу.“ Из овога следује да уговору о најму није предмет употреба ствари, већ измена услуге за новац (§ 706).

³ Уговор о чувању ствари остаје то и даље и у случају кад остављач допусти чувару да као **награду за свој труд** око чувања задржи плодове ствари.

⁴ По римском праву *depositum* је био бесплатан уговор.

о најму службе (*locatio conductio operarum*) имамо као предмет уговора обавезу једног уговорача на извесну службу према другом уговорачу. И чување је једна врста службе. Меровремено је у овом случају то, да ли је чување, које уговорач има чинити, **главна** дужност његова. Ако је тако, онда је то уговор о остави, а ако се служба у другим услугама састоји, уз које **придолази** и чување као природна последица уговора, онда је то уговор о најму. Чување је ствари дакле једна нарочита врста службе, и уговор о такој служби јесте уговор о остави. Ко се на пр. обвезује да туђег коња обучава јахању за извесну награду закључио је уговор о најму, и ако је приликом обуке дужан и чувати коња. Јер његова је главна дужност обука, у том **циљу** је уговор закључен, а чување је једна од дужности која из уговора о најму следује.¹

II Садржина уговора.

1. Као што смо већ видели, главна је дужност чувара чување поверене му ствари од **свакога кvara** који би могао наступити, кад ствар не би била брижљиво чувана. Ту дакле долази чување ствари од сваког физичког утицаја: чувар мора пазити да ствар не покисне или се не овлажи, да не буде изложена штетном утицају светлости, ветра и т. сл. Не мање чувар мора пазити да ствар не буде људским радњама или другим стварима оштећена, да не буде украдена и т. д. Приликом испуњавања те своје дужности чувања, он мора предузимати све мере, које разуман човек треба тога ради да предузима. Али питање је **о мери и обиму брижљивости** коју чувар има да употреби при чувању ствари. Наш законик у § 570 прописује² да је чувар дужан чувати ствар од сваког кvara или штете као „своју сопствену“, а у § 575 наређује да чувар не одговара за случај, који он одвратити није могао. Према томе да ли чувар има да употреби приликом чувања ствари само онолико пажње, колико и на чување својих ствари (*diligentia quam suis*), тако да не би био одговоран за штету, ако би доказао да он ни своје ствари боље не чува, или се

¹ И код уговора о изради некога посла *locatio conductio operis* „или што начинити“ — § 706, на пр. кад се да штоф за израду одела кад се ствар да на оправку, постоји дужност чувања ствари, али то није уговор о чувању, јер чување није циљ уговора.

² Наравно да су ови прописи диспозитивне природе. У првом реду зависи од самих уговорача колики ће обим одговорности чувара одредити.

од њега тражи да ствар чува брижљивошћу једног доброг домаћина? Је ли мерило његове одговорности конкретно с обзиром на пажњу или непажњу коју на своје ствари обраћа, односно не обраћа, (одговорност за *culpa in concreto*) или апстрактно (*culpa in abstracto*). с обзиром на брижљивост једног доброг домаћина? Ту треба правити по нашем законнику разлику, да ли је уговор о чувању са накнадом или без накнаде. Ако **чувар чува ствар без накнаде**, ако чини једну пријатељску услугу, онда законодавац сматра да не може од њега тражити већу пажњу при чувању туђе ствари него своје сопствене. Кад нема нарочитог договора странака, онда законодавац сматра да је од чувара доста што је ствар примио на бесплатно чување, и кад он ствар туђу, која је истога рода и квалитета као и његова сопствена, подједнаком пажњом чува, онда је он одговорио својој дужности, и не одговара за штету, која би се и поред такве његове пажње десила. Пропис § 570 да је чувар дужан чувати ствар као своју сопствену има се применити само на случај бесплатне оставе.¹⁾ Наравно да позивање чувара на то да он тако чува и своје ствари као што је чувао поверене му, не може га ослободити од одговорности за злонамерно оштећење или пропад ствари или ако би до тога дошло услед његовог крајњег небрањења (§ 819). Он се може ослободити одговорности само за штету услед мањег немара (*culpa levis*).² Међу тим ако је за чување ствари одређена награда, онда се од чувара може тражити и већа пажња при чувању ствари. По правилу уговор о чувању престаје тада бити чисто пријатељска услуга, пошто и чувар има интереса у закљученом уговору. Кад дакле и чувар има користи од уговора, онда он има у опште да одговара по начелима, која важе за одговорност уговорача при двостраним уговорима, код који се одговара и за *culpa levis* (§§ 636, 637, 658, 687, 696).³

Кад, према горе изложеном, чувар највише може одговорати за штету, која се услед његове мање непажње

¹ Тако и Др. Л. Марковић, Грађански Законик, стр. 263.

² Увек наравно под претпоставком да другачије није уговорено.

³ Аустријски законик не садржи одредбу да је чувар дужан чувати ствар као своју. Аустријски писци сматрају да чувар у опште одговара за *omnis culpa*, дакле и за малу непажњу, без обзира да ли је чување бесплатно. В. Stubenrauch II стр. 160. Немачки грађ. зак. у § 690 прописује да чувар одговара за ону пажњу, коју примењују у својим сопственим пословима, ако је чување бесплатно.

догодила, онда то значи да он не одговара заштету услед догађаја који му се не могу у кривицу уписати, који су се **случајно** догодили. Тако § 575 тач. 2. прописује: „Но за случај, који он одврати, није могао, он не одговара.“ Случајна је пак она штета, која се догодила услед околности, за чије наступање нема никакве кривице до чувара, ни зле намере ни непажње. Те су околности наступиле независно од воље чуварева. Кад постоји т. зв. *casus mixtus*, то јест случај проузрокован кривицом дужниковом (§ 808), онда је чувар одговоран, јер овде случаја управо и нема и одговорност чуварева потиче из кривице. Тако ако је чувар у доцњи са враћањем ствари (§ 572), па ствар случајно пропадне, онда он одговара за ствар, ако се утврди да она не би пропала да је на време враћена. Овде је одиста чувар „крив што се случај догадио“ (§808). За тим ако чувар употребљава ствар без допуштења остављача, па се том приликом ствар случајно оштети или пропадне а тога не би било да ствар није употребљавао, онда је он за то одговоран. Његова је кривица и овде основ његове одговорности, јер је чинио нешто, што није смео чинити. Овде има места и аналогој примени § 589. И онда кад чувар да ствар другом на чување без одобрења остављача, он је одговоран за случај, који се не би десио да је ствар остала код њега на чувању. И овде је основ одговорности у противуговорном поступању чувара. Али ако је чувар, без своје кривице, **био околностима принуђен** да ствар на чување другоме даде, па се штета догоди, онда он одговара само за кривицу у избору лица, коме је ствар на чување дао, то јест ако је био непажљив и дао је ономе, који нема квалификација било стручних било моралних за тај посао (§§ 810 и 811).¹

2. Аустријски грађ. зак. у § 958 садржи ово наређење: „Уговором о остави не стиче пријемник ни својину нити државину, нити право употребе; он је само придржник са дужношћу да поверену му ствар од штете чува.“ Овај пропис није ушао у наш законик, али несумњиво је да такав **правни**

¹ Кад остављач допусти чувару да ствар другоме преда на чување, онда то може бити или у намери да престане уговорни однос између њега и чувара, а тај други да постане чувар по споразуму с остављачем и онда стари чувар не носи више одговорност за ствар, или у намери да уговор о чувању и даље постоји, а чувар само на *своју одговорност* да је овлашћен дати ствар другоме на чување. У овом случају први чувар одговара за кривицу другог као за своју сопствену.

положај чуvara и у нашем законику, и да га законодавац није унео за то, што се из других законских прописа то види (§§ 198, 211, 571). И по нашем законику **чувар има** према ствари коју чува **правни положај дешеншора** (придржника), а не држаоца, пошто ствар држи за другога, остављача, и његову државину признаје (**detentor alieno nomine**). Будући само детентор, чувар нема права на државинску заштиту, у случају узнемиравања или одузимања ствари, него ту заштиту ужива остављач, који ће дотичну државинску тужбу подићи.¹ Међу тим и чувар је овлашћен на подизање државинске службе, ако му је одузета **његова** ствар, у којој он примљену ствар чува, или је у државини те своје ствари узнемирен (§§ 16, 201, 208). Ако чувару когод хоће да одузме ствар коју чува, ако је дакле у дефанзиви, он има права бранити се и силу силом одбити по општим начелима да је самоодбрана допуштена (§§ 16, 208 грађ. зак. и § 54 казн. зак.). Такође чувар има права тражити повраћај ствари на основу уговора, којим би уступио чувану ствар другоме у детенцију. Ако је он на пр. другоме дао ствар на послугу, чување или под кирију, онда тужба за повраћај ствари њему припада; власник ствари могао би је подићи ако би му било уступљено од стране чуvara право из уговора, који би са трећим лицем закључио, или подићи тужбу на основу својине или државине или најзад умешати се као споредан умешач (§ 65 грађ. суд. пост.) у парницу на страни чуvara. И у случају оштећења, нестанка и упропашћења ствари чувар има права тужбом тражити накнаду од штетника (§ 800), јер и чувар дугује накнаду остављачу. Наравно ако власник ствари подигне тужбу против штетника за накнаду, онда је чувар више не може подизати, а власнику, у овом случају, чувар одговара ако у опште у датом случају постоји његова одговорност због оштећења, пропасти или нестанка ствари. Чувар, у сваком случају, одговара за онолико, за колико се власник од штетника не би наплатио.

3. Чувар је дужан **враћити остављачу ствар** коју је на чување примио. Што се тиче времена враћања треба разликовати: *а)* уговором **није одређено** ни изрично ни прећутно

¹ Сасвим је друга ствар што и чувар ужива заштиту, коју пружа казнени законик у случајевима кад би му ствар била одузета или кад би био узнемирен (в. § 300 казн. суд. пост.).

по околностима **време**, у које треба ствар вратити (на пр. у случају опасности од поплаве кад поплава престане), и онда остављач може у свако доба тражити натраг ствар, а чувар има права у свако доба вратити је без обзира је ли остава бесплатна или не. (§ 572, 573); *б)* уговором **је тачно одређено** време када се ствар има вратити или се оно по околностима даје одредити (на пр. дата је ствар на чување док извесна опасност не мине — док поплава траје, док се остављач с пута не врати) и онда је чувар дужан у то време вратити ствар (§ 372); међутим сматра се да је време враћања у корист остављача утврђено, и због тога чувар је, по захтеву остављача, дужан **и пре** одређенога времена вратити му ствар. У аустријском законику то се изрично прописује у § 962: „Чувар мора остављачу по захтеву вратити ствар и пре истека времена, и може само тражити накнаду штете, ако му је можда проузрокована.“ Исто тако и немачки грађ. законик у § 695. У нашем законику нема истина изричне одредбе о томе, пошто се у § 572 само предвиђа случај да чувар мора вратити ствар у опредељено за враћање време. Али из циља или природе оставе то следује, пошто се ствар на оставу даје у главном у интересу остављача, па и онда кад се за чување даје награда, и према томе њему се има оставити да цени кад ће ствар натраг поискати. Наравно, ако је чувар, спремивши се за чување за цело одређено време, имао због тога трошкова (§ 575 тач. 3) или је штету какву због превременог враћања претрпео, остављач је дужан то накнадити (§ 800). (B. von Schey, стр. 317., који наводи као пример трошкове за кирију локала, у коме се ствар имала чувати, набавку хране за стоку за одређено време). Питање је може ли чувар тражити награду за све одређено време, кад остављачу по његовом захтеву врати ствар пре одређенога времена? Пошто је остављач овлашћен да и пре одређенога времена тражи натраг ствар, то чувар не може инсистирати на томе да му се да награда за цело време. Награда се даје по § 578 за чување ствари, а кад остављач пре истека одређенога времена узме ствар, онда чување престаје.

У аустријском § 962 има једна одредба, која није ушла у наш законик: „На против он (чувар) не може поверену му ствар раније вратити (пре одређеног времена) осим ако услед какве непредвиђене околности није више у стању да ствар сигурно или без своје штете чува.“ Има ли по нашем Зако-

нику чувар **право** да врати ствар **пре одређеног** времена, ако је наступио горњи случај који се у аустријском законику предвиђа? Дужност чуварева састоји се у томе да пази да ствар не буде оштећена и да је неповређену врати остављачу (§ 569). Кад би наступиле такве околности, да чувар, ако би задржао ствар код себе, не би био у стању да одговори тим својим дужностима, онда он испуњава своју обавезу кад остављачу враћа ствар, коју више не може сигурно да чува. Пошто сваки дужник мора испунити своју обавезу, то чувар, враћајући ствар, не ради противно уговору о чувању, и стога је остављач дужан примити ствар, иначе ће пасти у поверилачку доцњу и чувар може депоновати ствар суду и ослободити се обвезе (§ 895). По § 882 ко плати оно, што је дужан платити, ослобођава се дуга и престаје обавеза. Чувар је дужан ствар сигурно чувати, и кад наступе такве околности, које тако чување онемогућавају, онда настаје друга дужност његова да ствар неповређену врати те да се своје обавезе ослободи. На сваки начин да те околности, које чувару онемогућавају даље сигурно чување, треба да су наступиле случајно, дакле без кривице чуварева. Ако је чувар те околности изазвао својом непажњом, онда се не може на њих позивати да не може више сигурно чувати ствар. Тек ако му се ни непажња не може пребацити, могао би се он позивати на то да не одговара за случај који није могао одвратити (тач. 2. § 575), и који је учинио да он није у стању више да одговара својој обавези чувања. Јер ако су кривицом чувара те околности наступиле, онда он мора да сноси њене последице, и ако остављач не би хтео да прими пре одређеног времена ствар, чувар не би имао права да то тражи и да се, ослањајући се на **своју** кривицу, сам ослобођава од своје дужности чувања. Што се тиче другог питања, на име: да ли чувар има права вратити ствар пре одређеног времена, ако, без његове кривице, услед непредвиђене околности дође у положај да, ако ствар и даље чува, има штете од тога, не би се за наш законик могло рећи да због тога чувар може ствар вратити. Овде није у питању немогућност сигурног чувања и враћања неповређене ствари, него штета, коју чувар због чувања ствари трпи. Ову штету од времена своје уговорне дужности има сам чувар да сноси, и не може се, због ње, сам ослобођавати од уговорне обавезе. Уговор се мора испуњавати (§ 547), а ако

се та штета чуварева састоји - у жртвовању своје сопствене ствари ради спаса остављачеве ствари, онда чувар, према околностима може тражити од њега накнаду (§ 577). Ако су те непредвиђене околности повећале трошкове чуварева око чувања, а остављач неће ствар пре времена да прими, чувар је дужан истина и даље ствар чувати, али има права по § 575 тражити накнаду њихову од остављача.

Кад, према горе изложеном, наступи случај, да је остављач дужан, и пре одређеног времена, примити ствар, онда он, услед непријема ствари, долази у доцњу поверилачку. Тада наступају последице, које она собом доноси: чувар не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари и има права на своју награду и трошкове око чувања, и ако је ствар случајно пропала (§ 889). Затим он је може депоновати код суда за остављача и ослободити се обавезе (§ 895), остављач даље одговара чувару за штету, коју овај трпи, што остављач није узео ствар. Ако се трошкови за чување ствари, коју остављач није хтео да прими, повећају, онда је овај дужан те повећане трошкове накнадити (§ 575).

4. Враћање ствари треба да буде на месту, где је уговорено да се ствар врати (§ 547, 883). Ако то није у уговору одређено, онда по § 548 треба гледати на природу посла. Природа посла код уговора оставе захтева да остављач дође код чувара и своју ствар узме. Наравно ако је чувар, противно уговору, ствар чувао на другом, а не на уговореном месту, онда је његова дужност да је на уговорено место донесе B. von Schey, стр. 319. Stubenrauch II. стр. 159).

5. Чувар је дужан **враћати** остављачу **исту ствар**, коју је примио, и у стању у каквом ју је примио. Заједно са ствари чувар мора вратити и све прираштаје и припатке њене (§§ 258 и следећи). У аустријском законику то је изрично прописано (§ 961), у нашем нема те одредбе, али то следује из природе уговора о остави, по коме чувар има да врати што је примио и нема права користити се и уживати чувану ствар (§ 571.). Прираштаји припадају ономе чија је ствар §§ 259, 260), те и по томе основу чувар не би могао прираштаје задржати. Међу тим ако је уговорено, да чувар, као награду за чување, може задржати плодове од ствари, онда они њему припадају.¹

¹ Ако остављач није био овлашћен да закључи уговор о остави, а чувар је био савестан, т. ј. то није знао, онда оне плодове, које је он

6. *Остављач* ствари на чување *мора* у случају спора *доказати* да је ствар предао на чување чувару. Доказ овај може бити свима средствима, која су предвиђена у грађан. суд. поступку. Међутим од нарочитог је значаја испитати а) доказивање закљученог уговора о остави *сведоцима*, кад је вредност дате ствари на чување већа од 200 динара; б) кад су на чување предате ствари под кључем или печатом, па би се показало да је бртва покварена или печат оштећен.

а). По општем правилу (§ 242 грађ. суд. пост.) остављач неће моћи сведоцима доказивати¹⁾ да је закључио уговор о чувању ствари, чија вредност прелази 200 динара. Изузетак се чини за случајеве кад остављачу није било могуће набавити исправу, да је ствар дао на чување, где у првом реду долазе тако зване *принудне оставе* (*depositum miserabile*), учињене у случајевима пожара, поплаве, буне и томе подобно, даље за оставе које чине путници станујући у гостионицама (§§ 245 а) грађ. суд. пост. и 579 грађ. зак.). Затим случајеви кад је остављач изгубио писмену исправу која му је служила као

прибрао са добра које чува, као своју награду није дужан враћати уз ствар коју има врати оне, чија је. Јер у погледу тих плодова чувар је савестан држалац и као такав стиче својину на плодовима сабраним (§204).

¹ Код обавезе чуваре да ствар врати, поставља се питање: може ли остављач у кривичној парници против чувара због *уштаје* примљене ствари у вредности преко 200 динара доказивати сведоцима да је ствар на чување предао? Јер по § 229 казн. зак. „онај који туђу покретну ствар која му је на *сахрањење*, руковање или управљање или другу какву целъ предана с обвезом да је у своје време поврати или коме преда или изда, на штету господара, притежаоца или држаоца прода, потроши, заложити или је гдегод склони да се не зна где је и шта је са њом урађено, или *прошив свог уверења одриче да ју је примио*, у намери да ју без накнаде себи присвоји, сматра се као утајач.“ Утајач се пак казни по §§ 231 и 233 казн. зак. губитком грађанске части и затвором од једног месеца до четири године а према околностима и робијом до пет година. Као што се из горњих наређења види кад чувар не одговори својој обвези враћања ствари, може бити одговоран за утају. Али да би се за примаоца једне ствари на чување могло утврдити да постоји кажњиво дело утаје и због утаје изрећи казну, потребно је утврдити да је он одиста ствар примио на чување, да је дакле закључен уговор о чувању. Питање о кривичној одговорности условљено је питањем грађанско-правне природе да ли је уговор о чувању закључен. Тај факат има се утврдити по прописима, који важе за доказивање грађанско-правног уговора, дакле по прописима грађан. суд. поступка. Прописи казненог судског поступка, по којима би доказивање сведоцима било допуштено, неће се овде применити. И пошто прописи грађ. суд. поступка не допуштају доказивање сведоцима кад је вредност предмета уговора преко 200 динара, онда се ни у кривичној парници не би могли употребити сведоци као доказ да је уговор о чувању закључен. Суд по званичној дужности такво доказивање не би требао да допусти.

доказ о датој ствари на чување, услед непредвиђених и неодољивих догађаја, и кад постоји почетак писменог доказа, (§ 245).

Што се тиче појединих изузетака, где се ипак може сведоцима доказивати давање ствари на чување и ако је вредност ствари већа од 200 динара, има се рећи ово: а) за оставе принудне (тач. б § 245 а) треба испитати да ли стоји случај да остављачу није било могуће прибавити писмену исправу о томе да је чувару предао ствар на чување (§ 245 а тац. 1.). Јер овај изузетак од правила (§ 242) допушта се за то што у случајима пожара, буне и т. сл. обично је да се нема могућности тражити од чувара писмену исправу. Али суд је дужан да испита све околности, под којима је уговор о чувању закључен, и ако нађе да је ипак било могућности да се исправа изда, неће допустити доказ сведоцима. Могуће је, често, и у моментима опасности написати неколико речи о томе да је ствар примљена на чување. Опасност од пожара, поплаве, буне и т. сл. може бити даља и ближа и према томе и стварање исправе о предатој ствари на чување изводљиво или неизводљиво. Кад гори кућа преко пута од моје, онда постоји опасност од пожара и за моју кућу, али она није можда толика да присутном лицу не могу тражити да напише неколико речи о примљеној ствари. У осталом све то треба, као што законодавац вели, ценити „према својству лица и околности дела“ што значи да у конкретном случају треба испитати како веродостојност и моралност парничара и сведока, тако и све прилике, под којима је уговор о чувању закључен, нарочито страх, узбуђење и женирање да се тражи исправа у таком једном моменту, па према томе одлучити могу ли се сведоци као доказно средство допустити. Све то важи и за оставе које путници чине у гостионицама. Једном уморном путнику који једва чека да се одмори од дугог пута, који, можда, ноћу приспева у хотел, често одиста није могуће да тражи од гостионичара исправу о унесеним коферима, јер ако би тражио, могао би бити одбијен, у незгодно време, тако да му не остаје друго до да на тражење исправе и не помишља. Међу тим путник који предаје гостионичару новац, хартије од вредности и томе слично на чување, ретко ће бити у немогућности да о томе добије исправу, за то неће моћи тај факат сведоцима доказивати. б) И ван принудних остава,

које предвиђа тач. б § 245 а), могу наступити такве ситуације, да је једном остављачу немогуће добити исправу о закљученом уговору. У том случају изузетно се може сведоцима закључење уговора доказивати (тач. в § 245 а). 8) Ако је чувар издао писмену исправу о пријему ствари на чување, али ју је остављач изгубио „услед, непредвиђених и неодољивих догађаја“, и онда остављач може сведоцима доказивати закључење уговора — § 245 а тач. 2. Он би онда дужан био доказати, да је така исправа постојала и да се десио тај догађај, услед кога је он лишен исправе. 8) Најзад кад остављач има од чувара исправу, која представља почетак писменог доказа и доводи до вероватности наводе остављачеве, овај ће моћи послужити се сведоцима као доказним средством или се допуно заклету (§ 291.).

б) У § 576 прописује се: „Ако би ко ствари под кључем или под печетом примио, па би се показало да је брава покварена или печат нарушен, онда, ако се не зна друкчије, шта је унутра било, мора чувар по заклетви остављача накнаду учинити, ако не би иначе доказати могао, да се нарушење браве или печата случајно догодило.“ Слично наређење постоји и у аустријском законнику.¹⁾ Кад остављач докаже да је чувар примио ствар под кључем или печатом и да је брава покварена или печат повређен, а нема доказа²⁾ шта је унутра било, нити чувар може да докаже (ма којим доказним средством) да је нарушење браве или печата случајно било, онда остављач има *права* да заклетвом утврди садржину онога што је било под кључем или печатом и количину штете која му је недостајањем садржине проузрокована. Ова је заклетва она,

¹⁾ § 966. Ако се предаду на чување ствари под кључем или печатом па се после браве или печат поквари, онда ће се остављач, ако тврди да нешто недостаје, пустити да се по пропису судског поступка закуне о штети, у колико је она према његовом стаљењу, занимању, имању и другим околностима вероватна; осим случаја ако би чувар могао доказати да се повреда браве или печата десила без његове кривице. То ће исто и онда важити „ако су се изгубиле све ствари дате на такав начин на оставу.“

²⁾ Ни ту околност шта је под кључем или печатом било не може остављач сведоцима доказивати, ако је у питању вредност преко 200 динара. Так ће ни чувар. Али може се доказивати судским увиђајем (на пр. да ли је дотична ствар или количина м гла стати у запечаћени завежљај и исправама. На супрот тврђењу остављача да је така и така садржина оставе, коју он хоће увиђајем или исправама или заклетвом да докаже, чувар може доказивати да није така или толика садржина била.

којом се вредност опредељује, и о којој се говори у §§ 292 до 295 грађ. суд. пост. Количину тражене накнаде може суд умерити с обзиром на околности, а нарочито ако остављач придаје претерану вредност дотичној ствари, у ком случају може суд наредити да вештаци вредност ствари одреде (§ 295 грађ. суд. пост.)

Остављач мора доказати и оштећење ствари и количину накнаде штете, коју услед тога тражи. И за ову количину вреде прописи §§ 292 и сл. грађ. суд. пост. Ако је ствар дата на чување пропала, онда остављач има права да тражи накнаду за ствар по прописима који за то вреде (§§ 800, 805, 819 грађ. зак., 293, 295 грађ. суд. пост.).

На супрот доказаној од стране остављача чињеници да је чувару предао ствар на чување, чувар мора доказати своје тврђење, да је ствар вратио остављачу или да услед случаја није у стању да ствар врати или да је оштећење враћене ствари случајно наступило. Остављач опет имао би да докаже да је чувар крив, што се случај догодио (§ 808), а чувар да би се тај случај десио и да је ствар враћена остављачу (В. Schey, стр. 322).

7. Из уговора о остави могу потицати не само дужности него и *права чуварева*. У аустријском законнику прописује се у § 967: „Остављач је дужан накнадити штету, коју је својом кривицом нанео чувару...“ Овога прописа нема у нашем законнику у глави XIX, која говори о остави, али та обавеза остављачева потиче из прописа, који говоре о накнади штете (§§ 800 и сл.). Ако на пр. остављач намерно или услед непажње преда чувару на чување болесну животињу, те се чуварева стока зарази, или запаљиве материје, па се чувару штета догоди (В. Stubenrauch, II. стр. 163, Schey, стр. 326), или кад је остављач у доцњи пријема ствари, услед чега чувар штету трпи, или кад ствар затражи пре утврђеног времена, па се чувару штета догоди услед тога. Нарочито пак чувар има тражити *награду* за чување, ако је она уговорена или би се она „по околностима или по послу и опредељењу лица подразумевала“ (§ 578).¹⁾

Нарочиту дужност има остављач према чувару у погледу *трошкова*. „Али и остављач дужан је сваки трошак, које би

¹⁾ На пр. у гардаробама позоришним, у јавним сместиштима, код железница у одељењима за чување пртљага.

чувар на чување ствари остављене имати морао, накнадити“ (§ 575 тач. 3). Пре свега остављач је дужан накнадити све трошкове, које је чувар *морао* чинити, да би одговорио својој уговорној дужности чувања ствари. На сваки начин да ће суд имати, у случају спора, да одреди да ли су ти и толики трошкови били баш нужни ради чувања ствари. При томе се има гледати на то шта би један савестан човек утрошио да ствар сачува. Прекомерни трошкови не би се морали накнадити. И сам законодавац поставља у томе погледу једну границу прописујући да ће се накнадити сваки трошак, који би чувар имати *морао*, дакле не субјективно по схватању чувара него објективно по схватању поштенога саобраћаја. Ако чувар, без своје кривице, ипак није сачувао ствар, трошкови око чувања морају му се накнадити, јер он за случајна оштећења и случајну пропаст ствари не одговара, а трошкове око чувања, чију му накнаду закон признаје, морао је чинити. Од чувара се не тражи да у сваком случају ствар *сачува* него да је *чува* и за своју кривицу да одговара, и онда по коме би се основу остављач могао ослободити своје обавезе да накнади трошкове чувару, који је испунио своју обавезу чувања?

Ако је чувар потрошио штогод на ствар не у циљу чувања, него ради увећања њене вредности, ради увећања користи, које она даје, онда је остављач дужан и те трошкове накнадити. У погледу тих трошкова чувар се сматра као незвани вршилац туђих послова, и дужност остављачева следује из § 629: „И ономе, који би без пуномоћија туђега се посла примио, на онога корист, мора овај трошкове и штету накнадити, ако корист на своју ползу обрати“. У осталом овде би се аналого имао применити и пропис § 204, по коме савесном држаоцу, који има ствар да врати сопственику, припада „накнада за трошак поради обдржавања и веће плодности учињени, у колико је с тим цена исте ствари порасла.“ Само при оцени да ли је, услед учињених трошкова, вредност ствари порасла, да ли она даје више користи сада него раније, треба бити врло пажљив. Принципијелно чувар нема права, без нарочите дозволе остављача, вршити промене на ствари, ни у циљу да јој вредност и плодност повећа. Корист од таког „чувања“ мора бити несумњива, очигледна, и ако остављач, имајући у виду другу, рентабилнију употребу своје ствари, докаже да је тим поправкама и променама спре-

чен да више добије од своје ствари, или да је услед њих имао штете, онда чувар не може накнаду тих трошкова тражити, и ако је вредност ствари, гледајући само на извршене поправке и прераде, порасла.¹⁾ Онда је шта више чувар по општим правилима (§ 800) дужан накнадити штету остављачу.

Ако је чувар, *сачувавши* ствар примљену на чување, *своју сопствену за то жртвовао*, онда он може од остављача накнаду захтевати (§ 577). Питање се овде може поставити: ако је чувар жртвовао, ради спаса примљене ствари, своју *скупоценију* ствар, може ли тражити накнаду њене вредности? Чувар чува ствар у интересу остављачевом. Ако он сачува ствар, жртвујући своју скупоценију, па после тражи накнаду од остављача, онда овоме није никакву корист учинио, кад остављач плати више но што је његова ствар вредела. Према томе чувар може највише тражити као накнаду онолико, колико је сачузана ствар вредела.²⁾ Наравно да чувар може ову накнаду тражити само онда, ако докаже да није својом кривицом дошао у такав положај, да чувану ствар спасава жртвовањем своје сопствене.

8. *Своја потраживања*, која потичу из уговора о остави може *чувар* остваривати овако: може вратити ствар остављачу³⁾

¹⁾ Аустријски законик садржи у §§ 1037 ово наређење: „Ко хоће туђег посла да се прими само због тога да потпомогне корист другог треба од овога да тражи допуштење. Али ако је пословођ пропустио ово учинити, а посао је о свом трошку и на јасну претежну корист другог вршио, онда му овај мора накнадити трош ове учињене око тога.“ А у § 1038 прописује се: „Али ако ова претежна корист није јасна, или ако је пословођ самовласно тако важне промене на туђој ствари предузео, да је власник не може употребити за онај циљ ради кога ју је досада употребљавао, онда овај није дужан дати никакву накнаду; он може шта више захтевати да му пословођ о своме трошку постави ствар у пређашње стање или, ако ово није могућно, да му даде потпуно задовољење“. У осталом, према околностима, може бити у овом случају места примени §§ 269–274.

²⁾ У аустр. зак § 967 прописује се да у овом случају чувар може тражити „одмерену накнаду“ за своју жртвовану ствар. За наш законик има места и аналогии из §§ 256 и 257.

³⁾ При враћању ствари чувар је дужан, ако хоће да поди не тужбу због својих потраживања према остављачу, да изјави да задржава права, која према њему има. Безусловно враћање има се узети као знак да он нема ништа потраживати или да се свога права одриче. И ако у закону нема о томе изричитог прописа, ипак из природе ствари следује овако решење овога питања. У остало могло би се ово извести и из § 323, по коме престаје заложно право кад се залога врати залогодавцу *безусловно*, дакле без задржања заложнога права, јер има извесне сличности између ова два случаја.

и подићи против њега тужбу (*actio depositi contraria*), којом ће тражити осуду остављача на плаћање трошкова, накнаде штете и награде чуварске. б). Чувар може и ван спора и у спору, истаћи своја потраживања, и одрећи повраћај док му се она од стране остављача не признају, (право задржања, *jus retentionis*).¹ Ствар дата на чување представља као неку врсту залог за чувара у погледу његових потраживања према остављачу. И као што заложни поверилац није дужан вратити ствар залагачу док му се тражбина не исплати, тако је и за чувара (§§ 842, 813). У осталом овде би имало места и аналогiji из § 635. Јер кад давалац ствари у промену може тражити ствар да му се преда тек онда, кад он преда ствар другом уговорачу или кад буде готов да је преда, онда зашто не би узели да така солуција одговара намери законодавчевој код уговора о остави? *Ratio legis* овде је исти као и код уговора о промени или куповини и продаји.²) Ни § 906, по коме се „ствари, које би ко на силу отео, узајмио³) или на причување узео, не могу се никако задржати за дуг“ не долази у обзир, јер овде се мисли на дуг из другог правног основа, који би чувар, евентуално, према остављачу имао. Према томе кад чувар, на тужбу остављачеву за повраћај ствари изјави, да ствар неће да врати за то што му његова потраживања из уговора о остави неће да плати, онда он тиме не чини приговор компензације,⁴) него врши своје право задржања. в) Чувар може на тужбу остављачеву за повраћај, истаћи у одбрану своја противтражења (§ 342 чл. 2 грађ. суд.

¹) Немачки грађ. зак. у § 273 признаје право задржања дужнику, који из истог правног основа има потраживања према повриоцу.

²) У наш законик није унесен у целини § 471 аустр. грађ. законика који гласи: „Како прималац залог, тако ни ма какав други придржник туђе ствари, није овлашћен да, по престанку датог му права на ствар, исту задржи због друге тражбине. Али он може, ако наступе захтеви одређени у судском поступку, а ствар је покретна, дати ствар на чување суду, и ставити на њу забрану, или, ако је непокретна, тражити узапћивање (секвестрацију) исте.“ Овде пропису одговара наш § 325, по коме зајмодавац, по исплати дуга, није властан задржати залог због другог каквог дуга. А то само значи да заложни поверилац, ако има према залагачу још какву тражбину, из другог основа, осем оне због које је залога дата, не може залог, дату за исплаћени дуг задржати за тај други дуг. Међутим чувар има тражбине из истог оног основа, из истог оног уговора, услед кога се ствар код њега налази, и на основу кога остављач ствар натраг тражи.

³) т. ј. на послугу узео.

⁴) Овом приговору у осталом не би било места по § 905, јер тражбина остављачева (на повраћај ствари) и чуварева (на чуварину, накнаду штете и трошкова) нису истог рода.

пост.) и тражити да остављач буде осуђен на плаћање истих тако да пресуда буде условна: да се чувар осуђује на повраћај ствари кад му остављач плати његова потраживања, која ће се истом пресудом констатовати да постоје.

Интересантно је питање о *застарелости чуваревих потраживања* по нашем законик. У аустр. грађ. зак. прописује се у § 967 *in fine*: „Али узајамне тражбине чувара и остављача односно какве покретне ствари могу се потраживати само за тридесет дана по повраћају.“ Али овај пропис није унесен у наш грађански законик, и онда настаје питање: за које време застаревају тражбине чуварева против остављача? Одговор директан на ово питање не можемо наћи ни у глави IV части трећој, која говори о застарелости, јер ту се специјално не спомињу тражбине чуварева. Узети пак да се овде има применити § 930 *a* по коме „ако у смотрењу застарелости законом није друкчије наређено, онда сва права према другоме, ма била и у јавне књиге заведена или судом утврђена, губе се, по правилу, ако се за двадесет четири године не употребе...“, не би имало места. Неумесно је, изгледа нам, претпоставити да је законодавац хтео да чувар¹), по повраћају ствари остављачу, може за тако дуго време од 24 године остваривати своја потраживања према остављачу. Стога мислимо да овде треба правити ову разлику: а) Ако чувар, вративши ствар, тражи *накнаду штете* од остављача, коју му је овај, давши му дефектну ствар на чување нанео, или иначе другу какву накнаду штете која стоји у вези са чувањем ствари, онда се има применити § 939, по коме је рок за застарелост права за накнаду штете три године. б) Ако су у питању *трошкови за чување* ствари, онда би се имао применити § 928 *a*, по коме тужба радника и надничара за наплату онога, што су око посла издали, застарева за шест месеци. И одиста трошкови чувара слични су с оним, које је један радник имао радећи погођени посао. Кад један радник, вршећи један погођени посао, има извесних трошкова, онда се он налази у сличном положају као и чувар, који, вршећи посао чувања, потроши што год ради чувања туђе ствари. За то би и време застарелости имало бити исто. в) Ако чувар тражи

¹) Наравно онај који је, враћајући ствар, задржао своја права према остављачу.

своју награду, онда треба гледати како је уговорено плаћање њено. Ако је одређено плаћање дневно, месечно или на какав други начин али тако да се плаћање сврши за годину дану, да се рокови плаћања не повраћају годишње (§ 928 д,) онда би се имао применити опет пропис § 928 а, који одређује да тужба за наплату радничких надница и плата застарева за шест месеци. Ако је уговорено да се награда плаћа годишње или у краћим роковима, који се годишње повраћају, онда би потраживање награде, по § 928 ж, застаревало за три године. То би исто вредило и за случај да је за чување одређена од један пут једна одређена сума. Награда за чување није ништа друго него „уговорена плата“ (§ 928 а) за рад, чување ствари, који чувар има да изврши онако, као што и други радници имају своју службу да изврше.

Ако чувар није вратио ствар остављачу, било за то што врши своје право задржања, пошто остављач неће да плати чуварева потраживања, било за то, што остављач и не тражи своју ствар натраг, онда потраживања чуварева ипак застаревају¹⁾ у горе означеним роковима, и кад застаре, може остављач, на тужбу чувареву, истаћи приговор застарелости. Али и ако тужба чуварева, због приговора застарелости, не би имала дејства, ипак би чувар могао, и поред застарелости, вршити своје право задржања, и неиздати ствар остављачу док његова потраживања не задовољи. Чувар се налази у сличном положају као и заложни поверилац, који, и ако му је тражбина застарева, ипак не губи право да се из залог наплати (§ 936). Чувар нема истина по праву задржања право да се из задржане ствари за своја потраживања наплати, али може је задржати код себе док остављач своју обвезу према њему не испуни. На тај начин он врши пресију на остављача да задовољи његова потраживања. За које време *застаревају тражбине остављачеве* из уговора о остави: на повраћај ствари и, евентуално, за накнаду штете због упропашћења или оштећења ствари? Што се накнаде штете тиче, за то потраживање вреди пропис § 939, којим је уведено време застарелости од три године од дана кад је оштећеном штета позната. Тражено право остављачево на повраћај ствари застарева, по општем правилу (§ 930 а), за 24 године. По истеку овога вре-

¹⁾ Јер тражбина у опште застарева од дана када је приспела, т. ј. од дана када је поверилац имао права тражити њено испуњење.

мена остављач, коме се истиче приговор застарелости на његову тужбу на основу облигационог права, ипак може ствар натраг тражити од чувара својинском тужбом (§§ 218 и 219) или *actio Publiciana in rem* (§ 223). Јер његово право својине према чувару, (као детентору), не може застарети, пошто је својина незастариво право (В. Д-р Л. Марковић, Грађанско Право I стр. 412 и Архив за правне и друштв. науке књ. XII, стр. 249, које мишљење треба усвојити, јер се оснива на убедљивим разлозима).

Б. Нарочите врсте оставе

1. Секвестар. У § 581 прописује се: „Ако би се две стране за једну ствар препирале, па би или саме или би суд исту ствар коме на чување предао, док се не извиди чија ће бити, онда се такви судски назначени чувар зове заптитељ или секвестар, а ствар таква, која се под заптом налази, зове се узапћена и сматра се по основима изложеним оставе или аманета.“¹⁾ Из овога законскога прописа следује да је секвестар оно лице, коме су а) две стране, које се споре о томе, коме ствар припада, исту предаде на чување док се то питање не расправи и б) коме је суд предао на чување²⁾ ствар, о којој две стране воде парницу.

Кад је чувару предата ствар од стране лица, која се о дотичној ствари споре, онда постаје *уговор о остави*, закључен под условом да чувар ствар врати ономе, који докаже да ствар њему припада. О узајамним дужностима и правима уговорача у овом случају, меродавне су у првом реду уговорене одредбе, а у оскудици њиховој, прописи законски о уговору оставе. Кад буде испуњен услов, под којим је уговорено враћање ствари, т. ј. кад један од остављача докаже судском пресудом да има права на ствар, о којој се спор водио, онда је

¹⁾ Овај пропис одговара § 968 аустр. зак.: „Ако се спорна ствар некоме преда на чување од стране парничара или од стране суда, онда се чувар зове узапћивач (секвестар). О правима и обвезама узапћивача суди се по овде утврђеним правилима.

²⁾ Има и других случајева сем оних, које предвиђа § 581, у којима једно лице по наредби суда чува једну ствар (на пр у случају § 895), и ако парница о тој ствари још није поведена или уопште до ње и не долази, као што је случај кад старалац чува узабраћене ствари (§ 405 грађ. суд. пост.) или обустављене (§ 425) или у полис узете ствари за извршење пресуде (§ 446 б грађ. суд. пост.)

Чувар дужан њему предати ствар. До тога испуњења услова чувар је дужан ствар чувати, а ако се од њега пре тога времена тражи да ствар врати једном од депонената, он то не сме чинити, него може вратити ствар само обојици уговорача, који су му чување поверили. Остављачи морају дакле обојица изјавити чувару да траже ствар натраг и сложити се о томе коме ће он ствар предати.

Када секвестар по *наредби суда* чува ствар, онда се не закључује уговор о остави, јер ни између њега и суда, ни између њега и оних, који полажу право на ствар, не постоји никакав уговор, већ је тај однос јавноправне природе, јер ту суд по сили државне власти заповеда испуњење једне дужности. Чувар је дужан испуњавати судом наложену му дужност чувања, али, ако није судом што нарочито у погледу чувања и одржања ствари наређено (§ 895), примениће се ипак прописи грађанског законика, који се на уговор о остави односе, јер то природи ствари одговара.

II. Тако звани *depositum miserabile*, који предвиђа § 579 грађ. зак., има се такође сматрати као уговор о остави, што се изрично и вели у овом законском пропису. У погледу овога уговора важе исти прописи као и за случај обичног уговора о остави. Само у погледу доказивања овога уговора, у случају кад је вредност предате ствари већа од 200 динара, важе особени прописи § 245 а грађ. суд. пост., о чему је већ раније било говора.

III. По § 580 *крчмари, гостионичари, лађари, возари* одговарају за ствари поверене им од путника на чување. О одговорности гостионичара говорили смо у нарочитој расправи (В. Д-р Д. Аранђеловић, О одговорности гостионичара према путницима), а о возарима и лађарима постоје специјални прописи у трговачком законнику (§§ 69 и сл.)

IV. *Depositum irregulare, нередовна остава*. У теорији се прави разлика између зајма и *depositum-a irregulare*, ма да има писаца, који сматрају да је *depositum irregulare* немогућа установа, поред уговора о зајму. (Види код von Schey стр. 354 прим. 12.).

Зајам је уговор, којим се једноме лицу предају у својину заменљиве ствари с обвезом да врати исту количину таквих ствари и исти квалитет. Али кад се предаду коме *заменљиве ствари на чување*, па му се допусти да их употреби, а да врати

исту количину и квалитет, онда вели се такав правни посао ипак има се сматрати као *зајам* ако је он закључен у интересу примаоца или у интересу оба уговорача, а као *нередован депозит*, ако је само у интересу даваоца, ако дакле примаоцу није стало до тога да употреби примљене заменљиве ствари. Кад служавка преда своју плату господару да је чува, онда она не закључује са њим уговор о зајму, него уговор о чувању новаца. Господару, и ако му је она то допустила, није стало до тога да њен новац употребљава. И кад он тај новац њен потроши, он није постао зајмопримац, него нередован чувар. (В. Stube-rauch II. стр. 156 прим. 2, von Schey, стр. 362). Овај последњи писац гледа разлику између зајма и нередовног депозита у привредном *циљу* дотичнога посла: Ако је циљ давања заменљивих ствари другоме у својину у томе да их чува, и да врати чим се затражи исту количину и квалитет, а не да се прималац кредитира, онда је то нередован депозит. У чијем интересу се закључује посао није меродавно, јер у закључењу уговора имају интереса оба уговорача. Кад банкар прими у депозит туђ новац с овлашћењем да врати исту количину у свако доба и да, евентуално, плаћа и извесну камату, онда је закључен нередован депозит и ако је очевидно да и он има интереса од тога посла, пошто он употребљава примљени новац за своје операције.¹⁾

Питање је да ли је по нашем грађан. законнику могућан нередован депозит? Ми имамо одредбу §-а 571, у којој се вели: „Ствар на оставу примљену чувар нема права на своју корист употребити нити уживати, осим случаја ако то остављач нарочито сам дозволи; но онда престаје исти уговор бити аманетом и прелази у наруч, најам или зајам...“ Сличну одредбу садржи и § 959 аустријског законика, на основу које многи писци аустријски одбијају да овај правни институт по-

¹⁾ Питање је иначе врло спорно. В. Dernburg, Pandekten II. страна 246. Ипак не може се тврдити, да у закључивању нередовног депозита имају интереса обе уговорне стране, бар не мора то бити код сваког таког уговора. Да једна банка на пр. има интереса да прими на чување туђ новац, као нередован депозит, несумњиво је, јер банка тога ради и прима новац да се њиме служи. Али чување новца може бити и пријатељска услуга, само у интересу даваоца, на пр. кад богат човек, коме није туђ новац потребан, прими се да га чува не као редован депозит, већ обвезујући се на враћање исте количине, дакле с правом да га потроши.

стоји по аустр. грађ. законик. (В. наводе код von Schey, стр. 353 пр. 10).¹⁾

Ипак и поред прописа § 571 може се бранити мишљење да је *depositum irregulare* могућан и по нашем грађ. законик. По схватању законодавца уговор о остави заменљивих ствари престаје бити аманетом, ако по допуштењу остављача чувар употреби или ужива дотичне ствари, и постаје уговор о зајму. Али несумњиво је да је законодавац мислио да ће то претварање оставе у зајам бити само онда, ако то *странке хоће*. Овај је дакле пропис диспозитивног карактера, и уговорачи га могу својом вољом променити (§ 13). Ако они хоће да тај уговор буде уговор о чувању, законодавац се томе не противи, јер није никакав јавни интерес у питању. Уговорачи могу склапати какве хоће уговоре, у колико се њима не вређа јавни поредак и морал. Према томе кад уговорачи хоће да уговор, по коме се једном уговорачу уступа у својину извесна количина заменљивих ствари у циљу чувања, с правом на употребу и обвезом на враћање исте количине, буде третиран као уговор о чувању, онда зашто би се законодавац томе противио. Воља странака да се уговор о чувању заменљивих ствари, које је прималац овлашћен потрошити, ипак има сматрати као уговор о чувању а не као зајам, може се изразити изрично или прећутно, то јест може се изводити из прилика и особина лица, која уговор закључују. Ко на пр. једној банци положи извесну суму новаца ради чековске радње, није банци позајмио новац, него га је дао на чување као *depositum irregulare*. У овом случају на такав уговор имали би се применити прописи о чувању, у колико стране не би изрично што другачије одредиле, или у колико то не би из природе *depositum-a irregulare* следовало.

Ако се узме да може постојати *depositum irregulare* као засебан правни институт, различан од редовног депозита и зајма, онда би се у овоме огледала разлика између њега и редовног депозита с једне и између њега и зајма с друге стране:

¹⁾ § 959 аустр. грађ. зак. гласи: „Ако је чувару на његов захтев или услед својевољне понуде остављачеве допуштено употребљавати ствар, то онда у првом случају уговор престаје бити уговор о остави одмах по допуштењу, а у другом од тренутка кад је понуда примљена, или од кад је са примљеном ствари одста учињена употреба, и уговор о остави прелази код потрошних ствари у уговор о зајму, а код непотрошних у уговор о послузи, и тада наступају с тиме везана права и дужности“

1. Чувар, код *нередовног депозита*, постаје власник примљене ствари, код редовног само детентор. Чувар постаје само дужник депонентов за примљену количину заменљивих ствари и према томе у стечају чуваревог нередовни остављач нема права на издвајање заменљивих ствари, које је на чување дао, по праву својине, него долази са својом тражбином у општу стечишну масу. Као сопственик примљених ствари нередован чувар може њима слободно располагати, и не може бити говора о утаји него само о грађанској одговорности, ако он не врати исту количину ствари, пошто утаја по § 229 казн. зак. претпоставља да је неко потрошио *шућу* ствар, која му је на чување дата с обвезом да је (исту ствар) врати¹⁾ С друге опет стране, за разлику од редовног, нередовни чувар, као сопственик примљених на чување ствари, сноси штету кад оне случајно пропадну. Он се не може ослободити своје обавезе враћања, ако му пропадну ствари које је био спремио да врати остављачу, или ако новац који је примио, буде стављен ван саобраћаја (јер онда мора вратити одговарајућу вредност), (§ 608) или ако код примљених хартија од вредности као нередован депозит поједини комади буду амортизовани (В. von Schey стр. 37.).

2. За разлику од *зајма* може код нередовног депозита прималац ствари да има права на награду за чување у виду провизије или под другим каквим именом (депозитне таксе), чега код зајма никад нема, пошто зајмопримац или узима новац без интереса или га плаћа повериоцу, али нема права тражити какве награде од зајмодавца. Код нередовног депозита чувар мора у свако доба вратити примљену количину ствари и ако је одређено време чувања, што код зајма није случај — § 605. Ипак ако је уговорен код нередовног депозита извесан кратак рок за враћање по отказу (на пр. да се врати 15 дана по отказу), онда чувар није дужан вратити пре тога рока. На томе року оснива се код банкара прорачун, по коме је он обавезан да буде спреман за враћање депозита, рачунајући на то да неће сви депоненти једновремено тражити повраћај. Али у овоме се и огледа како је тешко

¹⁾ Ипак нередовни чувар може одговарати и за утају у случају ако одриче да је примио ствари на чување у намери да је без накнаде себи присвоји. Иначе може према околностима одговарати за превару по § 251 казн. зак.

понеким случајевима одредити да ли је дотични правни посао зајам или нередован депозит. Јер и за зајам вреди такође, да се не може натраг тражити пре истека времена, које по отказу треба да протекне (§ 607).

Врло је важно одредити да ли је правни посао зајам или нередован депозит због приговора компензације, који би прималац ствари хтео истаћи даваоцем потраживању да му се врате ствари. Јер по § 906 прималац ствари на чување не може остављачу, кад овај тражи ствар натраг, изјавити да за то потраживање пребија своју тражбину према остављачу,¹⁾ док би на против зајмопримац, кад му се позајмљена сума тражи натраг, могао пребити своју тражбину према зајмодавцу за дуг који он — зајмопримац има вратити, ако само иначе има места компензацији (§§ 903—905). На сваки начин, као што von Schey, стр. 374, уместо примећује, може се и противно уговорити, дакле допустити пребијање дуга за дуг, пошто је пропис § 906 (аустр. грађ. зак. § 1440) диспозитивног карактера. Нарочито кад уговорачи стоје један с другим у односу *контокорентна*, има се узети да контокорентним уговором створено кредитирање и периодно обрачунавање свију узајамних тражбина обухвата и обавезе, које потичу из евентуалних новчаних депозита једнога уговорача код другога.

V. У теорији се још означаје као нарочита врста депозита *депозит или остава једне суме* новаца или других заменљивих ствари, при коме се чувар обвезује да чува примљене ствари, али да то не морају бити баш исти они комади, који су дати на чување. Овде остављач остаје и даље власник датих ствари на чување, он неће да кредитира чувара, али му је свеједно хоће ли му овај вратити исте оне ствари које је примио, или друге истог рода и квалитета. Тако кад се новац незапечаћен да на чување или кад се банци предаду на чување хар-

¹⁾ Недопуштање компензације кад је у питању враћање ствари по уговору о чувању, оснива се на особитом поверењу, које остављач указује чувару, кад му ствар даје на чување. Поштење захтева да чувар врати што је примио, па после нека остварује своју тражбину из других правних основа према остављачу „То би изгледало као недопуштена самопомоћ и поткопавало би узајамно поверење грађана“ (B. Stubenrauch, II стр. 879), кад би се допустило да чувар може вршити компензацију према остављачу.

тије од вредности без означања нумера појединих комада¹⁾ (в. Krainz II 1 стр. 259). Прималац новца на чување, кад овај није у нарочитом завоју, не мора пазити да баш исте комаде новца чува, он може на место примљених комада метнути друге. Банкар није дужан нарочито да пази да се комади његових разних клијената не промене. Код ове врсте депозита чувар је обвезан држати фактички, одвојено од своје имовине, ону количину ствари истог рода и квалитета, колико је примио. Према томе чувар може замењивати примљене ствари другим истог рода и квалитета, само мора увек имати исту количину на чувању. На тим стварима, које чувар чува, остављач има право својине у случају стечаја чуваревог и може тражити издвајање из стедишне масе по праву својине; чувар одговара за утају ако присвоји ствари депоноване не замењујући их другим стварима. Али чувар не одговара ни за случајну пропаст ствари, које је издвојио за остављача (§ 575), пошто је овај власник ствари.

По нашем закону оваква врста оставе допуштена је у толико што је уговорачи могу уговорити с обзиром на § 13 грађ. зак. Законик је истина не предвиђа изрично, али уговорачи је могу изрично уговорити. Питање је да ли чувар има права, и ако то није *изрично* допуштено, да замењује једне комаде другима? Кад се има на уму да је остављачу потпуно равнодушно хоће ли му се вратити комади које је дао или други истоветни, онда се има узети да се чувар не огрешује о своју дужност чувања кад на пр. поједине комаде пединараца замени другим, или кад на место једних нумера хартија од вредности, које је без означања нумера примио, метне друге нумере истог папира. Оно што он чува то је извесна *количина* заменљивих ствари, а она остаје *иста* и кад он замени једне комаде другим. Према томе требало би да буде *нарочито* уговорено да се морају вратити баш *исте* оне заменљиве ствари, које су на чување дате, па да чувару буде забрањено да их може замењивати другим заменљивим стварима истог рода, или из околности да се може са сигурношћу извести да је остављачу баш до тих ствари, које је дао, стало

¹⁾ Наравно да ће се тако давати на чување само хартије од вредности, које нису лозови, јер код ових могућност згодитка захтева да се означа и нумера дотичнога лица, коју чувар *in specie* има вратити.

(као што је случај кад се попишу нумере хартија на доносиоца, које су на чување дате).

VI. Даље у теорији се спомиње још и т. зв. *скупни депозит*. Он постаје онда кад се заменљиве, на чување дате ствари више лица не држе код чувара *одвојено*, већ се смешају једне с другим и тако смешане чувају. Тако на пр. у јавним сместиштима смешају се жита разних депонената и све се скупа чува, код разних власти новац разних депонената смеша се и као готовина чува, банкарски помешају истоветне папире разних остављача у једно и тако их чувају (в. Krainz II 1 стр. 250, von Schey стр. 389). У овом случају чувар не постаје власник поменутих ствари, него услед смеше наступа *сусвојина* на целој количини смешаних ствари у корист појединих остављача а у сразмери њихових остава (§ 271). Код ове врсте депозита тужба депонентова управљена је не на повраћај истих ствари које је дао, него на исти квантитет ствари, који његовом улогу одговара, из заједничке масе. У случају стечаја чуваревог смешани депозити не улазе у његову стечајну масу, јер нису његова својина.

Наш законик, као ни аустријски, не предвиђа ову врсту депозита. Али по општим правним начелима и с обзиром на §§ 13, 538 и 546 треба узети да су оваки уговори и по нашем законнику могући и допуштени. Треба испитати намеру уговорача с обзиром на све околности, под којима је уговор закључен, па онда извести закључак да ли је чувар на овако чување овлашћен. Ако су стране *изрично* уговориле да чувар може примљене на чување заменљиве ствари смешати са стварима других остављача, онда је такав уговор пуноважан. Али често и без изричног уговарања има се узети, према околностима, да је чувар властан на тај начин чувати ствар. За јавна сместишта, и без позитивне одредбе закона, сматраће се да остављачи *прећушно* пристају на онако чување, како јавна сместишта то раде. Ако она чувају пшеницу¹⁾ на пр. мешајући квантитете разних остављача, онда остављачи, знајући за тај начин чувања, самим закључењем уговора пристају на то. И кад се код банкара оставе на чувању хартије од вредности, треба сматрати да му је допуштено све хартије разних остав-

¹⁾ В. von Schey стр. 392, који наводи да је овакав начин чувања заменљивих ствари нарочито у Америци распрострањен.

љача смешане да чува. У осталом дужност је сваког чувара да ствар пажљиво чува, а како ће он ту дужност извршити, то је ствар његовога схватања. Ако је за његову манипулацију при чувању лакше да све оставе смешане заједно чува, онда зашто би се остављач у те унутрашње ствари чувара мешао и то забрањивао. Уговору о чувању зацело није противно, кад чувар, сматрајући да је сигурније и боље ако све оставе сједини и тако чува, ту своју намеру и изведе. Да чувару буде забрањено мешати ствари једнога остављача са стварима другог, треба да је изрично у уговору о чувању казано. На сваки начин да у оваким случајевима треба бити врло пажљив. Остављачу А. није равнодушно хоће ли на пр. чувар његово добро жито помешати са горим житом остављача Б. Потребно је дакле да је *квалитет* ствари које се смешане чувају *истовешан*, па да се може узети да чувар може ту мешавину извршити.

VII. Модеран банкарски саобраћај познаје једну нарочиту врсту уговора о чувању хартија од вредности, докумената и драгоцености, а то је чување у т. зв. *coffre-fort, Safe-deposits*. Велике банке стављају на расположење својим клијентима просторе у својим сигурним касама ради чувања горе поменутих предмета за извесну накнаду у новцу. Касена преграда стоји под кључем клијента. Али ипак овај правни однос не треба схватити као *уговор о кирији* касене преграде, као што би на први поглед изгледало. Врло умесно примећује von Schey, op. cit. стр. 394, да банка не уступа само касу за чување ствари, тако да се остављач сам стара о чувању своје ствари (у коме би случају постојао уговор о кирији), већ је дужан и да пази и на саму касу: да буде затворена, да не буде повређена и да само овлашћеном лицу допусти да сме отворити касену преграду. У оваквом случају постоји уговор о депозиту.¹⁾ Тиме што се кључ налази код остављача депозитар је спречен да дира у оставу. Али тиме је и његова дужност чувања фактички смањена. Јер тиме што депозитар не може дирати у оставу, остављач има веће сигурности од

¹⁾ Krainz, System, II 1, стр. 247. сматра овај уговор као мешовит, из кирије и оставе. Кирија је у толико, што се уступа преграда на употребу, а оставе у толико што се цела преграда налази на чувању код банке, а не код клијента

зле намере депозитареве, али, по каткада, баш та околност смањује сигурност у погледу других опасности. Пошто депозитар не може сам да отвори касену преграду, то онда он, евентуално, неће бити у стању да при изненадној опасности спасе оставу, и због тога неће бити одговоран за штету. (Види von Schey, стр. 394).

И по нашем закону тако су уговори допуштени (§§ 531, 532, 546). У колико не би постојали нарочити прописи у самом уговору или правилима, по којима банка прима у својим касама такве ствари на чување, а која су саставни део уговора, имали би се на њ применити прописи о остави,¹⁾ наравно с обзиром на особености његове, које га разликују од нормалног случаја оставе, за коју су прописи §§ 569 и сл. у првом реду донесени.

¹⁾ Тако ако би брава на касеној прегради била покварена, имао би се и на овај случај применити § 575 у погледу доказивања вредности ствари, које су се у каси налазиле.

Несавесно парничење.

По правилу свако је приватно право заштићено тужбом. У § 16 грађ. зак. прописује се да „сваки има права прилична и закона средства употребити против нарушитеља својих права, и у случају нарушења помоћи код своје власти тражити и захтевати да се законим путем што му припада даде и нарушена права поврате.“ С обзиром на овај пропис и § 1 законика о грађ. суд. пост., у коме се прописује да „овај законик прописује правила, по којима ће се приватна права у грађанским парницама на суду тражити, бранити, доказивати, обезбеђивати, судити и пресуђена извршивати,“ сваки грађанин има права тражити судску заштиту свога права. Али једно лице, које тражи судску заштиту за своје право, било као тужилац у виду подизања тужбе, било као туженик остварујући своје право према тужиоцу у виду приговора, може се налазити у двојаком положају: оно може бити *савестан* или *несавестан парничар*. т. ј. 1) веровати да има оно право, које износи, или бар бити у сумњи о његовом постојању, или 2) знати да га нема. Као савестан парничар он може или доказати постојање свога права, и тада ће добити задовољење код суда, или не успети да га докаже и тада ће бити одбијен и осуђен на плаћање парничних трошкова. Противни парничар, узнемирен подизањем неоправданих претензија према њему и парничењем, мора се задовољити тиме што је његов противник одбијен од својих захтева и осуђен да плати парничне трошкове. Али кад је парничар био несавестан, кад је парницу водио у уверењу да нема оног права, због кога парницу води, какве ће штетне последице по њега наступити кад парницу изгуби? „У природи ствари лежи да држава не ставља своје судске установе на расположење приватнима тога ради, да они постижу непоштене циљеве.“ (Hellman, Zivilprozess стр. 283). За то је прво несумњиво да несавестан парничар има да противној страни накнади парничне трошкове (§§ 515, 98, 305 тач. 9 грађ. суд. пост.). Али је ли то све? Вођење пар-

нице у опште није пријатна ствар, али сем тога оно често излаже људе, који су принуђени водити парницу, поред те непријатности, и материјалним губитцима што не обухватају досуђени парнични трошкови.¹⁾ Може ли се од парничара, који је, знајући да нема права, ипак водио парницу, тражити и накнада, поред онога што би он имао да плати стриктно као парничне трошкове? Истина је да § 16 грађ. зак. у вези са § 1 грађ. суд. пост. свакоме даје права да тражи код суда заштиту за своја права, али из тога не излази да нема ничега недопуштенога у томе, што се неко обраћа суду и ако је уверен да нема оно право, које у парници хоће да остварује. Јер § 16 грађ. законика говори да се судска заштита једноме лицу даје противу *нарушитеља његових права*, те према томе кад парничар *зна да нема оно право*, због кога заштиту тражи, онда му оно не може ни бити „нарушено“, и онда нема права ни да парницу води за своје „право“ које и не постоји. Водећи у таком случају парницу, он не врши никако своје право, да би се могао позивати на § 806, него намерно штети својим поступком свога противника, поред тога што и злоупотребује установу суда, одузимајући му време, које би овај могао корисније употребити.²⁾ А у оваком поступку постоји у најмању руку цивилно-правни деликт, који обвезује на накнаду штете по § 800 грађ. зак. Тешкоће по каткад може бити само у томе како ће се доказати несавесност парничара, његово³⁾ знање да његово право, због кога се парници,

¹ У § 98 говори се да је тужитељ дужан у тужби тражити углавном и споредна потраживања, у која закон рачуна и „накнаду штете“, а у § 309 тач. 2 помиње се као споредно потраживање и „дангуба и штета“. Питање је да ли се ови прописи односе на накнаду штете услед несавесног парничења, које нас овде занима? Ми мислимо да ова накнада штете може да се тражи и у засебној парници, пошто се сврши парница, у којој се парничар несавесно парнично. Така накнада сачињава каткад главну ствар.

² Плаћена такса само не даје право парничару да тражи рад суда по његовим захтевима, за које је уверен да су неоснована. Суд није установио, од које се може тражити одлука само на основу плаћене таксе, по ма каком захтеву, него само по захтеву, о коме постоји веровање потражиоца да је оправдан.

³ И ако је веровање, сумња односно неверовање стање људскога духа, нешто унутрашње, ипак се може према околностима утврдити је ли неко лице знало да ли постоји или не постоји нека чињеница. Противник би имао да докаже околности, из којих следује да је дотично лице знало да његово право, чију заштиту код суда тражи, не постоји.

не постоји, али та тешкоћа нема утицаја на право оштећенога парничара да накнаду штете, у колико њено постојање докаже, тражи.¹⁾ Да наше законодавство, бар у неколико, води рачуна о несавесном парничењу и накнади штете која отуда потиче, види се из § 389 грађ. суд. пост., по коме је парничар, који је тражио обезбеђење над имовином свога дужника, па је изгубио парницу, којом је исто правдао, одговоран дужнику за накнаду штете проузроковане тражењем и одобрењем обезбеђења. Овај је законски пропис у толико строжији, што даје право дужнику на накнаду штете без обзира на *bona fides* потражиоца обезбеђења у погледу права, због кога је обезбеђење тражио и добио. Могао је он бити потпуно уверен у своје право, па ипак кад добијено обезбеђење није оправдао, дужан је накнадити противнику штету причињену траженим и одобреним обезбеђењем.²⁾ Ипак, ван овога случаја, изрично предвиђенога у закону, не смемо поставити генерално правило да за накнаду штете, парничењем проузроковане, одговара парничар, који парницу изгуби, без обзира на савесност. Случај из § 389 специјално је наређење за средства обезбеђења и парнице, којима се она правдају, и не може се аналогijом проширивати. Према томе ко, верујући у постојање свога права, верујући у оправданост својих захтева и поступака, води парницу и оспорава противникова права и тврђења,³⁾ тај не може бити — кад парницу изгуби — одговоран противнику за штету, коју је овај парничењем претрпео. По општим правилима о савесности једнога лица, претпоставља се да сваки парничар води парницу у уверењу да је право на његовој страни, и за то ко на несавесности своје претензије заснива, треба то да докаже (§§ 220, 223, 303 а грађ. зак., 178 грађ. суд. пост.). Овај доказ, као што смо рекли, истина није лак, јер се тиче мисли и уверења једнога лица,

¹ Замислимо случај да сродник, који хоће по закону да наследи де сијуса, оспорава потпис тестаторов и ако зна да је он истинит, и тиме изазове парницу о истинитости тестаменталног наследника, који не може наслеђе до свршетка парнице да прими, претрпети знатну штету.

² У циљу сузбијања несавесног парничења постоји и пропис § 52 тач. 8 ал. 2, по коме се кажњава новчаном казном од 80 до 500 дин. парничар који неумесно тражи изузеће судије.

³ Или који бар сумња да ли његово право постоји.

али није немогућ, пошто се из околности, као што се из горе наведених законских прописа види, даде извести закључак о савесности односно несавесности.

Али, специјално, тужитељ може несавесном употребом права на тужбу код суда нанети штете своме противнику. Замислимо случај да поверилац неће о року да тражи исплату дуга од дужника, него га одмах тужи суду и на тај начин изазове спор, који за дужника има и ту последицу што му намеће и плаћање парничних трошкова, поред других непријатности, што би се све дало избећи да је поверилац тражио, без тужбе, исплату од дужника готовог на плаћање дуга. По нашем законодавству поверилац има несумњиво право да одмах по истеку рока плаћању дуга подиже тужбу и тражи судским путем наплату, јер он није дужан тражити, код дугова са одређеним роком плаћања, прво исплату од дужника на после безуспешнога захтева тек подизати тужбу код суда (§§ 547, 887, 888, 889). Дужник је, ако није другачије уговорено или природа обавезе другачије не доноси, сам дужан понудити исплату о року уредним начином, и тек ако поверилац уредно понуђену исплату не прими него подиже тужбу за наплату свога потраживања, могло би постојати несавесно парничење, и дужник би, доказавши уредно нуђену исплату, могао тражити да не плаћа таксе и парничне трошкове, које је поверилац својим неоправданим подизањем тужбе изазвао.¹⁾ Накнаду евентуалне штете од тужитеља могао би дужник у овом случају да тражи само онда, ако је, после одбијеног пријема наплате дуга од стране повериоца, депоновао дуг суду (§ 895) и на тај се начин ослободио од дуга. Кад се у парници, коју је поверилац повео, докаже да је депоновању било места и да је дуг тиме престао да постоји, онда је јасно да поверилац подизањем тужбе и вођењем парнице поступа као несавестан човек и штету коју своме противнику таким поступком наноси дужан би био накнадити. Кад су у питању стварна права, која тужилац тврди тужбом да има

¹⁾ Ако је поверилац дужан тражити исплату дуга од дужника, па он то не учини, него без претходног захтева тужи дужника суду, онда дужник, који дуг признаје или исплати, има права да тражи да парничне трошкове сноси тужилац и, евентуално, да накнади и туженоме штету, коју би овај имао вођењем парнице. Јер у овом случају постоји несавесно парничење, и тужитељ одгвара за штету на основу § 800 грађ. зак.

према туженом, а у ствари зна да их нема, онда несумњиво постоји несавесно парничење. То исто важи и за друга апсолутна права.

Интересантне одредбе у погледу ових питања постоје у аустријском грађан. суд. поступку од 1895 године. Тако се у § 408 прописује: „Ако суд нађе да је надвладана странка очевидно из обести водила парницу, онда је може на предлог странке победнице осудити на плаћање одмерене суме као одштете. Расправа о томе предлогу не сме заустављати одлуку у главној ствари...“ Кад би суд нашао да парничару припада накнада штете, па би било тешко доказати њен износ, или да се то уопште не може доказати, онда суд има права да то по службеној дужности или на предлог парничара а по слободном уверењу утврди. У вези са тим стоји и одредба § 45, који вели: „Ако туженик својим понашањем није дао повода подизању тужбе, и у тужби изнесено потраживање призна одмах на првом рочишту, онда парнични трошкови падају на терет тужиоцу. Он је дужан накнадити туженику и трошкове, који су овоме проузроковани отпочетим судским поступком.“ Сличну одредбу садржи и § 93. немачког грађ. суд. пост.

О судском поравнању.

1. Према начелу да странке располажу у грађанској парници предметом спора, њима се допушта да се у сваком стадијуму парнице могу пред судом поравнати (§ 145 грађ. суд. пост.). Према томе и кад се парница налази пред вишим судом, па и после његове одлуке, док не наступи њена извршност,¹⁾ парничари могу окончати парницу судским поравнањем. Судско је поравнање дакле сагласна изјава оба парничара *пред судом* (уговор) да парницу сматрају за завршену на начин како је у тој њиховој изјави изложено.²⁾ Али не само кад је тужба поднесена суду, него и пре подношаја тужбе, странке могу предстати суду и у судски протокол изјавити да су се поравнале о извесном потраживању, што се такође сматра као судско поравнање.

¹⁾ И кад пресуда постане извршна парничари се могу споразумети да измене садржину пресуде и тај споразум у виду поравнања пред суд изнесу да га узме на протокол и овери. У таквом случају поравнање није средство да се парница заврши, него средство да се изврши пренос дуга (§§ 847 и сл. грађ. зак.) у виду једне јавне исправе, способне да одмах буде извршена. У случају да је извршна пресуда нејасна и нео-предељена, да је извршна власт не била у стању извршити, онда се може тражити исправка (§ 335-а, 335) код суда, и том приликом могу парничари закључити и поравнање пред судом.

²⁾ Аустријски писци (в. Herten, Osterr. Zivilprozessordnung, I. стр. 796) схватају судско поравнање као изјаву парничара пред судом да су се поравнали, да су парницење мирним путем завршили. *Како* су се поравнали, дакле садржину поравнања, суд не мора знати, нити о томе треба да распитује. Чим парничари изјаве да су се поравнали, спор је завршен. Странке могу, *ако хоће*, тражити да се садржина поравнања унесе у судски протокол (§ 204 ал. 2 став 2 ауст. грађ. суд. пост.), а из тога се види да за судско поравнање није потребно да се у протокол уноси *како* су се парничари поравнали. Према томе оно што *мора* ући у протокол то је изјава парничара да су се поравнали, и то чини суштину судског поравнања. Наравно ако се хоће да судско поравнање као исправа има снагу извршне судске пресуде, онда се садржина његова мора тачно изјавити у протокол. Из овога излази да код судског поравнања ваља разликовати: а) процесуалну изјаву парничара да су се у дотичном спору поравнали и б) материјално-правни уговор о поравнању, т. ј. начин и услове поравнања. Оно прво чини да се парница завршава, ово друго, за то што је пред судом учињено, чини да такав уговор има снагу извршне судске пресуде. Наш законик не прави ову разлику. Из § 145 види се да ће суд поравнање на протокол ставити и од речи до речи странкама прочитати, из чега излази да суд увек уноси у протокол и садржину поравнања, јер ако би се у протокол имало само забележити да су се парничари поравнали, без навођења садржине поравнања, онда шта би имало да им се од речи до речи чита. Могу странке истина изјавити пред судом да су се поравнале не наводећи садржину поравнања, и суд ће ту изјаву примити, али у ствари то онда, са гледишта процесно-правног, садржи сагласни одустанак од парнице (§ 143). Закључено поравнање између странака, чија садржина није ушла у судски протокол, цениће се као уговор о вансудском поравнању по прописима грађанског законика.

2. За судско поравнање надлежан је суд првога степена,¹⁾ у чију апсолутну надлежност спада потраживање, о коме се поравнање закључује. Према томе за потраживања, чија вредност не прелази 100 динара (за спорове о непокретности и меничним тражбинама), односно 200 динара (за остала потраживања) судско поравнање има се закључити пред општинским, као и за пољске службености (§ 6), иначе пред првостепеним или трговачким судом (§§ 6, 27 грађ. суд. пост., 16, 17, 19 зак. о устројству тргов. суда).²⁾ Судско поравнање постоји и кад се парничари пред изабраним судом поравнају, било да су се они сагласили на суђење пред изабраним судом (§ 433) било да је овај по закону надлежан за пресуђење спора (§ 434). Што се тиче релативно надлежног суда, зависи од странака пред којим ће се судом поравнати према пропису § 49, који допушта да се спор може расправити и пред релативно ненадлежним судом.

Наш законик нарочито полаже на то да се покуша поравнање парничара пред судом. За то и ставља у дужност председнику суда да их понуди да се поравнају, као и да се то у протоколу (белешци) примети — §§ 147, 157.³⁾

3. Од судског поравнања, као процесне институције, разликује се *вансудско поравнање*, — уговор између лица, о коме

¹⁾ Ако се спор налази пред вишим судом, првостепени ће суд изискати акта од вишега суда, пошто по њихом поступку парничари не представљају вишем суду. По аустријском грађ. судском поступку поравнање се може и пред вишим судом закључити.

²⁾ Уопште може се рећи да кад један суд није надлежан да пресуди један спор, да није надлежан ни да се пред њим закључи поравнање. На пр. о потраживањима, која се на наследству оснивају, не би се могло закључити поравнање пред општин. судом. Питање је да ли би било пуноважно поравнање закључено пред првостепеним судом о предмету, за који је надлежан општин. суд? На пр. парничари су се поравнали за суму од 150 дин. пред првостепеним судом. Налазимо да се, кад је у питању само вредност а не и природа спора, не би могло поништити поравнање за то што је закључено пред првостепеним а не пред општинским судом, јер кад је у питању само вредност спора несумњиво је да првостепени као виши суд даје оне потребне гаранције ради којих су спорови преко 200 динара стављени у његову надлежност. Међу тим кад је у питању природа спора (поравнање о пољској службености закључено је пред првостепеним судом место пред општинеким), онда је сумњиво да ли би тако поравнање било пуноважно. Аустријски писци узимају да оскудица надлежности суда за поравнање нема утицаја на важност поравнања. В. Pollak, System des österr. Zivilprozessrechts I стр. 399.

³⁾ Хоће ли виши суд поништити одлуку нижега суда за то, што није констатовано да ли је председник понудио странке да се равнају?

говоре §§ 854 и сл. грађ. зак., и о коме важе прописи грађанскога права. За судско поравнање није потребно да су у питању „спорна и сумњива права“, као што се за вансудско поравнање тражи (§ 854). Судско поравнање може се закључити и о потраживањима, која су приватним и јавним исправама утврђена, и није за судско поравнање ни то потребно да свака страна по нешто од својих претензија жртвује. Поравнање судско постоји и онда, кад једна страна пристаје да испуни у целом обиму потраживање противниково, и у том смислу буде састављен и оверен протокол судскога поравнања.¹⁾ С друге стране могућно је да се странке поравнају пред судом само о извесним спорним тачкама, што се има у судски протокол забележити и оверити, а о осталим тачкама да продуже парницу. Дејства судскога поравнања, наравно, наступају само за тачке, које су поравнањем обухваћене.

4. Да би судско поравнање било пуноважно, потребно је прво да странке, које га закључују, буду способне за предузимање процесних радњи у опште, дакле да постоји лична способност за вођење парнице (§§ 59, 77). Пуномоћник с општим пуномоћијем (§ 83) може и поравнање закључити, а законски заступник, кад су у питању непокретна добра или предмет преко 1000 гроша пореских, мора имати саизвољење спомоћног стараоца и одобрење старатељског судије за по-

Могло би се на ово питање афирмативно одговорити с обзиром на §§ 317 и 325. С обзиром на то, што наш закон много полаже на то, да председник представи парничарима последице парничења, могло би се узети да у пропуштању конститувања да је ову дужност председник извршио, постоји „важна погрешка“ у поступку суда — § 317. Аустријски грађ. суд. поступак од 1895 не обвезује суд да мора покушати поравнање парничара него само да може то учинити (§ 204).

Судско поравнање служи често странкама и као форма за закључење уговора, чије се извршење може одмах тражити, да се добије дакле једна исправа способна за извршење (Executionstitel). И одиста странке, које хоће уговор да закључе, могу у виду парнице изнети свој уговор пред суд и закључити судско поравнање. Парница је у овом случају привидна, употребљена само као форма да се дође до судскога поравнања. Пошто у тој привидности нема ничега недозвољеног, то је она и допуштена, јер олакшава посао и суду и уговорачима, који на тај начин, по свој вољи, долазе до једне исправе са снагом извршне пресуде, без парничења. Права трећих лица на предмет поравнања наравно да тиме остају недирнута, јер и за судско поравнање важи правило, које и за пресуђену ствар: *res inter alios iudicata aliis nec nocere nec prodesse potest*. Оваких привидних парница у циљу добијања судске одлуке било је и у римском (*in iure cessio*) и у старом немачком праву.

равнање — чл. 75 тач. 7, 137, 155 зак. о старатељству. Даље се тражи да се сагласност парничара изјави пред судом, дакле у пуноважној седници суда (три судије и деловођа, да се она запише у судски протокол, од речи до речи да се прочита странкама или да оно што је записано саме прочитају, да оне буду од стране председника упитане је ли то што је у протоколу записано њихова воља, и пошто се изјасне да јесте да то потпишу, па за тим да све то и суд својим потписом овери (§ 145). Није потребно за пуноважност поравнања да суд доноси решење како га уважава. Закон прописује да ће суд својим потписом протокол „одостоверити“, и да „овакав протокол има снагу извршне пресуде“ (§§ 145 и 146). Према томе судско поравнање са свима својим дејствима постоји чим је суд протокол о поравнању оверио, а суд пре оверавања треба да пази по службеној дужности да ли су испуњени сви услови, који се за судско поравнање траже како у погледу способности странака, форме и процедуре, тако и у погледу предмета поравнања.¹⁾

5. У погледу предмета судскога поравнања правило је да се странке пред судом могу поравнати о свима потраживањима, која су тужбом заштићена или бар да постоји природна обавеза (§§ 564, 793 грађ. зак.). И кад једна страна хоће другој да учини поклон, може у виду судскога поравнања изјаву о томе дати а друга то примити. Потраживања неморална и законом забрањена не могу бити предмет судскога поравнања (§§ 13, 538, 539, 856 грађ. зак., 99 тач. 1 грађ. суд. пост.). Парничар који не може слободно располагати предметом, о коме хоће да се поравна, не може поравнањем лишити се тога предмета, јер тако поравнање садржи у себи признање права противниковог (§ 183 тач. 1 грађ. суд. пост.). Тако фидеикомисарни наследник о фидеикомисном добру (§§ 464, 465 грађ. зак.). Али и од права која су заштићена тужбом, не могу бити предмет судског поравнања она, којима парничари не могу, с обзиром на *јавни интерес*, слободно располагати. Тако у споровима о неважности и разводу брака, да ли ће брак остати у целости (§ 855 грађ. зак.), кад се де-

¹⁾ У нашим судовима постоји пракса да суд, општо овери протокол поравнања, доноси решење којим поравнање одобрава или не одобрава, ценећи при том имали места судском поравнању. Строго узевши не би-

тету оспорава брачност (§ 114 грађ. зак.), кад се тражи одузимање очинске власти од оца (§§ 145, 155 грађ. зак.).

6. *Дејства судскога поравнања* јесу процесно-правна и материјално-правна. *Процесно-правно дејство* је у свршавању спора: судско поравнање чини да се о дотичном потраживању више не може водити парница; она је завршена као и да је о њему донесена извршна судска одлука, и поравнање ствара приговор *litis per transactionem finitae*, те се на основу њега може тражити одбачај парнице — тач. 2 § 109. Овај приговор може се истаћи и онда, кад се парничари нису поравнали тек у току парнице, него кад су одмах дошли пред суд да се поравнају и то учинили, па доцније један од парничара поново покреће ствар, о којој постоји судско поравнање, пред судом. Да би се овај приговор могао с успехом истаћи треба да постоје они исти услови, који су потребни за истицање приговора пресуђене ствари: индентитет предмета спора, индентитет основа тужбе и индентитет парничара. (В. ближе код А. Ђорђевића, Теорија Грађанског Судског Поступка, страна 218, 219, 228). Како судско поравнање има снагу извршне пресуде, парничари се могу на њ позвати у сваком стадијуму парнице и суд ће решењем прекинути даљи рад по тој парници. Парничар који је знао да поравнање постоји, а није у одговору на тужбу одбачај тражио но доцније, одговара противнику за парничне трошкове, као што и тужитељ одговара кад је тражио да се парница води о ономе што је већ поравнањем расправљено, а тужени, не будући у своме делу, положи заклетву да у одговору на тужбу није одбачај тражио за то, што о томе тада није знао — тач. 2 § 109 и последња алинеја ово §-а¹). Ово дејство судскога поравнања, да се спор о

смо рекли да је оваква пракса у сагласности са § 145. Према ономе како ми схватамо овај пропис мислимо да је довољно да суд овери протокол, ако налази да су испуњени сви захтеви, који се за судско поравнање траже, и да по захтеву стави клаузулу извршности у смислу § 462. Ако би суд налазио да нема места суд. поравнању, онда би имао само председник и деловођа да овере изјаву парничара о поравнању, и по захтеву парничара да им изда решење о томе зашто суд није поравнање оверио, те да странке могу правно средство употребити.

¹ С приговором судскога поравнања има се поступити као и са приговором пресуђене ствари, јер судско поравнање има снагу извршне пресуде. Према том нетачно је наређење тач. 2 § 109 да тужени може тражити одбачај парнице у свако доба, у случају судскога поравнања, само онда, када није у своме делу, а положи заклетву да за поравнање није

дотичном потраживању као завршен сматра, наступа чим суд овери протокол о поравнању, јер тада се сматра да је уговор о поравнању између странака постао перфектан¹); после тога момента парничари не могу једнострано опозивати учињене изјаве. *Приватно-правно или материјално-правно дејство* судскога поравнања јесте у томе, што парничари на место ранијих потраживања имају сада она, која из уговора о поравнању пред судом потичу.

7. Протокол о судском поравнању, који садржи уговор странака, има снагу извршне пресуде (§ 145). Противу њега може заинтересовани парничар²) војевати прво путем тужбе, којом ће тражити поништај поравнања. У § 146 предвиђа се уништај судскога поравнања решењем ако се докаже да је поравнање на превара учињено,³) а у § 427 допушта се поновљење спора, поравнањем завршеног, само ако се докаже при поравнању превара. Тужилац би дакле имао да докаже

знао. Кад се истакне приговор пресуђене ствари или судског поравнања, суд је дужан да то испита и престане са даљим извиђањем парнице, ако је приговор оправдан, па ма у ком стадијуму парница била, јер ако би суд, и поред већ постојеће пресуде или поравнања, донео другу пресуду о истом предмету, онда би имали две пресуде о истом предмету или пресуду и судско поравнање, а то суд, по службеној дужности, има да пази да не буде, јер то смањује ауторитет правосуђа. Ако се ово гледиште не усвоји, онда би суд имао, у случају задоцњеног истицања приговора пресуђене ствари или судског поравнања, да се упусти у оцену навола обе парничне ствари и да с обзиром на постојећу пресуду или поравнање пресудом одбије парничара, против кога пресуда или поравнање постоји.

¹ Stubenrauch, Kommentar II. стр. 186, мисли да се судско поравнање сматра као перфектно чим га странке потпишу у присуству суда, под претпоставком да постоје и остали услови законски (способност за процесне радње, права сагласност, могућност обвезе, итд.). Време потписа судијског није меродавно за питање о перфекцији поравнања само кад су странке ово у присуству судије закључиле. Тим и таким закључењем добија оно значај јавне исправе са свима законом прописним последицама, а не потписом судије. Захтев једног уговорача данешто дода или измени у поравнању после потписа протокола од стране уговорача, али пре него што судија исти потпише, не може дакле пуноважно закљученом поравнању одузети снагу. — За наше право ми не бисмо могли усвојити ово гледиште. Уговор о поравнању постаје перфектан кад се испуне све формалности, које закон тражи, а овај тражи, поред потписа странака, и потпис суда на протоколу поравнања. Према томе докле суд не овери протокол, парничар може мењати своје изјаве и одустати од поравнања, јер дотле нема пуноважнога уговора.

² И трећа лица којима је поравнањем штета причињена, могу тражити поништај поравнања тужбом из § 303-а грађ. зак.

³ Превара се може тицати или личности противног парничара или предмета поравнања (§ 858 грађ. зак.).

да је услед преваре, коју је извршио његов противник или са његовим знањем ко други, поравнање закључио, и суд би, по саслушању обе стране, у контрадикторном поступку, решењем¹⁾ о томе одлучио. (§ 146). Ако се узме да је за важност судскога поравнања потребно решење суда, којим се поравнање уважава, онда би се незадовољна страна имала жалбом обратити Касац. Суду и тражити поништај, у коме би случају првостепени суд по примедбама Касац. Суда имао да донесе решење, саслушавши евентуално пре тога оба парничара (§ 331) на одређеном рочишту. Али сем преваре може се тражити поништај судскога поравнања и кад постоји принуда парничара на поравнање (§ 537 грађ. зак.), а такође и у случају заблуде (§ 858 грађ. зак.²⁾

Што се тиче *процесно-правних* захтева несумњиво је да се поравнање може поништити, ако ови нису испуњени при закључењу поравнања. Ако парничар на пр. наједном имао парничарске способности у моменту закључења уговора о поравнању (на пр. био душевно болестан, моментано у несвесном стању, малолетан — §§ 59, 77 грађ. суд. пост.), ако заступник парничара није био овлашћен да поравнање закључи — § 83, или је прекорачио дану му власт — на пр. чл. 75 тач. 7 зак. о старатељству, у свима тим случајевима може се путем тужбе судско поравнање поништити, кад је суд већ пропустио да одбије закључење поравнања пред судом. Сем горе побројаних случајева судско се поравнање не може поништити. Али поравнање судско, за то што има снагу судске извршне пресуде и ову замењује, може се путем *поновљења парнице*, поравнањем завршене, нападати. У § 426 предвиђа се да се могу поновити парнице, судским поравнањем закључене, ако се докаже да је при поравнању било преваре, било да је сам уговорач

¹⁾ Зашто закон у овом случају наређује, да се судско поравнање решењем поништава није јасно. По § 303 решењем се расправљају споредна питања, а ово питање није споредно него баш главно. Јамачно законодавац сматра га као споредно према поравнању. Касац. С. д. сматра да кад се поништај поравнања тражи у редов. парници, онда се питање о његовој важности има расправити пресудом а не решењем. Одл. Касац. Суда од 15-IV-1909. Бр. 4936. Никетић, Грађ. Суд. Поступак стр. 65.

²⁾ О утицају заблуде на важност правних послова види Др. Л. Марковић, Грађанско Право I стр. 270 и сл. За аустријско право видети: Hopten, ор. cit. стр. 804, који допушта нападање материјалнога уговора о судском поравнању услед битне заблуде, страха и принуде.

превару извршио или је знао да је други то учинио. Како закон у § 426 поставља превару при поравнању као једини изузетак од правила да се парнице поравнањем свршене не могу поновити, то онда не може бити поновљења парнице судским поравнањем завршене у оним случајевима из § 426, у којима би, да је спор место поравнањем окончан пресудом, могло бити поновљења. Ипак треба имати на уму да у извесним случајевима, које предвиђа § 426 за поновљење парнице, може постојати превара, услед које преварени парничар може тражити на основу § 427 поновљење парнице судским поравнањем завршене. Узмимо случај да је један парничар пристао на поравнање за то, што је противник оснивао своје право на исправама, које је овај пре или после поравнања за лажне признао, или које су за лажне проглашене (тач. 4 § 426) или да је парничар пристао на поравнање не знајући за постојање исправа, које говоре у његову корист, а за које је противник знао да постоје (тач. 10 и 13 § 426). Чим је дакле код једног парничара преваром противника или са његовим знањем од трећег лица изазвана лажна представа о којој релевантној чињеници по одлуку парничара да се поравна, или су му извесне релевантне чињенице од стране противника прећутане, да би остао у заблуди, може се тражити поновљење парнице поравнањем завршене.¹⁾

8. За поравнања закључена пред општинским судом у смислу тач. в § 6 прописује се у § 15 ал. 4. да се против њих подноси жалба првостепеном суду и то само на случај, ако је при поравнању било преваре (§ 18). Првостепени суд, као касациона власт, поништиће решењем закључено поравнање, ако нађе да је при поравнању било преваре, и тужитеља упутити да редовну парницу поведе, против чега нема

¹⁾ У тачци 8 § 426 предвиђа се да се парница може поновити „кад би о једном истом предмету постојале две извршне пресуде, које би једна другу искључавале“. Може ли се парница поновити, ако би о истом предмету постојала два судска поравнања, која би једно друго искључавала? Ако је један парничар, у чију корист постоји друго поравнање, противно првом, знао за оно прво поравнање, а други за њ није знао, онда постоји случај преваре (§§ 251 казн. зак. и 859 грађ. зак.) и парница се може поновити на основу § 427 грађ. суд. пост. Али и кад не би било преваре мора се допустити поновљење, у интересу ауторитета правосуђа, које не може трпети два противречна поравнања, која имају снагу извршне пресуде, а и због немогућности да се оба поравнања изврше.

места жалби (§ 21.). Иначе ће поравнање решењем прогласити за снажно, и оно се може одмах извршити. Али несумњиво је да и за поравнање пред општинским судом важи оно што смо видели за поравнање пред првостепеним судом, т. ј. да се оно може нападати тужбом кад је било принуде или заблуде, као и у случају кад нису испуњени процесно-правни услови за важност поравнања (на пр. кад постоји неспособност парничара за поравнање). У случају кад се поравнање закључено пред општинским судом напада са других разлога а не због преваре, тужбу треба подносити самом општинском суду, који о поништају треба да одлучи пресудом, на коју се онда може изјавити жалба првостепеном суду, јер §§ 18 и 21 предвиђају да се *жалба* првостепеном суду употребљава као средство за поништај *само* онда, ако је било преваре при поравнању, а то, по нашем мишљењу, значи да се у другим случајима, када има места тражити поништај поравнања, има подићи тужба као средство којим се тражи поништај закључених уговора.

9. Пропис § 430, по коме тражење поновљења парнице не задржава извршење пресуде осим ако се то нарочито захтева и обезбеђење да, има се применити и на судско поравнање, које има снагу извршне судске пресуде, и то како у случају кад се тражи поновљење парнице, поравнањем закључене, тако и кад се тужбом тражи поништај поравнања. Кад дакле онај који напада поравнање жели да се задржи његово извршење, дужан је то изрично тражити и дати обезбеђење. По томе захтеву треба саслушати и противну страну, која може ако хоће, допустити да се обезбеђење не даје. Што се величине обезбеђења тиче, оно треба да буде толико да пружи противној страни довољно гаранције да ће поравнање бити, ако остане у снази, извршено кад се расправи питање о опстанку поравнања, које је покренуто. О томе има суд да одлучи, по саслушању обе стране, с обзиром на све околности. Закон само одређује да обезбеђење може бити у полагању суме новаца, у залози (покретној или непокретној) — § 430 *in fine*. Ипак по споразуму странака може се обезбеђење и у чему другом састојати (на пр. у давању јемаца).

Поништај поравнања односно поновљење парнице поравнањем завршене само се једанпут тражити може (§ 432).

Ко једанпут са тим тражењем не успе, биће при другом тражењу одбијен од суда по званичној дужности, ма са кога разлога поништај или поновљење тражио.

Тужбу за поништај поравнања односно за поновљење парнице поравнањем завршене треба поднети суду, пред којим је уговор о поравнању закључен (§ 44), а за поравнање закључено пред изабраним судом оном првостепеном суду, који је надлежан за жалбу на пресуду избраног суда, пошто избрани суд није перманентан. (В. одлуке Касац. Суда у Никетићевом Грађанском Судском Поступку, стр. 22 код § 44.).

Приговор неиспуњенога уговора.

1. Код потпуно двостраних, т. зв. синалагматичних уговора, као што су на пр. куповина и продаја, промена, најам, оба су уговорача у положају повериоца и дужника. При самом закључењу уговора и једна и друга уговорна страна имају једна од друге нешто захтевати. Продавац на пр. има права потраживати од купца куповну цену, а купац од продавца купљену ствар. Овде се дакле једноремено уговором заснивају права и обавезе за обе уговорне стране и у самом појму једног синалагматичног уговора лежи то, да се њиме заснивају обавезе за оба уговорача.

2. При закључењу једног синалагматичног уговора може се уговорити, да је једна страна дужна прва испунити своју обавезу, на пр. да је продавац дужан прво предати купцу продату ствар, па тек онда да има права тражити цену. Али ако такве одредбе у уговору нема, или ако сам закон није одредио да ће једна страна бити дужна прва испунити своју дужност, (као што је на пр. случај код уговора о најму, где се по § 712 грађ. зак. награда обично даје кад се служба изврши), онда настаје питање: у којој вези стоје ове обавезе једне и друге стране, јесу ли оне, једном постале по уговору, независне једна од друге и тако самосталне да сваки уговорач може у парници тражити испуњење обавезе од противне стране и не наводећи ни доказујући да је он своју обавезу испунио, или су те обавезе једне и друге стране у узајамној вези, условљене једна другом тако да онај који тражи испуњење обавезе од свога саговорача мора навести и доказати

да је он своју обвезу испунио или готов био да је испуни, па противна страна ипак није хтела својој обавези одговорити? Римско право сматрало је обавезе из синалагматичних уговора као самосталне обавезе, и сваки је уговорач имао самостално право тужбе за испуњење онога, што му се дугује; тужилац није био дужан доказати претходно испуњење своје обавезе, пошто је његово право да тражи испуњење онога што му се дугује постало самим закључењем уговора. (B. Unger, *Privatrecht* II. стр. 468 у примедби, *Dernburg, Pandekten* I. §§ 20 и 21). Од туженога је зависило хоће ли употребити своје право које према тужиоцу има по истом синалагматичном уговору, то јест хоће ли истаћи приговор неиспуњенога уговора од стране тужиоца (*exceptio non adimpleti contractus*), који по том истом уговору тражи да тужени своју обвезу испуни.¹⁾ Ово је гледиште усвојио и немачки грађански законик, који у § 320 прописује: „ко је по двостраном уговору обавезан, може одрећи да испуни своју обвезу док и противна страна обавезу не испуни, сем ако је обавезан да он први обавезу испуни.“ „Тужилац може на основу двостраног уговора тражити тужбом испуњење обавезе, која премуду њему постоји и не спомињући своју обавезу према противној страни. Истицање приговора неиспуњеног уговора ствар је туженога.“ B. *Dernburg, Bürgerl. Recht* II. 1. стр. 240. Другачије је становиште у овом питању зазимао пруски законик (A. L. R. I 5 § 271). Он је захтевао ради *основаности тужбе* због испуњења обавезе из двостраног уговора да тужилац *наведе*: да је испунио своју обвезу или да је тужени дужан први испунити или да тражи осуду туженога на једно време испуњење, дакле кад тужилац своју обвезу испуни према туженоме. Иначе тужба није имала успеха. (B. *Dernburg, Bürgerliches Recht* II, 1. стр. 240). За аустријско право питање је спорно. Има писаца који тврде да тужилац има у тужби да наведе ради основаности њене да је он своју обвезу испунио односно да је испуњење

¹⁾ Самосталност обавеза уговорача по синалагматичном уговору у римском праву објашњава познато правило *periculum est emptoris*, то јест да штету због случајне пропасти продате ствари сноси купац и пре предаје ствари од стране продавца. Купац је обећао платити куповну цену и мора је платити. Кад му продавац, противно уговору, не би хтео предати ствар, могао би му купац на поднету тужбу истаћи приговор неиспуњенога уговора и одбити да цену плати. Али како је ствар случајно пропала, продавац је од своје обавезе да преда ствар ослобођен. Његовом тражењу цене не стоји више на путу његова обавеза да ствар преда. B. *Dernburg*, на навед. месту стр. 57.

понудио. Оспоравање тужениково да је тужилац испунио своју уговорну обвезу сматрају ти писци не као приговор (*exceptio*) у техничком смислу, него као негативну литисконстатацију, као порицање чињеница, на којима тужилац своје право оснива, услед чега тужилац мора доказати да је своју обвезу испунио или понудио. У потврду овакога схватања наводи се § 1052 аустр. грађ. зак., који код уговора о промени прописује: „ко тражи предају ствари мора испунити своју обвезу или бити готов да је испуни.“ Други аутори на против тврде да ни по аустријском праву није потребно ради основаности тужбе наводити у њој да је тужилац испунио *resp.* понудио испуњење своје обавезе. Ако тужени истиче да тужилац није испунио своју обвезу нити понудио испуњење, онда он тиме не чини негативну литисконстатацију, он не пориче право тужиочево, него истиче своје право по истом уговору према тужиоцу, и неће своју обвезу да испуни за то што ни тужилац није своју испунио. Тиме он чини приговор, *exceptio*, у техничком смислу, истављајући, на супрот тужиоцевом основаном праву, своје такође основано право према њему, које спречава остварење тужичевог права онако, како је он захтевао. Пропис § 1052 ови писци схватају тако, да он само садржи материјално-правну одредбу, да се код уговора о промени и куповини и продаји узајамне обавезе имају испунити једно време, али не говори о томе да је тужиоцу потребно навести у тужби испуњење своје обавезе. (Hasenöhr, *Das österreichische Oblig. R.* II. стр. 413 прим. 28, Unger II. стр. 470).

3. За наше право не би се могло узети да је тужилац дужан наводити у тужби да је, са своје стране, испунио обавезу према туженоме из истог двостраног уговора. Обавеза и једне и друге стране постоји чим је уговор закључен (§ 642 грађ. зак.), и ствар је овлашћенога лица хоће ли према противнику истицати своје право (§ 22 грађ. зак.). Тужилац се стара о своме праву, које по уговору према туженоме има, а тужени треба да се стара о своме, истичући, у виду приговора, да тужилац није своју обавезу испунио и тражећи да пресуда гласи на једно време испуњење обостраних обавеза. Нигде ни у нашем грађан. законик у нити у зак. о поступку судском у грађан. парницама нема одредбе о томе, да је тужилац дужан у тужби наводити да је по двостраном уговору своју обавезу испунио. Тако се у § 94 тач. 2 грађ. суд. поступка наводи да

тужба има садржавати: „шта се тражи и по каквом основу, на пр. на основу промене, куповине, оставе, послуге, залог и т. д.“ Из овога следује да је довољно за успех тужбе навести и доказати само двострани уговор, из кога је право тужитељево постало. Ни из одредаба грађ. законика не можемо извести да тужилац мора у тужби наводити и тај факат да је он своју обавезу према туженоме испунио односно испуњење понудио. У § 635 који долази у прописе о уговору о промени вели се истина: „ко иште да му се ствар обећана изда мора своју дужност најпре испунити или готов бити да је испуни“. Али овај је пропис материјално-правне природе и утврђује само то да код уговора о промени као двостраног уговора испуњење узајамних обавеза има да буде једночасовно: ни једна страна нема права тражити од друге да она прва испуни обавезу, ако то није нарочито уговорено или ако закон то не прописује. И тужба, поднесена ради испуњења обавеза из двостраног уговора, стоји под утицајем тих узајамних обавеза уговорача тако да ће тужилац, који судом тражи од саговорача испуњење обавезе, успети у томе само тако ако и он своју обавезу испуни или понуди; наравно под претпоставком да му тужени истакне и на суду приговор, који би му и ван суда истакао: да ће испунити обавезу ако и тужилац своју испуни. Јер као што и ван спора један уговорач може испунити своју обавезу не тражећи једночасовно испуњење обавезе од другог саговорача, хотећи да га на тај начин кредитира, тако и у спору може један уговорач, који је тужен, не чинити употребу од свога права и не инсистирати на томе да и тужилац своју обавезу испуни. § 635 грађ. зак. не нагони дакле једног уговорача да *он сам* истиче у тужби право туженика на испуњење обавезе од стране тужиоца. И у § 653 вели се да продавац *није дужан* дати купцу продату ствар без цене, али ни из овога прописа не може се извести, да *продавац* има о томе да се стара да купац до свога права дође, него из тога следује да купац, ако хоће, може, на тужбу продачеву због цене, *бранити се* непредајом ствари, због чега ни продавац не може судским путем нагонити купца да му цену плати док му ствар не преда. Пресуда судска, кад се туженик брани приговором неиспуњенога уговора, не би гласила да туженик испуни према тужиоцу своју обавезу, него

да је дужан испунити *једночасовно* са испуњењем обавезе тужиоцеве према туженоме. Али приговор неиспуњенога уговора не може учинити то, да се тужилац, који није доказао да је своју обавезу испунио, сасвим одбије од тражења. Јер кад би тако пресуда гласила, онда би то значило да је тужилац дужан доказати да је своју обавезу испунио, а то значи да је он дужан *први* да обавезу испуни. Међу тим суштина је двостраног уговора баш у томе, да ни једна страна није дужна прво испунити, него *једночасовно*. Приговор неиспуњеног уговора је дакле и по нашем праву *exceptio* у техничком смислу, истичање једног самосталног права тужениковог, којим се остварење тужиоцевог права онако како га он представља спречава, ексцепција која чини да тужени буде осуђен на испуњење обавезе под условом да и тужилац своју обавезу према туженику испуни. Да је тужени дужан овај приговор истичати, ако хоће да се одбрани, следује и из § 106 грађ. суд. пост., по коме је тужени у одговору на тужбу дужан потпуно на тужбу одговорити и „све оно навести што му за одбрану служи“. Не учини ли тужени употребу од свога права ни у одговору на тужбу ни на рочишту (§§ 159 и 166 грађ. суд. пост.), онда ће бити осуђен да испуни своју обавезу према тужиоцу без обзира на то да ли је и тужилац своју обавезу по истом уговору испунио. Суд по званичној дужности није дужан да се стара о интересима уговорача по двостраном уговору. По § 304 тач. 3 грађ. суд. пост. суд ће пресудити само о ономе што се тражи, а не о другом чему (*ne eat iudex ultra petitā partium*). И кад тужени не тражи да суд узме у обзир и обавезу тужиоца према туженоме, онда о томе суд не може ни одлучивати, него ће пресудити само по тражењу тужиоца да туженога на испуњење обавезе осуди. Ипак туженоме остаје могућност да са своје стране, на основу истог уговора, тражи другом парницом осуду тужиоца на испуњење своје обавезе према туженику. Пошто су обе обавезе из синалагматичног уговора закључењем истог постале, то сваки уговорач може своје право остваривати и у виду тужбе и у виду приговора. На тужбу ранијег туженика, не би могао тужилац из прве парнице истичати приговор пресуђене ствари и тражити на основу §§ 108 и 109 грађ. суд. пост. одбачај парнице. Јер за успех овога приговора тражи се *идентитет* предмета спора, а

он не постоји, пошто у овој другој парници ранији туженик а сада тужилац тражи **друго нешто**, различно од онога што је тужилац у ранијем спору тражио. Туженик сада тражи испуњење свога права према ранијем тужиоцу, а ово је његово право **различно** од онога, које је у ранијем спору тужилац тражио. И ако је основ обојим потраживањима исти уговор, **други** је предмет, који се дугује. Сада туженик тражи **своје право** а у ранијем спору тужилац је тражио своје.

4. Из горњих излагања излази да се тужилац, који остварује своје право из двостраног уговора, може овако понашати: а) Он може (и ако не мора) сам тврдити да је своју обавезу према туженоме по истом уговору испунио. Тада је дужан доказати (§ 178) како постојање уговора тако и испуњење своје обавезе и пресуда би тада гласила на безусловну осуду туженога, пошто тужилац нема више никаквих обавеза према туженоме. Не успе ли у доказу да је своју обавезу испунио, пресуда ће гласити условно, т. ј. да је тужени дужан испунити обавезу једноремено, када и тужилац своју обавезу испуни. б) Тужилац може тражити испуњење обавезе и не спомињући своју обавезу према туженоме. Ако овај не истиче ексцепцију неиспуњенога уговора према тужиоцу, тужени ће бити осуђен безусловно да своју обавезу испуни. Ако је пак истиче, онда је дужност тужиоца да докаже да је он, супротно твђењу туженога, своју обавезу по уговору испунио или да је противтражбина туженога престала, и ако испуњења није било (на пр. отпustom дуга). У томе је карактеристика ове ексцепције да чињеницу, на којој се она оснива, не мора доказати онај, који је наводи, него противна страна. Правило *reus excipiendo fit actor* овде се не примењује. (В. Dernburg, у навед. делу стр. 241, Unger, стр. 470). Ова дужност тужиоца да он, на приговор туженога да тужилац није испунио своју обавезу из двостраног уговора, чије испуњење тражи, докаже да је испунио, долази отуда, што је уопште дужност онога, који тврди да има тражбину — у овом случају туженика — да само докаже постанак те тражбине а не и да она није угашена. Кад дакле тужени чини приговор неиспуњенога двостраног уговора од стране тужиоца, онда он тиме тврди да његова тражбина постоји, а из природе двостраног уговора излази да његова тражбина одиста и постоји, и он онда нема

шта више доказивати, пошто из природе самога уговора истиче да је и тужилац дужник. Ако тужилац то оспорава, онда то значи да је тражбина туженога престала и за то он мора то доказати. пошто престанак тражбине мора дужник доказати. Кад пак тужилац докаже да тражбина туженога не постоји, онда ће пресуда гласити опет да туженик има безусловно да испуни своју обавезу. Не успе ли тужилац у своме доказивању, да је тражбина туженога престала, онда пресуда има да гласи да се тужени осуђује условно, т. ј. да је дужан испунити своју обавезу једноремено кад и тужилац испуни своју према њему.

5. Као што смо видели пресуда на основу двостраног уговора може бити или условна или безусловна. Ако је **безусловна**, т. ј. ако је тужени осуђен да испуни своју обавезу према тужиоцу, онда он пред извршном влашћу не може испитати своју тражбину према тужиоцу, јер ће извршна власт извршити пресуду онако како она гласи, а у њој нема спомена о неком праву туженога према тужиоцу. У колико ће тужени, који је по пресуди испунио своју обавезу, моћи тужбом према тужиоцу тражити осуду његову за тражбину коју тврди да према њему има, зависи од тога да ли је у ранијој парници о тој тражбини суђено. Ако ју је тужени тада истицао и о њој је пресуђено да она не постоји, онда се о овој не може више судити, јер тужилац може употребити против туженикове тужбе приговор пресуђене ствари и тражити да се тужба одбаци (§§ 108, 109 грађ. суд пост.). Ако пак туженик није своју тражбину према тужиоцу истицао, те о њој није ни суђено, онда, као што смо горе под бр. 3. већ изнели, може тужбом тражити осуду тужиоца. Ако је пак пресуда **условна** т. ј. ако је туженик осуђен да једноремено испуни обавезу кад тужилац испуни своју према туженику, онда ће извршна власт, којој је пресуда на извршење поднесена, приступити извршењу према туженоме само тако, ако тужилац поднесе доказ¹⁾ да је он задовољио туженога, или ће

¹⁾ Тај доказ може бити само јавна или приватна исправа, ова последња пак само онда, ако ју је тужени по захтеву извршне власти признао као своју или, у случају одрицања, ако је тужилац доказао њену истинитост — § 180. грађ. суд. пост. Свако друго доказно средство не даје извршној власти довољно гаранције да је тужилац своју обавезу испунио, те она не би могла приступити извршењу пресуде према туженоме,

једноремено извршити пресуду и према једном и према другом, т. ј. тражити од тужиоца који је поднео пресуду на извршење да извршној власти положи или стави на расположење оно, што он има да испуни према туженоме, па кад то овај буде учинио, одмах приступити извршењу према туженоме, кога треба известити о испуњеној обавези од стране тужиоца. Наравно да власт неће туженоме издавати оно, што је тужилац за њега положио, док не изврши пресуду према туженоме.

Неколико речи о противтужби.

1. У теорији процеснога права и у позитивном законодавству прави се разлика на т. зв. *праву противтужбу* (*reconventio perfecta*) и на *неправу противтужбу* (*reconventio imperfecta*). У нашем законiku о грађанском судском поступку говори се у ал 1. §342 о неправом, а у алинеји 2. истог законског прописа о правој противтужби. О *неправој противтужби* вели се ово: „Тужени који би према тужитељу имао какво право од тужитељевог одвојено, ма оно истицало из уговора у страној земљи закљученог, може противтужбу поднети суду код кога је он тужен.“ Према томе код ове неправе противтужбе имамо једно право туженога према тужиоцу, засновано на једној чињеници, која не стоји у вези са оном чињеницом, на којој је тужиочево право основано.¹⁾ Тужени дакле има самостално право према тужиоцу, и имао би, ради реализања тога права, да подигне тужбу против онога, према коме то право има,

који по њој има права да тражи да се пресуда према њему изврши само онда, кад и тужилац своју обавезу испуни. У овом случају тужилац би имао судским путем да утврди да не постоји више тражбина туженога према њему и да се ранија пресуда против туженога претвара у безусловну, коју би онда извршна власт могла одмах извршити.

¹⁾ Немачки грађ. суд. пост. у § 33 вели: „Код суда тужбе може се подићи противтужба, ако противпотраживање стоји у вези са потраживањем, које се у тужби остварује, или са одбранбеним средствима, која су против њега изнета.“ Неправа противтужба, како је познаје наш законик, не постоји у немачком процесном праву. На против неправу противтужбу постојала је у ранијем аустријском поступку. В. Canstein, Lehrbuch des österr. Civilprozessrechts 1893. I. стр. 83. По новом аустријском процесном праву противтужба (тужба туженика код суда код кога је он тужен) допушта се, ако тужениково потраживање стоји у фактичкој

код онога суда, који је по прописима грађанског судског поступка надлежан за туженога. Али пошто је тужени већ тужен, због тужиочевог права према њему, код суда за њега (туженога) надлежног, то му се даје бенефиција да може и он тужити онога, према коме он има самостално право (тужиоца), код истог суда код кога је он (тужени) тужен. На пр. Петар је из Смедерева и тужи Павла из Ниша због дуга од куповине код нишког суда. Павле има из уговора о ортаклуку извесно потраживање према Петру. У место што би Павле по правилу требало да тужи Петра код суда, који је за њега — Петра — надлежан, по правилу код суда домицила његовог (§ 28 — смедеревског), он ће га моћи тужити код истог суда, код кога је он (Павле) тужен, дакле код нишког суда. Несумњиво је да је туженом Павлу као тужиоцу лакше да води своју парницу против Петра код истог суда, код кога он има да се брани од тужбе свога противника.

2. Ако се право туженога оснива на истом правном факту, на коме се право тужиоца оснива, онда је то случај *праве противтужбе*, о којој се у ал. 2 § 342 прописује ово: „Противтражење из тужитељевог предмета истичуће или с његовим правом свезе имајуће може тужени у одбрани навести.“ Ова дакле противтужба или противтражење, како је наш законик назива, није ништа друго до једна материјално-правна екцепција, којом тужени може да се одбрани од тражења тужиочевог. Ове одбране стоје у вези са самим правом тужиочевим, поништавајући га или одлажући његово дејство. Кад тужени у својој одбрани у одговору на тужбу истакне приговор: да је о праву тужиоца већ суђено, или да је застарело, и у опште кад се брани приговорима, о којима је реч у §§ 109 и 110 грађ. суд. пост., онда се он брани тражећи да се парница одбаци или одложи. Али може се десити да тужени има друге приговоре, који стоје у вези са предметом тужитељевим, а који су такве природе да стварају за

или правној вези са потраживањем у тужби, ако се потраживање у противтужби може употребити за компензацију, а није веће од тужбеног потраживања, или ако је противтужба управљена на утврђивање права или правног односа, које је у току парнице спорним постало а од чијег постојања или непостојања зависи сасвим или делимично одлука о тужбеном потраживању.

њего право да тражи **осуду тужиоца**, или да има само такве приговоре, који могу учинити да се поништи правни посао, на коме тужилац своје право оснива. Ако на пр. на основу двостраног уговора (куповине и продаје, промене и др.) тужилац тражи осуду туженога на испуњење уговора, а тужени по том истом уговору има право да тражи испуњење обвезе коју тужилац има према туженоме, онда ће суд по захтеву његовом осудити тужиоца да своју обавезу према туженоме испуни. По уговору о чувању ствари давалац ствари на чување може тужбом тражити натраг своју ствар од чувара, али овај може тужбом тражити накнаду трошкова око чувања ствари (§ 575 грађ. зак.). Своје потраживање може чувар истаћи и у виду приговора на тужбу даваоца ствари и тражити да се о том његовом тражењу, које стоји у вези са тужиоцевим тражењем, пресуди. Или тужилац тражи испуњење уговора, а тужени тражи у истој парници поништај тога уговора због оштећења преко половине (§ 559 грађ. зак.) или због заблуде. У оваким случајевима тужени се са својим тражењем појављује као тужилац, и о његовом се тражењу одлучује у истој парници, коју је тужилац повео, једном истом пресудом. И ако је у процесном праву правило да тужилац у парници коју је повео не може бити осуђен (сем плаћања парничних трошкова), него у најгорем случају одбијен од свога тражења, опет у случају успеле противтужбе тужилац се осуђује. Али и овде тужилац бива осуђен као **тужена страна** по противтужби, као *gens*, а не као тужилац, као *actor*.

3. О противтражењу туженога законодавац не говори даље у глави X., већ продужује само о неправој противтужби. **Неправа противтужба** не може се увек подићи код суда туженога лица. Потребно је у првом реду да је за противтужбу апсолутно надлежан онај исти суд, код кога је тужени тужен. Ако је он тужен код трговачког суда, јер је овај за тужбу надлежан, а за тужбу о праву туженога био би надлежан првостепени суд, онда се противтужба о праву туженога не би могла подићи код трговачког суда. Повластица која се даје туженоме у ал. 1 § 342 не иде дотле да се њоме мењају правила о апсолутној надлежности, која је у јавном интересу уведена — § 49. Према томе пропис § 40, по коме је „онај суд који је надлежан за тужбу надлежан и за противтужбу“,

има се схватити тако да ће суд тужбе бити надлежан и за противтужбу само онда, ако постоји апсолутна надлежност суда тужбе и за противтужбу.

Даље кад би се противтужбом хтело да реализише које стварно право (својина, службеност, залога) на непокретности, онда тужени не може подићи противтужбу за то своје право код суда, код кога је он тужен — § 345, и ако би, иначе, тај суд био апсолутно надлежан за расправу спора, који би се противтужбом покренуо. Само онда ако је исти суд, код кога је тужени тужен, надлежан и за тужиоца као туженог тужбом туженога, може исти суд и о противтужби против тужиоца решавати. На пр. Петар тужи Павла због облигационога дуга код нишкога суда. Павле има једно стварно право на неком имању Петровом, које лежи у Пироту. Павле не може подићи због тога права противтужбу против Петра код нишког суда. Али ако се то имање Петрово налази у Нишу, Павле га због свога стварнога права може тужити нишком суду. Само ова тужба није противтужба, о којој се говори у § 342 ал. 2., него обична тужба, коју Павле подиже код нишког суда, код кога је и он тужен, али само за то, што је овај суд по § 36 надлежан.

4. Кад суд нађе да је надлежан за противтужбу, онда је доставља тужиоцу на одговор, и у опште поступа са њом као и са сваком другом тужбом. Противтужба заснива нову и засебну парницу између истих лица, која се у ранијој парници парниче. Тужилац из прве парнице постао је тужени у другој, која је противтужбом покренута. Свака од ове две парнице иде својим самосталним током. Ранија парница не застаје због тога што је нова противтужбом између истих лица покренута. „Ова парница не задржава течај тужитељеве парнице.“ (§ 344). Према томе за сваку од ове две парнице има суд да донесе засебну одлуку, које могу разно и гласити према резултату извиђања у ова два засебна процеса и предмету, на који се односе. Тужилац дакле у првој парници може добити парницу, а у другој покренутој противтужбом бити осуђен и обратно.

5. Противтужбу мора тужени против тужиоца подићи у року од шесет дана од дана кад је примио тужбу.¹⁾ По истеку

¹⁾ Аустријски грађ. суд. пост. допушта противтужбу до завршетка усмене расправе у првој инстанцији по тужби тужиоца (§ 233). Стари аустријски поступак допуштао је противтужбу докле год пресуда по тужби тужиоца не постане извршна.

овога времена губи право на противтужбу, и за своје право према тужиоцу, мора поднети обичну тужбу суду, који је надлежан за тужиоца, кога хоће да тужи (§ 343). У овом случају дакле важе општа правила о релативној надлежности (§§ 28 и сл.), у првом дакле реду правило да се тужба има поднети суду, који је надлежан за место, у коме тужено лице има своје стално место пребивања, у колико није одређена која друга надлежност (в. §§ 35, 36).

Поновљење парнице.

1. Ванредна правна средства.

Поред тога што се против судских одлука може војевати незадовољством и жалбом (редовним правним средствима), може се то исто чинити и другим средствима, која се у теорији називају *ванредним правним средствима*, и то у случајевима, када се редовна правна средства не могу више с успехом против судске одлуке употребити (на пр. за то што је рок за изјаву незадовољства или жалбе протекао или што је нађена нова исправа, коју парничар, који је изгубио парницу, не може у незадовољству ни у жалби употребити према §§ 314, 323 а).

У нашем поступку позната су два ванредна правна средства: *повраћај у пређашње стање* (in integrum restitutio — § 141 у вези са §§ 134, 135, 136) и *поновљење парнице*.¹⁾

2. Кад има места поновљењу парнице?

„Поновљење парнице може се тражити због нових доказа и у течају парнице и после кад пресуда — решење — извршном постане“ — вели се у § 426. Тиме хоће да се каже да се један поступак у извиђању и суђењу једне парнице може поновити, т. ј. да се прописане процесне радње још један пут изврше пред судом. При овом је равнодушно, да ли је поступак, у моменту кад се поновљење тражи, већ

¹⁾ У аустријском цивилном процесу постоје више ванредних правних средстава, од којих су најважнија повраћај у пређашње стање (§§ 146—154), тужба ништавости и тужба за поновљење (§§ 529—547).

окончан извршном судском одлуком или до тога још није дошло. Према томе и поновљење парнице, као ванредно правно средство, претпоставља, као и редовна правна средства, да постоји једна судска одлука,¹⁾ против које је поновљење управљено, и чије се уклањање доношењем друге судске одлуке захтева. То што се у § 426 каже да се поновљење парнице може тражити због *нових доказа*, треба разумети да су овде у питању не само *докази* у смислу доказних средстава него и *нове околности*, за које парничар, који поновљење тражи, до пресуде није знао, те их није могао у своју корист у поступку ни наводити.

У § 426 даље се наређује кад ће суд допустити поновљење парнице. Поновљење дозвољава се ако понављач докаже:

1. Да је који судија био подмићен;

2. Да је судија по чијој препоруци, ма и веће своје власти, противзаконо решио или пресудио. У случају тачке 1 треба дакле парничар, који тражи поновљење парнице, да докаже да је против судије, који је дотичну парницу пресудио или решио, изречена пресуда за дело, кажњиво по § 107 казног законика, а у случају тачке 2. за дело, кажњиво по § 109 истог законика. Доказ овај подноси се тиме, што ће понављач поднети суду коначну пресуду, која је, на основу претходног кривичног извиђања, против дотичног судије изречена (§ 428). Ова дакле кривична пресуда не мора бити и извршна, него само коначна т. ј. и така да се против ње може употребити правно средство. Али и ако парничар не мора чекати, да пресуда, којом је судија за горе означена дела кажњен или пуштен из недостатка доказа, постане извршном, па да може на основу тач. 1 и 2 § 426 тражити поновљење парнице, ипак се о траженом поновљењу у овом случају не може одлучити, док се не утврди да постоји кривица дотичног судије, другим речима док кривична пресуда против њега не постане извршна. За то ће суд са решењем питања о траженом поновљењу застати,

¹⁾ само што редовна правна средства претпостављају да постоји коначна а не и извршна судска одлука, док код поновљења парнице свеједно је да ли је пресуда извршна или само коначна.

док се кривица судијина не расправи извршном судском одлуком.¹²⁾

3. Да је судија, пропустивши изузећа (§ 53) сам показати, решавао предмет. У § 53 прописано је да је судија дужан сам, и без изузећа од стране парничара, суду јавити и уздржати се од суђења у парници, где је дотични судија заинтересован, или његов сродник по крви или тазбини у правој линији ма до ког степена, у побочној линији по крви до четвртог а по тазбини до другог степена, или супруга или заручница судије, или њен тутор или заступник, даље у парници, где је судија као сведок или вештак питан био или једној парничној страни своје миљење дао, и најзад ако је судија у тој парници судио као судија нижег или избраног суда. Али ако је судија ипак у некој парници, где је требало и сам да се изузме (јер то захтева и јавни интерес), одлучивао, онда је то основ за поновљење парнице.³⁾ Да би се на основу ове тачке 3 § 426 могло одобрити поновљење парнице, потребно је да парничар дотично изузеће није већ без успешно, пре но што је пресуда постала извршном, истицао, било пред првостепеним судом било у незадовољству или жалби. Јер ако је то чинио, па изузеће као неумесно није било одобрено, онда се не може поновљење одобрити.⁴⁾ Сем

¹⁾ У аустријском грађ. суд. поступку од 1895 год. прописује се у § 530 ово: „Поступак, који је пресудом завршен, може се на предлог једне странке поновити: ... 4 ако се је судија, доносећи пресуду или раније одлуку, на којој се пресуда оснива, у погледу правнога спора на штету странке огрешио о своју службену дужност, а то се казни по казненом законикѹ“. А за тим у § 539: „Ако се поновљење тражи због кога од кажњивих дела, споменутх у § 530 бр. 1 до 4, а због тога дела није још изречена правно-снажна осуда, онда ће парнични суд, без претходне усмене расправе, наредити да се отпочне казнени поступак у циљу да се изнађе и констатује тврђено кажњиво дело“.

²⁾ Ако се против дотичног судије престане са ислеђењем и суђењем из узрока, побројаних у § 17 казн. суд. пост, тако да до коначне пресуде по његовој кривици није ни дошло, онда настаје питање: може ли се ипак поновљење парнице на основу тач. 1 и 2 § 426 тражити? И ако се у § 428 каже да у оваким случајевима „мора претходити криминално извиђање и коначна пресуда“, ипак мислим да се поновљење парнице може тражити, ако суд нађе, према стању чињеног ислеђења, да је постојање дотичног кривичног дела против судије доказано, премда до кривичне пресуде против њега није дошло. Овако је ово питање расправљено и у аустријском грађанском судском поступку (§ 539 ал. 2) и у немачком (§ 581).

³⁾ а и за поништај пресуде од стране вишега суда — §§ 317 ал. 2, 325 ал. 1.

⁴⁾ В. §§ 529 аустријског и 579 тач. 2 немачког грађан. суд. пост.

тога на основу ове тачке може се поновљење одобрити само онда, ако је изузети судија одлучивао у главној ствари, а не само у споредној (на пр. односно одлагања рочишта — § 136 ал. 1, ¹⁾

4. Да је пресуда основана на исправама, које је противна страна пре или после пресуде за лажне признала, или ако је основана на таким исправама, које су пре пресуде судском пресудом за лажне проглашене, а онај, који је изгубио парницу, за то није знао, или које после изречене пресуде буду судом за лажне проглашене.

Овде дакле има три случаја, због којих се поновљење има одобрити:

а) Ако је пресуда основана на исправама, које је противна страна, дакле противник парничара који тражи поновљење, пре или после пресуде, против које је поновљење управљено, за лажне признала. У овом случају не тражи се да је судском пресудом утврђено дело фалзификата исправе (§ 147 казн. зак.), па да се поновљење парнице може тражити, него је довољно, да је противна страна **признала** да су дотичне исправе лажне, без обзира на то да ли је фалзификат њено дело или туђе. Признање ово треба да је учињено од противне стране на начин, који искључује сумњу у истинитост признатог факта, дакле или у виду **судскога признања или вансудскога** али, у овом случају, с обзиром на § 242.²⁾ Међу тим и у овом случају потребно је, да понављач докаже,³⁾ да за признање противника о лажности исправе **није знао** у времену, када је још био у могућности да против пресуде употреби правно средство, јер ако је то знао у томе времену, а није ипак у правном средству против пресуде употребио и ту околност у циљу да је виши суд поништи,⁴⁾ онда се поновљење неће одобрити.

¹⁾ Ако је у суђењу учествовао судија, против кога се могло чинити изузеће по осталим тачкама § 52, онда се поновљење парнице због тога не може тражити.

²⁾ Ако је противна страна признала да је она извршила фалсификат дотичне исправе или да ју је, знајући да је лажна, употребила, онда овде постоји кажњиво дело (§ 147 казн. зак.), и онда ће суд застати са решењем питања о поновљењу парнице, док се појављено кривично питање не расправи (§ 174).

³⁾ У оскудици других доказа заклетвом.

⁴⁾ Што би виши суд учинио према § 174.

б) Ако је пресуда основана на таким исправама, које су *пре пресуде* судском пресудом за лажне проглашене, а онај, који је изгубио парницу, за то није знао. У овом другом случају дакле понављач ће имати да докаже, да су исправе, на основу којих је изречена пресуда, кривичном судском пресудом означене као фалзификоване, а тај ће доказ извести тиме што ће поднети суду кривичну извршну пресуду, којом је фалзификат дотичних исправа констатован.¹⁾ Такође ће бити дужан доказати, евентуално заклетвом, да за ову околност није знао пре изрицања грађанске пресуде, због које поновљење парнице тражи. Јер ако је то знао, онда је његова дужност била истаћи фалзификат дотичних исправа у поступку пред првостепеним судом или у правном средству против пресуде првостепеног суда, услед чега би та околност била од судова оцењена и резултат парнице другачији био.

в) Ако је пресуда основана на исправама, које *после изречене пресуде* због које се поновљење тражи, буду судом, дакле извршном судском пресудом,² за лажне проглашене. И у овом случају понављач има да докаже, да за ову околност није знао у времену, када је против дотичне грађанске пресуде могао још употребити правно средство, у коме би лажност исправе имао да истакне у циљу поништења пресуде.

5. Да је пресуда изречена за основу исказивања сведока или на основу вештачког мњења, па се после кривичним ислеђењем докаже да су сведоци са знањем лажно сведочили или вештаци лажно вештачко мишљење дали. И у овом случају треба понављач да докаже постојање кривичног дела из § 266 ал. 2 казн. зак., било подношењем коначне кривичне пресуде (§ 428), било тиме, што ће поднети доказе да је се са ислеђењем горе споменутих кривица против учинилаца престало на основу § 17 казн. суд. пост., али да је постојање кривичног дела ипак утврђено. Ако се постојање горњих кажњивих дела не утврђује извршном кривичном пресудом, онда ће се са решењем питања о поновљењу застати, док се кривично питање дефинитивно не расправи. Ово што је досада казано важи за случај, да је грађанска пресуда, заснована на лажном сведо-

^{1 2)} И за ове случајеве важи оно, што је горе на стр. 13. пр. 3. казано, ако је дакле прекинуто ислеђење по делу фалзификата исправа на основу § 17 казн. суд. пост., али се ипак постојање дела утврђује.

чењу или вештачењу, била већ извршна у тренутку кад је кривично ислеђење закључено. Иначе ако то није случај, онда је понављач дужан у правном средству скренути пажњу вишем суду при ислеђењу грађанске парнице на појављено кажњиво дело. Тада ће се по аналогiji из § 174 од стране вишег суда наредити, да се престане са извиђањем и суђењем грађанске парнице и да се отпочне криминално извиђање.

6. Да је пресуда основана на заклетви, па се доцније кривичним ислеђењем докаже да је заклетва лажно положена. Пошто је у § 427 специјално говор о томе, да се може поновити парница, која је главном заклетвом свршена, ако се при главној заклетви докаже кривоклетство, онда се ова тачка може само тицати допуњавне парничарске заклетве (§ 291), за тим заклетве, којом се вредност опредељује (§ 292) или ако је иначе парничар под заклетвом саслушан (на пр. тач. 2 § 203), па је то саслушање служило за основ доношењу пресуде, а утврди се да је заклетва лажно положена.¹⁾ У осталом и у овом случају вреди оно, што је горе у тач. 5 казано односно онога шта треба и како понављач да докаже у погледу постојања кривичног дела и момента, када ће му се поновљење парнице одобрити с погледом на могућност изјављивања правног средства.

7. Да је пресуда основана на превари противне стране, или на превари сопственог пуномоћника, особито ако је овај у споразуму са противном страном радио на штету свога властодавца, те је онако пресуда изречена. И овде имамо два случаја да разликујемо:

а) пресуда је основана на превари *парничне странке* која је противник поновљача. Ту сад треба поновљач да наведе у чему се та превара састоји;²⁾ на сваки начин поступак противног парничара мора бити кажњиво дело из главе XXV казненог зак., па да се може поновљење парнице одобрити. Ако је о том делу изречена кривична пресуда већ извршна, онда ће поновљач при тражењу поновљења њу поднети за доказ својих навода. Али он може тражити поновљење и ако

¹⁾ Овде би дошао и случај кад би заклетви тумач казивање парничара (§ 168) или сведока (§ 228) неверно изложио, па би због тога био кажњен по § 275 казн. зак.

²⁾ било да ју је учинио сам парничар било његов заступник.

кривична пресуда о превари још није изречена. У овом случају суд ће застати са решењем питања о поновљењу, док се кривично дело не расправи (§ 174). Ако кривичном пресудом превара буде утврђена,¹⁾ поновљење ће се одобрити а иначе одбити.

б) пресуда је основана на *превари сопственог пуномоћника* понављачевог,²⁾ било да је пуномоћник радио у спору са противном страном или њеним пуномоћником, било да противна страна о пуномоћниковој превари није ни знала. Овде дакле треба понављач да докаже извршном кривичном пресудом да постоји кривично дело из §§ 277 или 278 у вези са § 279 казн. зак. Ако пресуда кривична још није извршена или није још изречена, поновљење се ипак може тражити, али тада ће се са решењем питања о поновљењу застати, док се кривично дело не расправи (§ 174).

И у случају под а) и у оном под б) понављач мора и то доказати, да за превару није знао у времену, када ју је могао истицати у поступку пред првостепеним судом (на пр. ако је парница од вишег суда враћена нижем на дослеђење) или у правном средству.

8. Да су око једне исте ствари и по једном основу две парнице биле, па и две пресуде постојале, но за једну парницу и пресуду парничар није знао; или кад би о једном истом предмету постојале две извршне пресуде, које би једна другу искључивале.

а) Прва тачка овог броја претпоставља, да је пре пресуде, због које се поновљење тражи, о предмету, који је њоме расправљен, вођена већ парница и пресуда изречена, којом би понављач био задовољан али он о њој није знао,³⁾ те и није могао у поступку, који се свршио пресудом, због које поновљење тражи, чинити приговор пресуђене ствари — *exceptio rei iudicatae*, и на основу § 109 тач. 1 тражити одбачај.

¹⁾ Ако кривично дело преваре не буде утврђено, онда дотични парничар, који је на основу преваре тражио поновљење, може одговарати кривично за лажно оптужење по § 209 казненог зак.

²⁾ На сваки начин да би то исто важило, ако би превару учинио законски заступник понављачев.

³⁾ На пр. наследник није знао да је његов *desiñus* већ водио парницу о том предмету, која је пресудом завршена. Ту околност има понављач да докаже.

парнице. Природно је да ће понављач тражити поновљење парнице онда, ако му у овој другој пресуди није досуђено колико је тражио, ила ако у опште са њом не би био задовољан.

б) Друга тачка овога броја претпоставља, да о једном истом предмету постоје две извршне пресуде, које би једна другу искључивале. На пр. једном пресудом досуђује се тужиоцу оно што тражи, а другом се одбија од тражења. Очеvidно је да оваке две пресуде не могу опстати, једну од њих треба касирати, јер су обе, као супротне једна другој, не могу извршити. У овом случају понављач не мора да доказује, да није знао, приликом вођења парнице чије поновљење тражи, да постоји већ извршна пресуда о том истом предмету. Јер у овом случају и јавни интерес захтева, да се ова немогућност извршења двеју судских одлука уклони.

9. Да страна, не бивша у своме делу, није знала за доказе, које би при вођењу парнице с ползом употребити могла, па доцније те доказе набавила. Овде дакле стоји тај случај, да је парничар у предмету, око кога се водила парница, био право-пријемник, било сингуларни, на пр. (као купац какве ствари или тражбине) било универзални (као наследник спорне ствари или права), па као такав није знао за дотичне доказе. Да је понављач право-пријемник и да као такав није знао за доказе, треба он да докаже, за тим даље да су ти докази таки, да би ствар повољније по њега била пресуђена, да је и њих суд ценио,¹⁾ а исто тако да докаже и то, да је до тих доказа дошао тек онда, кад није више био у могућности да их у парници, чије поновљење тражи, употреби.²⁾

10. Да је нашао исправе од решавајуће важности за своје право, које су пре тога биле у притежању противне стране. У овом случају треба ово имати на уму: ако су дотичне исправе такве да је понављач, знајући за њих, могао у првој парници на основу § 203 тражити, да их противник покаже суду, онда је он дужан био то тада чинити. Ако је то тада пропустио учинити, онда му на основу ове тачке не треба

¹⁾ на пр. да докаже да је главни сведок у парници раније био осуђиван због кривоклетства, због чега му суд, да је за то знао, не би веровао (§§ 213, 214), В. Neumann, System des österr. Civilprocessrechts II стр. 543.

²⁾ с обзиром на §§ 314, 323 а.

одобрити поновљење. Међу тим ако поновљач докаже да за време трајања прве парнице није знао, да противник његов такве исправе има, или ако је знао, па њихово показивање суду захтевао, али је тај захтев остао безуспешан, а доцније је до тих исправа дошао, онда ће се поновљење одобрити. Да ли су те исправе од „решавајуће важности“, т. ј. такве да би одлука судска повољније за поновљача испала, да је суд и њих ценио, оцениће суд при решавању питања хоће ли се поновљење одобрити. При овоме довољно је да постоји само **вероватноћа** да би употреба ове исправе као доказног средства у првој парници допринела повољнијој за поновљача одлуци, па да суд због тога поновљење одобри.

11. Поновљење се може тражити у случају „да је ко двапут учинио, што је био дужан само једанпут“. Овакве одредбе нема ни у аустријском ни у немачком законику, а тешко је сазнати шта је наш законодавац мислио, доносећи ову одредбу. Јер ако је који парничар¹⁾ два пут испунио обавезу, а требало је само једанпут, онда њему стоји на расположењу *condictio indediti* (тужба из § 902 грађ. зак.), којом може, због неправедног обогатења, тражити да му се оно, што је по други пут учинио, врати. Према томе излишно је да због тога тражи поновљење парнице. У осталом, ако је парничар по пресуди, због које поновљење тражи, испунио своју обвезу, а после дође до доказа, да је то што је по тој пресуди испунио, већ један пут платио, онда може поновљење тражити на основу тачке 13 § 426, односно, ако је по двема пресудама испунио оно, што је само један пут био дужан учинити, по тач. 8 истог параграфа.²⁾ Према томе смисао ове тачке може бити само тај, да ће парничар, који је два пут учинио нешто, што је био дужан само један пут, на основу ње моћи тражити поновљење онда, ако му то није могућно по горе или у примедби наведеним тачкама. У овом случају дужан ће бити парничар такође доказати, да је до доказа како је два пут учинио оно, што је био дужан само један пут учинити, дошао

¹⁾ Овај „ко“ у тач. 11 § 426 може бити само парничар или онај од кога он своје право изводи.

²⁾ Ако је парничар два пут учинио оно, што је био дужан само један пут, онда ту може бити да има и преваре или каквог другог кажњивог дела, које се спомиње у тач. 1, 3, 4, 5, 6 и 7 § 426, и онда на основу тога могао би поновљење тражити.

тек онда, кад му више није било могућно у парници употребити их.

12. Поновљење се може тражити и у случају „да је ко¹⁾ до пресуде позивао се на сведоке, но ови се због какве сметње нису могли добавити, или се позивао на какву исправу, али је није могао наћи, па после дођу сведоци или се исправа нађе“. Код ове тачке могућно је:

а) Да је парничар, који тражи поновљење, до пресуде првостепеног суда **позивао се на сведоке** за доказ својих навода, али они нису могли тада дати своју сведоџбу због какве сметње (на пр. толико је сведок био болестан, да није могао бити испитан, или је био на путу или незнано куда отумарао и т. сл.), тако да је пресуда и без њиховог саслушања изречена. Парничар, који тврди, да је **сада** могућно сведоке саслушати, треба да докаже да се он у првој парници позивао на те сведоке, и да је могућно **сада** саслушати их (јер се они на пр. налазе у месту суда или на другом месту са познатом адресом).²⁾ Такође треба да доведе до вероватноће своје тврђење, да су ти његови наводи, које би дотични сведоци посведочили, тако да би у првој парници пресуда повољније по њега испала.

б) Да се парничар до пресуде првостепеног суда **позивао на какву постојећу исправу**, али до тога момента није је могао наћи, те је пресуда и без судског оцењивања те исправе изречена. Ако је парничар после изречене пресуде првостепеног суда нашао ту исправу, онда ће му се тражено поновљење парнице одобрити, кад вероватно осведочи да се у првој парници, без своје кривице, дакле и поред свога брижљивог тражења, није могао дотичном исправом као доказним средством послужити. Сем тога треба да доведе до вероватноће своје тврђење, да би употребом исправе као доказног средства у првој парници пресуда повољније по њега испала.

¹⁾ Види примедбу 1 на стр. 86.

²⁾ И ако у тач. 12 стоји „па после дођу сведоци“, ипак се поновљење може тражити не само онда, када је парничар у могућности да **приведе** сведоке суду, него и онда, када је у стању означити суду тачно њихову адресу у земљи или иностранству, тако да је суд у могућности наредити испит сведока по § 209. Али како је у оваким случајевима могућно позивање на сведоке са лажним или нетачним адресама, нарочито из иностранства, то суд има право тражити од поновљача да средством лверења јавне власти докаже тачност адресе сведока, на кога се позива.

13. По тач. 13 поновљење се може одобрити „кад је тужитељ¹⁾ прибавио или дознао за исправе или друге доказе од решавајуће важности тек онда, кад их он није могао више у парници употребити; или је тек доцније дознао о „суштаственим недостатцима пресуде или ислеђења“.

У тач. 12 говор је о томе, да се парничар *позивао* у првој парници на *сведоке* или *исправе*, међу тим у тач. 13 говор је о свима доказним средствима (где још долазе и вештаци, као квалификовани сведоци, судски увиђај, саслушавање странака), на које се понављач *није позивао*.

Тачка 13 предвиђа два случаја за поновљење парнице:

а) Кад је парничар прибавио или дознао за исправе или друге доказе од решавајуће важности тек онда, кад их није могао више у парници употребити. Ту околност, да је о тим доказним средствима, на основу којих поновљење тражи, сазнао тек онда, кад их није могао више у парници употребити,²⁾ треба понављач до вероватноће да доведе, евентуално полагањем заклетве — § 261. А да ли су та доказна средства „од решавајуће важности“, т. ј. да ли би употреба њихова у првој парници произвела по понављача повољнију одлуку, треба да оцени суд,³⁾ који поновљење има да одобри, при чему ће имати на уму, да је довољно кад постоји *вероватноћа*, да би пресуда, при употреби ових доказних средстава, повољније за понављача гласила.

б) Кад је парничар тек доцније дознао о суштаственим недостатцима пресуде или ислеђења. По §§ 317 ал. 2 и 4, и 325 и апелациони и касациони суд имају право и дужност по службеној дужности поништити пресуду нижега суда, ако примете да у пресуди или у ислеђењу (= поступку) нижега суда има „суштаствених недостатака“ (на пр. да у пресуди недостаје који од захтева из § 305, или да је полагањем заклетве повређен пропис § 265 или да парничару није дата могућност да наводе свога противника побија). Али ако је

¹⁾ не само тужитељ, него и тужени, дакле = парничар, в. ал. 2 тач. 13.

²⁾ дакле тек после изречене пресуде првостепеног суда — §§ 314 и 323 а.

³⁾ ако се парничар позвао на сведоке, онда ће суд, евентуално саслушавањем тих сведока, оценити да ли је њихова сведоштва од „решавајуће“ важности. В. одл. Касац. Суда од 20. I. 1868 Бр. 225 у Никетића, Грађански Судски Поступак. стр. 167.

то од стране виших судова пропуштено, онда понављач може на основу тих недостатака тражити поновљење парнице.¹⁾ Како се на ове недостатке има и по службеној дужности пазити, то онда не би требало од понављача ни тражити да докаже, да приликом употребе правног средства против пресуде са суштаственим недостатком о постојању овога није знао, и да због тога није то у правном средству ни истицао.

Из узрока, наведених у тач. 13., поновљење се може тражити, изузетно од § 429, само у року од шест недеља, рачунајући од дана, кад је парничар за ове доказе или недостатке дознао и за то је потребно да парничар докаже кад је за њих дознао, те да се може утврдити да ли је тужба за поновљење у одређеном року од шест недеља поднесена. Тражење, које би по истеку овога рока било стављено, суд ће по службеној дужности одбити. Ако је пресуда *извршна* па је од времена кад је пресуда извршном постала прошло три године, онда парничар на основу тач. 13 не може поновљење тражити, ма да има основа за то и ма да није прошло више од шест недеља од дана, кад је парничар за ове доказе или недостатке дознао.

3. Које се парнице могу поновити?

Правило је да се *све* парнице могу поновити. Изузетак се чини само за парнице, које су поравнањем (наравно судским — §§ 144 и сл.) или у главном заклетве свршене, јер су оне, према § 427, не могу поновити. Али и за њих се чини изузетак, јер се и не могу поновити „ако се докаже при поравнању превара, а при главној заклетви кривоклетство, или да су две пресуде о једној ствари изречене“. Ако дакле понављач докаже, да је при поравнању према њему учињено кривично дело преваре, онда ће се поновљење парнице одобрити. За овај случај вреди оно, што је горе под 7 а) и б) казано. Исто ће се тако поновљење одобрити, кад понављач докаже кривичном извршном пресудом, да је његов противник осуђен због кривоклетства (§ 266 ал. 1 казн. зак), у парници, чије се поновљење тражи. Најзад, ако се утврди по наводу по-

¹⁾ Ако је у питању какав недостатак, о коме говоре §§ 334 и 335, онда се он може отклонити и на начин, који је у тим §§-има прописан.

новљачевом да су на основу главне заклетве две пресуде о истом предмету изречене,¹⁾ које се једна од друге разликују, онда ће се такође поновљење одобрити.²⁾

4. Поступак при тражењу поновљења парнице.

Поновљење парнице тражи се *подизањем тужбе* код надлежног суда, првостепеног или општинског, према томе који је суд изрекао пресуду, због које се поновљење тражи, у првом степену (§ 44), или пред ким је поравнање закључено.³⁾

Подизање тужбе за поновљење парнице везано је за рок, јер по § 429 „поновљење парнице за покретне ствари може се тражити за три, а за непокретна добра за десет година, од дана када је пресуда⁴⁾ извршна постала“. Ако се тужба по истеку овога рока подигне, онда ће је суд само због тога одбацити.^{5 6)}

¹⁾ на пр. једном је пресудом досуђена главна заклетва поновљачу, а другом пресудом његовом противнику, што се може десити код тужаба из двостраних уговора (на пр. куповине и продаје).

²⁾ Расправа питања о уредности јавне продаје, која је закључена решењем судским (§ 504), не може се у смислу §§ 426 и сл. понављати. Јер овде и није у питању *привашно-правно пошраживање* једнога лица према другом, које се путем парнице има констатовати и реализовати, него *оцењивање поступка извршне власти* приликом јавне продаје од стране судске власти, да ли је она дакле поступала по прописима законским. У овом смислу и одлуке Касац. Суда од 14. V. 1888 Бр. 1845 и 28. IV. 1894 Бр. 1845.

³⁾ Ако се поновљење тражи због пресуде избраног суда или поравнања, пред овим судом закљученог, онда се тужба за поновљење подноси првостепеном суду, надлежном за жалбу против пресуде избраног суда (45). У овом смислу и одлука Касац. Суда од 4. IV. 1880 Бр. 909. Ако је општин. суд одобрио суђење пред изабраним судом (тач. г. § 6) или поравнање (тач. в. § 6), онда ће се тужба за поновљење поновљење подићи код тога општинског суда. И ако против пресуде изабраних судова, одобрених општин. судом, нема жалбе (ал. 5 § 15, ипак се поновљење парнице, као ванредно правно средство, може тражити.

⁴⁾ због које се поновљење тражи.

⁵⁾ Пошто се поновљење парнице може тражити и ако пресуда, због које се поновљење тражи, није још извршном постала (ал. 1 § 426), то онда до момента кад пресуда извршном постане управо и нема рока за подизање тужбе за поновљење (изузимајући случај из ал. 2 тац. 12 § 426), јер нема почетка његовог, који са моментом извршности пресуде почиње. У аустријском поступку (§ 534) и немачком (§ 586) рок за подизање тужбе много је краћи — месец дана — што је за цело умесније него овако дугачак рок по нашем поступку.

⁶⁾ и не достављајући је по § 431 противној страни на одговор.

На тужбу за поновљење парнице сходно ће се применити § 94, који говори о томе, шта треба тужба да садржава¹⁾ као и § 95. Са неуредном тужбом за поновљење поступиће се се по § 97.

Кад суд прими уредну тужбу за поновљење парнице у прописаном року, онда ће поступити по наређењу § 431: „Тужбу за поновљење суд ће дати противној страни на одговор, и за тим одредити рочиште, и пошто учини ислеђење решиће има или нема места поновљењу“. Кад стигне дакле одговор на тужбу, или кад безуспешно протече за то остављени рок, онда ће суд одредити рочиште за извиђање. При извиђању сходно ће се примењивати прописи §§ 149 и сл., као и §§ 13 и сл., ако се код општинског суда поновљење тражи. По свршеном ислеђењу суд ће у виду *решења* донети своју одлуку:²⁾ да поновљење парнице *одобрава*, ако је понављач доказао да постоји који случај из § 426, или, ако тога нема, да *не одобрава*. Против одлуке судске може се изјавити жалба Касационом Суду (ал. 2 § 431).

У § 432 наређује се: „Поновљење парнице само се један пут тражити може. Свако друго тражење поновљења парнице одбаћиће се по званичној дужности“. Поводом овога наређења појавило се у пракси питање:³⁾ да ли се поновљење парнице може у опште тражити *свега* једанпут, или се на основу сваке тачке § 426 може тражити *по један пут*? Ја мислим да је оно прво мишљење тачније и по граматичком тумачењу овога законскога прописа (426), јер законодавац вели да ће се *свако друго* тражење (пошто је *оно прво* тражење — дакле један пут — допуштено износити пред суд) *одбацити*, а и по

¹⁾ По § 536 аустр. грађ. суд. поступка тужба за поновљење мора нарочито садржавати: 1. означавање одлуке, која се напада; 2. означавање законитог основа нападању (основ поновљења); 3. означавање околности, ис којих произлази да се пазило на законски рок за тужбу, и означавање доказних средстава, која се за то имају; 4. означавање околности, које су битне за оцену надлежности; 5. изјаву: у колико се предлаже отклањање нападне одлуке, и која се друга одлука у главној ствари предлаже. Сем тога тужба мора садржавати и оно, што се у §§ 78 и 226 наређује. Види и § 535 немачког поступка.

²⁾ Природно је узети, да у овој одлуци не може учествовати судија, ако се због понашања његовог у првој парници тражи поновљење (тач. 1, 2, 3 § 426).

³⁾ Види Никетић у „Архиву за правне и друштвене науке“ књ. VIII. стр. 255. В. одлуку Касац. Суда од 10. VIII. 1905 Бр. 6512.

тенденцији законско у овом пропису да се „установа поновљења парнице не би преобратила у шикану“¹⁾ од стране несавесних парничара него да се што је могуће јаче у јавном интересу, па по каткад и на штету појединих парничара, заштити ауторитет пресуђене ствари. Како је у нашем поступку остављен тако дуг рок за подношај тужбе за поновљење (§ 429), то је онда парничарима могућно да причекају са тражењем поновљења док не дођу до поузданих доказа, којима ће своју тужбу за поновљење поткрепити. Наравно да по један пут могу тражити поновљење и тужилац и тужени, пошто то право припада и једном и другом парничару, од којих сваки има своје посебне и различне интересе у парници.

Ако суд *одобри* поновљење парнице, онда има поново да наступи извиђање и суђење у парници, чије се поновљење тражило. Тада ће дакле суд одредити рочиште за извиђање и суђење у тој парници²⁾ и даље поступити као што је у §§ 149 и сл. прописано, и најзад изрећи другу пресуду, која се може према резултату извиђања и разликовати од прве³⁾ или онако исто гласити као и прва пресуда. Ако пак суд реши да *нема места поновљењу* и то решење постане извршно (§ 431), онда се, евентуално, од извршења задржана пресуда (§ 430) пушта у извршење.⁴⁾

¹⁾ Тако и Никетић на горе наведеном месту. Противно мишљење заступа Ст. Максимовић, у „Раденику“ за 1871 год. бр. 53.

²⁾ Касациони Суд у одлуци од 30 маја 1895 Бр. 6270 сматра, да суд може парничару, коме је одобрено поновљење парнице, по захтеву противника да одреди рок, у коме ће бити дужан повести парницу. Ја мислим да ово није потребно, него ће суд, кад одобри поновљење по већ постојећој тужби у првој парници, по службеној дужности одредити рочиште за извиђање и суђење. На том рочишту изнеће парничари све своје наводе, нападна и одбранбена доказна средства, што би иначе у тужби (§§ 94, 98) и одговору на тужбу (§§ 106, 107) дужни били учинити. Ово одређивање рока за вођење парнице имало би да наступи само онда, кад парницу има поново да суди неки други суд, а не онај, који је поновљење одобрио, на пр. изабрани суд.

³⁾ У овом случају, кад пресуда у поновљеној парници другачије гласи од пресуде у првој парници, а прва је пресуда већ и *извршена*, онда треба успоставити стање, које одговара пресуди у поновљеној парници. Због тога може заинтересовани парничар тражити, да му се врати оно, што му је извршењем прве пресуде одузето, у колико је то тада могућно, иначе да му се даде одговарајућа накнада у новцу.

⁴⁾ По § 430 ал. 1 и 3 „тражењем поновљења парнице неће се задржати извршење пресуде, осим ако се то нарочито захтева и обезбеђење да. Обезбеђење може бити и новчано или у залози или у непо-

Ово што је горе казано вреди за случај, ако је парница, чије се поновљење тражи, свршена *извршном* судском пресудом. Али шта ће бити, ако пресуда *није постала извршном*, па се поновљење тражи, што је могућно према првој ал. § 426? Ми смо горе видели, да парничар, који има основа за поновљење парнице, треба да те основе употреби, ако је за њих тада знао, у правном средству против пресуде, те да виши суд то оцени и, евентуално, поништи пресуду нижега суда. Али ако то тада није учињено, онда ће поновљач тражити, после изјављеног правног средства, поновљење парнице, и нижи суд, ако одобри поновљење, писаће вишем суду, код кога се парница на основу изјављеног правног средства налази, да са разматрањем застане, док се поступак пред нижим судом не понови, и да пошље акта парнице нижем суду на рад.¹⁾

(„Архив“ књ. XVI.).

кретним добрима“. Колико мора бити то обезбеђење? Пошто закон то не одређује, онда је могућно да у парницама, чији је предмет процењив, обезбеђење буде онолико, колико и предмет парнице вреди, или да то сам суд одреди у сваком конкретном случају, с обзиром на евентуалну штету, коју ће парничар претрпети због одуговлачења извршења, или да се то обезбеђење одређује по аналогiji из §§ 389, 395 (ако је у питању непокретна ствар у парници, чије се поновљење тражи) или 400, (ако је у питању покретна ствар или права, која се као покретне ствари сматрају — § 109 грађ. зак.), Ја мислим да обезбеђење треба да буде онолико колико суд нађе по саслушању оба парничара да би могла изнети штета због задржавања пресуде од извршења.

¹⁾ Ако после поновљеног поступка остане прва пресуда у снази, онда се наставља прекинути због поновљења поступак пред вишим судом по већ раније изјављеном правном средству. А ако се донесе друга пресуда, различна од оне прве, онда против ње могу парничари употребити редовна правна средства по законским прописима.

Кратко суђење по писменим исправама

1. Карактер краткога поступка.

Ради пресуђивања грађанских спорова постоје две врсте поступка, *редован парнични* поступак и *нарочите врсте поступка*. Онај први је правило, т. ј., по њему се имају расправљати и пресуђивати сви спорови, осем оних, за чију су расправу други, нарочити поступци прописани. Тако на пр. постоје у појединим законодавствима нарочити поступци за расправу брачних спорова, за спорове меничне, поступак за суђење по исправама, за расправу спорова о закупу, за проглашење несталог за умрлог, за побијање брачности детета. Такве нарочите поступке познаје и наше законик о грађ. суд. поступку. Да наведемо: поступак код општинских судова, код изабраних судова, кратки поступак за суђење по исправама, поступак при стављању обезбеђења.

Оно што разликује у опште ове нарочите поступке од редовнога поступка јесу извесна одступања од форама, које су у редовном поступку прописане, одступања која се правдају нарочитом природом оних спорова, за које је нарочити поступак прописан. А главна карактеристика њихова лежи у убрзаности поступка изостављањем извесних процесних радњи.

И по нашем законик у поступку судском у грађанским парницама прописан је, као што рекосмо, један нарочити поступак за суђење по писменим исправама. Он се разликује од редовнога парничнога поступка тиме, што се тужба не доставља туженоме на одговор, што се не одређује рочиште за извиђање спора (§ 450), што тужена страна не може употребљавати противу одлуке судске редовна правна средства, незадовољство и жалбу (§ 454 ал. 3). Оваким скраћеним поступком добија се, одиста, у времену, те се спор брже расправља. Постојање кратког поступка за суђење по исправама правда се тиме, што се сматра да дужник не плаћа дуг не са тога разлога, што хоће да *оспори* повериочево право, ради чега би требало да буде редовно суђење, него за то што је немарљив или нема средстава или што се нада да ће га поверилац чекати. И о онда се узима да је у интересу и пове-

риоца и дужника ово кратко суђење, које, без штете по дужника, уштеђује време и трошкове редовнога извиђања. В. Hellmann, Civilprocess стр. 925.

Изгледа, на први поглед, да је овом процедуром за суђење по писменим исправама повређено основно начело грађанске судске процедуре, начело обостранога саслушања, јер се у § 450 прописује: „у кратком поступку тужени се неће саслушавати“. Ипак није тако. Кад се има на уму, да оваком суђењу има места само по исправама, које потичу од туженога, и да је у исправи, по којој се његова осуда и тражи, садржана изјава његова о постојању дуга, онда се не може говорити о повреди начела обостраног саслушања. Саслушање његово садржано је већ у исправи, која садржи његову изјаву о постојању дуга. На случај да исправа није истинита, тужени има и нарочито правно средство (задржање осудног решења од извршења), да постигне своје саслушање (§ 459), као што ћемо ниже видети.

2. Када има места кратком поступку.

Одговор на ово питање даје нам § 449, који гласи: „Кратко ће се судити кад се по исправама јавним или приватним, §§ 187 и 191, тражи дуг, коме је рок плаћања протекао, или јасно означена и опредељена вредност какве покретне или непокретне ствари, ако по овим исправама има тужитељ јасно право а тужени дужност; или ако су и један и други обвезани били, али је тужитељ своју обвезаност, по гласу те исте или друге исправе, већ испунио а тужени није.“

1. Из овога законскога наређења следује, да ће се по кратком поступку судити само онда, ако тужилац за доказ свога тражења подноси *исправу*, било јавну или приватну.¹⁾ Наравно да тужилац има права *захтевати* да се тужба достави туженоме на одговор, те да се одреди рочиште и да настане, услед тога, суђење по редовном парничном поступку, ако на то и тужени пристане, али ако тужилац то не буде учинио,

¹⁾ Законодавац се у § 449, говорећи о исправама јавним и приватним, позива на §§ 187 и 191. У § 187 говори се о томе које су исправе јавне а у § 191 говори се о једној само врсти приватних исправа, о облигацији, т. ј. исправи, којом се констатује само обвеза једне уговорне стране. Али из овога не треба изводити, да краткога суђења не може бити и по исправама, којима се констатују двострани уговори (§ 192 ал. 6).

суд ће судити по кратком поступку, т. ј. неће тужбу достављати туженом на одговор. Кратко суђење уведено је не у јавном интересу, као што је на пр. суђење по нарочитом поступку за брачне спорове, те да би суд у сваком случају био обвезан да суди по кратком поступку, него у интересу тужиоца и туженога, коме се уштеђују трошкови, и да се што пре дође до судске одлуке, и ако они неће том олакшицом да се користи, онда суд нема разлога да се томе противи. Наравно да тужени нема права, против воље тужиоца, тражити редовно суђење, у место кратког, као што ни тужилац не може инсистирати на редовном суђењу, ако има места кратком, и тужени на редовно суђење не пристаје.

2. Али није довољно само да тужилац има пуноважну исправу за доказ свога потраживања, па да се суди по кратком поступку, него се још тражи и то да се исправом доказује нарочита врста обвезе. Потребно је по § 449 да се поднесеном исправом доказује „дуг, коме је рок плаћања протекао, или јасно означена и опредељена вредност какве покретне или непокретне ствари“. Даље се тражи у истом §-у да по поднесеној исправи „тужитељ има јасно право, а тужени дужност или, ако су и један и други обвезани били, али је тужитељ своју обвезаност, по гласу те исте или друге исправе, већ испунио а тужени није“. Из овога законскога прописа излази ово: из исправе треба јасно да се види обвеза дужникова на плаћање дуга. Најчешће бива да се тужитељево јасно право а туженога дужност плаћања види из таквих исправа, којима се констатује само обвеза једне уговарајуће стране а право друге, дакле из т. зв. облигација (§ 191). Али и из исправа о двостраним уговорима (куповини и продаји, закупу итд.) може се такође често видети јасно тужитељево право а туженога дужност. Замислимо случај да је у самом писменом уговору о куповини и продаји констатовано да је продавац предао ствар купцу и да је овај остао дужан куповну цену. Или да је у уговору куповине и продаје констатована цена, коју се купац обвезао платити за купљену ствар, а да продавац има нарочиту исправу издату од стране купца да је овај примио по том уговору купљену ствар (§ 449 при крају). Међу тим обично бива да се из исправа о двостраним уговорима види то да постоје обавезе и једне и друге уговорне стране, без означања да ли је једна страна испунила

своју обавезу и тиме стекла право да тражи испуњење од друге, те тако исправе о двостраним уговорима нису обично погодне да служе као основ за кратко суђење, већ се има водити редовна парница. У опште се може казати да кратком суђењу не може бити места, чим се из исправе види да и тужилац има извесне обавезе да испуни, а он не подноси несумњиве писмене доказе да их је испунио. И то је са свим разумљиво. Одступајући у кратком поступку од начела да туженоме да прилике да се, пре осуде, пред судом изјасни о потраживању тужиоцем, законодавац је то учинио само под претпоставком да тужилац никакве обавезе према туженоме из истога правнога посла нема, а осуство те обавезе треба да се чисто и јасно докаже исправама.

3. Какав треба да буде „дуг“, који се доказује исправом, па да може бити места кратком суђењу? Може ли се дуг састојати у давању неке индивидуално одређене ствари (на пр. обвеза чувара једне ствари да врати ствар депоненту), или у обвези на неко чињење или нечињење? Законодавац наш не говори изречно о томе. Међу тим у страним законодавствима, у којима постоји нарочити поступак за суђење по исправама, прописано је да њему има места само онда, ако се тражбина састоји у новцу или у другим заменљивим стварима.¹⁾ Ипак из речи „јасно означена и опредељена вредност какве покретне или непокретне ствари“ у § 449 излази, да је и наш законодавац мислио само на тражбине, које се у новцу састоје или у другим заменљивим стварима. Јер да је мислио да и обвезе на давање индивидуално одређене ствари могу бити предмет суђења по кратком поступку, он не би спомињао „вредност“ покретне или непокретне ствари, него би казао „јасно означена и опредељена покретна или непокретна ствар“.

4. Али и ако тужитељ има исправу, која је погодна да се по њој суди по кратком поступку, ипак има случајева, када томе суђењу нема места. Тако по § 452 кратком поступку нема места:

а) Кад је младолетан онај, који је исправу издао. Обично се из исправе не види да ли је њен издавалац малолетан, и према томе суд ће, ако му је тај факат остао непознат, осу-

¹⁾ В. § 584. аустриј грађан. суд. пост., §§ 592, 688 немачког грађан. суд. пост.

дити дужника на плаћање. Али у томе случају, по захтеву дужника (ако је међу тим постао пунолетан) или његовог заступника, може се тражити да се осудно решење задржи од извршења (§§ 455, 456 и 458) и да се одреди рочиште за редовно суђење;

б) Кад је издатељ исправе пао под стеците или под старатељство или кад га је нестало. И у овом случају може бранилац стец. масе односно старатељ дужников тражити да се решење задржи од извршења, ако је суд, не знајући за ове факте односно дужника, донео осудно решење.

У свима овим случајевима под а) и б) кратком поступку нема места ни кад је исправа јавна ни кад је приватна.

в) Кад је умро онај, који је издао *приватну* писмену исправу. Питање се овде поставља за менице. Шта ће бити ако се тражи кратко суђење по меници, а менични је дужник умро? По § 451 „при кратком поступку јавним исправама упоређују се и менице.“ Менице законодавац не сматра као јавне (§ 187) него као приватне исправе, али односно суђења по њима упоређује их јавним исправама, шта више још се строжије поступа у кратком суђењу са меничним дужником него са дужником по јавној исправу, јер по § 454 суд неће остављати полицијској власти дужи рок од три дана за извршење осудног решења по меници (в. и § 466 ал. 3 под а), док за решења по јавној исправу оставља рок од 8 до 20 дана. Према томе нема разлога мишљењу да кратком суђењу не може бити места, кад је умро менични дужник. Њих је законодавац у том погледу изједначио са јавним исправама.¹⁾

III. Тужба и процедура.

1. Као и при редовној процедури и кратком суђењу је основица тужба тужиочева (§ 3 гласи: „Где нема тужитеља не може бити ни суђења“). За тужбу, према § 453, важе прописи § 94. С обзиром на то, што је основ за суђење по кратком поступку исправа, тужба мора садржавати: а) Име и презиме тужитеља и туженика, место где који од њих живи и чиме се занима (тачка 1 § 94). б) Шта се тражи и по

¹⁾ Тако и Касац. Суд од 12-XII 1887. Бр. 3939. Супротно гледиште заступа одл. Касац. Суда од 9.-X. 1899. Бр. 3295, Никетић, Грађански Судски Поступак стр. 178.

ком основу. Пошто се захтев да дужник буде осуђен оснива на исправу, онда у тужби треба истаћи правни посао који је у исправу као основ дуга означен (дуг од куповине, зајма, кирије итд.) или други факат, који је створио обавезу, исправом констатовану (на пр. ако је дуг потекао из неке чињенице, која обвезује на накнаду штете, онда треба и то у тужби споменути (§ 94 тач. 2). в) Означење исправе, којом се тражбина доказује. Исправу треба поднети уз тужбу у оригиналу или у препису влашћу потврђеном (§ 94 тач. 3 под а и § 453). г) Вредност, дакле сума новца или количина заменивих ствари коју тужилац потражује као главни дуг, заједно са споредним тражбинама: интересом, парничним трошковима, судском таксом, §§ 94 тач. 3, 98). д) Означење да тужбу подноси као пуномоћник, ако је то случај, и онда као пуномоћник тужиоцев мора у тужби поднети оригинално пуномоћије или у препису влашћу потврђеном (тач. 6 § 94). ђ) Закључни захтев тужиоцев да тужени буду осуђен на плаћање суме дуга, која је у исправу означена, заједно са споредним тражењима, мора јасно и тачно изложено бити (тач. 7 § 94). Пропис §§ 96, 97 и 99 примењује се и на тужбе за кратко суђење. Тако § 96 у примени на кратко суђење значи да се једном тужбом може тражити осуда дужника за више потраживања само под условом, ако сва потичу из истог основа (из зајма, из куповине итд., из једне чињенице, која обвезује на накнаду штете) и сва се доказују исправама. С обзиром на § 99 суд би одбацио тужбу, ако би се из поднесене исправе видело да дуг на пр. потиче из коцке (§ 794 грађ. зак.).

Препис тужбе не треба подносити, пошто се она не доставља туженом на одговор.

2. Пошто извићању спора у кратком поступку нема места, то се суд по пријему тужбе ограничава на то да оцени и испита: је ли надлежан, је ли тражбина са првобитног повериоца прешла на тужиоца (§ 454 у почетку) и да ли, према поднетој тужби и садржини исправе, има места да дужника осуди на плаћање дуга. Ако нађе да има, онда суд изриче своју одлуку у виду решења, којим туженога дужника осуђује на плаћање дуга (§§ 454, 457). Отуда се то *решење* назива *осудно*. Ово решење, у погледу на форму, има да садр-

жава заглавље, реферат, побуде судске, диспозитив и закључак (§§ 304 и 306).

Кад суд донесе осудно решење, онда се оно има доставити тужиоцу и туженоме. Тужени, и ако је осуђен, не може се на исто решење жалити Касац. Суду, већ може употребити друго средство, о коме ће ниже бити говора. Тужилац на против може се жалити „ако му није досуђено све и онако како гласи исправа, коју је поднео“. (454). То право има и тужилац, који је тражио осуду дужника по приватној исправи, (§ 457) по аналогiji из § 454.

3. Као што смо видели кратком суђењу има места и по јавним и по приватним исправама. Суд доноси осудно решење, ако има места осуди, и кад тужилац потражује што год од дужника по јавној и кад потражује по приватној исправи. Али постоји ова разлика у ова два случаја:

а) Кад је осудно решење изречено на основу *јавне исправе*, онда суд сам, по званичној дужности, шаље осудно решење извршној власти да га изврши. Правило је (§ 462) да сам поверилац тражи интервенцију извршне власти, ради извршења судске одлуке. Овде се у том погледу одступа од правила. Суд оставља извршној власти један рок од 8 до 20 дана, према количини тражења, односно до 3 дана за менице, ради извршења осудног решења.

б) Кад је осудно решење изречено на основу *приватне исправе*, онда суд не пише извршној власти да решење изврши, него сам поверилац има да поднесе извршно осудно решење надлежној власти ради извршења (§§ 457, 460 и 462).

IV. Правна средства против осудног решења.

Али и ако тужени нема права жалбе на осудно решење, ипак он има друго једно правно средство за своју одбрану, а то је да тражи да се осудно решење *задржи од извршења*.

1. Кад је решење донесено по *јавној исправи*, онда тужени може у течају рока, који је суд оставио извршној власти ради извршења (8 до 20 дана, односно 3 дана кад је решење донесено по меници — § 454), а који је већи или мањи према количини тражења (а то значи који се одређује у корист дужника да може спремити исплату дуга), тражити да се ре-

шење задржи од извршења. Тога ради он ће се обратити актом суду који је решење донео, и у њему поднети доказе, да постоје они случајеви, које § 455 побраја као разлог да се решење задржи од извршења. Ако суд нађе да докази, којима тужени поткрепљује свој захтев да се решење задржи од извршења, нису довољни, он ће га онда одбити решењем (§456).¹⁾ Против овог решења тужени се може жалити Касационом Суду.

Тужени ће са својим захтевом да се решење задржи од извршења успети у овим случајевима:

а) Ако докаже да је осудно решење донео ненадлежан суд, било апсолутно или релативно ненадлежан. И ако је суд и по званичној дужности био позван да испитује своју апсолутну надлежност (§ 49), ипак се може десити да је он то пропустио учинити при пријему тужбе и донео осудно решење. Сад, по захтеву туженога, пружа се суду поново прилика да своју надлежност испита. О релативној ненадлежности тужени се није могао раније изјаснити, јер није имао прилике пошто му тужба није дата на одговор нити је одређивано рочиште. Он то тек сада чини и употребљује своје право да протестује против тога, што га је осудио на плаћање релативно ненадлежни суд. Ако је тужени поднетим доказима утврдио ненадлежност суда, онда ће суд „решење од извршења одмах задржати“ и тужитеља на надлежни суд упутити (§ 456). У овом случају неће се одређивати рочиште, него ће се судским решењем задржати осудно решење од извршења. Тужитељу стоји на вољу да се против решења, којим је осудно решење задржано од извршења, и он упућен на други суд, жали Касационом Суду.

б) Ако тужени, у акту којим тражи да се решење задржи од извршења, изјави да то тражи са тога разлога, што је тражење тужиочево сасвим или једним делом пре донесеног решења исплатио, онда треба, ради доказа тога факта, да поднесе *исправу*, било јавну било приватну, а не какво друго доказно средство (§ 455 тач. 2). У овом случају суд ће донети

¹⁾ У § 456. прописано је да ће суд, ако тужени докаже случајеве из тач. 2, 3 и 4 § 455 осудно решење задржати од извршења и „према садржају доказа *прво решење преиначити*“. Питање се овде може поставити, да ли ће суд прво решење — дакле осудно — преиначити у томе смислу, што ће донети друго решење, којим ће само осудно ре-

друго решење, којим се осудно решење задржава од извршења и одређује рочиште за редовно суђење — § 456.¹

в) Ако тужени поднесе *исправу* „по којој и њему тужитељ исто тако чисто и јасно дугује да би се то по § 903 грађ. зак. једно за друго пребити могло“, онда суд и у овом случају, као и у оном под а), треба решењем да задржи осудно решење од извршења и да одреди рочиште за извиђање и пресуђење спора — (тач. 3 § 455). — § 456.²)

г) Ако тужени докаже да рок тражењу, на чије је плаћање осуђен, још није дошао (тач. 4 § 455), онда ће суд решењем задржати осудно решење од извршења и одредити рочиште за извиђање.³) На пр. из исправе се види да је рок протекао, али дужник поднесе другу исправу, из које се види да је рок том истом дугу продужен.

Међу тим сем случајева, који су у § 455 побројани, може се тражити задржавање осудног решења од извршења и одређивање рочишта још и у овим случајевима:

д) Ако би се тужени изјаснио, да исправу на основу које је донесено осудно решење, за истиниту не признаје (§ 459).

шење задржати од извршења и одредити рочиште за извиђање, или ће осудно решење преиначити у томе смислу што ће донети друго решење, којим се осудно решење задржава од извршења и у исто време — без одређивања рочишта — преиначава осудно решење тако, што се тужилац одбија од тражења (јер је тужени доказао да је повериоца измирио исплатом целог дуга или извршеном компензацијом) или му се досуђује мање него што је тражио (јер је тужени доказао делимичну исплату или компензацију). Ово друго мишљење писац је заступао у својој расправи „Кратко суђење по писменим исправама“ (Полицијски Гласник за 1912 год.) Међу тим ово гледиште не може се даље одржати. Чим је тужени поднео исправу којом се утврђује исплата дуга или да има места компензацији или да рок тражбини није дошао, онда већ исправа тужиочева, по којој је осудно решење донесено, није така да се може рећи да по њој има тужитељ јасно право а тужени дужност, какву исправу § 449 тражи, па да се може судити по кратком поступку. Ту је већ вера и убеђење у постојање дуга поколебано тако да треба саслушати обе парничне стране и омогућити им да се изјасне о њиховим тврђењима и поднесеним доказним средствима. За то је потребно одредити рочиште за извиђење. По свршеном извиђењу суд може доћи до ових резултата: а) да је тужилац, и поред одбрана туженикових, доказао постојање дуга, и тада ће овога *пресудом* на плаћање дуга осудити. б) да тужилац није доказао постојање дуга, и тада ће га *пресудом* одбити од тражења. Пресуду изриче суд за то што овде имамо одлуку суда донесену на основу извиђања у редовном парничном поступку, којом се предмет спора расправља у целом свом пространству, а такве одлуке јесу пресуде (§ 303), док су осудна решења одлуке за осуду дужника у кратком поступку.

ђ) Ако је тужени осуђен по препису исправе, па му, на његов захтев, тужилац по судској наредби оригинал не би показао (§ 453).

е) Ако је тражбина, на чије је плаћање тужени осуђен, застарела; ово може тражити тужени по аналогiji из тац. 2 § 455. Јер ако се то туженом не би допустило, онда би он био принуђен да плати застарели дуг, и његова одбрана застарелошћу дуга, због које би у редовном поступку могао да тражи одбачај парнице (тач. 4 § 109), била би онемогућена. И као што дужник није дужан да плати дуг, који је већ једном платио, исто тако не може бити осуђен ни да плати застарели дуг, кад он хоће застарелошћу да се користи.

ж) Ако би потраживање тужиочево било законима забрањено. У оваком случају суд би био дужан да такву тужбу одбаци (§ 99), али ако је он то пропустио учинити и осудио туженога, онда се овоме не може одрећи право да тражи да се погрешка исправи путем тражења да се осудно решење задржи од извршења и одреди редовно извиђање ради саслушања оба парничара.

з) Најзад и кад постоји већ једна судска одлука о дугу, на чије је плаћање тужени осуђен осудним решењем (*exceptio rei judicatae*).¹) Такође и у случају кад се о потраживању из осуднога решења већ води парница између тужиоца и туженога (*exceptio litis pendentis*) — тац. 1 § 109. Јер у свима овим случајевима тужени, ако му се не допусти да може да тражи задржање решење од извршења и извиђање на рочишту, био би лишен једне одбране, која му се допушта у редовном поступку, те би био упућен да се, евентуално, путем поновљења парнице брани, а кратком поступку није циљ да туженом одбрану спречава, него само да судски поступак убрза у случају — који се због постојања исправе по којој се суди претпоставља — да тужени нема разлога да што против постојања дуга примети. Сем тога ако се туженом не би одобрило у овим случајевима да тражи задржања решења од извршења, могло би се десити да се дође до две противречне или две истоветне судске одлуке, а тиме би се крњио ауторитет правосуђа.

Противу решења судског, којим се осудно решење задржава од извршења и рочиште одређује, нема места жалби

¹) или кад постоји судско поравнање о истом дугу.

(§ 459 алинеја 2). Истина у овом §-у говори се у првој алинеји само о томе да ће суд решење од извршења задржати а и рочиште одредити, ако би се тужени изјаснио да исправу, по којој је осуђен за истиниту не признаје, те би по том изгледало да се само онда не може изјавити жалба, ако је са тога разлога решење задржано од извршења и рочиште одређено. Међу тим ова друга алинеја § 459 има општи значај, то јест њиме је законодавац хтео да у опште забрани жалбу против решења, којим се осудно решење задржава од извршења и одређује рочиште, па ма са кога разлога да је то захтевано. Сумња се појављује само зато, што овај пропис није стављен у *засебан* параграф, те да се одмах види његова генералност. Али нема разлога мишљењу да он није општега значаја, јер за што би законодавац специјално за случај да је осудно решење задржано од извршења и одређено рочиште због одрицања истинитости исправе забрањивао жалбу на решење, којим се то наређује, а у другим случајевима допуштао? Они исти разлози који диктују забрану жалбе у случају ал. 1 § 459 постоје и за друге случајеве, о којима смо горе говорили. А ти су разлози у тежњи законодавца да се што пре дође до рочишта, те да се у контрадикторном поступку и тужилац и тужени изјасне о наводима противне стране.

2. И кад је осудно решење донесено по *приватној исправи*, тужени се може одбрани на исти начин као и тужени по јавној исправи, дакле тражењем да се осудно решење задржи од извршења и одреди рочиште за извиђање.¹⁾ У томе смислу треба разумети § 458, који прописује: „Тужени се може одбрани ако има узрока изложених у тач. 1, 2, 3 и 4 § 455, тако исто кад тужени докаже да исправа није онака, као што §§ 449 и 454 прописују...“ Законодавац у овом пропису не каже *како* ће се тужени одбрани, али пошто је прописано како се брани осуђени по јавној исправи (§§ 455,

¹ Пошто суд, кад је тражење по приватној исправи, доноси само осудно решење, а не пише полиц. власти за извршење, то се захтев туженога да се решење задржи од извршења управо ограничава на то, да тражи одређивање рочишта, а тиме да спречи да осудно решење не постане извршно (§ 460).

Овај захтев треба да поднесе суду у року који му је осудним решењем остављен за извршење обвезе (§ 457).

456), пошто је жалба забрањена осуђеном по јавној исправи (§ 454), и пошто се у § 458 вели да се осуђени по приватној исправи може одбрани истим оним приговорима, којима се брани и осуђени по јавној исправи, то је природно и логично узети, да се осуђени по приват. исправи брани на исти начин као и осуђени по јавној исправи.

У § 458 прописано је, као што смо видели, да се тужени може одбрани, дакле тражити редовно суђење, ако докаже да исправа, по којој је осуђен, није онака, као што §§ 449, 454 прописују. И ако се овај пропис налази у §-у, који говори о одбрани туженога по *приватној* исправи, ипак нема разлога ускратити то право туженоме по *јавној* исправи. Суд је дужан у оба случаја, кад се од њега тражи осуда дужника по кратком поступку, да испита да ли је исправа онака, каква се по §§ 449 и 454 тражи за кратко суђење. Али ако је то суд при доношењу осудног решења *пропустио* учинити, па тужени докаже да исправа не може бити основа за кратко суђење или кад тужени поднесеном исправом докаже, да се из тужитељеве исправе не види да је право овога тако чисто и јасно, да би имало места осудити туженога без саслушања, онда суд треба решењем да нареди одређивање рочишта за редовно суђење.

3. Ако је рок, у коме тужени може да тражи задржање осудног решења од извршења, протекао, а тужени није у току рока то тражио, или ако је тражио, па је одбијен, онда је осудно решење постало извршно (§§ 307, 329) и тужилац може тражити од суда да се оно за извршно огласи (§§ 460, 462). Ако већ није суд писао извршној власти за извршење (§ 454), може се тужилац сам тога ради извршној власти обратити.

„Полицјски Гласник 1912.“

Принципи аустријског грађанског судског поступка.

У великом делу наше отаџбине (у Далмацији и Словеначкој) важи и данас аустријски грађански судски поступак од 1895. године. По угледу на аустријски израђен је и угарски законик од 1911. године, по коме суде грађанске парнице

судови у Банату, Бачкој и Барањи. Са овога разлога, а нарочито због тога, што је аустријски законик законодавно дело првога реда и што је у пракси показао најбоље резултате, сматрамо да је од интереса изложити, у најкраћим потезима, основне принципе, на којима се он оснива¹⁾, те да они који не познају начела овога законика добију макар и бледу слику о томе. У осталом у толико више треба познавати аустријски грађ. судски поступак, што ће несумњиво први рад после нове судске организације, којој ће се по доношењу устава приступити, бити израда новог грађ. суд. поступка за целу државу, а овај ће, зацело, усвојити много што шта из аустријског законика.²⁾

Као и сваком тако је и аустријском грађанском судском поступку, заједно са законом о извршењима и законом о судској надлежности који постоје у Аустрији као засебни закони, циљ да државном помоћу заштити повређена приватна права, која тек могућношћу и давањем те заштите добијају своју пуну вредност. Стога се поступак и назива *машином за остварење права*. Та се машина ставља у покрет радњама парничара (у првом реду подизањем тужбе) и судом, циљ им је доношење пресуде, која ће одговарати закону, а за тим њено извршење, ако је осуђени не би добровољно испунио.

Ове процесне радње парничара и суда бивају по прописима закона о поступку, а по извесним у закону спроведеним принципима или максимама. На основу тих принципа попуњавају се и празнине у закону, којих и поред најбрижљивије израде мора у сваком законнику бити.

Основна мисао аустријског законика, вели Canstein, јесте према владиним мотивима и целом склопу закона: целисходност, практичност, корисност. Тежило се и, као што се на делу показало, успело се да се добије што је могуће више *прост*

¹⁾ Литература о аустријском грађ. суд. поступку замашног је обима. Принципи његови у овом напису изложени су у главном по делу старог и врло цењеног аустријског процесуалисте: v. Canstein-a, Das Zivilprozessrecht 1905 I. Band, који их је најпрегледније изнео, за тим по Pollak-y, System des österr. Zivilprozessrechtes 1903 I Band, Klein-y Vorlesungen über die Praxis d. Zivilprocesses 1900. Текст аустријског законика о поступку у грађан. парницама изашао је у моме преводу на српски 1912 године као издање министарства правде.

²⁾ Једна комисија је по налогу Министра Правде усвојила још 1915. године пројект закона о поступку судском у грађан. парницама, који је израдио г. Ђ. Несторовић по угледу на аустријски законик.

брз и јевтин парнични поступак, који ће омогућити доношење законима и правом стању ствари саобразних пресуда. У првом реду тога ради важније ствари расправљају, са више брижљивости, времена, труда и трошка, уз припомоћ адвоката, колегијални судови, а мање важне ствари судови са појединачним судијом, без принудног заступништва преко адвоката, где суђење бива простије, брже и јевтиније.¹⁾ С обзиром на конкретне потребе постоје и нарочити поступци за брачне, државинске, багателне ствари, за спорове о закупу, за спорове на основу исправа и меница, поступак за спорове кад постоји прећутно признање новчаног дуга до 400 круна (*Mahnverfahren*); даље постоји поступак за спорове по уговору о употреби ствари, поступак код изабраних судова, поступак у споровима због правних повреда, које учине судски чиновници.

Принципи аустријског грађанског судског поступка јесу: обострано саслушање, материјална истина, диспозациона максима, судско руковођење парницом, принудно заступништво средством адвоката, усменост и писменост, непосредност, јавност, процесни стадијуми, јединство расправе, концентрациона максима, процесна економија, систем правних средстава.

1. Принцип обостраног саслушања

Audiat et altera pars, треба саслушати обе парничне стране, постоји као начело, како у сваком другом, тако и у аустријском поступку. Ако парничар није позван или није саслушан, онда може апелатом и ревизијом тражити поништај судске одлуке (§§ 477, 503); ако га у парници није нико или га није заступао законски заступник, онда постоји апсолутни узрок ништавости, који се може истицати и тужбом због ништавости против правно-снажне одлуке (§§ 477, 503, 509). Повреда овога принципа није само разлог за апелату, ревизију и жалбу (§§ 83, 514), већ заснива и апсолутну ништавост, на коју се по службеној дужности има позвати у свима инстанцијама (§§ 71, 494, 513). Наравно обострано саслушање не

¹⁾ Једна од најважнијих рефорама у новој организацији судова, која ће се извести у нашој држави, има бити увођење суђења пред појединачним судијом. За мање спорове, за осудна решења по јавним и приватним исправама, за решења о обезбеђењу на основу исправа и за многе друге одлуке судске, прави је луксуз да суд колегијално решава у првој инстанцији.

значи да се оба парничара *морају* пре пресуде изјаснити, и ако то неће, него само да им се *даде прилика* да пред судом *буду саслушани*. Ако пак они хоће да се њихове изјаве при изрицању пресуде узму у обзир, онда оне морају бити дате на погодном месту, у одређено време, у законом прописаној форми и са одговарајућом садржином, иначе ће се сматрати да њихове изјаве и радње не постоје, и због тога су пропуштене процесне радње искључене, њих више странка не може предузети (§ 144). Начело обостраног саслушања захтева у првом реду да је странка у парници уредно позвана, и уредно била заступљена, и да јој је дата прилика да остварује, брани и образложи своја права.

О предлозима који се тичу *грађанско-правних* потраживања расправља се у јавној (§171) усменој расправи, у присуству оба парничара (§§ 176, 257, 486). По предлозима који се тичу важнијих *цивилно-процесних* потраживања (на пр. кад се тражи допуштање споредне интервенције), наређује се и усмена расправа на рочишту (§§ 18, 155, 237, 420, 423, 428), о предлозима који се односе на *наредбе за управљање парницом* (на пр. кад парничар тражи продужење рока), као и за мање важна процесна потраживања (на пр. кад парничар тражи да суд реши да његов противник покаже исправу, коју има), наређује се саслушање противника (§§ 128 и сл., 165, 440, 60, 250 и сл., 303, 308, 324 и сл., 347, 351, 440).

Пресуда услед изостанка може се изрећи само на основу предлога, тврђења и доказа, који су саопштени изосталом парничару (§§ 339, 442) и стога се не узима у обзир у пресуди услед изостанка она измена тужбе, која парничару није саопштена (§§ 235, 239, 442, 396 и сл.).

Без претходног саслушања противног парничара суд одлучује у поступку суђења о одбијању неблагоприятних, недопуштених и неоснованих предлога, о простим наредбама за управљање парницом (§§ 89, 425, 115), о молбама за одобрење сиротињског права (привремено ослобођење од такса и парничних трошкова — § 72), о жалби на судска решења (§ 526).

У мандатном и меничном поступку, на основу исправа, у поступку на основу прећутног признања новчаног дуга до 400 круна (*Mahnverfahren*) и у споровима о закупу, издаје се одмах судски налог и без претходног саслушања противника,

по једностраном предлогу, а овом се оставља право да се после брани и налог обеснажи.

У поступку за обезбеђење и у егzekутивном поступку, по правилу, нема усмене расправе нити се обвезаник претходно саслушава.

II. Принцип материјалне истине.

Парничарима стоје на расположењу доказна средства да убеде судију у истинитост својих потраживања: исправе, увиђај, сведоци, вештаци, саслушавање парничара као сведока под заклетвом или без заклетве, индиције.

Ипак у грађанској парници, где су у питању права којима парничар може слободно располагати, па према томе њих се и одрећи судија, не може увек тражити материјалну истину. Кад постоји изречно признање парничара пред судом, онда признату чињеницу није потребно доказивати (§ 266). Даље кад парничар не оспори противникове чињенице, које су му саопштене, онда ће се оне сматрати као истините, у колико се томе не противе резултати расправе (§ 254). Ако трговац, обвезан да покаже своје књиге, исте не покаже, сматрају се тврђења противника као истинита. Кад по грађанском праву постоји која правна претпоставка, онда судија мора претпостављену чињеницу сматрати за истиниту, кад је доказан законски основ претпоставке, дакле проста индиција, која судију не мора увек у конкретном случају убедити о истинитости претпостављене чињенице (§ 270). *Јавне исправе* су потпун доказ о ономе, што власт у њима службено наређује или изјављује или што сведочи власт или лице које издаје исправу (није дакле меродавно евентуално различно судијско уверење). Ипак допуштено је доказивати да није тачно изложен догађај или чињеница, који су наведени у исправу, или да ова није тачно састављена (§ 292).

У колико пак закон изузетно не обвезује судију да извесну чињеницу сматра као истиниту или неистиниту, судија је дужан, брижљиво обзирући се на резултате целокупне расправе и доказивања, по слободном уверењу, оценити да ли ће се које фактичко навођење сматрати за истинито или не (§ 272). Према томе и за *приватне исправе* постоји начело слободне оцене

доказа,¹⁾ пошто приватне исправе дају само потпун доказ о томе, да у њима садржане изјаве потичу од издаваоца, али да ли су чињенице, на које се изјава односи, истините, то има судија да оцени (§ 294).

Судија, по слободном уверењу, има да одлучи каког утицаја има на оцену случаја то, што једна странка неће да одговара на питања која су јој стављена на усменој расправи (§ 272) или при саслушању странака као сведока (§§ 380 и сл.) или што неће да покаже исправе и предмете увиђаја. Такође судија слободно цени, обзирући се брижљиво на све околности, у колико се признање чињеница потиже или у своме дејству ограничава додатцима и ограничењима, које му је странка придодала²⁾ и каког утицаја има опозивање признања. Суд би дакле могао узети, по свом уверењу, да додатци и ограничења признања оване не одузимају ништа од претпоставке истинитости. Суд даље слободно цени да ли ће се фактичка тврђења једне странке, ако нема изричнога признања противниковог, сматрати као призната, обзирући се брижљиво на целокупну садржину противниковог навођења, као и када, услед неког вансудског признања, отпада потреба доказивања (§§ 266, 267). Такође и изјаву парничара да не зна или да се не сећа оцењује суд као признање или порицање по свом слободном уверењу. Наравно да суд мора у разлозима пресуде изнети основе за своје уверење.

Да би дошао до материјалне истине, судија има права да парничаре, и кад их заступају адвокати, позове да лично предстану, да им ставља питања, да по службеној дужности настојава да се изведе доказивање, да *сам прибави* исправе које се налазе код неке власти, да нареди странци да неку исправу поднесе, да изврши увиђај и нареди вештачење, да позове сведоке, сем ако се *оба* парничара противе употреби исправе и позивању сведока (§ 183). У § 182 наређује се:

¹⁾ В. Pollak I. стр. 589.

²⁾ По нашем законик у постоји недељивост признања; страна која хоће признањем противника да се користи, мора то признање онако како је исказано потпуно примити, а не може оне околности, које су јој корисне, примити а штетне одбацити (§ 185). Суд дакле по нашем законик не може једну чињеницу сматрати као признањем доказану, ако је она с извесним додатцима или ограничењима призната, него мора или и то што је додато или ограничено узети да постоји, или сматрати да признања у опште и нема.

„Председник ће при усменој расправи стављањем питања или на други начин на томе радити.... да се истинито утврди стање чињеница односно права и потраживања, која странке износе“.¹⁾ Суд може по потреби и обе стране као сведоке саслушати, без полагања заклетве, а једну од њих и под заклетвом (§§ 371, 377).

У циљу сазнавања материјалне истине допушта се парничарима свако доказно средство, нарочито могу они захтевати да буду као сведоци саслушани у сопственој ствари (§§ 371 и сл.) Међу тим понуду и повраћај главне заклетве, како она постоји у нашем законик у (§ 383), по коме онај који нуди заклетву мора изјавити да повраћену заклетву прима, аустријски законик није усвојио. Ако нема других доказних средстава, суд може наредити саслушавање странака. Оне се прво испитују без заклетве, за овим, ако резултат доказивања није довољан да увери суд о дотичној чињеници, суд може наредити да се једна (али само једна) парнична странка о њој под заклетвом саслуша. Кад је у питању *величина* неке тражбине, која се величина не може лако доказати, суд може и по службеној дужности по слободном уверењу то утврдити, прелазећи и преко евентуално понуђеног доказа о томе, и тога ради наредити претходно саслушање једне странке под заклетвом о меродавним околностима (§ 273).

У поступку за обезбеђење и у егзекуционом поступку ликвидност се утврђује јавним или јавно овереним исправама.

III. Диспозациона максима.

Диспозациона максима је начело да парничари располажу слободно својим приватно-правним и процесно-правним потраживањима (којима у опште могу слободно располагати), као и правним средствима, која ради остварења истих служе (предлозима, тврђењима, правом оспоравања, доказима), да могу слободно кад хоће парницу покренути и одржавати је у току или обуставити је, и да је судија везан овим парничарским диспозацијама. У грађанском је спору у питању при-

¹⁾ В. § 203 нашег зак., по коме „никоји парничар није дужан показати ону исправу, коју сам неће да употреби.“ В. изузетак у чл. 2 истог §-а.

ватно право појединца, и држава, коју представља суд, може, принципијелно, оставити парничарима више слободе при судском остваривању њиховог права, него у кривичној, где је у питању и јавни интерес.

Диспозициона максима испољава се у главном у три правца, као: диспозициона максима у ужем смислу, као т. зв. *Verhandlungsmaxime* и као максима парничарског кретања спора.

Диспозициона максима у ужем смислу јесте начело *да парничари у парници располажу слободно својим приватно-правним¹⁾ и процесно-правним потраживањима* (§§ 349 и сл. 237, 472, 492), да по својој вољи могу расправљати питања, која је закон оставио његовом регулисању, и да је суд њиховим диспозицијама тако везан, да не може ништа досудити без предлога или преко предлога и само оно, што се тражи: *nemo iudex sine actore, re eat iudex ultra petita partium* (§ 405 вели: „Суд није овлашћен досудити странци нешто што није предложено. Ово вреди нарочито за плодове, камате и друге споредне тражбине“). Повреда овог начела разлог је за изјављивање незадовољства.

Verhandlungsmaxime је начело, да *употреба чињеничког и доказног материјала* зависи од воље странака и да оне у слободној расправи изнесу пред суд стање ствари и оне доказе, које хоће да изнесу: *quod non est in actis non est in mundo, iudici fit probatio; iudex secundum allegata et probata judicare debet*. Ово је начело аустријски законодавац, за љубав материјалне истине, напустио, и у томе се разликује од других законодавстава. Парничари нису више господари грађанске парнице, пошто сада судија руководи парницом, а странкама је остављено да одреде о чему желе да се пресуда донесе. Што се тиче чињеница, на којима се оснива потраживање, суд има материјално право управљања парницом, јер законодавац полази са гледишта да је жеља и очекивање парничара, који ставља предлог, да судија све предузме што је потребно да парничару даде правну заштиту.

Суд може по службеној дужности наредити доказивање увиђајем, вештацима и саслушањем странака (§§ 351, 368, 371), наредити такође доказивање исправама и сведоцима.

¹⁾ Да се на пр. могу одрећи свога потраживања, признати оно противника, закључити поравнање о њему, да изабрани суд исто пресуди.

Парничарско кретање спора јесте начело да отпочивање и продужење, прекид и почињање, као и поновљење парничног поступка лежи потпуно у рукама парничара: *nemo invitus ad agendum cogitur; ne procedat iudex ex officio*. И у аустријском законнику отпочивање спора зависи од парничара. Али прекид поступка отпочетог (на пр. кад се у току парнице појави сумња о кажњивом делу, које би утицало на решење парнице), по правилу наређује суд. Странке се могу договорити да поступак почива и то наступа кад обе странке то суду јаве, а може се поново наставити тек по истеку три месеца од доставе суду. Суд наређује закључење расправљања и поновно отпочивање, ако је то потребно (§§ 193, 194). Парничари немају права да један другом продужују рочишта и рокове. Кад обе стране изостану од рочишта парница почива најмање за три месеца.

IV. Судско руковођење парницом.

Руковођење парницом бива у јавном интересу и према томе припада суду. И ако држави може бити равнодушно хоће ли приватна лица за своја права да траже судску заштиту, ипак јој није равнодушно *како* судови имају ту заштиту да дају, колико ће на њихову делатност парничари имати утицаја, колико ће времена утрошити на расправу једне парнице. Судско руковођење парницом састоји се дакле у томе да суд има о томе да се стара, да се у јавном интересу постављени прецептивни прописи процесног права врше, и да суд због тога одбије оне парничарске радње, које тим прописима не одговарају те да их, евентуално, поправе, као и да сузбија процесно шиканирање. Тешка је само ствар за законодавца да повуче границу између јавног и приватног интереса парничара у погледу парничних радњи. Ако се сви прописи процеса огласе да постоје у јавном интересу, онда услед тога пати приватно право, које грађанском парницом треба да буде заштићено, ако се пак остави и сувише слободе парничарима у парници, онда судија постаје лопта у рукама странака. Раније аустријско процесно право, слично француском, прописивало је да судија, принципијелно, никад по службеној дужности не треба што да предузима, док на против нови законик сасвим ограничава акцију парничара. Он је увео у погледу управљања парницом *официјалну и ин-*

квизишорску максиму. Председник и појединачни судија имају у парници врло пространу власт, и кад је једном једна странка поднела предлог суду да јој се извесно право заштити, све се друго предузима по службеној дужности (§§ 180 и сл., 187 и сл.).¹⁾ И према адвокатима има суд велику власт (на пр. може га казнити до 300 форината, ако је изјавио ревизију на пресуду апелац. суда из обести или у циљу одуговлачења — §§ 512, 528 или ако је, са истих разлога, изјавио жалбу на решење суда првога степена. В. и §§ 49, 86, 179, 200, 220). **Инквизициона максима** састоји се у томе што судећи судија има власт да нареди и предузме кораке у циљу да сазна право стање ствари и да истражује и прикупља за то потребне доказе (§§ 182 и сл.). **Официјална максима** састоји се у томе што суд, кад једна странка стави извештај предлог, целим поступком руководи по службеној дужности, с правом да принуди и да кажњава, у место да остави самим странкама да своје предлоге поткрепљују чињеницама и доказима, да развијање процеса одређују према конкретним потребама прикупљања процеснога материјала и да једна другој одобравају продужење рокова и рочишта. Споразумна одлагања рочишта по аустријском поступку нису допуштена (§ 314). Одлагања по званичној дужности врло јако ограничена у нарочито предвиђеним случајевима (§ 134). Ако се рочиште одложи, суд има одмах да предузме потребне мере по службеној дужности, да се спор на првом идућем рочишту расправи (§ 181). Тога ради суд може наредити странкама да у одређеном року положе суду исправе, којима ће се као доказним средствима служити, да их противник може прегледати, да саопште адресе сведока. Ако се по томе не поступи у намери одуговлачења парнице, суд може одбити да ове доказе прими (§ 181).

V. Принудно заступништво и судско заступање парничара.

Под принудним заступнишвом подразумева се начело, да странке морају бити заступане — нарочито пред колегијалним судовима — од стране правно образованих заступника или адвоката.

¹⁾ § 189 ал. 3: „Председник ће се о томе старати да се ствар исцрпно претресе али и да се расправа не развлачи опширним излагањима и незнатим споредним расправама и да се, у колико је могуће, без прекида приведе крају“.

Ово принудно заступништво постоји и у јавном и у приватном интересу. У јавном, да суд не би губио време безначајним и опширним разлагањима неких лица, а у приватном, да парничар, услед оскудице правних знања, не би изгубио своје право не знајући да се користи правима која му стоје на расположењу.

Принудно заступништво постоји за суђење пред колегијалним судовима првога степена и пред свима судовима вишега степена. Изузетак се чини за спорове брачне пред судовима првога степена.

У поступку пред среским судовима, у којима суди један судија спорове до 1000 круна, као и у споровима брачним, судија је дужан, ако странку не заступа адвокат, да јој даје потребна упутства за предузимање процесних радњи, да је поучава о правним последицама, које стоје у вези са њеним радњама или пропуштањима, а нарочито да јој скрене пажњу на рок за изјављивање правног средства против судске одлуке (§ 432). Такође судија је дужан да упути парничара како ће допунити или исправити тужбу, да му скрене пажњу да није допуштено за тако потраживање подизати тужбу или да га опомене да је тужба очевидно неоснована, да суд није надлежан, да тужитељ нема личног овлашћења за тужбу или да нема парничне способности. Ипак он не сме одбити пријем тужбе, ако тужитељ, у пркос поуци, остане при тужби.

VI. Усменост и писменост.

Под усменошћу подразумева се начело да странке расправљају пред судом у слободном говору и да суд има одлуку да донесе на основу усменог излагања странака. Под писменошћу подразумева се начело да странке своје предлоге и њихово образложење имају писмено да изнесу писменим представкама или диктирањем у протокол као и да судија своју одлуку донесе на основу парничних аката, не обзирајући се на усмена излагања. Парничење у сваком народу било је из почетка усмено, доцније је завођено писмено парничење, док најзад није преовладало сасвим начело *quod non est in actis non est in mundo*. Ранији аустријски грађан. суд. поступак био је потпуно писмен. Искуство са њим показало је све рђаве стране његове: настало је одуговлачење парница, шиканирање парничара, скупоћа поступка, правосуђе се било

потпуно отуђило од народа. Под утицајем француског законодавства усменост је све више продирала у немачка законодавства¹⁾ и суђење је бивало све боље. Писменост има ту добру страну што сигурно фиксира оно што је казано, док се речи брзо забораве. С друге стране говор, у кратком времену, даје живу слику стања ствари, судија може стављањем питања добити одмах потребна објашњења, што код писмености није случај. Што више судија има прилике да у усменом саобраћају са парничарима сазна потпуније и тачније стање ствари, у толико је више и његова пресуда тачнија. И неверна изношења лакше бивају у писменом поступку, јер „хартија не покрвени кад се лаж на њој напише“. Усменост пак ставља веће захтеве суду, доводи га у опасност да, слично судијама грађанима, суди по утисцима које говор на њ оставља, за тим, ако се доследно спроведе, изазива потребу поновног расправљања пред вишим судовима. Као свака људска установа дакле тако и писменост и усменост имају своје добре и рђаве стране и вештина је законодавчева у томе, да комбинује ова два начела. И поред рђавих прорицања опште је мишљење да је аустријски законодавац успешно ово питање решио.

У првој инстанцији суђење бива усмено § 176, пошто се — код колегијалних судова — на писмено доставе странкама тужба, одговор на тужбу, за тим предлози, нападна и одбранбена средства, тврђења и докази, који се не налазе у тужби ни у одговору на тужбу, а које странке намеравају изнети у усменој расправи на рочишту (§§ 226, 243, 258). Одлука суда првога степена доноси се искључиво на основу усмене, непосредне расправе.²⁾ (§§ 412, 414). Апелациони суд поништава пресуду, ако су, противно пропису ал. 2 § 210, странке или њихни пуномоћници, приложили скице за протоколе о расправи, од њих састављене. Бележење у протокол говора појединих странака није допуштено, него се у протокол уноси укратко садржина излагања странака, за тим се означују доказна средства која су странке понудиле за наводе, који остану спорни. Међу тим суд може наредити да се

¹⁾ Немачки грађ. суд. пост. од 1879 у § 128 прописује: „Расправа странака о правном спору пред судећим судом усмена је“. Види § 158 ал. 3 нашег поступка (допуна од 1885 год.).

²⁾ В. §§ 158, 176 нашег грађ. суд. пост.

фактичка излагања или понуђени докази опширније унесу (§§ 209, 210).

Ипак странке имају право да траже исправку протокола, о чему суд одлучује. Ако суд не прими исправку, онда се у протоколу има приметити. У парницама где је у питању већи број потраживања или је ствар заплетенија или је материјал обилнији — н. пр. рачунске парнице, подела имовине — може се наредити припремни протоколарни поступак пред одређеним судијом, у коме ће се протоколарно утврдити која су тражења и противтражења изнесена, која су нападна и одбранбена средства употребљавана, која су тражења спорна односно неоспорена, у погледу спорних представиће се потпуно стање ствари како произлази из навода странака, навешће се доказна средства, изнесени приговори и учињене изјаве о доказним средствима и доказним приговорима (§§ 245, 250).

Апелациони суд прегледа пресуду на основу парничних аката. Ако се странке писмено одреку рочишта за усмену расправу, суд друге инстанције одлучује на основу реферата, али он може ипак наредити, по потреби, и усмену расправу (§ 492). Ако се странке не одреку рочишта, онда се одређује рочиште за усмену расправу.

У трећој инстанцији одлука се доноси, на основу изјављене ревизије, у нејавној седници, без претходне усмене расправе, на основу парничних аката (§ 509). У поступку по жалби бива такође (§ 526). У поступку за обезбеђење и у поступку за извршење по правилу нема усмене расправе.

VII. Непосредност и посредност

Творац аустријског законика о поступку судском у грађанским парницама, Dr. Klein, вели за начело непосредности: „Непосредност није ништа друго него законско усвајање начина како људи у животу, у обичним стварима се обавештавају, испитују, истину траже те да дођу до суда о некој ствари“. Као што је најбоље оно сазнање, до кога човек дође сопственим опажањем, непосредним испитивањем, тако је и у погледу сазнања, до кога судија у парници односно чињеница треба да дође. *Непосредност* значи дакле начело да они који суде и пресуду изричу буду под непосредним утиском онога што су чули и видели. Према томе *цео* судећи суд мора при-

суствовати целој усменој расправи и доказивању, на основу којих пресуду изриче. Цео суд је дакле у директном личном саобраћају са парничарима и сведоцима и тиме добија живу слику о стању ствари.

Ако дакле наступи у саставу суда промена судије пре изрицања пресуде, мора се цела усмена расправа поново спровести (§ 412). Ово важи за прву инстанцију. У другој инстанцији непосредна расправа бива, ако је суд друге инстанције наредио усмену расправу, а то бива ако о апелати није одлучено у претходном поступку¹⁾ или ако се странке нису одрекле усмене расправе. У трећој инстанцији наређује се само изузетно непосредно усмена расправа, кад суд нађе то за потребно (§ 509).

Посредност значи да судећи суд пресуђује на основу протокола и парничних аката, које је други судија саставио о расправи и доказивању пред њим изведеним нарочито у тако званом припремном поступку. У овом случају судећи судија не стоји под непосредним утиском исказа парничара, сведока и вештака, него на основу протокола и акта уверава се о стању ствари.

Аустријски законик, који је усвојио да се и у грађанској парници тежи сазнању материјалне истине, прописује као начело непосредност. Али наравно да мора бити и одступања од овога начела. У циљу смањења трошкова прописано је да колегијални судови могу пренети на среске судове свога подручја (у којима суди један судија) своје службене радње — сем изрицања пресуде — ако се тиме ствар олакшава и излишни трошкови уштеђују. И у припремном поступку — на пр. кад је у питању рачунска парница или подела имовине — расправљање бива пред једним судијом, који за то буде одређен. Доказивање бива ван главне расправе пред судећим судом онда кад је у питању обезбеђивање доказа, који може

¹⁾ По §§ 470 и 471 апелациони суд одлучује у претходном поступку, без усмене расправе на рочишту, и то решењем, а по реферату председника: о својој надлежности, о недопуштености и неблаговремености незадовољства, одбацује незадовољство, ако је неуредно састављено, ако се оно тиче пресуде, која је изречена због изостанка које странке, па се тврди да изостанка није било, ако се пресуда или поступак пре изрицања пресуде побија као ништава, ако се побија одлука, која је унета у пресуду, о приговору ненадлежности или о току спора или о правној снази, ако референт мисли да у пресуди или поступку има разлога за ништавост, коју незадовољник није истакао.

пропасти, или кад је доказивање пред судећим судом немогуће, кад му стоје на путу знатне сметње, кад је доказивање на лицу места погодније да се сазна истина или кад би непосредно доказивање пред судећим судом проузроковало несоразмерно велике трошкове или кад би оно знатно отежавало главну расправу или би је сувише одуговлачило. Пред апелационим судом не бива непосредна расправа, кад се странке одрекну да буде рочишта пред овим судом, а у ревизионој инстанцији принципијелно отпада непосредна расправа. Само што ревизиони суд може и њу наредити, кад за потребно нађе (§ 509).

VIII. Јавност.

Јавност може бити двојака. Она значи прво право једнога лица да присуствује при радњама у суђењу, у обезбеђивању и извршном поступку, а у парници, у којој је оно парничар. Друго јавност значи да сваки, и без свога интереса у парници, може присуствовати суђењу и да се о томе може и у новинама писати. Јавност за свакога постоји у аустријском поступку за усмене расправе пред судећим судом. У погледу других саслушања и испитивања јавност постоји само за парничаре. Суд може искључити јавност, ако „одатле прети опасност наравствености или јавном поретку или постоји основана бојазан да ће се јавност расправе злоупотребити у циљу ометања расправе или отежавања утврђивања стања ствари“. (§ 172). Сем тога ако се имају претресати чињенице из породичног живота. Кад јавност буде искључена, онда свака странка може захтевати да присуствују три лица, у којима она има поверења. Објављивање пресуде бива јавно. Саветовање судија и доношење одлука бива с искључењем јавности и без присуства парничара. Противзаконо искључење јавности ствара основ за ништавост пресуде.

IX. Процесни стадијуми и јединство расправе.

Грађанска парница дели се на одсеке, у којима се извесне процесне радње имају свршавати. Ако се оне не сврше у одговарајућем стадијуму, онда се доцније не могу предузети. Аустријски поступак има ове стадијуме у поступку суђења (Erkenntnisverfahren): поступак у првој, за тим на основу

апелате у другој и најзад на основу ревизије у трећој инстанцији. За ове стадијуме важи начело да се нове чињенице и докази не могу износити у другој и трећој инстанцији. У првој инстанцији оно што је до свршетка главне усмене расправе изнесено сматра се да је благовремено учињено и узео се у обзир, али суд може објавити да нова наведена факта и докази нису допуштени, ако то раније није учињено (на пр. у тужби, одговору на тужбу) у циљу одуговлачења парнице. (§ 179, 193)

Процесни стадијуми или одсеци, како се парница пред првом инстанцијом код колегијалних судова развија, јесу: писмена тужба, прво рочиште, писмени одговор на тужбу, припремни поступак, који је, евентуално, наређен пред судијом, коме је дат налог, или подношење даљих припремних представака (писмена реплика и дуплика), главна расправа, изрицања пресуде, објављивање пресуде, евентуална исправка или допуна пресуде.

Процесни приговори које је требало изнети на првом рочишту¹⁾ не могу се доцније истицати сем ако је суд по званичној дужности позван да се на њих обзире. Ако туженик на тужбу није на време одговорио,²⁾ рочиште за усмену расправу одређује се само на понован захтев тужитељев. Расправа у томе случају ограничава се на приговоре, које је туженик на првом рочишту пријавио: да правни пут није допуштен, да суд није надлежан, да се други спор води (о истом праву), да је спорна ствар већ правно-снажно пресуђена. Ако ови приговори буду одбачени, онда ће се одмах по даљем предлогу тужитељевом изрећи у главној ствари пресуда услед изостанка.

За главну расправу вреди начело јединства расправе. Она обухвата расправљање странака (њихова излагања и предлоге), доказивање, објављивање пресуде.

¹⁾ Ово се рочиште одређује да се изнесе има ли у опште места вођењу парнице (због ненадлежности, због већ пресуђене ствари, због недопуштености правног пута, тока другог спора о истом потраживању и тд.) § 239.

²⁾ а по аустријском поступку туженом се прво доставља тужба, па се онда одређује прво рочиште због процесних приговора, па ако судија нађе да има места одређивању главне расправе, наређује решењем туженоме да одговори у одређеном року на тужбу. Ако тужени на прво рочиште не дође, онда ће се фактички наводи дошавшег тужиоца сматрати за истините, у колико не буду оповргнути доказима који су пред судом и онда се о тужбеном захтеву пресуђује тужбом због изостанка. (§ 396).

Поступак пред апелационим судом обухвата: писмено изјављивање незадовољства, евентуални писмени одговор противника незадовољства, претходни поступак (у коме се, без одређивања рочишта за усмену расправу, одлучује на пр. о надлежности апелационог суда, о допуштености незадовољства — на пр. да се парничар није одрекао незадовољства, о благовремености — § 471), усмену апелациону расправу на рочишту.

Поступак пред ревизијским судом обухвата: писмено изјављивање ревизије, евентуални одговор ревизијског противника, усмену расправу, ако је суд нареди (§§, 505, 507, 509).

Х. Концентрациона максима.

Суд има да пресуди грађанску парницу на основу чињеница, које парничари пред суд изнесу. Али када парничари треба и докле могу то чинити? Ако се на пр. једна чињеница, која је могла у тужби бити наведена, тек на рочишту изнесе, туженик, према начелу обостраног саслушања, треба о њој да се изјасни, и ако он то не може учинити, може доћи до одлагања рочишта, а то води одуговлачењу парнице. Да се ово спречи постојала је у писменом парничном поступку т. зв. *евентуална максима*, која се у томе састоји што су парничари по закону дужни да сва правна средства, која им стоје на расположењу у једном стадијуму парнице ради утврђења њиховог права (предлоге, навођење чињеница за оправдање свога права, доказна средства, оспоравања противниковог навода) имају да изнесу *од један пут заједно*, иначе неће моћи накнадно то чинити, те да у случају, ако једно средство не успе, евентуално, друга то учине. Према томе начелу тужилац би био на пр. дужан да још у тужби наведе све чињенице и поднесе све доказе, који му стоје на расположењу за оправдавање свога захтева да туженик буде осуђен, туженик у одговору на тужбу све оно, што може допринети да тужилац буде одбијен од тражења.¹⁾

У аустријском поступку евентуална максима има прво то дејство, што повреда његова повлачи за дотичног парничара обавезу на накнаду трошкова, баш и кад би парницу добио. У § 44. прописује се: „Ако фактичка тврђења и до-

¹⁾ В. §§ 94, 98, 106, 107, нашег законика, по којима постоји евентуална максима и у нашем поступку, али ослабљена прописом §§ 137 тач. 3. и 159.

казна средства буду изнесена под околностима, из којих суд стиче убеђење да је парнична странка била у стању остварити иста раније, и ако се допуштањем таког поступка свршавање парнице одуговлачи, онда суд може ону парничну страну, која је тако поступила, осудити на накнаду парничних трошкова и онда, кад је она победила“. Даље суд може *одбити* да прими нове наводе и доказе у усменој расправи, ако они нису раније поднесени (на пр. у тужби) очигледно у намери одуговлачења парнице, а њихово би примање знатно одуговлачило парницу (§§ 179, 275, 278, 281).

У циљу одуговлачења парничари се често хоће да послуже доказним средствима, која се не могу брзо употребити (неозначавање тачне адресе сведока, позивање на сведоке у иностранству). Тога ради аустријски законик прописује у § 279: „Ако доказивању стоји на путу препрека, за коју се не зна колико ће трајати, ако се сумња у изводљивост доказивања, или ако доказивање треба извршити ван области, за које овај закон важи, онда ће суд у решењу о доказу на предлог одредити рок, по чијем ће се безуспешном протеклу расправа продужити по захтеву једне странке без обзира на то, што је доказивање изостало. У продуженој усменој расправи може се онда тај доказ само онда искористити, ако се тиме поступак не одуговлачи“.

У поступку пред апелационим и ревизијским судом нове чињенице и докази примају се само да се докажу или оповргну разлози, због којих је правно средство изјављено. Разлози ови могу бити само погрешке у поступку и у доношењу одлуке, и само у погледу њих странке имају право износити нова факта и доказе.¹⁾ У усменој апелационој расправи предлози и разлози, који нису изнесени у незадовољству и одговору на њ, не могу се узимати у обзир. То исто важи и за ревизиону расправу.

Код среских судова цела је парница концентрисана у усменој расправи спора (§ 441).

Да би се припремила и олакшала главна расправа служе прво писмена тужба и одговор на тужбу. У времену између одређења и почетка расправе могу странке једна другој са-

¹⁾ Ако пак странка сазна за нове чињенице и доказе, које без своје кривице није могла изнети у поступку пред првостепеним судом, онда може тражити поновљење парнице — § 530 тач. 7.

општавати писмено предлоге, нападна и одбранбена средства, тврђења и доказе, који се не налазе у тужби и одговору, а које намеравају износити у усменој расправи. У рачунским парницама, у споровима за поделу имовине, као и у опште кад је у питању већи број спорних потраживања и противтражења може се наредити протоколарни припремни поступак пред једним судијом (§§ 245, 240, 250). У записник о том поступању уноси се: која су потраживања и противтражења изнесена а која су нападна и одбранбена средства употребљавана; која су спорна а која неоспорна; у погледу спорних представиће се потпуно стање ствари, како произлази из навода странака, са навођењем доказних средстава, изнесеним доказним приговорима.

Велику услугу у погледу олакшања главне расправе пружа установа т. зв. *првога рочишта* пред једним чланом колегијалног суда (§ 239). На првом рочишту, на коме се расправља о приговорима који спречавају вођење парнице, покушава се поравнање, свршава се спор пресудом на основу признања, на основу одрицања тужитеља од потраживања или због тога што парничар није дошао на рочиште. Пошто се на тај начин рашчисти са формалним процесно-правним питањима, остаје за главну расправу грађанско-правно потраживање.

Како је аустријском поступку циљ да парничар спор не одуговлачи него да предузима процесне радње у одређено време и да сваки води парницу у уверењу да његово право постоји, то огрешење о дотичне прописе повлачи за собом кажњавање парничара, који парницу одуговлачи. Он може на пр. бити осуђен да сноси парничне трошкове и ако је добио парницу (§ 44). Ко на пр. из обести пориче истинитост неке исправе бива осуђен на казну до 300 форината (§ 313). Ако суд нађе да је надвладана странка очевидно из обести водила парницу може је, на предлог странке победнице, осудити на плаћање одмерене суме као одштете (§ 408).

XI. Процесна економија.

У циљу да се уштеди рад, време и трошак, аустријски законик ослобођава судију од послова који нису судијски. Он има да управља парницом и да изрекне пресуду. Друге судске

послове, који стоје у вези са парницом, предузимају други судски чиновници. Суд не треба лишавати времена вођењем парница за потраживања, која се и без парнице могу задовољити. За то се у § 45 и наређује да ако туженик својим понашањем није дао повода подизању тужбе и у тужби изнесено потраживање призна одмах на првом рочишту, онда парнични трошкови падају на терет тужиоца. У парници треба предузимати само оне процесне радње, које су потребне ради целисходног остваривања и одбране права. Парничар који је изгубио парницу дужан је накнадити противнику трошкове само за те радње, што суд има да утврди оцењујући брижљиво све околности (§ 41). И суд има да предузима само оне радње, које су потребне ради процеснога циља, избегавајући излишне трошкове. Сваки рад треба само један пут предузети. Благовремено предузете процесне радње странака задржавају снагу и ако странка после изостане са рочишта (§ 399). Против мање важних решења за управљање парницом, као и против одлуке у току усмене расправе, не може се изјавити жалба одмах и одвојено,¹⁾ него у првом правном средству, које буде уложено против прве идуће оспориве одлуке § 515.

XII. Систем правних средстава.

Редовна правна средства јесу: незадовољство (против *пресуда* изречених у првом степену без обзира на вредност спора), ревизија (против *пресуда* апелационих судова), жалба (против *решења*). И незадовољство и ревизију доставља суд противном парничару, и овај може у року од 14 дана одговорити писменим саставом. И незадовољство и ревизија морају садржавати оно што закон прописује, а нарочито равлоге побијања судске одлуке, т. ј. одређено и јасно набрајање погрешака суда у поступању и у пресуди, изјаву да ли се предлаже укидање или преиначење пресуде и какво (предлог незадовољства и ревизије), навод чињеница и доказна средства, потпис адвоката (§§ 467, 506).

Као ванредна правна средства долазе у обзир *шужба ништавости* (ако је судио судија, који је по закону био искључен да суди, ако странка није била заступана у парници), *шужба за поновљење* (§ 530, који у седам тачака наводи ра-

¹⁾ на пр. решења о реду саслушања сведока, о суочењу сведока решење којим се одбацује изузеће вештака.

злогe за поновљење, слично нашем §426) и *повраћај у прешашње стање* услед пропуштања рочишта и рокова и последица његових (§§ 146 и сл).

Прикупљање и распоред процесног материјала по аустријском грађанском судском поступку.

Суд је позван да грађанску парницу пресуди према чињеницама, на којима сами парничари своја права заснивају. Али како ће суд сазнати да те чињенице постоје? Два су пута на расположењу да суд сазна постојање чињеница, на којима своју одлуку има да заснује. Први је да суд очекује од парничара навођење чињеница, на основу којих ће своју одлуку донети. У теорији немачког процесног права ово начело парничарског прикупљања процесног материјала означаје се именом *Verhandlungsmaxime* и изражава се изреком *da mihi factum dabo tibi jus*. Други је пут прикупљање чињеница од стране суда. Парничарска дужност да пред судом изнесу чињенице за расправу спора брани се овим аргументима (B. Pollak, *System des österreich. Zivilprozessrechts*, I. стр. 406): Приватно-правна природа предмета грађанског спора, којим парничари по правилу могу слободно располагати, захтева да се странкама остави не само то да ли ће и за која потраживања да воде парницу, него и на основу кога материјала хоће да суд донесе своју одлуку; с тога се мора парничарима оставити слобода да пред суд изнесу оне чињенице, макар и неистините и непотпуне, које хоће, кад се то њима свиђа. Само кад се оне не слажу у прикупљеном материјалу, сме се суд умешати, али то не ради допуне, већ само ради утврђивања истинитости изнесеног материјала. Са супротног становишта полази *истражно начело*: по њему парничари нису слободни у навођењу чињеница, него суд по службеној дужности, у грађанској парници као и у кривичној, има да сазна истину о чињеницама и зато има да се и он постара да се оне потпуно изнесу.

И теорија и процесно законодавство сматрају, да се истражно начело не може усвојити у потпуности за грађански

процес. Аустријски грађански судски поступак од 1895 године изабрао је средњи пут између парничарског и судског прикупљања чињеничког материјала за расправу грађанске парнице. Парничне странке имају да изнесу релевантне чињенице, али суд има права да од странака захтева да их у потпуности и истинито изнесу. У § 178 наређује се: „Свака ће странка у својим говорима навести истинито, потпуно и одређено све фактичке околности, које су у поједином случају потребне да образложе њене предлоге, понудити доказе, потребне за утврђивање њених навода, за тим ће се одређено изјаснити о фактичким наводима и понуђеним доказима свога противника, приказати резултате изведених доказа и одређено се изјаснити о дотичном разлагању свога противника“. У циљу правог сазнања чињеница у § 182 прописује се: „Председник ће при усменој расправи стављањем питања или на други начин на томе радити да се износе за одлуку важни фактички подаци или да се попуне недовољни податци о околностима, које се употребљавају за поткрепљивање или побијање потраживања, да се доказна средства за ове податке означе или да се понуђени докази попуне и у опште да се даду сва разјашњења, која се покажу као потребна за то, да се истинито утврди стање чињеница односно права и потраживања која странке износе“. Утицај суда на прикупљање процесног материјала следује и из § 183, у коме се наређује: „Да би испунио дужности, које су му у § 182 одређене, може председник: 1. позивати странке да лично предстану на усменој расправи; 2. наредити да странке оне исправе, које се у њихним рукама налазе, а на које се једна или друга странка позвала, за тим акта, извештајне ствари или предмете увиђаја, даље родословља, планове, скице и остале нацрте и саставе покажу и да их за неко време оставе код суда; 3. наредити да се добаве исправе, које су код неке јавне власти или нотара, а на које се позвала једна од парничних странака, за тим даље извештајне ствари и предмети увиђаја; 4. наредити да се изврши увиђај у присуству странака и да вештаци своје мишљење искажу, за тим позвати за сведоке лица, од којих се према тужби може очекивати објашњење о важним чињеницама. Ипак ове наредбе не може председник издати у погледу исправе и сведока, ако се обе странке противу тога изјасне. Такви се извиђаји могу наредити и пре отпочињања усмене

расправе, ако постоји бојазан да се више не би могле утврдити околности важне за одлуку, или да се које доказно средство доцније не би више могло употребити или би се могло употребити само под много тежим условима“.

Колико аустријски законодавац полаже на то да странке истину говоре о чињеницама види се из § 267, у коме се наређује: „Да ли ће се фактичка тврђења једне странке, ако нема нарочита признања противниковог, сматрати као призната, оцениће суд, обзирајући се брижљиво на целокупну садржину противниковог навођења. На исти начин суд ће нарочито оцењивати и то, да ли се изјава једне странке, да не зна или да се не опомиње, има сматрати као изјава, којом се искључује признање или пак као изјава, која садржи у себи признање“.

Дужност парничара да само на основу истинитих чињеница воде спор, санкционисана је прописом § 408. где се вели: „Ако суд нађе да је надвладана странка очевидно из обести водила парницу, онда је може на предлог странке победнице осудити на плаћање одмерене суме као одштете. Расправа о томе предлогу не сме заустављати одлуку у главној ствари. Одређујући суму одштете треба узети у обзир пропис § 273“. У овом пак законском пропису наређује се да суд може по слободном уверењу утврдити износ одштете, ако доказ о спорном износу одштете не може у опште бити поднет или би то било скопчано са несразмерним тешкоћама. Јер по аустријском поступку не постоји заклетва, којом се вредност штете опредељује (§§ 292 и сл. нашег грађ. суд. пост.)

Колико се нови аустријски поступак у погледу прикупљања процесног материјала разликује од старог, најбоље илуструју ови примери. Неколицина лица тужени су суду као наследници дужникови, чија се маса налази на расправи код истог суда. Чим би се оспорило да су тужени наследници дужникови, суд би одложио рочиште и наређивао би тужиоцу да поднесе доказе да су тужени наследници. По данашњем поступку суд је по званичној дужности (§ 183 тач. 3) позван да се из акта масе о томе увери. Или парничари се на рочишту позивају на земљишне књиге, које се код истог суда налазе. По старом поступку суд би одложио рочиште и наредио би странкама да поднесу извод из земљишних књига. По да-

нашњем поступку суд је дужан да се сам у земљишној књи-зи о потребним чињеницама увери. (B. Klein, Vorlesungen, страна 66).

Прикупљање процесног материјала за доношење судске одлуке има да буде до извеснога момента, да се не би изношењем нових чињеница одуговлачила парница. По правилу нове чињенице и доказна средства могу се подносити до закључка усмене расправе. (§ 179).¹⁾ Председник суда управља усменом расправом и има се старати о томе да се ствар исцрпно претресе али и да се расправа не развлачи опширним разлагањима и незнатним споредним расправама и да се она, у колико је могућно, без прекида приведе крају (§ 180). Председник проглашује да је расправа завршена, ако сенат сматра да је спорна ствар сасвим претресена и на основу примљених доказа зрела за решење (§ 193). Како парничар може изношењем факата циљати на одуговлачење спора, то суд може, према § 179, објавити по званичној дужности или по предлогу да таква навођења нису допуштена, ако нови наводи и докази, у очигледној намери одуговлачења парнице, нису раније изнесени (на пр. у тужби, у одговору на тужбу), а њихово би допуштање знатно отегнуло свршетак парнице. Суд може и казнити (до 100 фор. и на накнаду трошкова) странкиног адвоката ако до њега има грубе кривице, што чињенице и докази нису раније поднесени. Противу ових одлука нема места засебном правном средству. У овом смислу прописује се и у § 275: „Докази које странке понуде, али се они чине суду безначајни, изречно ће се одбацити. Суд може по предлогу или по званичној дужности одбити да прими понуђене доказе, ако дође до уверења да се докази нуде само у намери одуговлачења парнице“. (B. §§ 278, 281).

¹⁾ И по нашем законик у тужилац у тужби, а тужени у одговору на тужбу, дужни су да изнесу чињенице и доказе, на којима своја права (одбрану) заснивају (§§ 94, 98, 106). Али по § 159 и на рочишту сваком је парничару слободно обстојателства која је навео попунити, исправити и поткрепити. Не мењајући основ тужбе тужилац може све до закључења извијања на рочишту (§ 166) износити нове чињенице и доказе у потврду свога потраживања, а такође и тужени у циљу одбране (§§ 159, 160, 161, 137 тач. 3). Изузетак постоји у неколико за случај предвиђен у тач. 2 § 107. И чињенице и докази, који служе за одбацивање и одлагање парнице, нису везани за одговор на тужбу, јер се приговори у том циљу могу и доцније чинити. (B. §§ 107 и 109, А. Ђорђевић, Теорија Грађ. Суд. Поступка ст. 223.

Ако буде потребно да се рочиште одложи,¹⁾ онда је председник дужан предузети све мере које су потребне да би се спорна ствар могла свршити на новом рочишту. Тога ради он може по § 181 наложити странкама да у року, који ће им се одредити, положи суду исправе, којима ће се као доказним средствима служити, ради прегледа од стране противника, и да јаве имена и место становања сведока, који се имају саслушати. Ако странка не поступи по том налогу, у намери да одуговлачи парницу, и тражена доказна средства поднесе тек у продуженој усменој расправи, онда сенат може на предлог или по званичној дужности објавити да овом поднашању доказних средстава нема места, ако би се њиме продужење расправе одуговлачило.

Прикупљању процесног материјала, његовом пречишћавању и концентрацији парничарских изјава и навођења факата служи у аустријском поступку и установа т. зв. *првог рочишта*. По пријему тужбе суд је саопштава туженику. Али пре но што се одреди рочиште за усмену расправу, наређује се прво рочиште. Тек по резултатима овога рочишта, ако се покаже потребно одређивање расправе, наређује се на самом рочишту туженоме решењем да одговори на тужбу у остављеном му року (§ 243). Прво се рочиште одређује по § 239 због ових процесних радња: да се покуша поравнање, да се пријаве приговори недопуштености правнога пута, ненадлежност суда, тока спора (да се дакле о истом предмету већ води парница) и правно-снажно пресуђене спорне ствари,²⁾ као и да се прими изјава именованог ауктора (претходника). Даље

¹⁾ По § 134 наређује се: „Рочишта се могу само судском одлуком одгодити. Тако одгађање бива по предлогу или званичној дужности: 1. ако се благовременом доласку једне или обе странке или отпочињању и продужењу расправе између њих стави на супрот нека за њих несавладљива сметња или бар врло знатна, а нарочито кад би без одгађања рочишта једна странка претрпела штету, која се не би могла поправити; 2. ако је суд неодложим званичним пословима или са других важних узрока спречен да отпочне или продужи расправу; 3. ако се нареди доказивање, које се не може одмах пред процесним судом извршити, а ако је битно за даљу расправу, или ако се у циљу продужења и свршавања расправе као потребно покаже прибављање исправа, извештаја или предмета увиђаја; 4. ако се расправа на рочишту, одређеном тога ради код суда, не може завршити и без појављивања горе споменутих препрека.

²⁾ У нашем поступку у неколико одговора овом првом рочишту установа претходнога рочишта, које се по § 108 одређује да се расправи претходно питање о одбацивању или одлагању парнице.

на првом рочишту има се изнети предлог о давању обезбеђења за парничне трошкове; на првом рочишту може се спорна ствар и свршити пресудом на основу признања или одрицања или услед пропуштања (недоласка на рочиште) или тужитељ може предложити да му се допусти изменити тужбу. На првом рочишту расправља се и одлучује одмах о предлогу за давање обезбеђења парничних трошкова или о предлогу за измену тужбе, као и о предлогу које странке, изнетом на првом рочишту, да се тужба одбије због парничне неспособности једне странке или због тога, што лице, које се појављује као заступник, нема потребног овлашћења за то. И по званичној дужности може се на првом рочишту претресати о последњим тачкама или о ненадлежности суда, која се не може отклонити изричним договором странака и на основу тога донети решење о обустави поступка. Свако је друго навођење на првом рочишту искључено.

Али тиме што би се прикупио сав процесни материјал у првој инстанцији, не би било много поможено брзом расправљању парнице, ако се не би предузеле мере да се не износе нове чињенице пред *вишу инстанцију*, пред коју би спор био изнет на основу употребљенога правног средства против пресуде нижег суда. Законодавство се овде налази пред тешким проблемом, јер спречавање изношења нових чињеница пред виши суд несумњиво иде на штету правде, која захтева исцрпно разматрање свију чињеница, које могу допринети правилном решењу спора, па дакле и нових, у првој инстанцији неупотребљених.¹⁾ С друге стране одуговлачење парнице неминовна је последица изношења нових факата и доказа пред виши суд (због чега наш законик не допушта изношење нових доказа и чињеница у незадовољству — § 314). Аустријски законик решио је овај проблем овако: у апелационом поступку допуштено је навођење нових факата и подношење нових доказа, ако су они изнесени у припремним писменим представкама,²⁾ и то само да се докажу или оповргну разлози изнесени за незадовољство (§ 482). Шта ово

¹⁾ Са тога разлога немачки грађ. суд. поступак (§ 529) допушта у апелационом поступку употребу нових чињеница и доказних средстава.

²⁾ По § 465 незадовољство се изјављује предајући парничном суду првога степена припремни писмени састав (писмено незадовољство) или изјавом у судски протокол (у местима, у којима нема бар два адвоката).

има да значи веома је спорно и тешко из ове законске одредбе сазнати. (В. Pollak, стр. 459). Сам пак § 482 гласи: „У расправи пред апелационим судом не сме се, изузевши потраживања о накнади трошкова апелационога поступка, износити никакво ново тражење нити какав нови приговор. Чињеничне околности и доказе, којих, према садржини парничних аката првога судије и чињеничнога навода пресуде, није било у првом степену, странке смеју износити у апелационом поступку само зато да докажу или оповргну разлоге изнесене за незадовољство; осим тога такви нови наводи смеју се узимати у обзир само тада, ако су претходно противнику саопштени писменим незадовољством или припремним писменим саставом.“ Горе споменути писац¹⁾ вели: „Разлози незадовољства могу бити само погрешке у поступку и у доношењу одлуке прве инстанције; и само у погледу њих странке имају право износити нова факта и доказе... Према томе странке се не могу у апелационом поступку ослонити на нова фактичка тврђења.“ И судска је пракса у овом питању колебљива. За доказ свога схватања Pollak наводи § 462, по коме апелациони суд прегледа *одлуку* прве инстанције у границама предлога који су изнесени у незадовољству. За тим у одредби §§ 530 тач. 7, по којој парничар може тражити поновљење спора ако сазна за какве нове чињенице или нађе или узмогне употребити каква доказна средства, чије би изношење и употреба у ранијем поступку допринели повољнијој одлуци у главној ствари. Зашто би законодавац допуштао поновљење парнице, ако би странци било могућно да употребом нових доказа и чињеница у апелационом поступку, постигне исте резултате као и поновљењем? Баш зато што није могла то онда чинити, допушта се поновљење.¹⁾

Што се тиче поступка пред *ревизионим судом* нови докази и чињенице не допуштају се. По § 504 ал. 2. нове чињеничне тврдње или докази могу се у ревизионој инстанцији износити само ради потпомагања или сузбијења тврђења, да

¹⁾ Познати аустријски писац v. Canstein, у свом делу *Zivilprozessrech* I стр. 34. тврди да се „новачења“ (нове чињенице и докази) не могу износити у поступку пред вишим судовима.

¹⁾ Наш је законик у овом погледу прецизан. По § 314 нови докази у незадовољству не примају се. То исто важи и за нове чињенице. Апелациони суд разматра дакле одлуку нижег суда на основу материјала и на основу доказа изнесених пр. д. првостепеним судом.

је пресуда апелационог суда ништавна због кога од недостатака, означених у § 477, или да у апелационом поступку има недостатка, који је могао спречити потпуно претресање и темељну оцену спорне ствари. Пресуда апелационог суда ништавна је због недостатака означених у § 477 а на име: 1. ако је у одлучивању учествовао судија, који је по закону био искључен од вршења судијског звања у тој правној ствари, или за којег је суд одлучио, да је с основом изузет; 2. ако суд, који је пресудио, није био прописно састављен; 3. ако је пресуду изрекао суд који ни изречним договором странака није могао постати надлежан за ту правну ствар; 4. ако је којој странци каквим незаконитим поступањем, нарочито пропуштањем доставе, одузета могућност да расправља пред судом; 5. ако која странка у поступку није била никако заступана или, ако јој је био потребан законски заступник, није од њега заступана била, у колико вођење парнице није било накнадно као што треба одобрено; 6. ако је пресуђено о ствари која се не може правним путем расправљати; 7. ако је јавност на неоправдан начин била искључена; 8. ако су противно пропису § 210 ал. 2. странке, или њихни пуномоћници, приложили актима скице за протоколе расправа од њих састављене; 9. ако је пресуда тако немарљиво састављена, да је није могућно са сигурношћу прегледати; ако пресуда сама са собом долази у противречност; или ако нису изнесени разлози одлуке, а ове се мане не могу отклонити исправком пресуде (§ 419), коју апелациони суд нареди.¹⁾

Прикупљање и распоред процесног материјала по угарском грађанском судском поступку.

Пошто смо ово питање изложили по аустријском грађанском судском поступку од 1895 године, који важи у Словеначкој и Далмацији, да видимо у главним потезима како је оно регулисано у угарском законикау од 1911 године, који важи у Банату, Бачкој и Барањи.

¹⁾ И по нашем законикау ово је питање јасно: нове чињенице и докази не могу се износити у жалби на Касациони Суд (§§ 314 и 323).

У природи грађанског процеса, који постоји ради остварења приватно-правних потраживања, лежи да тужилац, чијем праву треба дати судску заштиту, треба први да изнесе пред суд онај процесни материјал, који треба суду да послужи као основа за његову одлуку. Зато и угарски закон, као и сви други, прописује (§ 129) да тужилац својом тужбом има да представи своје право, које хоће пред судом да остварује, свој одређени захтев, који тражи да суд уважи, за тим да наведе оне фактичке чињенице, из којих своје право тужбе изводи, и доказе за то. У тужби морају се навести и они податци, који су потребни ради утврђивања делокруга и надлежности суда и оних околности, на које суд по службеној дужности мора пазити. Али угарски законик није усвојио тако звану евентуалну максиму, то јест не тражи да тужилац мора у тужби навести све чињенице и доказе, на којима своје право оснива, пошто парничари све до свршетка усмене расправе имају права да износе нове чињенице и доказе (§ 221).¹⁾

Пошто је угарски законик усвојио начело усмености за грађанску парницу, то се концентрација парничарских тврђења и доказивања има да изврши у усменој расправи. Али да би се ова усмена расправа што брже свршила парница се дели на два дела: 1. У првом делу има да се утврди да ли ће у опште доћи до парнице и ако се нађе да вођењу парнице нема места, онда се то решењем одлучује (тај се део у немачком преводу назива *Processaufnahme verhandlung*), 2. у другом се делу, ако се нађе да продужењу парнице има места, она наставља (и тај се део назива мериторна расправа).

Да би се осигурао рад у другом делу процеса, мора се из њега издвојити све оно, што може одвојено да се сврши. те да мериторна расправа не буде претрпана процесним материјалом. На тај начин и суд боље искоришћује своје време и рочишта се мање одлажу.

Први део процеса отпочиње тиме што суд на основу поднесене писмене тужбе позива тужиоца и туженога, коме је тужба достављена, на рочиште, на коме има да се утврди има ли места вођењу парнице (*Processaufnahmeverhandlung*). На томе рочишту тужени је дужан да изнесе приговоре, који спречавају вођење парнице. Ти су приговори према § 180

¹⁾ Писмено поднесена тужба сматра се само као припремни спис. Тужилац подноси управо тужбу тек у усменој расправи.

ови: 1. да остварење тужбеног потраживања у опште не може бити путем грађанске парнице или да је за њ нарочити поступак прописан; 2 да према закону грађанској парници има да претходи поступак друге које власти; 3 да парница не долази у делокруг суда (апсолутна надлежност); или да суд није надлежан (релативна надлежност); 4 да је надлежан избрани суд; 5 да се о истој ствари већ води парница; 6 да једна парнична страна није способна да води парницу, односно да није призват њен законски заступник или да овај није легитимизиран; 7 да тужилац није платио трошкове ранијег поступања по истој ствари;¹⁾ 8 да тужилац за парничне трошкове није дао обезбеђење (у случају кад је тужилац стран поданик, а његова држава тражи такође обезбеђење трошкова²⁾). Сем ових у § 180 побројаних приговора, који спречавају вођење парнице, други се приговори — дилаторни или перемпторни — не могу чинити. Приговор пресуђене ствари и застарелоста нису, по угарском закону, приговори који спречавају вођење парнице, пошто се тичу самога материјалнога права. (B. Gottl: Ungarische Zivilprozessordnung, стр. 143).

Али на рочишту, на коме има да се утврди има ли места вођењу парнице, има да се донесе одлука и у случају, кад парничар одустане од тужбе, кад призна потраживање, кад дође до поравнања или кад који парничар изстане од рочишта, те услед тога наступају последице које су везане за изостанак.³⁾

Ако се даље вођење парнице не одбије на основу горе изложених околности, онда суд (у поступку пред колегијалним судом⁴⁾) одређује рочиште за *мериторну расправу*, кад то тужилац захтева (§§ 181, 191).

Ради одржања мериторне расправе законик прописује мере, које ће омогућити да се расправа што брже сврши.

¹⁾ Ако тужилац одустане од тужбе, онда суд по захтеву туженога осуђује тужиоца на плаћање трошкова туженоме. Док ове трошкове не плати, тужени није дужан упуштати се у нову парницу, коју би тужилац покренуо.

²⁾ На приговоре под бр. 1, 2, 3, 5 и 6 који спречавају вођење парнице има суд и по службеној дужности да пази.

³⁾ Ако тужилац не дође на рочиште, онда суд решава на предлог туженога да се поништава позив на рочиште. Пошто се по угарском закону сматра да тужбе управо и нема, док је тужилац на рочишту усмено не изнесе, то кад он не дође на рочиште, онда има да се само позив поништи. Ако туженик дође, онда га суд осуђује на основу тужбе, у колико нађе да је она основана (§§ 439, 440.)

⁴⁾ У поступку пред *среским* судом одмах се отпочиње мериторна расправа чим се нађе да има места вођењу парнице.

Тако § 194 наређује: „Ако тужилац није писмено саопштио фактичка тврђења и своје доказе за то,¹⁾ који служе за основ тужби, он је онда дужан да то саопшти за три дана после дана када је одређена мериторна расправа у писменој представи, која ће се доставити адвокату туженога. У првој половини онога рока, који тече од дана када је одлучено да се одржи мериторна расправа па до дана одређенога рочишта за њу, адвокат туженога дужан је да достави тужиоци адвокату припремну писмену представку, у којој ће се изјаснити о саопштеним му фактичким наводима тужбе и доказима за то и уједно саопштити му своја сопствена фактичка навођења и доказе, као и евентуалне своје нове предлоге (§ 195). Међу тим парничари нису дужни у усменој расправи држати се садржине припремних писмених представака, и на њихову садржину обзире се суд само у толико, у колико је она у *усменој расправи* изнесена. Ово изношење у усменој расправи тужиоци права меродавно је за доношење судске одлуке, а не поднесена писмена тужба. Наравно, ако тужилац промени тужбу, те се тужени не могу одмах да изјасни, он може захтевати одлагање рочишта о трошку тужиоца (§ 178). Међутим тужилац не може, после упуштања туженога у парницу, дакле пре улажења у главну ствар, мењати, без пристанка туженога, тужбу (основ тужбе ни тужбени захтев.²⁾ Парничари могу у усменој расправи износити таква фактичка тврђења и доказе, које нису износили у припремним писменим представакама. Ипак парничар, који је у усменој расправи износио факта и доказе, који нису изношени у писменим представакама, одговара за трошкове, ако би се услед таког његовог поступка морала расправа одложити (§ 203). Циљу припремања за што бржу и исцрпнију мериторну расправу и концентрацији процеснога материјала служи и пропис § 204, којим се наређује: „Председник може, ако се

¹⁾ Тужилац треба још у тужби да изнесе своје чињенице, које оправдавају његово право, и доказе за то, те да се на тај начин припреми материјал за мериторну расправу (§ 129). Међу тим он може и накнадно то учинити.

²⁾ Ипак као измена тужбе не сматра се: 1. кад тужилац, не мењајући право које тужбом остварује, износи ради његовог образложења нове чињенице или изнесене исправља; 2. кад тужбени захтев у погледу главне ствари или споредних тражења повиси или ограничи; 3. када на место првобитно тражене ствари захтева другу ствар или накнаду због доцније наступеле промене (§ 188).

из припремних писмених представака покаже да је то потребно ради свршавања мериторне расправе на рочишту 1. позвати на расправу парничара по службеној дужности да лично предстане; 2. позвати на предлог једне странке сведоке, именоване у припремној писменој представи, на усмену расправу и наредити им да донесу исправе, које се тичу спора и код њих се налазе, као и такве мање предмете увиђаја, који се без трошкова могу суду донети; 3. по службеној дужности наредити парничару да донесе на усмену расправу исправе, које се код њега налазе, и такве мање предмете увиђаја, који се без трошка могу суду донети, а на које се он позивао у којој претходној писменој исправи; 4. наредити да се по службеној дужности добаве за расправу исправе, које се налазе код какве јавне власти, јавнога чиновника или бележника, као и мање предмете увиђаја, који се могу без трошкова донети суду и код њих се на чувању налазе, у колико би то било потребно према претходним писменим представкама за доказивање спорних чињеница.

Тежиште целокупне парнице лежи у *мериторној расправи*. На рочишту за то одређеном парничари имају да изнесу своје захтеве. По § 221 странке могу све до краја усмене расправе износити фактичка тврђења, изјашњавати се о противничким фактичким тврђењима, подносити доказна средства и изјашњавати се о њима. Међутим странка, која је, услед тога што је горе изложене процесне радње доцније предузела, проузроковала одлагање расправе, биће осуђена на плаћање отуда насталих трошкова баш и кад би добила парницу, само ако нађе суд да је то могла раније учинити. Шта више, ако се суд увери да је странка своје наводе одлагала у намери одуговлачења парнице, онда може и по службеној дужности одлучити да се не обзире на накнадне наводе и накнадно поднесене доказе, о којима је реч у § 221, кад би обзирање на њих изискивало одлагање расправе. Суд ће казнити новчаном казном до шест стотина круна онога, који противно свом уверењу тврди постојање неке на парницу односеће се чињенице, која је очевидно неистинита, који неку чињеницу очевидно без разлога пориче или се очевидно без разлога позива на неки доказ (§ 222). Председник је дужан старати се о томе, да странке објасне своје нејасне предлоге, фактичка навођења и изјаве, да своја недовољна фак-

тичка тврђења и доказе допуне и у опште да потребне предлоге стављају и чине изјаве. Председник је даље дужан пазити да сазна околности, на које се по службеној дужности има мотрити. Тога свега ради он може стављати странкама питања. Такође и сваки члан суда. И странке могу стављати питања по допуштењу суда (§ 225). Суд оцењује по брижљивом испитивању садржине целе расправе и доказивања последице те околности, што странка или њен заступник није одговорила на постављена питања или што није дошла по позиву да лично предстане суду (§§ 227, 270). Суд може и по службеној дужности наредити саслушање сведока (чак и оног на којег се евентуално ниједна странка није позвала) ради објашњења фактичког стања или доказа околности, које су спорне међу странкама, ако се из навођења странака, из резултата доказивања или из других података парнице види, да саслушање сведока може бити од користи за објашњење стања ствари или за доказивање чињеница.

Прикупљање процесног материјала у *апелационој инстанцији* по угарском закону оснива се на начелу да је апелациона расправа *продужење* расправе из прве инстанције. „Парница ће се поново расправљати пред апелационим судом у границама апелационог предлога и противпредлога“ (§ 498 ал. 1). За то се и допушта до свршетка расправе навођење нових чињеница и нових доказа ради убеђивања суда о праву парничара. „Странке могу пред апелационим судом износити и таква фактичка тврђења и доказе, као и у границама § 494¹⁾ остваривати таква нова права у виду напада и одбране, која се нису остваривала ни износила пред судом прве инстанције. Односно фактичких тврђења и исправа могу се изјаве, које нису намерно дате или је пропуштено дати их пред судом прве инстанције накнадно дати у апелационој расправи.“ (ал. 2 и 3 § 498). Околности које спречавају вођење парнице, а на које суд по службеној дужности није дужан пазити у сваком стадијуму парнице, могу се пред апелационим судом износити само онда, ако их је странка износила већ у погодно време пред судом прве инстанције

¹⁾ § 494 наредује: „У апелационом предлогу или противпредлогу не може се тужба изменити ни са пристанком противника. У апелационом поступку не може се подићи нова тужба, подразумевајући ту и противтужбу“.

Околности, које спречавају вођење парнице, на које је суд прве инстанције по службеној дужности имао пазити у сваком стадијуму парнице, узеће у обзир и апелациони суд по службеној дужности и то и онда, ако је о томе донесено решење првога суда извршно. (§ 499). Апелациони суд може наредити да се доказивање, извршено пред првостепеним судом, попуни или понови, рачунајући ту и саслушање странака под заклетвом. (§ 501.) Међу тим апелациони суд може преиначити првостепену пресуду само у толико у колико то странке захтевају. У границама апелационога предлога и противпредлога апелациони суд одлучује и о оним питањима, о којима пред првостепеним судом није расправљано или није одлучено (§ 503).

Ревизиони поступак бива на основу ревизионог предлога противу пресуда апелационих судова. Он мора написмено садржавати: означање пресуде, против које се подиже, извршен предлог с изјавом да ли странка напада целу или један и који део пресуде, изјаву са којих разлога то бива, потпис адвоката (§ 527). Ревизиони суд испитује пресуду апелационог суда на основу чињеница изнесених у пресуди. Побивање чињеница изнесених у апелационој пресуди апелационог суда може само онда узети у обзир, ако је странка то изречно учинила у ревизионом предлогу или противна странка у одговору на ревизиони предлог који је потписао адвокат. Против чињеница изнесених у пресуди могу се као доказ употребити само протокол расправе и његови прилози (§ 534). Чињенице и докази који нису изнесени пред првостепени или апелациони суд могу се изнети у ревизионом поступку само у толико, у колико је у питању утврђивање околности, на које се по § 540 има пазити по службеној дужности или у колико је у питању утврђивање околности да ли је апелациони суд неки пропис, који се тиче поступка, нетачно применио или није на њ пазио. Таква фактичка твђења и докази морају се остваривати у ревизионом предлогу, односно у одговору на ревизиони предлог. У усменој расправи може се тако изношење само онда учинити, ако странка вероватним учини да га у писменој представи својој, без своје кривице, није могла остваривати (§ 535). По § 540, који је горе споменут као меродаван за изношење нових чињеница и доказа од стране парничара, ревизиони суд по службеној дужности пазиће

на то, да ли се тужбено потраживање може у опште путем грађанске парнице остваривати или да није за њ нарочити поступак прописан. За тим, да не мора грађанској парници претходити поступак друге неке власти (§ 180 тач. 1 и 2). Даље ревизиони суд има по службеној дужности да пази на то да је ревизија искључена противу пресуде апелационог суда, кад се ревизијом истиче то што парница долази у надлежност среског суда или што парница с обзиром на вредност спора долази у надлежност колегијалног суда (јер по § 522 због тих разлога нема места ревизији); такође по службеној дужности ревизиони суд има да пази и на то да којој странци није недостојала парнична способност односно да ли је њен законски заступник позван на суђење, да није за коју странку деловало лице без пуномоћства; да није која странка свога противника позвала на парничење наводећи да је место пребивања овога непознато, и ако јој је ово познато било или наследнике позвала као непознате и ако су јој познати. По службеној дужности ревизиони суд има да пази да ли је апелациони суд био правилно састављен, да није у доношењу пресуде, која се напада, учествовао законом искључени судија или од странке изузети судије, да нису странке писале своје изјаве у протокол или диктирале.

О поступку по правном средству жалбе и ревизије по српском и аустријском грађ. суд. поступку.

Наш законик о поступку судском у грађ. парницама од 1865 године назива *жалбом* оно правно средство, које парничару стоји на расположењу да пред вишим судом напада решење и пресуду нижега суда у циљу поништаја. Жалба се изјављује *првостепеном суду на решења и пресуде општинскога суда* (в. §§ 15, 17 а, 17 б 18, 19, 20, 20 а, 20 б, 21), а *Касационом Суду против пресуде апелационог суда, против пресуда и решења првостепенога суда* (§ 329). Жалба је дакле по нашем законнику правно средство и против пресуда и против решења нижега суда.

Аустријски законик о поступку судском у грађан. парницама од 1895 године разликује, поред правног средства апелате (незадовољства, призива, *Berufung*,) још и правно средство жалбе (рекурс) и ревизије. Ревизија је правно средство против пресуда апелационих судова (§ 502), жалба (рекурс, уток) је правно средство које се улаже код виших судова против решења нижих судова (§ 514). Противу пресуда судских жалба се изјављује онда, кад се напада само она одлука у пресуди, која се тиче парничких трошкова, без нападања одлуке по главној ствари (§ 55).

По нашем законнику жалба на пресуду првостепеног или апелац. суда може се изјавити писмено или усмено првостепеном суду, који је пресуду изрекао (§§ 311, 323), а ревизија се улаже предајом ревизионога писмена парничном суду првога степена (§ 505) са потписом адвоката.

По нашем закону парничар може просто изјавити у жалби да се жали на пресуду нижега суда, без навођења разлога за што се жали и у чему жели измену пресуде, и Касац. Суд би ипак по § 325 поништио пресуду нижега суда кад би нашао да је суд на штету жалитеља пропустио што учинити по формалним или материјалним законима или да је што против тих прописа учинио. По аустријском ревизионо писмено мора изречно садржавати одређену изјаву у колико се пресуда побија, исто тако одређено, кратко означавање разлога побијању и изјаву да ли се предлаже укидање или преиначење пресуде (§ 506). За разлику од нашег законика који не прописује да се у жалби мора означити са којих се разлога жалбом напада пресуда нижега суда, аустријски законик наређује да се ревизија може тражити са једнога од следећих разлога: 1. што је пресуда апелационога суда ништава због неког недостатка означених у § 477¹⁾, 2. што у апелационом поступку има недостатка, који је, не проузрокујући ништавост, био у стању спречити да се спорна ствар потпуно претресе и темељно оцени, 3. што се пресуда апелационога суда у којој битној тачци оснива на чињеничној претпоставци, која стоји

¹⁾ Овај § 477 прописује када ће апелациони суд укинути пресуду првостепеног суда као ништавну с разлога у главном формалне природе (кад је пресудио суд непрописно састављен, ненадлежни суд, оскудица заступника, повреда начела обостраног саслушања, јавности, усмености, недопуштеност правнога пута за пресуђено тражење, немарљиво или противречно састављена пресуда).

у противречности са парничним актима првога или другог степена; 4. што се пресуда апелационога суда оснива на погрешној правној оцени ствари (§ 503). Међу тим и по нашем законнику са свију ових разлога може се жалбом тражити поништај пресуде нижега суда, и у случају да су они доказани Касац. Суд поништио би пресуду на основу § 325, пошто би тада постојала повреда материјалног или формалног закона.

Карактеристично је за аустријски законик, у супротности према нашем, да се препис ревизионога писмена доставља противној парничној страни. Ова може у року од 14 дана по пријему писмено послати свој одговор парничном суду првога степена. Овај се одговор опет доставља молитељу ревизије (§ 507). На сваки начин да и по нашем законнику парничар има право сам прегледати и преписати жалбу (§ 148), а не би било противно законским наређењима, када би парничар послао свој одговор на изјављену жалбу, наравно без права на навођење нових чињеница и подношења нових доказа (§ 323a). Сваки парничар има (у границама § 322) право жалбе на пресуду нижег суда и по нашем законнику. И онај парничар који је задовољан пресудом нижега суда, те не би имао разлога да се жали, има правног интереса, да ту пресуду оснажи Касациони Суд. И како је Касац. Суд позван да мотри на то да пресудом нижег суда није повређен који материјални или формални законски пропис, то противник жалитеља, одговарајући на поднесену жалбу, чинио би само употребу од свога права на жалбу, које би у виду одговора на жалбу вршио. Кад би тај одговор био благовремено поднесен, дакле у року од 15 дана од дана примљене пресуде од стране парничара, који одговор на жалбу шаље, онда би Касац. Суд био дужан да и његов одговор узме у обзир при решавању предмета. У колико парничари, не наводећи нове чињенице и не подносећи нове доказе, боље објасне спорну ствар, у толико је лакше Касац. Суду одлучити о ствари. За то је одговор на жалбу, под горе изложеним условима, могућан и по нашем законнику, и ако нема у њему изречна прописа о томе.

Пошто буде предат ревизијски одговор или безуспешно протече рок за то одређен, сва се акта шаљу ревизијском суду. Овај одлучује о ревизији не одређујући рочиште за усмену расправу (§ 509), дакле исти поступак као и по нашем

законику за жалбу. Ипак аустријски законик допушта ревизијском суду да може одредити и усмену расправу, по предлогу парничара или, по службеној дужности, ако нађе да је то потребно ради одлуке о уложеној ревизији. По нашем законнику Касац. Суд никад не одређује рочиште за расправу, и то му је једна мана, коју би требало уклонити новим закоником и увести онако, као што аустријски законик прописује. Ревизијски суд редовно сам треба да одлучи у дотичној ствари (§ 510). Ипак укидном пресудом ревизијског суда предмет се враћа апелационом суду 1. ако је пресуда апелационог суда ништава зато, што је парничару незаконито било спречено да узме учешћа у апелационој расправи, или што га у њој није заступао његов заступник; 2. што у апелационом поступку има недостатака такве природе да су исцрпно истражење и темељна оцена спорне ствари услед тога трпели, те је потребна нова расправа ради свршавања ствари. Ревизијски суд може својом укидном пресудом вратити предмет и суду првога степена; то бива онда, кад ревизијски суд нађе да пресуду и поступак треба поништити због разлога за ништавост, који је постојао још код првостепене пресуде и поступка, а на шта се по службеној дужности имало пазити. Наш законик не допушта Касац. Суду доношење пресуда; одлуке нижега суда, закону саобразне, Касац. Суд оснажује својим *решењем* (§§ 325, 328), поништај судских одлука врши својим *примедбама* (§§ 325, 330, 333).

Као што смо рекли *рекурс* је по аустриском законнику правно средство против решења судских. Рекурс се може подићи: а) против решења суда првога степена; б) против решења апелационог суда у апелационом поступку; в) против одлуке друге инстанције о рекурсу против решења прве инстанције.

Против решења прве инстанције допуштен је рекурс, ако закон то не забрањује или га не одлаже. Постоји читав низ судских решења, против којих се не може одмах изјавити рекурс него се мора чекати на прву судску одлуку, против које се може употребити правно средство, па се том приликом парничар може жалити и против дотичног решења (§ 515). Такав је систем у многим случајевима и по нашем законнику (в. на пр. §§ 108—133).

Против решења апелационог суда у апелационом поступку рекурс је допуштен само ако је незадовољство решењем одбијено;¹⁾ 2, ако апелациони суд решењем прогласи пресуду првога суда за ништаву; 3, ако ствар буде решењем упућена суду првога степена или коме другом апелационом суду ради одлуке или ради расправе и одлуке, и ако у исто доба у решењу апелационог суда буде изречено, да се апелациони поступак има преузети или наставити тек пошто ступи на правну снагу то решење.



Напомена. Од расправа и чланака у овој збирци *Поновљење парнице* штампано је раније у „Архиву за правне и друштвене науке“ књ. XVI а *Крашко суђење по писменим исправама* у „Полицијском Гласнику“ за 1912. год. Остали чланци и расправе сада се први пут публикују. Позивања на аустријски грађански законик у овим саставима односе се на текст аустријског грађанског законика пре у њима учињених измена познатим трима новелама за време светскога рата. То исто вреди и за аустријски грађански судски поступак Д. А.

¹⁾ А по §§ 471 и 473 апелациони суд без претходне усмене расправе одлучује о незадовољству решењем: 1. Ако апелациони суд није надлежан да одлучује о изјављеном незадовољству; 2. Ако незадовољство по закону није допуштено, или није изјављено у законитом року; 3. Ако у писменом незадовољству није означена пресуда против које се изјављује незадовољство; ако у њему нема никаквог или нема одређеног предлога незадовољства или ако разлози незадовољства нису ни изречно ни јасним упућивањем појединце наведени; 4. Ако се незадовољство против пресуде, која је изречена због изостанка које странке, оснива на томе да изостанка није било. 5. Ако се пресуда или поступак пре изрицања пресуде побија као ништан; 6; ако се побија одлука, која је унет у пресуду, о приговору ненадлежности или о току спора или о правној снази; 7. Ако судија, коме је поверено да прегледа акта незадовољства, мсли да у пресуди или поступку, који јој је претходио, има разлога за ништавост, коју незадовољник није истакао.

САДРЖАЈ:

	страна
1. Да ли је брат дужан издржавати брата односно сестру	3
2. Објашњење §§ 113 и 114 грађанског Законика	7
3. Објашњење § 128 грађанског Законика	10
4. Неколико речи о обећању које се јавним огласом чини	13
5. О остави или аманету	22
6. Несавесно парничење	53
7. О судском поравнању	58
8. Приговор неиспуњенога уговора	67
9. Неколико речи о противтужби	74
10. Поновљење парнице	78
11. Кратко суђење по писменим исправама	94
12. Принципи аустријског грађанског судског поступка	105
13. Прикупљавање и распоред процеснога материјала по аустријском грађанском судском поступку	125
14. Прикупљање и распоред процеснога материјала по угарском грађанском судском поступку	132
15. О поступку по правном средству жалбе и ревизије по српском и аустријском грађанском судском поступку	139
16. Напомена	143