

347.91/95

д-р ЈОВАН САВКОВИЋ
судија Касационог суда у Новом Саду

Реформа прописа грађанског парничног поступка о пресуди услед изостанка и пропуштања

БЕОГРАД
1937

4093

И - 24

Уведено у нови инвентар бр. ~~557~~

1 јануара 1942 год.

Београд

Д-р ЈОВАН САВКОВИЋ

судија Касационог суда у Новом Саду

Реформа прописа грађанског парничног поступка о пресуди услед изостанка и пропуштања

(Оштампано из Споменице осмог конгреса
правника Краљевине Југославије у Новом Саду).



32690

БЕОГРАД

1937



РЕФОРМА ПРОПИСА ГРАЂАНСКОГ ПАРН. ПОСТУПКА О ПРЕСУДИ УСЛЕД ИЗОСТАНКА И ПРОПУШТАЊА

Увод. — Историски преглед развитка установе пресуде због изостанка и пропуштања. — Како је она узакоњена у савременим законодавствима европских држава и у нашем Грађ. парн. поступку? — Правно-политичко оправдање пресуде због изостанка и пропуштања. — Каква се средства пружају у законодавствима за уклањање последица пропуштања? — Повраћај у пређашње стање у нашем Грађ. парн. поступку. — Објективна теорија д-ра Рудолфа Полака и субјективна теорија д-ра Јована Шперла о повраћају у пређашње стање. — Пракса аустриских судова у питању предуслова за повраћај у пређашње стање. — Закључци.

1

Међу установе нашега Грађ. парн. поступка које су од његова ступања на снагу најчешће и, ваљда, најжешће критиковане и чије критиковање не престаје још ни данас, може се свакако убројити и пресуда због изостанка и пропуштања. Постоје мишљења да би ту установу из система нашега Грађ. парн. поступка требало сасвим уклонити, јер има и данас законодавстава и у Европи и ван Европе, који њу у својим Грађ. поступцима не познају, па ипак зато одлично функционишу. А ако је, ваљда, и не би требало сасвим укинути, да би свакако требало ублажити и сувише тешке последице које она собом доноси. То би ублажавање требало, тврди се, извршити, пре свега, на тај начин, што би се у наш процесни систем увела установа противљења (опозиције, приговора), коју познају нека законодавства, којом се изосталој странци даје могућност да може, без обзира да ли се изостанак или пропуст десио њеном кривицом, пресуду због изостанка порушити и приморати суд да спроведе контрадикторну расправу спора. Ако се, пак, у нашем процесном систему и не би усвојила установа противљења, да би онда изосталој странци требало омогућити да повраћајем у пређашње стање може издејствовати стављање ван снаге пресуде под много блажијим и повољнијим условима, него што их за повраћај поставља наш Грађ. парн. поступак. Са стране противника те установе се указује још, нарочито, на то, да се тако строгим условима за повраћај онемогућује да се пресуда због изостанка стави ван снаге

и у случајевима, где је очевидно да неука странка, са каквом се у нашим приликама мора, пре свега, рачунати, није на рочиште приступила само зато, што због своје неукости и неписмености није била начисто са значајем судског позива и са тешким последицама које пропуст рочишта за собом повлачи. А ако је с тим и била начисто, да се, у много случајева, пресуда због изостанка доноси само зато, што је неука странка, иако је имала озбиљну намеру да на рочиште приступи, пропустила га опет само зато, што је, можда, само неколико тренутака после изречене пресуде сазнала, којем је суду требала приступити и у којој је расправној дворани рочиште било заказано и томе сл. У сваком случају, било да се таква мишљења критичара установе пресуде због изостанка и пропуштања усвоје или не усвоје, већ њено постојање у систему нашег Грађ. парн. поступка питање је толико крупно, и по својим последицама за учеснике у грађ. парници, у много случајева, судбоносно, да заслужује да му се и са стране Конгреса правника поклони пуна пажња. Због тога је потребно да и Конгрес правника испита да ли су приговори који се установи пресуде због изостанка и пропуштања чине одиста оправдани, и, уколико нађе да јесу, да и Конгрес правника помогне, да се та установа из система нашег Грађ. парн. поступка, ако не сасвим уклони, као што неки хоће, а оно свакако саобрази приликама наше средине и нашег живота.

Установа пресуде због изостанка и пропуштања у Грађ. парн. поступку врло је давнашњег порекла. Она се налази још у најстаријим облицима римског Грађ. парн. поступка, те је кроз све фазе, кроз које је у своме развоју пролазила, у самоме римском праву, све до Јустинијанове кодификације, у партикуларним, обичајним правима многобројних немачких племена и земаља, у старом и средњовековном француском, енглеском и италијанском, затим у канонском праву, добијала најразличитије, а, понекада, и најчудноватије облике. У процесно-правној науци, она је нарочито разрађивана почев од средине осамнаестог века, у делима италијанских легиста и канониста, међу којима се нарочито истиче *Durantis* са својим: *Speculum juris*. У Немачкој, научна разрада питања о контумацији у Грађ. парн. поступку почиње нарочито почетком осамнаестог века, многобројним дисертацијама на латинском језику, и она се од тога времена, које у Немачкој које у Аустрији, наставља, без прекида, све до наших дана. У Аустрији, нарочито, деведесетих година прошлог века, у вези са кодификацијом аустриског Грађ. поступка, добило је питање контумације поново своју актуелност и изазвало живо интересовање и расправљање широког круга тадашњих и аустриских и немачких правника. Такорећи сва питања која се код нас данас постављају у вези са пресудом због изостанка и пропуштања: њено правно- политичко-оправдање; питање да ли против пресуде због изостанка треба допустити противљење (опозицију, приговор) или повраћај у пређашње стање; да ли је повраћај у пређашње стање у аустриском Грађ. поступку регулисан срећно или није, расправљана су у Аустрији тих година врло живо. За Пројекат

аустриског Грађ. поступка показују живо интересовање и правници из Немачке. Они одлазе у Беч и тамо одржавају о зак. Предлогу предавања, додирујући, том приликом, и установу пресуде због изостанка и пропуштања. Тако је у оно време познати немачки процесуалиста Адолф Вах, у току јануара 1895, одржао у бечком Удружењу правника низ предавања о усмености, у којима се дотакао и питања контумације, како је она била пројектована у аустриској зак. Основи, пропагирајући том приликом, као и иначе, систем контумације и уклањања последица пропуштања како је он регулисан у Грађ. парн. поступку за немачки Рајх. О пресуди због изостанка и пропуштања, и о пропуштању у Грађ. парн. поступку уопште, никла је у Аустрији деведесетих година прошлога века читава процесно-правна литература, међу којом се нарочито истичу радови два позната и још онда истакнута аустриска процесуалиста: д-ра Рудолфа Полака и д-ра Јована Шперла. У њима су скоро о свима питањима која стоје у вези са установом пресуде због изостанка и пропуштања дати исцрпни и критички извештаји, тако да се данас, нарочито код нас у Југославији, где је та установа аустриског Грађ. поступка такорећи без измене примљена, не може о њој писати нити говорити без конзултовања радова та два аустриска правника. Због тога ћемо и ми, реферишући о установи пресуде због изостанка и пропуштања у нашем Грађ. парн. поступку и о питањима која са њом стоје у вези, имати обзира нарочито на радове и мишљења та два аустриска процесуелиста.¹⁾

2

Пре него што би смо, међутим, прешли на сама излагања о установи пресуде због изостанка и пропуштања како је она регулисана у нашем Грађ. парн. поступку, потребно је дати један, ма и летимичан, историски преглед најважнијих фаза кроз које је та установа Грађ. парн. поступка у своме развитуку пролазила. Тај историски преглед развитака установе контумације и њен упоредни приказ у неколико најкарактеристичнијих Грађ. парн. поступака западно-европских земаља, помоћиће да се и о њеном начину узакоњења у систему нашега Грађ. парн. поступка добије правилније и одређеније мишљење.

Основна мисао најстаријих облика Грађ. парн. поступка била је да противника треба принудити да се по сваку цену мора упустити у расправљање у парници. Странка која није хтела да се у парницу упусти и да расправља, починила је не правни пропуст, него је пропустила једну дужност, те је странка која ту непокор-

¹⁾ B. Dr. Rudolf Pollak: Versäumnisfolgen im Zivilprozesse. Juristische Vierteljahresschrift. Bd. XXI, Heft III, Wien, 1909. — Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Allg. österr. Gerichtszeitung за 1898, 6p. 44, 45, 46. — Dr. Hans Sperl: Die Urtheile in Versäumnisfällen nach österr. Zivilprozeßrechte. Wien, 1898. — Systematischer Grundriß der Rechtsquellen, Literatur und Praxis des österr. Zivilprozeß und Exekutionsrechtes. Wien, 1903. — Dr. Franz Klein: Die schuldhaftte Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Zivilprozeßrechte. Wien, 1885.



ност није учинила, била у праву да у својој ствари тражи пресуду. Она пресуду није, међутим, могла издејствовати све дотле, докле год се противник није хтео да у расправљање спора упусти. Да би тужилац могао доћи до пресуде, морао је туженик бити приморан да се у расправљање упусти, што се постижавало казним мерама због изостанка. Но поред таквога поступка, чија су средства била обично врло груба, развио се и један други, којим је упуштање у парницу требало да се учини сувишним, систем такозване фингиране негативне литис контестације неких немачких партикуларних права, у којем је изостала странка узимана као да се на суду појавила, но да је тамо тужбу и њене наводе порекла. Тако је тужилац и при изостанку туженикову могао издејствовати пресуду, ако је успео да своје тужбене наводе докаже. Но тужилац је тим начином примораван да води доказ и у оним случајевима, у којима је било очевидно да туженик, да је своју одбрану могао дати с успехом, не би са расправе никако остао. Тако је у саксонском партикуларном праву, почетком осамнаестог века (1724 год.), био узаконен пропис тзв. афирмативне литис контестације, по којој се претпоставља да је туженик, који се пред судом на позив није јавио, чињеничне наводе тужбе признао т. ј. да његов пропуст има дејство које би имало и његово признање.¹⁾

У најстаријем римском Поступку морао је тужилац, такође, осигуравати себи сарадњу противне странке, позивајући ју да са њиме приступи суду (*in ius vocatio*). Ако туженик није хтео поћи у суд драговољно, морао се тужилац постарати за то да га нађе на улици и, позивајући околину за сведоке, да га, ако се овај противи да пође суду, суду силом приведе. Ако је та *manus injectio* недозвољена или немогућа — против лица која врше јавну службу, или која се крију код својих кућа — морао је тужилац чекати да та сметња буде отклоњена, јер без пристанка туженикова парница није могла бити основана. И у Поступку по формулама је присуство обе странке било потребно и до литис контестације није могло доћи без присуства туженикова. Код личних тужби, у почетку се посредним путем чинио на странку притисак да у спору суделује, те је претор давао казнену тужбу (*actio in factum*) да туженик који суду не приступи (*in ius vocatus neque venerit, neque vindicem dederit*) плати глобу. Веровнику *indefensus*-а, са којим парница није могла бити основана, давао је претор увођење у целокупан његов имовни посед (*missio in bona*).

О поступку на основу пропуштања у техничком смислу може, међутим, бити у римском праву говора тек од онога времена, од како присуство обеју странака за оснивање парнице није било више неопходно потребно. Контумациони поступак има свој почетак у службеном поступку, у коме чиновник, од почетка доба царева, решава неке предмете без постављања

¹⁾ Pollak: System des österr. Zivilproceßrechtes. Wien, 494.

поротника. Уместо посредног притиска који се врши на противника да у спору учествује, ствара се пракса да он може бити осуђен и у отсуству. И, како у позиву у суд учествује и магистрат, непокораване позиву за претстајање суду сматра се неуважавањем власти, а не само тужиоца, чиме је самопомоћ ранијег система сама собом постала сувишном. Римски је процес пролазио после тога још кроз више фаза развитка, док није, напоследку, у Јустинијановој кодификацији коначно преовладао мисао, да се у контумационом поступку не ради само о томе да се помогне странци која тражи право, него да се при неодржавању судском позиву ради и о непокоравану државној власти. *Missio in possessionem* не бива, међутим, у Јустинијановом праву више у цео иметак дужников, него делимично, *secundum mensuram declarati debiti*. У року од једне године је упућивање у посед било само привремено, јер ако туженик у року од једне године дође и да кауцију *suscipiendae litis*, добива туженик посед својих ствари поново, као и право да учествује у парници. По *Lex properandum*, постојао је нарочити поступак после литис контестације, који је први пут у Јустинијановом праву назван *eremodicium*-ом, па је доцније тим изразом називан не само поступак после литис контестације, него сваки поступак који је спровођен једнострано, само са странком која је суду претстала. Поступак због изостанка налази се, сем у римском праву, у многобројним партикуларним правима старонемачких племена: у *Lex Salica*, *Lex Ribuaria*, у баварском обичајном праву, у *Lex Visigotorum*, у *Capitularia*-ма франачких краљева итд.; у Грађ. поступцима италијанских варошких и обичајних права, тзв. италијанском територијалном и у канонском праву. Он се налази у средњовековном немачком обичајном праву, чије варијације због раздробљености немачкога права тога времена иду у хиљаде, у немачком праву новијег времена, где је (у Саксонској, 1724) установа тзв. фингиране позитивне литис контестације добила и формално узаконење. Она се налази, напоследку, и у старијем француском праву, женевском Поступку из год. 1819, који је, заједно са француском Грађ. процедуром из год. 1806, извршио одлучан утицај на кодификацију Грађ. парн. поступка више немачких земаља.

3

Од данашњих европских држава контумациони систем имају, делом потпун, а делом ублажен: Француска, Енглеска, Немачка, Шведска, где је Законом од 24 јулија 1924 године уведен строги контумациони систем код новчаних потраживања која немају карактер оштете. Уколико су и основа и време постанка потраживања у позиву или обрачуну потпуно исказани, може туженик, иако против њега није дат никакав доказ, бити на плаћање осуђен, уколико захтев не би био очевидно неоснован; Низо-земска, где се према обновљеном Грађ. парн. поступку од 16 септ. 1896, у случају изостанка туженикова, тужбене чињенице имају сматрати признатима; туженик против пресуде због изо-

станка има право противљења (опозиције); Данска где је Закон о Грађ. парн. поступку од 11 априла 1916 усвојио контумациони систем аустр. Грађ. поступка; Швајцарска, где од појединих кантона неки имају блажији, а неки строжији контумациони систем; Грчка, у Грађ. поступку од 21 априла 1834, рађеном под утицајем француског Поступка; Румунија, у Грађ. поступку од 11 септ. 1865; Италија, са поштреним француским контумационим системом; Шпанија, у Грађ. поступку од 3 фебр. 1881, са сасвим ублаженим контумационим системом; Бугарска, где се Грађ. поступак од 1 јулија 1922 год. прикључује контумационом систему немачког Грађ. поступка, као и јапански Грађ. поступак од 21 апр. 1890. Контумациони систем познавао је на нашим правним подручјима Српски законик о поступку судском у Грађ. парницама од 20 фебр. 1865, према чијем §-у 171: Ако која парнична странка на рочиште не дође, суд ће ону која је дошла и дошавше сведоке преслушати и пресуду изрећи. У смислу чл. 74 Закона о судском поступку у грађ. парницама за бившу Књажевину Црну Гору од 1 новембра 1905 год.: „Ако тужени не дође на рочиште, узеће се да су истините све оне чињенице које је тужитељ у тужби навео, ако не би оповргнуте биле самим доказима поднесеним суду, те ће суд на предлог тужитеља нарочитом пресудом његово тражење уважити на основу закона. Ако, пак, тужитељ не дође, а тужени се упустио у исправљање, имаће се веровати оно што је навео о чињеницама, ако то није оповргнуто поднесеним већ доказима. Уколико се може уважити очитовање присутне парничне странке које стоји у противречју с њеним пређашњим казивањем прибележеним у записнику, то ће ријешити суд, уваживши све околности по својој увиђавности“. — У смислу чл. 161: Странка може тражити поврат у пређашње стање ако докаже да је рочиште пропустила без своје кривице. — У смислу, пак, чл. 178 т. 6, пресуда се има услед незадовољства огласити ништавом: „Ако је издата контумацијална (у осутству) пресуда, премда се странка није оглушила судском позиву“ — Пресуду због пропуштања познавао је и Поступак који је био на снази на правном подручју Апелационога суда у Новом Соду (зак. чл. I из год. 1911). У см. његовога §-а 340: Ако рочиште за прихват парнице пропусти туженик, он ће, на молбу тужиоца, према захтеву тужбе бити осуђен. — У смислу §-а 439: Ако рочиште за прихват парнице пропусти тужилац, има се на молбу туженика позив у суд решењем разрешити и тужилац осудити да плати трошкове, уколико у том погледу још није донесена правоснажна одлука. — У том случају тужилац због пропуштања рочишта не може тражити повраћај у пређашње стање, али дејства подношења тужбе и покретања парнице остају на снази, ако тужилац, рачунајући од дана када је рочиште пропуштено, за петнаест дана, моли да се позив у суд понови. — У см. §-а 460: туженик против пресуде због изостанка може код парничног суда предати противљење, у року од 25 дана од уручења пресуде, али се противљење може предати већ после објављене пресуде. — У см. §-а 462: Противљење не мора бити образложено, него се противљењем има

сматрати ма под којим називом предат поднесак којим се пресуда напада. — Контумациони поступак познавали су и Грађ. поступци који су били на снази на правном подручју Апелационог суда у Загребу и Врховног суда у Сарајеву.

У Француској Грађ. процедури постоје две врсте пропуста са стране тужника: 1) ако туженик пропусти да постави адвоката (*défaut faute de comparaître, faute de constituer avoué, défaut contre partie*); странка, међутим, може поставити адвоката све до завршетка седнице (*rabattre de défaut*). 2) Ако адвокат кога је туженик поставио не приступи суду на рочиште заказано за расправу (*défaut de conclure, de plaider, défaut contre avoué*). У погледу тужиоца не може у француском Поступку настати *défaut faute de comparaître*, јер адвокат мора под претњом ништавости бити већ у тужби означен и његов пропуст може, према томе, бити само *défaut faute de conclure*: ако се адвокат држи пасивно. Француски контумациони поступак се састоји у томе да се предмет прво прозове (*l'appel de la cause*), затим на предлог странке која је дошла (*prendre défaut*) суд изриче да пропуст постоји (*donner défaut*). Суд може рочиште одгодити по службеној дужности, ако му се чини да је позив био неправилан, иначе суд доноси одлуку у смислу захтева дошавше странке, ако он одговара постојећим прописима (*juste*) и ако суд нађе да је: *bien vérifiée*. Но суд може, уместо да одмах донесе пресуду, тражити да му се предложе доказне исправе и пресуду донети тек у идућој седници (*audience*). У пракси, судови обично не спроводе потпун доказ о тврдњама дошавше странке, него сматрају изостанак признањем. — Нарочиту врсту пропуста чини у француском Поступку пропуст у *interrogatoire sur faits et articles*. Странка може противнику преко суда поставити питања. Ако странка која има да одговара на позив не дође, или неће да одговара, чињенице на које се имао дати одговор важе за истините (*averées, art. 330*), јер се сматра да је одговорати на постављена питања дужност странака. После првога рочишта, на којем се има прочитати образложени предлог (*conclusions*), спор постаје контрадикторан, те ако адвокат на идуће рочиште и не приступи, суд није више властан да доноси пресуду због изостанка. У пракси предлог (*conclusions*) изостале странке прочита, понекад, на захтев суда и дошавша странка, али судови већином узимају писмене поднеске противне странке у обзир при доношењу одлуке и ако се они не прочитају. — Изостала странка може пресуду због изостанка, без обзира да ли је због пропуста терети кривица или не, напасти опозицијом (*opposition*), у случају *faute de comparaître* све до извршења пресуде. Извршивост пресуде се, међутим, у том случају гаси већ после протекла рока од 6 месеци. Опозиција се не мора предати по адвокату, него се може изјавити и ван суда, на пр. органу за извршење, али се мора у року од 8 дана уз именовање адвоката поновити (*art. 162*). У случају пропуста *défaut faute de conclure*, рок за улагање опозиције је 8 дана од уручења пресуде. Ако је опозиција пресудом одбачена, та се пресуда не може више нападати опозицијом (*opposition sur*

opposition ne vaut). Призив против пресуде због изостанка није дозвољен све до протеча рока за предају опозиције (art. 455). Призивни рок, пак, од два месеца против пресуде због изостанка почиње са даном када опозиција није више допуштена (art. 433). — Француска Грађ. процедура је завојевањима Наполеоновим постала у појединим областима Немачке позитивно право, а на левој обали Рајне она је остала на снази све до ступања на снагу немачког Грађ. парн. поступка из 1877 године.

Контумација у енглеском Грађ. парн. поступку показује извесне особености, које не налазимо у Поступцима континенталних земаља. Редован поступак се отвара достављањем (service) позива (writ of summons) туженом. Тужени се позива да најдаље у року од 8 дана од уручења позива да у судски записник изјаву да се у парницу упушта. Позив садржи на полеђини тужбени захтев (general indorsement) где су наведени тачно и чињенични наводи тужбе (special indorsement) те је, на тај начин, подношење формалне писмене тужбе непотребно. Ако је упуштање туженика у парницу (appearance) изостало, спор тече даље без туженога (undefended case), који решава, већим делом, Master in Chambers. Тужилац, који уручење позива чини вероватним изјавом под заклетвом (affidavit), може код тужби које гласе на новчано потраживање, код поседовних тужби на некретнине, тужби ради отказа, полагања рачуна итд., тражити, без даљих формалности, коначну пресуду (judgment in default of appearance, final judgment). Код тужби којима се тражи отштета, код тужби ради повраћаја покретних ствари, доноси се прво међупресуда (interlocutory judgment) која гласи, додуше, у корист тужиоца, но којом се не установљава нити висина отштете, нити вредност предмета чији се посед тражи, него се оне, и једна и друга, установљавају путем jury-ја и стручњака, после чега може тужилац тражити коначну пресуду. Изузев те случајеве, спор се, ако туженик изостане, спроводи једнострано са тужиоцем, као кад би се туженик у парницу упустио. То се омогућује тиме што тужилац, уместо туженика, преузима формално упуштање у парницу, што важи ако се на пр. тужбом тражи управљање каквим иметком. Та иста права има тужилац и онда ако је туженик дао, додуше, memorandum of appearance, али у поступку in Chambers није одговор на тужбу дао благовремено (default of pleading). И у том случају се узима да се туженик у парницу упустио, те се о тужбеном захтеву доноси коначна пресуда, или само међупресуда (interlocutory judgment), ако је суд нашао да је само основ тужбеног захтева оправдан. Ако даљи припремни списи нису подношени, писмени поступак се има сматрати завршеним, а чињенице, које је странка тврдила у писменом поднеску који је остао без одговора, имају се сматрати оспоренима. — Сасвим друге последице се везују за изостанак туженика са усмене расправе која је истакнута поводом тужитељева тражења (default of appearance at the trial): у том случају има тужилац да своје тврдње докаже, уколико доказивање њега терети. — Ако туженик не одговори на писмена питања (interrogatories), која је тужилац поднео да би

туженик на њих под заклетвом одговорио, са тужеником се има поступити као да је од почетка био у пропусту. Ако је тужилац пропустио да поднесе Statement of Claim (default of pleading), може туженик тражити да се тужба одбије (dismissal). Пошто се туженик упустио у парницу, он може тражити истицање рочишта (trial) ако то тужилац не тражи, у року од 7 недеља, па ако тужилац на то рочиште не приступи, може туженик тражити одбијање тужбе; исто тако ако тужилац не одговори на питања која му је туженик поставио. — Пресуда због изостанка може се ставити ван снаге повраћајем у пређашње стање (restitution), ако за то постоје оправдани разлози, било да су повређени правни прописи, било да странка која је учинила пропуст овај оправда.

У Италији постоји поштрен контумациони систем француске Грађ. процедуре. Туженик има у редовном поступку пред окружним судом преко именованог адвоката депоновати пуномоћ у судској канцеларији и означити његов стан који је за спор ме-родаван (art. 159). Ако то не учини, може тужилац у року од 60 дана од пропуштенога рока ставити предлог да се туженик огласи контумацираним, или ако позив није примио на своје руке да се он понови (citazione rinovata), под претњом да ће спор бити спроведен у отсуству туженикову (art. 382). Ако позив буде поновљен, туженик није властан да против пресуде због изостанка улаже противљење (art. 474). Пропустом се сматра само mancata comparizione nel giudizio, а не, као у француском Поступку, и mancanza di conclusioni del procuratore, или као у немачком, пропуштање које доцније расправе. Ако странка изостане у току расправе: la causa è giudicata sugli atti dell' altra, суд доноси пресуду због изостанка (sentenza, giudizio contumaciale) по предлогу дошавше странке. И код потпуне контумације (completa inattività all' udienza) има судија испитивати да ли су чињенични наводи тужитељеви основани, јер изостанак туженика не чини доказ сувишним. — Ако противна странка не приступи, међутим, да одговори на постављена питања (interrogatorio delle parti) вреде чињенице у погледу којих су питања постављена као признате. — Ако изостала странка изостанак оправда, допушта јој се повратак у пређашње стање (art. 218). До објаве, међутим, пресуде због изостанка може туженик и накнадно претстати суду и ући у спор, но закључци суда који су постали правоснажни остају и даље на снази. Та purgazione di contumacia per comparizione tardiva омогућује туженику да спор одуговлачи. — Ако туженику није позив био уручен у сопствене руке, или ако позив није био поновљен, може туженик, уместо призива, дати противљење (opposizione). Ако подносилац противљења на расправу о противљењу не приступи, противљење се има одбити и он нема права да га поново подноси (art. 380). — Ако адвокат тужиоцев није код суда депоновао пуномоћ, може туженик у року од 60 дана тражити да се тужилац огласи контумацираним. Туженик може тражити да се или отпусти из спора, или да суд реши о ствари (art. 351). Ако суд нађе да је тужба и без доказа које би тужилац требао да поднесе основана, он ће је уважити.

У немачком Грађ. парн. поступку из год. 1877, који је од тога времена у многим прописима мењан и допуњаван, ако на усмену расправу не приступи тужилац, има се на предлог туженика донети пресуда којом се тужилац са тужбом одбија (§ 330). — Ако тужилац предложи да се против туженика, који није приступио на заказану усмену расправу, донесе пресуда, имају се чињенични наводи тужиоcheви сматрати признатима. Уколико ти наводи тужбени захтев оправдавају, има се судити по предлогу, иначе се тужба има одбити (§ 331). — Ако која од странака изостане са рочишта које је заказано за усмену расправу, може противник предложити да се, уместо пресудом због изостанка, ствар реши према стању списка (аката); предлогу се има удовољити ако је стање ствари за такву одлуку довољно рашчишћено (§ 331a). — Ако суд не одлучи по стању списка (аката), он одређује по службеној дужности ново рочиште за усмену расправу и о овоме извештава странке, или одлучује да поступак мирује (§ 251a, став 2). — Суд може по службеној дужности одгодити расправу о предлогу да се доносе пресуда због изостанка, или да се предлог реши по стању списка, ако нађе да је рок који је претседник одредио за расправу био сувише кратак, или да је странка природним догађајима или другим наотклоњивим случајевима била спречена да на расправу приступи (§ 330). — Странка, против које је донесена пресуда због изостанка, може дати приговор (Einspruch, § 338). Рок за предају приговора је две недеље; то је строги рок и он почиње тећи од дана уручења пресуде због изостанка (§ 339, став 1). — Ако се приговор уважи, спор се враћа у стање у којем је био пре улагања приговора (§ 342.)¹⁾

У нашем Грађ. парн. поступку контумациони поступак је предвиђен у три случаја. Потпуна контумација: 1) Ако туженик или тужилац не приступе на прво рочиште заказано у поступку пред окружним судом; пред среским судом на прво рочиште одређено на основу тужбе, или рочиште одређено за усмену расправу после првог рочишта одржаног у смислу §-а 334. 2) Ако туженик не преда на време одговор на тужбу. 3) Делимична контумација: ако која од странака изостане са рочишта одређеног пошто је туженик одговор на тужбу на време поднео, или са којег доцнијег рочишта. У смислу §-а 492: Ако тужилац или туженик изостану са првога рочишта, сматраће се истинитима они чињенични наводи дошавше странке, који се односе на предмет правнога спора, уколико ти наводи нису оповргнути доказима који су већ пред судом, или чињеницама које су код суда опште познате (§ 365), па ће се на тој подлози, по предлогу дошавше странке, донети о тужбеном тражењу пресуда због изостанка. У см. §-а 197: Сматра се да је рочиште пропуштено, ако се странка од како је ствар оглашена па до закључења усмене

¹⁾ За историју контумације и савремена законодавства в. Dr. Hans Schima: Die Versäumnis im Zivilprozeß, Wien, 1928. — Arthur Curti: Englands Zivilprozeß, Berlin, 1928.

расправе не јави, или ако се јави а неће да се упусти у расправљање, ма да ју је судија на то позвао, или ако се након оглашења ствари опет удаљи. — Као пропуштено сматра се рочиште онда, кад странка дође без адвоката на рочиште за оне парничне радње за које је прописано заступање адвокатом. — У смислу §-а 490: Наређења §-а 492 примењиваће се и онда, када странка буде уклоњена из суднице због непристојног понашања.

Из историје постанка §-а 492 нашега Грађ. парн. поступка (аустриски § 396) ваља истаћи, да је његова првобитна редакција у зак. Предлогу аустриске Владе била подељена у два члана: § 412 (случај ако на прво рочиште не приступи тужилац) и § 413 (случај ако на прво рочиште не приступи туженик). § 412 гласио је у Владином зак. Предлогу: Ако на прво рочиште не приступи тужилац, има се на предлог дошавшег туженика донети пресуда због изостанка у том смислу, да се тужба има сматрати повученом. § 413 Владинога Предлога гласио је: Ако на прво рочиште не приступи туженик, имају се чињенични наводи тужбе сматрати истинитима, уколико нису оповргнути доказима који су пред судом и на тој основи, на предлог дошавше странке, решити о предлогу тужбе пресудом због изостанка. На усмене наводе, који стоје у противности са садржином тужбе, а који туженику пре рочишта нису саопштени припремним списом, суд се при доношењу пресуде неће обазирати. Тврдња да је такав навод изосталој странци припремним списом саопштен, само ће се онда узети у обзир, ако је један примерак тога поднеска прикључен судским списима и ако он те наводе одиста садржи. За оваку редакцију чл. 413 Владинога Предлога дати су у Образложењу ови разлози: Претпоставка о тужениковом признању не може ићи даље од онога чињеничног градива које је туженику пре првога рочишта саопштено, и она (претпоставка) не може важити за нове наводе, који туженику нису претходно стављени до знања. Прећутно се, и иначе, могу признати само оне чињенице, о којима се има знања. У предлогу Сталног парламентарнога одбора аустриског Доњег дома учињена је измена у редакцији оба ова §§-а само утолико, што су оба (сада аустр. §§ 397 и 398), уместо првобитне редакције: ако на прво рочиште не приступи тужилац (§ 397), односно туженик (§ 398), рекло: ако прво рочиште пропусти тужилац, односно у случају §-а 398 туженик (Wenn die erste Tagsatzung vom Kläger, vom Beklagten, versäumt wird). Заједничка конференција оба парламентарна одбора (и Доњег и Горњег дома) дала је, напослетку, пропису данашњу редакцију, спојивши оба §§-а 397 и 398 у један — § 396. У заједничком извештају оба Одбора се истиче, да је таква измена §-а 412 Владинога предлога: да се у случају тужитељева изостанка има на предлог туженика донети пресуда због изостанка, а не да се тужба има сматрати повученом, извршена поглавито због тога, што се првобитна редакција по мишљењу одбора Горњег дома противи принципу равноправности обеју странака у грађ. парници (par conditio).

Таквом новом редакцијом §§-а 397 и 398 Владинога пред-

лога извршена је, међутим, једна потпуна и основна измена читавога контумационог система који је првобитно био пројектован. Док је према Владиној Основи, у случају изостанка туженикова са првога рочишта, судија имао сматрати истинитима само оне чињеничне наводе које садржи тужба, која је туженику прописно уручена и о чијој је садржини он пре рочишта дословце обавештен, има по доцнијој, у закон унетој редакцији §-а 396 (наш § 492), суд сматрати истинитима и оне усмене наводе тужиоачеве, које он на првом рочишту дода, први пут изнесе, ма ти наводи били и у противности са наводима тужбе која је туженику уручена и о којој туженик једино има знања. Ако је тужба на пр. била састављена са таквим недостацима да ју је требало одбити, властан је тужилац да ју исправи и допуни тако да је суд дужан да у смислу тужбе донесе пресуду. У тужби, у којој се тражи исплата куповине, није било поменуто на пр. да је роба туженику била лиферована или да је тужилац вољан да је лиферије. Тужилац, дакле, накнадно наводи чињенице које је пропустио да наведе и које је суд, будући да нема противника који би их оспоравао, мора сматрати истинитима. Таква измена, дакле, првобитнога Владинога закон. Предлога толико је крупна и по својим последицама за изосталог туженика у много случајева судбоносна, да у аустриској процесној науци има и данас писаца који верују, да се и у овом случају може радити само о једној редакциској грешци законодавца и да Одбор Горњег дома аустриског није могао свесно извршити једну, по последицама, тако далекосежну измену Владинога Предлога. Утолико мање, што је Владин Предлог остао, како се истиче, у оквиру једнога праведнога и сасвим логичнога прописа: да се пресуда због изостанка може донети на основу нових навода само онда, ако су они туженику благовремено саопштени.

Пропис §-а 492 нашега Грађ. парн. поступка (аустр. § 496) треба допунити стајалиштима аустриске теорије и одлукама судске праксе, које су га у многим објасниле и дале упутства како он треба да се правилно разуме и примењује. Није довољно на пр. да тужилац на првом рочишту стави само предлог да се пресуда донесе по тужбеном тражењу, него он мора, ма и сасвим кратко, изнети и чињенично стање ствари на основу кога тужбени захтев ставља, без предлога о доказима и извода о истинитости и вероватности својих тврдњи. Једино тај начин одговара пропису §-а 492, у коме се каже да ће се истинитима сматрати чењенични наводи дошавше странке, а не чињенични наводи тужбе. Такво усмено изношење чињеничних навода одговара у исто време ономе што Закон назива расправљањем у главној ствари. — Нове наводе тужиоачеве суд је дужан сматрати истинитима, уколико они нису оповргнути доказима који су већ пред судом или чињеницама које су код суда опште познате. И у случају изостанка тужиоачева има суд сматрати истинитима наводе туженика, без обзира на то да ли су они тужиоцу благовремено саопштени или нису. Границе новим наводима тужиоачевим могу бити постављене само утолико, што захтев који тужилац ставља мора бити

исти онај који је стављен у тужби. Последња реченица §-а 492 каже да се пресуда због изостанка има донети о тужбеном тражењу, а то је само оно тражење које садржи тужба, а не и доцнији усмени наводи тужиоцеви. У тим границама је тужилац властан да тужбене захтеве и исправи, допуни, па да их чак и потпуно преиначи, док је у сваком случају властан да тужбени захтез ограничи. Све је те чињеничне наводе, уколико они нису оповргнути доказима који су пред судом или чињеницама које су код суда опште познате, суд дужан сматрати истинитима, јер дошавша странка нема пред собом противника који би их оспоравао. — Није властан тужилац, исто тако, да на првом рочишту преиначи правни основ своје тужбе, да на пр. на основу нових чињеница које би суду испричао, уместо исплате утужене своте на рачун повратка зајма, тражи исплату на рачун неисплаћене куповнине. — Пресуда због изостанка у смислу §-а 492 може се донети и онда, ако се прво рочиште одгоди због околности која је спречила туженика да на време дође, или да на првом рочишту пријави приговоре и стави предлоге који се имају поднети на првом рочишту (§ 337). Постоје мишљења међу аустриским процесуалистима да се предлог за доношење пресуде због изостанка може ставити и на рочишту које је одређено за продужење започете расправе, док по другима за прво рочиште не вреди принцип јединства расправе (Верона-Цуља уз § 337). Аустриско Министарство правде је у вези са прописом аустриског §-а 242 (наш § 337) одговорило, да се у случају ако се прво рочиште одгоди ради расправе о предлогу да се обезбеде парнични трошкови, да се допусти преиначење тужбе, да се тужба одбаца зато што једна од странака нема парничне способности, или што нема права на заступање, на том одгођеном рочишту, без обзира на садржину одлуке донесене по предлогу, не може више ставити ни један од приговора који се помињу у §-у 239 став 2 (наш § 334). — Под доказима који су већ пред судом не могу се разумети и у обзир узимати чињенични наводи које је изостали туженик поднео у каквом писменом поднеску (којим на пр. именује ауктора или тражи право сиромаштва), а који се противе чињеничним наводима тужбе. Докази који су већ пред судом биће у првом реду исправе које су прикључене тужби, у оригиналу или у овереном препису (аустр. Мин. правде у одговору уз § 396), па онда на пр. записници о вођеном обезбеђењу доказа (§ 480). Тужилац може, међутим, на првом рочишту доказ који је пред судом оповрћи противдоказом и на тај начин уклонити сметњу за изрицање пресуде због изостанка. — На основу чињеничних навода, чија је неистинитост очевидна, суд не може донети пресуду због изостанка, исто тако ни на основу тврдњи дошавше странке које су немогуће. Ако тужилац на првом рочишту тврди да је туженик починио кривично дело, има суд и ту тврдњу тужитељеву сматрати процесуално истинитом и у исто време прописно извести државно тужиштво.¹⁾ Материјално-

¹⁾ Speri: Urtheile in Versäumungsfällen, 38.

правне закључке тужиоцеве, ако суд налази да они нису основани, суд није дужан сматрати истинитима, те ће тужиоца, иако су његови чињенични наводи основани, морати са тужбом одбити. — И прво рочиште је расправа о главној ствари, само једнострана, са тужиоцем који је на рочиште приступио. То излази и из прописа претпоследње реченице т. 2 §-а 334 Грађ. п. п.: да се на првом рочишту може ствар „свршити“ (*Die Streitsache kann erledigt werden*) пресудом због изостанка итд.; да је тужилац дужан да тужбу, ма и најкраће, изнесе усмено; што је може и допунити, исправити, или доказ који је пред судом оповрћи противдоказом итд. На првом рочишту се тужиоцу мора дати могућност да увери суд о основаности тужбеног захтева, као и о основаности правног прописа који се на конкретан случај има по његову мишљењу применити. Усмена ће расправа бити потребна и тамо, где је суду потребно пружити доказе о таквим околностима, које је суд дужан у см. §§-а 497, 498 узети у обзир по службеној дужности.

Ако на рочиште не приступи тужилац, туженик одбијање тужбе може постићи на више начина: он може тужбене наводе порећи, које порицање је суд дужан сматрати истинитим, јер му то налаже § 492. Туженик може тужбене наводе и признати, но са своје стране може додати такве чињенице које читав тужбени основ руше (туженик је примио на пр. утужену своту у зајам, али је за повратак зајма добио одгоду). Он може навести више дилаторних и перемторних приговора које је суд такође дужан узети у обзир: да је малолетан, да је зајам вратио, да је потраживање застарело, да му је дуг опроштен, или да има какво противпотраживање. У свим тим случајевима, уколико нема знања о томе да су наводи туженикови неистинити, суд ће морати донети пресуду због изостанка у корист туженика и тужиоца са тужбом одбити, јер ће наводе туженикове морати сматрати истинитима. Туженик може на првом рочишту чињенице које тужба садржи и признати, но може, у исто време, додати да постоји материјално-правно правило да се тужиоцу тужбено тражење не може досудити. Суд ће у том случају, пошто саслуша правна разлагања туженикова и нађе да су она основана, донети пресуду којом ће тужиоца са тужбом одбити, или ће туженика осудити у смислу тужбеног захтева. Туженик, који је на рочиште приступио сам, може тужбени захтев у целини и признати, у ком ће случају суд морати донети пресуду због изостанка у корист тужиоца, а туженик ће у смислу §-а 147 Грађ. парн. поступка моћи тражити да му тужилац накнади трошкове који су му тужбом проузроковани. — Туженику, који на прво рочиште приступи сам, без тужиоца, не може се наложити да преда одговор на тужбу, јер се тужилац не може приморавати да поступак наставља и после првог рочишта. Туженик може тражити, ако на прво рочиште приступи сам, без тужиоца, да суд донесе пресуду због изостанка, или се са рочишта без предлога удаљити, али нема право да спор, који тужилац не жели кретати напред, једнострано, без тужиоца, претвара у контрадикторан. Услед чи-

њенице да туженик, који је на прво рочиште приступио сам, без тужиоца, у много случајева потиче питања и материјалног и формалног права, о којима је суд дужан расправљати и одлучивати, често се догађа да у најтежим и најзамршенијим правним питањима расправља и одлучује судија појединац, коме је у смислу §-а 334 поверено вођење првога рочишта. То исто бива и онда ако о питањима материјалног и формалног права суд расправља на првом рочишту са тужиоцем, у одсуству туженикову. Зато се у смислу §-а 178 зак. чл. I из год. 1911 и прихватно (прво) рочиште одржава пред већем од три члана, а не пред судијом појединцем. — Из одговора аустриског Министарства правде (*Beantwortung der Fragen*) и мишљења Највишега суда (*Gutachten des Obersten Gerichtshofes*) треба у вези са §-ом 492 (аустр. § 396) поменути: да тужилац није властан да у случају изостанка туженикова, уместо првобитнога, тражи други предмет или интерес. На доказе које је изостала странка само понудила, али који се не налазе пред судом, суд при доношењу пресуде због изостанка неће имати обзира (мишљење Врховнога суда). — Туженик, који сам приступи на прво рочиште, може тужбени захтев делимично признати, а оспоравати га само у осталом делу. Уколико туженик тражи пресуду због изостанка, суд ће тужбу, уколико се она према наводима тужениковим показује неоснованом, одбити, али ће једновременно туженика према његовом признању осудити (одговор аустр. Министарства правде). — Ако тужилац или туженик, који сами приступе на прво рочиште, не ставе предлог да се донесе пресуда због изостанка, наступиће у см. става 1 §-а 234 мировање поступка, уколико није у см. §§-а 198, 199 суд прво рочиште одгодио.

Други случај потпуне контумације предвиђен је у нашем Грађ. парн. поступку у §-у 494 став 1: Ако туженик не преда на време одговор на тужбу, може тужилац предложити да се о главној ствари донесе пресуда због пропуштања према прописима §-а 492. Претседник већа судиће о томе као судија појединац у року од 8 дана, без одређивања расправе. Првобитни текст I става аустр. §-а 398 (нашега § 494) гласио је тако, да се рочиште за усмену расправу, ако туженик не преда одговор на тужбу, има одредити само на нов предлог тужиоцев и да се (став 2) расправа у том случају има ограничити само на расправљање по туженику пријављених процесних приговора. Туженик, пак, иако се на рочишту појавио, није у погледу главне ствари могао учинити никаквих примедба и морао за све време расправе остати потпуно пасиван. У смислу првобитнога текста истога аустр. §-а 398 ст. 3, тужилац је могао тражити да суд, пошто приговори буду одбијени, одреди рочиште на коме ће се довести пресуда због изостанка. Сва три става аустр. §-а 398 преиначена су и допуњена и добила данашњу редакцију Првом новелом о растеређењу судова од 1 јунија 1914 год. — Уз законски текст §-а 494 нашега Грађ. парн. поступка треба додати да преклузија у случају одоцњено предатога одговора на тужбу наступа сама по себи, без предлога тужиочева (мишљење Беч-

ког врховног суда уз § 398). То се нарочито изводи из прописа аустр. §-а 244 (наш 339), у смислу којег претседник може усмену расправу одредити само у случају ако је туженик нема могућности да поступи у главној ствари ма на који начин крене напред. То може учинити само тужилац, али у закону нема прописа да би он то морао учинити у неком одређеном року, јер да би иначе наступило мировање поступка. Тужилац је, према томе, властан да истицање усмене расправе и доношење пресуде због изостанка тражи, можда, тек након дужег времена. Рок за предају одговора на тужбу не може се продужити, дакле, са пређутним пристанком тужиоца, ако овај није тражио пресуду због пропуштања, него тужилац може у смислу ст. § §-а 494 писменим поднеском предложити да претседавајући, без рочишта и расправе, донесе у року од 8 дана пресуду. Ако је туженик, међутим, на првом рочишту ставио приговор ненадлежности, недопустивости редовног правног пута, пресуђене ствари, или да парница већ тече, онда пресуда због пропуштања не може бити донесена све донде, док о тим приговорима не буде решено. Суд поступа различито, према томе да ли је за расправу тих приговора била одређена одвојена расправа или није, која може да се одреди још пре него што је истекао рок за предају одговора, а и после истека рока, све дотле док тужилац није ставио предлог да се донесе пресуда због пропуштања. У првом случају има да се прво спроведе одвојена расправа на коју се имају позвати обе странке. Та расправа има да се одржи и без предлога тужиочева, па је он не може ни спречити, позивајући се на то да одговор на тужбу није предан. Ако суд приговоре уважи, поступак се закључком обуставља и тужба одбацује, те предлог ради изрицања пресуде због пропуштања постаје тиме беспредметан. Ако било тужилац било туженик не приступе на рочиште заказано за расправу о приговорима, њихов изостанак не спречава да суд са дошавшом странком расправља и донесе одлуку, те ће изосталу странку сусетићи последице пропуштања аналогно пропису §-а 495, а не §-а 492 Грађ. парн. поступка. На том ће рочишту странка која је приступила имати могућности да пориче, тврди и доказује све оне чињенице које су за доношење одлуке од важности, док у корист изостале странке имају да се узму у обзир сви они наводи које је она раније дала. Ако, пак, тужилац изостане са рочишта истакнутог по његову предлогу да се о приговорима одвојено расправља, поступак ће мировати и туженик не може предложити да се донесе пресуда због пропуштања, или да се одреди расправа о главној ствари. Ако са таквога рочишта изостану обе странке, поступак такође мирује. Ако се о приговорима расправља у вези са главном стварју, суд истиче рочиште за усмену расправу на којој се може расправљати само о приговорима. Било да је о приговорима расправљено одвојено, било да није, може тужилац, пошто је суд приговор закључком одбио, поновити предлог да суд донесе пресуду због пропуштања. И у овом случају може тужилац у границама тужбенога захтева и основа

изнети и нове чињеничне наводе, или старе допунити и исправити, као што је то могао у смислу §-а 492 учинити и на првом рочишту. Ако суд приговоре одбаца, он неће закључак о томе странкама отправљати посебно, него ће га унети у пресуду о главној ствари. Ако је туженик на рочишту на коме се ималс расправљати само о приговорима изнео и такве чињенице које се односе на главну ствар, или порицао чињенице које је изнео тужилац, ти се наводи туженикови не могу узимати у обзир. Туженик је, међутим, у праву да и на рочишту где се расправља само о приговорима, учини правне примедбе и изнесе приговоре које је суд дужан и иначе узимати у обзир по службеној дужности. Ако је на рочиште приступио само туженик, он не може ставити никакав предлог, нити да се донесе пресуда због изостанка, нити да се рочиште одгоди. Ако је услед изостанка тужиочева са рочишта које је он тражио у смислу §-а 494 наступило мировање поступка, може после истицања тромесечног рока тражити истицање новог рочишта за расправу о приговорима и за доношење пресуде због пропуштања опет само тужилац. Туженик, који је пропустио да на време преда одговор, не може тражити да се одреди усмена расправа ни онда, ако је на првом рочишту пријавио који од приговора из §-а 334. Његова је контумација потпуна. Ако се у главној ствари не може донети пресуда због пропуштања одмах, јер се мора сачекати резултат расправе о приговорима која се води одвојено и одлука о њима, неће се пресуда у главној ствари нарочито објављивати, него ће се донети аналогно пропису §-а 511 Грађ. поступка (аустр. § 415), у року од 8 дана по правоснажности одлуке о приговорима, у отсуству странака и странкама писмено саопштити.¹⁾

У §-у 495 предвиђен је, напослетку, трећи случај пресуде која се доноси на основу изостанка једне или друге странке, пошто је туженик одговор на тужбу благовремено предао. У смислу §-а 495: Ако је рочиште за усмену расправу о спору одређено пошто је туженик на време поднео одговор на тужбу, а једна странка изостане са овог или доцнијег рочишта, онда дошавша странка може на том рочишту предложити да се донесе пресуда. При доношењу пресуде нови ће се чињенични наводи дошавше странке, који су супротни садржини писмених поднесака што их је она предала, или њезиним пређашњим изјавама и чињеничним наводима, само утолико узимати у обзир, уколико су противној странци саопштени припремним поднеском. Но при доношењу пресуде треба се обазирати не само на резултат раније изведених доказа, него и на изјаве и чињеничне наводе што их је изостала странка раније изнела, уколико су те изјаве и наводи утврђени у припремним поднесцима, записницима и њиховим прилозима, или су предмет доказа, наређеног на ранијем рочишту. — У припремном поступку (§ 349) и поступку пред среским судовима (§ 538), може присутна странка предложити

¹⁾ Sperl: Lehrbuch der bürgerl. Rechtspflege. Wien, 1930, 492.

да се изостали противник позове на ново рочиште преписом записника и опоменом, да ће се у случају поновног изостанка сматрати истинитима наводи дошавше странке које садржи препис записника. — У смислу §-а 496: Наређења §-а 495 примењиваће се и онда, када странка буде из суднице уклоњена због непристојног понашања.

У смислу прописа §-а 495-ога, дакле, пошто је туженик одговор на тужбу благовремено предао, не може ни једна парнична странка бити више осуђена неаслушана. То нарочито важи за туженика, по ономе: *excipiendo reus fit actor*. Обе странке су поднеле своје писмене поднеске и ставиле своје предлоге, те је спор тиме постао контрадикторан. Према систему нашега Грађ. поступка туженик се упушта у парницу не на првом рочишту, него тек одговором на тужбу, као што се у некадашњим писменим поступцима упуштао у парницу предајом писменог или записничкога одговора. У поређењу са изостанком регулисаним у §-у 492, показују прописи §-а 495 ове карактеристике: У случају §-а 492 имају се наводи дошавшег тужиоца сматрати истинитима и онда, ако стоје у противности са наводима тужбе; наводи дошавшег туженика, којима он тужбене наводе пориче, имају се такође сматрати истинитима. У случају, међутим, §-а 495-ог, странка (дошавша) може, истина, изнети и такве нове наводе које дотле није изнела, али само утолико, уколико они не противрече ономе што је она изнела раније, или што је изнела противна странка. Ново је само оно што није већ постало садржином списка, те суд мора при доношењу пресуде узети у обзир све што год се у списима налази. У случају §-а 492, имају се пона, уколико она нису оповргнута доказима који су већ пред судом, или чињеницама које су код суда опште познате, сматрати истинитима. У случају §-а 495, условно, ако не стоје у противности са дотадашњим наводима и резултатом расправе. Основна карактеристика свакога контрадикторног поступка је у томе да се чињеничне тврдње у недостатку порицања имају сматрати неоспоренима. У случају §-а 495, пак, не може се сматрати неоспореним оно што је према садржини списка већ било оспорено, било на тај начин што је странка противникове тврдње порекла, било што је са своје стране тврдила нешто што се не може сложити са наводима противниковим. Из тих прописа §-а 495 излази, дакле, да је решавање о предмету спора на основу парничног градива које се налази у списима, без обзира да ли је оно пред судом усмено изнесено или није, један остатак писменог поступка у нашем, иначе усменом Грађ. поступку, какви се остаци налазе, уосталом, и у неким другим његовим прописима. — У случају §-а 495-ог пресуда се може донети само на изричит захтев дошавше странке, а ако то странка не тражи, настаје мировање поступка. Ако изостала странка приступи суду пре закључења усмене расправе, она тиме отклања све последице пропуштања. Исто тако ако је расправа морала бити одгођена због доказа који су се у случају §§-а 497, 498 показали потребним, или ако су докази били потребни зато јер ствар није

била зрела за одлуку, па се на тој расправи странка појави и у расправи учествује. Ако суд у отсуству странке нађе да околности које су за одлуку важне нису доказане, он ће донети доказни закључак и доказе извести. Чињенице које је изостала странка у своје време тврдила, мора дошавша странка порећи, ако неће да их суд сматра истинитима; зато суд може те чињенице узети за подлогу своје пресуде само онда, ако су оне и доказане, и само ако изостала странка доказ није понудила, неће суд тврдње изостале странке узимати у обзир. Оно што је дошавша странка раније тврдила, а изостала није порицала, има се такође сматрати истинитим. Све оно, пак, што је изостала странка раније порицала, мора бити доказано, за чега дошавша странка може понудити и такве доказе које раније није нудила, јер се забрана повим-а према изосталој странци односи само на чињенице, а не и на предлог о новим доказима. Нови докази, уколико је то могуће, могу бити изведени још на истом рочишту. Ако је, пак, потребно да се расправа ради извођења доказа одгоди, онда на то одгођено рочиште може приступити и изостала странка и накнадити све што је на пређашњим рочиштима пропустила.¹⁾

Наступање тих, у много случајева тешких последица изостанка и пропуштања, отежава, а делом и онемогућује, сам закон, читавим низом својих прописа. Полазећи од претпоставке да пресуда због изостанка може имати своје оправдање само у том случају, ако је туженик бар био благовремено и уредно обавештен о тужбеном тражењу и о рочишту на коме ће се о тужби расправљати, закон у §-у 312-ом прописује, да се тужба мора туженику уручити на сопствене руке, или на руке његовог заступника, овлашћенога за примање достава, и тек ако се тужба туженику лично не би никако могла доставити, из разлога које закон појединачно предвиђа, — дозвољава закон и тзв. супсидијарно достављање, под условима које је поставио (§ 302 Грађ. п. п. и д.). У поступку пред окружним судовима, у споровима у којима је по закону прописано заступање по адвокату, суд мора у првом позиву на усмену расправу, ако се позив не доставља адвокату, позвати странке да поставе адвоката и упозорити их какве ће штетне последице за њих настати ако адвоката не поставе и ако са рочишта изостану (§ 195 ст. 2). У поступку пред среским судовима треба туженику у позиву саопштити које штетне последице везује закон за изостанак од рочишта. Но ако је странка на рочиште позвана и правилним уручењем тужбе и позива, закон предвиђа још читав низ мера којима се иде за тим, да се пресуда због изостанка не изриче у оним случајевима, у којима је суду већ на самом рочишту могуће установити да изостала странка није приступила без своје кривице или ако, упркос изостанка једне или друге странке, постоје такве околности које је суд дужан узети у обзир по службеној дужности. У смислу §-а 498 Грађ. п. п. суд не може донети пресуду због изостанка ако нема до-

¹⁾ За аустр. теорију и праксу уз §§ 492, 494, 495 Грађ. парн. поступка в. нарочито: Sperl: Die Urtheile in Versäumnungsfällen, стр. 25 и д.

каза о томе да је изостала странка уредно позвана. Уколико доставница о уручењу тужбе туженику или о позиву тужитеља на рочиште није суду стигла, има суд сачекати да доставница стигне и тек ако се увери да је изостала странка позив на време примила, сме донети пресуду због изостанка. Пресуду ће суд донети у року од 8 дана пошто стигне доставница, или од завршених извиђаја о достави. Ако је, међутим, код суда опште познато да је изостала странка каквим природним догађајем или другим неотклоњивим случајем била спречена да приступи суду, неће се против ње моћи, такође, донети пресуда због изостанка. Исто тако ако дошавша странка не може да суду поднесе доказ који суд тражи у погледу околности које се имају у обзир узети по службеној дужности. Код супарничарства које се просуђује по §-у 115 Грађ. п. п., суд не може донети пресуду због изостанка докле год ма само и за једнога супарничара нема доказа да је уредно позван, или ако је био спречен да на рочиште приступи. Ако суд не усвоји предлог да се донесе пресуда због изостанка, има се рочиште одгодити по службеној дужности и на ново рочиште позвати и изостала странка.

У смислу §-а 497 Грађ. п. п., околност што је једна странка од рочишта изостала не разрешава суд од дужности да се обазире на све оно на што мора пазити по службеној дужности, нити разрешава противну странку од дужности да доказује оно што је потребно у погледу таквих околности које се имају у обзир узети по службеној дужности. Околност што је једна странка изостала са рочишта не смета да се пред судом изведу докази, или да се прикаже резултат већ изведених доказа. Према томе је суд дужан узимати у обзир по службеној дужности све процесне и расправне претпоставке т. ј. претпоставке које су потребне за допустивост поступка и доношење одлука о тужбеном захтеву: да туженик потпада под јурисдикцију туземних судова; да је редован правни пут допуштен; да суд у случају неизлечиве ненадлежности није надлежан; да странке имају способности бити странкама и да имају парничну способност; да лице које приступа као заступник има право на заступање; да је изабрана врста поступка допуштена; да је тужба прописно састављена и поднесена и да су странке уредно позване. На све се те околности има суд обазирати по службеној дужности већ и зато, што је изостала странка, можда, рачунала баш са тим, да суд, у недостатку таквих претпоставака, пресуду због изостанка неће моћи ни у њеном отсуству донети. Ако ма која од тих претпоставака не стоји, има суд тужбу закључком одбацити, при чему ће, ако и за то има основа, огласити и ништавост претходнога поступка. Суд је исто тако дужан узимати у обзир и прописе материјалнога права, које има примењивати без обзира на вољу странака и њихово држање у парници. Поред материјално-правних прописа има суд узимати у обзир по службеној дужности и ставове искуства и правила живота, који као опште норме и судови имају бити примењивани у конкретним случајевима. Ставови искуства не претстављају допуну ономе што је код суда опште познато, него

ономе што има значај правног правила, те се зато, као и правна правила, и они имају у обзир узимати по службеној дужности. То излази и из прописа §-а 447 Грађ. п. п., према коме суд изводи доказ вештацима само онда, ако сам не располаже са стручним знањем које му је потребно за оцену неке чињенице. У смислу §-а 460, пак, суд може, вршећи судску власт у трговачким, поморским и рудничким стварима, у којима предмет суђења захтева стручно знање, или у којима долази у питање постојање пословних обичаја, одлучити и без вештака, ако и сам има стручног знања.¹⁾ Ако се суд при изрицању пресуде због изостанка није држао којега од прописа, на који је имао да пази по службеној дужности, странка против које је пресуда изречена моћи ће и призивом тражити да се она стави ван снаге. Изостала ће странка против пресуде због изостанка и пропуштања моћи тражити и обнову спора, под условима под којима би ју могла тражити и против пресуде донесене на основу контрадикторно спроведене расправе. У погледу нових чињеница и доказа, само ако сазна за такве нове чињенице или нађе, или стекне могућности да употреби, таква доказна средства, по којима би ствар могла за њу бити повољније решена да су те чињенице и докази били изнесени и употребљени у основном спору.²⁾

4

Поред свих тих околности, о чијем се је постојању суд дужан уверавати по службеној дужности и које у много случајева одиста онемогућују доношење пресуде због изостанка и пропуштања, суд мора у свима случајевима у којима такве сметње не постоје, по предлогу дошавше странке донети пресуду. При томе суд мора сматрати истинитима све оне усмене наводе дошавше странке који нису оповргнути доказима који су пред судом или чињеницама које су код суда опште познате. У случају непотпуне контумације (§ 495), уколико истинитост навода противникових није оспорена и другим парничним градивом које се налази у списима. И како се, на тај начин, дошавшој странци, без саслушања противникова, а и без доказа, само на основу њених навода и пропуштања противникова, досуђују материјална права и други интереси који су за изосталу странку често од животног значаја, у процесно-правној науци је већ одавна постављено питање: каквога правно-политичког оправдања има, уопште, пресуда због изостанка и пропуштања и није ли она лишена сваког разлога да као установа у грађанско-процесном систему уопште постоји. И када је изгледало да ће узаконењем тзв. фингиране афирмативне литис контестације у саксонском Грађ. парн. поступку то питање бити једанпут за свагда скинуто са дневног реда, почела је у Немачкој око одговора на то питање почетком осамнаестог века, и даље настављена, једна дуга и

¹⁾ Pollak: System des österr. Zivilproceßrechtes (1932), 480.

²⁾ Ibid., 623.

жестока распра, која је добила израза у читавом низу процесно-правних радова у којима се покушавало да се оно коначно реши. Процесуалисти Општег немачког Грађ. парн. поступка оправдавали су пресуду због изостанка обавезом странака да процесне радње морају извршити и оглашавали сваку процесну непокорност као пренебрегавање процесних дужности, које су странке у одређеном времену дужне испунити, под претњом приватно-правних штетних последица (приватно-правне казне). Генер (Gönnner) поставља принцип фингираног одрицања, по коме законодавац пропуштање парничне радње оглашава одрицањем од те радње, тако да странци која је пропуст учинила није више дозвољено да ту радњу и накнадно изврши. Преклузија није никаква казна, него само природна последица пропуштања. Странке су дужне да радње код суда предузимају са оном вредноћом и марљивошћу коју закон тражи. Митермајер види у непокорности повреду обавеза које је изостала странка узела на себе према другој странци и повреду приватних права која су странке узајамно стекле, дакле одговорност за пропуст према другој парничној странци. По Дегенколбу упуштање у парницу није више дужност туженикова као некада, него његово право, те изостанак не може више значити пропуст дужности, него пропуст права. Дужност упуштања у парницу постоји, додуше, и у данашњим грађанским поступцима, који, иако се одричу формалне литис контестације, не одричу се и напредовања процеса уопште. Пресуда због изостанка и пропуштања је управо једна врста пресуде на основу признања, но са том особитошћу, да се она доноси само на основу признања чињеница, а не и на основу признања тужбеног захтева. Према схватању Оскара Билова за постојање данашњег процеса није више потребно да туженик буде приморан да се у парницу упушта, него суд туженика само позива да на тужбу да одговор. У данашњем грађанском процесу су права, као и друга овлашћења, временски ограничена. Ко своја права у датом му року не изврши, узима на себе ризик да против њега буде донесена пресуда само на једностране наводе противнике. Сама чињеница да се једна странка у парници држи пасивно, довољан је разлог да она претрпи штету. У парници је од одлучне важности пропуст, нерадња, и у њему има само права, а никаквих дужности. Због тога странку може сустићи у парници преклузија, али се она не може приморавати да у спору буде активна. По Ваху, појам непокорности према наредбама власти треба да се у парници замени појмом пропуштања процесних дужности, и то не као деликат, него независно од кривице парничних странака. Штетне последице пропуштања су у битности принуда на испуњење процесних дужности, а не казнена принуда. Странке имају дужност да спор у његовом напредовању не ометају, и да све учине што се у спору не сме пропустити. Франц Клајн види у „Кривим страначким радњама“ све страначке радње које се могу свести на њихову кривицу и које су противне закону, међу којима пропуштање претставља одуговлачење парнице којим се иде на то да се противник оштети. Не постоји, додуше, дужност да

странка у парници мора делати и пропуштање само по себи, не би још значило противност норми, али судија може, ако друга странка у спору не учествује, сматрати наводе дошавше странке истинитима. Странка може да у спору и ништа не изнесе, али закон, да би спречио одуговлачење, поставља перемпторне рокове и правило: да ко не ради на време, није властан да пропуштenu радњу и доцније изврши. Чим је, пак, једна парнична радња могла бити извршена благовремено, њено накнадно извршење значи криво закашњење. Закашњеним наводима прети одбијање, које се јавља као последица кривог противправног делања, дакле као казна, док је некривој странци дозвољено да путем повраћаја у пређашње стање своје изјаве и накнадно да. Плес види у контумацији реализовање тужбеног захтева принудним путем. Спор, иако туженик остаје пасиван, бива ипак основан, јер се сматра да туженик, иако отсутан, правне тврдње тужитељеве пориче. По Голдшмиту за странке постоје у спору тзв. процесни терети. Типска садржина процесних терета састоји се у радњи. Пропуштање радње не значи, додуше, још противправност, али значи пропуштање од ослобођења процесног терета. Процесни терет дефинише Голдшмит као „приморавање туженика да приступи суду да би избегао штетне последице пропуштања и да активно учествује у спору“.

У погледу правно-политичког оправдања пресуде због изостанка и пропуштања треба изнети још и мишљење два истакнута савремена аустриска процесуалиста: д-ра Рудолфа Полака и д-ра Јована Шперла изражена, првога у већ напред наведеној његовој расправи: *Versäumnisfolgen im Zivilprozesse*, а другора у његовој такође напред наведеној расправи: *Die Urtheile in Versäumnungsfällen*. Полак истиче, пре свега, да изостанак и пропуштање на основу којих се доноси пресуда због изостанка и пропуштања није ништа друго него само један од многих случајева пропуштања у Грађ. парничном поступку. Пропустити се могу рокови, рочишта и све друге парничне радње, које су толико многобројне да се све не могу ни побројати. Има пропуста који се састоји у нерадњи и у мањкавој радњи. Пропустити се могу процесна права и процесне дужности. Тако на пример Закон, сем пропуста на основу којег се доноси пресуда због изостанка и пропуштања, предвиђа пропуст који учини тужилац, који у одређеном року не положи своту за обезбеђење парничних трошкова, које му је суд наложио (§ 101); пропуст туженика који у отказном поступку против судског налога да преда или прими предмет закупа приговоре пропусти предати; ако странка пропусти да у припремном поступку приступи на рочиште које није било одређено само за извођење доказа (§ 340); ако пропусти да приступи на рочиште које је било заказано само за извођење доказа, или за саслушање (§ 385); ако пропусти рочиште које је било одређено за расправљање призива и ревизионе молбе, или пропусти строге рокове за улагање призива, ревизије и рекурса, или молбе за повраћај у пређашње стање итд. Примери за мањкаву парничну радњу били би: ако странка наведе чињенице, или понуди.

доказе доцније него што је то могла и требала учинити, да би спор одуговлачила, или без своје кривице; странка не одговори у довољној мери дужности потпомагања противне странке у погледу саопштења имена и стана сведока, стручњака, издавања исправа итд. Пропис, међутим, §-а 208-ога да пропуштање парничне радње има, поред даљих последица, предвиђених у Закону за поједине случајеве, и ту последицу, да странка не може више извршити парничну радњу, може, истиче Полак, добити примену само на пропусте права, али не и на пропусте дужности које Грађански парнични поступак странкама налаже, јер се процесне дужности могу по суду и изнудити (§§ 293, 403).

Правно-политичко оправдање последица пропуштања у аустриском Грађанском поступку сводило би се по Полаку на ове разлоге: Несметано напредовање једном започетог спора (процес: од *procedere*, ићи напред, напредовати) потребно је, пре свега, зато, да се утврђивање правога чињеничнога стања ствари изврши у једном времену у којем га и саме странке још добро познају, у којем се и на доказе може рачунати са више поуздања, али и зато да пресуда може развити свој пун економски значај; да се радна снага ни странака ни суда не би узалуд расипала и да се ни један спор не одвуче другим спором више него што је то потребно. Закон држи да и у приватном и у јавном интересу може тражити од странака један напор њихових снага који је потребан да би се парнично градиво прикупило и да би се спор унапреддио. Због свих тих интереса дозвољено је странкама наредити да се код суда појављују одмах на први позив, да своје наводе даду што пре и концентрисано. За те захтеве које Закон ставља, не може се рећи да су неправедни и да парничним странкама могу шкодити, изузев појединачне случајеве, о којима се у општем интересу не може водити рачуна. Не може се очекивати да један закон, који је основан на концентрисању поступка у првој инстанцији и на снажној процесној живости и енергији, као што је аустриски Грађански п. п., буде у остварењу уклањања последица пропуштања благ, јер би у том случају све основне замисли Поступка биле осуђене на пропаст. Према томе су у аустриском Грађ. парничном поступку и правни лекови организовани не за испитивање погрешака странака, него за санирање погрешака суда. Што је у првој инстанцији, или чак у једном тренутку њенога тока, пропуштено, то је, по правилу, неповратно пропуштено и изгубљено. Изузетак од тога правила познаје Закон само у неколико случајева, од којих је најважнији повраћај у пређашње стање, док против непотпуног и рђавог расправљања Закон повраћај не дозвољава, сем ако је догађај наступио за време саме радње. Велика концепција ове основне мисли Грађ. парничног поступка, завршава Полак своја разматрања, и гвоздена доследност у спровођењу њених основних замисли и код регулисања последица пропуштања и његових репарација, у сваком случају је дивљења достојна.

У нешто другом смислу је оправдање за пресуду због изно-
станка и пропуштања дао други истакнути, још живи аустриски

процесуалиста, Шперл, у своме напред поменутом делу. Пропуст не садржи у себи, каже Шперл, ни порицање ни признање противникових тврдњи, него судија има у току спора сматрати једну чињеничну тврдњу меродавном или, како се Закон изражава, истинитом, док год се о њој са стране друге странке не тврди ништа противно. Тек у случају колизије, ако странке унесу у спор две тврдње, које једна поред друге не могу опстати, настаје потреба да се за подлогу пресуде узме она која је доказана. У случају пропуста нема потребе да се суд пита где је истина. Активна странка је проговорила, док је пасивна пропустила да то учини, те судија има пред собом само једну тврдњу којом му је дато градиво за пресуду. Оправдање за последице пропуштања дато је већ тиме, што у случају пропуштања имају дејства само тврдње странке која је била активна. Грађанско-процесна контумација није ништа друго, него тренутно окончање спора, јер једна од странака, која је позвана да спор даље крети, неће у спору да учествује. Услед тога мора расправа застати тамо где се налазила у томе тренутку. Оно што пред судијом у томе тренутку лежи, чини садржину судске изреке и судска когниција остаје у том случају ограничена.

5

Ма какви се разлози давали, међутим, за оправдање пресуде због изостанка и пропуштања, и они који налазе да она има свој потпун процесуални и правнополитички разлог, као и они који тврде да за њено оправдање и у њену корист не говори ништа, слажу се у томе, да против контумационих пресуда треба изосталој странци дати могућности, да било на који начин издејствује стављање ван снаге пресуде и решавање о спору контрадикторним путем. У начину како то стављање ван снаге контумационе пресуде треба странци допустити, постоје у мишљењима и теоретичара и практичара, међутим, знатне разлике. Док једни држе да странци која је пропуст учинила треба дати могућности да контумациону пресуду поруши приговором, у којем ће једноставно изразити вољу да се спор контрадикторно расправља, хоће други да се стављање ван снаге пресуде дозволи изосталој странци само у том случају, ако она суду учини вероватним да је због изостанка и пропуштања не терети никаква кривица. Присталице првога мишљења држе да изосталој странци, по примеру француског, немачког и неких других Грађанских поступака, треба дати право на противљење (приговор, опозицију), док присталице другога мишљења налазе да изосталој странци треба дати могућности да пресуду поруши и издејствује контрадикторну расправу предлогом ради повраћаја у пређашње стање. Аустриски законодавац, узаконјујући деведесетих година прошлога века установу пресуде због изостанка и пропуштања, одлучио се за овај други начин стављања ван снаге пресуде, путем повраћаја у пређашње стање, те је и наш законодавац, преузимајући установе аустриског Грађанског парничног поступка, преузео и ту његову установу. И, како она постоји и функционише у Ау-

стрији већ неких четрдесет година, о којој је за све то време тамо не само много расправљано, него и израђена велика, а, може се рећи, и стална судска пракса, за нас у Југославији је не само корисно, него и безусловно потребно знати, пре свега, како је она у своје време примљена у Аустрији. Како је примљена нарочито са стране аустриских правних теоретичара и практичара и да ли се, и уколико, у пракси аустриских судова показала целисходном, те да ли се, тамо у Аустрији, није од њенога ступања у живот показивала потреба да се она на неки начин реформише.

Треба одмах рећи да се у Аустрији, још десетак година после ступања на снагу Грађанског парничног поступка, чула сдиста мишљења да би Поступак баш у питању начина уклањања последица пропуштања, на основу којег се доноси пресуда због изостанка, требало реформисати. Једанаести конгрес аустриских адвоката, који је заседавао у Бечу крајем деветстотинитих година прошлог века, бавио се и тим питањем, те је, између осталих одлука, донео и ту: да би у аустр. Грађанском парничном поступку последице пропуштања требало реформисати у томе смислу, што би се, уместо аустриског, примио систем последица пропуштања како је он регулисан у Грађанском парничном поступку за немачки *Rajh* из године 1877. При томе је Конгрес адвоката имао на уму, пре свега, да би уместо повраћаја у пређашње стање требало и у аустриском Поступку увести установу приговора (*Einspruch*), који познаје немачки Поступак. Међу аустриским процесуалистима су у погледу те одлуке Конгреса адвоката била мишљења подељена. Док је један део на челу са Рудолфом Полаком био одлучно за то, да у аустриском Поступку треба и надаље задржати установу повраћаја у пређашње стање, други истакнути аустриски правник, Јован Шперл, са својим присталицама, био је, напротив, за то, да аустриски Поступак треба реформисати и увести установу приговора по примеру немачког Поступка. У својој расправи *Versäumnisfolgen im Zivilprozesse*, коју је објавио у *Juristische Vierteljahresschrift* у току 1909 године, Полак је, одбијајући најодлучније реформу аустриског Грађанског поступка у духу Поступка за немачки *Rajh*, дао све разлоге зашто је противан таквој реформи. Будући се и код нас, нарочито у Војводини, чују мишљења да би и у нашем Поступку установу противљења требало безусловно увести, коју је познавао и бивши Поступак (зак. чл. I из год. 1911) који је важио на подручју Апелационог суда у Новом Саду, од користи је да се чују ти Полакови разлози, који могу помоћи да се у том питању добије и код нас правилна и тачна оријентација.

Полак истиче, пре свега, да се у немачком Поступку, саввим недоследно, различито третирају различите врсте пропуштања. Док се против пропуштања расправе даје странци право противљења, без обзира на то да ли је пропуст учинила у намери да спор одуговлачи, дотле се код пропуштања строгих рокова, рокова за подношење призива, ревизије, рекурса, тражи као услов за повраћај у пређашње стање да странка докаже да је рок пропустила зато, што је природним догађајем или

другим непредвиђеним случајем била спречена да правни лек поднесе. Полак допушта да при избору средстава за уклањање пропуста могу у разним државама одлучивати и разни обзираи: навике становништва, његова склоност парничењу и улагању правних лекова, ваљаност адвокатског сталежа, поверење које један изванстан процесни систем код становништва ужива, као и комуникационе прилике које у појединим земљама постоје. Да се, услед тога, један изванстан систем уклањања пропуштања може за једну земљу препоручивати, док за другу земљу и њене прилике он не одговара. За Аустрију, Полак одбацује систем пропуштања немачког Грађанског поступка, јер држи да је у Аустрији потребан један строг и енергичан Поступак, да би се у сврху стварања правилних подлога за пресуду енергије широких слојева становништва одржавале будне и да би се онемогућила процесна шикана не малих кругова оних који са судом имају посла. Тим захтевима, пак, одговара потпуно систем последица пропуштања како је он регулисан у аустриском Грађанском поступку. Искуство је показало да се и аустриски адвокатски сталеж, упркос строгости Закона, показао довољно енергичним и дорастао задатку који се од њега очекује. И само становништво хвали нарочито енергичну црту Поступка, те је Грађански поступак код аустриског становништва и иначе популаран. Ако је у Немачкој уведен систем приговора, то је тамо оправдано, пре свега, много мање строгим системом достављања тужбе туженику, услед чега пропусти туженика у Немачкој изгледају много чешће такви да се могу правдати, а и тиме, што у Немачкој постоји систем принудног извршења који је много тврђи него онај у Аустрији. Немачки Грађански парнични поступак не познаје никаквог рока за извршење пресуде (§ 705) и дозвољава извршење у неким случајевима без икаквих предуслова, док га у другима допушта уз осигурање са стране веровника, или ако је опасност учињена вероватном (§ 710). Сем тога допушта немачки Закон не само привремену заплену предмета оврхе, него, по правилу, и њихову продају и намиру веровника из продајне цене и штити осуђенога само дужношћу накнаде штете са стране веровника и могућношћу привремене обуставе оврхе ако је уложено противљење. Према томе, да би се и у Аустрији примила немачка установа приговора, морала би она функционисати не само бар исто толико добро као аустриска установа повраћаја у пређашње стање, него би морала пружати још више користи него она. Међутим, за то нема ни најмање изгледа, него би се, напротив, усвајањем немачког приговора могли очекивати овако мрачни изгледи: странка би могла мирно расправу пропустити и пустити да против ње падне пресуда због изостанка. После тога она подноси приговор, издејствује нову расправу и успева да ову, ради спровођења доказа на пример, одгађа. Са тога одгођенога рочишта странка поново изостаје и допушта да против ње падне поново пресуда због изостанка, против које даје поново приговор, што јој је по немачком Поступку допуштено, те се то може у току поступка понављати и неколико пута. Зато се у немачкој

пракси ни најсавеснији адвокати не устручавају да чине употребу од приговора, да би материјална права својих странака заштитили. И одиста, у Немачкој се један знатан део приговора подноси ради уклањања пропуштања која су скривљена, а која су, делимично, свакако и хотимична. Свакако да и у Немачкој има случајева где се приговором и понека неправедна пресуда због изостанка поруши, која се у Аустрији не може спречити нити уручењем тужбе туженику у сопствене руке, нити повраћајем у пређашње стање, но ни ти случајеви не оправдавају установу приговора. Остваривање права у Грађанској парници служи правди најбоље на тај начин, ако се та сврха може постићи са најмање жртава у снази и времену. Систем последица пропуштања у Грађанском парничном поступку не сме бити сувише строг, али он не сме бити ни благ, јер поступак због пропуштања није често ништа друго него само један увод у оврху против дужника који је пропуст починио. Увођењем немачкога система би се вредним и марљивим странкама натовариле велике и непотребне жртве и у снази и у времену, чије успехе приговор једним махом уништава, умртвљује процесну енергију становништва, прикривену процесну шикану поново оживљава, а ток парнице у толикој мери успорава, да би и неуредница и лењивцима било омогућено да у спору учествују. Све то само зато да би се у појединим, изузетним случајевима, нетачне пресуде због изостанка могле разрешавати, које би иначе остајале на снази. Међутим, као што не можемо стварати четврту судску инстанцију зато што су поједине пресуде Касационога суда нетачне, исто тако не можемо уводити ни установу приговора зато, што су, можда, понеке пресуде због изостанка стварно погрешне.

Закључак Конгреса аустриских адвоката да се у аустријском Грађанском парничном поступку прими установа приговора (противљења, опозиције), благодарећи свакако и овако одлучном и разложитом држању Полакову, који је још онда важио као један од најистакнутијих аустриских процесуалиста, није успео. Тако је у аустријском Поступку као средство за уклањање последица пропуштања на основу којих се доноси пресуда због изостанка и пропуштања остао повраћај у пређашње стање, из кога га је преузео и наш законодавац, са извесним изменама и допунама. Међу овима је најважнија допуна коју садржи последња реченица §-а 212: да се по истеку три месеца од дана пропуштања, повраћај више не може тражити, којег прописа у аустријском Поступку нема. Да би се и код нас ова установа, чије су неке одредбе још непрестано предмет најживље, а, често, и најжешће критике, правилно разумела, потребно је показати, пре свега, под каквим је приликама она узакончена деведесетих година прошлога века у Аустрији; како је била примљена са стране аустриске теорије и праксе, и колико је оправдања било за то да се она у аустријском Грађанском поступку, за скоро четрдесет година, ево све до наших дана, непромењена одржи.

У смислу прописа §-а 210 Грађ. парн. поступка повраћај у пређашње стање има места, ако је странка непредвиђеним

или неотклоњивим догађајем била спречена да благовремено дође на рочиште или предузме за рок везану парничну радњу. Овај члан сада нашега, а 146-и аустриског Грађ. поступка, по начину како је добио садашњу редакцију, има такође своју нарочиту историју. Према првобитном, §-у 159 аустр. Владиног зак. Предлога. повраћају у пређашње стање би било места, ако странка на рочиште није приступила, или је пропустила да изврши за рок везану парничну радњу, услед тога, што је у том била спречена каквом непредвиђеном, за њу несавладљивом, сметњом (*Ein unvorgesehenes für die Partei unübersteigliches Hindernis*). У образложењу зак. Предлога се истиче, да је таква редакција §-у 159-ом дата зато, што се претпоставке за повраћај у пређашње стање хтеле поставити на посве објективна критерија, независна од питања личне кривице странке која је изостала. Мисао, којој је Клајн, аутор Образложења Предоснове, дао израза још у својој расправи *Pro futuro*, истичући да је испитивање и установљење субјективне кривице изостале странке, у највише случајева, питање које је суду конкретно најтеже решавати. У Сталном одбору аустр. Доњег дома, претрпела је та Владаина редакција измену утолико, што су речи „несавладљива сметња“ изостављене, те је првобитни § 159 добио сада нову, преиначену редакцију, као § 148: да се повраћај у пређашње стање има дозволити ако је странка непредвиђеним догађајем била спречена да благовремено приступи на рочиште или да благовремено изврши парничну радњу која је за рок везана. У извештају Сталнога парламентарног одбора се истиче, да је та измена учињена стога, што је Одбор имао у виду и случајеве где повраћај у пређашње стање захтевају обзири правичности (*Forderung der Billigkeit*), који би према строгој редакцији Владине Предоснове морали бити искључени. Разлози за повраћај могу бити — додаје се у истом извештају — и околности које се налазе у личности правозаступника странке, што је према Владиној Предоснови такође искључено, а што, међутим, одговара и правди и досадашњој сталној пракси аустриских судова. Заједничка конференција одбора оба аустриска Дома, дала је, напослетку, пропису повраћаја у пређашње стање садашњу, коначну редакцију, како је она редигована у §-у 146 аустр., а 210-ом §-у нашега Грађ. парн. поступка.

У аустриској правној науци, а и у пракси, настао је још одмах после ступања на снагу аустр. Грађ. поступка спор о томе, да ли у таквој законској редакцији: да повраћају у пређашње стање има места само ако је странка непредвиђеним или неотклоњивим догађајем била спречена да предузме за рок везану парничну радњу, треба видети један строго објективан предуслов, независан од узрока који леже у личности странке која је пропустила починила, или пропис да при оцењивању предуслова за повраћај треба да одлучују, напротив, баш околности које се налазе у самој личности странке, дакле обзири сасвим субјективни, обзири справедљивости. Претставник првог, строгог, објективног стајалишта, Рудолф Полак је још 1898 год. то своје стајалиште

развио у чланку: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, који је објавио у 44, 45 и 46 броју Allgemeine österr. Gerichtszeitung-у за год. 1898, које је, углавном, одржао и после више од 30 година у своје систему Грађанског парничног поступка (изд. 1932). Претставник другог, субјективног стајалишта, Ханс Шперл, разradio је своје мишљење о предусловима за повраћај у пређашње стање нарочито у чланку Unwahrheit im Urteil, објављеном у споменици Францу Клајну 1914 године. Како су оба стајалишта за оцењивање установе повраћаја у пређашње стање, која је данас установа и нашега Поступка, и за нас, овде у Југославији, од неоцењиве важности, потребно је да се оба овде у њиховим основним мислима нашем правничком свету прикажу. И она ће свакако помоћи да се о тој установи нашега Грађ. поступка, о којој се и овде код нас доста писало, а још више говорило, и још непрестано говори, изрази, најзад, правилно и непристрасно мишљење.

У поменутом чланку, дакле, Полак истиче, да се врло често чује мишљење да је установа повраћаја у пређашње стање зато унета у Грађ. парн. поступак, да би се њоме припомогло како би материјално право дошло до победе над формалним правом, како формално право не би материјално грађ. право, кроз Грађ. поступак, сасвим угушило. Такво схватање је, међутим, у основи погрешно. Повраћај у пређашње стање није установа за остварење праведности, нити посредничка установа за измирење оба правна домена. Повраћај у пређашње стање нема ништа заједничкога са главном стварју. Он се не може одобравати зато што је странци, у главној ствари, можда учињена неправда, али он не може бити одречен ни онда ако странци у главној ствари не би ништа користио. Повраћај у пређашње стање отклања само штетне последице пропуштања, да би се парнична радња могла и накнадно извршити, и ништа више. Грађ. парн. поступак стоји под крутим правилима и третира странке строжије него што то чини приватно право. Он се не обазире на вољу и намеру странка, него на њихову радњу. Да ли је странка у току поступка хтела или није хтела да дела и да ли је тако хтела да дела као што је у ствари делала, то је за Поступак сасвим без значаја. Зато у грађ. парници нико не може опозвати једном стављен предлог са образложењем да га је ставио под принудом, или да је она била само његова привидна радња. Исто је тако Грађ. поступак равнодушан и према способности парн. странака да у грађ. спору учествују, јер се на пр. у поступку пред среским судом странка не може са успехом позивати на то, да потребне предлоге није ставила зато, што је од суда била рђаво и недовољно поучена и недовољно поучавање не чини ни у ком случају призивни разлог. Исто тако није разлог за уклањање последица пропуштања ни то што је странка у спору била рђаво заступана (ob malam defensionem). Из тих се разлога пропуст узима као такав, и суд не испитује да ли је странка рочиште пропустила зато што није имала шта да на њему каже, што је на њега забавила, што је била болесна итд. Закон не овлашћује судију

ни једним својим прописом да се о свему томе распитује, него он изриче пресуду због изостанка само зато што странка на рочиште није приступила, а разлози њенога изостанка су за судију, по правилу, без значаја.

У погледу израза воље у грађ. парници може се, према тсме, поставити правило: да привидност важи за стварност и то је правило за правилно функционисање грађ. парн. поступка и неопходно потребно. То правило има свој разлог, пре свега, у процесној економији, и, по искуству које се има, привидност и стварност се у грађ. спору махом и покривају: странке су изјаве које су дале и хтеле да даду; пропуштања која су учињена учињена су свесно; највећи део туженика изостаје зато јер су стварно дужни. Било би, дакле, неекономски ако би се у свим тим случајевима вршила бесплодна испитивања о правој вољи и намери странака, утолико више, што би за сва та установљења праве воље странака морали бити допуштени и посебни међуспорови, који би поступак морали сасвим угушити. Због тога последице пропуштања наступају без обзира на праву вољу странака, коју суд уопште не испитује. То правило претставља за грађ. поступак један неопходно потребан формализам и он у процесу искључује потпуно све обзире правиче. Он, шта више, повећава захтеве који се од странака траже и њихову одговорност сасвим изванредно. Странка је у грађ. парници у својим радњама, у битности, потпуно слободна, али она ради и чини пропуштања сасвим на своју опасност. Она је за све радње и пропусти и себи и другима одговорна, без обзира на питање кривице, и због тога нема повраћаја у пређашње стање због мањкавих радња и таквих пропуштања које је учинила странка која је суду приступила. Исто тако нема повраћаја у случају фингираног пропуштања: ако дошавша странка не расправља, упркос томе што ју је суд позвао да расправља, или се са рочишта удаљи, она не може тражити повраћај у пређашње стање. Ни код потпуних пропуштања рокова и рочишта се не пита да ли је странка хтела да ради или није и зашто је пропуст починила. И само ако је пропуст учињен услед природних догађаја, или других случајева који нису могли бити отклоњени, имају се такве околности узимати у обзир, и то само због тога, што у тим случајевима странци није била дата могућност да буде код суда саслушана. Искуство учи да у грађ. спору има случајева у којима је странка озбиљно хтела да дела, али то није могла, или зато што парничне радње није уопште могла да предузме, или што није могла да их предузме онако како је то требала да учини. Ако Грађ. поступак ни у тим случајевима не би имао обзира на сам разлог пропуштања, он би постао неверан своје рођеном циљу: да буде институт за остварење права. Јер, иако поједине установе Грађ. парн. поступка, са незнатним изузецима, не стоје у вези са конкретним приватним правом, утолико више служи приватном праву Грађ. поступак узет као целина. Он мора, дакле, од времена на време, имати обзира на то да странка парничне радње, иако је хтела, није могла да предузме. Ти обзир

се састоје у томе, што суд испитује разлоге за нерадњу странака, или за неблаговремену радњу, и тај поступак претставља изузетак од процесног формализма који је напред истакнут.

Различита законодавства регулишу те случајеве на различите начине и то отступање од редовног поступка је утолико веће, уколико су они мање саставни део Поступка. Са великом умешношћу је аустр. Грађ. поступак том отступању, које диктују разлози целисходности, умео дати чврсту, начелну основу, која Парнични поступак издиже изнад ситничарских, утилитарних обзира, обзира на поједине случајеве. Грађ. поступак је тај проблем решио аналогно т. 2 §-а 498, са гледишта права странака да буду код суда саслушане, и само у случајевима где би пропуштање значило ускраћивање саслушања са стране суда, само у тим случајевима отступа Грађ. парн. поступак од свога основног начела: да је воља странке приликом пропуштања без значаја. Само у тим случајевима допушта Закон испитивање разлога пропуштања и, према резултату тога испитивања, даје могућност саслушања пред судом. То отступање Закона има места, услед тога, само код потпуних пропуштања, јер само у том случају није странка имала прилике да буде пред судом саслушана. Ако је странка имала, међутим, не само правну, него и фактичну могућност да буде саслушана, и ако је пропустила само ту другу прилику, остаје Грађ. поступак при своме редовном начелу. Основна мисао повраћаја у пређашње стање није, према томе, справедливост, него правни принцип: *audiatur et altera pars*; то је, дакле, један правни институт, а ни у ком случају један институт правде и правиче. Према томе, не постоји у Закону *favor restitutionis*. Против тога не говори чињеница да Закон тражи да странка има чињенице на основу којих тражи повраћај учинити вероватнима, јер се вероватност квалитативно не разликује од редовног доказа. Закон се у неким случајевима задовољава вероватношћу, уместо редовног доказа, не зато што суд у случају вероватности не би морао бити убеђен о истинитости чињеница које се тврде, него из обзира убрзања поступка. То исто је разлог што Закон против закључка којим се дозвољава повраћај у пређашње стање не дозвољава рекурс, а не обзира правиче, како се са противне стране тврди, те и тај пропис има да служи убрзању поступка а не странци која тражи повраћај. Како би Закон и могао налагати својим судовима да га примењују благо т. ј. рђаво и то још уз искључење правних лекова!

Иако је, дакле, законско стајалиште строго, судска пракса је блага, те повраћај у пређашње стање дозвољава и онда, ако је странка за пропуштање крива, или зато што је на то противник пристао. Међутим, што мање један грађ. поступак допушта извине, утолико ће странке бити пажљивије и утолико ће вођење спора бити живље и енергичније. Тако ће не само поједини спорови бити бржи и поштенији, него ће и шиканама бити пресечена свака могућност. Блага и попустљива пракса би омлгавила сваку процесну енергију и угрозила целу будућност Грађ. поступка и била, шта више, потицај за алкаво парничење. Да би

показао у коликој су мери такве примедбе оправдане, Полак наводи неколико случајева из којих се види, из каквих је све разлога повраћај у пређашње стање код бечких судова тражен, у којима, како Полак држи, у Закону за повраћај нема апсолутно никакве основе: 1) Странка приступа среском суду, док позив гласи среском суду за трговачке послове. 2) Странка проналази дворану за расправљање у палати Правде доцкан. 3) Странку судски послужитељ упућује погрешно у другу расправну дворану, а не у ону у којој је требала приступити, услед чега странка рочиште пропушта. 4) Часовник изостале странке заостаје према часовнику суда. 5) Часовник цркве, у чијој близини странка станује, разликује се од часовника суда. 6) Странка се успавала и зато пропушта рочиште. 7) Странка се на путу задржава у разговору са својим пословним пријатељем и пропушта рочиште. 9) Странка долази пред суд уместо у 9 у 10 часова и позива се на то да јој није познато да *hora legalis* више не постоји. 9; Странка не приступа ср. суду, којих је у граду више, јер држи да не надлежном суду не мора приступити. 10) Странка је отпутовала још пре него што јој је тужба уручена, а враћа се кући тек пошто је расправа одржана. 11) Туженик одлази тужиоцу пред рочиште да се са њиме нагоди, али тужиоца не затиче код куће и зато изостаје. 12) Воз којим странка путује на расправу задоцњава. 13) Туженог лекара задржава пацијент који му је дошао непосредно пред рочиште и зато рочиште пропушта. 14) Странку позивају телеграфски болесној матери и она услед тога задоцњава. 15) Туженик исплаћује тужиоца непосредно пред рочиште и углављује мировање поступка, али тужилац ипак на рочиште приступа, где тражи и добија пресуду због изостанка. 16) Позив на рочиште уручен је доцкан увече домару, који га издаје странци тек ујутру, пошто је рочиште одржано. 17) Суд усмено објављује дан нове расправе, али га странка рђаво прибележи и приступа суду тек идућег дана. 18) Странка одоцни на рочиште код среског суда, јер је код другог среског суда било тога дана 20 првих рочишта. 19) Странка има истога дана код два разна судије среског суда рочиште у 9 и 12 часова, и пропушта доцније рочиште зато, јер је прво трајало, неочекивано, после 12 часова. 20) Адвокат не приступа суду јер од странке, иако је пожуривао, информацију благовремено није добио; странка тврди да је то непредвиђен догађај. 21) Странка која станује ван места суда, разболи се три дана пред рочиште; тражи повраћај јер је хтела да на рочишту лично учествује. 22) Солицитатор адв. канцеларије, поднесак који је био добро адресован, предаје, погрешно, другом суду. 23) Поднесак је на поштанском омоту упућен другом суду, или је сам поднесак рђаво упућен. 24) Рок за предају одговора на тужбу у адвокатској канцеларији се погрешно заводи у адвокатски дневник, било од адвоката, било од канцелисте, који је за то добио *ad hoc* налог. 25) Адвокат је последња два дана спречен да сачини одговор на тужбу и да га благовремено преда. 26) Адвокат предаје рекурс непосредно код рекурсног суда; наводи као разлог за повраћај да се у 1 ст. §-а 614 каже: да се

рекурс улаже предајом рекурсног писмена онемо суду чији се закључак побија. Из свих се тих наведених примера, закључује Полак, види, да се повраћај у пређашње стање тражи и тамо где за пропуштање терети кривица очевидно странку; због незнања законских прописа, као и због догађаја који изостанак не могу никако оправдати.

Из историје постанка као и из самога текста §-а 146 аустр. Грађ. зак. (наш § 210), у вези са §-ом 147, закључује, напоследку, Полак: да повраћају у пређашње стање због незнања законских прописа нема места; да је израз у §-у 146 „непредвиђен догађај“ погрешан и да би он према правој вољи и намери законодавца требао да гласи управо: „непредвидљив“, а да „непредвидљив или неотклоњив догађај“ има да се тумачи не у смислу: „или један или други“, него у смислу: „догађај непредвидљив или бар неотклоњив“, чиме је законодавац хтео да каже, да сама чињеница да је догађај био непредвидљив није довољна да оправда пропуштање, ако га је странка ипак могла отклонити и суду приступити благовремено. Ако је на пр. улица којом је странка кренула суду била изненада и неочекивано затворена, та чињеница може бити разлогом за давање места повраћају само у том случају, ако странка суду није могла стићи благовремено ни заобилазним најкраћим путем. Под догађајем се, даље, не може разумети ма какав, свакодневан догађај, него догађај који се ређе дешава. Није, према томе, догађај да часовници један од другог отстају, али је догађај ако часовник метеоролошке станице показује знатну разлику у времену. Према томе је странка крива за све догађаје које је могла предвидети или бар отклонити. Ако је странка могла догађај, уз довољну пажњу, очекивати и отклонити, па било једно било друго пропусти, чини то на своју опасност, те јој се пропуст има рачунати у кривицу. Из свега тога излази да је у поступку за повраћај у пређашње стање урачуњљивост много строжија него она у приватном праву. Странци се урачунавају на терет не само зла намера и немарност, него и сви они случајеви који нису сасвим ретки, са којима, дакле, она мора рачунати. Само *vis cui resisti non potest* извињава, а не и *dammum quod imprudenti accidit*. У смислу Грађ. процеса су, међутим, многи људи *imprudentes* који у смислу прив. права то нису. У смислу §-а 146-ог (наш 210) постоји разлог за повраћај само онда, ако странка, и поред појачане пажње, не свакидашњу сметњу није могла предвидети, или бар отклонити. Странка, пак, у парници развија само онда пажњу уредне странке, ако не само као *bonus pater familias* помишља на редовне догађаје, него и на све оне случајеве који се одигравају често, и ако, било против једних било против других, не предузме мере да би их отклонила или обишла. Према томе, у напред наведеним практичним случајевима не постоје разлози за повраћај у пређашње стање. Такав резултат одговара и иначе усменом поступку, иако то појединцима може да не буде по вољи, јер у усменом поступку повраћаји у пређашње стање морају бити много ређи него

у писменом, да не би време и труд и странке и суд узалуд расипали.

У својој расправи *Versäumnisfolgen im Zivilprozesse*, коју је писао десет година после расправе чије смо основне мисли напред изнели, Рудолф Полак је о установи повраћаја у пређашње стање одржао, углавном, исто мишљење. Он ту констатује да је установа повраћаја у пређашње стање за време од десет година судске праксе издржала пробу и да би увођење приговора у аустр. Поступак, уместо повраћаја, после доброга искуства које се добило, значило погоршање а не поправку правосуђа. Не може се порећи да је у судској пракси било при решавању молби за повраћај и погрешних решења, што се нарочито догађало у првим годинама праксе аустриских судова; можда таквих случајева има појединачно и сада, али се, углавном, судска пракса држи прописа Закона, што признају и правозаступници, и склона је пре блажности него строгости. Услед тога су неосновани захтеви за повраћај постали у Аустрији врло ретки, што се може тумачити само тако, да за повраћај у правном животу нема потребе, јер последице пропуста, у највећем броју случајева, не погађају странку која је пропуст учинила против њене воље. Из свих тих разлога Полак закључује, да се предлог Конгреса адвоката, да се у Аустрији усвоје последице пропуштања како их регулише немачки Поступак, мора најодлучније одбити. Ако се, пак, буде радило о реформи аустр. Грађ. поступка у неким његовим прописима и установама, онда измена прописа о повраћају у пређашње стање не може бити никако у том програму.

Са друкчијега гледишта полази у питању повраћаја у пређашње стање други познати аустриски процесуалиста д-р Ханс Шперл у својој расправи *Unwahrheit im Urteil*. По њему је повраћај у пређашње стање установа за уклањање последица пропуштања које наступају не зато што парнична странка није хтела, него што није могла да дела. Ако се утврди да изостанак има разлог у не моћи а не у не штети, онда разлог за последице пропуштања отпада и контумациона пресуда остаје без своје стварне подлоге. Према томе контумациона пресуда има своје оправдање само дотле, док служи испуњењу стварних задатака Поступка: проналажењу и утврђивању правога правнога стања. Временски распоред у Грађ. поступку не може бити сам себи циљ. Погрешан је метод да се људи васпитавају да буду тачни на тај начин, да се због пропуштања рокова у спору кажњавају губитком њихових материјалних права и да се она, уз то, још и досуђују противној странци која је суду приступила. Нема, сем тога, ни таквога правнога правила да пропуст у току парн. поступка може бити сауса за стицање материјалних права. Порицано је да у установи повраћаја у пређашње стање постоји *favor restitutionis*, па ипак је тај *favor* у Закону јасно изражен. Повраћај у пређашње стање има корен у *aequitas juris*, у дужности законодавца да створи коректуре да норма, коју је он створио за случајеве који се јављају у маси, не би у појединим случајевима одвела резултатима који су у противности са целисходношћу и

справедљивошћу. Аустриски законодавац је томе *favor-y restitutionis* дао израза, пре свега, тиме, што је ускратио правни лек против закључка којим се повраћају у пређашње стање даје места (наш § 217). Ако је суд при томе отишао и предалеко и показао и великодушности, или се задовољио са врло мало вероватности, Закон не признаје ипак противнику право жалбе, нити какав правни интерес да даје или да одриче повраћај у пређашње стање, јер се повраћај у пређашње врши увек и у његову корист. Спор се за обе странке враћа у стање у коме је био пре него што је пропуст учињен, те тиме и противној странци стоје на расположењу сва права која јој Поступак даје за остварење њених циљева и предлога за пресуду, која је имала и када је спор отпочео. Ако је пресуда због изостанка била тачна, биће тачна и пресуда која буде донесена после контрадикторнога расправљања спора. Ако је, пак, била нетачна, зар да стварамо правне установе, или да постојеће законе примењујемо формалистички само зато да би могли одржавати на снази неосноване пресуде?

Да ли, дакле, постоји у Закону за повраћај у пређашње стање *favor restitutionis*? Судија у смислу Закона треба да прикупи разлоге за то да буде убеђен да је у конкретном случају било одиста препреке која је странку могла спречити да парничну радњу изврши. У примени средстава којима ће он доћи до уверења о вероватности, он је слободан. Он се приликама конкретног случаја може најбоље прилагодити, тражити више или мање вероватности; може поклонити вере и самој тврдњи странке која је пропуст учинила, без других доказа, и наћи да је већ она сама собом довољно вероватна. У аустриском Грађ. поступку је на најсрећнији начин омогућена хармонија између интереса реда и *favor-a restitutionis*. Аустриска пракса показује, међутим, при решавању захтева за повраћај у пређашње стање пре строгост, него *favor restitutionis*. Закон је положио, додуше, у руке судији да одлучи о томе да ли постоји разлог за повраћај, али га не приморава да при томе буде сувише тврд и да губи из вида крајњу сврху свакога спора: стремљење истинитим судским одлукама, које ће и са стране становништва бити примљене као тачне и истините само тада, ако странка, која је пропуст учинила, није парничну радњу извршила не зато што није хтела, него зато што није могла да ју изврши. У не моћи лежи прави основ повраћаја, из чега излази да се при одлучивању о давању места повраћају имају примењивати само субјективна мерила, јер су моћи и не моћи по својој најунутрашњијој природи претставе о томе, шта је сваки поједини човек у стању од себе дати а шта није. Ко је кадар наћи објективно мерило за то, шта су људи за одржање процесних рокова кадри учинити а шта нису! Наше доба није уопште наклоњено таквим шаблонизирањима, јер оно тежи свугде индивидуалисању и цени конкретне прилике. § 146 аустр. Грађ. пост. (наш 210) не садржи ништа друго него правило: да је разлог за повраћај у пређашње стање један спречавајући догађај који једна конкретна странка, према својим духовним моћима и у

своме тадашњем положају, није предвидела. Може бити да би друга странка, која је обдарена са више оштроумности, која има и правног и пословног искуства, у истом положају, могла сметњу и предвидети, али то оној другој, са мање знања и искуства, не одузима право на повраћај. Јер свако може развити парничну марљивост само према својим моћима, и не може бити никаква процесуална кривица ако је неко мање јак него други. И иначе дух данашњег времена иде за заштитом слабијих. Да ли се, пак, један догађај могао предвидети или није, то је, у сваком поједином случају, чисто чињенично питање. И историја постанка §-а 146 Грађанског парн. поступка, према којој су „непредвиђене сметње“ измењене у парламентарном Одбору у „непредвиђен или неотклоњив догађај“, доказује да је законодавац хтео да се при одлучивању о повраћају поступа благо а не строго.

7

У својој књизи: *Systematischer Grundriss der Rechtsquellen Literatur und Praxis des österr. Zivilprozesses und Executionsrechtes*, (Wien, 1903) Шперл је навео читав низ случајева из праксе аустријских судова у питању повраћаја у пређашње стање, који и за наше судове, да би се видело каквим су се обзирима при одобравању или одбијању молби за повраћај руководили аустријски судови, могу бити од користи. То су ови случајеви: 1) Незнање законских прописа, нарочито прописа Грађ. парн. поступка, не може бити разлог за повраћај у пређашње стање. 2) Исто тако што се странка у тренутку када је парнични предмет прозван налазила напољу, јер та чињеница нити је непредвиђен нити неотклоњив догађај, јер се странка, пре изласка, требала код судије пријавити. 3) У поступку за отказ закупних уговора, странка ревизију предаје тринаестог дана и тражи повраћај у пређашње стање на тој основи, да су и она и оба доња суда били у уверењу да и у отказном поступку вреди за подношење ревизије строги рок од 15 дана. Молба за повраћај је одбијена. 4) Није разлог за повраћај ни то што је странка добила код суда нетачне информације о томе, у којим часовима се поднесци код суда примају. 5) Против туженика, који на прво рочиште није приступио, изречена је пресуда због изостанка, иако је установљено да туженику тужба није била уручена прописно. Захтев за повраћај је одбијен, јер у конкретном случају није било места захтеву за повраћај, него призиву због ништавости. 6) Ако странка чека у судској писарници и тамо оглашење предмета пречује, то није догађај који се није могао предвидети, стога повраћају нема места. 7) Ако се пропуст догодио погрешком, ма и лакшом, правозаступника странке, ни то није разлог за повраћај, но он, под нарочитим приликама, може ипак бити разлогом за повраћај. 8) Ако странка пуномоћ адвокату пошаље благовремено, али је адвокат доцкан однесе (са поште), постоји разлог за повраћај. 9) Немарност адвокатског канцелариског намештеника није разлог за повраћај. 10) Адвокат који је телеграфски опуномоћен да

странку заступа, држао је да је, по телеграму, рочиште заказано за 10 а не за 9 часова. Оба суда су захтев за повраћај одбила. 11) Ако адвокат приступи суду пре часа у који је рочиште заказано, али пред другог судију и у другој расправној дворани, па ту добије одговор да ће се расправа ту одржати, међутим у другој дворани буде контумациран, ни то није разлог за повраћај. 12) Ако туженик уручену му тужбу пошаље адвокату који је, међутим, отпутовао, адвокатска канцеларија пошаље тужбу за њим, но ова стигне после рочишта на коме је туженик контумациран, ни у том случају не постоји разлог за повраћај, јер и адвоката и његову канцеларију терети кривица; адвоката, јер у канцеларији није оставио заменика; канцеларију, јер није настојала да рочиште обави други адвокат. 13) Ако туженик дан пре рочишта пошаље тужбу адвокату преко гласника, који адвоката не затече у канцеларији, него тужбу преда канцелариском чиновнику са изричитом молбом да овај тужбу преда адвокату, али чиновник то пропусти и туженик буде контумациран, постоји непредвиђен догађај због кога има места повраћају. 14) Није разлог за повраћај велики снег и болест у ногама, због које странка није суду приступила на време. 15) Ако је странка рочиште пропустила зато што је воз имао закашњења, онда то није разлог за повраћај ако су, услед несреће која се догодила пре неколико дана и која је била опште позната, сви возови стизали са закашњењем. 16) Ако је туженик неколико дана пре рочишта добио од тужиоца карту са извештајем да ће тужбу повући и да туженик на рочиште не треба да приступи, но упркос таквога извештаја тужилац дође на рочиште и туженика контумацира, ни то није разлог за повраћај у пређашње стање. 17) Није разлог за повраћај ни чињеница да је странка рђаво чула дан и час новог рочишта који јој је од суда усмено саопштен, јер је странка потписала записник који је садржавао и дан и час рочишта. 18) Ако је туженик пред оглашење ствари, уместо да чека у хладном ходнику чекао у судској писарници, постоји свакако разлог за повраћај у пређашње стање.

Из најновије праксе аустриских судова треба такође споменути неколико карактеристичних случајева повраћаја у пређашње стање: 1) Повраћај није искључен услед тога што се пресуда због изостанка може напасти и призивом, јер тужба није била правилно уручена. 2) Ако правозаступник на рочиште не приступи, може повраћај бити оправдан, иако је странка која се налазила у судској згради могла последице пропуста уклонити. 3) Постоји разлог за повраћај ако је услед погрешке судске канцеларије у отправку судскога позива био означен доцнији час него онај у који је рочиште одржано и странка контумацирана. 4) Постоји разлог за повраћај и онда ако је заступник странке услед уличне несреће за неколико минута закаснио. 5) Тешко обољење, ако странка није навела конкретне чињенице којима је болест била праћена, није разлог за повраћај; исто тако што странка није пажљиво прочитала садржину судскога позива; али може да буде разлогом за повраћај ако је на пр. општински бе-

лежник једној, праву неукој, странци дао погрешно обавештење. 6) Није разлог за повраћај рђава одбрана странке са стране њеног правног заступника (*restitutio ob malam defensionem*), јер Парн. поступак такав разлог за повраћај не познаје. 7) Постоји разлог за повраћај ако неписмени и праву неуки сељак приступи уместо окружном, среском суду, држећи да је за њега тај суд надлежан.

Враћајући се после неких четрнаест година (1928) поново на питање повраћаја у пређашње стање у своме чланку о Францу Клајну,¹⁾ Шперл констатује, да је некадашња строгост аустријске праксе у просуђивању услова за повраћај у пређашње стање знатно попустила. Да је на место објективне теорије, која је § 146 аустр. Грађ. пост. тумачила тако, да је странка дужна исказати такву сметњу која, објективно узевши, претставља непредвидљив или неотклоњив догађај, ступила субјективна теорија, по којој је довољан спречавајући догађај, који странка у своме положају, према својим способностима и своме начину, није могла предвидети или отклонити. Данашња пракса у Аустрији иде за том субјективном теоријом.

8

Намеће се питање какве закључке из свих тих мишљења аустријске теорије и одлука судске праксе можемо извући ми, овде у Југославији, који смо установу пресуде због изостанка и пропуштања из аустр. Грађ. поступка у целини примили. Ми држимо ове:

Нема никаквог разлога помишљати ни овде код нас на то, да се пресуда због изостанка и пропуштања из нашега Грађ. процесног система сасвим уклони, јер она, као што смо писали, има несумњиво свој велики практичан значај. Њено процесно-правно оправдање лежи, пре свега, у чињеници, да се она доноси по пристанку странке која је пропуст учинила, у свима случајевима у којима странка против пресуде нити улаже правни лек, нити тражи повраћај у пређашње стање. И, како је пристанак странке у Грађ. поступку и иначе разлог за кондемпнаторну, а и за одбијајућу пресуду, пресуда због изостанка и пропуштања није, у свим тим случајевима, ниуколико мање оправдана од пресуда које се доносе на основу признања или одрицања од тужбеног захтева. Нема никакве сврхе, према томе, вршити у тим случајевима испитивања о томе, да ли је туженик изостанком наводе противникове признао, када његово доследно пасивно држање доказује, да се он са пресудом донесеном у његову отсуству и са њеним последицама мири и задовољава. Како, пак, судска пракса доказује, да у највећем броју случајева изостала странка против контумационе пресуде не улаже нити призив, нити тражи повраћај у пређашње стање, било би у највећој мери неекономично тражити од тужиоца да своје чињеничне наводе и у таквим случајевима доказује. Да их доказује доказним средствима, чије би трошкове извођења морао сносити ипак туже-

¹⁾ V Iherings Jahrbücher, Bd. 78, стр. XXXIII.

ник, који на прво рочиште није приступио, или одговор на тужбу није дао, можда, баш због тога да би избегао контрадикторну расправу спора и трошкове које она собом доноси. Пресуда због изостанка и пропуштања, дакле, у свим случајевима, у којима странка која је пропусти починила остаје до краја пасивна, трпећи против себе, можда, чак и овршне мере, омогућује решавање знатног броја спорова уз најмањи губитак у времену, радној снази и трошковима, и зато је њена практична корист у Грађ. парн. поступку несумњива.

Иако се пресуда због изостанка и пропуштања доноси под претпоставком да туженик пристаје да се о тужбеном тражењу решава у његову отсуству и без његова саслушања, и у већини случајева остаје према пресуди неутралан, законодавац је ипак дужан водити рачуна о томе, под каквим предусловима да се доношење пресуде због изостанка допусти. Он је о тим предусловима дужан водити рачуна и строго их законом регулисати нарочито због тога, да би пресуда због изостанка била основана и прихватљива и у оним случајевима, у којима изостала странка не остаје пасивна него тражи повраћај у пређашње стање, па јој се он, из ма каквог разлога, не одобри. Због тога и у нашем Грађ. парн. поступку претставља нарочити проблем узаконење предуслова за изрицање потпуне контумације у случају §-а 492, према коме се у случају изостанка ма које од странака имају сматрати истинитима усмени чињенични наводи дошавше странке, уколико нису оповргнути доказима који су већ пред судом или чињеницама које су код суда опште познате. Будући се, пак, код сваке пресуде која се доноси на основу туженикова изостанка може претпостављати да он пристаје да против њега буде донесена пресуда само на основу оних навода тужиоцевих који су му пре првог рочишта саопштени, нама се чини, да првобитна редакција §-а 396 аустр. Грађ. зак. (§ 412 аустр. зак. Основе) питање пресуде на основу изостанка туженикова решава правилније — иако уз помоћ фингираног признања тужбених навода — него доцнији, законски текст, који је ушао и у § 492 нашега Грађ. парн. поступка. Садашњи законски пропис, у свим случајевима у којима изостали туженик не успева нити са повраћајем у пређашње стање, нити са призивом, претставља за туженика највећу опасност, јер приморава суд да на његову, туженикову, штету сматра истинитима и оне усмене наводе тужиоцеве, које тужба не садржи и који туженику нису никако саопштени. Тај првобитни, пројектовани текст садашњег §-а 396 аустр. Грађ. зак., служи и самој установи пресуде због изостанка у Грађ. поступку далеко више него садашњи законски текст, јер повишава у највећој мери број случајева у којима туженик према тужбеним наводима остаје до краја пасиван, док је по садашњем законском тексту у много случајева приморан да на прво рочиште приступа само зато да би дао одбрану и против таквих тужиоцевих навода које тужба не садржи и који му нису саопштени.

Држимо да и у погледу тужиоца стоји ближе стварности првобитно пројектована редакција аустр. §-а 396, према којој се тужба у случају изостанка тужиочева има сматрати повученом, јер ни у случају изостанка тужиочева нема никаквог разлога претпостављати да отсутни тужилац пристаје да се истинитима имају сматрати и они усмени наводи туженикови, који му претходно нису саопштени и о којима он нема апсолутно никаква знања. За текст аустр. зак. Основе би говорио и тај формалан разлог, да се по садашњем зак. тексту тужилац услед изостанка одбија са тужбом у меритуму, иако он тужбу пред судом на првом рочишту усмено није изнео. Нема, даље, прихватљивог разлога за то, да се на првом рочишту странке третирају строжије у погледу ново изнесених чињеница него у случају §-а 495, у којем се нове, први пут изнесене чињенице, и у поступку пред окружним, као и у поступку пред среским судом, имају пре изрицања пресуде због изостанка противнику саопштити. Нема, напослетку, разлога ни за то да се у случају §-а 492 обе парничне странке третирају по сваку цену потпуно једнако, када ни њихов положај на првом рочишту није ниуколико једнак. Јер док је изостали туженик бар о тужбеним наводима потпуно обавештен, изостали тужилац нема пре првога рочишта никаквог знања о томе какву ће одбрану туженик дати. Према томе се може најмање претпостављати да тужилац, који на прво рочиште није приступио, усмене наводе туженикове признаје истинитима. Наше је мишљење, према томе, да би, уколико се буде радило о ревизији зак. прописа у погледу потпуне контумације, §-у 492 нашега Грађ. парн. пост. требало дати нову, преиначену редакцију, у том смислу: да се у случају изостанка туженикова са првога рочишта претпоставља да туженик пристаје да у смислу тужбених навода буде против њега донесена пресуда без његова саслушања. — Фикција признања тужбених навода, и да ли се они имају сматрати истинитима, према таквој редакцији закона би сама по себи отпала. — Ту претпоставку о пристанку на пресуду без саслушања, властан је туженик да обори предлогом ради повраћаја у пређашње стање, пошто увери суд да је на рочиште озбиљно хтео да приступи, али да то није могао да учини из разлога за које он не може сносити кривицу. — У случају изостанка тужиочева постоји претпоставка да је тужилац хтео да тужбу повуче, али је и он властан да повраћајем у пређашње стање ту претпоставку обори.

Ако је пресуда због изостанка и пропуштања оправдана у случајевима у којима странка која је пропуст учинила не улаже нити правни лек нити тражи повраћај у пређашње стање, она може да буде неоснована и неприхватљива, ако је странка имала озбиљну намеру да на рочиште приступи или да парничну радњу изврши, али то није учинила из разлога који стоје ван њене воље и кривице. Питање како да се за такве случајеве нормира у закону уклањање последица изостанка и пропуштања, чини једно од средишњих питања контумационих система свих грађ. парн. поступака који воде рачуна о томе, да пресуда због изостанка

и пропуштања не буде средство за досуђивање и одрицање материјалних права и тамо, где не постоји никакав оправдан разлог претпостављати да је на такво досуђивање или одбијање отсутни противник пристао. Наше је мишљење да је наш законодавац при избору средства за стављање ван снаге пресуде због изостанка, усвајајући повраћај у пређашње стање а не противљење, изабрао добар пут. Држимо да су у праву они који мисле да нема никаквога прихватљивог разлога омогућити туженику да и у оним случајевима, у којима он на прво рочиште није приступио очевидно зато да би расправу спора одуговлачио, руши пресуду због изостанка противљењем (опозицијом), не уверавајући суд да је рочиште пропустио нехотице и без своје кривице. Мишљења смо, напротив, да се обарање пресуде због изостанка и пропуштања може дозволити само изузетно, испитујући у сваком поједином случају све прилике под којима се изостанак и пропуштање десили и допуштајући повраћај у пређашње стање само тамо, где је странка успела да увери суд да је имала озбиљну вољу и намеру да суду приступи или да парничну радњу изврши, али да то није учинила из разлога због којих њу не може теретити одговорност ни у ком погледу. У сваком другом случају рушење пресуде због изостанка и пропуштања значиће хотимично одуговлачење спора и процесну шикану, не само на штету противнику, него и на штету свих осталих парничара чији спорови чекају код истог суда своје хитно решење.

Како да се у самом закону нормирају услови за повраћај у пређашње стање и да ли је пропис нашега Закона о повраћају такав да се он може у пракси с успехом примењивати, чини, према томе, такође један од нарочитих проблема у контумационом систему нашега Грађ. парн. поступка са којим је потребно да се и Конгрес правника позабави. Излажући објективну теорију д-ра Рудолфа Полака и субјективну теорију д-ра Јована Шперла, ми смо показали да се претставници оба правца слажу у томе, да се непознавање законских прописа, као и споразум странака, не могу ни у ком случају узаконити као разлози за повраћај у пређашње стање. Видели смо, међутим, да субјективни правац истиче, да и непознавање зак. прописа, под нарочито олакшавним околностима, може бити разлог за повраћај, као што је из аустр. праксе поменути случај неписменог сељака који приступа среском, уместо окружном суду, држећи да је за њега само срески суд стварно надлежан; или случај неписмене странке којој општински бележник даје о судском позиву погрешна упутства, у којим случајевима су аустриски судови повраћају давали места. Да ли је, међутим, могуће у случајевима у којима је пропуст учињен због узрока који леже у самој личности странке, а не у спољним догађајима, дати места повраћају у пређашње стање и према тексту који садржи § 210 нашега Грађ. парн. поступка? Излажући мишљење аустриских процесуалиста о смислу тога законског расположења, ми смо указали на то, да се њихова схватања у погледу значења израза „непредвиђен или неотклоњив догађај“ разликују, и да сам тај израз није одиста такав да не

би остављао никакве сумње о том, какво значење има да му се придаје и како он има да се у пракси примењује. Ми смо показали, међутим, да се аустриска судска пракса и поред такве, можда не најсрећније законске редакције, ипак снашла и да она, напустивши првобитан строжији, објективан правац, иде данас поуздано субјективним, блажијим путем. Показали смо, даље, да новија аустриска пракса под „непредвиђеним и неотклоњивим догађајем“ разуме догађаје и сметње које једна конкретна странка, у конкретном случају, са њеним духовним моћима није била у стању да предвиди и да аустриски судови дају, према томе, повраћају места и због узрока који леже у самој личности странке која је пропуст учинила. Према томе би и наши судови, који, бар како уверавају досадашњи извештаји, воде при оцењивању услова за повраћај у пређашње стање једну и сувише строгу и нехуману праксу, морали водити рачуна о томе, да у нашем Законику, како је то лепо развио проф. Шперл, постоји ипак *favor restitutionis*. Закон је припустио суду, без права противника да се против судске одлуке жали, да молбу за повраћај у пређашње стање уважи у свима случајевима, у којима је стекао уверење да је странка имала озбиљну вољу и намеру да суду приступи, или да парничну радњу изврши, али да то није могло да учини због узрока који леже ван њене воље и кривице (у нашем §-у 217-ом дати су изузеци када рекурсу има места). Занимљиво је, међутим, да ни проф. Шперл, који је, како смо видели, одлучно за тумачење Закона у смислу *favor-a restitutionis*, није тражио да се § 146 аустр. Грађ. зак. преиначи у том смислу, како би у њему јасно и несумњиво дошло до израза то субјективно мерило, него је тражио само то да Закон и судска пракса тумачи у томе блажијем смислу, који по његову уверењу у Закону стварно постоји. Наше је мишљење, да би и овде код нас у Југославији, била у првом реду дужност судова да воде рачуна о томе да у Закону постоји *favor restitutionis* и да по примеру аустриских судова воде, нарочито при просуђивању постојања услова за повраћај против пропуштенога првог рочишта, блажију и хуманију праксу од досадашње, због чије се строгости и неумитности чују још непрестано с дана на дан тужбе и незадовољства. Ако су и сувише строгу праксу могли да напусте аустриски судови, прилагођавајући се духу Закона и потребама практичнога живота, то ће свакако, пошто увиде смисао и намеру Закона, умети учинити и наши судови. — У сваком би, пак, случају требало да се и Конгрес правника позабави питањем, да ли је била потреба да се систем контумације аустриског Грађ. поступка у нашем Законику пооштрава још више посл. реч. §-а 212, коју аустр. Поступак не познаје, према којој се по истеку три месеца од пропуштања повраћај не може тражити.

Према свему томе, дакле: ако наши судови буду водили рачуна о томе да и наш Закон омогућује при просуђивању предуслова за повраћај у пређашње стање блажија мерила, онда ће и потреба нове редакције §-а 210 нашега Грађ. парн. пост. сама од себе отпасти. Ако се, пак, таква блажија примена Закона

путем судске праксе не би могла постићи, onda не би ostalo drugo nego da se § 210 Грађ. парн. поступка преиначи, како би у њему у погледу предуслова за повраћај дошло јасно и несумњиво до израза то блажије мерило. Тај нови текст § 210 имао би да гласи, према свему што смо о повраћају као установи у току ове наше рефераде рекли, отприлике тако: да повраћају у пређашње стање има места, ако је странка имала озбиљну вољу и намеру да приступи на рочиште или да предузме за рок везану парничну радњу, али то није могла да учини због узрока за које она не може сносити одговорност. Ми, међутим, држимо да за такву измену Закона неће бити потребе и да ће наши судови у том погледу, као и иначе, умети у потпуности одговорити задатку који се од њих очекује.
