

*Mr Marko Knežević, asistent
Pravnog Fakulteta u Novom Sadu*

UGOVOR O ČINJENIČNOM STANJU ZAKLJUČEN U POSTUPKU POSREDOVANJA*

Sažetak: U Zakonu o posredovanju-medijaciji od 2005. godine predviđeno je da stranke mogu okončati postupak posredovanja i zaključivanjem ugovora o činjeničnom stanju koji će im služiti u docnijem meritornom rešavanju njihovog spora. Spram svojih osnovnih obeležja, ovaj institut se istražuje u kontekstu parničnog postupka. Nakon pojmovnog određenja i obrađivanja pravne prirode, istražuje se u kojoj meri je ugovor o činjeničnom stanju usklađen sa domaćim procesnim sistemom. Nadalje utvrđuju se granice dejstva ugovora, pri čemu se sa posebnom pažnjom obrađuju pitanja koja u svom ishodištu tangiraju prirodu parničnog postupka. Na kraju ispituje se da li postoje argumenti koji opravdavaju uvođenje ugovornog, vanprocesnog determinisanja činjeničnog stanja u ovom konkretnom slučaju, te se ukazuje i na moguće negativne praktične reperkusije u funkcionisanju ovog instituta.

Ključne reči: ugovaranje činjeničnog stanja, postupak posredovanja, procesni ugovor, raspravno načelo, nedopuštene dispozicije.

I Uvod

1. Poslednjih godina kod nas, u skladu sa kretanjima na globalnom planu, sve više se afirmiše mirno rešavanje građanskopravnih sporova. Jedan od modaliteta jeste i posredovanje, metod koji je i među ostalima dao najviše rezultata. Zahtev za afirmacijom ovog metoda zasnovan na njegovim pozitivnim efektima, koji se nažalost često neobazrivo prenaglašavaju

* Rad je posvećen projektu „Pravo Srbije u evropskoj perspektivi“, br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

relativizujući time ceo sistem zaštite građanskih subjektivnih prava, doveo je do potrebe da se on zakonski uredi. Sledeći takav kurs, 2005. godine je i domaći zakonodavac „ozakonio“ ovu materiju Zakonom o posredovanju-medijaciji.¹ U odredbama ZP, između ostalih, našla se i ona koja predviđa da stranke mogu, ako se ne saglase o pravnim pitanjima, da se saglase o činjeničnim pitanjima njihovog spora, te da će ih takva saglasnost uz ispunjenost odgovarajuće forme i odricanje od tajnosti podataka obavezivati u daljem meritornom rešavanju spora (član 16. stav 7. ZP).

2. Institut koji je određen citiranom odredbom, a koji mi nazivamo ugovorom o činjeničnom stanju, može se principijelno posmatrati iz dva ugla: iz ugla postupka posredovanja, i iz ugla parničnog postupka. U kontekstu prvog, radi se o „saglasnosti“ stranaka kojom se okončava postupak posredovanja. Sva ostala obeležja tiču se drugog ugla gledanja, i samo su u vezi njega aktuelna.² U skladu sa tim ćemo se i fokusirati na parnični pogled na institut, koji je, smatramo i to ćemo pokušati i da kroz gotovo sve delove rada pokažemo, preovlađujući i primarni.

II Pojam i osnovna obeležja

1. Zakonska formulacija ovog instituta opravdava njegovo terminološko određenje kao ugovora. Naime, stranke se saglašavaju o nečemu (ovde činjeničnim pitanjima) što ima određeno pravno dejstvo (ovde procesno dejstvo).³ U tom smislu možemo reći da se ovde radi o strogo formalanom ugovoru koji stranke zaključuju u postupku posredovanja, a kojim one za potrebe meritornog rešavanja svog spora određuju činjenično stanje, ili samo njegov deo.

2. Stranke mogu zaključiti ugovor o činjeničnom stanju samo tokom postupka posredovanja. Takvo određenje zahteva pojašnjenje u pogledu tri aspekta. Prvo, ono podrazumeva da će ugovor biti punovažan samo ako je uopšte posredovanje dozvoljeno; drugim rečima potrebno je da u konkretnom slučaju postoji tzv. koncilijabilnost.⁴ Stranke mogu da za-

¹ Službeni glasnik RS, br. 18/2005; u daljem tekstu ZP.

² Kažemo iz ugla parničnog postupka iz dva razloga: prvo, zato što je parnični postupak metod rešavanja sporova, za razliku od vanparničnog i izvršnog postupka, i drugo, zato što je parnični postupak primarni metod rešavanja sporova, u relaciji sa arbitražnim postupkom.

³ Iako je upotreba termina ugovor, saglasnost ili sporazum stvar konvencije, čini se da je konkretno ugovor najprihvatljivije rešenje, jer se njime više nego kod drugih termina apostrofira pravno dejstvo.

⁴ Po ugledu na arbitražni postupak i arbitrabilnost, i ovde je moguće konstruisati takav pojam koji će označavati skup opštih ograničenja kojima se određuje dozvoljenost po-

ključe ovaj ugovor stoga samo ako se radi o sporu o pravima kojima one mogu da slobodno raspolazu, a za čije autoritativno rešavanje nije predviđena isključiva nadležnost suda ili drugog organa (arg. član 1. stav 1. ZP).⁵ Dalje, stranke mogu se saglase o činjeničnim pitanjima samo onog spora u vezi kojeg su i vodile posredovanje. Na kraju, stranke mogu zaključiti navedeni ugovor ne samo u postupku posredovanja koji se vodi posle pokretanja parničnog postupka, već i u onom koji prethodi parničnom postupku. Iako metod regulisanja ovog instituta u ZP stvara pometnju po tom pitanju, jer ga reguliše u u delu koji nosi naziv „Posredovanje posle pokretanja parničnog postupka“ i koji se mahom odnosi upravo na tu situaciju, opšta odredba ZP iz člana 1. stav 2. govori izričito o polju primene celokupnog zakona.

3. Određenje da stranke ugovorom određuju činjenično stanje u sebi sadrži dva elementa pojma – predmet i dejstvo ugovora.

Predmet ugovora po slovu zakona su činjenična pitanja spora, ne i pravna (član 16. stav 7. ZP). Ova izričita zakonska distinkcija kada se dovede u vezu sa ambijentom u kojem ugovor treba da proizvede dejstvo, kao i sa samim dejstvom, ukazuje na opravdanost određivanja predmeta ugovora kao činjeničnog stanja. Naime, činjenična pitanja u parnici su ona koja se odnose na faktičke odnose, tj. ona koja se odnose na prošle i sadašnje spoljašnje događaje ili unutrašnja stanja; sva ostala su pravna. Samo su izjave stranaka o činjeničnim pitanjima podobne da budu predmet dokazivanja, ili da budu priznate; pravna pravila i njihovo tumačenje ne mogu biti predmet niti dokazivanja niti priznanja. Onda kada su utvrđenja činjenična pitanja (dokazivanjem ili na drugi način) ona tvore činjenično stanje, donju premisu sudskog silogizma na koju sud radi odgovora na pitanje osnovanosti tužbenog zahteva primenjuje pravnu normu kao gornju premisu. Prema tome, određenje da je predmet ugovora činjenično stanje podrazumeva da se stranke saglašavaju o svim ili nekim pitanjima koja se tiču faktičkih odnosa vezanih za njihov spor; za praksu važnije, negativno određeno, stranke se ne mogu saglasiti o pravnim pitanjima: o pravnoj normi (materijalnopravnoj ili procesnopravnoj) koju treba sud da primeni, eventualnim običajnopravnim pravilima kao ni i o tumačenju

stupka posredovanja – koncilijabilnost. Termin koncilijabilnost potiče od S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004, str. 925.

⁵ Treba napomenuti da u pogledu drugog uslova koncilijabilnosti – odsustva isključive nadležnosti suda ili drugog organa – baš kao i u pogledu identično postavljenog uslova kod arbitrabilnosti, nema jasnog odgovora. Radi se o veoma kompleksnom pitanju, jer je isključiva nadležnost suda ili drugog organa formulacija koja je u velikoj meri neodređena i indukuje brojna pitanja.

pravnih normi, gde spada i ocena u konkretnom slučaju tzv. neodređenih pojmova, pravnih standarda koji su deo materijalnopravne norme (npr. pažnja dobrog domaćina, teže ogrešenje o zakonsku obavezu izdržavanja, i sl; zapravo, tu se radi o pravilima iskustva koji su deo pravne norme).⁶ Ipak, izuzetak u pogledu saglasnosti o pravnim pitanjima bi izuzetno mogao postojati; u nauci se ističe, što svakodnevna praksa potvrđuje, da predmet priznanja u parnici mogu biti i tzv. pravno odevene činjenice (nem. *juristische verkleidete Tatsachen*), činjenični sklopovi koji grade određen pravni pojam (npr. prodaja, svojina, zajam i sl.); uslov da bi takvo priznanje imalo dejstva jeste da se radi o jednostavnim i poznatim, svakodnevним pojmovima, odnosno da je stranka svesna njihovog značenja.⁷ Na osnovu toga bi i predmet saglasnosti stranaka mogli biti takvi pravni pojmovi.⁸

4. Kao što je rečeno, označenje predmeta ugovora kao činjeničnog stanja znači i određivanje njegovog dejstva. Uzimajući u obzir čisto procesno značenje pojma činjenično stanje, dejstvo ugovora se ogleda u tome da ga stranke same determinišu; sadržaj ugovora predstavlja deo, ili možda čak i celu donju premisu sudskog silogizma. Drugim rečima parnični sud bez potrebe dokazivanja uzima u obzir usaglašeno stanje stvari u ugovoru, koje tako postaje činjenično stanje, jer ga sud koristi kao činjenični osnov svoj odluke, i to ravnopravno sa činjenicama koje je utvrdio putem dokazivanja (naravno u hipotezi da stranke nisu u potpunosti determinisale činjenično stanje).⁹

⁶ Dakle, ako postoji spor o pravu na naknadu nematerijalne štete usled saobraćajne nezgode, može se postići saglasnost o tome da je jedna stranka pretrpela strah (činjenično pitanje), ali ne i o tome da je ona pretrpela opravdan strah u smislu člana 200. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima (pravno pitanje).

⁷ V. G. Najman, *Komentar Građanskog parničnog postupka, Druga knjiga*, Beograd, 1935, str. 897; O. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, München, § 45 I; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 14. Auflage, München, 2004, § 111 Rn. 4; W. Grunsky, *Zivilprozessrecht*, 13. Auflage, München, Köln, 2008, Rn. 140.

⁸ Međutim, u tom slučaju je teško utvrditi da li je stranka svesna značenja konkretnog pravnog pojma; suprotno, u parnici to odlučuje sud, i to, kako se sugeriše u teoriji, veoma oprezno. U tom smislu, čim sud ima osnova da pretpostavi da može postojati nejasnoća (npr. stranka možda prizna da je vlasnik neke stvari njen protivnik, ali moguće da je pomešalo svojinu sa državinom) bez daljnjeg nije vezan takvim priznanjem, već treba da koristi svoja ovlašćenja u pogledu razjašnjavanja stanja stvari te da stimuliše detaljno činjenično izjašnjenje stranke. V. W. Grunsky, *op. cit.*, loc. cit.

⁹ Treba naglasiti da se obaveznost se odnosi ne samo na stranke, kako bi dikcija ZP upućivala, već i na sud; radi se o sporazumu kojim treba da se proizvede procesno dejstvo (obavezuje stranke u „daljem postupku“), pa otuda bi bilo apsurdno njegovo postojanje ukoliko ne bi imao obaveznost u odnosu na sud.

5. Odredba ZP u pogledu forme upućuje na zaključak da se radi o strogo formalnom ugovoru; on će važiti ukoliko je zaključen u pisanoj formi, uz alternativno postavljeni uslov da je «saglasnost overio posrednik ili drugi ovlašćeni organ». Pri ovakvoj zakonskoj formulaciji nejasna je koncepcijska opredeljenost zakonodavca u pogledu svrhe i uopšte vrste overe, jer je priroda subjekata koji trebaju da „overe saglasnost“ različita, a odatle i svrha i vrsta same overe.¹⁰ Iako strogo gledano ne spada u zahtev forme, uslov punovažnosti ugovora je i odricanje stranaka od tajnosti podataka.

III Pravna priroda

1. Iako pitanje pravne prirode ovog instituta nije nigde do sada pokrenuto, može se reći da je u teoriji sporno. Ugovorni nastanak van parnice i procesno dejstvo čine ovaj institut delom šireg problema u procesnoj nauci koji u svom krajnjem rezultatu svodi na pitanje samog pojma parnične radnje stranaka. Imajući to u vidu, određivanje pravne prirode u ovom konkretnom slučaju bilo bi nesrazmerno u kontekstu teme istraživanja; nesrazmerno, jer su obe koncepcije pojma parnične radnje koje postoje u praktičnim rezultatima jednake. Čini se da je u tom smislu bolje samo izložiti gledišta dve teorije o parničnim radnjama koje postoje, odnosno rezultate koji se dobijaju njihovom upotrebom u ovom konkretnom slučaju.

2. Prema prvoj koncepciji parnične radnje su samo one radnje stranaka koje su regulisane procesnim pravom i koje proizvode svoje dejstvo neposredno u parnici.¹¹ Bitno obeležje parničnih radnji u ovom kontekstu,

¹⁰ Naime overa ovlašćenog organa podrazumeva overu autentičnosti potpisa stranaka; njen cilj – postizanje većeg stepena pouzdanja u autentičnost potpisa – ostvaruje se time što je vrši organ javne vlasti (sud ili organ lokalne samouprave). Takva svrha se ne može ostvariti onda kada saglasnost overava posrednik, jer je on fizičko lice bez ikakvih javnih ovlašćenja. Zato i posrednik ne overava potpise stranaka, već overava samu saglasnost; funkcija overe posrednika bi se mogla naći u postizanju većeg stepena pouzdanja da se uopšte vodio postupak posredovanja, što svakako nadležni organ overe potpisa ne može ispuniti. Prema tome, nameće se zaključak da su obe hipoteze krnje, jer se u svakom slučaju ne ostvaruje svrha one druge. Radi se ipak o komplementarnim metodama, pa je bilo mnogo korisnije da su one kumulativno postavljene.

¹¹ U srpskoj i bišoj jugoslovenskoj teoriji većina autora zastupa ovu koncepciju. V. S. Culja, *Parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, str. 249; M. Marković, *Građansko procesno pravo, knjiga prva, sveska II*, Priština, 1966, br. 332; S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 343. i sled.; G. Stanković, *Građansko procesno pravo, Sveska prva, Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Niš, 2007, str. 254; B. Starović, R. Keča, *Građansko procesno pravo*, 3. izdanje, Novi Sad, 2004, str. 168; R. Keča, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 141.

što proizilazi i iz same definicije, jeste da su uvek adresirane na sud, nikada na protivnu stranku. Sve ostale radnje koje se preduzimaju van parnice, i koje ne ispunjavaju navedene kvalitete nisu parnične radnje. Tako, sporazum o nadležnosti (mesnoj ili međunarodnoj), arbitražni sporazum, izdavanje punomoćja nisu parnične radnje, jer se preduzimaju van postupka i njihov adresat nije sud, te stoga i nemaju direktno procesno dejstvo; one proizvode procesno dejstvo tek posredstvom neke druge parnične radnje, koja je, već po definiciji, adresirana na sud (npr. putem podneska uz koji se prilaže prorogacioni sporazum).¹² Na osnovu toga, sporazum o nadležnosti i arbitražni sporazum su materijalnopravni ugovori sa procesnim dejstvom.

3. Druga koncepcija podrazumeva šire sagledavanje problema. Ona kao kriterijum pripadnosti parničnim radnjama koristi funkcionalni momenat, pa se i određivanje pojma parničnih radnji u ovom smislu naziva funkcionalnim; parnične radnje su ne samo one koje su u potpunosti regulisane procesnim pravom i koje neposredno proizvode procesno dejstvo, već i sve one radnje koje svoje glavno, primarno dejstvo proizvode u postupku.¹³ Konsekventno tome parnične radnje se mogu preduzimati i van parnice kada po prirodi stvari nisu adresirane na sud.¹⁴ Na tim premisama je izgrađena kategorija procesnih ugovora, sporazuma koji predstavljaju parnične radnje stranaka, gde spadaju sudsko poravnanje, ali i prorogacioni sporazumi i arbitražni sporazum.

4. Suštinske karakteristike saglasnosti stranaka o činjeničnim pitanjima – ugovorni nastanak van parnice i procesno dejstvo – dozvoljavaju da se napravi paralela između nje i istih postojećih instituta, prorogacionih sporazuma i arbitražnog sporazuma. Prema tome, prema prvoj, užoj koncepciji pojma parnične radnje, ugovor o činjeničnom stanju jeste materijalnopravni ugovor sa procesnim dejstvom. Suprotno, u smislu druge, funkcionalne koncepcije, radi se o procesnom ugovoru, dakle o parničnoj radnji. Međutim, u

¹² S. Culja, *op. cit.*, str. 249; M. Marković, *op. cit.*, br. 344.; S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 344.

¹³ U domaćoj nauci ovu koncepciju zastupaju B. Poznić, V. Rakić–Vodinelić, *Gradađansko procesno pravo*, izdanje, Beograd, 1999, br. 271 i sled.; u austrijskoj i nemačkoj procesnoj nauci je ovo učenje vladajuće. V. W. Rechberger, A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren*, 7. Auflage, Wien, 2009, Rz. 600 ff; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 63 Rn. 1; O. Jauernig, *op. cit.*, § 30 IV ff; H. Thomas, H. Putzo, *Zivilprozessordnung*, 29. Auflage, München, 2008, Einl. III Rn. 6.

¹⁴ U tom smislu: W. Rechberger, A. Simotta, *op. cit.*, Rz. 600; Takođe, izričito definišući stranačku parničnu radnju kao radnju koja deluje na tekući ili budući parnični postupak, to potvrđuju i L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 63 Rn. 1.

praktičnim rezultatima obe teorije nema gotovo nikakve razlike; samo su način kojim dolaze do njih, argumentacija i obrazloženje različiti. Tako, da bi jedan takav sporazum imo procesno dejstvo potrebno je da stranke imaju stranačku i parničnu sposobnost; to je očigledno za funkcionalnu koncepciju parnične radnje, dok tzv. čista procesna koncepcija zahteva takav uslov zbog činjenice da se njime želi proizvesti procesno dejstvo.¹⁵ Takođe, potrebno je da budu ispunjene pretpostavke koje postavlja građansko pravo u pogledu načina zaključivanja takvog ugovora; sada je to očigledno za čisto procesnu koncepciju, dok funkcionalna to obrazlaže time što se tu radi o shodnoj primeni takvim pravila, jer jednostavno procesno pravo nema svojih pravila u pogledu ugovora.¹⁶ Na kraju, ugovor se koristi u parničnom postupku putem druge parnične radnje (tužbe, prigovora ili sl.)¹⁷, što znači da je potrebena volja stranke za njegovim dejstvom, ali i to da je to jedini način da se proizvede procesno dejstvo jer je posebna tužba radi njegovog ispunjenja nedozvoljena zbog nedostatka pravnog interesa.

IV Određivanje činjeničnog stanja putem ugovora: usklađenost sa dosadašnjim procesnim sistemom

1. Usklađenost novog instituta sa postojećim procesnim sistemom podrazumeva prvenstveno njegov odnos prema načelima parničnog postupka kao stubovima nosiocima samog sistema. Ugovor o činjeničnom stanju sklopljen u postupku posredovanja treba u tom smislu staviti u odnos sa pojedinim načelima parničnog postupka, da bi se na taj način mogla dobiti ukupna slika o njegovoj usklađenosti sa celokupnim sistemom.

2. Ako se ugovor o činjeničnom stanju posmatra samo iz perspektive osnovnog dejstva, može se reći da se on uklapa u osnovne konture parničnog postupka. U tom kontekstu stranačka determinacija činjeničnog stanja nije strana parničnom postupku; naprotiv, ona je njegovo obeležje izraženo kroz važeću koncepciju raspravnog načela, po kojoj su stranke ovlašćene ne samo da odlučuju o tome koje će se činjenice smeti uzeti u obzir (*a contrario* član 7. stav 3. Zakona o parničnom postupku¹⁸) već i o tome koje će činjenice u okviru takvih sud utvrđivati izvođenjem dokaza.¹⁹ Tako, sud je vezan nespornim stanjem stvari – priznanje činjenične

¹⁵ V. S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 345.

¹⁶ B. Poznić, V. Rakić–Vodinić, *op. cit.*, br. 274; V. L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 66 Rn. 10 ff.

¹⁷ Za čistu procesnu koncepciju v. f. 11; za funkcionalnu koncepciju v. B. Poznić, V. Rakić–Vodinić, *op. cit.*, br. 274;

¹⁸ Službeni glasnik RS, br. 125/2004; u daljem tekstu ZPP.

¹⁹ Tako i L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 77 Rn. 8 ff.

tvrdnje dovodi do nepotrebnosti dokazivanja i sud je unosi direktno u činjenično stanje (arg. član 222. stav 1. ZPP). Stranke u parničnom postupku, prema tome, u krajnjoj liniji mogu da određuju činjenično stanje;²⁰ njima se to dozvoljava, jer prema standardnom učenju ovaj aspekt raspravnog načela je pravopolitički opravdan, u prvom redu zbog prirode samih subjektivnih prava radi čije zaštite i postoji parnični postupak.²¹ Sloboda raspolaganja u materijalnopравnom odnosu tako se reflektuje na još jedan način u parničnom postupku.²²

3. Stranačka determinacija činjeničnog stanja čini se da u sebi podrazumeva i hipotezu da stranke u ugovoru mogu da neistinito prikažu činjenično stanje. Kao potvrda toga, a samim tim i odgovor na pitanje usklađenosti sa parničnim sistemom, jeste mehanizam priznanja činjenica kao koordiniranog instituta unutar parnice. Naime, načelno se dozvoljava da stranka protivno svom boljem znanju (dakle svesno) prizna za nju nepovoljne neistinite tvrdnje protivnika, i to pored izričite dužnosti stranaka i njihovih zastupnika da govore istinu iz člana 9. stav 2. ZPP.²³ U vezi sa tim, pojedini autori smatraju da je dužnost govorenja istine ustanovljena zato da se ne povredi protivnik, a kako se kod priznanja činjenica to ne može nikad desiti (jer se priznati mogu samo činjenice koje su za stranku koja to čini nepovoljne), svesno priznanje ne-

²⁰ Iako je priznanje činjenica jednostrana parnična radnja, ona u svojoj ukupnosti predstavlja saglasnost obe stranke. Prema tome i samo priznanje činjenica, tj. njegovo dejstvo, predstavlja određivanje činjeničnog stanja od strane obe stranke. Slično S. Culja, S. Triva, *Komentar Zakona o parničnom postupku, I. svezak*, Zagreb, 1957, str. 520.

²¹ Up. M. Marković, *Teorija građanskog parničnog postupka, Sveska prva*, Beograd, 1948, str. 71. i sled.; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 77 Rn. 3.

²² V. iscrpno o nužnoj harmoniji ideja, načela parničnog postupka, u ovom konkretnom slučaju ideje slobode raspolaganja materijalnopравnim ovlašćenjem s jedne i slobodne ocene dokaza i načela materijalne istine s druge strane: B. Blagojević, *Načela privatnoga procesnoga prava*, Beograd, 1936, str. 333. i sled. i 376. i sled.

²³ Suprotno kod nas A. Markičević, *Poštenje i savesnost u građanskoj parnici*, Novi Sad, 1972, str. 138 i sled.; *Za nemačko pravo v. H. Thomas, H. Putzo, op. cit.*, § 138 Rn. 7; takođe, u sistemu nemačkog parničnog postupka se i na normativnom planu kroz uslove za opoziv priznanja iskazuje stav o dopuštenosti svesnog priznanja neistinitog (v. § 290 dZPO). Dosta zanimljiva situacija u pogledu ovog pitanja je u Austriji, gde sudska praksa priznaje mogućnost neistinitog priznanja, smatrajući da se priznanjem činjenica stvara zabranjena dokazna tema (*Beweisthemenerbot*), dok s druge strane vladajuće stanovište teorije sasvim relativizuje takav stav, smatrajući da je neistinito priznanje u suprotnosti sa obavezom suda da utvrdi istinito i pravilno stanje stvari (dakle ne dužnosti stranaka da govore istinu), te stoga sud može i da ga ne prihvati (svakako ako rezultati celokupne rasprave govore u prilog neistinitosti). V. W. Rechberger, A. Simotta, *op. cit.*, Rz. 775. Kod nas koncepciju austrijske nauke zastupa M. Marković, *op. cit.*, str. 72.

istinitog nije zabranjeno²⁴, dok drugi smatraju da za kršenje dužnosti kazivanje istine nije predviđena nikakva sankcija, pa shodno članu 222. stav 1. ZPP proizilazi da je sud načelno vezan svakim priznanjem.²⁵ S druge strane, na mogućnost svesnog priznavanje neistinitih tvrdnji protivnika ističe se da načelno treba da se gleda kao na specifičnu vrstu disponiranja, u skladu sa prirodom spornih prava.²⁶

4. Način na koji se ovim institutom dolazi do procesnog rezultata, međutim, u velikoj meri je stran sistemu našeg parničnog postupka. Temelj njegovog dejstva jeste saglasna volja stranaka, dakle ugovor, zaključen van parnice; procesno dejstvo principijelno ne nastaje zato što stranka tokom parničnog postupka jednostranom parničnom radnjom izjavi da su tačni navodi protivnika (kao kod priznanja činjenica), već zato što su one tako ugovorile van postupka, u postupku posredovanja. Činjenica da nastupaju iste posledice kao i kod sudskog priznanja činjenica, pa i da potonje u svojoj ukupnosti predstavlja saglasnost stranaka, ne treba da dezavuiše suštinske razlike. Priznanje činjenica je izraz slobodne volje stranke u parnici, dok je ugovor izraz vanprocesne saglasnosti volja stranaka. Izražen stav o usaglašenosti ugovora sa raspravnim načelom tiče se samo krajnjeg dejstva, nikako i mehanizma nastajanja.

U našem procesnom sistemu, za procesne ugovore, odnosno ugovore sa procesnim dejstvom (zavisno koja koncepcija se prihvati u pogledu pravne prirode) važi princip *numerus clausus*.²⁷ Osnovni argument u prilog tome jeste priroda parničnog postupka i njegovih normi, odnosno zabrana konvencionalnog postupka.²⁸ Nadalje se ističe u nauci, i to ne samo kao argument u prilog principu *numerus clausus* već bi se moglo reći i kao rukovodno načelo prilikom budućeg zakonskog regulisanja, da je

²⁴ Tako za našu teoriju Juhart, a za nemačku Lent, Nikiš i Rozenberg (v. kod A. Markićević, *op. cit.*, str. 136-137).

²⁵ A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2008, br. 1827.

²⁶ S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 203, kod priznanja; v. i S. Triva, *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1960, str. 288-289. Tako u osnovi i H. Thomas, H. Putzo, *op. cit.*, § 288 Rn. 7.

²⁷ Suprotno A. Jakšić, *op. cit.*, br. 877 i sled., koji prihvata nemački koncept po kojem su dopušteni neimenovani procesni ugovori, koji proizilaze iz načela savesnosti i poštenja (tj. iz principa *venire contra propriam*) odnosno koji su u granici dispozicije stranaka, kojima se stranke obavezuju da preuzmu ili propuste određenu parničnu radnju (npr. sporazum o povlačenju tužbe, sporazum o povlačenju pravnog leka, sporazum o neizjavljivanju prigovora prebijanja i sl.). Up. W. Grunsky, *op. cit.*, Rn. 96; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 66 Rn. 5 ff; Saenger (Hrsg), *Zivilprozessordnung, Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2007, Einl. Rn. 129 ff.

²⁸ B. Poznić, V. Rakić-Vodineć, *op. cit.*, br. 274; R. Keča, *op. cit.*, str. 118.

„za dobro funkcionisanje pravosuđa celishodno da stranka sačuva slobodu svog procesnog ponašanja sve do trenutka u kome ona, prema razvoju postupka, treba da se opredeli za stav koji će preduzeti“.²⁹

Izričitim sankcionisanjem ovog ugovora, navedenoj kategoriji se dodaje još jedan dozvoljeni ugovor, što je samo po sebi značajno notifikovati. Međutim, značajnije je ukazati da se, van onog koji se zaključuje u postupku posredovanja, ugovor o činjeničnom stanju smatra izričito nedopuštenim, upravo s obzirom na ograničavanje slobode delovanja stranke u kasnijoj parnici.³⁰ Takođe, i po mišljenju autora koji za naše pravo dopušta postojanje neimenovanih procesnih ugovora, ugovor o činjeničnom stanju je nedozvoljen jer se njime narušava princip jednakosti stranaka u postupku.³¹ Prema tome i takav ugovor koji se zaključi u postupku posredovanja, i koji je neopoziv³², ne znači ništa manje ograničavanje slobode delovanja stranke, te se u tom smislu može zaključiti da njegova koncepcija i nije u skladu sa domaćim parničnim sistemom.

Na kraju, treba napomenuti da ugovaranje procesnog dejstva van parnice je suprotno načelu neposrednosti shvaćenom u širem kontekstu. Naime, iako se ono prvenstveno u teoriji i praksi vezuje za odnos suda prema izvođenju dokaza, u jednom širem značenju se ono odnosi na celokupan postupak, tj. na sve radnje stranaka u parnici, u tom smislu da dejstvo imaju samo radnje koje se preduzimaju u konkretnoj parnici.³³ U skladu sa tim ni priznanje činjenica van parnice, tzv. vansudsko priznanje nema dejstvo kao sudsko, jer nije nesposredno učinjeno pred parničnim sudom (*a contrario* član 222. stav 1. ZPP).³⁴

V Granice dejstva

1. Procesno dejstvo ugovora o činjeničnom stanju nije apsolutno. Iako o tome nema govora u matičnoj odredbi ZP, ograničenja proizilaze

²⁹ B. Poznić, V. Rakić–Vodinelčić, *op. cit.*, loc. cit.

³⁰ Ibidem; U nemačkom pravu se, u skladu sa koncepcijom o procesnim ugovorima (v. f. 19.), ugovor o činjeničnom stanju, tj. ugovor o priznanju činjenica (*Geständnisvertrag*) naprotiv smatra dozvoljenim. V. L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 112 Rn. 9.

³¹ V. A. Jakšić, *op. cit.*, br. 879.

³² Tako za hrvatsko pravo gde postoji identična institucija u pogledu neopozivosti S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 942. i A. Uzelac, *Zakon o mirenju – komentarske bilješke*, u: A. Uzelac, V. Gotovac et al., *Mirenje u građanskim, trčovačkim i radnim sporovima*, Zagreb, 2004, br. 126.

³³ Dakle, u ovom širem kontekstu nije od značaja pitanje načina preduzimanja radnji (usmenim ili pisanim pitem).

³⁴ Tako i izričito u austrijskom pravu (§ 266 stav 3 öZPO), te u skladu sa tim i u našem predratnom (§ 362. stav 3. GPP).

iz konstrukcije parničnog postupka, odnosno njegove prirode i svrhe. Drugim rečima, ograničenja su nužna posledica ambijenta u kojem deluje ovaj institut. U tom smislu njegovo dejstvo se u potpunosti upodobljava sistemu načela parničnog postupka. Poreklo saglasnosti i okruženje u kojem se ona postiže smatramo da nisu dovoljno jaki argumenti da nadvladaju već uspostavljen procesni sistem.

2. Prethodno rečeno u pogledu usklađenosti koncepcije raspravnog načela i sporazuma o činjeničnim pitanjima govori *a contrario* o prvoj granici njegovog dejstva. Važenje čistog istražnog načela onemogućava determinaciju činjeničnog stanja nezavisno od suda, što u prvom redu podrazumeva da sud nije vezan nespornim stanjem. U tom smislu ni sporazum o činjeničnim pitanjima neće imati dejstvo u parničnom postupku u kojem važi čista istražna maksima; svakako da saglasna volja stranaka van parnice nije jača od javnih interesa koje izražava istražno načelo, pa makar takva saglasnost poticala iz postupka posredovanja. Doduše, hipotetički mali broj sporazuma ne bi imao dejstvo iz ovog razloga, jer u najvećem broju slučajeva postoji korelativnost istražne maksime i nemogućnosti slobodnog raspolaganja pravom, te tada nije ni ispunjen uslov koncilijabilnosti.³⁵

3. Druga granica ograničenja dejstva proizilazi iz šireg konteksta raspravnog načela. Stranke su načelno slobodne da odrede činjenično stanje, što podrazumeva da one mogu da prikažu stanje stvari koje ne postoji – kolokvijalno, neistinito stanje stvari (v. *supra ad IV. 3.*). Međutim, sud neće uvek biti vezan netačnim prikazivanjem stvarnosti. U tom smislu ugovor o činjeničnom stanju neće imati dejstvo ako se njime želi raspolagati suprotno članu 3. stav 3. ZPP, i to u užem i u širem smislu.

4. Raspolaganje suprotno članu 3. stav 3. ZPP *stricto sensu* podrazumeva u ovom kontekstu neistinito prikazivanje stanja stvari sa ciljem da se formira donja premisa sudskog silogizma koja će primenom materijalno-pravne norme dovesti do nedopuštenog supstancijalnog rezultata. Stranke da bi ishodovale takav rezultat netačno prikazuju stanje stvari, jer kada bi ga tačno prikazale, sud bi, naravno, odbio da pruži traženu pravnu zaštitu. Raspravno načelo se ne može zloupotrebljavati da bi se postigli ciljevi koji su suprotni javnim interesima, što ZPP izričito i potvrđuje (arg. član 7. stav 3. i član 222. stav 1. ZPP). Imajući to u vidu, ne može se strankama dozvoliti da instrumentom van parnice postignu rezultat koji ne mogu postići tokom parnice. To znači da ukoliko sud posumnja da

³⁵ Čista istražna maksima važi u svim parničnim postupcima u vezi porodičnih odnosa (v. član 205. Porodičnog zakona), u kojima, po pravilu, nema slobode raspolaganjem pravom.

stranke upotrebom ugovora o činjeničnom stanju žele da izvrše takve nedopuštene dispozicije on neće biti vezan njime; za činjenične tvrdnje stranaka biće potrebno dokazivanje (*per analogiam* član 222. stav 1. ZPP). Štaviše, sud će tada verovatno morati da iskoristi svoja istražna ovlašćenja i da po službenoj dužnosti izvede dokaze (član 7. stav 3. ZPP).

5. Prikazivanje netačnog stanja stvari može predstavljati nedopušteno raspolaganje i kada ono nije preduzeto sa ciljem postizanja nedozvoljenog meritornog rezultata. Ono može samo za sebe da predstavlja nedopuštenu dispoziciju, koja je svojom sadržinom protivna članu 3. stav 3. ZPP. U tu kategoriju spadaju ugovori čija je sadržina suprotna opštepoznatim činjenicama i opštepoznatim pravilima iskustva, odnosno oni za čiju netačnost se sud već uverio.

Opštepoznate činjenice su takve činjenice koje su poznate širem krugu ljudi ili su svačijem saznanju dostupne; zato se i nazivaju notorne, očigledne činjenice. Da bi imale procesno dejstvo, a to je nepotrebnost dokazivanja, potrebno je da one budu neizostavno notorne kod suda (konkretnog sudije ili članova veća). Nadalje, sa takvim činjenicama su izjednačene i tzv. sudske notorne činjenice, činjenice koje sud u toku vršenja svoje sudijske funkcije saznao.³⁶ Dejstvo notornih činjenica inspirisano je u prvom redu razlozima ekonomičnosti, ali i ugleda suda; u tom smislu se ima u vidu situacija kada jedna stranka u svojoj tvrdnji navodi i notornu činjenicu – tada je neekonomično da se dokazuje nešto što je očigledno ali bi bilo i «groteskno»³⁷ da se izvodi dokaz radi potvrde nečega što je očigledno. Međutim, pravila o notornim činjenicama su inspirisana i javnopravnim karakterom samog postupka. Sud po službenoj dužnosti uzima u obzir notorne činjenice, pa nije potrebno da se bilo koja stranka na njih pozove.³⁸ Konsekventno tome, ni priznanje činjenica čija je suprotnost notorna nema dejstvo. Dakle, vidi se da zakon izražava ideju o parničnom postupku kao javnopravnoj instituciji, koja nije u svemu vezana dispozicijama stranaka, jer ugled pravosuđa ne bi trpeo da se ovde uspostavi suprotno; stranke ne smeju da disponiraju činjeničnim stanjem tako da ono bude groteskno, apsurdno, što bi upravo bilo ako bi stranke mogle da stvaraju činjenično stanje koje je očigledno, notorno netačno. U tom smi-

³⁶ To je za vreme važenja predašnjih zakona bio stav pojedinih domaćih autora; od 2004. godine je i i ozakonjen. V. član 222. stav 4. ZPP.

³⁷ O. Jauernig, *op. cit.*, § 39 IV 2.

³⁸ To je vladajuće učenje u nauci; s druge strane, i na normativnom planu u našem procesnom sistemu postoji kazuistička potvrda: sud neće doneti presudu zbog propuštanja ako su činjenice navedene u tužbi u suprotnosti sa opštepoznatim činjenicama (član 338. stav 1. tačka 2. ZPP).

slu se i zaključuje u teoriji da bi takvo priznanje činjenica bilo protivno članu 3. stav 3. ZPP jer je u prvom redu suprotno savjesti i moralu.^{39 40} Isti razlozi u potpunosti govore i u prilog stavu da ugovor o činjeničnom stanju zaključen u postupku posredovanja ne može biti u suprotnosti sa notornim činjenicama.

Pravila o opštepoznatim stavovima iskustva izgrađena su na istim premisama kao i ona o notornim činjenicama. Opštepoznata pravila iskustva su sudovi o značenju i posledicama određenih činjenica u stvarnosti koji su produkt opšteživotnog iskustva;⁴¹ ona su u tom smislu poznata svakom prosečnom čoveku (otuda su i opštepoznata, notorna), pa onda kada njihovom primenom treba da se utvrdi donja premisa sudskog silogizma ona nisu predmet dokazivanja, već ih sam sud primenjuje. Na osnovu toga, ni stranačka dispozicija ne utiče na njihovu primenu; priznanje činjenica koje je se protivi svakom životnom iskustvu nema dejstvo, jer bi ono, baš kao i u odgovarajućoj situaciji u pogledu notornih činjenica, bilo nemoralno, nesavesno. Ne može se dopustiti da sud uzme za postojeće nešto što je očigledno nemoguće, baš kao što se ne može dopustiti da sud uzme za istinito nešto što je očigledno netačno.⁴² U skladu sa tim, ni ugovor o činjeničnom stanju ne može proizvesti dejstvo ukoliko je njegova sadržina očigledno nemoguća, tj. protivna opštepoznatim pravilima iskustva.

Na posletku, pod nedozvoljeno raspolaganje u širem smislu spada i određivanje činjeničnog stanja za koje se sud uverio tokom postupka da je netačno. To će biti slučaj kada se postupak posredovanja sprovodi u toku parničnog postupka; ukoliko je zaključenju ugovora prethodilo dokazivanje koje je uspelo, dakle ono koje je stvorilo kod suda dovoljno ubeđenje o istinitosti dokazne teme, sadržina ugovora ne može biti u suprotnosti sa takvim ubeđenjem suda. Drugim rečima, sud tada neće biti vezan ugovorom u tom delu, već će formirati činjenično

³⁹ S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 203.

⁴⁰ Reprezentativan je u tom smislu stav srpskog procesualiste s kraja XIX veka, koji polazi od toga da sud nije vezan priznanjem činjenica ako sud ima izvesnosti da su činjenične tvrdnje neistinite ili nemoguće, jer ugled suda ne trpi da se u tom slučaju sudija načini «mahinom» i da se primora da priznato smatra za istinito. V. A. Đorđević, *Teorija građanskog sudskog postupka, II knjiga, priredio D. Arandelović*, Beograd, 1924, str. 38.

⁴¹ Za pojam pravila iskustva v. R. Keča, *op. cit.*, str. 201-202.

⁴² Na ovoj relaciji se i iskazuje razlika između (notornih) činjenica i (notornih) pravila iskustva: činjenice postoje ili nepostoje, dok su stavovi iskustva apstraktna pravila zasnovana na dugotrajnom iskustvu; otuda priznanje činjenice koja je suprotna notornoj činjenici je očigledno neistinito, dok je ono koje je protivno opštepoznatom pravilu iskustva očigledno nemoguće.

stanje u skladu sa svojim već stečenim uverenjem. I ovde se radi o tome da bi takav ugovor bio nemoralan i nesavestan. Međutim, on nije takav zato što je netačnost očigledna, kao kod onog koji je u suprotnosti sa notornim činjenicama, već je takav zato što zahteva da sud utvrdi nešto protivno diktatu svoje savesti, nešto što je slobodnom ocenom dokaza, dakle pravilima logike i mišljenja, onako kako uvek radi, već prethodno utvrdio da nije tačno. Na osnovu toga u domaćoj teoriji prevladuje stav da ni priznanje činjenica u identičnoj situaciji nema dejstvo.⁴³ Tome u prilog treba navesti i pravila parničnog postupka o dokazivanju uopšte: stranke ne samo da ne mogu da se odreknu već nastupeloga dokaznog rezultata, već ne mogu ni od trenutka kada sud donese dokazno rešenje da povuku dokazni predlog. Na kraju, ni argument da se radi o ugovoru, dakle da su se strane dogovorile o činjeničnom stanju i to u postupku posredovanja ovde nema nikakve važnosti; naprotiv, stranke nisu rešile svoj spor mirnim putem, pa onda ni nema dovoljno jakog razloga odreći se dosadašnjeg rezultata postupka. Stranke nisu postigle nikakav rezultat kojim bi se opravdalo u određenom smislu anuliranje dela postupka, odnosno kojim bi se opravdalo uzaludno trošenje u prvom redu sudskog vremena i truda.

Sva tri primera ugovora o činjeničnom stanju koji predstavlja nedopušteno raspolaganje u širem smislu, s obzirom na njihovu evidentnu zajedničku crtu, a to je netačnost sadržaja ugovora, ne treba posmatrati kao izraz težnje da se u postupku utvrdi tzv. materijalna istina. U tom smislu, opravdanje ograničavanja dejstva ovog ugovora u pomenutim situacijama nije vulgarizovano načelo materijalne istine koje do sadašnjeg ZPP vladalo u domaćoj sudskoj praksi, a manje i u teoriji.⁴⁴ Naprotiv, u sva tri slučaja se respektuje sloboda raspolaganja u materijalnopravnom odnosu kao i okviri koje spram toga i postavlja procesni sistem u pogledu potrebe utvrđivanja istine u postupku. Razlozi koji izražavaju javni interes ovde pretežu nad slobodom disponiranja stra-

⁴³ V. S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 493; B. Starović, R. Keča, *op. cit.*, str. 286.; U svom rezultatu ovo stanovište se poklapa sa opštim učenjem o priznanju činjenica u austrijskoj nauci (v. f. 23). Suprotno B. Poznić, *Povodom odredaba Zakona o parničnom postupku o priznanju činjenica*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1960, str. 274.

⁴⁴ Vulgarizovano načelo materijalne istine podrazumeva suprematiju jednog aspekta kvaliteta pravne zaštite koja se pruža u parničnom postupku u odnosu na druge. Krajnja konsekvencija takvog učenja bila je inaguracija istine kao primarnog zadatka postupka, što se reflektovalo u sudskoj praksi na višekratno ukidanje prvostepenih presuda zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Koristimo pridev „vulgarizovano“ jer je navedeno načelo ono u svom značenju drugačije od, može se reći, izvornog načela materijalne istine koji se tiče metoda, načina ocenjivanja dokaza.

naka, s tim da javni interes nije da se utvrdi istina kao takva, već da se u tim konkretnim slučajevima kroz istinu sačuva dignitet pravosuđa i sudija. Time se, kako je već naglašeno, izražava javnopravni karakter parničnog postupka. Zato se i u svetlu sada naglašenijeg raspravnog načela kao i izostajanja formalnog izraza načela istine u ZPP, ne sme otići u drugu krajnost, a to je negiranje parničnog postupka kao javnopravne institucije; to svakako da ne stoji i ne odgovara stvarnosti našeg pravnog sistema. Jednostavno i slikovito rečeno, a veoma aplikativno u kontekstu konkretnog problema,

okolnost što se naše društvo po drugi put u svojoj istoriji našlo u fazi prvobitne akumulacije kapitala i izgradnje kapitalističkih odnosa nikako ne znači da treba da se vratimo na rešenja koja se tiču uloge suda iz doba liberalnog kapitalizma.⁴⁵

Ni sada, kao što se nije smatralo i pre više od sto godina za naš procesni sistem, sudija nije «mahina» koju treba opskrbiti materijalom kako bi ona dala rezultat, već je sud aktivan subjekat parničnog postupka koji u njemu i kroz njega mora sačuvati ugled i autoritet pravosuđa.

6. Trebalo bi na kraju uzeti da ugovor o činjeničnom stanju neće imati dejstvo u situaciji kada se on odnosi na takva pitanja koja su već sadržana u pravnosnažnoj presudi krivičnog suda kojom se optuženi koji je stranka u postupku posredovanja oglašava krivim, a koja se odnose na postojanje krivičnog dela i krivične odgovornosti. Naime, navedena činjenična pitanja su u našem procesnom sistemu jedina prava zabranjena dokazna tema, jer je sud vezan za navedena utvrđenja krivičnog suda (arg. član 13. ZPP). Razlozi koji govore u prilog statusa takvih činjenica uopšte, svakako da ne mogu biti ugroženi argumentom da je drugačije stanje stvari usaglašeno u postupku posredovanja.

VI Pitanje opravdanja instituta

1. U dosadašnjoj literaturi se u pogledu opravdanja ovog instituta ističe se jedino praktična strana, u tom smislu da se kasniji parnični postupak olakšava, rasterećuje i ubrzava.⁴⁶ Međutim, kada se celina datog problema sagleda u svetlu parničnog postupka, vidi se da navedeni argument i nema realno opravdanje. Stranke, u parnici isti rezultat koji bi značio olakšanje i ubrzanje postupka mogu postići već postojećim parničnim in-

⁴⁵ G. Stanković, *Pripremanje promena Zakona o parničnom postupku*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1-2/2004, str. 209.

⁴⁶ Up. A. Uzelaz, *op. cit.*, br. 126; LJ. Milutinović, *Zakon o medijaciji – posredovanju sa komentarom*, Beograd, 2005, str. 54; G. Mihailović, *Komentar Zakona o posredovanju - medijaciji*, Beograd, 2007, str. 43.

strumentom – priznanjem činjenica. Čak i najekstremnija varijanta ugovora o činjeničnom stanju u ovom kontekstu, gde bi se on zaključio pre parničnog postupka i kojim bi se odredilo celokupno činjenično stanje, ne znači da bi sud odmah nakon tužbe doneo presudu, i time ubrzao postupak; on bi morao da tužbu dostavi tuženom na odgovor u skladu sa načelom obostranog saslušanja stranaka, osnovnim načelom parničnog postupka koje se u krajnjoj liniji u apsolutnom smislu ne može nikada prenebreći (arg. član 5. ZPP). Tek nakon datog odgovora na tužbu, tj. bolje rečeno proteka roka za davanje odgovora na tužbu, sud bi bio u mogućnosti da donese presudu. Međutim, sud je i inače, dakle bez obzira na ugovor o činjeničnom stanju, u mogućnosti da u tom stadijumu donese presudu; ukoliko nakon odgovora na tužbu sud utvrdi da nema spornih činjenica, što znači da tuženi u odgovoru na tužbu priznaje činjenične navode iz tužbe, moći će da donese presudu bez glavne rasprave (član 276. stav 2. ZPP). Prema tome, nikakvo ubrzanje postupka se ne postiže, tj. ne omogućava se ništa novo, pa time u smislu opravdanja instituta ne stoji takav argument.

2. U smislu prethodnog stava, čini se da opravdanje ovog ugovora treba stražiti samo u kontekstu posredovanja kao fenomena. Ugovorno određivanje činjeničnog stanja dozvoljeno je samo u postupku posredovanja, ne i u drugim situacijama, pa se i postavlja pitanje postoji li u datom ambijentu i realno opravdanje ovog instituta.

Mirno rešavanje sporova veoma je poželjan metod eliminisanja patoloških stanja koje sporovi predstavljaju. Primarno i najvažnije, ono je poželjno upravo zbog svog distinktivnog obeležja u odnosu na druge metode rešavanja sporova: stranke same rešavaju svoj spor, na bazi dogovora, tj. saglasnosti volja. Psihološki efekat koji nosi mirno rešavanje spora, a to je osećanje da nema pobednika i poraženog, najvredniji je rezultat posredovanja. Na toj bazi se ostvaruju i drugi pozitivni efekti: omogućava se (lakše) nastavljanje trajnijih pravnih odnosa, preveniraju se budući sporovi, omogućava se normalno funkcionisanje društvenih tokova naročito tamo gde se oni *volens nolens* moraju odvijati.⁴⁷ U tom kontekstu, čini se da ugovor o činjeničnom stanju samo zato što je zaključen u postupku posredovanja nije vredan sankcionisanja; stranke zaključujući ga priznaju da ne mogu da spor reše mirnim putem (*expressis verbis* član 16. stav 7. ZP), tako da se

⁴⁷ Tako se navodi primer tzv. totalnih institucija gde bi naročito posredovanje dalo rezultata u tom smislu. Radi se o takvim okruženjima, kao što su npr. škole, bolnice, stambene zgrade i sela, gde su ljudi primorani da žive u dnevnom kontaktu sa svojim kolegama, komšijama i sl. V. M. Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, *The Modern Law Review* Vol. 56 (1993), p. 290.

ostavlja prostor u parničnom postupku da se, neretko obe stranke, osećaju gubitnicima. Dakle, sud u ovom slučaju rešava spor autoritativno (kao što to uvek i radi) i izostaje rezultat koji bi trebao da se predstavlja «izlečenje odnosa». S druge strane, činjenica da je posredovanje uspeh sam po sebi, jer predstavlja izlečenje odnosa stranaka u smislu da se oživljava njihova komunikacija⁴⁸, ne treba uzeti kao opravdanje ugovora o činjeničnom stanju, tako da on predstavlja svojevrsnu nagradu za uopšte sprovođenje postupka posredovanja (ne sme se izgubiti iz vida da je ostao suštinski neuspešan). Da je tako, ne postoje nikakvi razlozi da se ne nagrade i druge stranke koje su same, bez posrednika, uspele da ožive međusobnu komunikaciju (npr. putem direktnih pregovora). Konsekventno tome, *argumentum a maiori ad minus* trebalo bi nagraditi i stranke koje nisu uopšte gubile međusobnu komunikaciju, što bi vodilo ka opštoj dozvoljenosti ugovora o činjeničnom stanju. Naprotiv, stranke ne mogu, van postupka posredovanja voljom odredaba ZP, da zaključuju takve ugovore; tome se protivi naš sistem parničnog postupka, u prvom redu njegov temelj izražen u zabrani konvencionalnog postupka ali i rukovodna ideja o potrebi očuvanja slobode delovanja stranaka u parnici (v. *supra ad IV. 4.*).

3. Nasuprot nepostojanju realnog pokrića niti u praktičnom aspektu, niti u okviru posredovanja kao fenomena, ugovorno određivanje činjeničnog stanja nosi sa sobom veliki rizik od zloupotreba. Nedopuštene dispozicije u užem smislu se najbolje sprovode kroz lažno prikazivanje činjeničnog stanja. Svakako, to je moguće i u parnici kroz priznanje činjenica; to je i razlog zašto neki autori, između ostalog, odriču mogućnost bilo kakvog neistinotog priznanja činjenica, polazeći od toga da treba pretpostaviti da je laž sredstvo zloupotrebe i da se ne može zagledati kakve sve posledice može proizvesti ukoliko se dozvoli.⁴⁹ Ipak, stranke kroz vanprocesno utvrđivanje činjeničnog stanja mogu lakše sprovesti svoj doložni plan nego kroz priznanje činjenica, jer neposrednost koja karakteriše priznanje činjenica (v. *supra ad IV. 4.*) ostavlja kakvu-takvu mogućnost sudu da uoči nameru stranaka. Dalja negativna strana odsustva navedene neposrednosti tiče se nemogućnosti da sud odmah, *ex offio* spreči dejstvo ugovora ukoliko postoji nejasnoća kod jedne od stranaka u pogledu „pravno odevenih činjenica“; ta hipoteza je sasvim moguća, s obzirom da u postupku posredovanja nepostoji nikakav mehanizam da se stranka pravno pouči, pa da time bude i načisto sa predmetom ugovora.⁵⁰ Na kraju, mo-

⁴⁸ Tako A. Uzelac, *op. cit.*, br. 125.

⁴⁹ V. A. Markičević, *op. cit.*, str. 141.

⁵⁰ Naime iako bi analognim tumačenjem odredbe člana 16. stav 2. ZP došli do odgovarajućeg mehanizma za zaštitu stranaka u ovom kontekstu (dužnost posrednika da

guće je da se postupak posredovanja javi kao forma zaključenja pojedinih ugovora, samo zbog već tada određivanja činjeničnog stanja za slučaj eventualnog spora; ugovorna strana koja je ekonomski nadmoćnija može usloviti zaključenje nekog materijalnopravnog ugovora vođenjem fiktivnog postupka posredovanja i u njemu zaključenog ugovora o činjeničnom stanju, lišavajući time ekonomski slabijeg ugovornika slobode delovanja u docnijoj eventualnoj parnici.

VII Zaključak

Stranačko determinisanje činjeničnog stanja kroz ugovor koji one zaključuju u postupku posredovanja odudara od koncepcije domaćeg parničnog postupka. Iako u svom cilju upodobljeno važećoj koncepciji raspravnog načela, u svojoj ukupnosti ono protivreči sistemu parničnog postupka, zasnovanom na ideji očuvanja slobode delovanja stranaka u parnici, i kroz to na ideji nesporednosti shvaćenoj u širem smislu. Na navedenim idejama još uvek počiva opšta zabrana ugovora o činjeničnom stanju, dakle u svim situacijama van ovog zakonom konsakriranog slučaja. S druge strane sankcija vanprocesne volje stranaka u pogledu činjeničnog stanja ne znači jačanje dispozitivnih ovlašćenja stranaka tako da bi se time ugrozilo svojstvo parničnog postupka kao javnopravne institucije. Naprotiv, dejstvo ugovora se u potpunosti upodobljava postojećem sistemu parničnog postupka, tj. koordiniranom istitutu parničnog prava, priznanju činjenica. Samo na toj premisi se može očuvati postojeće stanje parničnog postupka, stanje koje izražava nužni obim zaštite javnih interesa. Na kraju, argumenti koji bi eventualno bili u stanju da opravdaju pretprocesno i vanprocesno determinisanje činjeničnog stanja nisu dovoljno snažni da prevladaju na onima koji govore protiv. Dok se isti efekat u pogledu rasterećivanja i ubrzanja parnice može postići već postojećim parničnim instrumentima, na teoretskom planu ne postoje principijelni razlozi koji bi opravdali institut okolnošću da se ugovor zaključuje u postupku posredovanja. Uz to, prisutne opasnosti od zloupotreba stranačkog determinisanja činjeničnom stanja se u ovom slučaju povećavaju, dok se javljaju dodatni rizici koji se ne javljaju prilikom postizanja istog cilja postojećim parničnim instrumentima.

strankama objasni dejstvo ugovora), opšte odredbe o posrednicima to onemogućavaju; posrednik može biti svako lice, odnosno nije potrebno da posrednik bude pravno obrazovan.

*Marko Knežević, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law*

Agreement on the Facts of the Case Concluded in Mediation

Abstract

Mediation Act adopted in 2005 provides that parties can accomplish mediation proceeding with conclusion of agreement on facts of the case which they will use in later litigation. According to its' basic features, this institute is researched in litigation context. After the determination of the notion and legal nature, it is analyzed to what extent is agreement on facts of the case coordinated with domestic procedural system. Furthermore agreement effect's limits are set, whilst the issues which in their results affect the nature of litigation proceeding are carefully elaborated. At the end, the problem of justification of out of court, contractual determination of facts of the case permission in this concrete situation is questioned, while possible practical negative effects are stressed out.

Key words: contractual determination of facts of the case, mediation proceedings, procedural contract, principle of parties' rule on facts of the case, forbidden dispositions, admission of facts.