

*Marko Knežević, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O PROBLEMU BLAGOVREMENOSTI PRIGOVORA MESNE I ZALEČIVE STVARNE NENADLEŽNOSTI U PARNIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: *Protivrečenost između odredaba Zakona o parničnom postupku koje se odnose na blagovremenost prigovora mesne i zalečive stvarne nenadležnosti (čl. 17 st. 2 i čl. 20) i opšte odredbe čl. 284 st. 1 o blagovremenosti procesnih prigovora centralna je tema ovog rada. Problem se obrađuje tako što se prethodno sagledava teoretska koncepcija prekluzivnosti prigovora nenadležnosti i određuje se forma kroz koju ona treba da ostvari postulirani cilj. Potom se na takvim premisama i u skladu sa koncepcijom drugih instituta preispituju stavovi teorije i prakse, te se i daje argumentacija za rešenje konkretnog problema.*

Ključne reči: *ispitivanje nadležnosti, prigovor nenadležnosti, prekluzija, zalečenje nenadležnosti, načelo procesne ekonomije, koncentracija postupka, odgovor na tužbu.*

I. Uvod

1. Zakonom o parničnom postupku iz 2004. g.¹ parnična procedura u Srbiji je posle relativno dugo vremena pretrpela značajne promene. Jedna od takvih je i nova koncepcija pripremanja glavne rasprave i u okviru toga koncepcija odgovora na tužbu. Aspekt takvog novog zakonskog uređenja odgovora na tužbu jeste i određivanje dužnosti tuženom da u odgovoru na

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

¹ SG RS br. 125/04, 111/09, u daljem tekstu ZPP. Citiranje odredaba bez dodatnih označenja u ovom radu odnose se na one iz ZPP.

tužbu istakne (eventualne) procesne prigovore (čl. 284 st. 1). Radi se o odredbi koja s obzirom na svoj odnos sa odredbama ZPP o pojedinim procesnim prigovorima opravdava naslovljavanje ovog rada kao jednog «problema». Naime, pitanje blagovremenosti pojedinih procesnih prigovora je u ZPP regulisano zasebno, i to na način koji je u koliziji sa čl. 284 st. 1. Primer za to je prigovor mesne i zalečive stvarne nenadležnosti; zasebna pravila o blagovremenosti takvih prigovora (koja su inače u potpunosti preuzeta iz prethodnika ZPP²), predviđaju da ih je moguće blagovremeno izjaviti i nakon davanja odgovora na tužbu (čl. 17 st. 2 i 20).

2. Naznačena protivrečnost odredaba vrlo brzo je uočena, kako u nacu, tako i u praksi, i do danas je dobila svoj izraz u dva suprotstavljena mišljenja. Jedno, po kome primat imaju specijalne odredbe o prigovoru, i drugo po kojem treba dati prednost opštoj odredbi za procesni prigovore. Zajedničko je za oba, čini se, da nisu detaljno razrađena; argumentacija koja se uopšte daje nije posebno iscrpna, a ponegde stavovi do kraja nisu poštovani. Iako je u ishodištu tačno da konačno rešenje problema podrazumeva optiranje jedne od dveju opcija u pogledu primata odredaba o blagovremenosti prigovora, što bi značilo i priklanjanje jednom od suprotstavljenih mišljenja, put do njega podrazumeva sagledavanje smisla oročavanja (tj. prekluzivnosti) prigovora nenadležnosti, odnosno šire celine koju upravo ono stvara, te na tako izgrađenim premisama i u skladu sa koncepcijom ZPP sveobuhvatno tumačenje citiranih odredaba.

II. Teoretska koncepcija prekluzivnosti prigovora nenadležnosti

A. Nadležnost: opšta procesna pretpostavka relativnog značaja

1. Prema standardnom učenju nadležnost u svojoj ukupnosti, dakle kao genusni pojam, predstavlja opštu procesnu pretpostavku. To bi značilo da ona mora postojati tokom celog postupka, te da svaki nedostatak u pogledu nje u postupku povodom pravnih lekova bi povlačio za sobom ukidanje presude u najmanju ruku. Da je nadležnost kao kategorija važna, pokazuju nam i primeri iz nekih ustava.³

² To su Zakon o parničnom postupku iz 1956. g. (SL FNRJ br. 4/1957 i docnije izmene; u daljem tekstu ZPP 56) i Zakon o parničnom postupku iz 1976. g. (SL SFRJ br. 4/77 i docnije izmene; u daljem tekstu ZPP 76).

³ Tako Ustav Kraljevine Srbije iz 1888. g. predviđa kao pravo svakoga da mu sudi samo nadležan sud (čl. 150); tako i Vidovdanski Ustav iz 1921. g. (čl. 6). S druge strane, nadležnost sudova se samo zakonom može određivati (čl. 143 st. 2 Ustava Srbije). U nemačkoj teoriji se nadležnost suda uzima kao pretpostavka i deo prava na prirodno (zako-

2. Ovako načelno određenje nadležnosti ipak ne odgovara savremenom procesnom pravu. Njegova karakteristika naprotiv jeste relativni značaj nadležnosti, obeležje koje je zapravo samo izraz opšteg pristupa oblikovanju parničnog postupka oličenog u relativizaciji pojedinih načela, instituta i pravila u korist praktičnih razloga, primarno procesne ekonomije. Reč je o pristupu koji je naročito naglašavao *Klajn*, po kojem nijedno načelo postupka ne treba da ima apsolutni primat, već mu treba onoliko prostora dati koliko je to u skladu sa praktičnim ciljem postupka i celishodnosti⁴, o pristupu povodom kojeg *Marković* navodi da «savremeni postupak ne trpi dogmatizam».⁵ Prema tome, u kontekstu nadležnosti to znači da se njen značaj vrednuje i spram takve ocene ona dobija odgovarajući položaj u sistemu parnice⁶, koji kako je već naglašeno ima izraz relativnosti.⁷ S druge strane, ako se pogleda razvoj procesnog prava od kraja XIX veka do danas, vrednovanje nadležnosti pokazuje tendenciju opadanja; u sve većoj meri vrednosti koje predstavljaju različite vrste nadležnosti podležu interesima ubrzanja postupka, dovodeći time u pojedinim sistemima i do sasvim izmenjenog shvatanju nekih pitanja ustrojstva sudova.⁸

B. Smisao prekluzivnosti prigovora nenadležnosti

1. Na navedenim premisama vrednovanja konkretnih vrsta nadležnosti, i u tom smislu očigledan izraz prevage interesa procesne ekonomije, tj. želje za koncentrisanjem postupka, uspostavljena je prekluzivnost pri-

nitog) sudiju (v. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., München [2004], § 29 Rn. 19).

⁴ *Klein/Engel*, *Der Zivilprozeß Oesterreichs*, Meinhham/Berlin/Leipzig (1927), S. 218-219.

⁵ *Marković*, *Teorija građanskog parničnog postupka*, sveska prva, Beograd (1948), br. 35. Zato i *Fasching*, *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins*, in *Hofmeister* (Hrsg), *Forschungsband Franz Klein*, Wien (1988), S. 101 konstatuje da je *Klajnov* parnični postupak najslobodniji, jer ga ni jedna dogma nije obeležavala.

⁶ Slikovito *Klajn* kritikuje apsolutno izjednačavanje značaja svih pitanja u parnici kroz jednaku mogućnost napadanja odluka o njima, navođenjem da parnica nije lanac jednakih karika. *Klein*, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien (1900), S. 240.

⁷ Tako, neke norme o nadležnosti nisu prinudnog karaktera, već su dispozitivne (mogućnost zaključenja prorogacije); neke vrste nadležnosti se ispituju samo povodom prigovora, a neke i sud može po službenoj dužnosti; neke s druge strane samo do određenog trenutka u razvoju prvostepenog postupka; odluka o odbijanju prigovora nenadležnosti može se doneti zajedno sa odlukom o glavnoj stvari; neke odluke suda o nadležnosti uopšte se ne mogu pobijati pravnim lekovima i sl.

⁸ B. infra ad. f. 24.

govora nenadležnosti, a kroz nju i režim vremenski ograničenog ispitivanja nadležnosti.⁹ Polazna premisa je činjenica da koncentracija postupka, između ostalog, podrazumeva da se sva pitanja procesne prirode, dakle primarno procesne pretpostavke, reše u početnim fazama postupka kako bi se meritorna rasprava mogla odvijati nesmetano; po prirodi stvari, to važi i za ispitivanje nadležnosti. Da bi se to obezbedilo, s jedne strane je uspostavljena obaveza suda da po pravilu pazi *ex offio* na nadležnost¹⁰, a s druge strane prekluzivnost ispitivanja nadležnosti, koja podrazumeva da sud pazi na nadležnost (*ex offio* i/ili po prigovoru) samo do određenog trenutka u postupku; ako se pitanje nadležnosti do tada ne postavi, ono postaje irelevantno, jer nastupa prekluzija ispitivanja. Osnovna pretpostavka za postizanje naznačenog cilja jeste totalna prekluzija u smislu da ona nastupa kako za stranku, tako i za sud. Kao *ratio* navedenog režima se javlja teza da bilo kakvo bavljenje suda pitanjem nadležnosti u nekom kasnijem stadijumu postupka bilo njegovo usporavanje u toj meri da je nesrazmerno vrednostima koje bi se sačuvale. Odgovor na pitanje koja vrsta nadležnosti treba da potpada pod takav režim rezultat je pravopolitičke procesne zakonodavca koja se u osnovi svodi na vrednovanje konkretne vrste nadležnosti, tj. na odmeravanje interesa;¹¹ tamo gde prevagnu interesi procesne ekonomije nad vrednostima koje predstavlja odnosna vrsta ili vid nadležnosti, uspostavlja se prekluzivnost ispitivanja. Otuda je to i najopštiji pojam pod kojim se razmatra prekluzivnost prigovora, te je i procesna ekonomija njen smisao.

2. Posmatranje prekluzije ispitivanja nadležnosti sistemski, u prvom redu u odnosu na opšti mehanizam odlučivanja o procesnim prigovorima, pokazuje da bi se njen navedeni *ratio* trebao *de facto* precizirati. Suštinski, ne bi svako bavljenje suda pitanjem nadležnosti u daljem postupku značilo usporavanje postupka, već samo onda ako bi sud zaista bio nenadležan; oglašavanje nenadležnosti i posledice koje ga prate, prema tome,

⁹ U pogledu načela procesne ekonomije i načela koncentracije u nauci postoji dosta velike razlike, koje idu od negiranja pripadnosti načelima (*Leipold in Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, Bd. 3, 22. Aufl., Tübingen [2005] vor § 128 Rn. 4), preko njihovog potpuno razdvojenog razmatranja (*Stanković*, Gradansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, 7. izdanje, Niš [2007], str. 238-242) do shvatanja da je koncentracija postupka samo deo načela procesne ekonomije (*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Wien [1990], Rz. 708). Čini se da je poslednje stanovište najprihvatljivije, jer se teško može odvojiti potreba za koncentracijom od opšteg zahteva procesne ekonomije – radi se o odnosu posebnog i opšteg. To je i vladajuće učenje i u domaćoj nauci, bez obzira na sam metod njihove obrade.

¹⁰ Up. *Klein/Engel*, nav. delo (f. 4), S. 120-121.

¹¹ U poređivanju štetnih posledica do kojih može doći kao metod izričito ističe *Blažojević*, Načela privatnoga procesnoga prava, Beograd (1936), str. 295.

predstavljaju trošak na račun procesne ekonomije koji treba da se spreči prekluzijom ispitivanja. U tom smislu i njen smisao se vidi samo u nemogućnosti da se sud oglasi nenadležnim, tj. u institutu zalečenja nenadležnosti (ili zasnivanja nadležnosti do tada nenadležnog suda).¹² Osnov za takav stav pronalazimo u mehanizmu odlučivanja o procesnim prigovorima, jer van hipoteze da je sud nenadležan, kao moguće bavljenje suda pitanjem nadležnosti preostaje još samo ulaganje neosnovanog prigovora. Međutim, u toj situaciji je praktično nemoguće da dođe do usporavanja postupka, jer čak i da nema prekluzije ispitivanja postoji drugo sredstvo koje će biti u službi procesne ekonomije – sud ne mora niti posebno da raspravlja, niti da odlučuje posebno o prigovoru nenadležnosti, a tuženi nije ovlašćen da zbog uloženog prigovora odbije da dalje raspravlja.¹³ Rečeno se može i braniti činjenicom da se zakonske redakcije prekluzije ispitivanja zapravo formulišu kroz izričito regulisanje zalečenja nenadležnosti.¹⁴ Najzad, i skoro celokupna teorija kada govori o smislu prekluzije ispitivanja nadležnosti, misli na saniranje negativnih posledica utvrđivanja nenadležnosti u kasnijem razvoju postupka. Stoga, *via facti* prekluzija ispitivanja nadležnosti se svodi na zalečenje nenadležnosti, sa svim reperkusijama i na prekluzivnost prigovora; sva dalja izlaganja u vezi prekluzivnosti prigovora i odnosiće se na zalečenje nenadležnosti. S druge strane, shodno izloženom, na teoretskom planu ima osnova da se razlikuje prekluzija ispitivanja nadležnosti i zalečenje nenadležnosti.

3. Određenje da je zalečenje nadležnosti uspostavljeno da se postigne ušteda u vremenu i sredstvima tako što se sud neće moći oglasiti nenadležnim ni po prigovoru ni po službenoj dužnosti suviše je uopšteno, možda čak i neutralno, da bi se iz njega video konkretan smisao instituta;

¹² Termin zalečenje nenadležnosti vodi poreklo iz austrijskog prava i doktrine, i kao takav je prihvaćen u kod nas u vremenu nakon Prvog svetskog rata. Usvajanjem ZPP 56 domaća terminologija se menja, i iz upotrebe nestaje navedeni termin, što je i danas tako; umesto toga, i zavisno od teoretskog pogleda na institut, govori se o (tzv.) prećutnoj (tacitnoj, prekluzivnoj) prorogaciji. Smatramo da je zalečenje nadležnosti ipak najpogodniji termin, naročito zbog potrebe da se ovaj pojam odvoji i razgraniči od prorogacije, te i zbog pogodnosti i preciznosti koje atribut zalečiva nenadležnost daje. V. i *infra ad.* 4.

¹³ V. čl. 291 st. 3 i čl. 302 ZPP. Radi se o *Klajnovom* metodu (v. *Klein/Engel*, nav. delo [f. 4] S. 125) koji je u mnogome doprineo ubrzanju postupka; v. i *Kralik*, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895*, in *Hofmeister* (Hrsg), nav. delo (f. 5), S. 90-91.

¹⁴ U ZPP se iz zakonske formulacije zalečenja nenadležnosti (čl. 17 st. 2 i 20 – sud se ne može od određenog trenutka oglasiti nenadležnim) gradi zapravo i prekluzija ispitivanja. Ista situacija je i u nemačkom (§ 39 *dZPO*) i austrijskom pravu (§ 104 III *JN*), stim da se zalečenje nenadležnosti formuliše na jezički malo drugačiji način (nenadležan sud od određenog trenutka postaje nadležan).

ono bi navodilo na zaključak da zalečenje podjednako «sankcioniše» propuštanje i suda i tuženog da uoče nenadležnost. Međutim, čini se da primarno opravdanje treba tražiti u sferi ponašanja tuženog, tj. u prekluziji njegovog prigovora nenadležnosti. U tom kontekstu, radi se zapravo o režimu formalnog reda, i u tom smislu o važenju eventualne maksime, koja ovde nije ništa drugo do zakonom propisani izraz prevencije zloupotreba i težnje za obezbeđenjem savesnog parničanja, a kroz to i postizanje koncentracije postupka.^{15 16} Tuženom se ne sme ostaviti na volju da bira trenutak u postupku kada će prigovoriti,¹⁷ jer bi time značajno mogao da parališe postupak. Da bi se to zaista i obezbedilo, odnosno da bi postojala istinska prekluzivnost prigovora, potrebno je da u istom momentu nastupi i prekluzija ispitivanja za sud (tamo gde ima ovlašćenje *ex offio*), tj. da prekluzija prigovora istovremeno ima značenje zalečenja nenadležnosti.

¹⁵ Up. *Klein/Engel*, nav. delo (f. 4), S. 124, 131.

¹⁶ U kontekstu savremene nemačke i austrijske nauke obaveza tuženog da izjavi prigovor nenadležnosti se može podvesti pod opštu obavezu stranaka da podržavaju postupak (nem. *allgemeine Prozessförderungspflicht der Parteien*). Naime, radi se obavezi stranaka da preduzimaju svoje radnje na način i u vremenu tako da se postupak što brže reši; u nauci se takva obaveza u velikoj većini konkretizuje samo na planu radnji koje se tiču merituma, dok se procesni prigovori tek posredno dovode u vezu (up. *Leipold*, nav. delo [f. 9], vor § 128 Rn. 196 ff.; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Wien [2009], Rz. 422). Međutim i obaveza stranaka da blagovremeno izjave procesne prigovore itekako doprinosi bržem okončanju postupka. Što se tiče našeg prava, izričito zakonsko određenje opšte obaveze podrške postupka kao u *dZPO* (§ 282) i *öZPO* (§ 178) ne postoji. Ipak, naše je mišljenje da takva obaveza postoji, što se može i iz pojedinih odredaba ZPP i izvesti (up. u tom smislu za austrijsko pravo pre izričitog normiranja navedene obaveze *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, II/1, 2. Aufl., Wien [2002], Einl. Rz. 71): obaveza stranaka da se savesno parniče i zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja (čl. 9 st. 1 i 3), sadržaj tužbe i odgovora na tužbu (čl. 187, 284), dužnost stranaka da u svojim izlaganjima iznesu sve činjenice, ponude dokaze za svoje tvrdnje i da se izjasne na protivnikove navode (čl. 300 st. 1). Izostajanje direktnih sankcija za kršenje većine posebnih obaveza koje ulaze u opštu obavezu, i to u vidu prekluzije (kao u *dZPO* i *öZPO*), ne bi trebalo uzeti kao argument za negiranje njenog postojanja (na kraju, i postoji sankcija u vidu prekluzije novota u žalbi [čl. 359 st. 1 ZPP]; ona je dakle samo pomerena na kasniji stadijum postupka). Radi se zapravo o čistom izrazu obaveze savesnosti i poštenja, lojalnog parničanja. To potvrđuje i *Markičević*, Poštenje i savesnost u građanskoj parnici, Novi Sad (1972), str. 77-78, koji u kontekstu meritornog raspravljanja ističe da stranke imaju dužnost da saraduju sa sudom i pomažu mu da se stvar svestrano pretrese a da se zbog toga postupak ne odugovlači, te već tada anticipira postojanje opšte obaveze stranaka da podržavaju postupak (ona je tek Novelom iz 1976. g. uvedena kao takva u *dZPO*).

¹⁷ *Kayser* in *Saenger* (Hrsg), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden (2007), § 39 Rn. 1; tako i *Hüßtege* in *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung mit VVG, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, Kommentar, 29. Aufl., München (2008), § 39 Rn. 2.

Prema tome, primarni smisao zalečenja nenadležnosti jeste prevencija zloupotrebe procesnih ovlašćenja, koja ima svakako za cilj koncentrisanje postupka. Više kao uzgredna posledica jeste onemogućavanje da sud utvrdi nenadležnost po službenoj dužnosti u kasnijem razvoju postupka, jer sud u situacijama kada pazi *ex officio* na nadležnost ima dužnost da je proveri *a limine litis*,¹⁸ na osnovu toga, i teza o primarnom smislu se potvrđuje, jer tamo gde sud nema navedeno ovlašćenje, celokupno zalečenje nenadležnosti se odnosi na težnju za obezbeđivanjem savesnog parničenja. Potvrdu naše teze nalazimo i u literaturi, gde se kao jedno od sredstava za koncentraciju postupka, i to u smislu oblikovanja postupka, izričito navodi prekluzivnost pojedinih procesnih prigovora, tj. i prigovora zalečive nenadležnosti, ne i zalečenje nenadležnosti kao takvo.¹⁹

4. Teoretska koncepcija prekluzivnosti prigovora nenadležnosti, na osnovu rečenog, iskazuje se u relativizaciji značaja pojedinih vrsta i tipova nadležnosti, u prevazi interesa procesne ekonomije. Forma kroz koju prekluzivnost treba da manifestuje svoj smisao jeste zalečenje nenadležnosti. To je važno ne samo zbog rešenja konkretnog problema blagovremenosti prigovora mesne i zalečive stvarne nenadležnosti u ZPP, već i zbog teoretske dileme prirode zalečenja nenadležnosti. Poznato je, naime, da u domaćoj teoriji ima mišljenja da zalečenje nenadležnosti zapravo predstavlja zaključenje prečutnog prorogacionog sporazuma.²⁰

¹⁸ Ispitivanje nadležnosti po službenoj dužnosti *Klajn* opravdava upravo sprečavanjem zloupotreba izjavljivanja prigovora nenadležnosti (*Klein/Engel*, nav. delo [f. 4], S. 121).

¹⁹ *Fasching*, nav. delo (f. 9), Rz. 711. Indirektno *Culja*, Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1936, § 110 t. 3; *Starović/Keča*, Građansko procesno pravo, 3. izdanje, Novi Sad (2004), str. 97 i pored sasvim drugačije teoretske percepcije nemogućnosti da se sud oglasi nenadležnim od određenog trenutka, takođe potvrđuju našu tezu; prekluzija u rešavanju mesne nenadležnosti i vreme za ulaganje prigovora prema njima propisani su da bi se sprečile zloupotrebe i poremećaji postupka. Up. i *Triva/Dika*, Građansko parnično procesno pravo, 7. izdanje, Zagreb (2004), § 32 t. 6, kao i *Leipold* in *Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., Tübingen (2008), § 296 Rn. 1.

²⁰ Od 15. izdanja *Poznić/Rakić-Vodinelić*, Građansko procesno pravo, Beograd (1999) br. 177; *Jakšić*, Građansko procesno pravo, 2. izdanje, Beograd (2007), br. 1440 i sled. Teorija međunarodnog privatnog prava, barem za zalečenje međunarodne nenadležnosti, prihvata u potpunosti tezu o prečutnoj prorogaciji (*Stanivuković/Živković*, Međunarodno privatno pravo, 4. izdanje, Beograd [2010], br. 4.95; *Varadi/Bordaš/Knežević/Pavić*, Međunarodno privatno pravo, 9. izdanje, Beograd [2007], str. 508; *Jakšić*, Međunarodno privatno pravo, Beograd [2008], § 3 br. 193; *G. Knežević/Pavić*, Međunarodno privatno pravo, Beograd [2008], str. 51). Sudska praksa, očigledno inspirisana citiranom teorijom MPP (u pojedinim odlukama su integralno preuzeti tekstovi domaćih autora), u zalečenju nenadležnosti uopšte vidi konkludentni pristanak tuženog da se zaključi proroga-

Pored već istaknutih protivargumenata da se radi o suštinski različitim fenomenima²¹, važan je i sam smisao zalečenja; radi se o čisto procesnom fenomenu, koji ima za osnovu tezu da jedna vrsta nadležnosti nije toliko bitna da bi se proveravala tokom celog postupka. Za nju je uspostavljen režim zalečivosti zbog toga, a ne zato što je eventualno prorogabilna. Mišlimo čak i obratno: prorogabilnost jedne nadležnosti je posledica zalečivosti takve nenadležnosti, ne i obrnuto, što bi se nametalo iz shvatanja o prećutnoj prorogaciji.²²

III. Zalečenje stvarne i mesne nenadležnosti u ZPP

A. Vrste zalečivih nenadležnosti u ZPP: kvalitativni aspekt

1. Vrste zalečivih nenadležnosti u ZPP određene su precizno, i ne daju povoda nikavim polemikama. Svaka mesna nenadležnost je zalečiva (čl. 20), dok to važi samo u jednom vidu za stvarnu nenadležnost; zalečenje nastupa samo kada postoji stvarna nenadležnost u užem smislu, i to onda kada je viši sud prvog stepena nenadležan jer se radi o stvari iz kompetencije nižeg suda prvog stepena – u svetlu današnje organizacije sudova nenadležnost višeg suda zbog nadležnosti osnovnog suda (čl. 17

cioni sporazum (VTS Pž. 3065/2005 od 3.10.2005.g. = Sudska praksa trgovinskih sudova, Bilten 4/2005; Okr. sud u Valjevu Gž. 347/2008 od 28.02.2008.g. = Elektronska baza podataka Paragraf-leks). Uporednopravno, ova koncepcija je zastupljena u starijoj doktrini (*Najman*, Komentar građanskog parničnog postupka, preveo S. Gregorević, Beograd [1935], str. 207; ali već tada protiv *Pollak*, System des österreichisches Zivilporzeßrechtes, mit Einschluß des Executionsrechtes, I-III, 2. Aufl., Wien [1930-1932], S. 300-301), dok je danas sasvim napuštena (v. za austrijsku *Rechberger/Simotta*, nav. delo [f. 16], Rz. 272 ; za nemačku *Bork in Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, Bd. 1, 22. Aufl., Tübingen [2003], § 39 Rn.1-2, koji ipak naglašava da deo nemačke sudske prakse pogrešno kod ovog fenomena, doduše samo u pogledu međunarodne nenadležnosti, polazi od teze o prećutnoj prorogaciji).

²¹ Iako se može doći do istih rezultata kao i kod prorogacije, radi se sasvim različitim mehanizmima zasnivanja nadležnosti; dok je to kod prorogacije volja stranaka, to je kod zalečenja nenadležnosti propust suda i tuženog da uoče nenadležnost, jedna uzgredna posledica (ponegde dvostruke) prekluzije (tako već *Culja*, nav. delo [f. 19], § 74 t. 2; *Tri-va/Dika*, nav. delo [f. 19], § 57 t. 4; *Stanković*, nav. delo [f. 9], str. 123). Takođe, negira se da se propuštanju tuženog da izjavi prigovor može pripisati namera da zaključi prorogacioni sporazum (*Pollak*, nav. delo [f. 20], S. 300-301); zato se i kaže da je viđenje propuštanja prigovora nenadležnosti kao konkludentnog pristanka na tužiočev izbor suda «materijalnopravna dikcija» ovog fenomena (*Paulus*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin [2004], Rn. 40 Fn. 19)

²² To u našem sistemu ima i potvrdu kroz zalečenje jednog vida stvarne nenadležnosti i isključive mesne, koje su u potpunosti neprorogabilne. Postavlja se pitanje kako zapravo opravdati prećutnu prorogaciju kada izričita nije dozvoljena?

st. 2). Na prvom mestu, takav režim omogućava da se vrlo pouzdano utvrde kriterijumi koji su vodili zakonodavca pri njegovom uspostavljanju, preciznije interes koji ima prevagu nad ostalim koji su u opticaju. Aspekt nadležnosti uopšte koji treba da utiče na (pretpostavljeni) kvalitet suđenja zauzuma u tom smislu centralno mesto. Ušteda u vremenu i sredstvima do koje se dolazi putem zalečenja nenadležnosti opravdana je samo ako ne vodi smanjenju garantija ispravnosti presuđenja. Svaki stvarno nadležan sud je isti po kvalitetu, pa mesna nenadležnost ne može uticati na kvalitet presuđenja. Tim pre to se neće dogoditi ako postupa viši sud a trebao je niži sud. U oba slučaja, u najmanju ruku, kompetentnost nenadležnog i nadležnog suda je ista.^{23 24}

B. Problem nastupanja zalečenja nenadležnosti u teoriji i praksi

1. Postavljeni problem u pogledu blagovremenosti prigovora stvarne i mesne nenadležnosti, na podlozi gore prikazane teoretske koncepcije, transformiše se u problem zalečenja nenadležnosti. Za nas, prema tome, pravo je pitanje nastupa li zalečenje nenadležnosti propuštanjem isticanja prigovora u odgovoru na tužbu? Kao što je u na početku navedeno, u nauci su povodom nastale dileme prisutna dva shvatanja. Prvo, koje na postavljeno pitanje odgovara negativno i u tom smislu odriče bilo kakvo dejstvo čl. 284 st. 1 na vreme za izjavljivanje prigovora nenadležnosti (otuda

²³ U domaćoj nauci se ovaj režim zalečenja nenadležnosti, bez obzira na teoretsko opredeljenje, opravdava izričito ili latentno očuvanjem garantija za ispravnost presuđenja. V. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, nav. delo (f. 20), br. 135; *Marković*, Građansko procesno pravo, I/1, Beograd (1957), br. 218 samo za zalečenje stvarne nenadležnosti; *Stanković*, nav. delo (f. 9), str. 109 samo za zalečenje mesne nenadležnosti; indirektno *Keča*, Građansko procesno pravo, Beograd (2009), str. 74-75, koji značaj nadležnosti neposredno vezuje za zalečenje nenadležnosti. Ipak kritički *Culja*, Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb (1957), § 53 t. 2 smatra da i pored toga što je viši sud kvalifikovaniji od nižeg suda, neopravdano i neekonomično je onemogućiti da se u početnim stadijumima postupka prvi oglasi nenadležnim i ustupi predmet drugom. Ipak, navedenu argumentaciju treba posmatrati i iz ugla ondašnje organizacije postupka i sudova (1957. g.), kada je prvostepena nadležnost višeg suda prvog stepena uticala na mogućnost izjavljivanja revizije.

²⁴ Kriterijum obezbeđivanja garantija ispravnog presuđenja nije prisutan u Austriji, ali ni u Hrvatskoj (kao zemlji u kojoj je bio izražen kroz važenje ZPP 76), jer je svaka mesna i stvarna nenadležnost zalečiva (v. *Fasching*, nav. delo [f. 9], Rz. 216; *Triva/Dika*, nav. delo [f. 19], § 57 ... t. 4). U Nemačkoj postoji identitet zalečivosti i prorogabilnosti (sa razlikom u pogledu posebne uslove za zaključivanje prorogacionog sporazuma; v. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, nav. delo [f. 3], § 37), što pogledom na takve vrste pokazuje da opšti pristup pri njihovom uređenju nije bio obeležen kvalitativnim momentom (to u prvom redu proizilazi iz činjenice da je i stvarna nenadležnost zalečiva, a tamo gde nije ne znači [uvek] i očuvanje garantija za ispravno presuđenje).

se odriče i dejstvo na zalečenje nenadležnosti), i praksa prihvata.²⁵ U osnovi, ovo mišljenje ne ide dalje od sagledavanja problema na relaciji hijerarhijskog odnosa normi; *Petrušić*, koja jedina daje obrazloženje svog stava, ističe da

[o]kolnost da je zakonodavac predvideo obavezu tuženog da u odgovoru na tužbu navede procesne prigovore, može uputiti na pogrešan zaključak da ih tuženi može istaći samo u odgovoru na tužbu, što, naravno, nije tačno, s obzirom da je vremenski režim isticanja procesnih prigovora određen posebnih propisima.²⁶

Sudska praksa takođe sagledava problem samo u kontekstu pravila *lex specialis derogat legi generali*, stim da zapravo negira bilo kakvo dejstvo obaveze iz čl. 284 st. 1 u pogledu isticanja procesnih prigovora.²⁷ Suprotno shvatanje, zanemaruje odnos citiranih odredaba, i potvrdno odgovara na naše pitanje. Autori koji zastupaju ovaj stav, čini se da ga opravdavaju tezom da od upuštanja u raspravljanje tuženi ne može više da ističe (prekluzivne) procesne prigovore, pa kako se tuženi u odgovoru na tužbu upušta u raspravljanje, to je i poslednji momenat za takve prigovore.²⁸ Međutim, stavovi ovih autora do kraja nisu dosledni, jer na drugim mestima kada govore o ispitivanju nadležnosti, odnosno o zalečenju ne-

²⁵ *Petrušić*, Posledice propuštanja rokova u novom parničnom procesnom pravu Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLIV (2004), str. 139 f. 45; *Stanković*, nav. delo (f. 9), str. 106, 373; *Boranijašević*, Odgovor na tužbu, Pravni život 13/2008, str. 277; VTS Pž. 10282/2006 od 6.7.2007.g. = Elektronska baza podataka Paragraf-leks; pravni stav VTS izražen kroz odgovor na pitanje trgovinskih sudova utvrđen na sednicama Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20. septembra 2005. g. i Odeljenja za privredne prestupe i uprvo-računarske sporove od 26. septembra 2005.g. = Bilten sudske prakse trgovinskih sudova br. 3/2005.

²⁶ nav. delo (f. 25), str. 139, f. 45.

²⁷ Prema VTS, nav. pravni stav (f. 25), sud može da odbaci kao neblagovremeno istaknut samo onaj procesnopravni prigovor čije ograničenje proizilazi iz nekih drugih odredaba zakona, a ne iz odredbe čl. 284 st. 1, kao što je to primer sa prigovorom mesne nenadležnosti, čiji je rok za izjavljivanje ograničen odredbom čl. 20 st. 1.

²⁸ Tako razumemo kada *Keča*, nav. delo (f. 23), str. 182 navodi da upuštanje tuženog u raspravljanje bez osporavanja mesne ili stvarne nadležnosti višeg suda znači da nastupa prekluzija u pogledu takvih prigovora, jer na istom mestu ističe da upuštanje u raspravljanje, tj. meritorna odbrana, može da usledi već u odgovoru na tužbu. Izričito *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 1694-1695 naglašava da za razliku od uređenja ZPP 76 gde je pripremno ročište bilo poslednji procesni momenat kada je tuženi mogao da izjavi prigovor mesne ili zalečive stvarne nenadležnosti, u sistemu ZPP to je odgovor na tužbu, što potvrđuje i čl. 284 st. 1, pa ako je tuženi u njemu propustio isticanje navedenih prigovora, nastupa prekluzija; takođe, na drugom mestu (br. 1614-1615) navodi da nakon upuštanja u raspravljanje tuženog, a ZPP mu nalaže da to učini već u odgovoru na tužbu, on gubi pravo na izjavljivanje takvih prigovora.

nadležnosti, ipak ostaju kod vremenskih granica iz čl. 17 st. 2 i 20²⁹, odnosno različito tretiraju zalečenje mesne i stvarne nenadležnosti.³⁰

V. *Sopstveno mišljenje*

1. Kao prethodno i logično postavlja se pitanje zašto je zakonodavac u citiranim članovima predvideo baš navedene vremenske trenutke za zalečenje nenadležnosti? Trebalo bi u tom smislu poći od samog smisla zalečenja nenadležnosti i njegove konstrukcije – prigovor nenadležnosti se oročava tako da zalečenje postigne svoj cilj; postizanje cilja, a to je s jedne strane rešavanje na početku postupka pitanja nadležnosti (obezbeđivanje lojalnog parničanja tuženog) a s druge strane onemogućavanje odugovlačnja postupka (prevencija zloupotreba procesnih ovlašćenja tuženog), prema tome, može se postići samo ako prigovor zalečive nenadležnosti usklađen sa koncepcijom (pripremnog) postupka. Ako pogledamo naša ranija domaća rešenja, kao i uporednopravno, dobijamo potvrdu naše teze; uprošćeno, prekluzija prigovora nenadležnosti, tj. zalečenje nenadležnosti, nastupa najkasnije onda kada tuženi ima teret da se upusti u meritorno raspravljanje.³¹ Omogućavanje pri-

²⁹ Keča, nav. delo (f. 23), str. 75 ostaje kod doslovnog teksta odredaba članova 17 st. 2 i 20, kao i Jakšić, nav. delo (f. 20), na više mesta (br. 597, 1440-1443, 1485, 1491).

³⁰ Jakšić, nav. delo (f. 20), iako izričito smatra da neisticanje prigovora nenadležnosti u odgovoru na tužbu znači prekluziju za prigovor mesne i zalečive stvarne nenadležnosti (br. 1615, 1695), navodi da zalečenje nastupa samo za mesnu nenadležnost (br. 1616).

³¹ Najpoželjnije uređenje podrazumeva da se prigovor može izjaviti samo na početku postupka, tj. pre momenta kada tuženi ima teret da se upusti u raspravljanje; takvo uređenje je postojalo u izvornoj verziji *öZPO* (sledstveno i u *GPP*) gde je bilo predviđeno prvo ročište kao ročište koje se odmah zakazivalo po podizanju tužbe na kome su se rešavala samo procesna pitanja, uključujući pod pretnjom prekluzije i pitanje zalečive nenadležnosti (§ 240 *aF öZPO*, § 335 *GPP*). I sadašnje austrijsko pravo podrazumeva da se prigovor stvarne i mesne nenadležnosti može izjaviti zaključno sa upuštanjem u raspravljanje, nikako nakon toga (izuzetak važi za slučaj kada stranku ne zastupa advokat ili notar, kada je prethodno sud mora poučiti o mogućnosti prigovora); v. *Rechberger/Simotta*, nav. delo (f. 16) Rz. 270-273. U nemačkom pravu, nasuprot, u jednoj hipotezi se javlja isti problem kao i kod nas. Naime, nasuprot opštoj odredbi da sve procesne prigovore tuženi treba istovremeno da istakne pre nego što počne da rasparavlja u meritumu, a ako je određen rok za davanje odgovora na tužbu, onda u okviru tog roka (§ 282 III *dZPO*), stoji postoji posebna odredba za zalečenje nenadležnosti koja predviđa da će postupajući sud, koji je inače nadležan, postati nadležan ako tuženi ne istakne prigovor u tom pogledu do usmenog upuštanja u raspravljanje (§ 39 *dZPO*; ako se postupak odvija kod nižeg suda prvog stepena [nem. *Amtsgericht*], onda je neophodno da prethodno usledi pouka suda u pogledu mogućnosti prigovora nenadležnosti). Problem u istom intezitetu postoji i za prigovor arbitražnog ugovora, jer je odredba u pogledu blagovremenosti identično redigovana kao i za zalečenje nenadležnosti (1032 I *dZPO*). Na nivou komunitarnog prava, u pogledu zalečenje nenadležnosti u stvarima gde se primenjuju Brisel I i II uredbe ono nastupa ako se tuženi «upusti u postupak» (nem. *Einlassung auf das Verfahren*) što je širi pojam od upuštanja u raspra-

govora zalečive nenadležnosti nakon tog trenutka, ne samo da logički nije ispravno, već i omogućava upravo ono što zalečenje treba da spreči, i za šta postoji činom postojanja zalečenja nenadležnosti pravno-političko opravdanje – odugovlačenje postupka, prvenstveno kroz zloupotrebu procesnih ovlašćenja.³² Tako posmatrano može se zaključiti da zalečenje nenadležnosti prema čl. 17 i 20, onako kako smatra prvo shvatanje u nauci (ali i praksi), ima donekle svoje opravdanje u sistemu ZPP 76, gde je pripremanje glavne rasprave bilo drugačije uređeno, sa najvažnijom karakteristikom da je teret tuženog da se upusti u raspravljavanje bio (u poređenju sa ZPP) u bitnome olakšan.³³ Odgovor na tužbu u jednom apsolutnom smislu nije bio obavezan, što znači da niti je sud obavežno morao da naloži tuženom da odgovori na tužbu (čl. 285 st. 1 ZPP 76)³⁴, niti da je tuženi tada morao da odgovori na tužbu, u smislu da bi u protivnom snosio negativne posledice po svoj položaj u parnici (čl. 285 st. 4 ZPP 76).³⁵ Tuženi je ipak imao teret da se upusti u raspravljavanje, jer bi se protiv njega donela presuda zbog izostanka, ali zaključno sa pripremnim ročištem, a ako se ono nije održavalo zaključno sa prvim ročištem za glavnu raspravu (čl. 332 st. 1 ZPP 76).³⁶ Kada se ovo ima u vidu, čini se i skladnim uređenje zalečenja stvarne i mesne nenadležnosti, jer je ono bilo postavljeno tako da je sinhrono sa teretom upuštanja u raspravljavanje; ako su navedena ročišta bila poslednja prilika da se tuženi meritorno izjasni, onda su ona bila poslednja prilika da on izjavi i prigovor mesne odnosno zalečive stvarne nenadležnosti.³⁷ U tom smislu, navedena ročišta su bila sam početak

vljanje o glavnoj stvari (v. čl. 24 Brisel I i čl. 18 Brisel II; v. *Mayr in Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Wien [2006], § 104 JN Rz. 26).

³² To je uostalom imperativ za svaki prekluzivni prigovor.

³³ Pod upuštanjem u raspravljavanje prodazumevamo upuštanje u meritorno raspravljavanje, svaku radnju kojom tuženi pokazuje svoj stav prema osnovanosti tužbenog zahteva.

³⁴ Samo u postupku u privrednim sporovima sud je obavezno nalagao tuženom da dâ odgovor na tužbu (zakonska formulacija koja je i danas prisutna: obaveza suda da dostavi tužbu tuženom na odgovor [v. čl. 495 st. 1]); i ovo je pravilo trpelo izuzetke (u hitnim slučajevima sud ne bi zahtevao davanje odgovora na tužbu [čl. 495 st. 3])

³⁵ U teoretskom smislu, dakle, za tuženog nije postojao nikav procesni teret da odgovori na tužbu, jer je karakteristično za procesno pravo da nema obaveza u kontekstu materijalno-pravnih kategorija; preciznije, obaveze u pravom smislu su retkost u procesnom pravu, a upuštanje u raspravljavanje nije takav primer. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, nav. delo (f. 3), § 100 Rn. 10. V. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, nav. delo [f. 20], br. 35-36; za pojmovno razlikovanje procesne obaveze i procesnog tereta up. *Jauernig, Zivilprozessrecht*, 29. Auf., München (2007), §26 koji daje kriterijume.

³⁶ Iscrpno za režim presude zbog izostanka u ZPP 76 *Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama, Beograd (2009), uz čl. 332.

³⁷ Treba napomenuti da je postojao raskorak između prirode konkretnog trenutka nastupanja zalečenja nenadležnosti. Ako je održavano pripremmo ročište, propuštanje pri-

postupka. Ovu tezu potvrđuje i tadašnje uređenje zalećenja stvarne i mesne nenadležnosti u postupku za izdavanje platnog naloga, gde je takođe bila uspostavljena navedena sinhronost, odnosno gde je zalećenje tako bilo uspostavljeno da nastupa u onom trenutku kada tuženi prvom prilikom ne ospori nadležnost.³⁸ Trebalo bi ipak istaći da je rešenje ZPP 76, barem izričit zakonski tekst, ostavljalo prostora i za postizanje neželjenih dejstava.³⁹

2. Pripremanje glavne rasprave ZPP u bitnome menja, i to suštinski samo kroz reformisanje odgovora na tužbu. Sada ga sud obavezno nalaže tuženom (čl. 281), i ono što je najvažnije, tuženi ima teret da ga dâ, tj. ima teret da se u njemu upusti u raspravljanje, jer u protivnom može se doneti presuda zbog propuštanja (čl. 338). Ovde se pokazuje koncepcijska neusklađenost odredaba o zalećenju nenadležnosti, jer s jedne strane se nalaže tuženom, pod pretnjom donošenja presude zbog propuštanja, da se upusti u raspravljanje u odgovoru na tužbu, a s druge strane mu se do-

govora do njegovog završetka značilo je zalećenje nenadležnosti; suprotno, ako nije održavano, zalećenje bi prema slovu zakona nastupalo tek kada bi se tuženi bez isticanja prigovora upustio u raspravljanje na prvom ročištu za glavnu raspravu. Redakcija druge solucije otvarala je dalje pitanje: nastupa li zalećenje nenadležnosti i onda kada tuženi izostane sa glavne rasprave, a da pre toga nije preduzimao nikakvu radnju u postupku. *Culja*, nav. delo (f. 23), § 101 t. 2, kao i *Starović/Keča*, nav. delo (f. 19), str. 232, po nama opravdano, zastupaju opšte pravilo da u svim slučajevima gde se predviđaju posledice upuštanja tuženog u raspravljanje, one nastupaju i onda kada protekne vreme utvrđeno procesnim redom za preduzimanje takve radnje, što bi značilo da bi u navedenoj dilemi nastupilo zalećenje nenadležnosti.

³⁸ Sud je mogao da se oglasi mesno nenadležnim samo do izdavanja platnog naloga (čl. 453 st. 1 ZPP 76), dok je tuženi prigovor mesne nenadležnosti mogao da izjavi samo u prigovoru protiv platnog naloga (čl. 453 st. 2 ZPP 76), koji je bio i poslednja prilika da se tuženi upusti u raspravljanje, jer u protivnom platni nalog bi postao pravnosnažan; da je prigovor značio upuštanje u raspravljanje govori i to da nakon njega nije bilo moguće doneti presudu zbog izostanka (v. praksu kod *Poznić*, nav. delo [f. 37]). Što se tiče zalećenja stvarne nenadležnosti, ona nije bila izričito regulisana, ali je praksa izgradila stav analogijom sa zalećenjem u opštem parničnom postupku (čl. 17 st. 2 ZPP 76), tako da je ona nastupala ako sud do izdavanja platnog naloga nije uočio stvarnu nenadležnost a tuženi je nije istakao u prigovoru protiv platnog naloga (VSBH R. 415/90 od 31.01.1991. g. = Sudska praksa 1991/10, str. 58). U nauci je prihvaćen citirani stav prakse (*Poznić*, nav. delo [f. 37], uz čl. 454; bez pozivanja na praksu *Triva/Dika*, nav. delo [f. 19], § 170 t. 3), stim da treba napomenuti da je još za vreme ZPP 56 formiran isti stav (*Culja u Culja/Triva*, Komentar Zakona o parničnom postupku, I, Zagreb [1957], uz čl. 19).

³⁹ Vladajuće shvatanje u nauci i praksa su dozvoljavali da tuženi, iako je odgovorio na tužbu, istakne prigovor zalečive nenadležnosti na prvom ročištu koje je sledilo; tako *Culja*, nav. delo (f. 23), § 101 t. 2 konstatuje da su postojale dve vrste upuštanja u raspravljanje – ona koja je značila sprečavanje kontumacione presude i za koju je bilo dovoljno da se i pismeno ospori tužbeni zahtev, i ona koja je imala za posledicu neku prekluziju do tada nepreduzetih radnji (npr. prigovora nenadležnosti), za koju je bilo merodavno tek usmeno upuštanje. Za praksu u tom pravcu v. *Poznić*, nav. delo [f. 37], uz čl. 20 t. 3.

pušta da izjavi prigovor nenadležnosti, jedan čisto procesni prigovor, i kasnije, nakon odgovora na tužbu. S druge strane, stvar je još više upadljivija kada se uzme u obzir zahtev ZPP u pogledu kvaliteta tereta tuženog da se upusti u raspravljanje. Više nije dovoljno da se tuženi bilo kako, pa makar i paušalno, upusti u raspravljanje, već on to mora da uradi supstancirano – ako osporavajući tužbeni zahtev osporava i tužiočeve tvrdnje on mora da navede svoje viđenje stanja stvari (čl. 284 st. 2), jer u protivnom se uzima da odgovor na tužbu nije ni dat (čl. 285). Imajući to u vidu, zalečenje nenadležnosti samo u verziji čl. 17 i 20 ne ostvaruje svoj smisao, i preti da preraste u svoju suprotnost; time što tuženi ne mora da izjavi prigovor prvom prilikom, a to je odgovor na tužbu, otvaraju se vrata mogućnosti odugovlačenja postupka kroz zloupotrebu prigovora (tuženi će čekati tek prvo ročište koje sledi) koja će rezultovati sasvim neopravdanim utroškom vremena i truda.⁴⁰

3. Zalečenje mesne i stvarne nenadležnosti koje je zaista posebno regulisano treba tumačiti tako da ono nastupa onda kada sud (gde može) ne uoči nenadležnost i kada tuženi ne istakne odgovarajući prigovor u odgovoru na tužbu. Karakter odredbi ne bi trebao ovde da bude presudan, jer specifičnost tumačenja procesnog prava daje prostora za ponekad slobodnije tumačenje, kome ovde treba pribeći.⁴¹ Smisao zalečenja nenadležnosti i novog uređenja odgovora na tužbu postupka u tom smislu su baza za tumačenje.⁴² Time se teza o neophodnosti, u najmanju ruku, sinhronosti tereta upuštanja u raspravljanje i obaveze izjavljivanja prigovora zadržava-

⁴⁰ Od prijema odgovora na tužbu do prvog ročišta koje se zakazuje proći će određeno vreme, jer ono ne treba samo da se blagovremeno zakaže, već i upoznavanje suda sa odgovorom na tužbu po prirodi stvari podrazumeva određeno vreme. S druge strane, sav rad koji utrošio nenadležan sud biće uzaludan – upoznavanje sudije sa procesnim materijalom iz tužbe i odgovora na tužbu, formiranje radnih hipoteza, identifikovanje spornih činjenica i sl. Sav taj utrošak je neopravdan, jer zakon upravo kroz zalečenje nenadležnosti, u tim konkretnim situacijama smatra da je važnija procesna ekonomija od konzistentnog poštovanja pravila nadležnosti.

⁴¹ U domaćoj teoriji, a naročito u nemačkoj i austrijskoj, naglašava se da pravila tumačenja procesnog prava pokazuju dosta specifičnosti u odnosu na opšta pravila tumačenja prava. Tako se prednost mora dati teleološkoj metodi naspram gramatičkog tumačenja, ali svakako u okvirima zabrane arbitrarnosti. V. za domaću teoriju *Poznić/Rakić-Vodinić*, nav. delo (f. 20), br. 58; *Stanković*, nav. delo (f. 9), str. 31; za nemačku teoriju ali i iscrpnu praksu v. umesto svih *Vollkommer in Zöller*, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen*, 26. Aufl., Köln (2007), Einl. Rn. 92 ff.

⁴² *Leipold*, nav. delo (f. 19), § 296 Rn. 156ff zato i kritikuje i teoriju i praksu koja tretira § 39 *dZPO* kao specijalnu odredbu; po njemu primat ima opšta odredba o prekluziji procenih prigovora, i to zbog svog cilja, te ukoliko tuženi ne izjavi prigovor zalečive nenadležnosti u odgovoru na tužbu koji mu je sud naložio, nastupa zalečenje.

va. Problematična redakcija čl. 17 i 20 se pokazuje se na taj način kao previd zakonodavca, kao mehaničko preuzimanje odredaba ZPP 76 bez ispitivanja podobnosti sa novom koncepcijom pripremnog postupka koju je sam i uspostavio.⁴³ Potvrda toga, odnosno potvrda da navedena teza u ZPP još uvek postoji, pored postojanja obaveze iz čl. 284 st. 1, pokazuje (neizmenjeno takođe) uređenje zalečenja mesne i stvarne nenadležnosti u postupku izdavanja platnog naloga (čl. 460); sud se može samo do izdavanja platnog naloga oglasiti mesno ili stvarno nenadležnim (svakako u skladu sa granicom u vezi tipa stvarne nenadležnosti iz čl. 17 st. 2), a tuženi može osporiti mesnu ili zalečivu stvarnu nadležnost samo u prigovoru protiv platnog naloga, ne i nakon njega.⁴⁴ Na kraju, i uređenje zalečenja drugih vrsta nenadležnosti, u drugim zakonima, pokazuju to.⁴⁵

4. Poseban argument koji ide u prilog našem stavu proizilazi takođe iz ciljnog tumačenja. Naime, dosledna primena režima zalečenja nenadležnosti prema jezičkom tumačenju čl. 17 i 20 stoji u koncepcijskom raskoraku i sa presudom zbog propuštanja. Ako tuženi odgovor na tužbu nije granica blagovremenosti prigovora nenadležnosti, onda u situaciji kada tuženi propusti odgovor na tužbu nije došlo do zalečenja nenadležnosti. S druge strane, propuštanje odgovora na tužbu nema značenje totalne prekluzije tako da tuženi ne može više da preduzme nikakvu parničnu rad-

⁴³ Interesantno je u tom smislu i mišljenje u nemačkoj nauci povodom redakcije § 1032 *dZPO* o prigovoru postojanja arbitražnog ugovora – mišljenje da specijalni karakter norme nije uverljivo, imajući u vidu «notorno aljkav rad zakonodavstva». *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., München (2005), Kap. 7 Rn. 1. Inače, nasuprot takvom stavu, većina teorije i praksa u nemačkoj pri tumačenju citirane norme, kao i onih u vezi zalečenja nenadležnosti (v. f. 42) daju prednost pravilu *lex specialis derogat legi generali* (*Jauernig*, nav. delo [f. 35], § 12 VI; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, nav. delo [f. 3], § 38 Rn. 26, § 174 Rn. 33 Fn. 34; *Geimer in Zöller*, nav. delo [f. 42], § 1032 Rn. 1; nemački Savezni sud [*BGH*] uzima u obzir samo hijerarhiju normi [*BGH* = Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 2176]).

⁴⁴ Da je bila intencija zakonodavca da razdvoji trenutke zalečenja i tereta upuštanja u raspravljanje, i ovde bi se dopustilo da tuženi ističe prigovore i u nastavku postupka, nakon prigovora protiv platnog naloga i njegovog stavljanja van snage.

⁴⁵ Prigovor zalečive međunarodne nenadležnosti, prema teoriji i praksi, tuženi već u odgovoru na tužbu treba da istakne; propusti li to, nastupa zalečenje međunarodne nenadležnosti (izričito Okr. sud u Valjevu Gž. 347/2008 od 28.02.2008. g. = Elektronska baza podataka Paragraf-leks; v. iscrpno *Dika* u *Dika/Knežević/Stojanović*, Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Beograd [1991], uz čl. 49 t. 24-25, uz čl. 50). Prekluzija prigovora postojanja arbitražnog ugovora nastupa upuštanjem u raspravljanje tuženog (čl. 14 Zakona o arbitraži, SG RS 46/2006), što znači da ga on mora istaći već u odgovoru na tužbu; propusti li to, nastupa zalečenje apsolutne nenadležnosti, jer na kraju postojanje arbitražnog sporazuma ima značenje nenadležnosti suda (nepostojanja redovnog pravnog puta u najširem smislu).

nju. U prvom redu to važi za sve navode, tj. prigovore koji se tiču apsolutnih (ali i nezalečivih) procesnih pretpostavki; ako na njih sud pazi po službenoj dužnosti tokom celog postupka, onda to znači da prigovor tuženog nikako ne može imati obeležje prekluzivnosti, pa čak i da je izričito propisana;⁴⁶ sud pre donošenja svake presude, pa tako i one zbog propuštanja, treba da proveri postojanje procesnih pretpostavki.⁴⁷ Imajući to u vidu, dozvoljavalo bi se da tuženi i nakon propuštanja odgovora na tužbu, a do donošenja presude, izjavi uspešno prigovor mesne ili stvarne zalečive nenadležnosti, tj. ono nalaže sudu obavezu da u tom intervalu pazi na zalečivu stvarnu i isključivu mesnu nenadležnost. Pitanje je koliko je ovakvo rešenje u skladu sa koncepcijom pripremanja glavne rasprave, i da li je to u skladu sa smislom zalečenja nenadležnosti. Dopuštalo bi se da se odloži donošenje presude zbog propuštanja usled oglašavanja suda nenadležnim, i to u onim situacijama gde je inače predviđeno zalečenje nenadležnosti, dakle kod onih nenadležnosti koje su već zakonskom kvalifikacijom zalečivosti relativnog značaja. Tome još treba pridodati kvalitativni aspekti zalečivih nadležnosti u našem sistemu – zalečenje ne može da utiče na postulirani kvalitet presuđenja (v. *supra ad III. A.*). Interesantno je ipak da i *Jakšić*, koji zastupa mišljenje o primatu čl. 284 st. 1, u ovoj konkretnoj situaciji ga ne primenjuje; on čak navodi da sud u slučaju propuštanja odgovora na tužbu treba da ispituje i mesnu nadležnost, na koju on inače pazi samo po prigovoru tuženog, te ako je nema treba da odbaci tužbu.⁴⁸

⁴⁶ Up. *Fasching*, nav. delo (f. 9) Rz. 1397 koji u ishodištu isto navodi, stim da ističe da takvi navodi tuženog mogu biti povod da sud *ex officio* ispita procesne pretpostavke. Slično i *Klein/Engel*, nav. delo (f. 4), S. 125 koji smatra da u tom slučaju prekluzija nastupa, ali da tuženi nakon toga ima pravo da skrene pažnju sudu da on nije ispunio svoju obavezu da po službenoj dužnosti pazi na nenadležnost, odnosno da «provocira ispitivanje suda po službenoj dužnosti».

⁴⁷ Izričito *Culja* u *Culja/Triva*, Komentar Zakona o parničnom postupku, II, Zagreb (1957), uz čl. 321 I 1 6); *Poznić*, nav. delo (f. 37), uz čl. 332 t. 1 pored toga navodi još i sudsku praksu u tom pravcu; *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 2269; *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), nav. delo (f. 31), §§ 396-397 Rz. 7. S druge strane, ni tuženi nije uvek prekludiran u svojim navodima povodom merituma, i štaviše ne nastupaju nikakve posledice prekluzije onda kada ne postoje uslovi za presudu zbog propuštanja Tako i *Petrušić*, nav. delo (f. 25), str. 134, f. 21; *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 597.

⁴⁸ nav. delo (f. 20), br. 2270. Dalje navodi da sud treba isto tako da postupi onda kada se mesna nadležnost zasniva na prorogacionom sporazumu. Ipak, po njemu, u tim situacijama tužilac će moći da izdejstvuje presudu zbog propuštanja ako otkloni nedostatke u vezi sa čl. 103 i 78; tako npr. on bi mogao da naknadno podnese dokaz o postojanju sporazuma o mesnoj nadležnosti ili da podneskom zahteva da se tužba dostavi nadležnom sudu (br. 2271). Čini se da je ovaj stav teško opravdati. Prvo, ako tuženi ima obavezu u skladu sa čl. 284 st. 1 da istakne prigovor mesne i zalečive stvarne nenadležnosti u odgo-

5. Loša strana uređenja zalečenja mesne i stvarne nadležnosti u ZPP, na šta ukazuju i primeri *dZPO* i *öZPO*, jeste štetan uticaj na jednakost stranaka.⁴⁹ Isticanje prigovora nenadležnosti pod pretnjom prekluzije već u odgovoru na tužbu onemogućava sud da suštinski pouči neukog tuženog; teško može sud u nalogu za davanje odgovora na tužbu da kroz frazu «tuženi je dužan da istakne procesne prigovore u odgovoru na tužbu», na šta je inače obavezan, dovoljno pouči neukog tuženog da on može da stavi prigovor mesne ili stvarne nenadležnosti – radi se o veoma kompleksnim pitanjima, koja su čak i pravicima koji se ne bave parničnim postupkom teška.⁵⁰ Ne samo da je potrebno usmeno poučiti takvog tuženog o mogućnosti izjavljivanja prigovora, već i postojeća pisana pouka suda kroz naznačenu frazu može da donese više štete nego koristi – ističe se da tuženog treba upoznati i sa dejstvom uspešnog prigovora, da on ne znači okončanje parnice već nastavak pred drugim sudom, za šta možda on i nema interesa.⁵¹ Srećna okolnost je da su stranke, iako imaju postulacionu sposobnost u prvostepenom postupku, u najvećem broju slučajeva zastupane putem advokata. Ovaj problem se nažalost pokazuje samo kao potvrda kursa zakonodavca u pogledu uobličavanja parnične procedure, koji ne vodi dovoljno računa o obezbeđi-

voru na tužbu, onda dosledno to podrazumeva da propuštanje odgovora na tužbu znači i prekluziju za prigovor (za zalečenje nenadležnosti na kraju ne bi trebalo da bude bitno da li je uopšte dat odgovor na tužbu, ili je dat bez prigovora). S druge strane, čak i da ne nastupi zalečenje, posledice koji se navode, a koje su izgleda bazirane na nemačkom pravu, nemaju nikakvog zakonskog uporišta kod nas. Tako, u domaćem parničnom postupku za razliku od nemačkog tužba se ne odbacuju nikada zbog mesne nenadležnosti (a ni zbog stvarne), već se po službenoj dužnosti predmet ustupa nadležnom sudu (čl. 21 st. 1). Upravo zbog toga, kod nas je nepoznat zahtev tužioca da se stvar dostavi nadležnom sudu (nem. *Überweisungsantrag*), koji u *dZPO* postoji da bi se ublažile (teške) posledice nenadležnosti. Takođe, ako sud nema ovlašćenja da *ex offo* ispituje neisključivu mesnu nadležnost (čl. 20 st. 1), kako onda može to da čini samo za slučaj propuštanja odgovora na tužbu – takva vrsta nenadležnosti je za sud u svim mogućim situacijama irelevantna sve dok je blagovremeno tuženi ne istakne; konsekventno to važi i za nadležnost na osnovu prorogacije, tako da je odredba čl. 64 st. 4 da je tužilac dužan da uz tužbu podnese i prorogacioni sporazum irelevantna i stoji kao nepodobni ostatak ZPP 76 (izvorna verzija ZPP 76 je predviđala da sud po službenoj dužnosti ispituje i mesnu nadležnost, gde je navedena obaveza tužioca imala svoj smisao; već izmene iz 1990. g. menjaju takav režim, i uspostavlja ju takav kakav i danas postoji).

⁴⁹ To bi bio i jedini pravi razlog za davanje prednosti tumačenju prema izričitoj redakciji specijalnih odredaba.

⁵⁰ Treba naglasiti da ni načelo poučavanja nekih stranaka nije najsrećnije redigovano u ZPP. V. o tom problemu *Keča*, O načelu pomoći neukoj stranci u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLII 1-2 (2008), str. 309-319.

⁵¹ V. *Mayr in Rechberger* (Hrsg), nav. delo (f. 31), § 104 JN Rz. 19.

vanju jednakosti stranaka. Paradoksalno promene ZPP se pravdaju obezbeđivanjem evropskih standarda, usaglašavanjem sa preporukama Saveta Evrope te obezbeđivanju prava na pravično suđenje; zato se i efikasnost uzdiže kao izgleda jedini kvalitet pravne zaštite koja se pruža u parničnom postupku, i u tom smislu se sve odjednom opravdava načelom o suđenju u razumnom roku. S druge strane, ZPP u sebi sadrži ozbiljne mane u pogledu ravnopravnosti stranaka, a time i prava na pravično suđenje, i to je već oštro kritikovano u nauci.⁵²

6. S obzirom na izmene i dopune ZPP iz 2009. g. (SG RS 119/09), pitanje režima zalečenja stvarne i mesne nenadležnosti u postupcima u sporovima male vrednosti posebno se se pokazuje kao aktuelno, jer je podizanje cenzusa za ovu vrstu postupka dovelo do njegovog sprovođenja u širim razmerama, naročito u postupcima u privrednim sporovima. Kako se u njima ne zahteva od tuženog odgovor na tužbu, niti se održava pripremno ročište, zalečenje stvarne i mesne nenadležnosti nastupa najkasnije na prvom ročištu za glavnu raspravu; tada on, naime, snosi teret da se upusti u raspravljanje, jer će se inače doneti presuda na osnovu izostanka (čl. 276).⁵³ U tom smislu u ovom postupku stvar postavlja isto kao u opštem parničnom postupku prema ZPP 76, pa imaju važenje odredbe čl. 17 st. 2 i 20. Ipak, kao sporno bi moglo da se postavi pitanje da li zalečenje nastupa onda kada se tuženi, bez osporavanja nadležnosti, podneskom pre održavanja glavne rasprave upustio u raspravljanje. S osloncem na analogiju sa zalečenjem u opštem parničnom postupku, te u skladu sa smislom instituta, moglo bi da se brani tumačenje po kojem bi već u tom trenutku nastupala prekluzija prigovora, odnosno zalečenje nenadležnosti; time bi se sprečile moguće zloupotrebe i eventualna odugovlačenja postupka.

⁵² U osnovi, mane se tiču situacija kada stranka je stranka neuka. *Jakšić*, nav. delo (f. 20), br. 1609 ističe da je rešenje ZPP o fikciji da odgovor na tužbu nije ni dat ako sadrži formalne ili sadržinske nedostatke, čime se stvara mogućnost za donošenje presude na osnovu propuštanja, neodrživo sa stanovišta prava na pravično suđenje, jer stavlja tuženog u teži položaj od tužioca; tužilac, naime, ako tužba koja nije uredna, ima mogućnost da je ispravi, tj. ne odbacuje se momentalno (ako nema punomoćnika advokata). Kritika upućena zakonskoj redakciji načela poučavanja neukih stranaka (*Keča*, nav. delo [f. 50], str. 314 i sled) bazira se takođe na ideji o doslednom poštovanju i obezbeđivanju ravnopravnosti stranaka kao pravnompolitičkom cilju najvišeg ranga.

⁵³ Iako citirani član ne spominje to izričito, presudu zbog izostanka sprečiće i prethodno osporavanje tužbenog zahteva putem podneska. Tako i *Bodiroga*, Presuda zbog izostanka prema novom ZPP-u, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu LV 1 (2007), str. 146; Okr. sud u Beogradu Gž. 5328/06 od 13.6.2006. g. = Bilten Okružnog suda u Beogradu br. 76 (2007); Okr. sud u Novom Sad je zahtevao da u toj situaciji tuženi obrazloženo ospori tužbeni zahtev (Gž. 7323/06 od 21.06.2007 = Bilten Opštinskog suda u Novom Sadu [interni] 4/2007, str. 22, br. 9).

Međutim, bilo bi to suviše riskantno, jer bi se ovde ozbiljno mogla dovesti u pitanje jednakost stranaka – poučavanje uopšte ne bi usledilo, čak ni u formi u kojoj to radi u opštem parničnom postupku, jer sud ne šalje tužbu na odgovor, već tuženog poziva na ročište za glavnu raspravu i poučava ga o posledicama izostanka sa njega (čl. 275 st. 3); o mogućnosti i dejstvu prigovora nenadležnosti, te o nastupanju prekluzija ukoliko ga ne izjavi u podnesku u kojem bi se upustio u raspravljanje, prema tome, nema govora. Rešenje prisutno u *öZPO* za gotovo identičnu situaciju, po kojem bi takvo upuštanje u raspravljanje značilo zalečenje nenadležnosti ako stranka nije zastupana po advokatu, bilo bi najbolja solucija.⁵⁴ Ipak, za nju je teško naći zakonskog oslonca u ZPP, i pitanje je da li bi praksa to primenjivala.⁵⁵ U tom smislu se i nameće potreba izričitog zakonskog preuređenja zalečenja nenadležnosti, i to ne samo za ovaj postupak, već uopšte, s obzirom na prikazan problem i relativnu teškoću ponuđenog rešenja.

⁵⁴ Iako u austrijskom parničnom postupku ne postoji više malični postupak kao posebna vrsta postupka ili modifikacija opšteg, odgovarajući uprošćeni mehanizam rešavanja takvih sporova kao u ZPP ipak postoji; postupak pred sreskim sudovima ima obrise uprošćene forme (nema obaveznog odgovora na tužbu, zapisnik je uporšćen i sl), i što je najvažnije za bagatelne stvari je predviđen tzv. bagatelni priziv, koji upravo odgovara najznačajnijoj karakteristici našeg maličnog postupka – žalbi protiv presude. Za postupak pred sreskim sudovima i bagatelni priziv v. *Rechberger/Simotta*, nav. delo (f. 16), Rz. 940ff, 1024; za zalečenje nenadležnosti kada stranka nema punomoćnika advokata (ili notara) v. *Mayr* in *Rechberger* (Hrsg), nav. delo (f. 31), § 104 JN Rz. 18-19 kao i *Fucik* u istom delu, § 441 Rn. 1.

⁵⁵ Naročito zbog stava sudske prakse da i punomoćnike advokate treba poučavati o mogućim posledicama propuštanja nekih parničnih radnji; tako za posledice izostanka sa ročišta VSS Rev. 1186/06 od 13.09.2006. g. = Bilten Okružnog suda u Beogradu br. 74, str. 103 (2006); Okr. sud u Valjevu Gž. 1593/06 od 16.11.2006 = Izbor sudske prakse 12/2008, str. 59, br. 92.

*Marko Knežević, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

On the Problem of Timely Use of Challenges to Venue of Court and Subject Jurisdiction in Civil Procedure

Abstract

The collision in Civil Procedure Code between provisions which determine timely contest of the venue of the court and subject matter jurisdiction (Art. 17 sub. 2 and art. 20) and one that determine general rule for raising challenges to the allowability of the complaint (Art. 284 sub. 1) is in the focus of this paper. The problem is elaborated in that sense that first the theoretical conception of preclusive nature of contesting the jurisdiction is analyzed and the form in which it should achieve its' postulated goal. On those premises and according to the conception of the other institutes the opinions in the theory and practice are questioned, thus argumentation for the solution of the named problem is given.

Key words: determination of the jurisdiction, challenge to the jurisdiction, preclusion, healing of the lack of the jurisdiction, principle of procedural economy, concentration of the procedure, defendant's answer.