

*Марко Кнежевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

КРУГ ОПОЗИЦИОНИХ РАЗЛОГА У ПРИГОВОРУ ПРОТИВ РЕШЕЊА О ИЗВРШЕЊУ НА ОСНОВУ ИЗВРШНЕ ИСПРАВЕ

Сажетак: - предмет рада је истражање опозиционих разлога у приговору извршној дужника против решења о извршењу на основу извршне исправе. Ради се о разлозима који се односе на сам захтев који се принудно остварује у извршном поступку. Након приказа ранијих решења домаће права, као и ујоредној права, разматра се проблем дефицитарне редакције ЗИО и нуди се решење.

Кључне речи: опозициони разлози, материјална правноснажност пресуда, извршне исправе

1. УВОД

Већ и летимичан поглед на стање ствари у области грађанског процесног права у Србији показује да се оно налази у стању перманентне реформе. Не само да нови системски закони неуобичајено брзо замењују претходне, већ се и они сами мењају у интервалу док их не смени наредни. Уз то, крајем 2009. године је извршена тзв. реформа правосуђа, која је имала, и још увек има, утицаја на функционисање грађанског правосуђа.

Законодавна активност на плану извршног поступка је репрезентативан пример перманенте реформе. Наиме, у последњих 20 година примењивала су се четири закона – Закон о извршном поступку из 1978,¹ Закон о извршном поступку из 2000,² Закон о извршном поступку из 2004,³ и данас важећи Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011.⁴ Да се

¹ ЗИП 78, *Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91; *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93, 24/94.

² ЗИП 2000, *Службени лист СРЈ*, бр. 28/00, 73/00 и 71/01.

³ ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04

⁴ ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11 (др. закон), 109/13 (УС), 55/14 и 139/14.

ради о реформи, а не само о изменама, показује наизменично мењање парадигме у погледу правних лекова, посебно извршног дужника против решења о извршењу. Ове промене су биле такве да се слободно може рећи да су оне биле сама обележја изнова постулираних реформских подухвата. Тако је доношњем ЗИО – чини се с правом закључује *Бодирога* – извршена „драматична измена“ у односу на дотадашње стање.⁵ Не само да је извршена максимална редукција правних средстава,⁶ већ су и она задржана променила у многоме своју физиономију. Уз то, не треба заборавити, проширен је круг извршних исправа, што у сваком случају тангира – или би требало – област правних средстава.

Тема овог рада се тиче управо једног сегмента наведених измена, и то уређења једног од разлога за изјављивање приговора против решења о извршењу на основу извршне исправе, тзв. опозиционог разлога.

2. ДОСАДАШЊЕ СХВАТАЊЕ И УРЕЂЕЊЕ ОПОЗИЦИОНИХ РАЗЛОГА

2.1. Период до ЗИП 78: Закон о извршењу и обезбеђењу из 1930.

2.1.1. Опозициони разлози за време важења Ип

Исходиште учења о опозиционим приговорима је аустријско право и везује се за његово преузимање у Краљевини Југославији. Познато је да је прва југословенска кодификација извршног права, уосталом као и друге које се односе на грађански судски поступак, преузимање аустријских, *Клајнових* (*Klein*) закона. Тако је и Закон о извршењу и обезбеђењу из 1930.⁷ готово дослован превод аустријског Закона о извршењу и обезбеђењу из 1896.⁸ Опозиционим разлозима се су се сходно томе означавала одбрана извршног дужника против одређеног извршења која се односила на сам материјално-правни захтев који се принудно извршавао.⁹ Наиме, извршење се одређива-

⁵ Никола Бодирога, *Теорија извршног њосћујика*, Београд 2012, 280.

⁶ Тако Ранко Кеча, *Грађанско њроцесно њраво*, Београд 2012⁵, 549. Опширније о овој редукцији Н. Бодирога, 281.

⁷ Закон о извршењу и обезбеђењу (Извршни поступник) – Ип, *Службене новине* бр. 165-LXII.

⁸ Закон о извршењу и обезбеђењу (Извршни поступник) [*Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren* <*Exekutionsordnung*>] – аИп, *Reichsgesetzblatt* 1896/79. Укратко о одступањима од аустријског узора у Ип вид. Фрања Горшић, *Тумач Закона о извршењу и обезбеђењу* (*Извршног њосћујика*), Загреб 1930, 5-7.

⁹ Термин „опозициони разлог“ се не помиње у аИп, следствено томе ни у Ип, већ се ради о термину који потиче из старог аустријског права, што није разлог да се још и данас униформно не користи у Аустрији; упор. Richard Holzhammer, *Österreichisches Zwan-*

ло на основу извршног наслова (у данашњој домаћој терминологији „извршна исправа“) у коме је био утврђен или садржан материјалноправни захтев, и то без провере извршног суда да ли он заиста постоји, односно да ли је судски остварив. С обзиром на то, као и на околност да након настанка извршног наслова могу да наступе промене које се тичу материјалноправног захтева, извршном дужнику је признавано посебно правно средство којим ће управо истицати такве промене – опозициона тужба.¹⁰

Иако се у самом рубруму § 34 Ип говорило о „приговорима извршениковим против самог захтева“ (прецизнији превод са немачког је „противљења“¹¹), већ на редакцијском плану су они били редуковани на оне који се тичу укидања (престанка) или заустављања захтева (§ 34 ст. 1 реч. 1 Ип). Према томе, језичком редкацијом нису били обухваћена противљења која су се у материјалноправном смислу везивала за настанак захтева. С друге стране, таква идеја је додатно потврђена кроз даље одређивање временског граничника од којег треба да наступе чињенице које се тичу опозиционих разлога да би они били допуштени. За судске одлуке као извршне наслове граничник је био одређен у виду могућности извршног дужника да у претходном судском поступку истакне чињенице које се односе на опозиционе разлоге – уколико је то био случај, они су били недопуштени (§ 35 ст. 1 реч. 2 Ип). У осталим случајевима опозициони разлози су морали да настану након настанка извршног наслова (§ 35 ст. 1 реч. 1 *in fine* Ип).

Тадашња литература је – сасвим логично – била оријентисана на тадашњу аустријску доктрину и судску праксу.¹² Што се тиче егземпларног набрајања разлога који укидају захтев то су били сви материјалноправни разлози који воде томе: испуњење, одрицање, новација, почек и сл. Важно је напоменути да се у то време и застарелост једнодушно сврстава у укидање захтева, барем код оних који је уопште и наводе.¹³ Даље, као примери зау-

gsvollstreckungsrecht, Wien 1993⁴, 145. О опозиционом тражењу и опозиционој тужби у аустријском праву пре аИп, према Дворском декрету од 22-VI-1836 вид. Raban Freiherr von Canstein, *Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes II*, Berlin 1882, 835-837.

¹⁰ Упор. Борислав Т. Благојевић, *Систем извршног правосудства*, Београд 1938, 284 и даље.

¹¹ Упор. рубрум § 35 аИп: „*Einwendungen gegen den Anspruch*“.

¹² Посебно је значајно што је Коментар *Ножмана и Лихтблауа* (Georg Neumann, Ludwig Lichtblau, *Kommentar zur Executionsordnung I-II*, Wien 1928⁴) преведен од стране Бачмеђејија и Бранковића и издат на српском језику, додуше са значајним скраћивањима. Алексије Бачмеђеји, Стеван Бранковић, *Коментар југословенског Извршног правосудства*, Нови Бечеј 1932.

¹³ Срећко Чуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије II*, Београд 1938, 80; Иво Матијевић, Фердо Чулиновић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Књ. I, Београд 1937, 61; А. Бачмеђеји, С. Бранковић, 88.

стављања захтева су се наводили, под утицајем раније аустријске теорије и праксе, и заплена захтева у неком другом извршном поступку (§ 254 Ип), забрана испуњења захтева као привремена мера (§§ 331 т. 4, 333 т. 7 Ип).¹⁴

Време настанка опозиционих разлога било је једнодушно схваћено у смислу објективне теорије. Према томе, они су били недозвољени ако су чињенице наступиле пре тренутка у којем је тужени могао да их истакне у парничном поступку; његова субјективна могућност – знање за њих – није играла никакву улогу. Разлог за то је сама идеја материјалне правноснажности пресуда.¹⁵

2.1.2. Опозициони разлоги из Ии као ѡравна ѡправила

Доношењем Закона о неважности правних прописа¹⁶ коначно је извршена аброгација предратног правног система. Међутим, на доношење прописа који би системски регулисао поступак извршења чекало се дуго, па се Ип све до 1978. године примењивао као правна правила у смислу чл. 4 ЗНевПроп. За све то време није било одступања од предратног схватања опозиционих разлога и њихове класификације.¹⁷ Но, важно је истаћи, иако се то само између редова може прочитати, промену схватања о природи застарелости. *Познић* говорећи начелно о укидању и заустављању захтева упућује на своје излагање о одбрани туженог у парници уопште,¹⁸ на ком месту он заступа схватање да је застарелост „чињеница на којој се заснива једно право туженог да својом изјавом воље ускрати чинидбу“.¹⁹

2.2. Период од ЗИП 78 до ЗИО

2.2.1. ЗИП 78: редакцијско сѡтање

Прва послератна кодификација извршног права (ЗИП 78), иако је за узор имала Ип,²⁰ донела је измене – како на концепцијском, тако и на редакциј-

¹⁴ Ф. Горшић, 144-145; И. Матијевић, Ф. Чулиновић, 61; А. Бачмеђеји, С. Бранковић, 88-89.

¹⁵ Упор. С. Цуља, 80; А. Бачмеђеји, С. Бранковић, 88; Ф. Горшић, 145; Б. Т. Благојевић, 287.

¹⁶ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године и за време непријатељске окупације - ЗНевПроп, *Службени лист ФНРЈ* бр. 86/76 и 105/47.

¹⁷ Упор. Боровоје Познић, *Грађанско ѡроцесно ѡраво*, Београд 1962, 371 и даље (т. 684 и даље). Никола Воргић, *Извршини ѡосѡуѡак (рукииси ѡредавања)*, необјављено, Нови Сад 1969, 70 и даље.

¹⁸ Боровоје Познић, (1962), 371 (т. 684).

¹⁹ Б. Познић (1962), 211 (т. 343). Такво схватање истиче већ и раније, вид. Боровоје Познић, „Пресуда због изостанка“, *Анали Правноѡ факултѡиѡа у Беоѡраду (Анали) IV* (1956), 272-289.

²⁰ За такву констатацију вид. Синиша Трива, у: Синиша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Судско извршно ѡраво*, Загреб 1984², 15 (§ 3 т. 11).

ском плану. Уведен је приговор против решења о извршењу на основу извршне исправе у којој је извршни дужник требао већ да изнесе своју одбрану против одређеног извршења. Тек уколико би чињенице које се односе на потраживање биле спорне, извршни дужник би био упућиван на парницу, тј. тада би се подизала опозициона тужба (чл. 54 ЗИП 78). Измена у односу на предратни концепт је та да је претходно улагање приговора, односно упућивање извршног суда, било претпоставка дозвољености опозиционе тужбе.²¹

Разлози за приговор против решења о извршењу су били регулисани у чл. 50, и то егземпларним набрајањем разлога који „спречавају извршење“.²² Од оних који би се односили на само потраживање које се прунудно остварује, у обзир би дошли следећи: престанак потраживања (т. 8), одлагање испуњења обавезе од стране повериоца (т. 9) и застарелост потраживања (т. 11). Међутим, само за престанак потраживања је изричито било предвиђено време у које су требале наступе чињенице: или након извршности одлуке, или пре тога, али у време кад извршни дужник то није могао да истакне у поступку из којег потиче извршна исправа; ако је извршна исправа било судско поравнање, граничник је био његово закључење (чл. 50 т. 8 ЗИП 78).

2.2.2. Почейно йрошйивуречно схвайање лийерайуре

Појам опозиционог разлога се у доктрини задржао, и у првим годинама након доношења ЗИП 78 тежиште доктрине је било указивање на измене у односу на Ип. Проблем је био већ на редакцијском плану – за разлику од Ип није више било спомена опозиционих разлога у смислу „престанка или заустављања захтева“. И поред прилично јасне редакције ЗИП 78 о егземпларном набрајању разлога за приговор, добар део литературе је сматрао да је ЗИП сузио могућност истицања опозиционих разлога, јер једноставно заустављање потраживања се више није спомињало.²³ Но, за ову

²¹ Владајуће схватање теорије (Боривој Старовић, „Систем правних лекова у извршном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду [ЗбоНС]* 13 Suppl. 2 [1979], 211; Боривој Старовић, *Коментар Закона и извршном йосйуйку*, Нови Сад 1991², 174; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско йроцесно йраво*, Београд 1999¹⁵, 452 [т. 824]; С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 316 [§ 41 т. 3]) и судске праксе (Врховни суд Србије Рев 7424/98, *Билјен Врховног суда Србије [Билјен ВСС]* 2/2001, 89; Врховни суд Хрватске Рев 537/87 од 22-VII-1987, *Судска йракса [СП]* 9/1988, 50, бр. одлуке 112.

²² Владајуће схватање, уместо свих С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 294-295 (§ 40 т. 11). Супротно једино Милисав Чизмовић, „Правни лекови у извршном поступку“, *Гласник Адвокајске коморе Војводине (ГлаАКВ)* 1/1979.

²³ Тако Весна Ракић, „Приговори дужника против решења о извршењу и упућивање на парницу“, *Извршење судских одлука* (ред. З. Ивошевић), Београд 1979, 172; Недељко Срећковић, Драгутин Лукић, *Приручник судског извршног йосйуйка*, Београд 1981, 102; Олга Јанковић, „Приговор дужника против решења о извршењу“, *Извршење судских одлука* (ред. З. Ивошевић), 164. Супротно, међутим, већ Боривој Старовић (1979), 210.

группу аутора, али и оне који су начелно признавали допуштеност опозиционих разлога у виду заустављања захтева, карактеристично је то да се уопште није дала дефиниција појма заустављање захтева. Уз то, чини се по инерцији са предратном литературом, застарелост потраживања се сврстала у престанак потраживања, а не заустављање.²⁴

2.2.3. Тривина критика

Изложено схватање је одлучно критиковао *Трива*, показујући противуречности оних који су истицали да (било које) заустављање захтева није више разлог за изјављивање приговора, а уједно да набрајање разлога у чл. 50 ЗИП 78 није таксативно.²⁵ Према томе, јасно је да је и ЗИП 78, баш као и Ип, дозвољавао одбрану против извршења с позивом да је захтев заустављен. Међутим, можда је од већег значаја даља *Тривина* аргументација у погледу квалификације разлога који заустављају захтев – то су већ постојећи набројани разлози: одлагање испуњења обавезе (чл. 50 т. 9) и застарелост (чл. 50 т. 11). Јер, то су разлози који „не доводе до његовог посвемашњег гашења, већ само до немогућности, привремене или трајне, да се потраживање оствари принудним средствима у извршном поступку“.²⁶ У том смислу, опозициони разлози ове врсте су и нпр. ретенција, забрана исплате, мораторијум, дозвола да се потраживање намири у оброцима и сл.²⁷

Трива је уз наведено пружио и подробно образложење временске границе наступања опозиционих разлога, са закључком да чињенице на којима се они заснивају морају да наступе након временских граница правноснажности пресуде.²⁸

2.2.4. ЗПП 2000, ЗИП

Доношење ЗИП 2000 битно је утицало на концепцију опозиционих разлога, иако се то можда занемарује. Наиме, опозициона тужба као начин решавања опозиционих разлога у случају спора о чињеницама је одстра-

²⁴ Тако изричито Б. Старовић (1991), 173; Н. Срећковић, Д. Лукић, 102. Невезано за ову тематику, и други аутори су истицали да је застарелост „чињеница на основу које се право гаси“; тако Бранко Чалија, „Функција и правна природа правила о терету доказивања, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву (ГСа) XXXIII* (1985), 15.

²⁵ С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 298 (§ 40 т. 17).

²⁶ С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 305 (§ 40 т. 19).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 299 и даље (§ 40 т. 18.3. и даље). Тако и судска пракса: Врховни суд Босне и Херцеговине Пж 408/86 од 28-ХП-1987, *СП* 12/1988, 49, бр. одлуке 100; Окружни суд у Загребу Гж 1945/87-2 од 24-III-1987, *СП* 3/1988, 51, бр. одлуке 92; Гж 8760/87-2 од 29-ХП-1987. *СП* 12/1988, 52, бр. одлуке 108; Виши суд у Новом Саду Гж 3000/87 од 27-IV-1988, *СП* 9/1988, 49, бр. одлуке 111.

њена из правног система. На тај начин је њихово решавање било резервисано само за извршни поступак, то кроз решавање о приговору против решења о извршењу на основу извршне исправе. Само четири године касније, донет је нов закон – ЗИП – којим је уместо приговора предвиђена жалба као правни лек извршног дужника против решења о извршењу. Опозициона тужба, међутим, није враћена.

Заједничко за ЗИП 2000 и ЗИП је набрајање разлога за правни лек против решења о извршењу. И поред тога што је оно као и у ЗИП 78 било егземпларно, изостављено је било изричито спомињање застарелости као опозиционог разлога.

Схватања у литератури о опозиционим разлозима нису се мењала у односу на раније формирану доктрину. Према томе, начелно се признавала могућност истицања свих разлога престанка или заустављања потраживања.²⁹ Исто тако, време наступања чињеница на којима су се они заснивали је било схваћено у смислу временских граница правноснажности.³⁰

На крају, као изузетно значајно треба навести схватање *Сћаровића* поводом неспомињања опозиционе тужбе у ЗИП 2000. Сматрао је да и поред тога има места „тужбама поводом извршења“, и то с позивом на решавање претходног питања. Према томе, извршни суд би упутио странке на парнични поступак и прекинуо извршни поступак. То не би, међутим, биле типичне тужбе поводом извршења, али би се тиме ипак делом отклонили пропусти законског текста да дозволи одлагање извршења по предлогу дужника у ситуацијама у којим би то било оправдано.³¹

2.3. Закључак

Сви претходници ЗИО су омогућавали супротстављање одређеном извршењу на основу извршне исправе из разлога који се тичу материјално-правне основаности захтева. Без обзира који је правни пут био превиђен, постојала је могућност да се измењено материјалноправно стање након престанка извршне исправе, односно након граница временске правноснажности истакне као одбрана извршног дужника. Ограничења спрам врсте опозиционих разлога у материјалноправном смислу нису постојала – то су били сви начини престанка или заустављања захтева. Оно што је карактеристично за целокупан период је конфузија у погледу класификације појединих разлога у смислу да ли спадају у престанак захтева или у његов заустављање. Том аспекту, можда и кључном за тему овог рада, биће посвећена посеб-

²⁹ Вид. Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010¹⁶, 503 (т. 876)

³⁰ *Ibid.*, 502 (т. 876).

³¹ Боровој Старовић, Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Нови Сад 2004³, 617.

на пажња у даљем излагању. Овде је довољно да се закључи да посебна пажња – можда са изузетком *Триве* – није било поклоњена проблему.

3. УПОРЕДНОПРАВНИ ЕКСКУРС: АУСТРИЈСКО И НЕМАЧКО ПРАВО

3.1. Аустријско право

У излагању аустријског права, након што је приказано стање домаћег предратног права, треба се фокусирати на схватање праксе и теорије поводом спорних питања. Наиме, одредба која регулише опозиционе приговоре је неизмењена (§ 35 аИп). Пракса није од почетка схватала интеракцију временског ограничења настанка опозиционих приговора и временских граница правноснажности. Тако је испрва било сматрано да питање „могућности изношења у поступку“ подразумева субјективну могућност, па би сходно томе били допуштени они разлози који спадају у оно што се терминологијом парничног права назива *nova reperta*.³² Но, убрзо је ово схватање напустио сам Врховни суд, и до данас је јединствено схватање судске праксе и теорије да знање извршног дужника не игра никакву улогу.³³ Према томе, опозициони разлози могу да наступе – уколико се свакако ради о правноснажним одлукама као извршним насловима – тек након временских граница правноснажности. Евентуална субјективна немогућност дужника да их истакне у парничном поступку (нпр. незнање) разлог је за тужбу ради обнављања парничног поступка.

Даља дилема је у погледу заплене и забране располагања потраживања које је захтев за који је одређено извршење. За разлику од раног схватања,³⁴ на које се ослањала и домаћа доктрина, према садашњем владајућем схватању то није опозициони разлог у виду заустављања захтева; извршни дужник

³² OGH [Oberster Gerichtshof – Врховни суд] 3 Ob 410/25 vom 26-V-1925, *Sammlung Zivilsachen Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltung)sachen (SZ)* 7/191; 1 Ob 45/30 vom 19-II-1930, *SZ* 12/49. Супротно, међутим, доктрина већ у првим годинама примене аИп заступа објективну теорију. Вид. Georg Neumann, *Kommentar zur Executionsordnung*, Wien 1909-10², 120; Rudolf Pollak, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Executionsrecht*, Wien 1906, 874 фн. 7 (§ 177), с позивом и на немачку доктрину.

³³ Упор. Richard Holzhammer, 155-156 са даљим упућивањима; Walther H. Rechberger, Paul Oberhammer, *Executionsrecht*, Wien 2009⁵, 104-105 (Rn. 199); Georg Petschek, Ekkehard Hämmerle, Otto Ludwig, *Das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht*, Wien 1968, 81; OGH 3 Ob 154/07d vom 23-X-2007, *Zivilrecht aktuell* 2007, 38 (бр. одлуке 65).

³⁴ Georg Neumann, Ludwig Lichtblau, *Kommentar zur Executionsordnung I*, Wien 1928, 166 са упућивањем на праксу с почетка XX века у фн. 6.

у сваком случају може испунити потраживање пријемнику у чију је корист оно заплењено, или може депоновати код суда.³⁵ На тај начин захтев престаје, јер је испуњен, па то може истаћи као свој опозициони разлог.

3.2. Немачко право

За материјалноправну одбрану против одређеног извршења у немачком праву³⁶ је предвиђен искључиво парнични пут, с тим да се не користи назив опозициона тужба, већ извршна притивтужба (*Vollstreckungsgeeklage*),³⁷ или тужба ради заштите од извршења (*Vollstreckungsabwehrklage*).³⁸ § 767 нГрпп, који се односи на њу, међутим, другачије је редигован од аИп. Наиме, као опозициони разлози се једноставно истичу само „противљења која се тичу самог захтева утврђеног пресудом“ (§ 767 ст. 1 нГрпп) . Но, кроз ограничење у § 767 ст. 2 се долази до искључења оспоравања конститутивних чињеница захтева и импедитвних противљења, тј. допуштени су само екстинтивна и заустављајућа противљења. Јер, допуштена су само таква противљења која су настала након закључења усмене расправе у поступку из којег потиче пресуда (§ 767 ст. 2),³⁹ а по природи ствари само престанак или заустављање захтева могу да наступе након тог тренутка.⁴⁰ У том смислу је видљива нит са временским границама правноснажности, које су управо везане у немачком поступку за закључење усмене расправе. Што се тиче извршних наслова који имају својство правноснажности од тога нема никаквог изузетка.⁴¹ Исто важи и за чињенице које нису узете у обзир у парничном поступку због преклузије изношења.⁴² Смисао је свакако обезбеђивање основне мисли материјалне правноснажности, и то се ви-

³⁵ OGH 1 Ob 534/54 vom 7-VII-1954, SZ 27/194; само у резултату већ G. Petschek, E. Hämmerle, O. Ludwig, 79.

³⁶ Грађански парнични поступак [*Zivilprozessordnung*] – нГрпп, *Reichsgesetzblatt* 1877, 83, у верзији од 5-XII-2005, *Bundesgesetzblatt* 2005 I, 3202; 2006 I, 431; 2007 I, 1781, последњи пут мењан кроз чл. 1 закона од 08-VII-2014, *Bundesgesetzblatt* 2014 I, 890.

³⁷ Термин потиче од *Колера* (Kohler); J. Kohler, „Ueber executorische Urkunden“, *Archiv für civilistische Praxis (AcP)* 72 (1888), 4.

³⁸ Од 2001. то је и значинични рубрум (§ 767 нГрпп).

³⁹ Изузетак су пресуде на основу пропуштања, где је граничник померен на истек рока за улагање приговора као правног лека против таквих пресуда.

⁴⁰ Уместо свих Reiner Hübtege, у: *Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften*, München 2008²⁹, 1058 (§ 767 Rn. 20).

⁴¹ Тако изричито BGH [Bundesgerichtshof – Савезни суд] IX ZR 56/11 vom 1-XII-2011, *NJW-Rechtsprechungs-Report (NJW-RR)* 2012, 304 са даљим упућивањима на ранију праксу.

⁴² BGH VIII ZR 132/98 vom 30-III-1994, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)* 125, 351 са даљим упућивањима на праксу; R. Hübtege, у: *Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung*, 1059 (§ 767 Rn. 21a).

ди већ из намере законодавца, што до данас није изгубило на својој вредности.⁴³

Ипак, у немачком праву за извршне наслове који немају својство правноснажности постоји изричито другачије решење. У тим случајевима – а то су, пре свега, судска поравнања и нотарске извршне исправе – § 767 ст. 2 не важи (§ 797 ст. 4).⁴⁴ Према томе, допуштено је да се износе и импедитивна противљења против захтева који је садржан у таквој исправи, али и оспоравање да је захтев уопште настао – оспоравање конститутивних чињеница.⁴⁵ Основна идеја је да никакво ограничење испитивања захтева не постоји због недостатка својства правноснажности.⁴⁶

Репрезентативан је пример уговора о зајму сачињеног код нотара, када је зајмопримац изјавио да је примио износ зајма, и истовремено се подвргао непосредном извршењу по доспелости. Његово противљење против извршења захтева за враћање зајма, да он у ствари није никада ни примио износ зајма је допуштено, јер истицање противљења против самог захтева код неправноснажних извршних наслова није ограничено.⁴⁷

4. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА: ДЕФИЦИТАРНА РЕДАКЦИЈА ЗИО

У чл. 42 ЗИО предвиђени су разлози за приговор на решење о извршењу. Набрајање је према језичком тумачењу таксативно, јер се у првој алинеји наводи да се приговор може изјавити „из разлога који спречавају извршење, и то:“. За разлику од својих претходника, чини се, ЗИО сада методом *numerus clausus* набраја могуће разлоге за правни лек против решења о извршењу.⁴⁸ У оквиру набројаних, као опозициони се засигурно јављају онај у т. 1 – ако је обавеза из решења о извршењу испуњена, односно онај

⁴³ Вид. BGH IX ZR 56/11 vom 1-XII-2011, *NJW-RR* 2012, 304; Johann Kindl, у: *Zivilprozessordnung* (Hrsg. I. Saenger), Baden-Baden 2007², 1568-1569 (§ 767 Rn. 20).

⁴⁴ Одредба § 797 нГрп се додуше језички не односи на судска поравнања, али се аналогично долази до реченог закључка; вид. BGH IV ZR 57/52 vom 27-XI-1952, *NJW* 1953, 345 са даљим упућивањима; Hans Brox, Wolf-Dieter Walter, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2012¹⁰, 643 (Rn. 1351).

⁴⁵ Допуштено је да се истиче да је правни посао садржан у нотарској исправи ништав; Karl Blomeyer, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Berlin 1956², 46.

⁴⁶ С позивом на *Јоакима Минха* (Joachim Münch, „Die Beweislastverteilung bei der Vollstreckungsgegenklage“, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1991, 795 [803]) Савезни суд јасно истиче: „извршна противужба против извршне исправе [исправе која није правноснажна одлука, прим. М. К.] треба да омогући испитивање материјалноправног односа у пуном оквиру, јер овом наслову није претходио когнициони поступак“ (BGH XI ZR 120/00 vom 3-IV-2001, *BGHZ* 147, 203 = *NJW* 2001, 2096).

⁴⁷ BGH XI ZR 120/00 vom 3-IV-2001, *BGHZ* 147, 203 = *NJW* 2001, 2096.

⁴⁸ Тако и Н. Бодирога, 285; чини се да тако резонује и Р. Кеча (2012), 551.

у т. 4 – ако није протекао рок за испуњење обавезе, где би спадало и било које померање рока доспелости од стране самог извршног повериоца (одлагање испуњења, нем. *Stundung*). Разлог дат у чл. 42 т. 5 ЗИО (ако је протекао рок у коме се по закону може предложити извршење), нема природу опозиционог разлога и не треба га поистовећивати са застарелошћу. Наиме, овде се ради о ситуацијама у којима се изричито законом предвиђено да се извршење неког захтева из извршне исправе може тражити у одређеном року, као што је пример са извршењем обавезе из решења о сметању државине, где извршни поверилац има рок од 30 дана да захтева извршење (чл. 453 ЗПП).⁴⁹ Више од тога се не спомиње – не спомињу се нити евентуални други начини престанка захтева, нити застарелост, нити други облици заустављања потраживања. С друге стране, ни за испуњење обавезе нема спомена о времену у којем треба да уследи да би било дозвољено као опозициони разлог.

Сходно реченом, поставља се као питање допуштеност других опозиционих разлога од оних који су изричито предвиђени, као и питање временске границе њиховог наступања.

5. СХВАТАЊА У ТЕОРИЈИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

У литератури је *Бодироџа* – први и једини – уочио недостатак редакције чл. 42 ЗИО у погледу опозиционих разлога. Наиме, полазећи од констатације да су разлози за приговор набројани таксативно, истиче да ЗИО није на прави начин уредио опозиционе разлоге за изјављивање приговора, те даље говори о свим разлозима престанка потраживања; уз то, напомиње да они не смеју да наступе у оквирима временске границе правноснажности.⁵⁰ Чини се да се он тиме залаже за допуштеност свих опозиционих разлога. С друге стране, *Јакшић* тумачи чл. 42 ЗИО супротно, јер сматра да се не ради о таксативној енумерацији разлога за приговор; стога је дозвољен сваки који спречава извршење, где спада и гашење потраживања на било који начин. И он везује допуштеност истицања ових разлога за временске границе правноснажности.⁵¹

⁴⁹ Исто за овакву природу овог разлога за правни лек. Други случајеви су: рок за предлагање извршења обавезе враћања на рад (чл. 236 ЗИО) и рок за предлагање извршења због поновног сметање државине (чл. 222 ст. 2 ЗИО). Да се овај разлог односи на ове ситуације, а не оне које се тичу опозиционих противљења вид. А. Јакшић, 812 (т. 4450); Б. Старовић (1991), 163.

⁵⁰ (цит. у фн.) 285 и след.

⁵¹ Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶, 812-813 (т. 4454 и даље).

Оно што се већ на овом месту може истаћи као значајно, јесте да се у теорији и садашње стање схвата на начин као што је то било раније. Но, целокупна аргументација има смисла уколико би извршне исправе биле искључиво оне које имају својство правноснажности. То, међутим, више није случај у садашњем позитивном праву. Питање је може ли се занемарити околност да у садашњем систему осим извршних исправа које имају својство правноснажности постоје и оне које немају – извршне нотарске исправе,⁵² извршни уговор о хипотеци, односно извршна заложна изјава (чл. 13 т. 4 ЗИО), извод из регистра заложних права на покретним ствари-ма (чл. 13 т. 3 ЗИО) и др.

6. ОПОЗИЦИОНИ РАЗЛОЗИ ПРЕМА ЗИО

6.1. Догматички појам опозиционог разлога

Тривина критика тадашње литературе, која до краја и није на прави начин прихваћена, показује нужност претходног, догматичког појма опозиционог приговора. Наиме, његово инсистирање да су у систему ЗИП 78 (а исто се може рећи и за његове следбенике) опозициони разлози они који су довели до престанка или заустављања захтева до данас није добило своју стварну потврду, јер се појам заустављања захтева није искристалисао. Не само да се застарелост потраживања сврставала – као и у предратној доктрини – у престанак, а не у заустављање облигационоправног захтева, већ је и на чисто грађанскоправном терену заустављање захтева готово непознат појам. Чини се да се управо спрам последње реченог и крије узрок немогућности прихватања *Тривиној* схватања, које, ако се упоредноправно сагледа, представља резултат германске цивилистике. За одређивања догматичког појма опозиционог разлога у том смислу је исходиште само учење о захтеву, где је интегрални део и учење о противљењима и приговорима. Јер, неспорно је да се опозициони разлог везује за сам захтев, односно да се тиче искључиво материјалноправних категорија.

6.1.1. *Исходиштије: учење о захтеву и њројивљењима и њрићоворима*

Поступак извршења служи принудном остваривању грађанскоправних захтева, а не, као што се то често истиче, принудном извршењу правноснажних судских пресуда. То је лако одбранити с обзиром на позитив-

⁵² Чл. 85 Закона о јавном бележничству – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 (др. закон), 93/14 (др. закон) и 121/14.

ноправно стање: извршне исправе нису само правноснажне пресуде или исправе које имају својство правноснажности (судска поравнања). Но, тај аспект није овде битан, већ околност да је и у кондемпнаторним пресудама, пре свега, правноснажно утврђен само један грађанскоправни захтев,⁵³ а да је због стварања посебног захтева за принудно извршење као субјективно-објективног права садржан и налог туженом да испуни захтев.⁵⁴ Ради се о појму који одговара германском схватању и који још увек није постао општеусвојени концепт домаће цивилистике, али који управо на примеру извршног поступка показује да је нужан. Наиме, иако ЗИО, као и сви његови послератни претходници говоре о потраживању као праву које се принудно остварује у извршном поступку, то није потраживање у стандардном значењу – облигационоправно субјективно право – већ грађанскоправни захтев. Јер, захтев власника за предају ствари (реивиндикациони захтев) се исто тако принудно остварује у извршном поступку, а то није – ноторно – облигационоправно потраживање.

Захтев је право једног лица да захтева од другог неко чињење, пропуштање или трпљење.⁵⁵ Ради се о посебном субјективном праву које понекад кореспондира са другим субјективним правом (тако у релацији потраживање–захтев),⁵⁶ понекад служи заштити других субјективних права (тако код апсолутних права), а понекад служи заштити одређених интереса који нису уједно и субјективна права (репрезентативни пример са заштитом од нелојалне конкуренције).⁵⁷ Стога постоје облигационоправни захтеви (потраживања), стварноправни, наследноправни, породичноправни, али и захтеви из привредностатусни итд. Чак и када захтеви служе остварењу других субјективних права, а типичан пример за то су стварноправни захтеви који служе остварењу стварних права, они су самостална субјективна права, и настају онда када су испуњени услове из тзв. норми захтева (*Anspruchnormen*).⁵⁸

⁵³ Вид. Herbert Roth, у: *Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung IV*, Tübingen 2008²², 49 (vor § 253 Rn. 74); Hans. W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 1990², 548 (Rn. 1059); Б. Познић, *Коментар Закона о њарничном њосџуџку*, Београд 2010, 397, 743; имплицитно и А. Јакшић, 800 и даље (т. 4376), с обзиром да истиче да су извршне исправе акти у којима је „ауторитативно утврђено постојање потраживања“, а кондемпнаторне пресуде су прототип. За учење о налогу туженом као посебном преображајном дејству упор. Н. Roth, у: *Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung IV*, 49 (vor § 253 Rn. 74);

⁵⁴ У том смислу Leo Rosenberg, Karl Heiz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, 485 (§ 89 Rn. 2).

⁵⁵ Вид. § 194 ст. 1 немачког Грађанског законика.

⁵⁶ Вид. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2002⁸, 35 и даље (Rn. 73 и даље);

⁵⁷ Упор. Dieter Medicus (2002), 35 и даље (Rn. 73 и даље); Славица Крнета, „Субјективна права“, *Енциклопедија имовинској њрава и удруженој рада*, Београд 1977, т. 30 и даље.

⁵⁸ О нормама захтева упор. Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln ua 1999²³, 284 (Rn. 602).

Супротно од овог учења је још увек доминатно домаће, у којем се оно што се назива захтев назива тужбом у материјалном смислу, и нема наведено значење. То је елемент неког другог субјективног права који нема идентитет, и који настаје тек повредом субјективног права. Своди се на могућност титулара субјективног права да судски оствари своје право. О слабостима овог учења је већ писано у домаћој теорији, али до значајније промене у схватању још није дошло.⁵⁹

Интегрални део доктрине о захтеву је и учење о противљењима и приговорима, за које се показало, након резултата дискусије поводом терета доказивања, да нема у свему материјално правни значај. Наиме, учење о захтеву и противљењима и приговорима је уподобљено процесном начину размишљања. Оно подразумева да се из визуре тужиоца као претедента захтева и туженог као противника захтева расчлањује чињенично стање и да се спрам различитих категорија говори о позицији титулара захтева (конститутивне чињенице) и позицији противника захтева (противљења и приговори).⁶⁰

Противљења (*Einwendungen*) су у том смислу правнорелеванте чињенице које спречавају настанак захтева или које га гасе. За прве се користи термин правноспречавајућа противљења (*rechtshindernde Einwendungen*), а за друге правноукидајућа (*rechtsvernichtende*). Уважавајући сугестије *Узелца*, и на српском би било примереније да се говори о импедитивним (правноспречавајућим) и екстинтивним (правноукидајућим) противљењима. Важно је, међутим, напоменути да је појам импедитивно противљење у материјалноправном смислу, и то на примарном плану, ирелевантно. За настанак захтева је сасвим свеједно да ли су испуњене конститутивне чињенице, или да ли нису наступиле импедитивне – или захтев настаје, или не настаје. Целокупно разликовање је битно само за секундарни материјалноправни ниво – за дистрибуцију терета тврдње и терета доказивања.⁶¹ Дакле, чињенице које се тичу импедитивних противљења се везују за исти временски тренутак као и конститутивне чињенице. Супротно, екстинтивна противљења имају самостални материјалноправни значај, јер претпо-

⁵⁹ Упор. Марко Кнежевић, „Терет доказивања недозвољености имисија као претпоставке негативног захтева“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (ЗбНС)* XLVII/4 (2013), 356-358 са даљим упућивањима.

⁶⁰ О учењу о захтеву и приговорима као дидактичке методе цивилистике вид. Dieter Medicus, „Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode“, *Archiv für zivilistische Praxis (AcP)* 174 (1974), 313-331

⁶¹ Од *Лајполда (Leipold)* ово је владајуће схватање; вид. Dieter Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin 1966, 38 и даље. Закључак да се ради о секундарном материјалноправном нивоу је условљен квалификавањем норми терета тврдње и терета доказивања као материјалноправним, што није неспорно. Упор. Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, München 2010⁶, (Rn. 510) са даљим упућивањима.

стављају да је захтев већ настао, и да је, макар и у најкраћем временском интервалу, постојао.⁶²

Приговори су, на крају, разлози услед којих се захтев зауставља. Ради се о посебним правима противника захтева на основу којих он има право да ускрати испуњење (*Leistungsverweigerungsrecht*). Стога, то није ништа друго до једно преображајно право које мора да се оствари да би дошло до заустављања захтева, па тако у правнорелеванте чињенице заустављања захтева спадају како оне које се тичу испуњености услова за настанак права приговора, тако и сама изјава воље његовог титулара – истицање приговора.⁶³ Дејство приговора је у привременом или трајном ускраћивању испуњења захтева, што није ништа друго до заустављање остваривости захтева. Он и даље постоји, али се не може судским путем остварити.

Овакво схватање приговора није присутно у домаћој цивилистици,⁶⁴ али јесте у доктрини процесног права. Како је већ напред речено, *Познић* је током целокупне каријере заступао овакво схватање.⁶⁵

Да би се показала исправност изложеног схватања приговора, треба навести пример застарелости као типичног и најчешћег приговора. И поред тога што се у домаћој доктрини говори да застарелост престaje захтев у смислу судске остваривости, а не само право, мислећи на потраживање, па и да редакција чл. 360 ст. 1 ЗОО на први поглед говори у прилог томе, суштина је у праву дужника да ускрати испуњење обавезе, тј. потраживања. Наиме, владајуће домаће схватање није у стању да објасни механизам наступања застарелости, односно оно што чл. 360 ст. 3 ЗОО крије у себи, а то је једно право дужника. Наиме, какав је то „престанак захтева“ само у случају да дужник то истакне? И даље, ако се то не деси: како објаснити да нема кондикције?

На ова питања изграђена немачка доктрина нуди одговор: како је захтев субјективно право, као такво и ужива правну заштиту у виду судске остваривости (*gerichtliche Durchsetzbarkeit*). Тако нешто је нормално у правној држави, а како још *Виндшайд* (*Windscheid*) истиче, ако би смо говорили о праву на судско спровођење, о једном праву тужбе, уместо само о захтеву, онда бисмо именовали последицу уместо основа.⁶⁶ Но, када постоји право

⁶² Уместо свих Dieter Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin 1966, 37 са навођењем последица таквог закључка.

⁶³ Тако и L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, 562 (§ 102 Rn. 13); Herbert Roth, у: *Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung IV*, 49 (vor § 253 Rn. 74).

⁶⁴ *Водинелић* иако дефинише приговоре управо као „право да се одбје испуњење правозаштитног захтева“, даље излаже приговоре како у смислу противљења, тако и у смислу приговора на начин како се овде излаже; упор. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Ојштии део грађанскої права*, Београд 2012, 314 (т. 946 и даље).

⁶⁵ В. горе изнад фн. 19.

⁶⁶ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, Düsseldorf 1875⁴, 105

приговора (испуњене су чињеничне претпоставке) пасивна страна има право да ускрати испуњење. Другим речима, вршењем овог права зауставља се остваривост, она се суспендује – трајно или привремено. Да ли ће доћи до тога, зависи од титулара приговора, јер је то власт његове воље – одлука је искључиво на њему да ли ће допустити остварење или не.⁶⁷

Дилема изледа да је безначајна и вештачка, јер се везује, на први поглед, за потраживања и застарелост као најчешћи случај. Тако се може рећи да је свеједно да ли се каже да престаје захтев а остаје потраживање које не ужива правну заштиту, или да се каже да остаје захтев који није судски остварив. Међутим, потраживања нису једини захтеви. Ту се може приговорити да у нашем систему већ од послератног доминатног схватања стварноправни захтеви не застаревају,⁶⁸ што је потврђено касније у Закону о основама својинскоправних односа (чл. 37 ст. 3, 41 ст. 3, 42 ст. 3). Но, и то је пресудно, није ни застарелост једини случај заустављања захтева. Репрезентативан је пример приговора ретенције: он служи, пре свега, ускраћивању испуњења својинскоправног захтева за предају ствари (*arg.* чл. 286 ст. 1 ЗОО).⁶⁹ Према томе, ако се не прихвати учење о заустављању захтева – које је дејство приговора ретенције?⁷⁰ Оно је управо у заустављању реивиндикационог захтева, и то привременом – до испуњења потраживања које ретинент има према власнику ствари.⁷¹ Заправо, у досадашњој размерно богатој дискусији о природи ретенције, овај аспект, у практичном смислу доста важан, уопште није спомињан.⁷²

⁶⁷ Због тога што је дејство приговора зависно од воље његовог титулара, они се, као уосталом и друга преображајна права, сврставају у субјективна права. Вид. Н. Врох, 289 (Rn. 613).

⁶⁸ Вид. Андрија Гамс, „О могућности застаревања својинских тужби“, *Анали* 1-2/1962, 18 и даље.

⁶⁹ Кажемо по правлу, јер се аналогјом чл. 286 ст. 1 ЗОО може проширити и на захтев титулара личних службености за предају ствари.

⁷⁰ Спорно може бити и само квалификовање права ретенције као приговора, јер се у ЗОО уопште не говори нити о приговору, нити о томе да суд не пази на право задржања по сл. дужности. Међутим, сходно и немачкој доктрини и пракси, квалификовање права ретенције као приговора је нужно зарад заштите имаоца реивиндикационог захтева. Наиме, да би он могао да да обезбеђење и тиме обеснажи право ретенције (чл. 288 ЗОО), он сам мора да зна да ли ће ретинент уопште вршити своје право. Упор. BGN IX ZR 82/10 vom 10.03.2011, *NJW* 2011, 2649 (Rn. 31 са даљим упућивањем на праксу); Brigitta Jud, у: *BGB Kommentar* (Hrsg. Н. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), Köln 2009⁴, 429 (§ 274 Rn. 18); Helmut Heinrichs, у: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2000⁵⁹, 323 (§ 273 Rn. 19)

⁷¹ Управо због тога је аналогна примена чл. 122 ст. 2 ЗОО на успешан приговор ретенције нужна, што значи да његово усвајање води усвајању тужбеног захтева „*Zug um Zug*“. Супротно међутим у домаћој теорији се истиче да усвајање приговора ретенције води одбијању тужбеног захтева; тако Б. Познић (2010), 800; Миодраг Орлић, у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно ѿраво*, Београд 1996⁹, 266 (т. 827).

⁷² Искрпно истраживање домаће доктрине Јелене Бркић, „Појам и правна природа права задржања у нашем праву“, *Право и ѿривреда* 7-9/2011, 147-159 показује да у доктри-

У сваком случају је нужно да се приговори као такви искључиво везују за права која дају њиховим титуларима могућност да ускрате испуњење захтева. Стога се никако не може говорити о „приговору преклузије“, па чак и да је она – свесном одлуком законодавца или не, небитно је – установљена за судско остварење потраживања. Преклузија је престанак права, па ако се ради о захтевима онда је то екстинтивно противљење, које не зависи искључиво од воље противника захтева. Јер, тада је захтев престао да постоји.

6.1.2. Последице њо њојам опозиционој приговора

Изложено сумарно схватање захтева, противљења и приговора има своју вредност не само за схватање поступка извршења, већ и за догматички појам опозиционих разлога. Како је речено, оно што се принудно остварује у извршном поступку није пресуда (налог), већ сам захтев који је утврђен у извршној исправи, који на крају и не мора да буде исправа која има својство правноснажности.

Појам опозиционих разлога не треба везивати за конкретно уређење њихове допуштености, већ је потребно, управо како је то на редакцијском плану учињено у немачком праву, схватити их једноставно као противљења и приговоре који се односе на сам захтев. Према томе, у опозиционе разлоге спадају како импедитивна и екстинтивна противљења, тако и приговори. То су све околности које се односе на сам захтев, што је и смисао опозиционог разлога. Конкретан круг допуштених опозиционих разлога зависи од конкретног уређења и нема везе са догматичким појмом. Тим пре што у садашњем позитивном праву нема ни ослонаца за свођење опозиционих разлога само на екстинтивна противљења и приговоре.

На изложено не утиче постојање начела (строгог) формалног легалитета у извршном поступку.⁷³ Не бисмо могли да се сложимо са схватањем да ово начело подразумева немогућност преиспитивања постојања захтева који је утврђен извршном исправом, па макар то била и правноснажна пресуда. Уколико се о томе ради, то није никакво начело својствено извршном поступку, већ последица материјалне правноснажности. У том смислу, и везаност других парничних судова за правноснажну пресуду (позитивно дејство правноснажности) би морало да се назове начелом формалног легалитета, што наравно није случај. Уколико би и постојало ово наче-

ни грађанског права уопште нема свести о приговорној природи ретенције. Супротно процесна доктрина, са образложењем и практичних разлика; вид. Б. Познић (2010), 689.

⁷³ Ради се о општеприхваћеном начелу извршног поступка у домаћој теорији; упор. Н. Бодирога, 232 и даље; Ранко Кеча, „О основним начелима Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Зборник XLVI/1* (2012), 160 и даље; А. Јакшић, 785 и даље (т. 4289 и даље).

ло, као начело поступка, онда би се оно огледало у томе да се решење о извршењу доноси без провере постојања захтева; он је „претпостављен“, јер је утврђен/констатован у извршној исправи.⁷⁴ Заправо, уколико се иде до краја, онда оно подразумева једну формализованост, тј. изричито формално прописану когницију. Да би се одредило извршење извршни суд спроводи формални когнициони поступак у којем је потребно, пре свега, да је у исправи којој се, претпостављено, поклања поверење, утврђен захтев.⁷⁵ Ако би се прихватило начело формалног легалитета, онда би требало да се потражи његово исходиште, а то је мисао да се у извршном поступку уопште ништа не може испитивати материјалноправно постојање захтева. Али не само у стадијуму одређивања извршења, већ и касније, нарочито поводом одбране извршног дужника у том смеру.⁷⁶ Таква идеја је страна домаћем праву, јер од 2000. и уклањања опозиционих тужби у оквиру извршног поступка се решава мериторно и о постојању захтева – поводом правног лека извршног дужника у којем он истиче да је нпр. захтев испуњен, инстанциони суд у извршном поступку одлучује. Према томе, формални легалитет више не подразумева идеју да нема материјалноправног испитивања захтева у извршном поступку.

6.2. Методолошки план

Основно питање које треба да се реши, па већ и за постојеће и неспорно решење, јесте питање времена настанка опозиционих разлога. Како је речено, у ЗИО – сасвим необјашњиво – нема више било каквог спомена тога. Да се ради о класичном примеру правне празнине очигледно је – не може се рећи да се ради о сегменту који треба да буде правно слободан простор (*rechtsfreier Raum*). Како је с друге стране показано, и у ранијем домаћем праву, и у упоредном праву, границе су биле различито одређене за случајеве када извршна исправа има својство правноснажности, од оних када нема. У основи је идеја о правноснажности пресудна.

С друге стране, неспоминање других опозиционих разлога, пре свега других начина престанка и заустављања захтева поставља питање њихове допуштености. Иако би се на први поглед рекло да се ради о правној празнини, из методолошког угла то није тако. Како ће би ти показано, од од-

⁷⁴ За претпостављеност захтева и истицање опозиционих приговора као обарање претпоставке упор. Михајло Дика, *Грађанско овршно њраво I*, Загреб 2007, 332 и даље (§ 97 т. 10.4.).

⁷⁵ Да је и извршни поступак у суштинском смислу когнициони поступак, али редукован, минуциозно истиче М. Дика, *Право на њужбу*, Загреб 1987, 191, фн. 999.

⁷⁶ Тако је схваћено начело формалног легалитета у немачком праву; упор. Fritz Baug, Rolf Stürmer, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 1996, 76.

говора на питање да ли уопште постоји празнина зависи непосредно и одговор на питање допуштености опозиционих разлога.

У покушају да се да решење целокупног проблема чини се да је најбољи метод раздвајање према извршним исправама.

6.3. Опозициони разлози против решења о извршењу донетог на основу исправе која има својство правноснажности

6.3.1. Попуњавање правне празнине у погледу времена настанка

Како је речено, у погледу времена настанка опозиционих приговора постоји правна празнина – потпуно одсуство било какве регулативе. Пре свега, у таквим ситуацијама би требало испитати да ли постоји услов за аналогију, и то из неког другог закона. Потенцијални основ постоји, а то је Закон о стечају⁷⁷ и уређење оспоравања потраживања која су утврђена извршним исправама. Оно је допуштено уколико је потраживање престало „на основу чињенице која је наступила након извршности“ извршне исправе (чл. 113 ст. 3 т. 2 ЗСт). Према томе, и опозициони разлог против решења о извршењу на основу извршне исправе би био допуштен само ако би настао наон извршности исправе. Јасно је, међутим, да се аналогија овде не може применити. Штавише, то је и повод за одвојено разматрање самог уређења у стечајном поступку, с обзиром да граничник опозиционих разлога у виду наступања извршности нема никаквог смисла. Извршност не наступа заједно са настанком извршне исправе већ (много) касније; код судских пресуда то може да буде интервал од неколико година. Укратити извршном дужнику могућност да истакне да је нпр. дуг платио за време ревизијског поступка у коме је донета извршна исправа нема никаквог оправдања.

Попуњавање правне празнине мора да се базира на стварним разлозима и вредновањима. За извршне исправе које имају својство правноснажности управо је правноснажност централна вредност. У том смислу граничник је временска граница правноснажности, па се зато за ове извршне исправе мора прихватити решење које сеже све до Ип. Материјална правноснажност подразумева да је предмет спора коначно решен, и изражава се у два правца – негативном, да је недозвољена нова парница о томе, и позитивно, да су сви други судови везани за решење спора. Идеја је јасна, а то је да се не може доводити у питање правноснажни резултат једног спора. На то се надовезује оно што је овде најбитиније, а то је предмет и границе правноснажности.

⁷⁷ Закон о стечају – ЗСт, *Службени гласник РС* бр. 104/09, 95/11 (др. закон), 71/12 (УС), 83/14.

Предмет материјалне правноснажности је одлука суда о основаности тужбеног предлога. У том смислу се говори о изреци пресуде као предмету правноснажности. Ипак, како је изрека у доста великом броју случајева сасвим неодређена, за конкретизацију предмета правноснажности се узима у обзир и други елемент предмета спора: чињенична подлога, односно ближе – животни догађај. Наиме, да би правноснажност имала своје дејство – негативно или позитивно – неопходно је да се уопште зна предмет спора. Према владајућем схватању о двочланој процесној концепцији предмета спора, у његовом идентитету партиципира и животни догађај.⁷⁸ Утолико и он постаје правноснажан, али само ради потребе конкретизације правог предмета правноснажности, а то је резултат главног судског силогизма из пресуде.

Како је предмет правноснажности само резултат силогизма пресуде, који је у највећем броју случајева сам за себе недовољно одређен, а код кондемпнаторних пресуда је то увек случај, за његову конкретизацију је неопходно довођење у везу са стањем ствари, дакле са чињеничним аспектом предмета спора.

Даља последица нужности конкретизације предмета спора, тиме и предмета правноснажности, доводи до потребе одређивања временских граница правноснажности. Наиме, с обзиром да у идентитет предмета спора спада и чињенична подлога, и то у смислу животног догађаја, потребно је да се он сам временски фиксира. Да није тако, пресуде би имале природу *pro futuro* решавања спорова, дакле и оних који ће тек настати. Отуда постоји временска граница правноснажности која одређују на крају појам предмет спора у контексту материјалне правноснажности. У домаћем праву то је, принципијелно, закључење првостепене главне расправе (чл. 360 ст. 3 ЗПП). Према томе, материјалном правноснажношћу су обухваћене све чињенице које спадају у животни догађај, а које су настале, опет принципијелно, до закључења главне расправе.⁷⁹ Уколико се подигне нова тужба која има идентичан предмет спора као и правноснажно окончан поступак, а тврдње тужиоца се односе само на чињенице које су у оквиру временске границе, она се одбацује – негативно дејство правноснажности (чл.

⁷⁸ Б. Познић (2010), 412 и даље; А. Јакшић, 316 и даље (т. 1540 и даље); Врховни суд Србије Рев 1254/99, *Билџен ВСС* 2/2001, 92; Рев 1463/97, *Билџен ВСС* 4/1997, 31 = *Збирка судских одлука XXII* (1997), бр. одлуке 125; Рев 1017/97, *Билџен ВСС* 1/1997, 11; Рев 4148/93, *ГлаАКВ* 6/1994, 30.

⁷⁹ Другачији граничник увек постоји када се пресуда не доноси на основу усмене расправе (пресуда због пропуштања, пресуда без усмене расправе), али о конкретизацији граничника не постоји сагласност. Упор. Р. Кеча (2012), 306 с једне стране, и А. Јакшић, 813 (т. 4456) с друге стране. Такође, постоји и проблем одређивања временске границе правноснажности у случају обавезне жалбене расправе, упор. Р. Кеча (2012), 305-306.

359 ст. 2 ЗПП). Исто тако, уколико у потоњој парници једна од странака жели да оповргне прејудицијум, и то навођењем чињеница које су у оквиру временске границе, оне се никако не могу узети у обзир – позитивно дејство правноснажности (*arg. чл. 12 ЗПП*).

Последица временске границе правноснажности у изложеном смислу се у теорији објашњава концептом „преклузије кроз правноснажност“ (*Präklusion durch Rechtskraft*)⁸⁰ или преклузивним дејством правноснажности (*Präklusionswirkung*).⁸¹ То подразумева да су странке преклудиране да у новој парници истичу чињенице које су обухваћене временским границама правноснажности, а које нису изнете у претходном поступку.

Када се речено има у виду, за решење конкретног проблема је јасно да опозициони разлози не могу да буду засновани на чињеницама које су обухваћене временским границама правноснажности. Како је у кондемпнаторној пресуди утврђено постојање захтева, то даље значи да опозициони приговор не може да буде импедитивно противљење. Јер, ради се о противљењу које се по дефиницији односи на сам настанак захтева, а то је правноснажно утврђено. Супротан закључак би обесмислио идеју правноснажности, која има фундаментални значај у идеји правне државе.⁸² Према томе, у случају да извршна исправа има својство правноснажности као опозициони разлог се могу јавити само екстинтивна противљења и приговори, и то само ако су чињенице на које се они односе наступиле након временске границе правноснажности.

6.3.2. Поиуњавање ѿравне ѿразнине у ѿоїледу екстїнїтивних ѿроїшївљења

Изостајање спомена других начина престанка захтева би имплицирало да се ради о правној празнини, па да сходно томе стоји на располагању један два метода – *argumentum a contrario* или аналогија. Развијено учење о правној празнини, пре свега немачке методологије права, нуди другачије виђење ствари. Правна празнина је само она која је непланска; да је законодавац следио свој законодавни план, он би изричито регули-

⁸⁰ Ради се о концепту немачке доктрине, уместо свих вид. L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, 885-886 (§ 155 Rn. 5) И у домаћој доктрини се говори о преклузији истицања чињеница као последици временских граница правноснажности, упор. Б. Познић (2010), 809; А. Јакшић, 533-534, (т. 2831 и след.)

⁸¹ Ради се о аустријском концепту; упор. Walter H. Rechberger, у: *Kommentar zur ZPO* (Hrsg. W. H. Rechberger), Wien 2006³, (vor § 390 Rn. 30).

⁸² И више него репрезентативно Уставни суд (УС) у Уж 390/09 од 17-II-2011, *Службени гласник РС* бр. 49/11: [п]равни систем у коме би било могуће након коначног пресуђења опет покренути спор у истој ствари, не би могао пружити неопходну стабилност у правним односима и правну сигурност.

сао дефицитарно стање ствари, али не начин до којег би се дошло применом метода *argumentum a contrario*. Јер, ако се примењује овај метод, нема непланске празнине, већ планске: законодавац није желео да веже одређене правне последице за стање ствари које није ни убухваћено постојећом редакцијом.⁸³ У том смислу, испитивање да ли уопште постоји правна празнина је претходно вредновање резултата до којег би се дошло применом *argumentum a contrario*. Тек ако се установи да резултат није прихватљив, може се говорити о правној празнини и нужности њеног попуњавања. У том смислу је нужно да се испита резултат примене овог метода на остале начине престанка захтева, тј. њихову недопуштеност као опозиционог разлога.

У прилог негирању правне празнине би говорио пре свега редакцијски приступ – чл. 42 ЗИО је заиста редигован тако да се ради о таксативном набрајању разлога за приговор.⁸⁴ Оваквом закључку би с друге стране говорило у прилог још два разлога. Први, да је ЗИО управо у односу на ЗИП изменио редакцију норме која регулише разлоге правног лека извршног дужника. Дакле, законодавац је хтео одређену промену, па зато и нема говора о „непланској празнини“, већ супротно – она је планска. Други, уређење опозиционих разлога за приговор против решења на основу веродостојне исправе је другачије. Тамо се изричито набрајају остали разлози престанка потраживања (чл. 46 т. 4 ЗИО). Дистинкција у односу на чл. 42 ЗИО стога би говорила у прилог изложеном закључку.

Међутим, како је речено, за оправданост метода *argumetum a contrario* једино је битно претходно вредновање резултата. Редакцијски приступ у смислу таксативног набрајања није томе препрека, јер је он само предслов за коришћење овог метода који, међутим, не доводи увек до његовог коришћења.⁸⁵ Према томе, треба вредновати негирање других разлога за престанак захтева као опозиционих, при чему се већ сада мора утврдити и сврха изричитог регулисања испуњења захтева.

⁸³ Упор. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York 1979⁴, 376 с позивом на *Canaripa (Canaris)*.

⁸⁴ Тиме би, сходно *Ларенцу (Larenz)* био испуњен први и неизоставни услов за коришћење *argumentum a contrario* у виду редакцију норме која предвиђа одређену правну последицу *само* за одређен случај; упор. К. Larenz, 376.

⁸⁵ У том смислу К. Larenz, 376. Штавише, Hans W. Fasching, „Zur Auslegung der Zivilprozessgesetzen“, *Juristische Blätter* 1990, 758, фн. 73 истиче да је данас неспорно да се у процесном праву и норме које представљају изузетке могу аналогно користити, за шта наводи и потврду аустријске праксе. У истом смислу код нас на нивоу општости Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у ѡраво*, Београд 2008²⁷, 319. Супротно домаћа старија наука, по којој нема места аналогји уколико се ради о таксативном набрајању, или о изузетку – тада се мора користити *argumentum a contrario*; тако Михајло Вуковић, *Оѡни дво Грађанској ѡрава I*, Загреб 1959, 236 (т. 457).

Циљ посебног регулисања испуњења обавезе као опозиционог разлога јесте свакако оправдан интерес извршног дужника да се спречи принудно остварење захтева које је претходно већ испунио. Нико не би требао да два пута испуни своју обавезу, и то је потврђено кроз институт стицања без основа (чл. 210 и след. ЗОО). Међутим, испуњење иако је далеко најчешћи није и једини начин престанка обавезе, јер као што је речено постоје и остали. Онда се и поставља питање колико је резултат који се добије коришћењем *argumentum a contrario* у складу са наведеним циљем законодавца и уопште задацима грађанског судског поступка. Јер, поред тога што нико не треба да два пута испуни своју обавезу, не треба ни да је испуни онда када она више не постоји. Дакле, примаран разлог регулисања испуњења обавезе јесте усаглашавање са постојећим материјалноправним стањем – захтева више нема, па зато се и не може ни принудно извршити.⁸⁶ То је у потпуности у складу са циљем извршног поступка – остварење материјалноправних захтева. Стога, ако се би се дозволило извршење и поред тога што је захтев престао на други начин од испуњења, онда би извршни поступак у потпуности промашио свој циљ. Уз то, такав методолошки приступ је противан тзв. начелу пријатељског тумачења процесних норми у односу на материјално право (*Grundsatz der materiellrechtsfreundlichen Auslegung*), које подразумева да тумачење процесних норми не треба да онемогућује остварење субјективних права, јер поступак није сам себи циљ.⁸⁷ Утолико се и квалификација постојања правне празнине мора узети у обзир наведено. Према томе, не само да нема никакве стварне разлике између свих начина престанка захтева, већ и резултат метода *argumentum a contrario* доводи до неприхватљивих резултата.

Принципијелне разлике нема у начину престанка обавезе – сасвим је свеједно да ли је она престала испуњењем или нпр. опростом дуга, компензацијом и сл. Смисао је јасан: при одређивању извршења треба да се узме за меродавно стање ствари у погледу потраживања које постоји у том тренутку, а не оно које је постојало онда када је оно утврђено у извршној исправи. Ако се тако гледа на ствари, онда је *argumentum a contrario* овде противан циљу чл. 42 т. 1 ЗИО, и довео би до несагледивих последица.

На крају, тумачење свих закона треба да буде уставнокомфорно, што се нарочито наглашава за извршно право због своје тесне повезаности са

⁸⁶ За теоретско образложење опозиционих приговора у контексту обарања претпоставке да потраживање из извршне исправе више не постоји упор. М. Дика (2007), 332 и даље.; и у старијој литератури у истом смислу Б. Т. Благојевић, 284 и даље.

⁸⁷ Ради се о начелу тумачења које је нашло своју широку примену у Немачкој, и то како у судској пракси, тако и у теорији; вид. Max Vollkommer, у: Zöller, *Zivilprozessordnung*, Köln 2006²⁶, 17, 19-20 (Einl. Rn 92, 99) са даљим упућивањима; за Аустрију вид. Н. W. Fasching (1990b), 754 и даље.

уставом и конвенцијама загарантованим људским правима.⁸⁸ Стога и квалификавање постојања правне празнине мора бити исто такво. *Уставни суд (УС)* је с позивом на праксу ЕСЉП заузео став да свако потраживање досуђено правоснажном судском одлуком улази у имовину повериоца, те стога неспровођење извршења судске одлуке којом је то потраживање досуђено представља повреду права на мирно уживање имовине зајемченог чл. 58 ст. 1 Устава.⁸⁹ Одатле би могло да се закључи и обратно: принудно остварење захтева који је престао представља повреду уставног права извршног дужника на мирно уживање имовине.⁹⁰ Према томе, негирање других начина престанака захтева као опозиционих разлога приговора није уставнокомфорно.

Као резултат се без резерви намеће закључак да правна празнина постоји, а уједно се исто тако показује да је аналогија нужна. У том смислу је ово класичан пример истовременог констатовања и попуњавања правне празнине.⁹¹

6.3.3. Попуњавање иравне иразнине у иоиледу ириовора

Након што је речено и образложено да је за екстинтивна противљења аналогија нужна, треба испитати да ли је то оправдано и код приговора, тј. код опозиционог разлога који подразумева заустављање захтева. База за аналогију је одлагање испуњења.

Одговор је свакако потврдан, и то суштински из истих разлога као и за екстинтивна противљења. Смисао извршног поступка не може бити принудно остварење захтева без обзира на материјалноправно стање у време његовог вођења. Некоришћење аналогије овде не би само било противно заштити субјективних права (овде извршног дужника), већ би и неке норме материјалног права изгубиле сваки свој смисао, што је случај са застрелашћу (чл. 379 ЗОО).⁹² С друге стране, негирање допуштености приговора као опози-

⁸⁸ Тако изричито W. H. Rechberger, P. Oberhammer, 4-5 (Rn. 5). О односу Устава и ЕКЉП и извршног поступка вид. А. Јакшић, 781-782 (т. 4262 и даље); Н. Бодирога, 21 и даље, 25 и даље. О примату уставнокомфорног тумачења у процесном праву вид. Н. W. Fasching, (1990b) 753 и даље, односно у праву уопште К. Larenz, 329 и даље.

⁸⁹ Стална судска пракса УС, вид. нпр. последњу одлуку, и то са позивом на праксу ЕСЉП, Уж 3123/11 од 23-V-2012. г., необјављена, доступна на интернет страници УС.

⁹⁰ Тако изричито УС Уж 81/2009 од 18-IV-2012, *Службени гласник РС* бр. 52/2012.

⁹¹ О томе вид. Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 75-76; В. В. Водинелић, 175 (т. 509).

⁹² У чл. 379 ЗОО је прописан посебан рок застарелости од 10 година за потраживања утврђена у судским поступцима, тј. у извршним исправама у контексту извршног права. Ако би се узело да извршни дужник као опозициони разлог у приговор против решења о извршењу на основу извршне исправе не би могао и да истекне застарелост, чл. 379 ЗОО би изгубио сваки смисао и био би фактички дерогиран.

ционих разлога би значило и обесмишљавање субјективних права извршног дужника, јер, како је речено, приговори јесу субјективна права. Примера ради, уколико се не би дозволило да извршни дужник истакне приговор ретенције против захтева за враћање ствари, и то на основу потраживања које је стекао након временских граница правноснажности извршне исправе, онда би то значило се њему негира само субјективно право. Таквим схватањем процесног права се урушава пројектовани материјалноправни поредак.

6.4. Опозициони разлози против решења о извршењу донетог на основу исправе која нема својство правноснажности: једино питање – време настанка опозиционог разлога

У свим претходницима ЗИО временска граница настанка опозиционих разлога у случају извршних исправа које нису судске одлуке је била одређена као тренутак њиховог настанка.⁹³ Питање је, међутим, може ли се тако нешто прихватити. Стање у Немачкој, додуше за које постоји изричита законска основа, показује да је могуће другачије резонovati. Наиме, одређивање граничника допуштености опозиционих разлога има свој основ у идеје материјалне правноснажности. Уколико извршна исправа нема такво дејство, чему онда постављање граничника? Примера ради, извршни јавнобележнички запис има само својство јавне исправе – доказну снагу – и то само у погледу оних чињеница које су се пред њим одиграле; само њих нотар „бележи“. Стога, уколико зајмопримац изјави да је примио износ зајма, то значи да доказну снагу у смислу обориве претпоставке има констација да је изјава дата. Да ли је он заиста примио износ зајма, супротно, нема. У сваком случају ни постојање захтева за враћање зајма није правноснажно утврђено. Према томе, замислимо би било да се истакне као опозициони разлог управо оспоравање да је износ зајма дат, што није ништа друго до оспоравање конститутивне чињенице. Не постоји стварни разлог да се тако нешто негира, јер извршна исправа нема својство правноснажности. С друге стране, замислимо је и истицање импедитивне чињенице, као што би случај – сходно судској пракси⁹⁴ – давање зајма уз знање да ће он бити искоришћен за коцкање.⁹⁵ Јер, ради се о ништавом уговору, а разлози ништавости су импедитивне чињенице.

⁹³ Како је речено, овде се не мисли на судска поравнања, јер је ту граничник одређен кроз временске границе правноснажности, што се међутим поклапа са тренутком његовог настанка.

⁹⁴ Окружни суд у Ваљеу Гж 885/05 од 09-VIII-2006, *ИСП* 12/2008, 52 (бр. одлуке 74).

⁹⁵ То би било замислимо да је извршна исправа јб запис или солемнизована исправа у којем је одређено да ће се зајам тек дати. Зајмодавац би могао да истакне као опозициони разлог ништавост уговора.

Према томе, треба закључити да су опозициони разлози проговора против решења о извршењу на основу извршне исправе која нема својство правноснажности не само екстинтивна противљења и приговори, већ и оспоравање конститутивних чињеница захтева и истицање импедитивних противљења. Тиме је и решено питање попуњавања правне празнине у целости.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧА: ДЕФИЦИТ ОПОЗИЦИОНЕ ТУЖБЕ КАО КЉУЧНИ ПРОБЛЕМ

Резултати овог истраживања су дати на одговарајућим местима, па их је потребно само сумирати.

Дефицитарну редакцију ЗИО у погледу опозиционих приговора треба разумети тако да су допуштено истицање свих разлога који се односе на постојање захтева и на његову остваривост, али уз поштовање правила везаних за временске границе правноснажности. Стога, уколико се ради о захтевима који су утврђени у исправама које имају својство правноснажности, не могу се истицати опозициони разлози који се заснивају на чињеницама које су обухваћене временским границама правноснажности. То значи да су тада допуштени само екстинтивна противљења и приговори који се базирају на чињеницама које нису обухваћене временском границом правноснажности. Супротно, код захтева који су садржани у исправама које немају својство правноснажности, дозвољени су сви могући опозициони разлози, укључујући и оспоравање конститутивних чињеница захтева.

На овом месту треба, међутим, истаћи оно што је срж проблема српског извршног поступка када се говори о опозиционим разлозима. Током рада није био споменута и проблематизована концепција одбране извршног дужника у виду истицања опозиционих разлога. Другим речима, прелазило се преко питања природе правног средства. Са напуштањем опозиционе тужбе 2000. године дошло се до тога да се о опозиционим разлозима одлучује у самом извршном поступку, што подразумева, с обзиром на нераскидиву везу чињеница и права, и утврђивање чињенице које се тичу опозиционих разлога. Без обзира на природу правног средства против решења о извршењу (жалба или приговор) у извршном поступку се, уколико је то потребно, спроводи когниција. Главно питање је да ли је такво уређење оправдано и добро.

Упоредноправна искуства система који су и више него стабилни показују да је непримерено да се о опозиционим разлозима одлучује ван парничног поступка.⁹⁶ Како то још 1909. *Нојман* истиче, то је делатност која

⁹⁶ Стабилност је очигледна, јер концепт тужбе као правног средства у којем се истичу опозициони разлози постоји у Немачкој и Аустрији од XIX века, и нема говора о његовом

је резервисана за когнициони (парнични) поступак,⁹⁷ који је, на крају крајева, и успостављен на начин да омогући свестрано расправљање спора у чињеничном смислу.⁹⁸ У томе је, како је речено, и права вредност начела формалног легалитета.⁹⁹ Другим речима, тужба као правно средство за истицање опозиционе одбране је условљена начело формалног легалитета.¹⁰⁰ С друге стране, питање је да ли је данашње домаће стање уставноправно и конвенцијски комфорно. Одлучивање о опозиционим разлозима, где се свим извесно одлучује о грађанским субјективним правима¹⁰¹ у смислу чл. 6 ст. 1 ЕКЉП, односно чл. 32 ст. 1 Устава, мора да уследи у поступку који ће испунити гаранције фер, правичног поступка.¹⁰² Механизам одлучивања о приговору извршног дужника свакако то не испуњава.¹⁰³ Утолико је ну-

напуштању. С друге стране, требало би истаћи и стање у Хрватској као пример, с обзиром да се ради о земљи са којом делимо исту правну историју. У оба закона који су уређивали извршни поступак након ЗИП 78 је задржана опозициона тужба; за Овршни поступак из 1996. вид. М. Дика (2007), 346 и даље. За садашње стање вид. чл. 52 Овршног закона, *Народне новине Републике Хрватске* бр. 112/12, 25/13, 93/14.

⁹⁷ G. Neumann, 120.

⁹⁸ Источно Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976.

⁹⁹ Упор. F. Baur, R. Stürner, 76.

¹⁰⁰ Упор. Johann Kindl, у: *Zivilprozessordnung, Handkommentar* (Hrsg. I. Saenger), Baden-Baden 2007², 1561 (§ 767 Rn. 1).

¹⁰¹ Упор. К. Blomeyer, 46.

¹⁰² Уставни суд занемарује овај аспект када на једном начелном и општем нивоу говори о томе да се у извршном поступку не утврђују субјективна права и обавезе, позивајући се на исто такво начелно схватање Европског суда за људска права; упор. Уж 7749/13 од 21-XI-2013, *Службени гласник РС* бр. 115/13. Но, управо у цитираној одлуци ЕСЉП утврђује да се у конкретном случају радило о „утврђивању грађанских права и обавеза“, па је зато била нужна гаранција правичног поступка, која је ипак била задовољена; упор. *Dombach vs. Deutschland* 11258/84 од 7-VI-1986, <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/germany/1986/07/07/dombach-v-the-federal-republic-of-germany-554-11258-84.shtml> (29-XII-2014).

¹⁰³ Пример: извршни дужник у приговору истиче приговор застарелости, јер је прошло десет година од извршности пресуде. Извршни судија решењем усваја приговор и обуставља извршење (чл. 44 ст. 1 ЗИО). Извршни поверилац на то решење изјављује приговор (чл. 44 ст. 3 ЗИО) и истиче да је дошло до прекида рока застарелости, јер је извршни дужник признао дуг, додуше усмено, али за то постоје сведоци. Први проблем: да ли се обезбеђује могућност извршном дужнику да одговори на ове наводе? Јер, веће извршног суда мора да одлучи о приговору у року од пет радних дана од његовог улагања (чл. 39 ст. 4 ЗИО), а не од протека рока за давање одговора на приговор. Други проблем: како ће веће извршног суда уопште утврдити да ли је дата изјава о признању дуга, ако се узме да је извршни дужник успео да оспори такву тврдњу повериоца? Трећи проблем: уколико веће извршног суда усвојило приговор извршног повериоца, извршни дужник не би имао могућност да подигне негативну утврђујућу тужбу са предлогом да се утврди да је захтев застарео. Јер, према схватању Грађанског одељења Врховног касационог суда, и дела теорије, таква тужба је недопуштена, јер се захтева утврђење чињеница; вид. Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда од 21-V-2012, *Билтен Врховној*

жно да да постоји опозициона тужба, и то са својом основном пратећом последицом у виду могућност одлагања извршења. Ефикасност извршног поступка, и уопште грађанског правосуђа, не може да доведе до тога да је доведена у питање основна замисао. Како год да се она називала – законитост, материјална правичност, и сл. – грађанско правосуђе не може да буде у раскораку са основим вредностима које су изричито именоване Уставом. Идеја правне државе захтева у области грађанског судског поступка управо право на фер, правичан поступак, што није само, како се то данас готово као мантра спомиње, право на суђење у разумном року. То је пре свега омогућавање остваривања грађанских субјективних права у поступку у којем ће се пружити странкама пружити шанса да се дође до резултата који је идеалан – склад са ванпроцесним материјалноправним стањем.

Недостатак регулисања опозиционе тужбе не представља правну празнину, па се следствено томе не може ни попуњавати. Ради се о свесној одлуци законодавца да она није дозвољена, а не о непланској празнини. То што је то правнополитичка грешка не даје за право креирање новог института од стране судске праксе.¹⁰⁴ Стога постоји нужност законодавне интервенције која ће имати – изнова – реформски карактер. Дилема о правној природи правног лека против решења о извршењу на основу извршне исправе (жалба или приговор), стога је другоразредна, јер се не тиче суштине.

касационој суда 1/2013, 153 и даље. С друге стране, захтевати да се утврди да захтев не постоји није основано, јер застарелост он не престаје да постоји! На ова питања одговора нема, и показује се да су редактори ЗИО занемарили реалност правног живота, као и фундаменталне вредности које треба да буду обезбеђене у грађанском правосуђу. Ако се нашем примеру упуту једна паушална критика, у смислу питања „Зашто признање дуга није документовано исправом?“, онда треба рећи да према једином меродавном пропису – ЗОО – признање дуга као начин прекида застарелости не мора да буде у писаној форми! Уосталом, и да јесте, опет би морала да се остави могућност да извршни дужник доведе у питање доказну снагу такве исправе. То је могуће, наравно, само у парничном поступку који се иницира опозиционом тужбом.

¹⁰⁴ К. Larenz, 358.

*Marko Knežević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Scope of Substantial Defenses in Objection Against Enforcement Order

***Abstract:** The paper examines question of substantial defenses in objection against enforcement order in present Serbian law. Substantial defenses are those related to claim enforced in execution procedure. The problem arises with deficient regulation in Enforcement and Security Act, as only performance of obligation and prolongation are mentioned, but without of determination of time limits of their establishment. After highlighting previous legislation, as well as comparative law, the solution for present situation is offered.*

***Key words:** substantial defenses, res adjudicata effect, titel of enforcement.*

